

## INCONSTITUCIONALIDADES PARADIGMÁTICAS E O PRAGMATISMO

### *PARADIGMATIC UNCONSTITUTIONALITIES AND THE PRAGMATISM*

**Luis Henrique Braga Madalena<sup>1</sup>**

**Rene Erick Sampar<sup>2</sup>**

**Vinícius Quarelli<sup>3</sup>**

**RESUMO:** O artigo desdobra-se no sentido de realizar um estudo do pragmatismo filosófico e jurídico. A partir do desvelar da história dessas escolas de pensamento, bem como mediante um exame da constitucionalidade da sua realizabilidade no plano normativo, busca-se investigar a compatibilidade do pragmatismo para com o Constitucionalismo Contemporâneo. Já no que toca ao problema de pesquisa, foca-se na (in)compatibilidade do referido paradigma em relação à Constituição e ao Estado Democrático de Direito — sobretudo levando-se em conta a legitimidade decisional e a conformidade constitucional. A hipótese de pesquisa: existiriam inconformidades entre o pragmatismo jurídico e o Constitucionalismo Contemporâneo. Justificando-se pela necessidade de afastar incompreensões fomentadoras de um senso comum teórico, a pesquisa busca (re)avaliar esse viés filosófico. O “método” utilizado é da fenomenologia hermenêutica, lastreado na pesquisa bibliográfica e na Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) de Lenio Luiz Streck. Em linhas gerais, procura-se (1) explicar o que são paradigmas filosóficos, (2) apresentar um panorama das raízes do pragmatismo filosófico, (3) esclarecer o que é o pragmatismo jurídico, (4) examinar a (in)compatibilidade teórica do pragmatismo jurídico e (5) analisar um caso concreto para substancializar o debate (a partir da Suspensão em Liminar nº 1.395).

<sup>1</sup> Advogado. Coordenador Geral e Vice-Diretor Financeiro da Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDConst. Doutor em Teoria e Filosofia do Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Especialista em Direito Constitucional e Teoria Geral do Direito pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Coordenador da Especialização em Teoria do Direito, Dogmática Crítica e Hermenêutica da ABDConst. E-mail: luishenrique7@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0874477652560454>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2600-0389>.

<sup>2</sup> Doutor em Direito (UFSC), com estudos doutorais realizados na LUMSA-ROMA. Mestre em Filosofia Contemporânea (UEL). Especialista em Filosofia Política e Jurídica (UEL). Especialista em Direito Constitucional Contemporâneo (IDCC). Graduado em Direito (UEL). Foi Coordenador da Escola Judiciária Eleitoral - EJE do Tribunal Superior Eleitoral - TSE. Coordenador das Pós-EAD e Coordenador-Adjunto da Pós-Graduação EAD em Direito Constitucional (Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDConst). Coordenador Pedagógico do Curso LIODS PNUD [ONU] - CNJ - CJF - APAJUFE (Acordo 00034161/ Projeto BRA 19/012). Líder do Grupo de Estudos PUBLIUS. E-mail: renesampar@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4586313251943570>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2734-5415>.

<sup>3</sup> Mestrando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Especialista em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst.) e também pós-graduando em Teoria do Direito, Dogmática Crítica e Hermenêutica pela mesma instituição. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Membro do Dasein - Núcleo de Estudos Hermenêuticos. E-mail: [viniciusquarelli@gmail.com](mailto:viniciusquarelli@gmail.com). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6382207722526945>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7920-2331>.

Visando cumprir o desiderato, analisa-se o pensamento dos filósofos Charles Sanders Peirce, William James, John Dewey e Richard Rorty, bem como dos juristas Bruno Torrano e Richard Posner. Conclui-se que o pragmatismo jurídico de fato não é uma continuidade necessária do pragmatismo filosófico e que a perspectiva jurídica dessa tradição encontra óbices eminentemente constitucionais.

**Palavras-chave:** Constitucionalismo; Crítica hermenêutica do direito; Paradigmas filosóficos; Pragmatismo; Teoria da decisão;

**ABSTRACT:** The present work aims to elaborate a paradigmatic study of philosophical and legal pragmatism. From the unveiling of the history of these schools of thought, as well as through an examination of the constitutionality of its feasibility at the normative level, it seeks to investigate the compatibility of pragmatism with Contemporary Constitutionalism. With regard to the research problem, it focuses on the (in)compatibility of that paradigm in relation to the Constitution and the Democratic Rule of Law — especially considering decisional legitimacy and constitutional conformity. The hypothesis: there would be nonconformities between legal pragmatism and Contemporary Constitutionalism. Justified by the need to remove misunderstandings that foster a theoretical common sense, the research seeks to (re)evaluate this philosophical perspective. The “method” used is the hermeneutic phenomenology, based on bibliographical research and on the Hermeneutic Critique of Law (CHD) formulated. In general terms, it seeks to (1) explain what philosophical paradigms are, (2) present an overview of the roots of philosophical pragmatism, (3) clarify what legal pragmatism is, (4) examine the theoretical (in)compatibility of legal pragmatism and (5) analyze a concrete case to substantiate the debate. In order to fulfill the purpose, it analyzes the thinking of philosophers Charles Sanders Peirce, William James, John Dewey and Richard Rorty, as well as the jurists Bruno Torrano and Richard Posner. It is concluded that legal pragmatism in fact is not a necessary continuation of philosophical pragmatism and that the legal perspective of this tradition encounters eminently constitutional obstacles.

**Key-words:** Constitutionalism; Decision theory; Hermeneutic critique of law; Philosophical paradigms; Pragmatism;

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Pragmatismo - o que é isto?; 3. (In)constitucionalidade paradigmática; 4. Estudo de caso da suspensão de liminar nº 1395; 5. Considerações finais; 6. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

No intuito de realizar um estudo do pragmatismo (filosófico e jurídico), o presente artigo desenvolve-se no sentido de investigar o fenômeno pragmático, bem como de realizar um exame da (in)constitucionalidade teórica e prática dessa escola de pensamento. Da antecipação do que se segue, esclarece-se que cada etapa é explanada em capítulo próprio.

Introduzindo o **objetivo** geral, tem-se o desvelar da história do pragmatismo filosófico (sobretudo aquele de Charles Sanders Peirce, William James, John Dewey e Richard Rorty) e jurídico (examinado pelo jurista brasileiro Bruno Torrano e defendido pelo norte americano Richard Posner). Já no que toca ao **problema de pesquisa**, foca-se na (in)compatibilidade do referido paradigma em relação à Constituição e ao Estado Democrático de Direito. A **hipótese**: existiriam inconformidades entre o pragmatismo jurídico e o Constitucionalismo Contemporâneo.

Visando cumprir o desiderato delineado, o trabalho utiliza do “**método**” da fenomenologia hermenêutica (tendo como paradigma a obra de Lenio Luiz Streck) (CUNHA, 2015, p. 24). Nas palavras do autor, “como revisão crítica dos temas centrais transmitidos pela tradição filosófica através da linguagem, como destruição e revolvimento do chão linguístico” (STRECK, 2014, p. 20).

Em continuidade ao abordado no parágrafo anterior, deve-se apontar que o referencial teórico da pesquisa é a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD). A partir da matriz teórica de Lenio Streck (STRECK, 2013, p. 92), emprega-se um revolvimento do chão linguístico em que está assentado o pragmatismo para que efetivamente desmitifique-se esse termo já tão desnaturado (STRECK, 2020, p. 103).

Conferindo fechamento a metodologia, arremata-se informando que o jurista Bruno Torrano foi contatado para que algumas considerações do artigo pudessem ser falseadas (MARCONDES, 2004, p. 253). Tendo sido o diálogo frutífero, algumas reflexões do jurista foram incluídas no capítulo destinado ao estudo de caso da Suspensão de Liminar (SL) número (nº) 1395. Acrescenta-se, com Streck, que “o investigador indica como resultado aquilo que quer provar” (STRECK, 2019, p. 71) e é justamente isto que procurou-se impedir.

Já no que concerne ao exame do caso supramencionado, esclarece-se que o julgado foi escolhido em razão de ter sido motivo de debate e estudo na Pós-graduação em Direito Constitucional da Academia Brasileira de Direito Constitucional que antecedeu a escrita deste artigo. Isto dito, visa-se formalizar e divulgar algumas reflexões sobre o caso.

Em termos de **justificativa**, um estudo do pragmatismo e de sua possível incompatibilidade em face da Constituição revela-se importante por dois aspectos: (1) do perigo do obscurantismo causado por um senso comum teórico (STRECK, 2020, p. 10) e (2)

na necessidade de (re)avaliarmos os vieses filosóficos vigentes (ainda que não explícitos).

*Prima facie*, aposta-se em uma “obviedade”: o senso comum cria obstáculos para a compressão (STRECK, 2017, p. 13-21). Visando transpor incompreensões, o presente artigo desenvolve-se no sentido desnaturalizar entendimentos acrílicos acerca do pragmatismo (STRECK, 2019, p. 115).

Sendo o senso comum algo que oculta as condições de possibilidade da compreensão (STRECK, 2014, p. 14), não se torna possível saber que não se sabe. Dito isto, vale antecipar que o pragmatismo filosófico e o pragmatismo jurídico são tradições de pensamento que comportam muita diversidade. Não fosse isso suficiente, pré-juízos inautênticos de matizes diversas tendem a reduzi-lo a uma ofensa. Isto posto, uma das justificativas deste trabalho é precisamente desmistificar essa linguagem.

Já no que toca ao segundo ponto, assevera-se que (re)avaliação dos paradigmas filosóficos importa pois eles necessariamente conformam o nosso modo de compreender o mundo (STRECK, 2014, p. 257). Em não sendo possível escapar deles (dado que o ser está condenado a interpretar), torna-se imperioso realmente compreendê-los — sob a pena de um eterno retorno ao senso comum.

Superadas todas as delimitações necessárias, o trabalho assenta-se como uma proposta de exame (a partir da CHD e do constitucionalismo contemporâneo) e de diálogo (com Bruno Torrano).

## **2. PRAGMATISMO - O QUE É ISTO?**

Reprisando a ideia de que os paradigmas filosóficos são elementos organizadores e estruturantes do pensamento, inicia-se o presente capítulo aprofundando essa questão. Partindo de Streck (STRECK, 2014, p. 142.) e Stein (STEIN, 2004, p. 127), paradigmas filosóficos são fatores ordenadores que condicionam o enquadramento do conhecimento em uma determinada época. Em linhas gerais, podem ser compreendidos enquanto um vetor da racionalidade que exerce uma função estruturante do processo de conhecimento. Visando demonstrar o tema, dois paradigmas seguem brevemente abordados.

Metafísica clássica (STRECK, 2020, p. 223-228): trata-se de um paradigma que privilegia a coisa enquanto lugar da verdade (objeto do conhecimento). Neste, a verdade

tende a ser concebida enquanto uma propriedade das proposições verdadeiras ou falsas e o objeto é que se impõe em relação ao sujeito. Exemplificando, esse paradigma usualmente vincula-se às teses correspondências e adequacionistas da Teoria do Conhecimento.

Metafísica moderna (STRECK, 2020, p. 229-234): diferentemente da primeira, trata-se de um paradigma que coloca a subjetividade enquanto critério epistemológico dos sentidos. Proposta da modernidade iluminista, propõe o assujeitamento das coisas e a concepção da verdade como um produto do uso adequado do pensamento. Mais uma vez exemplificando, vincula-se ao cogito cartesiano (DESCARTES, 2005, s.p.) inaugurador da filosofia da consciência, ao eu penso kantiano (KANT, 2015, s.p.) e pela vontade do poder nietzscheana (NIETZSCHE, 2011, s.p.).

Dando seguimento, assente-se com Streck no sentido de que o tema importa ao Direito pois as teorias jurídicas desenvolvem-se pelo espelhamento e pela projeção de postulados paradigmáticos-filosóficos (STRECK, 2014, p. 142). Dito isto, passa-se ao desenvolvimento das raízes do pragmatismo.

Apoiando-se nos trabalhos de Danilo Marcondes (MARCONDES, 2014, s.p.), Cornelis de Waal (WAAL, 2007, s.p.) e Bruno Torrano (TORRANO, 2018, p. 19-21), desde logo esclarece-se que o pragmatismo é um termo polissêmico. Pode designar (1) um temperamento de pessoas que são impelidas a lidar com um problema eminentemente prático, (2) um paradigma filosófico ou (3) um paradigma jurídico. No contexto desse trabalho e em coerência ao seu escopo, cuida-se de desenvolver as duas últimas designações.

(2) Enquanto paradigma filosófico, o pragmatismo é uma escola de pensamento que nasceu nos Estados Unidos da América (EUA) no início do século XIX (RORTY, 1982, p. 160), quando um grupo de Professores e pensadores de Cambridge passou a se encontrar para discutir filosofia. Batizado de “O Clube Metafísico”, vários membros viriam a se tornar expoentes dessa corrente de pensamento. Dentre outros: William James, Charles Sanders Peirce, Oliver Wendell Holmes Jr. e Nicholas Saint John Green.

Sobre a gênese do pragmatismo, também é interessante notar o que dizem Simon Blackburn (BLACKBURN, 1997, s.p.) e Vicente de Paulo Barretto (BARRETTO, 2006, p. 656) sobre a etimologia dessa tradição. Deitando raízes no grego, ela presta homenagem ao termo *pragma*, que significa “uma ocorrência”, “um fato concreto”, “em particular algo

prático” e algo “com consequências relevantes”.

Ainda que outros pensadores tenham sido importantes ao projeto inicial (F. C. S. Schiller, C. I. Lewis etc.), Charles Sanders Peirce (1839-1914), William James (1842-1910) e John Dewey (1859-1952) foram os principais representantes (STRECK, 2020, p. 343).

Fugindo da polêmica fundacional do pragmatismo (disputada entre James e Peirce), os três compartilhavam a ideia de que a veracidade de uma hipótese deve ser aferida de acordo com as consequências práticas da sua aplicação. Em termos epistemológicos, “verdadeiro, segundo essa concepção, significa o mesmo que útil, valioso, promotor da vida” (HESSEN, 2012, p. 40).

Em oposição às concordâncias, há de se pontuar que também haviam diferenças significativas. Peirce concebia o pragmatismo somente como um critério de significação e postulava que o significado de qualquer conceito nada mais seria do que a soma de todas as consequências práticas possíveis. Diferentemente, James via o pragmatismo como uma autêntica teoria da verdade e defendia que as ideias se mostrariam verdadeiras quando nos ajudassem a ter consequências satisfatórias com outras partes da nossa experiência. Dewey, por fim, concebia o pragmatismo enquanto instrumentalismo.

Neste sentido, o neopragmatismo de Richard Rorty é ilustrativo. Para o norte americano, “a noção de verdade é descolada da noção de representação acurada da realidade (como se linguagem ou a mente fossem o espelho da natureza) para a noção de comunicação humana exitosa” (TORRANO, 2018, p. 32). Em síntese, assemelha-se aos três hoje denominados “pragmáticos clássicos” quando condiciona o discurso a certa(s) consequência(s) desejada(s). Nas palavras do autor:

Todo questionamento — na ética como na física, na política como na lógica — é uma questão de reteceremos nossas redes de crenças e desejos de uma maneira tal a nos proporcionarmos mais felicidade e vida mais livres e ricas. Todos os nossos julgamentos são experimentais e falíveis. A incondicionalidade dos absolutos não são coisas às quais deveríamos aspirar (RORTY, 2009, p. 308)

De uma leitura que busque similitudes, logo percebe-se a convergência quanto ao papel da(s) consequência(s). O que diferencia cada pensador é a forma em que ela é equacionada. Nessa busca por semelhanças, Posner adverte que “seu âmago é meramente uma tendência em basear ações em fatos e consequências” (POSNER, 2010, p. 2).

De forma exemplificativa, “está chovendo é verdadeiro, por exemplo, se fico molhado quando saio na rua sem guarda-chuva ou capa de chuva” (POSNER, 2010, p. 5). O que se quer com essa proposição é que o evento chuva só se torna verdadeiro a partir da necessária consequência “fico molhado”.

Evitando mal-entendidos, assevera-se que não se quer equiparar pragmatismo e relativismo. Neste sentido, concorda-se com Torrano (TORRANO, 2018, p. 32) e Daniel Kalpokas (KALPOKAS, 2005, p. 51): em seu conjunto, a tradição em comento não defende que todas as descrições, hipóteses, crenças e decisões equiparam-se em valor, mas, sim, que cada qual seria uma ferramenta destinada a lidar com algum problema particular — seja ele significação, verdade, ação ou comunicação.

Trata-se de um paradigma que sustenta uma filosofia sem fundamentos ontológicos a priori. Enquanto fator ordenador e condicionante do enquadramento do conhecimento, privilegia as consequências e os efeitos de uma ação. Num resumo brutalmente breve, postula que a validade de uma ideia se situa na concretização dos resultados que ela se propõe obter (JAPIASSU; MARCONDES, 1996, s.p.).

(3) Já sob um prisma legal, o pragmatismo jurídico é uma escola da Teoria do Direito que surgiu nos Estados Unidos do século XX e que possui como principal proposta o esforço de aplicar a tradição filosófica do pragmatismo ao problema da interpretação jurídica. Ademais, Barretto esclarece que se caracteriza por dois elementos essenciais: o consequencialismo e o contextualismo.

O consequencialismo do pragmatismo manifesta-se no enraizar do direito na prática, no conhecimento tácito nela gerado, e na preocupação com resultados. Já o contextualismo se define pelo julgamento dessas práticas e de seu conhecimento a partir da experiência passada e dos resultados desejáveis que elas produzem em situações problemáticas” (BARRETTO, 2006, p. 656).

Outra vez mais de forma exemplificativa, a citação que segue procura demonstrar como o pragmatismo possui um entendimento diferenciado e consequencial. Desta vez, no que diz respeito ao fenômeno jurídico:

[...] num regime no qual a sanção por violação de contrato é meramente uma sentença adjudicatória de indenização por danos compensatórios à vítima, o efeito prático total da assinatura de um contrato é que, ao fazê-lo, a pessoa obtém uma

opção de violá-lo. A indenização por danos que se deve pagar por violar o contrato é simplesmente o preço se a opção for exercida” (POSNER, 2010, p. 46).

Compreendido enquanto “uma concepção que atribui às consequências práticas das decisões judiciais um peso decisivo na atuação dos juízes” (SARMENTO, 2009, p. 173), os reflexos do pragmatismo jurídico podem ser percebidos na Escola Sociológica Americana, no realismo jurídico, empirismo jurídico e na análise econômica do direito de Richard Posner (STRECK, 2020, p. 343-347).

Incluindo algumas considerações do autor supramencionado, o pragmatismo jurídico se traduz em realidade jurisdicional quando se “objetiva alcançar a decisão que seja mais razoável, levando em consideração todas as coisas, em que todas as coisas incluem tanto consequências específicas ao caso quanto sistêmicas” (POSNER, 2010, p. 10). Desenvolvendo mais a questão da decidibilidade, Posner adverte que o juiz pragmático decide a partir de um juízo de “razoabilidade” voltado às “melhores consequências” e com base em um sopesamento não algorítmico entre consequências baseadas na norma jurídica e de consequências específicas ao caso (POSNER, 2010, p. 50). Em linhas gerais, segue descrito:

Não há dúvida de que o bem e o mal devem ser determinados em referência aos interesses e necessidades humanos, mas como estes devem ser determinados? E Se eles não foram determináveis (nada no consequencialismo ou no pragmatismo ajuda a determiná-los), então seria uma diretriz para os juízes considerar vazias as consequências? Não. Isso só quer dizer que diferentes juízes, cada um com suas próprias ideias a respeito dos interesses e necessidades da comunidade, pesarão as consequências de forma diferente (POSNER, 2010, p. 55).

Já no contexto das produções nacionais, uma importante consideração de Bruno Torrano precisa ser explanada. Nos dizeres do autor, pragmatismo filosófico não é o mesmo que pragmatismo jurídico, pois, na realidade, o segundo não é uma continuidade necessária do primeiro. Afinal, “é possível e consistente que um pragmatista filosófico, ao falar sobre aplicação do direito, defenda algum tipo de formalismo normativo” (TORRANO, 2018, p. 19-21). Posner também procura demonstrar isso quando sustenta que alguém (a exemplo de Friedrich Hayek) pode defender a não utilização do pragmatismo no direito por motivos pragmáticos, isto é, por crer que que juízes produziram melhores resultados se só aplicassem

o Direito pré-existente, custe o que custar (POSNER, 2010, p. 33). Em resumo, o pragmatismo jurídico é uma possível continuação do filosófico e não uma inevitabilidade.

Entrelaçando as considerações de Posner e Torrano, há de se pontuar que os autores convergem quanto à existência de limites decisórios. Ao passo que o primeiro argumenta que o horizonte de possibilidade das decisões encontra-se limitado por restrições materiais, psicológicas, institucionais e de consciência (uma vez que, em tese, o juiz pragmático se veria constrangido por seus pares e impossibilitado de sopesar todas as consequências) (POSNER, 2010, p. 73), o segundo teoriza limites mais sofisticados quando postula que o respeito às regras do jogo e aos princípios contingencialmente conquistados revelam-se importantes. Nas palavras deste último:

[...] argumentos de princípio são importantíssimos em diversas áreas do direito que ilustram a desejabilidade do entrincheiramento de direitos individuais em oposição a metas coletivas ou contra o poder de coerção estatal — como é o caso dos direitos e garantias individuais em matéria penal e tributária” (TORRANO, 2018, p. 179).

Concluindo esta etapa do texto, é possível dizer que o pragmatismo jurídico é uma tradição de pensamento que não necessariamente advém do paradigma filosófico do pragmatismo e que se ordena pelo enfoque nas consequências práticas do Direito e das decisões judiciais. No que toca uma “Teoria da Decisão”, defende uma jurisdição voltada às “melhores consequências” condicionada pela razoabilidade do juiz, bem como por fatores preponderantemente exógenos ao Direito. Enfim, um paradigma que privilegia o consequencialismo em detrimento da deontologia (POSNER, 2010, p. 51).

### **3. (IN)CONSTITUCIONALIDADE PARADIGMÁTICA**

Em continuidade ao Constitucionalismo Contemporâneo enquanto movimento promovedor de Direitos Fundamentais lato sensu e de um Estado que se quer democrático (STRECK, 2014, p. 43-71), é preciso ter presente que a Constituição Federal de 1988 é um verdadeiro marco referencial sobre o Direito no Brasil e sobre qualquer real possibilidade de mudança no padrão de institucionalização do poder (RODRIGUEZ, 2013, p. 53). Nesse sentido, importantes autores (a exemplo de Ingo Sarlet, Lenio Streck e Gilmar Mendes) têm cimentado o princípio fundante do Estado Democrático de Direito que é o respeito aos

Direitos Fundamentais e não se desviando dessa discussão é que se segue.

Um dos grandes dilemas da contemporaneidade tem sido o de construir as condições para evitar que a justiça constitucional (ou o poder dos juízes) se sobreponha ao próprio direito (STRECK, 2014, p. 48). Isto dito e aproximando essa proposição do escopo deste artigo, percebe-se que a jurisdição pode ser tanto promotora quanto impeditiva dos desideratos constitucionais. Destrinchando algumas imbricações do constitucionalismo, resta agora refletir sobre o lugar do pragmatismo jurídico nessa trincheira a partir do enfrentamento de se uma jurisdição pragmática seria (1) democrática, bem como se seria (2) conforme a Constituição.

(1) Quanto ao primeiro aspecto, convém frisar o *modus operandi* da decisão pragmática que, reprisando Posner, realiza-se quando o magistrado pragmático exerce um juízo pautado pela "razoabilidade" voltado às "melhores consequências" que se opera a partir da contingência subjetiva do intérprete. Daí porque o autor sustenta que "juízes diferentes pesam as consequências de maneira diversa, dependendo da formação, temperamento, treinamento, experiência e ideologia" (POSNER, 2010, p. 33).

Do estudo desse modo de funcionamento, Streck desvela aquilo que talvez possa passar despercebido: decisões pragmáticas colocam na subjetividade do juiz o locus de tensão da legitimidade do Direito (STRECK, 2020, p. 343-347), bem como deslocam o pólo da tensão interpretativa em direção do intérprete. O que Streck aponta é que há uma aposta no protagonismo judicial (STRECK, 2014, p. 25-48).

Considerando que a própria democracia se encontra imbricada com a questão da distribuição do poder e da autoridade (BARRETTO, 2006, 190-196), logo percebe-se que a legitimidade decisional pragmática é um paradoxo. Se se lutou tanto para o estabelecimento dos textos constitucionais que limitassem o arbítrio do poder, não faz sentido sacrificá-los em nome de um novo grupo de ungidos. Como aduz Fernando Vieira Luiz:

Em plena democracia, não se pode depender da consciência de uma pessoa, a despeito das regras de convivência legitimamente estabelecidas, para a resolução de qualquer problema intersubjetivo. Trata-se, antes de tudo, de uma questão democrática. Se o povo tem o direito de se autogovernar, por meio dos meios institucionalmente estabelecidos, não pode um magistrado não eleito, por um ato de vontade, alterar os destinos fixados no exercício deste autogoverno, principalmente em relação ao pacto social fundante (Constituição), para, com isso, obedecer a sua consciência (LUIZ, 2013, p. 40)

Paradigmaticamente, portanto, há de se convir que o pragmatismo jurídico possui certa incompatibilidade com a proposta de um Estado Democrático de Direito. Sobretudo em razão desta última não tolerar que juízos autoritários/pessoais se sobreponham ao pacto intersubjetivo chamado Constituição, percebe-se que a corrente de pensamento em estudo possui um vício de origem. Por mais que possa ter boas intenções (“melhores consequências”), o problema fulcral é o de que subjetividades não são (e não podem ser) o critério epistemológico de uma democracia.

(2) Já em relação à conformidade constitucional, outra vez mais reprisa-se quais seriam os limites decisórios de uma jurisdição pragmática no contexto das posições dos autores estudados. Isto dito e do cotejar das produções de Posner e Torrano, nota-se que o primeiro defende fatores exógenos ao Direito como restrições materiais, psicológicas, institucionais e de consciência. Em paralelo, Torrano corrobora com várias das teses de Posner (POSNER, 2018, p. 117-119), porém se distingue ao postular que o juiz pragmático também deveria considerar “argumentos de princípio” em áreas do Direito que ilustram uma deseabilidade de respeito aos direitos individuais (a exemplo do Direito Penal e Tributário).

Com efeito, convém esclarecer que Torrano se distancia de um pragmatismo jurídico “puro”. Por ter adotado um Positivismo Ético Moderado que coloca outras camadas de complexidade na decisão judicial como a primazia da lei sobre outras fontes do direito, bem como o cumprimento de “obrigações de meio” (TORRANO, 2019, p. 15, 75 e 237), segue-se examinando as teses de Torrano quanto ao movimento pragmático e não enquanto defensor deste.

Superado o recorte acima, há de se pontuar que a crítica ao pragmatismo jurídico não é algo recente. Tendo se contraposto às teses de Posner, Ronald Dworkin buscou demonstrar as incoerências do paradigma desde o século XX. Nos dizeres do autor, por tratar-se de uma concepção que “não estipula quais, dentre essas diversas noções de uma boa comunidade, são bem fundadas ou atraentes. Estimula os juízes a decidir e a agir segundo seus próprios pontos de vista” (DWORKIN, 2007, p. 186).

Como explicam Alfredo Copetti Neto e Glauco Salomão Leite, Dworkin acusa o pragmatismo jurídico de ser um paradigma vazio (FILHO; LEITE; ABBOUD, 2018, p. 252) e isto importa ao Direito Constitucional e aos limites decisórios pelo fato do paradigma em

questão postular uma decisão judicial que confessadamente possa desconsiderar a lei (POSNER, 2010, p. 63).

Em termos eminentemente atuais, o problema da proposição de fatores extrajurídicos de controle decisional revela-se ainda mais problemático. Conforme evidenciam Clèmerson Merlin Clève (CLÈVE, 1999, p. 311) e Lenio Luiz Streck (STRECK, 2014, s.p.), a normatividade constitucional contemporânea implica no fato da Constituição ser a forma suprema de todo o ordenamento jurídico. Desenvolvendo essa questão, Streck explica que:

A interpretação conforme a Constituição é mais do que princípio, é um princípio imanente da Constituição, até porque não há nada mais imanente a uma Constituição do que a obrigação de que todos os textos normativos do sistema sejam interpretados de acordo com ela. Desse modo, em sendo um princípio (imanente), os juízes e tribunais não podem (so)negar a sua aplicação, sob pena de violação da própria Constituição (STRECK, 2014, p. 351)

Desse modo, a realizabilidade da – erigida pelo elevado grau de autonomia conquistado pelo direito a partir do segundo pós-guerra (CANOTILHO; MENDES; SARLET, 2018, p. 1515) – manifesta-se pela prevalência do pacto constitucional e pela primazia dos seus pressupostos (CANOTILHO, 2003, p. 1226).

Da dialética entre o Direito Constitucional contemporâneo e a proposição de uma “Teoria da Decisão” pragmática, há de se perceber que o pragmatismo jurídico encontra obstáculos eminentemente normativos. Partindo do pressuposto que o juiz poderia “desconsiderar a lei para alcançar algum objetivo prático imediato” (POSNER, 2010, p. 63) e que a decisão judicial não sofreria constrangimentos normativos, o paradigma do pragmatismo jurídico revela-se incompatível com a lógica constitucional do Estado Democrático de Direito pelo fato de implicar em um Direito instrumental e que não leva o próprio ordenamento jurídico a sério (FILHO, 2018, p. 251).

Visto sob o duplo aspecto da legitimidade e dos limites decisoriais, a CHD acrescenta que o pragmatismo jurídico pouco se importa com a manutenção da coerência lógica do sistema jurídico caso isso não sirva a um resultado desejável. Outrossim, que essa desejabilidade estaria a critério do juiz e nisto reside sua “grande falha” (STRECK, 2020, p. 25-33).

Diante do exposto, um exame da constitucionalidade paradigmática no pragmatismo

jurídico conduz à conclusão de que essa corrente de pensamento se mostra prejudicada. No que tange à legitimidade decisional, devido ao motivo de consentir com um protagonismo judicial que possa se sobrepor às regras democraticamente pré-estabelecidas. Já no que concerne à conformidade constitucional, a incompatibilidade reside na clara possibilidade de violação da normatividade constitucional quando da realização da jurisdição e o acatamento desta postura por parte do pragmatismo jurídico.

#### **4. ESTUDO DE CASO DA SUSPENSÃO DE LIMINAR Nº 1395**

*Ab initio*, esclarece-se que o exame que se segue encontra-se assentado em duas decisões e um voto proferido em sede de referendo. Cronologicamente, na liminar proferida no Habeas Corpus nº 191.836<sup>4</sup>, na Suspensão em Liminar nº 1.395<sup>5</sup> e no voto proferido pelo Ministro Luiz Fux em sede de referendo da Suspensão em Liminar<sup>6</sup>. Para além disso, antecipa-se o arranjo do capítulo (que segue em três atos): (1) um primeiro que resume o caso analisado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), (2) um segundo que conecta o episódio com as conclusões do capítulo anterior e (3) um terceiro que inclui algumas considerações de Bruno Torrano.

(1) Proferida em 02 de outubro de 2020, a liminar concedida em sede de Habeas Corpus pelo Ministro Marco Aurélio Mello beneficiou o paciente André Oliveira Macedo, mais conhecido como “André do Rap” e apontado como líder do Primeiro Comando da Capital (PCC). In casu, o Ministro acolheu os argumentos da impetrante e expediu um alvará de soltura em razão da inobservância do prazo nonagesimal previsto no parágrafo único do Artigo 316 do Código de Processo Penal (CPP).

O parágrafo único do Artigo 316 do CPP dispõe sobre a duração da prisão preventiva e fixa o prazo de 90 dias para que o órgão emissor da decisão revise a necessidade de sua manutenção mediante decisão fundamentada, sob pena de tornar a prisão ilegal. Com base nesse dispositivo e no fato do último ato judicial de análise da manutenção da prisão do paciente ter se realizado em 25 de junho de 2020, Marco Aurélio constatou o excesso de

<sup>4</sup> Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/liminar-marco-aurelio-andre-rap.pdf>

<sup>5</sup> Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/decisao-fux-suspensao-liminar-1395.pdf>

<sup>6</sup> Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-fux-andre-rap.pdf>

prazo e concedeu a liminar em favor de André Oliveira.

Em sequência à revogação da prisão preventiva, o Ministro Luiz Fux (à época presidente do STF) proferiu uma decisão monocrática que determinou a suspensão da liminar concedida pelo Ministro Marco Aurélio. Se apoiando no Artigo 4º da Lei n. 8.437/92, a Suspensão em Liminar nº 1.395 acolheu a tese sustentada pela Procuradoria-Geral da República de que o réu não poderia ser posto em liberdade por representar um risco para a ordem e a segurança pública. Com efeito, ordenou a suspensão dos efeitos da medida liminar proferida por Marco Aurélio e determinou a imediata prisão de André Oliveira Macedo.

Para além da periculosidade, Luiz Fux pautou sua decisão na supressão de instância e em descompasso jurisprudencial. Uma vez que um Agravo Regimental em um Habeas Corpus denegado pelo Superior Tribunal de Justiça ainda seria possível, o Ministro sustentou que a liminar proferida pelo colega seria inadmissível. Enquanto último argumento, também afirmou que a *ratio* do Artigo 316 do CPP deveria ser conduzida por um “juízo de razoabilidade à luz das circunstâncias concretas do caso em análise”.

Como pode se extrair no voto proferido pelo próprio Ministro em sede de referendo da suspensão de liminar, os argumentos acima delineados deveriam ser analisados sob o prisma de uma “análise eminentemente pragmático-prudencial”.

(2) Não se pretendendo discutir a alegada periculosidade do paciente que ensejou a liminar do Ministro Marco Aurélio Mello, discorda-se da tese da Procuradoria-Geral da República de que a liberdade de André Oliveira seria uma atitude de clemência. Em realidade, assente-se com Henrique Smidt Simon no sentido de reconhecer que o caso tem o condão de representar uma subversão constitucional (SIMON, 2020, s.p.) em razão das considerações a seguir delineadas.

Da justaposição do estudo realizado nos tópicos anteriores e do caso em comento, percebe-se que o Ministro Luiz Fux efetivamente implementou uma jurisdição de viés pragmático. Isto dito e para além da autodeclaração “pragmático-prudencial” do Ministro, o ponto fulcral reside na desconsideração do que preceituado pelo ordenamento jurídico (sobretudo do parágrafo único do Artigo 316 do CPP), bem como pela preponderância consequencialista da analítica. Tudo com base em critérios solipsistas e completamente alheios das previsões estabelecidas pelo Estado Democrático de Direito, completamente

descompassadas com as regras postas pelo jogo político previamente levado a cabo.

Quanto a desconsideração, esta é notada a partir do solipsismo decorrente da negação do *minimum semantic* (STRECK, 2017, p. 87) do texto normativo supramencionado. Pretendo solucionar a lide, o Ministro Fux assentou que a disposição mandamental dos juízes precisarem revisar prisões preventivas a cada 90 dias poderia ser desconsiderada. Enfim, realizou-se o prognóstico de Posner: "desconsiderar a lei para alcançar algum objetivo prático imediato" (POSNER, 2010, p. 63).

Já em relação a preponderância consequencialista, esta pode ser notada pela primazia dos efeitos da liminar proferida pelo Ministro Marco Aurélio enquanto fundamento maior da Suspensão em Liminar nº 1.395. *In casu*, o ex-presidente da Corte balizou sua decisão na pretensa necessidade de evitar grave dano à segurança e à ordem pública.

Como descreveu o Ministro Gilmar Mendes em sessão de julgamento do referendo da suspensão, o caso revelou-se um "festival de erros, equívocos e omissões". Ex positis, conclui-se que não se deveria descumprir a Lei para fazer valer um Estado que se quer democrático e, conseqüentemente, de direito. Nos dizeres de Streck:

Ninguém quer a impunidade. Mas a punição nunca pode ser a qualquer preço. A nossa democracia enfraquece, mesmo que pouco, quando procedemos de forma consequencialista ... O Direito é um remédio para combater o crime. Mas é um remédio para que esse combate se dê dentro da de regras (STRECK, 2019, p. 123).

(3) Agregando algumas considerações de Bruno Torrano, o autor posicionou-se no sentido de que a Suspensão em Liminar nº 1.395 teria sido um meio darwiniano e autofágico de limitação de poderes hiperbólicos de relatores. Com efeito, acrescentou que o agir monocrático de relatores em geral muitas vezes operariam um desvio da eficácia horizontal de precedentes do próprio STF.

Quanto aos limites decionais, o autor foi instado a responder se a suspensão da liminar proferida pelo Ministro Luiz Fux não teria incorrido em excessos por ter desconsiderado argumentos de princípio em matéria penal. Em resposta, articulou que o garantimento de direitos individuais entrincheirados não dispensaria uma análise contextualizada de critérios de legitimidade de prisão preventiva e mesmo de conseqüências práticas. Quanto ao último ponto, ponderou ainda que não avista problemas da utilização de

argumentos consequencialistas caso estes estejam coligados aos princípios temáticos deduzidos, bem como que princípios não subsistiriam sem consequências e vice-versa (TORRANO, 2020, s.p.).

Ao final e de forma esclarecedora, Torrano pontuou que não defende um pragmatismo jurídico, mas sim aquele pragmatismo compreendido pela dimensão filosófica. Dessa sinalização, arrematou dizendo que não seria um apoiador do pragmatismo jurídico de Richard Posner (que é o principal objeto de crítica deste artigo).

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A título de conclusão, o estudo e o processo de pesquisa culminaram em duas conclusões centrais. A primeira delas a de que o pragmatismo jurídico não é uma continuidade necessária do pragmatismo filosófico e de que a perspectiva jurídica dessa tradição encontra óbices eminentemente constitucionais.

Quanto à prejudicialidade do nexo de causalidade entre as perspectivas filosófica e jurídica do pragmatismo, dá-se razão a Posner de que um pragmatista filosófico não necessariamente defenderá uma concepção jurídica dessa corrente de pensamento (TORRANO, 2018, p. 19-21). Da leitura das obras de Bruno Torrano (em especial “Pragmatismo no Direito”), pode-se perceber que o próprio autor é um exemplo dessa não necessariedade. Como adiantou-se acima, Torrano admitidamente defende um pragmatismo filosófico que não se traduz em uma concepção jurídica.

De todo modo, a incompatibilidade constitucional do pragmatismo jurídico indubitavelmente foi o principal enfoque do estudo. Do exame desenvolvido, constatou-se que essa tradição de pensamento é contrária à legitimidade e aos limites do Direito.

Sob o aspecto da legitimidade, compreendeu-se que uma jurisdição pragmática aposta em um protagonismo judicial no plano interpretativo. Partindo do pressuposto de que as “melhores consequências” é que deveriam conduzir o agir hermenêutico, o pragmatismo jurídico mina o texto constitucional quando enaltece a subjetividade enquanto pretense critério epistemológico da jurisdição. No limite, incompatibiliza-se com o aspecto democrático do estado de arte do Direito contemporâneo.

Já em relação aos limites decisoriais, notou-se outra incompatibilidade do

pragmatismo jurídico: suas fronteiras imprecisas. Procurando dar primazia ao útil em detrimento da normatividade, promove uma desconsideração das amarras normativas do ordenamento e nisto percebeu-se sua manifesta inconstitucionalidade paradigmática.

Ilustrando o debate, foi trazida análise da Suspensão em Liminar nº 1.395. Do destrinchar de seus argumentos, foi percebido que o caso se imbrica ao tema pelo fato do Ministro Luiz Fux ter-se utilizado de uma lógica eminentemente consequencialista para desconsiderar o *minimum semantic* de um texto normativo do CPP, suspender uma liminar em Habeas Corpus e determinar que o paciente antes liberto pelo Ministro Marco Aurélio fosse preso por uma prisão até então considerada ilegal.

Diante de todo o exposto, sai fortalecida a posição de Dworkin ao postular que o pragmatismo jurídico é uma concepção persuasiva (DWORKIN, 2007, p. 188). De todo modo, convém assentar em definitivo que a corrente de pensamento em estudo inviabiliza-se precisamente pelo fato de persuadir o juiz a colocar-se como protagonista do Direito e torná-lo capaz de desconsiderar o próprio ordenamento jurídico, o que o fará a seu próprio critério. Paradoxalmente, o pragmatismo jurídico parece não sobreviver a si mesmo e, principalmente, diante do ambiente jurídico do Estado Democrático de Direito.

## 6. REFERÊNCIAS

BARRETTO, Vicente de Paulo. **Dicionário de filosofia do direito**. 1. ed. São Leopoldo: Editora Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BLACKBURN, Simon. **Dicionário Oxford de Filosofia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora. 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Ferreira Gilmar; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; LEONCY, Léo Ferreira. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 1. ed. São Paulo: RT, 1999.

CONJUR. **O Supremo e a interpretação (des)conforme à Constituição**. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2020-dez-19/simon-stf-interpretacao-desconforme-constituicao>. Acesso em: 23 jun. 2021.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Dicionário de Metodologia Jurídica**: Guia Crítico de Fundamentos do Direito. 1. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

DESCARTES, René, **Meditações**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FILHO, Almeida Filho; LEITE, George Salomão; ABOUD, Georges. **Ronald Dworkin**: direito, política e pessoa humana. 1 ed. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2018.

HESSEN, Johannes. **Teoria do conhecimento**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF, 2012.

JAPIASSU, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário Básico de Filosofia**. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1996.

JOTA. **Art. 20 da LINDB**: princípios com consequências e vice-versa. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/art-20-da-lindb-principios-com-consequencias-e-vice-versa-08102020>. Acesso em: 23 jun. 2021.

KALPOKAS, Daniel. **Richard Rorty y la superación pragmatista de la epistemología**. 1. ed. Buenos Aires: Ediciones del Signo, 2005.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. 4. ed. Petrópolis: Vozes. 2015.

LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da Decisão Judicial**: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MARCONDES, Danilo. **A verdade**. 1. ed. São Paulo: Editora WMF, 2014.

MARCONDES, Danilo. **Iniciação à história da filosofia**: Dos pré-socráticos a Wittgenstein. 8. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Assim falou Zaratustra**: um livro para todos e para ninguém. São Paulo : Companhia das Letras, 2011.

POSNER, Richard Allen. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do Direito (brasileiro). 1. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

RORTY, Richard. **Consequences of Pragmatism**. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1982.

RORTY, Richard. **Filosofia como política cultural**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

SARMENTO, Daniel. **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

STEIN, Ernildo. **Exercícios de Fenomenologia: Limites de um Paradigma**. 1. ed. Ijuí: Unijuí, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência ?**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: o senso incomum?** 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

STRECK, Lenio. **Diálogos com Lenio Streck: Hermenêutica, jurisdição e decisão**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020.

STRECK, Lenio. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TORRANO, Bruno. **Democracia e respeito à Lei: Entre o positivismo jurídico, pós-positivismo e pragmatismo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

TORRANO, Bruno. **Pragmatismo no Direito: e a urgência de um “pós-pós-positivismo” no Brasil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

WAAL, Cornelis de. **Sobre pragmatismo**. 1. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2007.

*Data da submissão: 08/03/2022*  
*Data da primeira avaliação: 08/03/2022*  
*Data da segunda avaliação: 13/04/2022*  
*Data da aprovação: 13/04/2022*