

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

PRAGMATISMO: O EXPERIMENTALISMO DE JOHN DEWEY E O PRAGMATISMO
JURÍDICO DE RICHARD POSNER COMO POSSÍVEIS FORMAS DE ORIENTAÇÃO PARA AS
DECISÕES JUDICIAIS BRASILEIRAS

MARCIO VIDAL DE CAMPOS VALADARES

RIO DE JANEIRO

2008

PARECER DE APROVAÇÃO

Considero plenamente satisfatória a monografia apresentada pelo aluno MARCIO VIDAL DE CAMPOS VALADARES, considerando o desenvolvimento e abordagem temática.

Assim sendo, encaminho esta monografia à apresentação da banca examinadora.

Informo, ainda, que a minha disponibilidade de horário é:

_____.

Rio de Janeiro, 17 de junho de 2008.

Prof^a Dra^a Margarida Maria Lacombe Camargo

MARCIO VIDAL DE CAMPOS VALADARES

PRAGMATISMO: O EXPERIMENTALISMO DE JOHN DEWEY E O PRAGMATISMO
JURÍDICO DE RICHARD POSNER COMO POSSÍVEIS FORMAS DE ORIENTAÇÃO PARA AS
DECISÕES JUDICIAIS BRASILEIRAS

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

Orientadora: Professora Doutora Margarida Maria Lacombe Camargo

RIO DE JANEIRO

2008

Valadares, Marcio Vidal de Campos.

Pragmatismo: o experimentalismo de John Dewey e o pragmatismo jurídico de Richard Posner como possíveis fontes de orientação para as decisões judiciais brasileiras

61 f.

Orientadora: Profª Drª. Margarida Maria Lacombe Camargo

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 60-61.

1. Hermenêutica Jurídica - Monografias. 2. Pragmatismo I. Profª Drª. Margarida Maria Lacombe Camargo II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito. III. Pragmatismo: o experimentalismo de John Dewey e o Pragmatismo Jurídico de Richard Posner como possíveis formas de orientação para as decisões judiciais brasileiras.

CDU 340.326

MARCIO VIDAL DE CAMPOS VALADARES

PRAGMATISMO: O EXPERIMENTALISMO DE JOHN DEWEY E O PRAGMATISMO
JURÍDICO DE RICHARD POSNER COMO POSSÍVEIS FORMAS DE ORIENTAÇÃO PARA AS
DECISÕES JUDICIAIS BRASILEIRAS

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

Data de aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

Margarida Maria Lacombe Camargo
Professora Doutora Adjunta da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ

Aos meus pais, Jorge Valadares e Angela Vidal.

A Rodolfo Treistman.

Aos meus amigos.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais minha gratidão não encontra limites. Graças a eles chego até aqui, com cada vez mais força para aproveitar os bons momentos e para enfrentar as dificuldades da vida. Mesmo que o fato de crescer implique num certo afastamento dos pais, acredito que serão para sempre o meu grande exemplo.

A Rodolfo Treistman, meu padrasto, agradeço por permitir que tenhamos uma relação de respeito e admiração mútuos. É uma pessoa muito querida e torço pra que continue sempre por perto.

À Professora Margarida Camargo agradeço por ter me dado a oportunidade de fazer parte de seu grupo de pesquisas, o que acabou por contribuir definitivamente na minha formação. Nos últimos dois anos e meio, em que participei ora com mais, ora com menos intensidade das investigações sobre o pragmatismo jurídico sempre recebi orientação atenta e precisa.

Ao longo da minha graduação algumas pessoas foram muito importantes, pela ordem em que apareceram para mim: Professor Dr^o. Ricardo Falbo, Dr^a. Carla do Amaral Teixeira, Dr^a Edna Guerreiro, Dr^a Márcia Bottany, Dr^o Tomaz Henrique Leonardos, Dr^o Renato Pimentel.

Agradeço também aos meus amigos: Augusto Cavalcanti, Ivan Fontan, Ana Beatriz Paes, Gregory Beshara, Marcelo Naritomi, Ana Paula Lucena, Ana Carolina Bellinha, Henrique Ximenes, Leonardo Amaral, Diego Cantoário, Marcos Tinoco, Jonas Trindade, Ana Carolina Oliveira, Flávia Benaion, Eduardo Cabral, Leticia Teles, João Gabriel Mattos, Pedro da Silva, Pedro Benevides e Fernando Ferraz.

À minha namorada, Rol, agradeço por todo o bem que me faz.

A porta da verdade estava aberta
mas só deixava passar
meia pessoa de cada vez.

Assim não era possível atingir toda a verdade,
porque a meia pessoa que entrava
só trazia o perfil de meia verdade.
E sua segunda metade
voltava igualmente com meio perfil.
E os meios perfis não coincidiam.

Arrebentaram a porta. Derrubaram a porta.
Chegaram ao lugar luminoso
onde a verdade esplendia seus fogos.
Era dividida em metades
diferentes uma da outra.

Chegou-se a discutir qual a metade mais bela.
Nenhuma das duas era totalmente bela.
E carecia optar. Cada um optou conforme
seu capricho, sua ilusão, sua miopia.

Carlos Drummond de Andrade

RESUMO

Valadares, Marcio Vidal de Campos. Pragmatismo: o experimentalismo de John Dewey e o pragmatismo jurídico de Richard Posner como possíveis formas de orientação para as decisões judiciais brasileiras. 2008. 61f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

Num contexto em que o ordenamento jurídico apenas está completo com a apreciação das circunstâncias dos casos concretos apresentados à apreciação dos magistrados, e em que se debate intensamente a discricionariedade dos juízes na aplicação dos dispositivos legais, este trabalho pretende investigar a possibilidade de se verificar a adoção de raciocínio pragmático na tomada de decisões pelos Tribunais brasileiros. Para tanto, faz-se necessário esclarecer, em um primeiro momento, o que se entende por pragmatismo, no que serão apresentadas duas vertentes do pensamento pragmático: o experimentalismo de John Dewey e o pragmatismo jurídico de Richard Posner. Numa segunda etapa, depois de comparadas aquelas duas correntes, trata-se de investigar se alguma delas poderia nortear a formação do convencimento dos julgadores, a partir da análise de decisões aparentemente distantes do raciocínio jurídico tradicional. O resultado dessa investigação compõe a conclusão do trabalho.

Palavras-Chave: Pragmatismo; Experimentalismo; Tribunais brasileiros.

ABSTRACT

Valadares, Marcio Vidal de Campos. Pragmatismo: o experimentalismo de John Dewey e o pragmatismo jurídico de Richard Posner como possíveis formas de orientação para as decisões judiciais brasileiras. 2008. 61f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

In a situation in which Law becomes complete only after appreciation of the facts related to the legal conflict in order to be analyzed and in which the judges discretion is intensely criticized, this work pretends to investigate the possibility of the adoption of a pragmatic reasoning by the Brazilian Courts. In this sense it will be necessary to clarify what is meant as pragmatism. Here will be presented two lines of the pragmatic thinking: John Dewey's experimentalism and Richard Posner's legal pragmatism. Afterwards we will be concerned with the investigation if some of those theories could guide the construction of judges practice. We are here working with decision analysis seemingly apart of the traditional legal reasoning. The finds of this work will be the results of the investigation.

Key-words: Pragmatism, Experimentalism, Brazilian Courts.

1 – Introdução

A leitura de diversas obras jurídicas contemporâneas indica que a compreensão do Direito passa por um período de transformações. As novas saídas para o conflito entre positivismo jurídico e jusnaturalismo, a positivação de direitos fundamentais nas constituições editadas a partir do segundo pós-Guerra e a aplicação das normas principiológicas e das regras são temas, dentre muitos outros, que justificam aquela percepção. À primeira vista, a noção de transformação pareceria implicar na idéia de se sair de um lugar ou de um estado e se chegar a outro, distinto. Em outras palavras, poder-se-ia acreditar que a transformação seria um processo com começo – o ponto de que se parte -, meio – as mudanças ocorridas – e fim – o resultado da transformação.

Nesse sentido, a vontade de descobrir o ponto a que se irá chegar – a essência daquilo o que será -, seja ela motivada pela angústia causada pela incerteza ou mesmo pelos estímulos do descobrimento, acaba por inspirar a perspectiva a partir da qual alguns autores analisam temas de áreas do direito tidas como dogmáticas, especialmente no que se relacionam com a teoria do direito.

Contudo, se por um lado o combate às incertezas e à insegurança e a busca por segurança integram a condição humana¹, no que se justificam os esforços no sentido de identificar o que se passa quando se está diante de mudanças, deve-se questionar, por outro lado, até que ponto um sistema jurídico, e principalmente uma Constituição, que ainda se busca trazer à realidade, com pontos de chegada determinados, com certezas absolutas. A afirmação é provocativa, mas tem a intenção de alertar para o fato de que a comentada transformação do Direito pode não chegar a um lugar definido. Em verdade, a opção por um ordenamento jurídico que só está completo com a consideração das circunstâncias concretas causadoras dos conflitos parece justamente reconhecer as transformações contínuas, ou que a noção de transformação não compreende em si um ponto final definido. Mais do que uma forma de acompanhar o dinamismo do mundo atual, o acolhimento de direitos *prima facie* em nosso ordenamento demonstra a consideração da idéia de que não há uma forma fixa e pré-determinada em relação à qual tudo e todos possam estar

¹ Dewey, John. *La Busca de la Certeza: un studio de la relacion entre el conocimiento y la acción*. Fondo de Cultura Económica, 1952. p. 3

sempre adequados.

Aos juízes, quando da consideração dos dispositivos constitucionais daquela natureza incumbe a tarefa de lidar não mais com a certeza da conclusão extraída diretamente da subsunção dos fatos à regras pré-determinadas, mas com a consideração da realidade dinâmica a fim de extrair o real significado dos dispositivos legais. “O real não está na saída nem na chegada: ele se dispõe para a gente é no meio da travessia”, foi o que escreveu Guimarães Rosa.

Pois a importância da realidade para as decisões, para a definição do conhecimento, e a preocupação em controlar as mudanças provocadas pela ação humana são dois dos elementos aqui tratados comuns à teoria do conhecimento de John Dewey - batizada de Experimentalismo, mas associada e tida como vertente do pragmatismo.

No Brasil, a expressão “pragmatismo” não é empregada tradicionalmente em sentido técnico², para fazer referência à corrente de pensamento que batiza. Ao contrário, a sua utilização muitas vezes indica um tom depreciativo do discurso, mesmo que anterior ao conhecimento das razões da filosofia pragmática. No direito, o pragmatismo, quando invocado tecnicamente, o é em grande parte das vezes para fazer referência à obra de Richard Posner, jurista norte-americano e um dos principais expoentes da corrente de pensamento batizada de Pragmatismo Jurídico. A figura de Posner também costuma ser relacionada à análise econômica do direito, expressão de um movimento norte-americano conhecido como Direito e Economia (*Law and Economics*).

Mas este não é, ao contrário do que possa parecer, um trabalho voltado primeiramente a problemas de natureza terminológica. Pretende-se aqui, de fato, apresentar as teorias de Dewey e Posner e verificar se elas seriam compatíveis com a forma pela qual se aplica atualmente o direito no Brasil, ainda que de maneira eventual. Não se trata, diga-se desde logo, de uma tese de defesa do pragmatismo, e sim de um trabalho destinado ao conhecimento de suas razões, o que poderá mesmo facilitar a crítica (num sentido maior) sobre a eventual adoção da lógica pragmática por nossos tribunais.

Nesse sentido, tratar-se-á inicialmente da teoria do conhecimento de Dewey, a fim de se

² Por não fazer parte mesmo de nossa cultura. Em sentido contrário chama a atenção um trecho da entrevista de Richard Brunstom, Chefe Policial do norte do País de Gales. Falando sobre a legalização das drogas ele afirma que “se as políticas sobre drogas, no futuro, devem ser pragmáticas e não moralistas, motivadas pela ética e não pelo dogmatismo, então a atual estratégia de proibição terá de ser abandonada tanto por ser ineficiente quanto por ser imoral, e deve ser substituída por um sistema unificado, baseado em evidências (que incluam tabaco e álcool) e que se concentre na diminuição do dano que sofre a sociedade”. *Jornal do Brasil* de 16 de outubro de 2007, p. A21. Nota-se que o emprego da expressão “pragmática” observa um conhecimento, ainda que intuitivo, de razões e conceitos que pudessem de fato ser associados a alguma filosofia pragmática.

estabelecer aquilo o que se entende por experimentalismo, uma vertente consistente do pragmatismo. Uma incursão na teoria política do filósofo poderá esclarecer pontos importantes acerca da possível ligação entre a teoria experimental e a prática de nossos tribunais.

Buscar-se-á, em um momento subsequente, apresentar o pragmatismo jurídico de Posner, as suas particularidades, de modo a perceber se ele poderia ou não ser relacionado ao experimentalismo.

A análise de três decisões de nossos tribunais poderá ilustrar e quem sabe esclarecer, ainda que parcialmente, os conceitos trabalhados. O primeiro caso analisado envolve a adoção de crianças por casal homoafetivo. O segundo, o questionamento da constitucionalidade de lei estadual que criou Município antes da elaboração da lei complementar federal estabelecida como condição para que aquela criação ocorresse. O terceiro caso, por fim, diz respeito à constitucionalidade do dispositivo legal que autoriza a penhora do único imóvel próprio (bem de família) do fiador ao mesmo tempo em que o ordenamento infraconstitucional protegeria o imóvel único do devedor principal.

Após a análise jurisprudencial algumas considerações deverão de ser traçadas, especialmente sobre a possibilidade de se associar as teorias apresentadas à atividade jurisdicional brasileira.

Antes de seguir ao próximo Capítulo, contudo, seria importante destacar, agora no corpo do texto, que esta monografia tem a sua origem e deve grande parte de seu desenvolvimento à participação de seu autor no Grupo de Pesquisas sobre “A lógica do pragmatismo jurídico nas decisões judiciais brasileiras”, coordenado pela Professora Doutora Margarida Maria Lacombe Camargo e vinculado à Faculdade Nacional de Direito da UFRJ.

2 – Apresentação da Teoria do Conhecimento de John Dewey

O pragmatismo é uma corrente de pensamento nascida nos Estados Unidos da América, a partir da obra de três pensadores: Charles Pierce, William James e John Dewey. Cada um deles desenvolveu teorias com um ponto marcante em comum: a desconsideração da dicotomia, da separação, entre ação e conhecimento, entre teoria e prática. O ponto é significativo, pois grande parte do desenvolvimento da filosofia ocidental se deu sobre a afirmação de que o conhecimento antecede o ato de sua observação e, portanto, independe da ação humana³.

Dewey aponta que o combate aos riscos da vida e à insegurança é inerente à condição humana. Uma premissa importante de sua teoria reside na afirmação da existência de duas formas de combate à incerteza pelo homem. A primeira é a mudança de seus próprios sentimentos, a fim de conseguir o apoio das forças que governam o seu destino. É o que se verifica nas religiões e nas crenças. Não é difícil imaginar um exemplo. Poderia-se lembrar do oferecimento de oferendas como forma de conter a fúria dos deuses, típico de algumas religiões, ou mesmo na observância dos dez mandamentos da religião católica.

A segunda forma de combate à incerteza é a interferência do homem na realidade para colocar à sua disposição os poderes que o ameaçam, o que depende da atividade prática⁴. A irrigação de uma área afetada pela seca a partir do desvio de um rio pode nos servir de exemplo. O sucesso dessa interferência é proporcional à capacidade do homem para formar um juízo correto sobre quais ações devam ser realizadas para que seja atingido um fim determinado e ao domínio técnico essencial à execução da atividade prática – é preciso que o homem seja capaz de determinar as condições para que o desvio seja feito de modo a não provocar grande impacto ambiental, como o assoreamento do rio desviado, e também de determinar qual o material capaz de desviar o fluxo de água de maneira adequada, dentre outros conhecimentos necessários, a fim de se evitar que a intervenção humana na natureza provoque um desastre ainda maior do que o causado pela seca.

Na Antiguidade, quando o homem não possuía controle sequer razoável sobre as conseqüências de sua interferência na ordem em que as coisas estavam estabelecidas, as

³ Dewey, John. *La Busca de la Certeza: un estudio de la relacion entre el conocimiento y la acción*. Fondo de Cultura Económica, 1952.

⁴ John Dewey, *La Busca de la Certeza*, nota 3, p. 3.

mudanças provocadas por sua atividade prática representavam um risco de possíveis danos, e a ação não poderia contribuir à rotina humana de busca pela segurança. Por outro lado, os conceitos metafísicos resultados do pensamento puro e do saber contemplativo poderiam atingir um grau de certeza e segurança considerável, seja porque a eles dificilmente se relacionavam resultados concretos, seja porque estavam sujeitos apenas ao controle da lógica. Com aqueles conceitos era possível construir um sistema de verdades imutáveis e necessárias, do qual poderiam ser extraídas conclusões universais e ao qual foi subordinada a atividade prática, como forma de se combater a insegurança provocada pela mudança. Resultou daí o fato de a produção do conhecimento ser vista como um processo de descobrimento, em que se revelaria uma verdade anterior e independente da investigação humana.

Mas o modelo de filosofia preocupado com a investigação acerca da essência das coisas perdurou, de acordo com Dewey, mesmo ultrapassado o contexto em que surgiu. Conseqüentemente, também se manteve a noção de que o conhecido antecede ao ato mental de observação e investigação. Entretanto, o rebaixamento a que foi submetida a ação prática desde a Antiguidade perdeu sentido à medida em que foram superadas as condições históricas que lhe deram causa.

A incapacidade de converter a ação em algo central para a busca da segurança – não uma segurança absoluta, mas uma humanamente possível - é uma superveniência da incapacidade dos homens, naquelas etapas da civilização em que dispunham de poucos recursos para regular e utilizar as condições das quais depende a obtenção das conseqüências. O homem, ao ser incapaz de dirigir o curso dos acontecimentos apelando às artes práticas, buscou um substitutivo de tipo emotivo⁵.

Após a revolução científica, o mesmo caráter fixo que no esquema antigo correspondia exclusivamente às formas racionais e ideais passa a caracterizar também as leis naturais. A ciência poderia ser instrumento importante na busca pela segurança, ao mesmo tempo em que o método experimental por ela utilizado estava muito mais ligado à mudança que às formas fixas. Eram as alterações nos objetos, e sua relação com outras alterações, que interessavam à investigação científica, em lugar do estudo da essência do próprio objeto. Ao descobrir a relação existente entre as mudanças (uma alteração no objeto *x* provocaria uma outra mudança no objeto

⁵ *Idem. Ibidem*, p. 29.

y, que por sua vez alteraria o objeto z) o homem poderia achar um ponto na cadeia causal em que pudesse interferir e assim exercer um controle, até então inimaginável, sobre os acontecimentos⁶. Aquela interferência, contudo, dependeria da ação prática, e provocaria uma re-arrumação das coisas: a formação de uma “realidade nova”. A investigação estaria voltada para a mudança e para o futuro – a realidade nova -, ao invés de preocupar-se com verdades fixas e pré-constituídas.

Desse modo foram superados, segundo Dewey, três importantes fundamentos do pensamento antigo: (a) que só no fixo e imutável poder-se-ia obter certeza e segurança; (b) que o conhecimento seria o único caminho para se chegar ao intrinsecamente estável e certo; (c) que a atividade prática seria algo de tipo inferior, simplesmente necessária em razão da natureza animal do homem e da necessidade de obter o sustento do ambiente.

Nesse novo panorama, a força da nova ciência impunha à filosofia a necessidade de repensar o seu papel. Tomada a ciência como forma exemplar de conhecimento - e o método científico como caminho para se alcançá-lo - seria impossível sustentar a perfeição dos conceitos metafísicos⁷. No modelo científico o valor de determinado objeto ou teoria estava sujeito à comprovação de sua aptidão para produzir os resultados desejados, enquanto no esquema anterior o valor dependeria da conformidade com algo pré-determinado.

Mas, ao mesmo tempo em que o pensamento filosófico não poderia competir com a exatidão e com o caráter concreto da ciência, romper com a tradição, segundo a qual a atividade prática deveria ser norteada pela conformidade com conceitos pré-fixados e não pelos seus resultados concretos, implicaria em grande perda de poder para a filosofia. A rivalidade entre o pensamento filosófico e o científico converteu-se então em uma rivalidade entre os valores espirituais garantidos pela velha tradição filosófica e as conclusões do conhecimento natural, isto é, um confronto entre o moral e o real. Enquanto a ciência determinava o valor de um objeto pela sua capacidade de satisfazer uma necessidade, de cumprir com um fim, a filosofia acreditava que os valores estariam ligados à essência das coisas e, assim, posicionados em uma ordem anterior e independente da ação humana. Dessa independência resultaria o seu direito de regular a conduta do homem⁸. Se antes da revolução científica o papel da filosofia era o de descobrir a verdade

⁶ *Idem, Ibidem*, p. 111

⁷ *Idem, Ibidem*, p. 44.

⁸ *Idem, Ibidem*, p. 39.

essencial sobre as coisas, após aquele marco histórico ele passa a ser o de descobrir a verdade sobre os valores que deveriam guiar a conduta humana.

Dessa maneira, permaneceu a separação entre o conhecimento e a ação, bem como a idéia de que as crenças relacionadas à ação seriam incertas e de valor inferior àquelas outras relacionadas intrinsecamente aos objetos do conhecimento. Em outras palavras, continuou-se a acreditar que o conhecimento consistiria em descobrir a realidade, ou uma realidade prévia, e é independente de todo o propósito de dominar as qualidades dos objetos experimentados. Nesse modelo, o processo de investigação deveria observar apenas aspectos formais, ou seja, a coerência lógica a padrões pré-determinados seria suficiente para determinar a correção da atividade humana.

Contraopondo-se a essa idéia, Dewey aponta que a afirmação da existência de valores universais e intrínsecos servia para dissimular outros valores representativos de condições sociais passageiras⁹. Propõe então, que tanto na filosofia quanto nas demais áreas de conhecimento os objetos e os conceitos sejam valorados pela sua capacidade de atingir o fim a que se propõe. A forma como um objeto foi aproveitado no passado poderia ou não valer para situações futuras, uma vez que o aproveitamento de um objeto está relacionado às condições em que ele se deu. Assim, o que foi útil no passado e, portanto, valoroso, deveria ser tomado como uma hipótese, isto é, uma possibilidade, e não como um conceito dado e intransponível. Na visão de Dewey, os valores e as qualidades pré-constituídas, ao invés de serem tratados como objeto de conhecimento, deveriam ser tidos como orientação para algo a ser conhecido¹⁰.

A partir daí é possível entender o aproveitamento do método científico e experimental na formação de uma teoria do conhecimento, conforme proposto por Dewey. Ao invés de se pautar por valores pré-determinados, a investigação experimental é dirigida pela compreensão da relação entre as conseqüências do uso de determinado objeto e as condições em que esse uso se deu. Daí a afirmação de que a investigação científica compreende uma pesquisa de métodos de controle¹¹, através dos quais o homem pode obter um domínio sobre o meio e, portanto, um grau de certeza mais consistente do que conseguiria ao limitar o conhecimento à uma série de conceitos estáticos e pré-determinados. Na visão do filósofo, a simples reprodução de conceitos

⁹ *Idem, Ibidem*, p. 58.

¹⁰ *Idem, Ibidem*, p. 89.

¹¹ *Idem, Ibidem*, p. 111.

fixos, com preocupação apenas formal, deixa de se justificar quando o homem passa a ser capaz de dominar as relações entre os meios e os fins de sua conduta. No lugar da segurança proporcionada pelos conceitos estáticos, toma lugar a segurança proporcionada pelo domínio das conseqüências de sua ação. Cabe lembrar a máxima de Oliver Holmes: “a certeza, em geral, é uma ilusão”.

Dewey aponta a necessidade de distinguirmos duas formas de experiência: a empírica e a experimental¹². Na primeira – a empírica - a experiência é formada por resultados obtidos sem nenhum controle inteligente, e acumulados na memória. Observando algo que funcionou no passado, mas sem entender as causas do sucesso – as relações implicadas de causa e efeito, de meios e conseqüências -, a aplicação daquela experiência à ação atual não observa que as condições em que é empregado um conceito influem no resultado da investigação. A segunda forma de experiência – a experimental -, por outro lado, é dirigida pela compreensão das condições dadas e de suas conseqüências¹³. Serve de exemplo para nós, aqui, a construção de uma ponte, antes ou após os avanços científicos. No primeiro momento, o construtor se baseava exclusivamente nas experiências passadas, sem o conhecimento exato das relações de forças e tensões físicas envolvidas. No segundo momento histórico, ele seria capaz de determinar, com maior precisão, quais as operações a serem realizadas para a satisfação originária da construção da ponte. Para a construção de pontes em diferentes terrenos, provavelmente as técnicas e os conceitos utilizados não seriam de todo iguais. É dizer, a simples aplicação de um mesmo conceito em situações diversas não garante o alcance do resultado desejado. Faz-se necessário conhecer a realidade – a natureza do problema que dá origem à investigação – e atuar de modo a produzir conseqüências determinadas. O uso do conhecimento técnico torna mais clara a relação entre meios e fins na conduta do investigador.

Em linhas gerais, é proposto que os critérios de validez e prova do conhecimento sejam buscados nas conseqüências – públicas e objetivas¹⁴- da atividade investigada, e não em algo anterior e que não mantém relação com a própria atividade.

A investigação experimental possui três características notáveis. A primeira é, sem dúvida, que toda experimentação implica um fazer externo, uma

¹² *Idem, Ibidem*, p. 70.

¹³ *Idem, Ibidem*, p. 71.

¹⁴ *Idem, Ibidem*, p. 41.

introdução de mudanças definidas no ambiente ou em nossa relação com ele. A segunda é que o experimento não constitui uma atividade às cegas, mas dirigida por idéias que precisam observar as condições impostas pelo problema que provoca a investigação ativa. A última característica, que dá pleno sentido às anteriores, é que o resultado da atividade dirigida consiste na construção de uma nova situação empírica, na qual os objetos estarão relacionados entre si de maneira diferente, de sorte que as conseqüências das operações dirigidas constituem os objetos que possuem a propriedade de ser conhecidos¹⁵.

2.1 – Dewey e o direito

Ao procurar valorizar o papel da ação na determinação do significado das coisas, Dewey acaba por relacionar a produção do conhecimento com a tomada de decisão, já que as ações em diferentes sentidos geram resultados diversos. Isso torna sua obra importante para a reflexão acerca de temas presentes no estudo do Direito. A atividade do juiz, essencialmente decisória, pode servir de campo de estudo da aplicação da teoria de Dewey¹⁶. Tanto é assim que o próprio filósofo tratou de realizar investigações no campo do Direito.

E o reflexo de algumas de suas idéias na área jurídica pode ser visto em artigo intitulado *Legal Method and Law*¹⁷ (1924). Nele o autor critica a utilização da lógica formal (silogismo) como norte da atividade jurisdicional. Em sua visão, a definição dos conceitos que servem de premissa ao raciocínio jurídico observa a produção de determinadas conseqüências e, por isso, o seu significado e valor constituem matéria de investigação e revisão toda vez que invocados, a fim de verificar a sua efetiva capacidade para produzir as conseqüências desejadas¹⁸. A aplicação dos conceitos pré-determinados não poderia estar desacompanhada da verificação de sua capacidade para cumprir com os fins a que se propõe. Assim caberia ao juiz verificar qual o meio adequado para alcançar o objetivo a que se destina a norma. Recasens Siches está próximo de Dewey ao afirmar que

as normas jurídicas não são, não podem pretender ser, não podem ser, proposições com intenções científicas, das quais caberia predicar os qualificativos de verdadeiras e falsas. As normas jurídicas são atos de vontade, e são

¹⁵ *Idem, Ibidem*, p. 74/75.

¹⁶ A observação foi feita em conversa com o Professor David Ritchie, em visita ao Brasil, e a quem aproveitamos para agradecer o envio de valioso material de pesquisa.

¹⁷ John Dewey. *Logical Method and Law. The Philosophical Review*, vol. 33, nº 6, November, 1924. pp. 560-572.

¹⁸ *Idem, Ibidem*, p. 566.

instrumentos criados para a ação, é dizer: utensílios para produzir na vida social, de uma determinada sociedade em uma certa situação, efeitos especiais, a saber: os efeitos que o legislador considera que são mais justos na medida do possível¹⁹.

Por outro lado, essa abordagem pode dar origem ao problema da estabilidade e da regularidade das situações jurídicas. Dewey concorda que eles desempenham importante papel social, e que por essa razão a sua exigência seria legítima do ponto de vista dos interesses da comunidade e dos indivíduos²⁰.

O reconhecimento da importância da estabilidade e regularidade das relações, contudo, não afastaria a proposta de valoração dos atos por suas conseqüências. A estabilidade das situações jurídicas é importante na medida em que a ela estão associadas conseqüências positivas, e não deveria ser considerada como um fim em si mesma. Nesse sentido, o filósofo aponta que há uma distância considerável entre a expectativa de regularidade das decisões judiciais, condição para que as pessoas possam planejar suas condutas e antever os efeitos legais dos atos praticados, e a idéia de que toda a decisão deva resultar de premissas antecedentes e conhecidas em respeito à necessidade da lógica formal. A estabilidade e regularidade poderiam ser garantidas por alguns princípios gerais, norteados por fins públicos e objetivos.

Seguindo na crítica ao silogismo, Dewey anota que a sistematização dos métodos lógicos se dá para a sua utilização em situações futuras, a fim de se encontrar maior facilidade em alcançar resultados já atingidos no passado. A produção desses resultados, no entanto, não depende só do método empregado, mas das condições em que ele é utilizado. Por isso, não basta que um método seja reproduzido de maneira acrítica, por força do hábito, da mesma maneira que para se construir uma ponte não se pode desconsiderar o material com o qual ela será construída, o clima do local da construção, além de diversos outros fatores.

Dewey propõe seja adotada no Direito uma lógica ligada mais às conseqüências que às premissas, uma lógica de previsão das probabilidades ao invés de demonstração de certezas²¹. Os princípios gerais, em uma “lógica da investigação” funcionariam como instrumentos, justificados pelos resultados que pudessem proporcionar. Como outros instrumentos, eles deveriam ser modificados quando empregados em novas condições e quando houvesse a exigência de produção de novos resultados. Afinal, teriam de ser adaptados às condições em que se daria a sua

¹⁹ Siches, Luis Recasens. *Tratado general de filosofia del derecho*. Ed. Porrúa. Mexico, 2003. p. 628.

²⁰ *Idem, Ibidem*, p. 569.

²¹ *Idem, Ibidem*, p. 571.

aplicação.

Assim, o uso dos princípios de acordo com o caso concreto, os fins públicos e objetivos e o uso instrumental do conhecimento científico capaz de atestar a capacidade de a decisão produzir os resultados a que se destina, seja do direito ou de outras áreas do saber, são elementos importantes da teoria de Dewey.

Afinal, as normas são tidas como instrumentos para se atingir a fins desejados. Mas a sua adequação para essa tarefa depende das condições em que ela é empregada, do contexto em que se dá a sua aplicação. Cumprido ao juiz, então, verificar no caso concreto o fim público e objetivo a ser atendido e a norma que poderá servir de instrumento para esse atendimento. Ao estabelecimento da relação de causa e efeito entre a aplicação da norma e a produção da consequência desejada é útil o conhecimento científico. A partir de seu uso o magistrado pode demonstrar a capacidade, ou a alta probabilidade, de sua decisão para alcançar as finalidades pretendidas. Os dados científicos exercem ainda outro papel importante, pois que limitam as escolhas humanas no tocante às consequências inatingíveis.

3.1 Apresentação

A exposição do tópico anterior procurou demonstrar que a proposta do Experimentalismo compreende a valoração de um determinado ato de acordo com a(s) conseqüência(s) que ele objetiva e tem condições de atingir. Assim, na escolha entre duas ou mais ações possíveis, isto é, na tomada de decisões, devem ser levadas em conta as conseqüências a serem produzidas por cada uma delas.

Daí surge uma questão de extrema relevância para este trabalho. Trata-se de investigar o critério para a escolha das conseqüências norteadoras da ação. O próprio Dewey aponta em sua teoria do conhecimento que os fins a serem atendidos pelos atos socialmente relevantes devem ser escolhidos de forma pública e objetiva. O ponto é importante, pois cuida de elemento que confere objetividade às decisões tomadas pelo processo experimental.

Ao se apresentar o experimentalismo como possível referência para as decisões judiciais, a questão da objetividade não pode ser deixada de lado. Afinal, a atuação do juiz (re)presenta a atuação do Estado. Assim, quando um ou alguns juízes atuam decidindo um conflito é a vontade estatal, e não a vontade privada de cada um deles, que se impõe. Nesse sentido a decisão judicial é um ato público.

O estudo da teoria política de Dewey pode ser útil no sentido de se melhor compreender a noção de “fim público e objetivo”. Procurar-se-á, então, neste ponto do trabalho, examinar as idéias do filósofo acerca do surgimento e do papel do Estado, a fim de entender a noção de ato público no sentido que lhe apresenta o autor estudado e como forma de orientar a investigação do tema proposto.

3.2 O surgimento e o papel do estado

O filósofo norte-americano aponta que o fato de os homens se associarem, por si só, não os diferencia de outros elementos da natureza. As estrelas se associam, as moléculas se associam, etc. O que distingue a associação humana das demais, em sua linha de pensamento, é a capacidade de seus integrantes em perceber a relação de causa e efeito de seus atos - as

conseqüências por eles produzidas -, e de se determinar de acordo com ela²².

E os atos praticados nas relações humanas podem provocar dois tipos de conseqüências. O primeiro deles compreende as conseqüências que apenas afetam as pessoas diretamente envolvidas na relação. O segundo tipo de conseqüência produz efeitos também sobre os que não estão envolvidas na relação original, indiretamente. Aí poderia estar uma distinção inicial entre relações privadas e públicas.

O surgimento do estado²³ estaria ligado ao momento em que as conseqüências indiretas passam a ser identificadas e quando tem início o esforço para regulá-las. O papel estatal para Dewey, portanto, está ligado à promoção/inibição de conseqüências. Com o fim de incentivar ou de evitar a produção de determinados efeitos pelas relações humanas é criado o estado.

Importante observar que a distinção de público e privado, para Dewey, não se confunde com a de individual e social. Atos privados podem ser socialmente valiosos, quando suas conseqüências contribuem para o bem estar da comunidade. O ato público, por outro lado, nem sempre é identificado com o socialmente proveitoso, do que é exemplo a guerra²⁴.

A diferenciação entre atos privados e públicos deve ser traçada, para o autor, com base na extensão das conseqüências dos atos públicos, isto é, aqueles atos que são importantes a ponto de merecerem o controle estatal, seja por inibição ou por promoção.

E a constatação de que há indiretamente afetados leva à necessidade da consideração sistemática das conseqüências. Aqueles indiretamente afetados pelas conseqüências dos atos públicos formam a opinião pública. Assim é que, no passado, quando vigorava a vingança privada, o fato de alguém se sentir lesado por outrem poderá levar a um conflito entre famílias que ultrapassaria gerações e envolveria muitas pessoas além das diretamente ligadas à relação inicial. Com o passar do tempo formou-se um público composto pelos indiretamente afetados, com o objetivo de conservar os seus interesses e de manter os problemas oriundos daquela relação limitados aos seus integrantes.

²² Dewey, John. *The Public and its Problems*. Ohio University Press. 1954. Originally published: New York, H. Holt, 1927.

²³ Nesse ponto optou-se por utilizar a expressão estado sempre em letra minúscula, seguindo Dewey, para que se ressalte uma noção importante do pensamento do autor: a de que não há uma forma correta de organização estatal, um Estado ideal. Pelo contrário, na perspectiva apresentada no corpo do texto a organização estatal observa as aspirações e necessidades vivenciadas nas relações sociais, de modo que admite-se a sua variação no tempo e no espaço.

²⁴ *Idem. Ibidem.* p. 13/14.

O papel do estado, portanto, é o de promover as conseqüências desejadas e o de inibir aquelas indesejadas. Deve-se considerar que, quando o estado age, ele o faz através de pessoas “concretas”. A distinção entre pessoas e funcionários públicos não é uma diferença entre seres humanos singulares e um desejo impessoal coletivo²⁵, mas uma distinção entre pessoas em seu caráter particular ou público. A qualidade presente não é a autoria, mas a autoridade, que, por sua vez, é derivada do papel do estado de controlar as conseqüências tidas como socialmente desejadas ou indesejadas. Funcionários públicos são agentes, para Dewey, no sentido de que fazem o trabalho de outros, de assegurar conseqüências que dizem respeito a esses outros. Daí resulta que apenas através de constante observação e crítica dos representantes pelos cidadãos o estado pode manter a sua integridade e utilidade²⁶.

O estado, então, controla as conseqüências dos atos relevantes através de seus agentes. De certo que esse controle não poderia ser exercido pelas pessoas diretamente envolvidas na produção daquelas conseqüências. Afinal, o que torna uma conseqüência socialmente relevante é justamente o fato de ela se expandir para além do grupo que lhe deu origem. Dessa maneira, aponta-se que a marca externa da organização de um povo é a existência de governantes.

(a)queles indireta e seriamente atingidos, para o bem ou para o mal, formam um grupo com características próprias e por isso querem ser reconhecidos e ter um nome próprio. O nome escolhido é O Povo (*The Public*). Esse povo é organizado e torna-se efetivo por meio de representantes que como guardiões do costume, juizes, legisladores, etc, cuidam dos interesses especiais por métodos que objetivam regular a ação conjunta dos indivíduos e grupos. Aí, a associação acrescenta a si própria a organização política: o povo (*public*) é um estado político²⁷.

Mas é preciso atentar para o fato de que a observação das conseqüências é atividade que está sujeita a erro²⁸. Dewey aponta que o julgamento a respeito do que deve ser feito para regular as conseqüências, e de como isto deve ser feito, é tão falível quanto qualquer outro. Os erros podem se acumular e se consolidar como leis e métodos de administração que podem ser mais danosos do que as eventuais conseqüência que originalmente desejavam controlar. A história é rica em exemplos capazes de demonstrar que poder e prestígio decorrentes da função pública

²⁵ *Idem. Ibidem.* p 18.

²⁶ *Idem, Ibidem.* p. 69.

²⁷ *Idem, Ibidem.* p 35.

²⁸ *Idem. Ibidem.* p 29/30.

muitas vezes são explorados em razões particulares. No mesmo sentido, as inovações tecnológicas criam meios capazes de alterar os modos de comportamento associado e que mudam radicalmente a quantidade, o caráter e o impacto das conseqüências indiretas das relações humanas.

Essas mudanças são externar às formas políticas. O estado, em verdade, legitima forças que já estavam em operação, dando a elas um canal por meio do qual possam atuar²⁹. Essas forças são decorrentes da organização social, da forma como as pessoas se relacionam. Quando ocorre uma grave mudança na forma como elas se associam, o novo público – composto por aqueles que sofrem os efeitos indiretos – permanece por algum tempo desorganizado, pois que não guarda mais identidade com as instituições políticas. O público que lhes deu origem deixa de existir, mas o poder permanece nas mãos dos governantes e dos órgãos instituídos por ele. De acordo com Dewey, a criação de uma estrutura política e legal flexível, que dê conta das mudanças sociais, ainda não foi vislumbrada pela imaginação humana.

Ocorre então que quando uma forma de organização e atuação do estado se estabiliza, invariavelmente, ela precisa ser revista³⁰.

Resulta desse raciocínio a conclusão de que a investigação teórica, sozinha, não pode ajudar a resolver os problemas relativos ao estado. Essa tarefa, ao revés, compreende uma série de outros aspectos: demanda força para perceber e reconhecer as conseqüências do comportamento dos indivíduos organizados em grupos e relacioná-las às suas fontes e origens; envolve a seleção de pessoas que possam representar os interesses criados por essas conseqüências conhecidas e a definição das funções que devem possuir; requer a instituição de um governo que possibilite que aqueles que têm o poder decorrente do exercício da função pública empreguem-no para o público e não em benefício particular³¹.

Pelo fato de o papel do estado estar diretamente ligado à regulação das conseqüências do comportamento de seu povo, e por esse comportamento variar no tempo e no espaço, tem-se que são incontáveis as formas de organização estatal. Desse modo, a única afirmação que poderia ser feita em relação ao papel do estado, de acordo com Dewey, é puramente formal: o estado é a organização do povo realizada através dos governantes para a proteção dos interesses

²⁹ *Idem, Ibidem.* p. 68.

³⁰ *Idem, Ibidem.* p. 31/32.

³¹ *Idem, Ibidem.* p.32.

compartilhados por seus membros. Não se define, contudo, o que pode ser o povo, os governantes ou como eles deveriam realizar suas funções.

Poderia ainda ser estabelecido um critério para determinar a qualidade de um estado, qual seja, o grau de organização alcançado pelo povo e o quão estreita é a relação entre a constituição dos governantes enquanto tais e a realização de sua tarefa de zelar pelo interesse público.

Mas não há, para Dewey, uma regra estabelecida *a priori* que possa ser seguida na formação de um “bom estado”. As condições fazem as conseqüências das ações públicas. A formação dos estados deve se dar através de um processo experimental³². O papel do estudioso seria o de ajudar na criação de métodos através dos quais a experimentação possa proceder menos às cegas, menos exposta à acidentes, de maneira mais inteligente, de modo a aprender com os erros e a se beneficiar dos sucessos.

3.3 - *A crise do estado*

Viu-se, até aqui, que a teoria política de Dewey propõe a valoração do estado pela sua capacidade de controlar as conseqüências de acordo com aquilo o que deseja a opinião pública. E a atuação estatal se dá por meio de agentes públicos, representantes que devem promover os fins para os quais foram designados, e não atuar de acordo com seus interesses particulares. Para que isso ocorra de fato essencial é a capacidade de a opinião pública determinar quais são as conseqüências que deseja ver promovidas ou inibidas, assim como a capacidade de controle popular da atuação dos representantes públicos.

No entanto essas capacidades não têm encontrado condições para se formarem da maneira adequada. Houve um tempo em que o homem dominava alguns poucos princípios gerais de política e era capaz de aplicá-los com certa confiança. Um cidadão acreditava no governo centralizado ou descentralizado, no livre comércio ou no protecionismo. Ele podia se identificar mais facilmente com a vida política de sua comunidade.

Mas o incremento da complexidade das relações sociais e os avanços tecnológicos experimentados pela humanidade - já na primeira metade do século passado - fizeram com que as conseqüências indiretas das relações humanas deixassem de ser identificáveis ao povo, o que

³² *Idem, Ibidem.* p. 33

acaba por obstaculizar a formação de uma opinião pública³³. As principais questões para a opinião pública, tais como saúde pública, transporte, planejamento urbano, tributos, transformaram-se em matérias de ordem técnica. A construção de uma rodovia ligando duas grandes cidades, por exemplo, envolveria aspectos da engenharia, econômicos, jurídicos, ambientais, etc. O mesmo raciocínio aplicar-se-ia ao aumento de um tributo ou à outras matérias de interesse público. Dessa maneira acaba-se por cortar a relação dessas questões com os mecanismos de atuação da opinião pública – dentre eles a decisão pela maioria. Em sendo assim, as pessoas muitas vezes acabam por sofrer com conseqüências em relação às quais jamais teriam a capacidade de pensar em mecanismos para o seu controle.

As questões políticas, então, afiguram-se um tanto quanto mais complicadas, aponta Dewey. Apenas nas épocas eleitorais algum slogan da moda pode fazer com que os cidadãos tenham a noção, temporária, de que ele tem convicções acerca de uma matéria importante. Os princípios gerais, segundo Dewey, perderam força, passaram a possuir pouco sentido prático quando as relações sociais se tornaram mais complexas. Questões como o preço da tarifa de um meio de transporte, ou como a competência para regular a diminuição ou aumento da carga tributária, passaram a não poderem ser julgadas a partir de um padrão. Isso acaba por enfraquecer a opinião pública, afastando-a da atuação do estado.

Diante dessa crise de representatividade estatal que é, antes, uma crise da democracia política, Dewey acredita que a solução não passa por um reforço das instituições vigentes. Ao contrário, considera necessário distinguir a democracia política da idéia de democracia.

A idéia de democracia é tão vasta e tão plena que não pode ser exemplificada por meio de um estado. Afinal, a realização da democracia transcende a esfera estatal. Ela encontra-se simultaneamente em todos os modos de associação humana dentro da comunidade. Assim, para que a idéia de democracia se realize, ela precisa produzir efeitos sobre a família, a escola, o trabalho e etc.

A democracia política – o sistema de governo, os arranjos políticos e instituições governamentais – consiste meramente em um mecanismo destinado a assegurar canais de operação para a idéia de democracia.

Desse modo, a democracia política, isto é, os arranjos políticos e instituições governamentais, pode a qualquer tempo ser revista, modificada, sem que isso afete a idéia de

³³ *Idem, Ibidem.* p. 126.

democracia. Pois a idéia de democracia é inabalável. As suas formas políticas é que estão sujeitas a críticas e crises. Essas crises ocorrem quando a organização do estado não é mais capaz de controlar as conseqüências das relações públicas.

A saída para a crise, portanto, não se encontra no reforço ou aperfeiçoamento da maquinaria política (democracia como sistema de governo) já existente, pois que o estado continuaria a padecer dos mesmos males. A solução para a cura da crise eventual de um estado deveria passar por um retorno à idéia de democracia, por encontrar a sua substância, por sua compreensão, para que então fosse possível a crítica e a reconstrução de suas manifestações políticas.

Para Dewey, as instituições mais conhecidas da democracia moderna, tais como o voto ou a representação, foram criadas para satisfazer necessidades e demandas concretas, isto é, não foram determinadas diretamente pela idéia de democracia³⁴.

3.4 - Considerações finais da seção

Enfim, as escolhas sociais importantes, para Dewey, devem ser tomadas democraticamente. O conhecimento científico é um instrumento, que pode auxiliar tanto na determinação do que se pode atingir – e portanto escolher – como na tarefa de alcançar o objeto escolhido. Mas um governo de peritos, no qual as massas não tenham chance de informá-los sobre as suas necessidades não poderia ser diferente de uma oligarquia manejada no interesse de poucos. A investigação é um trabalho que depende de *experts*. Mas a sua perícia não deve ser mostrada na elaboração e na execução de políticas, e sim na descoberta dos fatos necessários à política³⁵. Os fins norteadores dos atos públicos, portanto, devem ser determinados democraticamente.

No modelo de organização jurídico-política adotado atualmente pelo Brasil, poderia se considerar que aqueles fins encontram-se previstos na Constituição Federal³⁶. É nela que são consagradas a proteção e a promoção de valores fundamentais e mesmo a previsão de metas

³⁴ *Idem, Ibidem*. p. 143 e segs e Progrebinschi, Thamy. A democracia do homem comum: resgatando a teoria política de John Dewey. *Revista de Sociologia e Política*, nº 23. Curitiba, novembro de 2004.

³⁵ Dewey, *op. cit.*, p. 208.

³⁶ Poderia-se, com base no que foi visto sobre a teoria política de Dewey, propor debate sugerindo a crise do Estado brasileiro e, conseqüentemente, de suas instituições políticas e governamentais. O ponto seria relevante, mas não poderia receber aqui a atenção que merece.

relativamente concretas, como a erradicação da miséria e a diminuição das desigualdades sociais. Considera-se que o momento de elaboração de uma constituição é um momento de racionalidade política, em que o povo faz escolhas que o guiarão nos momentos posteriores. Prova disso é que, naquele momento, o povo limita a sua liberdade de escolha política, se autolimita, ao retirar certas matérias da pauta das negociações políticas ordinárias³⁷.

Assim, podem ser apontadas algumas das principais características da decisão experimental. Nesse sentido, poder-se-ia dizer que a classificação de uma decisão como experimental deveria observar se ela:

- a.* está voltada para atingir determinadas conseqüências democraticamente escolhidas;
- b.* considera o contexto em que está inserida;
- c.* utiliza o conhecimento científico como forma de demonstrar a sua capacidade para atingir os fins pretendidos;
- d.* observa o texto constitucional como critério para escolha das conseqüências que objetiva promover – considerando-se a forma de organização política adotada no Brasil.

4 - O Pragmatismo Jurídico de Richard Posner

³⁷ Afonso da Silva, Luis Virgílio. Clausulas pétreas. Ulisses, as Sereias e o Poder Constituinte Derivado. *Revista de Direito Administrativo* 226, p. 11-32, out./dez. Rio de Janeiro. Renovar. 2001.

Juiz de uma Corte de Apelação norte-americana, Richard Posner é tido como uma das referências da corrente de pensamento batizada de Direito e Economia (*Law and Economics*) e um dos principais expoentes contemporâneos do pragmatismo jurídico. Ao contrário de Dewey, contudo, Posner procura dissociar a sua teoria de qualquer fundamentação filosófica³⁸. Trataremos de apresentar a sua visão sobre qual seria a perspectiva mais adequada para nortear a atuação do juiz na resolução dos conflitos a ele apresentados, como forma de tornar claro o significado que destina ao pensamento pragmatista – termo preferido por Posner, em detrimento de “pragmático”.

O pragmatismo, para Posner, é uma teoria que prega abordagem prática e instrumental no lugar de essencialista, interessada no que funciona e no que é útil, e não no que realmente é. Assim, está voltada para objetivos futuros, valorando a continuidade com o passado apenas até o ponto em que ela ajude a enfrentar os problemas do presente e do futuro³⁹. Em outras palavras, de acordo com o autor norte-americano o direito deve ser aplicado em função dos resultados produzidos pela decisão dos juízes⁴⁰. E não há outra razão para isso do que ser esta a atitude que pode conduzir, justamente, aos melhores resultados, isto é, à maior eficiência das decisões judiciais para o desenvolvimento da sociedade.

Assim é que o respeito às decisões passadas, ao ordenamento jurídico, seria motivado por necessidades concretas – nas hipóteses em que a mudança de orientação jurisprudencial pudesse causar insegurança jurídica prejudicial ao funcionamento regular da sociedade - e não por mera obrigação, por respeito cego ao que tenha sido anteriormente estabelecido⁴¹. No direito, o pragmatismo trataria a vinculação do juiz aos precedentes judiciais (*stare decisis*) como uma política, e não como um dever.

A atitude pragmatista, prossegue Posner, é ativista-progressiva. O pragmatista acredita no progresso sem que pretenda ser capaz de defini-lo, e acredita que ele pode ser atingido pela ação humana deliberada. Mas o juiz pragmatista não é necessariamente um ativista. O ativismo

³⁸ Posner, Richard. Pragmatic Adjudication. *The Revival of Pragmatism*. Edited by Morris Dickstein. Duke University Press, Durham and London, 1998. pp. 235-253. p. 236 e 251/252.

³⁹ Posner, Richard. Introduction: Pragmatism, Economics and Liberalism. *Overcoming Law*. Harvard University Press. Massachusetts, 2000.

⁴⁰ Posner, Richard. Legal Pragmatism. *Metaphilosophy*. Blackwell Publishing. Oxford (UK) 2004. pp. 147-159. p. 150. No mesmo sentido cf. em Pragmatic Adjudication, nota 26 supra, p. 241.

⁴¹ Posner, Richard. Pragmatic Adjudication. v. nota 26 supra. p. 238.

judicial, aponta o autor, é a visão da capacidade e responsabilidade dos tribunais em relação às outras instituições estatais. E um pragmatista pode ter boas razões para pensar que os tribunais devem manter postura não ativista.

O pragmatista está interessado nos fatos e deseja estar informado sobre a operação, propriedades e prováveis efeitos de cursos de ação distintos. É, assim, empírico. Ao mesmo tempo, é cético quanto aos reclames no sentido de alcance de verdade final sobre um tema qualquer.

As certezas, segundo Posner, normalmente decorrem das crenças decorrentes na comunidade a qual se pertence. As verdades mais arraigadas não são aquelas que podem ser provadas, debatidas, investigadas, mas aquelas integrantes de nossas crenças mais profundas, aquelas que quando questionadas deixariam o ser humano em estado de desorientação – e que formam, segundo o autor, o senso comum. Trata-se das verdades que servem de base para o estabelecimento das premissas de nosso raciocínio. Alguns exemplos dados por Posner consistem na crença de que nenhum homem nascido no século XVIII está vivo hoje e de que os objetos não deixam de existir quando estão fora de nosso alcance. Essas verdades formariam o senso comum, o ponto mais distante das nossas referências.

O pragmatismo é ao mesmo tempo contra e a favor do senso comum. O pragmatista sabe que as referências profundas, que certas proposições com status de senso comum, podem mudar. Foi o que aconteceu no século passado em relação ao papel das mulheres na sociedade, segundo exemplo do próprio autor. Mas, por outro lado, ele também considera que o fato de não se poder provar alguma coisa não significa que ela pode ser descartada. Aí reside um equilíbrio entre a adoção de uma postura destinada à mudança social ou conservadora.

Observa ainda que as crenças universalmente compartilhadas em uma cultura não esgotam o conteúdo das referências de um indivíduo, especialmente em sociedades complexas e heterogêneas. Assim, dentro de uma mesma sociedade é normal a existência de indivíduos com crenças distintas, com referências culturais diferentes. A crença de que todo ser humano, exceto Jesus Cristo, teve um pai humano pertence a um grupo – o dos cristãos – e, ao mesmo tempo, não é seguida por muitos cientistas. Os cânones da lógica e prova são elementos de uma – ou de algumas – referências, ou seja, estão compreendidos dentro delas. Não são meios para se descartar um leque de referências em favor de outro⁴². Nesse sentido, a religião e a ciência são

⁴² Posner, Richard. Introduction: Pragmatism, Economics, Liberalism. V. nota 38 supra. p. 6.

duas crenças, com elementos incompatíveis. É possível a conversão de um indivíduo, isto é, que ele altere as suas crenças. Mas essa conversão não é promovida pela prova, por dedução ou indução ou outro método lógico ou científico.

Como lidar então, com o problema das escolhas públicas importantes? Quais as crenças que devem inspirar as decisões públicas se em uma sociedade livre e pluralista se nenhuma delas pode ser imposta?

Para Posner as decisões importantes para a sociedade devem ser tomadas considerando-se as crenças que sejam capazes de produzir os melhores resultados. Assim, é apontado que as sociedades que se recusaram ao “jogo da ciência”, isto é, a considerar a ciência como um relevante ponto de referência para as suas escolhas, sofreram conseqüências tais como o elevado nível de pobreza e o risco agudo de serem dominadas ou destruídas por outras sociedades. Essas conseqüências deveriam ser consideradas pelo pragmatista. Uma sociedade que as ignorasse estaria infligindo grande sofrimento ao seu povo. Mas não estaria, ressalta o jurista norte-americano, cometendo um erro sobre o que é a “realidade”. Cometeria um erro apenas se considerasse que através de preces, da fé, ou de magia poderia evitar aqueles resultados, de pobreza e fraqueza⁴³. Portanto, se a sociedade estiver pronta para “pagar o preço” por desconsiderar a ciência, o pragmatista duvidaria de que o cientista tivesse algum poder para criticar e alterar o rumo dos acontecimentos.

Nessa tarefa de buscar as melhores conseqüências, Posner atribui relevante papel à economia, por ser uma ciência ligada ao aproveitamento mais eficiente possível de recursos escassos em um universo de desejos ilimitados. Embora o autor não ligue diretamente o pragmatismo jurídico à economia, tanto como fez em sua análise econômica do direito, o estudo de suas obras da “fase pragmatista” demonstra que a associação⁴⁴ entre os dois ramos do saber - o direito e a economia – permanece forte em sua produção. Isso torna relevante a investigação das razões para a atribuição de importância à economia para o estudo do direito. E por isso é válida a incursão na análise econômica do direito, com a qual Posner ganhou notoriedade, no que ela se relaciona com o pragmatismo jurídico.

De acordo com o autor, a economia é uma ferramenta poderosa para se analisar uma série

⁴³ Idem. Ibidem. p. 8.

⁴⁴ Seus críticos poderiam apontar que Posner considera o direito como mera extensão da economia, isto é, como uma ferramenta para garantir o respeito das regras econômicas.

de questões à respeito da interpretação do direito e da política. Afinal é, repita-se, a ciência da escolha humana em um mundo onde os recursos são limitados se comparados aos desejos humanos. Além disso, Posner aponta que valor e eficiência, dois elementos a serem considerados em uma escolha entre duas ou mais ações possíveis, são termos ligados à economia. Eficiência é um termo técnico que significa a exploração econômica dos recursos de modo que a satisfação humana, medida pelo aumento da disposição do consumidor de pagar pelos bens e serviços, seja maximizada. O valor também é definido pela vontade de pagar, que por sua vez é uma função da distribuição de renda da sociedade.

A associação da análise econômica à teoria dos custos dos direitos, como o faz Flavio Galdino⁴⁵ pode ser útil à compreensão da importância dada pelos “analistas econômicos do direito” à relação entre os dois campos do conhecimento, ao menos no que toca aos direitos fundamentais. Galdino aponta, seguindo Cass Sustein e Stephen Holmes⁴⁶, que os direitos fundamentais, sejam eles sociais ou individuais, são direitos positivos, isto é, dependentes de prestações estatais. Partindo da premissa de que o Estado não possui recursos para satisfazer a todos os direitos de todos os cidadãos, aduz que a escolha sobre os direitos a serem atendidos pela atuação estatal necessariamente envolve o sacrifício (e não a ponderação) de direitos. E essa deveria ser uma escolha política, no sentido de que deveria observar critérios democráticos. A economia e a análise econômica do direito poderiam então ser úteis para tornar os gastos públicos mais eficientes, possibilitando dessa maneira o atendimento do maior número de direitos possível.

Quanto às relações de direito privado, a chave para entender a relação entre pragmatismo jurídico e análise econômica parece estar na preocupação do juiz pragmatista com as conseqüências para o sistema de sua decisão. O próprio Posner oferece um exemplo: em uma ação de indenização por um acidente de trânsito o juiz não deve levar em conta apenas o grau de culpa do causador do dano (réu) ou o prejuízo sofrido pelo autor da ação, e sim as conseqüências de sua decisão para a sociedade. Afinal, ela influenciará na forma como as pessoas procurarão evitar acidentes no futuro, na elaboração de contratos de seguro, etc. A decisão do caso, nas palavras de Posner, irá estabelecer uma regra que passará a nortear a conduta das pessoas

⁴⁵ *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos*. Rio de Janeiro. Ed. Lúmen Iuris. 2005.

⁴⁶ *The Cost of Rights – why liberty depends on taxes*. New York. W.W. Norton and Company. 1999.

envolvidas na atividade que gerou o acidente em questão⁴⁷.

A medida em que as referências são expandidas para além das partes imediatamente envolvidas no processo, a justiça assume um sentido mais amplo do que aquilo que é justo segundo o autor ou o réu. A matéria passa a ser o que é um resultado justo para uma classe de atores sociais, e não pode ser resolvida sem que ao menos sejam considerados o impacto de regras alternativas (*alternative ruling*) na frequência dos acidentes e o custo de sua precaução. Assim as perspectivas jurídica e econômica se aproximam, pela noção de que é possível se estabelecer estímulos ou desestímulos à conduta humana. O estabelecimento de um valor de indenização pode desestimular futuros acidentes, por exemplo. A economia ofereceria ao juiz elementos para tornar a sua decisão mais eficiente, em termos sociais.

Extraí-se das idéias de Posner que à economia seria reservado papel mais profundo do que o de instrumento para o atendimento de fins democraticamente escolhidos. Em sua teoria a economia surge como o modelo ao qual seriam adaptadas as escolhas públicas. Um modelo capaz de torná-las mais eficientes.

É proposta a aplicação ao direito de conceitos da economia. Um deles é o da relação inversa entre o preço cobrado e a quantidade demandada, extraído da noção de que o comportamento humano pode ser alterado pelos incentivos externos recebidos. Considera-se que, se o preço da carne aumenta, alguns consumidores substituiriam-na em sua dieta por outros produtos. De maneira geral, se o preço de um produto aumenta e os outros preços permanecem inalterados, a demanda por aquele produto irá diminuir. O reflexo no direito poderia se dar da seguinte forma: a punição é o preço que a sociedade cobra para o cometimento de um crime. Um criminoso que cumpre a sua pena “paga o seu débito com a sociedade”. Dessa maneira um economista poderia crer que o aumento da severidade das penas, ou da probabilidade delas serem aplicadas, aumentaria o preço do crime e diminuiria, conseqüentemente, a sua incidência. O criminoso seria encorajado, incentivado a mudar o seu comportamento⁴⁸.

A opção do pragmatista pela ciência, de maneira geral, e pela economia, no particular, é baseada, então, no alcance das melhores conseqüências. Posner considera a ciência como uma crença capaz de produzir bons frutos, mas não como a crença correta, que necessariamente tenha

⁴⁷ Posner, Richard. *Economic Analysis of Law*. Boston. Little, Brown and Company. 1972.

⁴⁸ Idem, *Ibidem*.

de ser aceita por todos.

Posner alerta ainda que, apesar de cético e relativista, o pragmatista rejeita o ceticismo e o relativismo enquanto dogmas, como posições “filosóficas”. Ao duvidar que nunca saberemos quando chegamos à verdade(s) última(s) ele é anti-dogmático. Por reconhecer que o progresso pode decorrer não apenas do acúmulo de conhecimento a partir de determinadas referências, mas também de mudanças nessas referências, o pragmatista valoriza a liberdade de investigação, a diversidade de investigadores e a experimentação. Ele enxerga o cientista não como descobridor das verdades últimas acerca do universo – verdades que, quando descobertas pelos peritos deveriam ser impostas ao resto das pessoas – mas como o expositor de enganos, que busca reduzir a área de incerteza humana.

Por esse ponto de vista a característica que se destaca na ciência, segundo Posner, é o fato dela compreender uma qualidade humana rara e valiosa: a coragem de arriscar a errar. Os pragmatistas não pensariam que os cientistas possuem qualidades superiores às outras pessoas, mas que a ciência teria características institucionais criadoras de uma grande probabilidade de identificação dos erros.

O pragmatista enxergaria as teorias científicas como ferramentas para ajudar as pessoas a explicar, a elaborar prognósticos e, a partir da explicação e da previsão, e da tecnologia, a entender e controlar o meio físico e social.

4.1 – Proposta de sistematização

Pelo que se tratou neste Capítulo, poderiam ser apontadas ao menos algumas características essenciais de uma decisão pragmatista, isto é, nos moldes do que defende Richard Posner, tais como:

- a.* volta-se a objetivos futuros. Analisa os cursos de ação possíveis e escolhe aquele capaz de produzir os melhores resultados possíveis. Na definição do que seja o melhor resultado possível parece indispensável a consideração do contexto em que está inserida o caso;
- b.* preocupa-se com a análise das conseqüências da decisão para a sociedade (*systemic consequences*), e não apenas para as partes do processo. Nessa tarefa a economia possui papel relevante.
- c.* considera os possíveis efeitos negativos trazidos por sua decisão – quando ela implicar

em mudança dos precedentes ou da prática social - na esfera da previsibilidade e regularidade das relações sociais (segurança jurídica).

Pragmatismo jurídico e experimentalismo por vezes recebem o mesmo rótulo – pragmatismo. Apesar disso, são teorias que apresentam elementos e razões próprias. E a diferença entre elas vai a ponto de não parecer adequada a atitude de considerá-las da mesma maneira.

5 – Experimentalismo e Pragmatismo Jurídico: teorias que não se confundem

O fato de ambas as teorias - Experimentalismo e Pragmatismo Jurídico – estarem associadas ao Pragmatismo pode levar à simples referência a ambas como teorias pragmáticas e, conseqüentemente, à desconsideração de elementos relevantes de cada uma delas. É dizer, Experimentalismo e Pragmatismo Jurídico, embora possam ter pontos em comum, são teorias com fundamentos distintos, que não se confundem.

Há uma diferença crucial entre o pensamento de Dewey e o de Posner, relacionada aos critérios de valoração das conseqüências produzidas por uma decisão.

Dewey, como visto, acredita que as decisões devem procurar atingir fins públicos e objetivos, previamente determinados. Assim, quando o experimentalismo propõe que as ciências humanas adotem o método experimental não deixa de observar que o conhecimento científico deve ser utilizado como instrumento para a consecução de um fim, que no caso dos atos públicos deve ser democraticamente escolhido.

A visão de Posner é distinta. Ao tratar a ciência como uma crença cuja adoção produziria as melhores conseqüências para a sociedade, ele deixa a seu cargo a identificação do que seriam as melhores conseqüências a serem atingidas pela decisão judicial. Nessa medida, a ciência não é mais um instrumento para se atingir um fim pré-determinado, escolhido democraticamente, e sim o próprio critério para a escolha do fim a ser atingido. Em artigo sobre o pragmatismo jurídico o autor apresenta duas versões da análise econômica do direito, a formalista e a pragmática. Por mais que pragmatismo jurídico e análise econômica do direito possuam batismos distintos, parece que, para Posner, são duas teorias extremamente próximas uma da outra⁴⁹. Pois bem, na análise econômica formalista o direito não abandona a lógica formal, mas as decisões judiciais passam a buscar referência nas regras da economia, e não mais nas regras jurídicas. Na versão pragmática, a análise econômica identifica as conseqüências das decisões judiciais, mas deixa a cargo do juiz a tarefa de medir o peso que será dado à essas conseqüências no processo decisório, devendo o magistrado atentar para eventuais danos a serem causados pela insegurança jurídica gerada por mudança brusca de orientação jurisprudencial⁵⁰. Isto é, a ciência determina a melhor

⁴⁹ É o próprio Posner quem recorre à análise econômica do direito, em sua versão pragmática, para rebater às críticas no sentido de que o seu pragmatismo jurídico seria uma teoria formalista, por resolver conflitos jurídicos a partir da aplicação de regras econômicas. v. nota 54 infra.

⁵⁰ Richard Posner. Legal Pragmatism. v. nota 44 supra. p. 152.

conseqüência e o juiz pondera se levá-la a cabo poderá afetar a segurança jurídica. A discricionariedade do magistrado compreende apenas a verificação das conseqüências para o sistema jurídico (*systemic consequences*) da decisão baseada na economia e se a sua adoção seria compensatória ou não.

O exemplo de aplicação da economia ao direito dado por Posner e comentado acima pode esclarecer o ponto. Disse o autor que em uma ação de indenização por um acidente de trânsito o juiz deve se preocupar com as conseqüências de sua decisão para toda a sociedade, e não apenas para as partes, uma vez que sua sentença produzirá efeitos sobre a conduta das pessoas potencialmente ligadas à matéria decidida. Assim, a economia poderia indicar que a fixação de um alto valor de indenização desestimularia futuros acidentes. Mas também poderia levar em conta que, em sendo a seguradora quem deveria arcar com a indenização, o alto valor fixado poderia enfraquecer o mercado de seguros, gerando desempregos ou até mesmo uma grave crise. E o juiz que seguisse a análise econômica do direito em sua versão pragmática deveria valorar o peso que daria a “conclusão econômica” em sua decisão. Mas essa valoração teria o seu elemento principal na verificação de possíveis efeitos negativos causados pela insegurança jurídica provocada por mudança de orientação jurisprudencial.

Ao menos duas críticas poderiam ser dirigidas contra esse raciocínio. A primeira é de que ele tem como premissa uma conexão necessária entre os estímulos do ordenamento jurídico e o padrão de conduta humana, isto é, se aumenta o valor da indenização diminui o número de acidentes ou se aumenta a pena cominada a determinado crime decresce a sua prática. Trata-se de uma visão um tanto quanto reducionista. Não se trata de defender que alguma teoria pudesse entender todos os elementos influentes da conduta humana ou que o estímulo jurídico não tenha qualquer papel sobre a conduta humana. Mas a consideração apenas de um elemento, o aumento da pena ou da indenização nos exemplos dados por Posner, como causadores de ações futuras do homem parece ser incapaz de dar ensejo a um conjunto de idéias sustentável. O aumento do valor fixado para a indenização por acidentes de carro pode não diminuir em nada o número de colisões. Não há aí uma conexão necessária.

A segunda crítica diz respeito à adoção de uma lógica maquiavélica em que os fins justificariam os meios. A economia poderia indicar que a fixação de um alto valor de indenização pelo acidente de trânsito poderia gerar a quebra das seguradoras e conseqüentemente uma série de demissões e uma recessão econômica. Essa recessão implicaria em menos dinheiro para

investir em hospitais públicos e, assim, vidas de seus pacientes não poderiam ser salvas. Nesse caso, “valeria” fixar uma indenização baixa. Os direitos do acidentado, em uma lógica presidida por cálculos frios, seriam sacrificados em função dos de um número muito maior de pessoas, atendidas nos hospitais públicos. No entanto, a idéia de uma prioridade absoluta do coletivo sobre o individual é incompatível com o Estado democrático de direito⁵¹. O Estado de direito é aquele que respeita as suas próprias leis. Na democracia todos são livres para manifestar a sua opinião e têm o mesmo direito a influir na atuação estatal. E onde há liberdade e igualdade existe também o pluralismo. Se a sociedade é pluralista e se todos são considerados iguais a atuação estatal, de qualquer dos Poderes do Estado, não pode se legitimar em algo externo, como a soberania divina e como a soberania da razão. Nenhum poder se legitima se não for resultante da outorga de quem o confere⁵².

Humberto Ávila⁵³ classifica os argumentos jurídicos em dois grupos, institucionais e não-institucionais. O primeiro seria formado por aquelas espécies de argumentos que podem ser reconduzidos ao ordenamento. O segundo grupo, por sua vez, formado pelos argumentos práticos, pela falta de referência a pontos de vista objetivos ou objetiváveis, nunca seriam conclusivos, porque manipuláveis arbitrariamente conforme os interesses em jogo. E parece ser este segundo grupo o lugar adequado para os argumentos utilizados nas decisões judiciais que seguem a lógica sugerida por Posner.

A teoria de Dewey não enfrenta as mesmas objeções, ao considerar como válida apenas a atuação do Estado que respeite as escolhas democraticamente realizadas. Como há uma série de escolhas democráticas realizadas, e não apenas uma, parece que a decisão experimental, ao apontar as conseqüências que deseja promover, não pode deixar de considerar os objetivos democraticamente escolhidos e justificar porque abre mão de um em benefício de outro, já que não poderá promover a todos ao mesmo tempo. Ao deixar de estabelecer um conteúdo classificado como correto para as ações estatais, afirmando apenas que elas devem representar os

⁵¹ Binenbojm, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos fundamentais, Democracia e Constitucionalização. Rio de Janeiro. Renovar. 2006. p 85.

⁵² Passos, J. J. Calmon de. A Constitucionalização dos Direitos Sociais. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n° 10, junho/julho/agosto, 2007. disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em 10 de dezembro de 2007. p. 2

⁵³ Ávila, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, n° 5, agosto de 2001. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br>. O arquivo com o artigo me foi passado por correio eletrônico e infelizmente não disponho da data de acesso ao sítio.

interesses democraticamente escolhidos, Dewey apresenta uma teoria capaz de se adaptar a um Estado democrático de direito, sem violar os seus preceitos básicos. Em atribuindo à ação humana, e portanto ao homem, um papel relevante na produção do conhecimento, acaba por incrementar a sua responsabilidade pelos rumos tomados pela sociedade. Assim, se há direitos tidos como fundamentais e eles não estão implementados, pareceria incompatível com a teoria de Dewey a adoção de uma postura conformista que legitimasse o seu sacrifício. Em outras palavras, se o Estado se constitui com o objetivo de resguardar os direitos fundamentais e não o faz, alguma coisa há de errado, ou os direitos fundamentais ou o Estado. Se não se revêem os direitos fundamentais então a atuação do Estado não estaria representando adequadamente os interesses que o constituíram. Na perspectiva de Dewey a economia poderia ser um instrumento valioso na persecução do fim escolhido democraticamente, qual seja, a promoção dos direitos fundamentais.

Afinal, pode-se dizer que Dewey e Posner adotam diferentes critérios de legitimidade para as decisões pragmáticas. O filósofo acredita no uso do conhecimento científico como um instrumento para verificar a possibilidade de se atingir um fim democraticamente escolhido; o juiz está próximo de sustentar o uso do conhecimento técnico como um fim em si mesmo⁵⁴.

Um outro problema que se apresenta claro em relação à teoria de Posner é o de que a economia e as outras ciências não representam, cada uma delas, um conjunto harmônico de regras neutras e frias capazes de, quando aplicadas, produzir os melhores resultados para a sociedade, ou melhor, um conjunto de regras e princípios que pudesse indicar, inequivocamente, qual o melhor resultado possível a ser atingido em cada caso concreto. As ciências devem enfrentar, e efetivamente o fazem, problemas de natureza ética e moral, inclusive sobre os objetivos que devem promover. Debate-se intensamente hoje no Brasil a interrupção da gestação de feto anencefálico e o uso de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas. E os cientistas adotam posições contrárias. A economia tem em Smith e Keynes duas referências. E são referências distintas no que toca aos caminhos para se chegar aos melhores resultados possíveis, à máxima efetividade dos fatores de produção.

Pretende-se com isso dizer que a simples invocação de dados científicos não retira a importância de se recorrer, em uma democracia, aos fins que a sociedade deseja alcançar. E compete ao direito o papel social de definir a forma como o Estado deve se organizar e atuar, de

⁵⁴ O que leva Posner a ser criticado como um formalista, segundo ele próprio afirma em *Pragmatic Adjudication*. v. nota 42 supra. p. 236.

modo a atender àquelas expectativas. Certamente que deve levar em conta o conhecimento de outras áreas do saber, como a economia, a psicologia, a biologia, dentre tantas outras, sob pena de formar uma ordem injusta e ineficiente. Mas é na elaboração e aplicação do direito aonde são definidas, ainda que transitoriamente, as escolhas sociais.

6.1 - Possibilidade de adoção por casal formado por duas pessoas do mesmo sexo⁵⁵

6.1.1 – Relatório

A companheira da mãe adotiva de dois menores de idade ajuizou pedido de adoção das crianças e o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na decisão ora analisada, julgou recurso de apelação interposto pelo Ministério Público do Estado contra a sentença que julgou procedente aquele pedido. O fundamento do recurso estava no óbice legal ao deferimento de adoção a duas pessoas, salvo se forem casadas ou viverem em união estável, conforme determina o artigo 1.622 do Código Civil, abaixo transcrito.

Artigo 1.622. Ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher, ou se viverem em união estável.

Ao mesmo tempo a Constituição Federal, à primeira vista, determina que a união estável é reconhecida na relação entre o homem e a mulher.

Artigo 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...)

§3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Também o Código Civil segue o mesmo sentido.

Artigo 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição da família.

6.1.2 – Análise da decisão

Inobstante a redação dos dispositivos destacados, a decisão do Tribunal foi a de conceder

⁵⁵ Apelação Cível nº 70013801592 de 2005. Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator Des. Luiz Felipe Brasil Santos.

a adoção das crianças à requerente, para que, na forma como determinado pela sentença impugnada, figurasse nos assentos de nascimento dos menores que são filhos da requerente e da companheira que já as havia adotado em momento anterior, sem especificar a condição de pai ou mãe.

O voto do relator, acompanhado por seus pares, se valeu de lição de Maria Celina Bodin de Moraes⁵⁶. A jurista aproveita a teoria da norma geral inclusiva para afirmar que a lei constitucional reconhecedora da união estável em relação entre homem e mulher com ânimo de constituir família deve servir de parâmetro para regular, de maneira semelhante, os casos análogos não previstos em lei. A elasticidade e a relativa indeterminação dos preceitos constitucionais são invocadas para defender aquela idéia. A partir dali, argumentando no sentido de que a união entre pessoas do mesmo sexo representa situação jurídica análoga à união estável entre homem e mulher e, portanto digna dos mesmos direitos concedidos pelo ordenamento jurídico àquela relação, Maria Celina Bodin de Moraes lembra que nenhuma estrutura institucional pode se sobrepor à tutela de seus integrantes, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, princípio fundamental da Constituição Federal. O seu raciocínio culmina no ponto que mais nos interessa. Vale a transcrição⁵⁷:

a família, como qualquer outra comunidade de pessoas, deixa de ter valor intrínseco, como instituição capaz de merecer tutela jurídica pelo simples fato de existir, passando a ser valorada de maneira instrumental, tutelada na medida em que se constitua em um núcleo intermediário de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de promoção da dignidade de seus integrantes⁵⁸.

É possível perceber o uso instrumental que se faz de determinado instituto jurídico, considerado como instrumento para o alcance da dignidade humana, um fim previsto constitucionalmente.

Isto fica ainda mais evidente quando, na seqüência do voto, o relator passa a se valer da análise de especialistas das mais diversas áreas do conhecimento para demonstrar que a criação das crianças por um casal homossexual não afeta o seu regular desenvolvimento. A palavra de

⁵⁶ Bodin de Moraes, Maria Celina. A união entre pessoas do mesmo sexo: uma análise sob a perspectiva civil-constitucional. *In* RTDC. v. 1.p. 89/112.

⁵⁷ *Idem. Ibidem.*

⁵⁸ Gustavo Tepedino. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 350.

especialistas é invocada para demonstrar que a decisão produziria bons resultados. Em um dos estudos citados uma pediatra afirma que *“Um crescente conjunto da literatura científica demonstra que a criança que cresce com 1 ou 2 pais gays ou lésbicas se desenvolve tão bem sob os aspectos emocional, cognitivo, social e do funcionamento sexual quanto a criança cujos pais são heterossexuais”*⁵⁹.

Outro ponto do acórdão que aqui merece destaque diz respeito à consideração do contexto em que está envolvida a decisão pelos desembargadores, que procuram não se afastar das condições em que se dá a análise do conflito sobre a possibilidade de adoção por casal homossexual. Assim é que, novamente valendo-se da palavra de especialista, citam a seguinte passagem:

Temos, no Brasil, cerca de 200 mil crianças institucionalizadas em abrigos e orfanatos. A esmagadora maioria delas permanecerá nesses espaços de mortificação e desamor até completarem 18 anos porque estão fora da faixa de adoção provável (...)que valor moral é esse que se faz cúmplice do abandono e do sofrimento de milhares de crianças?⁶⁰

Verifica-se, portanto, que a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul compreende os elementos apontados como característicos de uma decisão experimental. Afinal ela:

(a) rejeita a aplicação formal de dispositivo legal aparentemente regulador do conflito – artigo 226, §3º da Constituição Federal e artigos 1.622 e 1.723 do Código Civil -, em detrimento da verificação de qual a conseqüência mais benéfica a ser produzida pela decisão - o bem estar das crianças adotadas;

(b) considera o contexto em que está inserido o conflito apresentado ao Tribunal - milhares de crianças abandonadas – na tarefa de determinar o caminho mais adequado para se chegar aos fins desejados;

(c) faz uso de conhecimento científico (pesquisas de psicólogos, pediatras e outros especialistas) a fim de demonstrar a capacidade da decisão escolhida de alcançar as finalidades desejadas;

⁵⁹Trecho extraído do acórdão. A passagem original está em Ellen C. Perrin: *Technical Report: Coparent or Second-Parent Adoption by Same-Sex Parents*. O texto foi cedido por meio eletrônico ao Desembargador Relator.

⁶⁰ Extraído do acórdão. Original em Rolim, Marcos. Casais homossexuais e adoção. Disponível em: <http://www.rolim.com.br/cronic162.htm>. Acesso em 31 de março de 2006.

(d) a decisão, por fim, tem a Constituição, especificamente o princípio da dignidade da pessoa humana, como parâmetro para a escolha das conseqüências a serem por ela implementadas.

6.2 – Criação de Município sem a edição da Lei Complementar federal prevista no artigo 18, §4º da Constituição Federal⁶¹.

6.2.1 – Relatório

Foi ajuizada ação direta de inconstitucionalidade objetivando a declaração de nulidade da Lei nº 7.619/00 do Estado da Bahia, que criou o Município de Luís Eduardo Magalhães. O pedido esteve fundado nas seguintes razões: *(I)* a criação do Município ocorreu após a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 15/96, que alterou a redação do artigo 18, §4º da Constituição Federal e passou a exigir a edição de lei complementar federal, ainda não editada, regulando o período em que as leis estaduais poderiam dispor sobre criação, incorporação, fusão ou desmembramento de Municípios; *(II)* a consulta prévia, por plebiscito, sobre a criação do novo Município foi realizada apenas no próprio Município criado, enquanto o dispositivo constitucional referido dispõe que ela deveria ter sido levada a cabo nos Municípios envolvidos. A ausência de consulta prévia, mediante plebiscito, à população do Município de Barreiras – que “cedeu” parte de seu território para o Município de Luís Eduardo Magalhães – e às populações dos Municípios limítrofes levaria, segundo a tese que motivou a provocação do controle concentrado de constitucionalidade, à inconstitucionalidade da Lei estadual nº 7.916/96 do Estado da Bahia.

Em sua redação original, anterior à Emenda 15/96, assim dispunha o artigo 18, §4º da Constituição Federal.

Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.(...)

§4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios preservarão a continui-

⁶¹ Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.240-7 de 2007. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Relator Ministro Eros Grau.

dade e a unidade histórico-cultural do ambiente urbano, far-se-ão por lei estadual, obedecidos os requisitos previstos em Lei Complementar estadual, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações diretamente interessadas.

No mesmo sentido era a previsão da Constituição estadual baiana, promulgada em 1989.

Art. 54. Lei complementar estadual disporá sobre a criação, incorporação, desmembramento e fusão de municípios, estabelecendo os critérios e requisitos mínimos relativos à população, eleitorado, número de domicílios e renda, observadas as seguintes condições: (...)

Com o advento da Emenda Constitucional nº 15 de 1996 o texto da Constituição baiana – supracitado – teria passado a conflitar com a nova redação do artigo 18, §4º da Constituição Federal, senão vejamos:

Art 18 (...)

§4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei. (g.n.)

Alegou-se, então, que com a promulgação da Emenda Constitucional nº 15/96 o artigo 54 da Constituição do Estado da Bahia teria sido tacitamente revogado. Como a Lei estadual que criou o Município de Luis Eduardo Magalhães é posterior àquela Emenda, seria inconstitucional. E o vício de inconstitucionalidade, como se sabe, implica na nulidade da lei, de modo que a sua declaração produz, via de regra, efeitos retroativos (*ex tunc*). Em sendo assim, a aplicação da regra que aparentemente regularia a questão apresentada ao Supremo Tribunal Federal – o artigo 18, §4º da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 15/96 - implicaria na declaração de inconstitucionalidade da Lei criadora do Município de Luis Eduardo Magalhães, levando à sua extinção.

6.2.2 – Análise da decisão

A controvérsia foi analisada pelo Ministro Eros Grau, relator da Ação Direta de

Inconstitucionalidade em comento, a partir de perspectiva distinta daquela que considerava exclusivamente a interpretação literal e a aplicação por subsunção do dispositivo constitucional alterado pela Emenda Constitucional nº 15/96, acima destacado.

Em seu voto o eminente Ministro considerou que a questão posta não poderia ser resolvida por mero exercício de subsunção. E as razões motivadoras dessa afirmação nos interessam, no que passamos à sua análise⁶².

O Município assumiu existência de fato como ente federativo dotado de autonomia mais de seis anos antes da apreciação pelo Supremo da constitucionalidade da lei que o criou. Nesse período legislou sobre assuntos de interesse local, instituiu e arrecadou tributos, prestou e está a prestar serviços públicos de interesse local, recebe recursos federais e estaduais e participa da arrecadação de tributos federais e estaduais, em seu território foram praticados atos com relevância jurídica e etc. Assim deveriam ser consideradas as conseqüências, perniciosas, que resultariam da declaração de inconstitucionalidade.

O caso apresentado consiste em situação de exceção, conforme aponta o Ministro Eros Gau. A omissão do Poder Legislativo federal – que não editou a lei complementar prevista no artigo 18, §4º da Constituição Federal – representaria uma moléstia do sistema, um desvio de seu estado normal. As normas só valeriam para as situações normais, se o estado normal é modificado é natural que as leis sejam suspensas. Aproveita-se lição de Konrad Hesse, segundo a qual na vida da coletividade há realidades que se encontram em contradição com a Constituição. O papel do intérprete seria o de impedir o seu nascimento ou pô-la novamente em concordância com a Constituição. No caso da criação do Município de Luis Eduardo Magalhães, a aplicação do artigo 18, §4º da Constituição Federal, com a conseqüente declaração de inconstitucionalidade da lei estadual, agravaria a moléstia ao sistema. Aponta-se que “se da aplicação de uma norma resulta um desvio de finalidade a que ela se destina, ela finda por não cumprir o seu papel”.

De acordo com o Ministro Eros Grau, o Município de Luis Eduardo Magalhães existe no

62

Serão expostos e analisados sob a perspectiva pragmática a seguir, no corpo do texto, os fundamentos aduzidos pelo Ministro Eros Grau como motivadores de sua decisão que se relacionam com o tema do presente trabalho.

mundo do ser, em tal intensidade que somente no plano das abstrações seria possível ignorar a sua existência. Não se anulariam fatos. “A violação de uma norma é expressão não apenas de uma conduta adversa ao que está escrito em um texto, no plano abstrato do dever ser, mas violação de uma ordem concreta, histórica, situada no espaço e no tempo”.

A situação de exceção que se apresenta, embora não prevista no direito positivo⁶³, deveria ser resolvida em consonância com a ordem concreta da qual a Constituição é a representação mais elevada. A ordem concreta, anota o Ministro Grau, é anterior ao direito posto pelo Estado. A atuação do intérprete das leis estatais deveria prestar contas a essa ordem concreta. Uma ordem geral concreta, situada no tempo e no espaço, com as marcas históricas e culturais é incompleta e apresenta contradições. Desse modo requer permanente complementação, refazimento e superação de situações de exceção. A Constituição é a representação mais elevada no plano do direito posto e possui função estabilizadora. A sua aplicação mais prudente, nas situações de exceção, poderia corresponder exatamente à desaplicação de suas normas a essas situações. Diante de uma realidade analisar apenas a letra escrita da Constituição seria proceder como um legista, que analisa um corpo morto.

Cumpriria então verificar o que, no caso, menos compromete a força normativa futura da Constituição, se a agressão à regra do §4º do artigo 18 da Constituição ou se a violação do princípio federativo. Importa analisar quais são os interesses atendidos em razão da declaração de inconstitucionalidade da lei que criou o Município e quais interesses seriam sacrificados em consequência dessa declaração de inconstitucionalidade.

Ao se considerar o direito como *um plano* da realidade social, e não somente como um esquema de coerências formais, o resultado da verificação sobre os interesses atendidos e sacrificados consistiria no fato de a violação ao princípio federativo agravar e sacrificar a função normativa da Constituição de modo pernicioso. Mas, em verdade, o conflito de inconstitucionalidades – entre violação ao princípio federativo e à regra do artigo 18, §4º da Constituição – não se daria efetivamente, pois a situação de exceção importa na desaplicação desta regra ao caso apresentado. A sua inclusão no estado de normalidade deveria observar outros valores e direitos constitucionais, os da federação.

A Corte deveria fazer tudo o quanto fosse possível para por a realidade em concordância com a Constituição.

⁶³ Como o são, aponta o Ministro, o casamento putativo e a sociedade em comum.

Todos esses argumentos aduzidos Ministro Eros Grau poderiam ser apresentados, sinteticamente, da seguinte forma:

(i) o Município de Luis Eduardo Magalhães existe enquanto tal e tem praticado, por mais de seis anos, todos os atos que lhe competem;

(ii) a declaração de inconstitucionalidade da Lei estadual nº 7.619/00 da Bahia produziria conseqüências gravíssimas;

(iii) não foi a criação do Município que violou o sistema, pois que ele já se encontrava molestado pela omissão do legislador federal, que deixou de editar a lei complementar prevista no artigo 18, §4º da Constituição Federal;

(iv) Essa violação produziu uma situação de exceção, em que resta afastada a aplicação do referido dispositivo constitucional. As regras se aplicam às situações normais, e não às de exceção;

(v) diante de uma realidade em desconformidade com a Constituição, o papel do intérprete é o de pô-la novamente em consonância com o ordenamento constitucional.

(vi) importa analisar quais são os interesses atendidos em razão da declaração de inconstitucionalidade da lei que criou o Município e quais interesses seriam sacrificados em conseqüência dessa declaração de inconstitucionalidade;

(vii) no caso, o artigo 18, §4º da Constituição, dispositivo que objetiva cuidar da organização político-administrativa do Estado, se aplicado, produziria resultado distinto daquele a que se destina. Assim, a inclusão do Município de Luis Eduardo Magalhães no estado de normalidade deve observar outros valores e direitos constitucionais.

Acerca desses argumentos, algumas considerações podem ser traçadas, relacionando-os ao experimentalismo e à teoria política de John Dewey.

Percebe-se que o Ministro ao afirmar que “*se da aplicação de uma norma resulta um desvio de finalidade a que ela se destina, ela fñda por não cumprir o seu papel*”, considera a noção de que a instituição de uma norma, enquanto tal, se dá com o objetivo de se atingir finalidades. Desse modo, quando da sua aplicação, há de se verificar a sua efetiva capacidade para alcançar os fins pré-concebidos. Ora, na hipótese vertente, ao se considerar o artigo 18, §4º como um dispositivo que visa à organização político-administrativa do Estado⁶⁴ poder-se-ia

⁶⁴ O Título III da Constituição Federal trata “da organização do Estado” e o seu Capítulo I “da organização administrativa”. É essa a posição topográfica do dispositivo em comento.

chegar à conclusão de que a sua aplicação no caso concreto conduziria mais à desorganização que à organização, à vista das conseqüências que produziria. Quando se tratou da teoria do conhecimento de Dewey, viu-se que o filósofo acredita que a definição dos conceitos que servem de premissa ao raciocínio jurídico observa a produção de determinadas conseqüências e, por isso, o seu significado e valor constituem matéria de investigação e revisão toda vez que invocados, a fim de verificar a sua efetiva capacidade para produzir as conseqüências desejadas. A aplicação dos conceitos pré-determinados não poderia estar desacompanhada da verificação de sua capacidade para cumprir com os fins a que se propõe. Assim caberia ao juiz verificar qual o meio adequado para alcançar o objetivo a que se destina a norma. Também a sistematização dos métodos lógicos, e das regras, se dá para a sua utilização em situações futuras, a fim de se encontrar maior facilidade em alcançar resultados já atingidos no passado. Mas a produção desses resultados não depende apenas do método, ou regra, empregado, como também das condições em que ele é utilizado. Dessa maneira, seria insuficiente a reprodução de um método ou regra, por força do hábito, sem a consideração do contexto em que está envolvida.

Pela passagem rememorada seria possível observar que a decisão ora analisada, em seus fundamentos, considera o objetivo a que se destina a norma, e a sua capacidade de atingi-lo no caso concreto. E a consideração das circunstâncias do caso concreto envolve a observância do contexto em elas estão inseridas.

No caso da criação do Município de Luis Eduardo Magalhães o Ministro Eros Grau identifica que o contexto envolveria uma situação de exceção – provocada pela omissão do legislador em editar a lei complementar federal que fixaria o prazo em poderiam ser criados novos Municípios, gerando uma violação do sistema. A regra invocada para se alegar a inconstitucionalidade da Lei nº 7.619/00 seria capaz de atingir a sua finalidade – organização político-administrativa do Estado – em uma situação normal, mas não em uma situação de exceção. Dessa maneira, ela não tem aplicação à questão posta em análise.

Caberia então ao intérprete a tarefa de trazer a situação excepcional de volta ao estado de normalidade, isto é, pô-la em conformidade com a Constituição. Consideradas as conseqüências perniciosas a serem produzidas pela declaração de inconstitucionalidade da criação de Luís Eduardo Magalhães, aquela tarefa, de conformar a realidade e a Constituição, não poderia se dar em se julgando a Ação Direta de Inconstitucionalidade em tela procedente.

O Ministro aponta então que a desaplicação do artigo 18, §4º, não tem outra função que a

de fortalecer a força normativa futura da Constituição. Ao considerar o direito como uma ordem geral concreta, situada geograficamente e no espaço, com as marcas históricas e culturais reconhece se tratar de uma ordem incompleta e que apresenta contradições. A requerer, portanto, permanente complementação, refazimento e superação de situações de exceção. E é na Constituição, plano mais elevado do direito posto, aonde busca os parâmetros para a realização daquelas tarefas. Para se chegar, dentre as normas constitucionais, àquela capaz de superar a situação de exceção, pondo-a em conformidade com a Constituição, aponta a importância de se analisar quais seriam os interesses atendidos em razão da declaração de inconstitucionalidade da lei que criou o Município e quais seriam os interesses seriam sacrificados em consequência dessa declaração de inconstitucionalidade.

Considera, assim, a importância de se analisar as consequências da decisão a ser tomada – ou os interesses a serem atendidos - e tem a Constituição como parâmetro para eleger os fins a serem atingidos.

A fim de comprovar as consequências negativas que seriam provocadas com a eventual declaração de inconstitucionalidade da Lei objeto da ação direta de inconstitucionalidade, o Ministro Eros Grau elenca uma série de dados que demonstrariam ser a existência de Luís Eduardo Magalhães um fato irreversível. A seguinte passagem de seu voto merece destaque.

O Município – permito-me repeti-lo – o Município foi efetivamente criado, assumindo existência de fato. No seu território foram exercidos atos próprios ao ente federativo dotado de autonomia. No dia 19 de julho de 2.001, foi promulgada a sua lei orgânica. O Município legisla sobre assuntos de interesse local; até maio de 2.006, foram sancionadas mais de duzentas leis municipais. O Município elegeu seus Prefeito e Vice-Prefeito, bem assim seus Vereadores, em eleições realizadas pela Justiça Eleitoral. Instituiu e arrecadou tributos de sua competência. Prestou e está a prestar serviços públicos de interesse local. Exerce poder de polícia. Em seu território – isto é, no Município de Luís Eduardo Magalhães – foram celebrados casamentos e registrados nascimentos e óbitos. O Município recebe recursos federais e estaduais. Segundo dados obtidos no sítio do IBGE (www.ibge.gov.br), no ano de 2.000 foram realizadas eleições no Município de Luís Eduardo Magalhães, organizadas pelo TER-BA, de que participaram 9.412 eleitores. Em 2.004, eram 20.942 os eleitores do Município. No ano de 2.001 o Município contava com 18.757 habitantes, que se movimentam numa frota de 2.921 veículos. A população estimada pelo IBGE em 2.005 é de 22.081 habitantes. A frota, por sua vez, saltou para 3.928 veículos em 2.004. Em 2.002 foram assentados 469 nascimentos no cartório de registros públicos. Em 2.003 foram 383 registros. Também em 2.002, o Município recebeu quotas do Fundo de Participação dos Municípios no valor de R\$ 4.011.364,34 e do

FUNDEF da ordem de R\$ 2.128.461,58. No ano seguinte, R\$ 4.237.187,52 do FPM e, em 2.004, R\$ 4.305.244,00 provenientes do FUNDEF. Em 2.003 contava com 8.174 alunos matriculados, 7.842 na rede municipal de ensino, composta por 14 escolas e 262 docentes. No sítio da Prefeitura Municipal (www.luiseduardomagalhaes.ba.gov.br), dá-se notícia de que a cidade possui 7.000 aparelhos de telefone instalados, com o maior consumo per capita em telefonia celular do Estado da Bahia. Em suma, o Município de Luís Eduardo Magalhães existe, de fato, como ente federativo dotado de autonomia municipal, a partir de uma decisão política. Esta realidade não pode ser ignorada. Em boa-fé, os cidadãos domiciliados no município supõe seja juridicamente regular a sua autonomia política⁶⁵.

Esses dados são empregados com o intuito de indicar que a declaração de inconstitucionalidade da lei produziria conseqüências indesejadas, piores do que as geradas se ela fosse considerada constitucional. Em outras palavras, os dados são usados como prova de que as melhores conseqüências seriam produzidas pela decisão que reconhecesse a existência do Município de Luís Eduardo Magalhães.

O Ministro Eros Grau, em um primeiro momento, julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade em tela improcedente, isto é, decidiu-se pela constitucionalidade da Lei nº 7.619/00. Acabou, contudo, por reconsiderar a sua conclusão, optando pela declaração de inconstitucionalidade com modulação dos efeitos temporais da declaração de nulidade (artigo 27 da Lei 9.868/99).

O fato demonstra a preocupação do magistrado com as conseqüências de sua decisão e indica a manutenção da força dos fundamentos de seu voto. E nesses fundamentos podem ser identificadas aquelas características que foram apontadas, no Capítulo 3 deste trabalho, como marcantes de uma decisão experimental, quais sejam:

(a) a intenção de produzir determinadas conseqüências – evitar os prejuízos de toda a ordem provocados pela declaração de nulidade com efeitos retroativos da lei que criou o Município, salvaguardando a sua existência, que impediriam a adequação da realidade à Constituição;

(b) a consideração do contexto em que está inserida a controvérsia – uma situação de exceção provocada pela omissão do legislador federal;

(c) a utilização de dados estatísticos, fazendo as vezes de conhecimento científico, como forma de demonstrar que a não declaração de nulidade da lei teria maior probabilidade de

⁶⁵ Trecho retirado do voto do Ministro Eros Grau na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.240/BA

alcançar o fim pretendido, isto é, o de tornar a realidade conforme à ordem constitucional do que eventual decisão que reconhecesse a inconstitucionalidade cuja validade se questionava;

(d) a observância do texto constitucional como critério para escolha das conseqüências que a decisão visa a promover, posto que não são outros os fins pretendidos que a adequação dos fatos concretos apresentados à Constituição.

6.3 – Constitucionalidade do dispositivo legal que permite a penhora do bem de família de fiador⁶⁶

6.3.1 – Relatório

O Supremo Tribunal Federal apreciou Recurso Extraordinário interposto contra decisão do antigo Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo que negou seguimento a Agravo de Instrumento. O Agravo, por sua vez foi interposto contra decisão do juiz da causa que indeferiu o pedido de liberação do bem de família do recorrente, objeto de constrição em execução judicial. O fundamento jurídico da constrição, qual seja, a exceção legal à impenhorabilidade dos bens de família prevista no artigo 3º, VII da Lei nº 8.009/90 teve a sua constitucionalidade questionada.

A questão então girava em torno da possibilidade ou não, em face da Constituição, de se penhorar o bem de família do fiador a fim de se garantir o pagamento da dívida contraído pela pessoa por ele garantida com a fiança, no caso o locatário. É que, após ser acrescido o inciso VII no artigo 3º da referida lei, a Constituição Federal foi emendada – Emenda Constitucional nº 26 de 2000 -, e o direito à moradia foi incluído no rol dos direitos sociais do artigo 6º. O julgamento deveria observar se o citado dispositivo infraconstitucional teria sido recebido pela nova redação do artigo 6º do texto constitucional.

6.3.2 – Análise da decisão

O Relator, Ministro Cezar Peluso, considerou, seguindo Canotilho, que o direito social à

⁶⁶ Recurso Extraordinário nº 407.688-8/São Paulo. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. Relator Ministro Cezar Peluso. Publicado no D.J. de 06.10.2006.

moradia seria da classe dos direitos a prestações, dependentes da atividade moderadora dos poderes públicos. Dessa maneira, seriam ilimitadas as formas através das quais o Estado poderia concretizar condições materiais de exercício do direito social à moradia. E uma das maneiras de implementá-lo poderia se dar pela edição de norma jurídica que “estimule ou favoreça o incremento da oferta de imóveis para fins de locação habitacional, mediante previsão de reforço das garantias contratuais dos locadores”.

Aponta ainda o eminente Ministro que a falta absoluta, a insuficiência ou a onerosidade de garantias contratuais são os fatores que dificultam o acesso dos candidatos a locatários ao mercado de locação predial. Nesse sentido, a exceção à regra da impenhorabilidade prevista no artigo 3º, VII da Lei nº 8.009/90 teria a *ratio legis* de realizar o direito social à moradia, ao facilitar a celebração de contratos.

Poderia-se inferir do raciocínio exposto que o julgamento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria cuidaria da escolha do caminho mais adequado para a proteção do direito social à moradia. É dizer, a questão principal posta em análise não envolveria conflito ou ponderação de direitos, mas a decisão sobre qual atitude incrementaria da melhor forma aquele direito social, se a proteção do bem de família do fiador – evitando-se a situação paradoxal, apontada pelos Ministros Carlos Velloso e Celso de Mello, em que o devedor subsidiário (fiador, por força do artigo 887 do Código Civil) teria o seu imóvel penhorado e o devedor principal não, pois que protegido pela regra da impenhorabilidade do bem de família – ou se a facilitação do oferecimento de garantias aos locadores, a obstar o esvaziamento do mercado imobiliário. A idéia é reforçada pela seguinte passagem do voto do Ministro Peluso:

Não admira, portanto, que, no registro e na modelação concreta do mesmo direito social, se preordene a norma subalterna a tutelar, mediante estímulo do acesso à habitação arrendada – para usar os termos da Constituição lusitana -, o direito de moradia de uma classe ampla de pessoas (interessadas na locação), em dano de outra de menor espectro (a dos fiadores proprietários de um só imóvel, enquanto bem de família, os quais não são obrigados a prestar fiança). Castrar essa técnica legislativa, que não pré-exclui ações estatais concorrentes doutra ordem, romperia equilíbrio do mercado, despertando exigência sistemática de garantias mais custosas para as locações residenciais, com conseqüente desfalque do campo de abrangência do próprio direito constitucional à moradia.

O voto analisado, condutor da decisão do Supremo Tribunal Federal, apresenta as características apontadas como marcantes do pragmatismo jurídico de Richard Posner. Afinal ele:

a. volta-se a objetivos futuros, busca escolher a decisão que seja capaz de, considerada a proteção e a implementação do direito social à moradia, produzir os melhores resultados. Nesse sentido, anota que a decisão tomada privilegia “o direito de moradia de uma classe ampla de pessoas (interessadas na locação), em dano de outra de menor espectro (a dos fiadores proprietários de um só imóvel, enquanto bem de família)”. Considera os cursos de ação possíveis, pois que admite a garantia bancária como alternativa à fiança, mas sustenta a maior dificuldade de acesso àquela em relação a esta. Não deixa ainda, de observar a realidade brasileira – contexto – em que a maioria absoluta das pessoas não possui imóvel próprio, na tarefa de determinar qual seria o melhor resultado possível a ser atingido;

b. preocupa-se com a análise das conseqüências da decisão para a sociedade e não apenas para as partes do processo, o que se demonstra a partir da consideração de que “um dos fatores mais agudos de retração e de dificuldades de acesso ao mercado de locação predial está, por parte dos candidatos a locatários, na falta absoluta, na insuficiência ou na onerosidade de garantias contratuais licitamente exigíveis pelos proprietários ou possuidores de imóveis de aluguel”. No caso, a decisão não representou mudança de orientação jurisprudencial ou da prática social, de modo que se justifica a ausência de argumentos acerca dos possíveis efeitos negativos da decisão em relação à segurança jurídica.

Contudo, um ponto destacado pelo Ministro Joaquim Barbosa, e o qual é também identificado pelo Ministro Cezar Peluso, acaba por enfraquecer a tese da inconstitucionalidade da penhora do imóvel do fiador a partir de outro ponto de vista, eminentemente jurídico. Trata-se do fato de o fiador só ocupar esta posição jurídica – de garantidor – por vontade própria, isto é, em decorrência do princípio da autonomia da vontade, decorrente por sua vez do direito à liberdade, tido como sub princípio da dignidade da pessoa humana⁶⁷.

Dessa maneira, a constitucionalidade da penhora do bem de família do fiador não chega a envolver o sacrifício do seu direito social à moradia, posto que a propriedade é um direito disponível e o fiador aceitou correr o risco de sua disposição.

A decisão, ao encontrar fundamento jurídico no princípio da autonomia da vontade, deixa de estar eventualmente submetida às críticas que poderiam ser dirigidas ao pragmatismo jurídico

⁶⁷ Moraes, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Org. Ingo Sarlet. 2ª ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado Ed., 2006

de Posner, do que se tratou no Capítulo 5 deste trabalho.

7 – Conclusão

O ato de intitular este Capítulo “conclusão” expressa o respeito a uma formalidade

acadêmica. Mas a intenção deste trabalho é a de ser um passo, e não um ponto final, no debate sobre os temas nele tratados. Assim também poderiam ser entendidas as suas considerações finais.

Importa aqui a análise derradeira sobre o objeto do trabalho, qual seja, a relação entre o experimentalismo de John Dewey e o pragmatismo jurídico de Richard Posner de um lado, e a aplicação do direito brasileiro, de outro.

Viu-se que o experimentalismo é expressão e uma das origens da filosofia pragmática. Uma de suas principais características está no reconhecimento da importância da ação para a determinação do conhecimento. Em breve síntese, o experimentalismo sustenta que as regras são “atalhos” para se produzir um resultado desejado. Dessa maneira, a sua aplicação deve ser precedida da verificação de sua efetiva capacidade para produzir o tal resultado, pois que as atitudes para se chegar a um mesmo objetivo devem variar de acordo com o contexto que as envolve. Nesse sentido, se o homem domina a relação de causa e efeito de sua conduta, poderá atingir um grau de certeza muito maior adotando a postura experimental - em que a ação não se limita a aplicar regras, mas se volta para produzir um resultado -, do que se filiando a um sistema cuja pretensão é a de pré-definir a realidade a fim de se evitar a ocorrência de surpresas desagradáveis. Este modelo possuía também o seu objetivo, qual seja, oferecer segurança à época em que o homem era incapaz de entender e controlar os efeitos de sua interferência no meio em que vivia. Com o avanço da ciência e o desenvolvimento do método experimental, porém, a vinculação total aos conceitos pré-determinados teria perdido o seu fundamento.

A proposta de Dewey é a de que a prática das ciências humanas, e inclusive a do direito, passe a considerar também os seus próprios efeitos, as suas próprias conseqüências. Mias do que isso, que ela esteja pautada por essas conseqüências. E a escolha dessas conseqüências, conforme tratado, deve se dar de forma democrática. O Estado e os seus agentes - dentre os quais o juiz - existem em função da produção/inibição de resultados desejados pela opinião pública. É ela, então, que determina os fins norteadores da atuação estatal. Nisso se vê que os mais diversos sistemas democráticos podem ser analisados à luz da perspectiva da teoria de Dewey, uma vez que ela não define elementos materiais característicos da formação estatal. A democracia é considerada mesmo como inerente ao Estado, como fica claro quando Dewey afirma que *“Regarded as an idea, democracy is not an alternative to other principles of associated life. It is*

*the idea of community life itself*⁶⁸”.

Daí que seria totalmente contraditória a associação eventual entre um juiz “experimentalista” e a adoção de uma postura arbitrária pelo Judiciário. Diz-se isso pois é muito comum o emprego do adjetivo ‘pragmático’ para fazer referência a alguém que age pensando exclusivamente em resolver os seus próprios problemas, despido de valores morais.

Ao se apontar que em nosso ordenamento jurídico é na Constituição Federal o local em que se encontram os principais fins do Estado brasileiro – e aí não se considera o Estado em sentido objetivo, isto é referindo-se às pessoas jurídicas e seus integrantes que compõe a administração pública, mas o Estado como representante da vontade do povo, como a comunidade politicamente organizada – decorre imediatamente a noção de que os juízes estariam a ela vinculados. De fato, desconsiderando-se a parte da teoria política de Dewey em que são criticadas, com base em argumentos ainda sustentáveis, as formações estatais que lhe foram contemporâneas, por ausência de representatividade, bem como outra parte em que se discute as saídas para a “crise do Estado”, isto é, considerando-se apenas aquilo que Dewey acredita seja o papel abstrato do Estado, a saber, o de promover ou inibir determinadas conseqüências das relações sociais, é trabalhosa a tarefa de identificar diferenças entre o que seria o “experimentalismo judicial” e a forma como tem sido aplicado o direito brasileiro. Talvez se pudesse especular que o juiz experimentalista estaria extremamente preocupado com a concretização (o alcance, portanto) de disposições constitucionais, como as que prevêm garantias fundamentais não realizadas. Deve, de certo, observar especialmente a separação de poderes, dentre as demais previsões constitucionais.

Por buscar o seu critério de objetividade não em escolhas democráticas, mas em uma alegada neutralidade das ciências, principalmente da economia, o pragmatismo jurídico apresentado por Posner deve ser encarado com ressalvas, ao menos até que sejam ultrapassadas com firmeza as críticas a ele dirigidas, dentre elas aquelas formuladas neste trabalho – notadamente no Capítulo 5.

As decisões judiciais analisadas demonstram o que se acabou de dizer. Tanto no caso relativo à possibilidade de adoção de crianças por casal homoafetivo quanto no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade que tinha por objeto a Lei criadora do Município de Luis

⁶⁸ Em tradução livre: “Quando vista como uma idéia, a democracia não se apresenta como uma alternativa a outros princípios da associação humana. É a própria idéia da vida em comunidade”.

Eduardo Magalhães os elementos experimentais das decisões analisadas fundamentaram-nas consistentemente.

O mesmo não teria ocorrido na decisão do Recurso Extraordinário tratando da constitucionalidade da penhora de bem de família de fiador, quando os argumentos pragmatistas ocuparam papel secundário na decisão, fundada primeiramente no princípio da autonomia da vontade, ao que esteve atento o Ministro Cezar Peluso.

Afinal, ainda que de maneira ingênua, pode-se propor que o experimentalismo, ao reconhecer o papel da ação na determinação do conhecimento, acaba por chamar a atenção para a parcela de responsabilidade do homem pelos rumos tomados pela sociedade em que vive.

Certa vez, tratando do debate sobre a normatividade do preâmbulo da Constituição Federal, o Ministro Sepúlveda Pertence observou que “esta locução ‘sob a proteção de Deus’ não é norma jurídica, até porque não se teria a pretensão de criar obrigação para a divindade invocada. Ela é uma afirmação de fato – jactanciosa e pretensiosa, talvez – de que a divindade estivesse preocupada com a Constituição do país⁶⁹”.

À parte a ironia, a observação traz em si uma importante constatação, transcendente do contexto em que foi feita: ninguém, além dos que vivem no país, está preocupado em realizar a Constituição. Essa tarefa depende então da atuação no sentido de lhe “dar a vida”. É o que se faz com a sua aplicação. A simples leitura de um texto constitucional ou de uma lei não garante o atendimento de seus objetivos. Quando os seus dispositivos são aplicados ela pode vir a cumprir o seu papel por completo, (re)adequando os eventos sociais àquilo que se elegeu como os objetivos da comunidade. O ato de invocar a Constituição é assim um ato de sua construção e um ato provocador de mudanças. E, para que este ato não se afaste por completo as palavras da lei e a realidade, deve considerar tanto o contexto em que as normas são aplicadas quanto os efeitos de sua aplicação.

No panorama atual de mudanças contínuas, o experimentalismo têm razões e elementos que talvez pudessem merecer maior atenção no debate contemporâneo, inclusive naquele referente à aplicação do direito.

⁶⁹ Voto proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 2.076-5/Acre. *Apud* Sarmiento, Daniel. O crucifixo nos Tribunais e a laicidade do Estado. www.prpe.mpf.gov.br/2008/content/download/5530/23255/file/RE_%20DanielSarmiento2.pdf. Acesso em 10 de junho de 2008.

8 - Bibliografia

- ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n° 5, agosto, 2001. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br>. O artigo me foi repassado no que infelizmente não disponho da data de acesso ao sítio eletrônico.
- CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. O desafio do positivismo jurídico: notas sobre a ADPF 54-QO (a questão do feto anecefálico). *Revista da Procuradoria Geral do Estado. Edição Especial 50 anos*. Rio de Janeiro: Procuradoria Geral do Rio de Janeiro, 2006, vol.3, p. 845 a 859.
- DAUZAT, Albert. DUBOIS, Jean. MITTERAND, Henri. *Nouveau Dictionnaire Étymologique et Historique*. Librairie Larousse/Paris-VI. Canadá. 1971.
- DEWEY, John. *La Busca de la Certeza: un studio de la relacion entre el conocimiento y la acción*. Fondo de Cultura Econômica, 1952.
- _____. Logical Method and Law. *The Philosophical Review*, vol. 33, n° 6, November, 1924. pp. 560-572.
- _____. *The Public and its Problems*. Ohio University Press. 1954. Originally published: New York, H. Holt, 1927.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Hermenêutica Constitucional: Interpretação de Bloqueio e Interpretação de Legitimação. *Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas*. Ed. Manole. Barueri, SP. 2007.
- GALDINO, Flavio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos*. Rio de Janeiro. Ed. Lumen Iuris. 2005.
- LUBAN, David. What's Pragmatic about Legal Pragmatism? *The Revival of Pragmatism: New Essays on Social Thought, Law, and Culture*. Edited by Morris Dickstein. Durham: Duke University Press, 1988.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Ingo Sarlet (Organizador). 2ª ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado Ed., 2006.
- POGREBINSCHI, Thamy. A Democracia do Homem Comum: resgatando a teoria política de John Dewey. *Revista de Sociologia Política*, n°23, p.43-53. Curitiba, 2004.
- POSNER, Richard A. A Political Court. *Harvard Law Review*, vol. 119, november 2005, number 1.

_____. *Economic Analysis of Law*. Little, Brown and Company. Boston, 1972.

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

_____. Legal Pragmatism. *Metaphilosophy*. Blackwell Publishing. Oxford (UK) 2004. pp. 147-159

_____. Pragmatic Adjudication. *The Revival of Pragmatism*. Edited by Morris Dickstein. Duke University Press, Durham and London, 1998. pp. 235-253.

- SARMENTO, Daniel. O crucifixo nos Tribunais e a laicidade do Estado. www.prpe.mpf.gov.br/2008/content/download/5530/23255/file/RE%20DanielSarmiento2.pdf. Acesso em 10 de junho de 2008.

- SICHES, Luis Recasens. *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*. Ed. Porrúa, Mexico, 1963.

_____. *Tratado general de filosofía del derecho*. Ed. Porrúa. Mexico, 2003.

- SILVA, Luis Virgilio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. *RT* 798. Ano 91, abril de 2002, p. 23-50. p. 25.

_____. Ulisses, as Sereias e o Pode Constituinte Derivado. *Revista de Direito Administrativo* 226, p. 11-32, out./dez. Rio de Janeiro. Renovar. 2001.

- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Verticalização, cláusula de barreira e pluralismo político: uma crítica consequencialista à decisão do STF na ADIN 3685. *Interesse Público*, nº 37, Porto Alegre, 2006.

- STRUCHINER, Noel. Algumas proposições fulcrais sobre o debate jusnaturalismo vs. juspositivismo. *Perspectivas atuais da Filosofia do Direito*. Maia, Antônio Cavalcanti. Melo, Carolina de Campos. Cittadino, Gisele. Pogrebinschi, Thamy (Organizadores). Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2005.