

O PRAGMATISMO JURÍDICO COMO CRITÉRIO DE TOMADA DE DECISÕES JUDICIAIS E AFASTAMENTO DO ASPECTO NEGATIVO DO ATIVISMO JUDICIAL NA GESTÃO DE CONFLITOS

João Walter Cotrim Machado¹; Augusto Martinez Perez Filho²

DOI: <https://doi.org/10.32760/1984-1736/REDD/2021.v14i1.15454>

Palavras-chave

Ativismo Judicial
Pragmatismo Jurídico
Precedentes
Gestão de Conflitos

Keywords

Judicial Activism
Legal Pragmatism
Precedents
Conflict management

Palabras clave

Activismo judicial
Pragmatismo jurídico
Precedentes
Manejo de conflictos

RESUMO

O presente artigo pretende investigar se os fatores culturais e ideológicos do julgador devem influenciar na tomada de decisões judiciais e em que medida tais posturas podem ser consideradas um afastamento da lei. Indaga-se a respeito da insegurança jurídica causada pelo afastamento do positivismo, bem como pelo aspecto negativo do ativismo judicial, investigando-se a possibilidade e conveniência de um ativismo judicial mitigado, por meio de eventuais balizas a serem consideradas de acordo com as seguintes teorias: teoria crítica do direito, utilitarismo, realismo jurídico e pragmatismo jurídico. Como metodologia para o estudo, trata-se de revisão bibliográfica, com análise de dados de artigos científicos, livros e legislações a respeito do pragmatismo jurídico, sua influência e utilização no ordenamento jurídico atual, com enfoque especialmente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro e Código de Processo Civil. Conclui-se que o pragmatismo jurídico representa uma importante abordagem hermenêutica por meio do qual o magistrado considera os efeitos práticos de sua decisão, a partir dos quais serão estabelecidas balizas que corroborem para a mitigação do ativismo jurídico.

ABSTRACT

LEGAL PRAGMATISM AS A CRITERIA FOR MAKING JUDICIAL DECISIONS AND REMOVING THE NEGATIVE ASPECT OF JUDICIAL ACTIVISM IN CONFLICT MANAGEMENT

This article investigates whether the cultural and ideological factors of the judge should compel the taking of judicial decisions and to what extent such positions can be considered a departure from the law. We inquire about the legal uncertainty caused by the move away from positivism, as well as the negative aspect of judicial activism, investigating the possibility and convenience of a mitigated judicial activism, through a combination of beacons to be considered according to the following theories: critical theory of law, utilitarianism, legal realism and legal pragmatism. As a methodology for the study, it is a literature review, with data analysis of scientific articles, books and legislation regarding legal pragmatism, its influence and use in the current legal system, with a special focus on the jurisprudence of the Supreme Court, Law Introduction to the rules of Brazilian Law and Code of Civil Procedure. It is concluded that legal pragmatism represents an important hermeneutic approach through which the magistrate considers the practical effects of his decision, from which will be considered beacons that corroborate for the mitigation of legal activism.

RESUMEN

EL PRAGMATISMO JURÍDICO COMO CRITERIO PARA TOMAR DECISIONES JUDICIALES Y ELIMINAR EL ASPECTO NEGATIVO DEL ACTIVISMO JUDICIAL EN LA GESTIÓN DE CONFLICTOS

Este artículo tiene como objetivo investigar si los factores culturales e ideológicos del juez deben influir en la toma de decisiones judiciales y en qué medida tales posiciones pueden considerarse un alejamiento de la ley. Se indaga sobre la inseguridad jurídica provocada por el alejamiento del positivismo, así como el aspecto negativo del activismo judicial, investigando la posibilidad y conveniencia de un activismo judicial mitigado, a través de posibles lineamientos a ser considerados de acuerdo con las siguientes teorías: teoría crítica del derecho, utilitarismo, realismo jurídico y pragmatismo jurídico. Como metodología del estudio, se trata de una revisión bibliográfica, con análisis de datos de artículos científicos, libros y legislación sobre el pragmatismo jurídico, su influencia y uso en el ordenamiento jurídico actual, centrándose especialmente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal, Derecho. Introducción a las normas del Derecho brasileño y del Código de Procedimiento Civil. Se concluye que el pragmatismo jurídico representa un importante enfoque hermenéutico a través del cual el juez considera los efectos prácticos de su decisión, a partir del cual se establecerán lineamientos que corroboren la mitigación del activismo jurídico. relación a los derechos, en una compleja trama de relaciones sociales, que hoy también son virtuales.

¹ Mestrando em Direito e Gestão de Conflitos pela Universidade de Araraquara - UNIARA. Juiz de Direito em São Paulo/SP. ID ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5754-5752>. E-mail: jwcmachado@uniara.edu.br

² Professor no Programa de Mestrado Profissional em Direito e Gestão de Conflitos da Universidade de Araraquara- UNIARA. ID ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9659-7689>

INTRODUÇÃO

Quais são os critérios que devem nortear o julgador quando de sua decisão judicial? Obediência estrita à lei? Obediência às suas crenças e ideologias pessoais?

Ao julgador cabe indagar o plano real a partir de premissas normativas, de modo a estabelecer determinada verdade acerca do fato que lhe é apresentado, além de qualificá-lo por meio de uma decisão. O processo como isto ocorre ou deveria ocorrer tem sido objeto de reflexão, além de fonte para o desenvolvimento de teorias que almejam conferir respostas qualificadas.

Há inegável necessidade de certo distanciamento entre o julgador e os fatos, além das partes, configurando um aspecto mais objetivo do ato de julgar. Todavia, há influências menos perceptíveis e – quiçá inconscientes – inerentes a qualquer ser humano, ao proceder com o ato de decidir. Identificar quais seriam os parâmetros de uma prestação jurisdicional justa demanda grande esforço da academia e dos operadores do Direito.

O afastamento da lei por fatores ideológicos e culturais do julgador pode constituir causa de insegurança jurídica, o que a seguir denominaremos de aspecto negativo do ativismo judicial.

Investigar a possibilidade e conveniência de um ativismo judicial mitigado, condizente com a realidade social e o ordenamento jurídico vigente, por meio de eventuais balizas a serem consideradas de acordo com as seguintes teorias: teoria crítica do direito, utilitarismo, realismo jurídico e pragmatismo jurídico. Para materializar os objetivos desta pesquisa, cuja coleta foi através de dados de artigos científicos, livros e legislações a respeito do pragmatismo jurídico, com abordagem *dedutiva* através de análise bibliográfica.

O POSITIVISMO JURÍDICO

O positivismo surge em um contexto histórico de ruptura com a cultura tradicional, medieval e canônica, influenciado pelo espírito do iluminismo. Trata-se de uma ideologia teórica em que todo o Direito se esgota na lei moderna, organizando a vida social.

Conforme a lição de Eduardo Bittar (2019, p. 204): “O juspositivismo representa um movimento teórico-científico que descreve a natureza do Direito a partir de suas manifestações normativas, decorrentes do poder de decisão do legislador. Só existe uma forma e uma manifestação do Direito possível, aquele definido como sendo o Direito do Estado, ou o Direito Oficial; o resto, ou não existe, ou é julgado à conta de elementos estranhos ao Direito”.

Conforme explicita Dimitri Dimoulis (2006, p. 160): “Seguimos simplesmente a opção descritiva do juspositivismo, evitando a confusão entre as opções políticas pessoais do aplicador e seu trabalho como intérprete. Dessa forma, o intérprete se autolimita, reconhecendo que a interpretação não pode fingir que encontra uma clara vontade do legislador onde não há, nem confundir o juridicamente imposto com o razoável, adequado”.

Críticas foram realizadas ao legalismo estrito do positivismo normativista, sob alegação, dentre outras, de que o julgador fica proibido de fazer um juízo moral sob o caso *sub judice*; que o positivismo confere importância maior à forma e validade da norma, em detrimento de seu conteúdo; que as normas jurídicas devem ser seguidas em qualquer circunstância. As críticas ao positivismo se acentuaram sobretudo pelo fato de que o positivismo teria sido utilizado para justificar juridicamente o nazismo e fascismo do início do século XX. (MACHADO, 2008)

O aspecto principal a ser ora destacado é obediência do julgador à previsão legal, de modo que a decisão judicial não se afaste da lei por critérios subjetivos, evitando-se a insegurança jurídica.

Como ressaltado por Grau (2018, p. 21): “Explicitando: juízes decidem (= devem decidir) não subjetivamente, de acordo com seu senso de justiça, mas aplicando o direito (a Constituição e as leis)”.

Vê-se, portanto, que o positivismo tem como característica principal, o apego às normas previamente estabelecidas, de modo a conferir maior previsibilidade à decisão judicial, afastando-a de influências subjetivas decorrentes de posicionamentos morais ou políticos. Há uma preocupação mais marcante com a segurança jurídica e o tratamento igualitário entre litigantes.

O ATIVISMO JUDICIAL

Primeiramente, é preciso ressaltar a dificuldade de definição do conceito de ativismo judicial.

Contentino (2012, p. 145) observa que “no cenário brasileiro, em geral, o conceito de ativismo judicial reveste-se de conotação negativa. Em geral, aqui, os autores tomam-no por sinônimo de extrapolação das fun-

ções inerentes ao Poder Judiciário”.

Indaga o autor o que é o ativismo judicial:

“[...] a extrapolação das funções inerentes ao Poder Judiciário? A usurpação de competência institucional alheia (Executivo ou Legislativo)? Erro da decisão? Decisão proferida por juiz inconsequente? A adoção de uma metodologia da interpretação escusa? O casuísmo jurídico? Uma decisão progressista? Ou, ao invés, conservadora? Quem sabe, simplesmente, uma decisão da qual eu ou você discorda? Enfim, uma decisão que frustra uma expectativa prévia?” (CONTENTINO, 2012, p. 145).

Segundo o ensinamento de Barroso (2012):

[...] ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva” (BARROSO, 2012, p. 6).

Expõe o autor (2012):

[...] a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (BARROSO, 2012, online).

Ainda, prossegue Barroso (2012) observando que:

[...] o oposto do ativismo é a *auto-contenção judicial*, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. (BARROSO, 2012, online).

A diferenciação entre os aspectos positivos e negativos contidos no conceito de ativismo judicial é explicada por Viaro (2017). Conforme seu ensinamento:

Na perspectiva positiva, a postura “proativa” do juiz é aclamada como atuação “funcional necessária e oportuna”, como forma de “fazer valer a primazia da Constituição”. A defesa do ativismo, por sua vez, é comumente acompanhada da adoção de postulados teóricos incorporados pelo chamado “neoconstitucionalismo”, tais como o reconhecimento da prevalência dos princípios sobre as regras, além da existência de uma “nova hermenêutica”, liberando o juiz do papel de “boca da lei”.

Já na perspectiva negativa, o ativismo judicial é depreciado como “ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional”, descambando o juiz para o voluntarismo ou “decisionismo judicial”.

Enquanto a perspectiva positiva do fenômeno costuma ser secundada pela adoção de postulados neoconstitucionalistas, a perspectiva negativa costuma aparecer entre os críticos a essa corrente, reforçada pela defesa da autocontenção ou autorrestrrição judicial, como modo de evitar distorções na prática da especialização funcional”. (VIARO, 2017).

Grau (2018) adverte a respeito do perigo de utilização da ponderação entre princípios em casos de conflitos entre direitos fundamentais de forma meramente subjetiva. Conforme expõe o autor:

“Juízes, especialmente juízes constitucionais, têm lançado mão, intensamente, da técnica da chamada pon-

deração entre princípios quando diante do que a doutrina qualifica como conflito entre direitos fundamentais. Como, porém, inexistente no sistema jurídico qualquer regra a orientá-los a propósito de qual dos princípios, no conflito entre eles, deve ser privilegiado, essa técnica é praticada à margem do sistema, subjetivamente, discricionariamente, perigosamente. A opção por um ou outro é determinada subjetivamente, a partir das pré-compreensões de cada juiz, no quadro de determinadas ideologias”. (GRAU, 2018).

Nota-se que o desafio apresentado é mais no sentido de estabelecer critérios capazes de auxiliar em uma eventual sistematização do fenômeno do ativismo judicial, do que advogar a extinção de sua manifestação. Isto é importante para se afastar críticas como a de Rodrigues (2015, p. 14), mais direta quanto à subjetividade do julgador como critério de julgamento: “Quando pensam sobre um caso concreto, os juristas estão mais preocupados em apresentar suas opiniões pessoais sobre o problema que têm diante de si do que em demonstrar analítica e racionalmente a correção da solução que defendem”.

A principal preocupação a ser analisada no presente artigo é a viabilização de balizas para afastar o aspecto negativo do ativismo judicial, no qual há uma predisposição ou vontade dos juízes e tribunais para a adoção de determinados comportamentos no exercício da atividade jurisdicional, que leva o juiz ou o tribunal a atuar fora (para além ou aquém) dos limites balizados no ordenamento. (VIARO, p. 244)

Como pretendemos demonstrar, a adoção de tais comportamentos ou critérios pelo julgador, com base em subjetivismo e irracionalidade judicial, por dar azo a grave insegurança jurídica, de forma que o positivismo jurídico, apesar de criticado, não pode ser totalmente afastado, utilizando de outras balizas – aqui consideradas a teoria crítica do direito, o realismo jurídico, o utilitarismo e o pragmatismo – para a correta aplicação da lei.

A TEORIA CRÍTICA DO DIREITO

Apenas a título de exposição, cumpre ressaltar a existência de uma crítica ao saber jurídico tradicional (em especial o normativismo e o jusnaturalismo). Pretende esta teoria demonstrar insatisfação sobre a compreensão e prática do fenômeno jurídico, preconizando a atuação concreta do operador jurídico, atribuindo ao conhecimento um papel de transformação do mundo. Para a teoria crítica do direito este ramo do saber possui uma função ideológica que em nome de uma pretensa razão científica encobre relações de poder (o direito ocultaria o sentido das relações estruturais entre os sujeitos, com a finalidade de reproduzir os mecanismos de hegemonia social). Assim, afasta a crença de que o direito seja um domínio politicamente neutro e cientificamente puro. (BARROSO, 2004, p. 279)

A teoria crítica surgiu por meio da reflexão e pesquisa do Instituto de Pesquisa Social, na Universidade de Frankfurt, em 1924, inaugurado por Max Horkheimer e colegas. Sua origem se confunde com a história do marxismo e não se caracteriza pela intenção expressa de estabelecer relação com o direito. Seu objetivo foi produzir e divulgar trabalhos vinculados ao marxismo e de explicar, do ponto de vista histórico, a organização e a consciência dos trabalhadores industriais. (FALBO, 2015)

Segundo o pensamento de Mascaro (2019), de toda a filosofia contemporânea, o marxismo faz uma investigação mais profunda e crítica a respeito das origens e da manifestação do direito. Há no marxismo uma identificação dos nexos que vinculam o fenômeno jurídico atual ao capitalismo. A revolução, a transformação da sociedade capitalista e o socialismo por vir são os limites apontados pelo pensamento marxista.

O marxismo jurídico teve como maior pensador o jurista russo Evguiéni Pachukanis (1891-1937), cujo pensamento o direito é o instrumento do qual a luta de classes se vale sob o capitalismo.

Conforme o ensinamento de Naves (2019):

[...] “em Pachukanis, o direito pode ser compreendido, da mesma maneira que em Marx, como sendo a *forma da equivalência subjetiva autônoma*. Esse conceito vai permitir que se apreenda a natureza especificamente burguesa do direito, o seu vínculo indissolúvel com o capital. Daí, decorrem três consequências necessárias: a primeira, é que só pode haver direito nas formações sociais capitalistas, portanto, um “direito socialista” seria uma impossibilidade teórica; a segunda, é que, uma vez interrompido o processo de valorização do valor e a circulação de mercadorias, o direito deve necessariamente ser extinto e substituído por outras formas de organização da vida social; a terceira, é que a luta de classe proletária é incompatível com qualquer espécie de “socialismo jurídico”, ou seja, com a ideia de que a ultrapassagem da sociedade do capital possa ocorrer por meio de medidas jurídicas que gradativamente levariam ao comunismo”. (NAVES, 2019, p. 122).

Desta forma, diante da incompatibilidade entre o pensamento socialista e o direito atual, conforme o pensamento de Pachukanis, entendemos não ser possível considerá-lo como uma baliza interpretativa para o afastamento do ativismo judicial ou sua mitigação, eis que esta doutrina pressupõe revolução social e a quebra do sistema vigente.

Como ponto de equilíbrio há que se considerar a proposta feita por Scremin (2013), de que uma teoria crítica do direito como alternativa ao positivismo não deve se restringir a teorizar, ou simplesmente criticar o direito posto, mas deve buscar um direito que na prática corresponda ao que socialmente se almeja. Observa a autora que:

“Somente com a construção de uma teoria crítica do direito capaz de alterar a realidade social mediante a interação com a esfera política é possível acreditar na efetivação da dignidade da pessoa humana e de outras garantias constitucionais previstas, mas não atingidas pela “ciência” do direito”.

Por fim, observa Barroso (2004, p. 281) que a teoria crítica do direito:

[...] “questiona o caráter científico do direito, por faltar-lhe a pretendida objetividade que decorreria de uma irreal aplicação mecânica da norma ao fato, com base em princípios e conceitos generalizadamente válidos; a alegada neutralidade política, ao denunciar sua função ideológica de reforçador e reproduzidor das relações sociais estabelecidas; a pureza científica, ao preconizar a interdisciplinariedade como instrumental indispensável à formação do saber jurídico. Trata-se, no entanto, de uma teoria crítica, e não uma dogmática substitutiva ou alternativa”.

No caso brasileiro, a teoria crítica tem sido utilizada como forma de traduzir expressões políticas por meio de “jurisprudência contramajoritária”, além de buscar conferir efetividade concreta a direitos estabelecidos nos textos legais, mas muitas vezes, não vivenciados na vida dos indivíduos. A crítica mais contundente, conforme já dito, repousa na independência entre os poderes e o suposto desprestígio do Poder Legislativo que o ativismo resultaria, e a insegurança jurídica, haja vista o alto índice de subjetividade das decisões.

O REALISMO JURÍDICO

Indagamos então se o realismo jurídico, em especial aquele calcado na doutrina de Alf Ross, constituiria uma baliza eficiente à insegurança jurídica causada pelo aspecto negativo do ativismo judicial. Alf Ross “acreditava que fosse possível explicar as relações do direito por meio da metafísica, mas sim pelo plano das experiências” (DA SILVA, 2019, p. 2).

Conforme o ensinamento de Bittar e Almeida (2019):

“O realismo jurídico norte-americano (K. Llewellyn; Jerome Frank; J. Gray; Oliver W. Holmes), corrente para a qual a realidade consiste naquilo que os juízes decidem e o *realismo jurídico escandinavo* (Axel Hagstrom, V. Lunstedt, Karl Olivecrona e Alf Ross), corrente para a qual a realidade consiste naquilo que existe de fato como realidade psicossocial, e que procura enfatizar a pesquisa sobre o Direito, não em fenômenos naturais (jusnaturalismo), ou em normas jurídicas e estatutos legais (juspositivismo) ou, ainda, em fenômenos ideais ou valorativos (idealismo), para centrar-se a pesquisa sobre o Direito considerando-se as práticas reais vigentes em sociedade”. (BITTAR; ALMEIDA, 2019, p. 444).

Explicam os autores que o realismo jurídico preconiza a preferência do Direito-vigente na sociedade em detrimento do Direito-norma. Ainda, que se trata do Direito mais aproximado à experiência (tradições, cultura, práticas), que deixa o Direito-conceito e o Direito-norma em segundo relevo, para caminhar em direção à compreensão do Direito-prática como algo mais importante, o que se faz pela forma que os juízes decidem (BITTAR; ALMEIDA, 2019, p. 448).

O realismo jurídico critica o formalismo jurídico, a tendência do Direito como ciência, o objetivismo, a utilização da lógica e a busca da certeza jurídica (JORGE, 2012).

Para a teoria realista o juiz é motivado não apenas por normas jurídicas, as quais teria o dever de deduzir, mas por outras convicções:

“O juiz não é motivado exclusivamente pelas normas jurídicas; também o é pelos fins sociais e pelo discernimento teórico das conexões sociais relevantes ao atingir aqueles fins. Por esta razão, tem-se exigido da ciência do direito, em especial modernamente, que dirija sua atenção para as realidades da vida social”. (ROSS, 2000, p. 43).

É preciso observar que uma conceituação de Direito a partir de tradições, culturas e práticas corre o risco de voltar à subjetividade do julgador, uma vez que julgadores distintos certamente possuirão tais características distintas. As realidades da vida social são igualmente distintas conforme a origem do julgador.

Na definição de Ross (2000, p. 91): [...] “um ordenamento jurídico nacional, considerado como um sistema vigente de normas, pode ser definido como o conjunto de normas que efetivamente operam na mente do juiz, porque ele as sente como socialmente obrigatórias e por isso as acata”.

Entendemos que uma forma de admitir a preferência do Direito-vigente na sociedade em detrimento do Direito-norma é a verificação da existência de um consenso de que tal Direito-norma, apesar de ainda encontrado no ordenamento jurídico, deixou de ser aplicado pelo comportamento social ou entendimento jurídico das cortes julgadoras, pois que este consenso reconhece que a norma conflita com a realidade social, devendo ser excluída do ordenamento jurídico.

Críticas foram feitas ao realismo na medida em que pode “encontrar qualquer fundamento legal ou jurisprudencial, por mais incompatível que seja com as exigências regulativas do caso concreto, apenas para justificar a adoção de uma decisão já proferida ideologicamente” (TEIXEIRA, 2012, p. 51).

Portanto, para a utilização do realismo jurídico como critério de baliza ao aspecto negativo do ativismo judicial, a realidade social a ser considerada na mente do julgador deve se aproximar de um consenso, amparada por práticas sociais condizentes com os mandamentos constitucionais, sem que esta definição se dê exclusivamente por critérios subjetivos definidos pelo julgador, com afastamento da lei e desconsideração da jurisprudência dos tribunais superiores.

Daí porque a experiência norte-americana, de expressão *common law*, parece adequar-se melhor aos preceitos defendidos pelo realismo jurídico, uma vez que a “lei” é muito mais resultado da ação dos tribunais do que do parlamento. Para os adeptos desta teoria, o objeto de estudo e reflexão do operador do direito é a decisão, pois é dela que decorre o efeito prático no mundo concreto.

O UTILITARISMO JURÍDICO

Trata-se de filosofia inaugurada por Jeremy Bentham (1748-1832) cujo objetivo maior é maximizar a felicidade do maior número de pessoas.

A felicidade humana depende da redução das dores e do aumento dos prazeres (hedonismo), dentro de um cálculo geral de administração de interesses conciliáveis.

A teoria sofre críticas, dentre outras, pois, dentro deste pensamento, “considerando-se que a soma das satisfações de uma maioria deve ser acatada como bem-estar geral, tal argumento pode ser cruel com o indivíduo isolado, bestializado, estereotipado e rotulado” (FERREIRA, 2017) e “o indivíduo tem importância apenas enquanto as preferências de cada um forem consideradas em conjunto com as demais” (SANDEL, 2015).

Entendemos que o grau de indeterminação (ou vagueza) do critério proposto por Jeremy Bentham dá ensejo à insegurança jurídica em razão da subjetividade do intérprete a respeito do conceito de felicidade das pessoas, que em última instância poderia significar um afastamento de direitos individuais fundamentais, sobretudo de minorias.

O PRAGMATISMO JURÍDICO

A análise do ordenamento jurídico atual vigente em nosso país, bem como da maneira de julgar de grande parte do Poder Judiciário, em especial do STF, permite constatar que a resposta à indagação inicial do presente artigo pode ser a utilização do pragmatismo jurídico.

O pragmatismo pode ser considerado como segundo Dimoulis (2006): “postura que rejeita a metafísica e o determinismo, mantém-se continuamente aberta à revisão do conhecimento e considera decisivos os efeitos práticos e a utilidade social do saber, sendo disposta a corrigir afirmações e teorias em razão de experiências práticas” (DIMOULIS, 2006, p. 158).

A utilização do pragmatismo pelo julgador constitui uma forma de confrontar uma atuação demasiadamente

formalista da doutrina com a realidade da prática jurídica.

Conforme expõe Rocha (2013):

“Revelam-se de pouca utilidade as conceituações formais doutrinárias se, na prática, os magistrados ao apreciarem os casos concretos, desconsideram tais compreensões construindo um direito com consequência prática diversa das molduras estabelecidas pela dogmática jurídica e, muitas vezes, até efetivamente contrárias” (ROCHA, 2013, p. 807).

Observa Piske (2011, p. 21) que: “A análise pragmática é um bom instrumento para a formação de juristas críticos, que não realizem leituras ingênuas e epidérmicas das normas, mas que tentem descobrir as conexões entre as palavras da lei e os fatores políticos e ideológicos que produzem e determinam suas funções na sociedade”.

Conforme expõe a autora, o juiz pragmatista avaliará comparativamente diversas hipóteses de resolução de um caso concreto tendo em vista as suas consequências. De todas as possibilidades de decisão, ele tentará supor consequências e, do confronto destas, escolherá a que lhe parecer melhor, aquela que corresponder às necessidades humanas e sociais. Ele não se fecha dentro de seu próprio sistema, pois a concepção pragmatista de direito implica a adoção de recursos não jurídicos em sua aplicação e contribuições de outras disciplinas em sua elaboração (PISKE, 2011, p. 22).

O ensinamento de Horácio Augusto Mendes de Sousa (2020) é no sentido de que:

“O mérito das ações públicas deve ser medido pelos resultados práticos que são capazes de produzir, pois a verdade das coisas é determinada pelas consequências sobre o mundo real e sobre a vida das pessoas, e não por dogmas ou teorias. Ademais, em uma sociedade plural e complexa, o positivismo não consegue mais resolver, de maneira eficaz, os problemas sociais. Bem por isso, não se pode admitir conceitos petrificados no direito, que não sejam permeáveis e flexíveis diante de transformações sociais (antifundacionalismo). Por tal razão, a interpretação e a aplicação do direito devem levar em conta o contexto e os dados reais do caso concreto (contextualismo), de modo que as decisões estatais também levem em conta as suas repercussões práticas, tanto para o caso concreto quanto em relação ao sistema como um todo (consequencialismo)” (SOUSA, 2020, p. 53).

Entendemos que o ordenamento jurídico atual sofre grande influência desta corrente de pensamento, especialmente pela disposição da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, sendo importante e adequado critério a ser utilizado pelo julgador no momento de proferir a decisão judicial.

A Lei nº 13.655/2018 acrescenta à Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942) o artigo 20, cujo caput possui a seguinte redação: “Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão” (BRASIL, 1942, online).

Trata-se de importante limitação ao julgador, proibindo-o da utilização de valores meramente abstratos e sem demonstração de que a utilização destes critérios tenha consequências práticas adequadas.

A motivação do critério utilizado pelo julgador deverá ainda considerar a razão pela qual afastou o ato jurídico em face de outras possíveis alternativas. Vide a redação do parágrafo único do art. 20 do Decreto-Lei nº 4.657/42, “A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas” (BRASIL, 1942, online).

Vale observar que o Decreto nº 9.830/2019, que regulamenta os artigos 20 a 30 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, inseridos pela Lei nº 13.655/2018, apresenta critérios de limitação ao ato de julgar, para adequar a decisão judicial à necessidade de conformidade entre os motivos e as consequências de seu conteúdo.

Neste sentido:

Art. 4º A decisão que decretar invalidação de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativos observará o disposto no art. 2º e indicará, de modo expresso, as suas consequências jurídicas e adminis-

trativas.

§ 1º A consideração das consequências jurídicas e administrativas é limitada aos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos que se espera do decisor no exercício diligente de sua atuação.

§ 2º A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta, consideradas as possíveis alternativas e observados os critérios de proporcionalidade e de razoabilidade.

§ 3º Quando cabível, a decisão a que se refere o caput indicará, na modulação de seus efeitos, as condições para que a regularização ocorra de forma proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais.

§ 4º Na declaração de invalidade de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativos, o decisor poderá, consideradas as consequências jurídicas e administrativas da decisão para a administração pública e para o administrado:

I - restringir os efeitos da declaração; ou

II - decidir que sua eficácia se iniciará em momento posteriormente definido.

§ 5º A modulação dos efeitos da decisão buscará a mitigação dos ônus ou das perdas dos administrados ou da administração pública que sejam anormais ou excessivos em função das peculiaridades do caso. (BRASIL, 2019, online).

Conforme o ensinamento de Sousa (2020), a Lei nº 13.655/2018 adota o pragmatismo jurídico moderado. Expõe o autor:

“Isso porque, ainda que as decisões estatais devam considerar a realidade dos fatos, o contexto e as suas repercussões práticas, esse pragmatismo e consequencialismo decisório só será válido se observar alguns limites e possibilidades. Em primeiro lugar, deve respeitar os valores fundamentais da sociedade previstos no ordenamento jurídico. Em segundo lugar, deve concretizar princípios e direitos fundamentais assegurados pelo ordenamento jurídico, notadamente a dignidade humana. Por fim, em terceiro lugar, deve respeitar os limites e as possibilidades do próprio ordenamento jurídico e do direito como um todo, ou seja, respeitando-se a juridicidade. Isto porque, consoante afirma acertadamente a doutrina, há uma forte e substancial lógica interna do direito que não admite um pragmatismo total, o que comprometeria o modelo de Estado democrático de direito, tanto em sua vertente formal quanto em sua vertente substancial. Ou seja, a despeito de ser relevante, o uso de argumentos pragmáticos deve ser quantitativamente moderado e qualitativamente reverente à relevância axiológica dos direitos fundamentais”. (SOUSA, 2020, online).

Fora dessas balizas, converter-se-á o necessário método pragmático e consequencialista em voluntarismo arbitrário, o que não é a finalidade da Lei nº 13.655/2018.

O Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015) também possui regra expressa que podemos considerar pragmática e consequencialista quando prevê em seu artigo 8º que “Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência” (BRASIL, 2016, online).

O STF lançou mão do pragmatismo e consequencialismo nas seguintes matérias: terceirização entre pessoas jurídicas distintas (ADPF 324/DF); o poder judiciário pode determinar ao Estado a contratação de obras emergenciais em unidades prisionais para dar concretude ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao direito fundamental do preso à sua integridade física e moral (RE nº 592581/RS) (BRASIL, 2015, online).

A decisão proferida pela Corte Constitucional no bojo do Recurso Extraordinário nº 429903/RJ, demonstra a adoção de critérios pragmáticos, na medida em os ministros concluíram pela possibilidade de o Poder Judiciário determinar a manutenção de estoque mínimos de medicamentos para o tratamento do mal de *Gaucher*, doença genética cujo tratamento requer fármaco importado.

O questionamento levado ao Supremo pelo Estado do Rio de Janeiro não impugnava o dever de aquisição, mas o ônus imposto, ao Poder Executivo, de manter estoques mínimos quando o Administrador deve, também por razões legais, promover o equilíbrio fiscal das contas públicas, o que – no caso em particular – demandaria aquisição do medicamento a partir da disponibilidade orçamentária.

Entendeu a Corte constitucional brasileira que a mera determinação da manutenção de estoque mínimo de medicamento não configuraria eventual ingerência do Poder Judiciário no âmbito do Poder Executivo, nem mesmo no tocante à gestão de recursos, mas o controle de legalidade de atos administrativos, uma vez

que a ausência em estoque do fármaco representa evidente prejuízo aos usuários do sistema único de saúde. Em outros termos, o Judiciário realizaria controle de atos administrativos que se mostraram abusivos ou em desconformidade com o ordenamento legal.

Nas palavras do Ministro Ricardo Lewandowski (2014):

Aplica-se, assim, por analogia, o entendimento que esta Corte possui no sentido de que o exame pelo Poder Judiciário de ato administrativo tido por ilegal ou abusivo não viola o princípio da separação dos poderes. [...] o Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode se mostrar indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. (BRASIL, 2014, online).

Como crítica ao pragmatismo, poder-se-ia citar a eventual acusação de afastamento da estrita subsunção do fato à norma ou à neutralidade, características tão caras aos positivistas, o que resultaria em mitigação da segurança jurídica. Por outro lado, a adoção de uma postura mais pragmática pelo Judiciário também poderia receber crítica daqueles para quem a atuação judicial deve alcançar a concretização de Direitos, rompendo paradigmas, fazendo incidir, *in casu*, princípios almejados pelo constituinte pátrio, ainda que de conteúdo aberto e, por vezes, de difícil delimitação, tal como o princípio da dignidade da pessoa humana.

De todo modo, a utilização da postura pragmática pelo julgador ao proferir decisão judicial parece constituir baliza importante para o afastamento do ativismo judicial em seu aspecto negativo.

CONCLUSÕES

Fatores culturais e ideológicos do julgador não devem influenciar na tomada de decisões judiciais nos casos que tais posturas podem ser consideradas um descumprimento da lei. A utilização destes critérios meramente subjetivos, com evidente desrespeito ao sistema jurídico vigente, gera insegurança jurídica causada pelo afastamento do positivismo, podendo ser configurar o que se denominou aspecto negativo do ativismo judicial (voluntarismo do julgador).

Não se pode olvidar o papel transformador que o texto constitucional buscou promover na sociedade brasileira ao adotar modelo dirigente e previsão nas diversas esferas da vida social, consubstanciados em extenso rol de direitos individuais e coletivos. Todavia, a opção por conceitos abertos como dignidade, igualdade e justiça revelam a necessidade de complementação, pelo magistrado, ao aplicar o preceito legal ao fato social. O escopo e a intensidade desta complementação são inquestionavelmente influenciadas pela ideologia e moral do hermeneuta, cujos “freios e contrapesos”, dependerão da abordagem teórica adotada.

Investigou-se a possibilidade e conveniência de um ativismo judicial mitigado, por meio de eventuais balizas a serem consideradas de acordo com teorias crítica do direito, utilitarismo, realismo jurídico e pragmatismo jurídico.

O pragmatismo jurídico possui influência e utilização prática no ordenamento jurídico atual, observável através da recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro e Código de Processo Civil, constituindo importante critério a ser considerado pelo julgador no momento de tomada da decisão judicial. Todavia, novas reflexões sobre o tema são necessárias a fim de se identificar eventuais balizas que poderão ser utilizadas para a depuração desta técnica, mitigando eventuais críticas e corroborando para a melhoria da prestação jurisdicional.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 279.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. (SYN)THESIS, [s. l.], v. 5, ed. 1, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 29 maio 2021.

BITTAR, Eduardo C. B. **Introdução ao Estudo do Direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BITTAR, Eduardo; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. **ADPF nº 324**. Redator: Ministro Celso Bandeira de Melo. Brasília, 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13589144>. Acesso em: 29 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. **RE nº 429903**. Relator ministro. Ricardo Lewandowski. Data do julgamento: 26/06/2014, Primeira Turma, Data de publicação: 13/08/2014, Brasília, 07 ago. 2014. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25232511/recurso-extraordinario-re-429903-rj-stf/inteiro-teor-133959930>. Acesso em: 29 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. **RE nº 592581/RS**. Relator ministro. Ricardo Lewandowski. Data do julgamento: 03/08/2015. Tribunal pleno. Data de publicação: 01/02/2016. Brasília, 26 ago. 2015. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/863995046/recurso-extraordinario-re-592581-rs-rio-grande-do-sul/inteiro-teor-863995056?ref=serp>. Acesso em: 29 maio 2021.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **Ativismo Judicial**: Proposta para uma discussão conceitual, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, nº 193, 2012, p. 145.

DIMOULIS, Dimitri, **Positivismo Jurídico**: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006, p. 160.

FALBO, Ricardo Nery. **A contribuição da Teoria Crítica para o direito**. Metodologia da pesquisa em Direito/cood. Enzo Bello. Caxias do Sul: Educus, 2015.

FERREIRA, Iverson Kech. Presunção de Inocência, Kant e o utilitarismo. **Revista Bonjuris**, Curitiba, n. 639, 2017.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

JORGE, Claudia Chaves Martins. **Realismo Jurídico e Hart**: um debate sobre a indeterminação do Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

MACHADO, Roberto Denis. **Das Críticas e Dos Preconceitos ao Positivismo Jurídico**. *Revista Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, ed. 52, p. 329-354, 2008. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/74/70>. Acesso em 12 de marc. 2021.

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

NAVES, Márcio Bilharinho. Pachukanis e a crítica marxista do direito. **Revista SocioEducação**, Rio de Janeiro, v. 2, ed. 2, 2019. Disponível em: <https://publicacoes.degase.rj.gov.br/index.php/revistasocioeducacao/article/view/112>. Acesso em: 29 maio 2021.

PISKE, Oriana. Pragmatismo Jurídico: **o diálogo entre a filosofia pragmática e o Direito**. *Revista Bonjuris*, Curitiba, nº 572, p. 21, 2011.

ROCHA, Márcio Oliveira. Pragmatismo Jurídico como Instrumento de Observação da Concepção Ponteano de Norma Jurídica no Contexto das Cláusulas Gerais Processuais. *In: DIDIER JR., Fredie; FILHO, Roberto P.*

Campos Gouveia (coord.). **Pontes de Miranda e o Direito Processual**. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 805-828.

RODRIGUES, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?:** para uma crítica do direito (brasileiro). São Paulo: FGV, 2015.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução de Edson Bini. Revisão técnica de Alysson Leandro Mascaro. Bauru: EDIPRO, 2000, p. 43.

SANDEL, Michel. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 2015.

SCREMIN, Mayra de Souza. Do positivismo jurídico à teoria crítica do direito. **Revista Faculdade Direito UFPR**, Curitiba, v. 40, 2004. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1740/1439>. Acesso em: 29 maio 2021.

DA SILVA, Mariane Romagnollo Menezes. A Justiça de Alf Ross: Contemporaneidade, Racionalismo e Pragmatismo. **Revista IMES**. Direito, v. 25, p. 1-9, 2013.

SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. Pragmatismo e consequencialismo jurídico em tempos de coronavírus: exame do art. 20 da Lei nº 13.655/2018 e alguns reflexos na gestão e controle públicos. **Interesse Público [Recurso Eletrônico]**. Belo Horizonte, v.22, n.122, jul./ago. 2020. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/38537>. Acesso em: 29 maio 2021.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo Judicial: nos limites entre a racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**. São Paulo, nº 15, jan/jun, p. 51, 2011.

VIARO, Felipe Albertini Nani. Judicialização, ativismo judicial e interpretação constitucional. **Revista Jurídica - TJSP**, [s. l.], 2017. Disponível em: <https://epm.tjsp.jus.br/Publicacoes/ObrasJuridica/48815?pagina=1>. Acesso em: 29 maio 2021.