AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS ENTRE UTILIDADE E SUBSTÂNCIA: UMA CRÍTICA AO USO DE ARGUMENTOS PRAGMATISTAS EM DESFAVOR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS¹

Jane Reis Gonçalves Pereira

Doutora em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Professora Adjunta de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Juíza Federal.

Resumo: O presente artigo discute os limites ao uso de argumentos pragmáticos em decisões que promovem restrições a direitos fundamentais em conflito com metas coletivas. O texto se divide em três partes. Na primeira, examinam-se brevemente as tendências antiformalistas na interpretação contemporânea, tentando situar a emergência do pragmatismo jurídico como escola dotada de relativa autonomia e prestígio. Em sequência, busca-se avaliar de que maneira o uso de argumentos pragmatistas pelos juízes interage com as várias concepções do Estado de Direito. Por fim, a partir do exame de algumas decisões recentes do STF, procura-se estruturar a ideia de que argumentos de ordem pragmática e consequencialista, apesar de inexpugnáveis da interpretação jurídica, não devem ser protagonistas nos cenários em que os direitos entram em conflito com bens ou metas coletivas. Defende-se que o uso da argumentação pragmatista para restringir direitos fundamentais positivados em favor de bens coletivos não apenas é incompatível com as premissas do constitucionalismo brasileiro, como corrói os próprios fundamentos que conferem legitimidade ao uso de métodos criativos pelo Poder Judiciário.

Palavras-chave: Pragmatismo. Estado de Direito. Direitos fundamentais. Metas coletivas.

Sumário: 1 Introdução: o direito entre utilidade e os valores constitucionalmente protegidos – **2** O pragmatismo jurídico como tendência contemporânea. Um breve enquadramento – **3** Os argumentos pragmatistas entre as exigências do cotidiano e as limitações do ideal do Estado de Direito – **4** Os direitos fundamentais entre metas coletivas e sua proteção substancial. O uso de argumentos pragmáticos em casos recentes no STF – **5** Encerramento – Referências

1 Introdução: o direito entre utilidade e os valores constitucionalmente protegidos

Não é incomum, no discurso jurídico, descrever metaforicamente os métodos de interpretação, o poder de julgar e os próprios direitos fundamentais

06/03/2017 09:56:29

MIOLO_RBDFJ_35.indd 345

Agradeço a ajuda prestada por Renan Medeiros de Oliveira na pesquisa e edição deste artigo.

como ferramentas empregadas para o atendimento de certas finalidades. Nesse sentido, podemos dizer que o princípio da proporcionalidade é uma ferramenta de interpretação da constituição; que a função judicial é uma ferramenta que permite solucionar conflitos; até mesmo que os direitos são ferramentas que visam proteger o indivíduo contra a opressão estatal. Por que isso acontece? Essa maneira de pensar sobre os conceitos com os quais trabalhamos na atividade jurídica emerge de um enfoque que lhe é inerente. A atividade de interpretar o direito normalmente aparece como parte de um ofício, de uma incumbência atribuída a agentes públicos e privados que devem resolver problemas que lhes são postos, idealmente, de forma eficaz, rápida e orientada ao bem comum. Mas essa face instrumental da atividade jurídica convive com outra. Nas constituições contemporâneas, o direito não é desenhado apenas para ser eficiente e produzir resultados socialmente positivos. Os catálogos de direitos fundamentais buscam entrincheirar juridicamente certas escolhas éticas, protegendo-as por meio da enunciação de direitos fundamentais. Interpretar os direitos fundamentais, nesse contexto, encerra um grande desafio: dar conta da aspiração de eficiência do sistema jurídico sem que isso signifique esvaziar as decisões éticas constitucionalmente estabelecidas nos catálogos de direito. Não é raro, portanto, que as duas abordagens mencionadas entrem em choque. Muitas vezes, a forma mais eficiente e prudente, sob o ângulo prático, de solucionar um problema entra em conflito com os direitos fundamentais enunciados na Constituição. Um exemplo ajuda a ilustrar a questão: quando os juízes foram chamados a decidir sobre o direito dos presos à indenização pelo tratamento degradante recebido nas prisões brasileiras, deu-se destaque aos argumentos de cunho consequencialista e pragmatista, relacionados ao risco de que a reparação integral dos lesados pudesse gerar despesas importantes aos cofres públicos, bem como assoberbar o Judiciário com ações semelhantes. Como lidar com esse dilema, que, nos cenários de crise econômica e instabilidade política, tendem a aparecer com maior intensidade?

O presente artigo pretende discutir criticamente a existência de limites quanto ao uso de argumentos pragmáticos em decisões que promovem restrições a direitos fundamentais em conflito com metas coletivas. O texto está dividido em três partes. Na primeira, examino brevemente as tendências antiformalistas na interpretação contemporânea, tentando situar a emergência do pragmatismo jurídico como escola dotada de relativa autonomia e prestígio. Em sequência, busco avaliar de que maneira o uso judicial de argumentos pragmáticos e contextuais interage com as várias concepções do Estado de Direito. Por fim, a partir do exame de algumas decisões recentes do STF, procuro estruturar a ideia de que argumentos de ordem pragmática e consequencialista, apesar de inexpugnáveis da interpretação jurídica, não devem ser protagonistas nos cenários em que os

direitos entram em conflito com bens ou metas coletivas. O argumento central é de que o uso de argumentos pragmatistas, embora parte inerente da argumentação jurídica, encontra uma barreira constitucional nesses contextos. O uso da argumentação pragmatista para restringir direitos fundamentais positivados em favor de bens coletivos não apenas é incompatível com as premissas do constitucionalismo brasileiro, bem como corrói os próprios fundamentos que conferem legitimidade ao uso de métodos criativos pelo Poder Judiciário.

Friso que não é meu objetivo, nos estreitos limites deste artigo, equacionar as inúmeras complexidades que envolvem o uso de métodos antiformalistas pelo judiciário, tampouco elaborar uma teoria geral sobre o pragmatismo nas cortes constitucionais. Esses temas são abordados apenas com o propósito de apresentar o cenário teórico e conceitual no qual se insere o argumento central do artigo, que diz respeito às implicações do uso de argumentos com viés pragmático nas decisões que restringem direitos fundamentais em face de metas coletivas.

2 O pragmatismo jurídico como tendência contemporânea. Um breve enquadramento

As constituições não costumam fornecer instruções detalhadas sobre como interpretar suas disposições e os direitos fundamentais que consagram. A questão sobre quais são os métodos e argumentos aceitáveis ou desejáveis na interpretação judicial é um problema ancestral do direito, que permanece em aberto nas ordens constitucionais contemporâneas. Essa dificuldade emerge com particular vigor nos cenários de crise e enfretamento institucional. Quando as borradas fronteiras que separam direito e política ficam mais apagadas que o habitual, o momento jurisprudencial do direito ganha mais destaque e suscita maiores preocupações.

A criatividade judicial é um fenômeno que desperta cada vez mais atenção e inquietação. Uma série de fatores coopera para esse fenômeno. Primeiramente, o exponencial crescimento da quantidade e da complexidade da produção legislativa, que aumenta a margem de ação dos juízes. Em segundo lugar, a expansão, na doutrina e entre os juízes, das leituras antiformalistas do direito, especialmente ao longo do século XX. Em terceiro lugar, o movimento cultural rotulado como constitucionalização do direito, que entende que todo o aparato legal é impregnado pelos efeitos que irradiam de normas constitucionais de caráter aberto e elevada carga valorativa. Por fim, é cada vez mais aceita a ideia de que dispositivos e normas são coisas distintas. O significado não é algo que desponta naturalmente nas frases contidas nas leis, mas é produto da atividade interpretativa dos juízes,

MIOLO RBDFI 35,indd 347 06/03/2017 09:56:29

que assume um papel de colaboração com o legislador na produção normativa. Seguindo essa linha de raciocínio, hoje predominante, a interpretação traz naturalmente uma dimensão criativa.

O embate que opõe formalismo e antiformalismo é o que mais bem explicita as controvérsias e preocupações que gravitam em torno da criação jurisprudencial de normas. O antiformalismo ganha forca entre o final do século XIX e o início do século XX, a partir do aparecimento, tanto na Europa como nos Estados Unidos, de uma série de obras críticas às visões legalistas da interpretação jurídica.² De forma geral, esses autores rejeitavam o formalismo e os métodos tradicionais de interpretação.3 Em termos amplos, o antiformalismo pode ser identificado com a noção de que as prescrições legais não condicionam ou não devem cercear integralmente a interpretação jurídica. Essa designação abarca um conjunto heterogêneo de linhas de pensamento que guardam diferenças importantes entre si. Abstraídas tais diferenças, esse movimento não perfilha uma descrença total em relação ao poder do direito de ordenar a realidade, mas chama atenção para o fato de que a influência do direito positivo no agir dos juízes é muito menor do que estimava a corrente formalista.4 Nas variadas escolas e teses que, ao longo do século XX, rejeitaram o formalismo oitocentista, 5 surgem também as chamadas leituras realistas⁶ do direito, eixo de pensamento que abrange autores como Karl

MEDINA, Diego López. Los conceptos de "formalismo" y "antiformalismo" en teoría del Derecho. Ámbito Jurídico. Disponível em: http://diegolopezmedina.net/wp-content/uploads/2014/07/Ámbito-181.pdf Acesso em: 03 nov. 2016.

Um bom panorama dessas escolas pode ser encontrado em WHITE, Morton G. The Revolt Against Formalism in American Social Thought of the Twentieth Century, *Journal of the History of Ideas*, v. 8, n. 2, apr. 1947, p. 131-152.

Muitas descrições conceituais do formalismo jurídico, assim como as do realismo, partem de grandes generalizações e simplificações. Não é incomum associá-lo ao raciocínio mecânico e à dinâmica do silogismo, bem como à segurança e previsibilidade. Sob essa ótica, afirma-se que o formalismo "permite que o sistema legal opere como uma máquina tecnicamente racional. Nesse sentido, garante aos grupos e indivíduos maior previsibilidade das consequências legais para as suas ações. O procedimento e os comandos legais funcionam como uma forma de pacificar as disputas, que ficam adstritas às regras do jogo preestabelecidas" (WHIMSTER, Sam (Ed.). The Essential Weber. A Reader. London and New York: Routledge Taylor & Francis Group, 2004, p. 250 e ss). Uma abordagem mais dilatada, que alcança as correntes neoformalistas, encerra a ideia de que o ato de julgar é cerceado por regras, ainda que não opere sempre de forma dedutiva ou lógica, ou que um elemento essencial em sua configuração é a coerência principiológica e sistemática em todo o sistema.

Vejam-se, por exemplo, SUMMERS, Robert. Instrumentalism and American Legal Theory. Cornell University Press, 1982; WHITE, Edward D. From Sociological Jurisprudence to Realism: Jurisprudence and Social Change in Early Twentieth-Century America. Virginia Law Review, v. 58, n. 6, sep. 1972, p. 999-1.028.

Na literatura norte-americana, emprega-se habitualmente a dicotomia formalismo versus realismo jurídico, abarcando sob os dois rótulos um conjunto amplo e heterogêneo de escolas. Aqui, prefiro adotar a terminologia empregada por autores hispânicos e franceses, que opõem formalismo e antiformalismo. Neste último, incluo tanto as escolas realistas como aquelas que, de forma geral, são críticas ao formalismo oitocentista e não creem na possibilidade de um controle racional pleno das decisões judiciais.

Llewellyn, ⁷ cuja principal contribuição é analisar o direito sob uma perspectiva funcionalista, e Jerome Frank, ⁸ que apontava aspectos não racionalmente contro-láveis no direito, especialmente no que tange à descoberta e interpretação dos fatos. Sob as lentes dos realistas, como destaca Vittorio Villa, "as técnicas interpretativas são muitas vezes consideradas justificativas *ex post* para decisões já tomadas, mais do que regras que guiam as próprias decisões". ⁹ A oposição entre formalismo e antiformalismo, porém, não é binária. Muitos formalistas clássicos não correspondem à representação pejorativa construída nas fórmulas críticas, enquanto a maior parte dos antiformalistas não preconiza a ausência de constrições legais. ¹⁰ Em verdade, a dicotomia em questão pode ser descrita como um *continuum* "entre dois polos teóricos e intelectuais do Direito". ¹¹

A questão decisiva na teoria jurídica contemporânea refere-se a *se* e *como* é possível controlar racionalmente os espaços de decisão. O formalismo clássico operava com a fórmula dedutiva em que o controle da racionalidade da interpretação é feito a partir do silogismo jurídico. Nas leituras contemporâneas, a ideia de que esse controle de racionalidade é viável é um ponto que une escolas com premissas muito distintas, englobando visões como as dos formalistas recentes, as dos originalistas e a tese do *direito como integridade*, de Ronald Dworkin. Por sua vez, a vertente antiformalista abarca leituras que também derivam de movimentos muito diversos, como a tópica, a teoria crítica do direito (*critical legal studies*), a interpretação "intencional" (*purposive interpretation*) e o movimento *Law and Economics*. É interessante notar que a linha fundamental que afasta o formalismo e o antiformalismo não diz respeito à aceitação de uma conexão necessária entre direito e moral, mas, sim, à crença sobre se é possível e desejável que as normas jurídicas fixem estruturas racionais que dificultem a entrada de elementos externos ao direito na interpretação judicial.

Direitos Fundamentais & Justiça | Belo Horizonte, ano 10, n. 35, p. 345-373, jul./dez. 2016

MIOLO RBDFI 35.indd 349

LLEWELLYN, Karl N. A realistic jurisprudence - the next step. Columbia Law Review, v. 30, n. 4, apr. 1930, p. 431-465.

⁸ FRANK, Jerome. Law and the modern mind. New Brunswick: Transaction Publishers, 2009.

VILLA, Vittorio. A Pragmatically Oriented Theory of Legal Interpretation. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law, v. 12, 2010, p. 99.

TAMANAHA, Brian Z. Beyond the Formalist-Realist Divide: The Role of Politics in Judging. Princeton: Princeton University Press, 2009.

MEDINA, Diego López. Los conceptos de "formalismo" y "antiformalismo" en teoría del Derecho. Ámbito Jurídico. Disponível em: http://diegolopezmedina.net/wp-content/uploads/2014/07/Ámbito-181.pdf Acesso em: 03 nov. 2016.

DWORKIN, Ronald. A Matter of Principle. Oxford: Oxford University Press, 1985, p. 146 e ss.; DWORKIN, Ronald. Law's Empire. Cambridge: Harvard University Press, 1986, p. 95-96.

Vejam-se, sobre as referidas escolas de pensamento: DUXBURY, Neil. Patterns of American Jurisprudence. Oxford: Clarendon Press, 1995; TAMANAHA, Brian Z. On the rule of law: history, politics, theory. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

Esse panorama visa situar a questão dos limites que o ideal do Estado de Direito e a proteção de direitos fundamentais impõem ao uso de argumentos pragmatistas. Ainda com esse propósito, é preciso contextualizar, de forma concisa, o surgimento do pragmatismo jurídico no debate contemporâneo.

O pragmatismo jurídico preconiza uma série de critérios de julgamento que são, em boa medida, tributários do realismo jurídico e da rejeição ao formalismo clássico.14 Sob o ângulo filosófico, essa forma de encarar a interpretação do direito descende do movimento pragmatista que despontou a partir do final do século XIX nos Estados Unidos. Em 1872, um grupo de homens de elite em Cambridge, Massachusetts, reuniu-se por alguns meses para debater ideias, autodenominando-se, de forma sarcástica, de Clube Metafísico. O eixo comum que os aproximava era justamente uma crítica à metafísica clássica, com o resgate da pragmática. Participaram dessas discussões, entre outros, William James, Charles Peirce e Oliver Holmes, que vieram, mais adiante, a influenciar largamente o ideário daquele país. Desde a origem, o pragmatismo não adquire o status de teoria homogênea, agrupando uma série de variantes que compartilham alguns pontos comuns, como a rejeição ao dogmatismo e a valorização da experiência concreta na busca de respostas aos problemas. James foi o primeiro a utilizar a designação "pragmatismo" em suas conferências, destacando tratar-se de "um termo novo para antigas formas de pensar" (e deixando claro que a expressão fora cunhada, anos antes, por seu amigo Pierce). 15 Outro pensador que contribuiu para a construção do ideário pragmatista foi John Dewey, que exerceu significativa influência na produção intelectual de sua época. Nas últimas décadas, apareceram autores controvertidamente qualificados como neopragmatistas, como Richard Rorty. 16 Não é também incomum que se identifiquem tracos pragmatistas no pensamento de filósofos contemporâneos importantes, como Karl-Otto Apel e Jürgen Habermas. 17

Thamy Pogrebinschi e José Eisenberg assim definem o pragmatismo jurídico: "O pragmatismo jurídico é, portanto, uma teoria sobre como usar a teoria. Ao perguntar-se 'como funciona o direito', o pragmatismo responde apontando para a heterogeneidade de recursos utilizados pelo direito a fim de produzir resoluções políticas para disputas que precisam ser formatadas em termos apolíticos e abstratos. Um juiz pragmatista será então, antes de tudo, um criador do direito. Ao decidir, ele se torna servo das necessidades humanas e sociais, dando primazia às possíveis conseqüências de seu julgamento. O pragmatismo jurídico implica assim que aquele que opera com a aplicação do direito adote um ponto de vista experimental, secular, instrumental e progressivo, isto é, orientado para o futuro. Decerto, o pragmatismo opõe-se à hermenêutica tradicional e até mesmo a certos representantes do paradigma pós-positivista, como tentaremos demonstrar aqui" (POGREBINSCHI, Thamy; EISENBERG, José. Pragmatismo, Direito e Política. *Revista Novos Estudos Cebrap*, n. 62, mar. 2002, p. 109-110).

JAMES, William. Pragmatism: a new name for some old ways of thinking. Londres, 1907, p. 201. Disponível em: http://iws.collin.edu/amiller/William%20James%20-%20Pragmatism.pdf>. Acesso em: 17 out. 2016.

POGREBINSCHI, Thamy. Será o neopragmatismo pragmatista? Interpelando Richard Rorty. Novos Estudos, n. 74, mar. 2006, p. 125-139.

Em entrevista a Mitchel Abulafaia, Habermas comenta em que domínios o pensamento pragmatista o influenciou: HABERMAS, Jünger. Reflexões sobre o pragmatismo (Respostas de Habermas a perguntas

Qualificar o pragmatismo não é uma tarefa simples, pois há diferenças importantes entre os diversos autores. 18 As variadas concepções pragmatistas possuem, como referencial comum, a noção de que a melhor forma de testar as hipóteses construídas é identificar suas consequências práticas e compará-las com os efeitos concretos das teses adversárias. 19 Nesse sentido, a utilidade de uma teoria é avaliada a partir da sua aptidão para resolver os problemas, que pode ser verificada a partir da passagem do tempo e da experimentação. Está também presente no ideário pragmatista a demonstração do falibilismo e da importância de buscar o progresso, rejeitando-se os dogmas preestabelecidos e alertando para a intolerância e para os prejuízos que podem provocar. Não há, portanto, fundamentos inquestionáveis para o conhecimento. Outro aspecto importante dessa linhagem filosófica é a peculiar conexão que estabelece entre verdade, utilidade e experiência. William James, por exemplo, destacava que "a verdade é o nome de qualquer coisa que prove em si mesma ser boa no caminho da crença".²⁰ Já Peirce afirma que opiniões verdadeiras são aquelas que os interrogantes aceitarão ao final da investigação. É interessante notar que essa percepção de verdade como algo que resulta de um processo construtivo viria, anos depois, a inspirar pensadores como Apel e Habermas, que aproximam da noção de verdade as teses que são aceitas em uma situação ideal de fala.21

Outro elemento que aparece no pragmatismo é a não sujeição a fundamentos morais.²² William James, no seu único ensaio dedicado ao tema dos valores, observou que não há moralidade na natureza das coisas.²³ Por ser a moralidade

Direitos Fundamentais & Justiça | Belo Horizonte, ano 10, n. 35, p. 345-373, jul./dez. 2016

formuladas por Mitchel Aboulafia). In: SOUZA, José Crisóstomo de (Org.). *Filosofia, racionalidade, democracia*: os debates Rorty & Habermas. São Paulo: Editora Unesp, 2005, p. 233-240. Veja-se sobre o tema, ainda: HERDY, Rachel. Habermas, Pragmatismo e Direito. *Kriterion*, Belo Horizonte, n. 119, jun. 2009, p. 43-61.

EISENBERG, José; POGREBINSCHI, Thamy. Pragmatismo, Direito e Política. Novos Estudos, n. 62, mar. 2002, p. 107-121; POGREBINSCHI, Thamy. Pragmatismo: Teoria Social e Política. Rio de Janeiro: Relume Demará, 2005.

¹⁹ BUTLER, Brian Edgar. Legal Pragmatism. *Internet Encyclopedia of Philosophy*, 2005. Disponível em: http://www.iep.utm.edu/leglprag/. Acesso em: 03 nov. 2016.

Seu argumento central é que "a verdade de uma ideia não é uma propriedade estática inerente a ela. A verdade acontece a uma ideia. Ela se torna verdade, é transformada em verdade pelos eventos. Sua veracidade é de fato um evento, um processo: o de verificar-se, sua verificação. Sua validade é o processo de sua validação" (JAMES, William. *Pragmatism*: a new name for some old ways of thinking. Londres, 1907, p. 201. Disponível em: http://iws.collin.edu/amiller/William%20James%20-%20Pragmatism.pdf>. Acesso em: 17 out. 2016).

²¹ HABERMAS, Jürgen. Teoría de la acción comunicativa I: Racionalidad de la acción y racionalización social. Madrid: Taurus, 1987, p. 65.

Um teórico dedicado ao tema poderia objetar que há diversos refinamentos distintivos no pensamento dos autores pragmatistas que não são aqui abordados. Não obstante, o enfretamento dessas distinções não é decisivo para o ponto desenvolvido neste artigo, desbordando de seus propósitos centrais.

JAMES, William. The Moral Philosopher and the Moral Life. Essays in Pragmatism. New York: Hafner Press, 1948.

um aspecto da vida social, "não há males absolutos". Dewey, por sua vez, preconizava uma visão instrumental do direito, afirmando que "a questão dos limites dos poderes individuais, ou liberdades, ou direitos, é afinal uma questão de maior eficiência no uso de meios orientados aos fins",²⁴ destacando, também, a necessidade social e intelectual de que a atividade jurídica seja impregnada por uma lógica mais experimental e flexível.²⁵

O pragmatismo jurídico, assim como o pragmatismo filosófico, não é uma escola homogênea. Em leitura retrospectiva, as sementes do pragmatismo judicial podem ser identificadas no pensamento e na prática do juiz da Suprema Corte Oliver Wendell Holmes, que participara dos debates de Cambridge. Embora ele jamais tenha se qualificado como adepto do pragmatismo, diversas frases de sua autoria que se tornaram aforismos, como a que afirma que "proposições gerais não decidem casos concretos" e que a vida do direito não tem sido "lógica, mas experiência", expressam ideias que compõem o DNA do pragmatismo judicial. Também a jurisprudência sociológica de Roscoe Pounde e o realismo jurídico são associados ao pensamento pragmatista. Outro ícone é o juiz Benjamin Cardozo, cujas teses sobre o direito e os métodos de julgamento costumam ser apresentadas como a quintessência do pragmatismo judicial.

Entre o final da década de 80 e início da de 90, foram produzidos diversos trabalhos defendendo o pragmatismo jurídico.³⁰ É certo que as abordagens pragmáticas sempre estiveram presentes no discurso jurídico, mas, naquele momento, elas passam a ser discutidas como uma autêntica teoria da interpretação jurídica. Como destaca Brian Tamanaha, é interessante notar que, nessa fase, o

²⁴ Citações extraídas de TAMANAHA, Brian. Law as a Means to an End: Threat to the Rule of Law. Oxford: Cambridge University Press, 2006. Veja-se, também, sobre o tema: TAMANAHA, Brian. Pragmatism in U.S. Legal Theory: Its Application to Normative Jurisprudence, Sociolegal Studies, and the Fact-Value Distinction. The American Journal of Jurisprudence, v. 41, n. 1, 1996, p. 315-355.

²⁵ DEWEY, John. Logical Method and Law. *Cornell Law Review*, v. 10, n. 1, dec. 1924, p. 17-27.

²⁶ Foi o que afirmou o juiz em seu voto dissidente no caso *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 76 (1905).

A vida do direito não tem sido lógica, mas experiência. As necessidades sentidas na época, a moral e as teorias políticas predominantes, as intenções da política pública confessadas ou inconscientes, e até os preconceitos que os juízes compartilham com os seus concidadãos têm tido muito mais influência do que o silogismo ao determinar as regras pelas quais os homens devem ser governado (HOLMES JR., Oliver Wendell. *The Common Law.* New York: Dover, 1991, p. 01).

Para o autor, "como um meio para um fim, [o Direito] deve ser julgado pelos resultados alcançados, e não pelas sutilezas de sua estrutura interna". Além disso, "não baseamos instituições sobre a dedução a partir de princípios assumidos da natureza humana; nós exigimos que apresentem utilidade prática e descansem sobre uma base política e adaptação estabelecida às necessidades humanas" (POUND, Roscoe. Mechanical jurisprudence. *Columbia Law Review*, n. 8, 1908, p. 608-609).

²⁹ CARDOZO, Benjamim. *The nature of the judicial process*. New York: Dover, 1921.

³⁰ Uma enumeração pode ser encontrada em TAMANAHA, Brian. Law as a Means to an End: Threat to the Rule of Law. Oxford: Cambridge University Press, 2006.

pragmatismo judicial foi defendido por pensadores com matrizes ideológicas muito distintas, reunindo desde leituras economicistas, como a de Richard Posner, até abordagens da teoria jurídica crítica e feminista, como as de Martha Minow e de Margareth Radin. Essa diversidade coloca uma reflexão interessante: como é possível que juristas com visões políticas e substantivas tão distintas tenham defendido teses semelhantes sobre o pragmatismo na aplicação do direito? De um lado, isso ocorre porque o pragmatismo encerra elementos que desde sempre estiveram imbricados na atividade jurídica: consideração do contexto fático, preocupação com os impactos sociais, busca de soluções que promovam o bemestar coletivo. E, de outro, porque é uma teoria materialmente "vazia", que não estabelece os fins a serem buscados, tampouco orienta quanto aos valores relevantes. Isso faz, inclusive, que alguns a definam como uma antiteoria. Em seus escritos, John Dewey chegou a comparar o pragmatismo à democracia, porquanto se trata de um procedimento, de um método de busca da verdade (o que explica, também, a influência que a teoria exerceu em filósofos procedimentalistas, como Habermas). Ocorre que, como explica Tamanaha, precisamente em função desse traço, a intensidade do interesse pelo pragmatismo diminui substancialmente após aquela proliferação de trabalhos. Na sua boa síntese:

> O instrumentalismo na teoria do pragmatismo jurídico no direito hoje é "banal" porque seus insights foram há muito tempo absorvidos na cultura legal. Os estudiosos do direito logo perceberiam que o estilo pragmático de julgar não necessariamente faria avançar sua visão política de como o direito deveria ser. Aqui uma caracterização representativa da atitude pragmática. "O pragmatismo, no sentido que entendo congênito significa olhar para os problemas concretamente, experimentalmente, sem ilusões, com uma ampla consciência das limitações da razão humana, com um senso da 'localidade' do conhecimento humano, a dificuldade de tradução entre as culturas, a inacessibilidade da 'verdade', a consequente necessidade de manter os diversos caminhos de investigação abertos, a dependência da investigação na cultura e nas instituições sociais, e acima de tudo, a insistência de que o pensamento social e ação sejam avaliados como instrumentos para metas humanas valiosas ao invés de fins em si mesmos."31

MIOLO RBDFI 35.indd 353 06/03/2017 09:56:30

³¹ TAMANAHA, Brian Z. Law as a Means to an End: Threat to the Rule of Law. Oxford: Cambridge University Press, 2006, p. 127-128.

De fato, muitas das definições e máximas que expressam o pensamento pragmatista soam quase como truísmos, dificilmente refutáveis nas leituras contemporâneas da interpretação. Mas, como destaca Tamanaha, algo as torna desconfortáveis. Elas têm sido amplamente difundidas pelo juiz Richard Posner,32 destacado representante do movimento do direito e economia, que repetidas vezes sustentou que o objetivo central do direito deve ser a maximização da riqueza. Assim, como os teóricos progressistas lidariam com o seguinte fato: de que o juiz pragmático que deve formular a decisão que "será a melhor de acordo com as necessidades presentes e futuras", aquele que decidirá quais são os meios para atingir metas valiosas, seria o próprio Posner, que sustentou que fim do direito é promover riqueza? Vale notar, ainda, que o pensamento deste autor evoluiu para uma versão ainda mais radical do pragmatismo jurídico, qualificado como "pragmatismo jurídico cotidiano". 33 Essa abordagem é ainda mais extremada, porquanto toma a maximação da riqueza como apenas um dos fundamentos do pragmatismo, entre outros viáveis. O pragmatismo cotidiano é desprovido de limites morais ou de qualquer referencial teórico.34

Não são poucos os exemplos de que o uso de argumentos pragmáticos pode produzir resultados incômodos do ponto de vista moral e constitucional. Uma decisão de Oliver Holmes – tido como um dos heróis da Suprema Corte dos Estados Unidos – ajuda a ilustrar esse ponto. Holmes decidiu, no caso *Blick versus Bell*, que era legítima a determinação de esterilização compulsória de pessoas com deficiência mental, adotando, no caso, o fundamento de que "três gerações de imbecis são o suficiente". ³⁵ De fato, as fórmulas pragmatistas podem funcionar como estratégias de argumentação nas quais pode ser encaixada a persecução de quaisquer fins que o juiz julgue relevantes de acordo com sua ideologia e orientação política, servindo como uma ferramenta metodológica que potencializa variadas formas de ativismo. E é possível que, até mesmo na eventualidade de o juiz avaliar que a aplicação mecânica das regras, pela certeza e previsibilidade que gera, promoverá melhores resultados que o pragmatismo, leve ao uso de métodos formalistas. ³⁶

³² POSNER, Richard A. Law, Pragmatism and Democracy. Cambrigde: Harvard University Press, Massachussets, 2010.

POSNER, Richard A. *Direito, Pragmatismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, caps. 1 e 2.

[&]quot;É bem verdade que o pragmatismo, do tipo filosófico ou cotidiano, e seja o primeiro ortodoxo ou não ortodoxo, não possui limites morais. Mas vejo isso não como uma crítica, mas como um passo essencial para reenfocar a teoria legal e política. O pragmatismo nos ajuda a ver que o sonho de usar a teoria para guiar e restringir a ação política, inclusive judicial, é só isso – um sonho" POSNER, Richard A. Direito, Pragmatismo e Democracia. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 43. Uma detalhada abordagem da evolução do pensamento pragmático de Posner pode ser encontrada em FREIRE, Alonso. O Pêndulo de Posner. Revista Pensamento Jurídico da FADISP, São Paulo, v. 8, n. 2, 2015, p. 225-248.

³⁵ Buck v. Bell (No. 292), 274 U.S. 200 (1927).

³⁶ TAMANAHA, Brian. Law as a Means to an End: Threat to the Rule of Law. Oxford: Cambridge University Press, 2006, p. 129-130; WERNECK, Diego Arguelhes; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [meta] teoria

3 Os argumentos pragmatistas entre as exigências do cotidiano e as limitações do ideal do Estado de Direito

A potência persuasiva do pragmatismo está ligada ao fato de que ele defende e justifica o uso de argumentos que resolvem dilemas e dificuldades que os operadores do direito vivenciam em seu dia a dia e conhecem bem. Como pontuou Mark Tushnet, a palavra pragmatismo aparenta ter se transformado em um "rótulo multiuso e quase sem sentido para decisões bastante tradicionais". Afinal, "os juízes tentam desenvolver regras jurídicas que em seus julgamentos farão a sociedade e o governo 'funcionar' o melhor que puderem".³⁷

Paralelamente, os elementos habitualmente associados ao pragmatismo uso da experiência, avaliação das consequências, busca da solução que promova o bem comum - estão tão imbricados na dinâmica jurídica que muitas vezes são incorporados aos próprios textos legais ou em teorias estabelecidas. No direito brasileiro, os exemplos são muitos e diversificados. Quanto ao uso da experiência, tanto o Código de Processo Civil de 1973 (art. 335) como o mais recente (art. 375), aprovado em 2015, estabelecem que o juiz deve aplicar as "regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece". No que se refere à avaliação das consequências da decisão, pode-se mencionar como exemplo a previsão de que o STF possa fazer a modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade "tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social" (Lei nº 9.886/1999, art. 27). No campo doutrinário e jurisprudencial, os exemplos também são variados e antigos. Conceitos como o abuso de direito, a teoria da imprevisão e o instituto da lesão foram inicialmente construídos a partir da verificação empírica de insuficiência das normas formais para lidar com as consequências dos atos jurídicos. Mais recentemente, podem-se mencionar técnicas de decisão, como a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade³⁸ e as sentenças manipulativas.39 Em relação à busca do bem comum, é emblemática a previsão, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, de que, "na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum"

Direitos Fundamentais & Justiça I Belo Horizonte, ano 10, n. 35, p. 345-373, jul./dez. 2016

355

MIOLO_RBDFJ_35.indd 355 06/03/2017 09:56:30

normativa da decisão judicial: caracterização, estratégia e implicações. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 203.

³⁷ TUSHNET, Mark V. Pragmatism and Judgment: A Comment on Lund. Georgetown University Law Center, v. 99, n. 1, 2004, p. 289-296.

MENDES, Gilmar Ferreira. A Declaração de Inconstitucionalidade sem Pronúncia da Nulidade -Unvereinbarkeitserklärung - na jurisprudência da Corte Constitucional Alemã. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 5, 1993, p. 155-171.

³⁹ GONÇALVES, Gabriel Accioly. O Desenvolvimento Judicial do Direito: construções, interpretação criativa e técnicas manipulativas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

(Decreto-Lei nº 4.657/1942 c/c a Lei nº 12.376/2010, art. 5º). Ideias como a boa-fé objetiva e a proteção da confiança também foram edificadas a partir da noção de salvaguarda de referenciais éticos nos negócios privados e nas relações estatais que promovem o bem comum.

Essa breve enumeração indica que os referenciais usados pelo pragmatismo são intrinsecamente conectados com a ideia contemporânea de que o direito não é uma mera abstração, mas uma instituição voltada para solucionar os problemas concretos das pessoas. Entretanto, admitir isso não resolve várias questões. Há limites quantitativos ou qualitativos para o emprego de argumentos de viés pragmático? O uso disseminado desses argumentos pode ser conciliado com o ideal regulativo do Estado de Direito e com a positivação constitucional de direitos fundamentais? Que tipo de barreiras podem ou devem cercear o uso do arsenal argumentativo pragmatista na interpretação jurídica?

Tentar responder a essas perguntas pressupõe uma breve aproximação ao controvertido conceito de Estado de Direito. A noção de Estado de Direito (aqui tomado como *rule of law*) enquadra-se na categoria dos "conceitos essencialmente contestados",⁴⁰ aqueles tidos como complexos o suficiente para gerar controvérsias contínuas e irresolvíveis.

A noção mais intuitiva acerca do Estado de Direito, disseminada na cultura jurídica, é a de que ele constitui um ideal regulador da atividade estatal que limita a arbitrariedade e o subjetivismo no exercício do poder. Nesse contexto, os poderes estatais são comprimidos pela necessidade de a autoridade ser exercida de acordo com leis claras, preexistentes e gerais. Com efeito, a tradição do constitucionalismo liberal guarda intensa afinidade com dois elementos habitualmente relacionados à ideia de Estado de Direito: a contenção do arbítrio e racionalização no exercício do poder. Essa fórmula tem raízes na concepção de Aristóteles de que o ideal é um governo de leis, não de homens. 10 Outra noção associada ao *rule of law* é de que todos estão subordinados à lei, inclusive aqueles que a produzem. 12 Também o referencial de segurança e previsibilidade está embutido no conceito. Em uma conhecida passagem, Friederich Hayek afirma que o Estado de Direito,

A expressão é aqui utilizada no sentido atribuído por Gallie, isto é, trata-se de conceito sujeito a inúmeras disputas e divergências de pensamento, que podem ser sustentados por argumentos coerentes. V., GALLIE, W. B. Essentially contested concepts. *Proceedings of the Aristotelian Society*, New Series, v. 56, 2955-1956, p. 167-198.

⁴¹ É preferível que seja a lei a governar e não um dos cidadãos (ARISTÓTELES. A Política. Livro III. Lisboa: Vega, 1998, p. 257).

⁴² Para Dicey, a chave para o Estado de Direito era a igualdade: "[W]ith us no man is above the law [and] every man, whatever be his rank or condition, is subject to the ordinary law of the realm and amenable to the jurisdiction of the ordinary tribunals" (DICEY, A. V. Introduction to the Study of the Law of the Constitution. Indianapolis: Liberty Classics, 1982, p. 114).

afastadas todas as tecnicidades, "significa que todas as ações do governo são regidas por normas previamente estabelecidas e divulgadas – as quais tornam possível prever com razoável grau de certeza de que modo a autoridade usará seus poderes coercitivos em dadas circunstâncias, permitindo a cada um planejar suas atividades individuais".⁴³

No entanto, uma questão que se coloca é se a noção de Estado de Direito impõe algo além de clareza, objetividade, imparcialidade e previsibilidade. O Estado de Direito é apenas um estado legal ou também pressupõe a garantia de certos direitos substantivos? Em que medida o Estado de Direito deve ser um *Estado de Direitos*? Essa questão suscita uma série respostas, que podem ser agrupadas em dois conjuntos de teorias: as que preconizam um modelo formal e as que defendem um modelo substantivo de Estado de Direito.

As compreensões formais do Estado de Direito o associam à existência de uma ordem jurídica neutra e constritora do arbítrio, onde estão presentes certos pressupostos procedimentais e institucionais necessários para que seu funcionamento seja adequado. Não está em questão, para os que perfilham essa tese, se as leis são boas ou más, se são justas ou injustas, desde que algumas premissas estruturais estejam atendidas. Uma influente e conhecida defesa do Estado de Direito formal é feita por Lon Fuller,44 que enumera os seguintes requisitos na produção das leis e do direito: (i) generalidade; (ii) publicidade; (iii) irretroatividade; (iv) clareza e inteligibilidade; (v) coerência e consistência lógica; (vi) exequibilidade; (vii) estabilidade e (viii) congruência entre o previsto nas leis e sua aplicação. Outro adepto do enfoque formal é Joseph Raz, 45 que vê o Estado de Direito essencialmente como um valor negativo, que atua para conter o arbítrio e garantir a liberdade. Além de elementos pressupostos por Fuller (irretroatividade, clareza, estabilidade), Raz menciona: (i) a necessidade de haver regras claras que estabeleçam o procedimento de elaboração das leis; (ii) um judiciário independente para resolver os conflitos sem pressões a fim de promover princípios de direito natural, tais como o acesso a um procedimento justo; (iii) que as cortes devem ter o poder de revisar a forma pela qual os outros princípios são aplicados a fim de garantir que estão sendo aplicados de acordo com as premissas do Estado de Direito, de forma rápida e acessível.

As leituras formais não entendem que a configuração de um Estado de Direito dependa da promoção da justiça ou dos direitos humanos, mas apenas

Direitos Fundamentais & Justiça I Belo Horizonte, ano 10, n. 35, p. 345-373, jul./dez. 2016

MIOLO_RBDFJ_35.indd 357

⁴³ HAYEK, Friederich A. The Road to Serfdom: Text and Documents – The Definitive Edition. Chicago: The University of Chicago Press Books, 2007, p. 80.

⁴⁴ FULLER, Lon L. *The Morality of Law*. New Haven: Yale University Press, 1964, p. 30 e ss.

⁴⁵ RAZ, Joseph. The rule of law and its virtues. In: _____. The authority of law: Essays on law and morality. Oxford: Oxford University Press, 1979, p. 211-229.

da observância de certos critérios procedimentais. Lon Fuller sustenta essa ideia a partir de um referencial antipositivista, já que entende que tais elementos integram o que chama moralidade interna do direito, que dizem respeito a critérios de justiça procedimental. Já autores de matriz positivista veem tais elementos apenas como um conjunto de regras que tornam o sistema jurídico mais operativo e eficiente. Joseph Raz, por exemplo, afirma que o Estado de Direito habilita a ordem jurídica a servir a maus propósitos. O direito, em sua visão, é como uma faca cortante afiada, que pode ser empregada para o bem e para o mal.⁴⁶

Diversamente das concepções formais, as concepções substantivas pontuam que, além dos pressupostos formais, é essencial avaliar o conteúdo das normas jurídicas para qualificar o Estado de Direito. Segundo essa perspectiva, Estado de Direito é um estado no qual o direito é justo e alguns direitos morais básicos são assegurados. Em última análise, o Estado de Direito é um *Estado de Direitos*.

Ronald Dworkin é o mais conhecido expoente da concepção substantiva. Ele distingue duas concepções do Estado de Direito. De um lado, a concepção centrada no entendimento do direito como um conjunto de regras (*rulebook conception*), que corresponde às versões formais tratadas anteriormente. E, de outro lado, a sua concepção de direitos (*rights conception*), muito mais ambiciosa, que assume "que os cidadãos têm direitos morais e deveres recíprocos, e direitos políticos contra o estado como um todo". Na sua leitura, esses direitos morais e políticos devem ser reconhecidos no direito positivo e podem ter sua aplicação forçada "a partir da demanda por meio de cortes ou outras instituições judiciais". Dworkin estabelece uma associação forte entre Estado de Direito e justiça substantiva, bem como com a aplicação consistente, pelos juízes, da moralidade política prevista nas normas jurídicas.

Uma questão relevante para debater o uso de argumentos pragmatistas pelos tribunais é avaliar se e até que ponto o ideal regulativo do Estado de Direito os
admite. Considerado o objetivo deste artigo, essa questão só pode ser aqui abordada de forma esquemática. Abstraindo outros problemas analíticos que decorrem da oposição das duas concepções do Estado de Direito, é visível que ambas
impõem limites ao uso, pelos juízes, das fórmulas e métodos de solução calcados
em argumentos pragmatistas. Com efeito, isso ocorre, em primeiro lugar, porque a
lógica interna do direito é a tal ponto forte que inviabiliza uma "redução pragmatista
total". 48 Assim, se é certo que o recurso aos argumentos pragmáticos é parte inerente da dinâmica jurídica, há limites que decorrem da própria funcionalidade das

358

Direitos Fundamentais & Justiça I Belo Horizonte, ano 10, n. 35, p. 345-373, jul./dez. 2016

⁴⁶ RAZ, Joseph. The rule of law and its virtues. In: _____. The authority of law. Essays on law and morality. Oxford: Oxford University Press, 1979, p. 223.

⁴⁷ DWORKIN, Ronald. A Matter of Principle. Oxford: Oxford University Press, 1985, p. 9 e ss.

⁴⁸ BERTEN, André. Habermas, Direito e Pragmatismo, Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro, n. 3, 2011, p. 49.

normas jurídicas. Esses limites podem ser enfocados sob o prisma quantitativo e qualitativo. Sob o ângulo quantitativo, é possível prever que, se os juízes julgarem reiteradamente com base em argumentos pragmáticos, restarão comprometidos elementos basilares que caracterizam o Estado de Direito em sentido formal. Um emprego extensivo e corriqueiro de julgamentos que se afastem das prescrições normativas para prestigiar o contexto, as consequências práticas e a promoção do bem comum (ou, em verdade, do que o juiz entende ser o bem comum) danifica a clareza, previsibilidade e estabilidade da ordem jurídica, elementos que tanto as visões formais como as substantivas do Estado de Direito valorizam. Ademais, o predomínio de argumentos de cunho pragmático em decisões judiciais compromete o ideal normativo de divisão funcional do poder, por atribuir aos juízes funções que em nada diferem daquelas atribuídas ao legislador. Sob o ângulo qualitativo. o uso disseminado de argumentos pragmatistas esbarra na pretensão normativa de que os juízes julguem de forma consistente com o conteúdo das normas constitucionais, bem como colide com a ideia de que certos direitos individuais não estão sujeitos ao cálculo de custo-benefício, especialmente quando se trata de debilitá-los para atender a metas coletivas ou subordiná-los a leituras contextuais do que o bem comum representa para o intérprete.

No entanto, o emprego de argumentos pragmatistas, por sua afinidade natural com as exigências da prática jurídica, precisa ser adaptado e conciliado com as premissas do Estado de Direito, tanto sob o ângulo formal como substantivo. Essa conciliação é viável se o uso dos argumentos de cunho pragmático for quantitativamente moderado e qualitativamente reverente à relevância axiológica dos direitos fundamentais. Este último ponto é inafastável em sistemas que, como o brasileiro, tenham atribuído aos direitos fundamentais caráter vinculante e centralidade valorativa, fundada em sua qualificação como cláusulas pétreas.

Sob o ângulo quantitativo, é certo que, em escala moderada, o pragmatismo jurídico é até mesmo desejável, especialmente quando se trata de suprir lacunas e decidir sobre normas dotadas de inconsistências. Sob o ângulo qualitativo, o uso de argumentos pragmáticos pode ser útil para desenvolver a eficácia dos direitos fundamentais e embasar decisões que visem promovê-los. Todavia, como dito antes, sistemas constitucionais rígidos com catálogos de direitos fundamentais vinculantes impõem barreiras importantes ao uso de argumentos pragmáticos. Na interpretação dos direitos fundamentais, o uso abusivo de argumentos relacionados às consequências sociais e à promoção do bem comum pode resultar na prevalência de metas coletivas genéricas sobre garantias constitucionais claramente enunciadas, numa inversão da lógica que embasa sua proteção constitucional. Essa prática, se adotada pelos tribunais, é nociva em dois níveis. Primeiro, compromete a higidez do sistema constitucional, minando a confiança da sociedade

MIOLO RBDFI 35.indd 359 06/03/2017 09:56:30

Direitos Fundamentais & Justiça | Belo Horizonte, ano 10, n. 35, p. 345-373, jul./dez. 2016

na força vinculante do direito. Segundo, corrói os próprios fundamentos de legitimação da atuação criativa dos juízes, seja por tornar muito apagadas as fronteiras que separam direito e política, seja por debilitar a ideia de que seus poderes e insulamento visam fortalecer a proteção de direitos.

4 Os direitos fundamentais entre metas coletivas e sua proteção substancial. O uso de argumentos pragmáticos em casos recentes no STF

Como já foi dito, o uso de argumentos pragmáticos é inexpugnável da vida jurídica, especialmente nas hipóteses em que são colocados problemas relacionados à incompletude e às inconsistências normativas, ou nos quais não seja possível extrair diretamente do ordenamento uma resposta objetiva ou persuasiva. Em vista desse panorama, qualquer tribunal tenderá a utilizar eventualmente, em seus julgados, argumentos pragmáticos. São exemplares, nesse sentido, as decisões cautelares e provisórias que, por sua própria natureza e utilidade, envolvem avaliação de consequências e cálculos de custo e benefício.

Assim, é natural que, ao longo dos anos, razões pragmáticas tenham aparecido em diversas decisões do STF. Esse tipo de argumento tem potencial para surgir, de forma explícita ou indireta, em julgados sobre servidores públicos e sobre questões tributárias, assuntos que ocupam largo espaço na pauta do tribunal e possuem relevantes repercussões econômicas e sistêmicas. A modulação temporal dos efeitos das decisões é também um domínio prolífico para o uso de argumentos pragmáticos, dada sua própria finalidade. Não há, aqui, como fazer um amplo inventário desses casos. Mas vale a pena pontuar, a título ilustrativo, algumas situações em que ministros explicitamente admitiram ou rejeitaram o uso desses argumentos.

Na década de noventa, quando a modulação temporal da declaração de inconstitucionalidade ainda era recusada pela jurisprudência, a discussão sobre a avaliação das consequências econômicas das decisões apareceu de forma clara. No julgamento da ADI nº 1.102,49 que versava sobre constitucionalidade da cobrança da contribuição social sobre folha de salários dos autônomos, avulsos e administradores, o Ministro Relator Maurício Correa, ao votar pela procedência do pedido, sugeriu que a decisão tivesse efeitos meramente prospectivos, com base na afirmação de que "os resultados consequenciais da decisão impõem drásticas

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.102. Rel. Min. Maurício Corrêa. Tribunal Pleno. Julgado em 05 out. 1995. DJ 17 nov. 1995.

restrições ao orçamento da seguridade social, abalada por notória insuficiência de caixa". O Ministro Sepúlveda Pertence, ao rejeitar a tese, usou dois argumentos: o primeiro, de que a modulação só seria cabível se a inconstitucionalidade em pauta não fosse controvertida desde a aprovação da lei, e o segundo, de ordem também pragmática, de que a declaração de inconstitucionalidade com efeitos prospectivos deve ser excepcional, sob pena de estimular a edição pelo Estado de leis manifestamente inconstitucionais.

Em outros cenários, alguns ministros destacaram firmemente que argumentos relacionados às consequências econômicas e à governabilidade não deveriam determinar os entendimentos da corte. Nesse sentido, ao decidir sobre o dever do Estado de São Paulo de indenizar servidores cujos vencimentos não foram reajustados na forma que determina o artigo 37, X, da Constituição, o Ministro Marco Aurélio destacou que "a prevalência das consequências sobre o direito legislado resulta na inversão da lógica jurídica", bem como que o "Supremo não deve ser um filtro pragmático quanto a disposições constitucionais cuja eficácia depende de recursos para que seja concretamente observada". 51

O Ministro Celso de Mello, em julgamentos relacionados à ordem econômica, pontuou argumentos semelhantes, asseverando que "a defesa da Constituição não se expõe, nem deve submeter-se, a qualquer juízo de oportunidade ou de conveniência, muito menos a avaliações discricionárias fundadas em razões de pragmatismo governamental",52 bem como que "razões de Estado – que muitas

06/03/2017 09:56:31

MIOLO RBDFI 35.indd 361

Também é interessante notar que os ministros manifestam sua opinião sobre o grau de interferência de fatores consequencialistas como economia e governabilidade em entrevistas. Uma boa coleção dessas declarações pode ser encontrada em ANDRADE, Fábio Martins. Posições de ministros oscilam em matéria tributária. Revista Consultor Jurídico, 20 jan. 2016. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2010-jan-20/ poder-judiciario-governabilidade-comprometimento-ou-independencia?imprimir=1>. Acesso em: 05 out. 2016.

Trata-se do Recurso Extraordinário nº 565.089. O ministro acrescentou, ainda: "Esclareço não preconizar, com isso, ignorar-se no processo a quadra vivida. Não perco de vista o horizonte social quando busco a solução dos problemas jurídicos com que me defronto. Aliás, qualquer interpretação jurídica parte da consideração de elementos fáticos, ainda que seja uma interpretação em abstrato, pois, mesmo em casos tais, o magistrado não deixa de formular a hipótese e alcançar conclusões com base na realidade conhecida. O que não posso aceitar é que, presente a obrigação jurídica sob todos os cânones interpretativos - extraída da literalidade, historicidade, sistematicidade e teleologia da Constituição -, simplesmente se deixe de reconhecê-la ante razões de índole pragmática. Impõe-se o contorcionismo técnico para salvar as finanças públicas, mas este é o papel do Tribunal Constitucional? A resposta só pode ser negativa. O Supremo tornou esse enfoque claro ao apreciar casos envolvendo a colisão entre direitos fundamentais, que ficariam submetidos à ineficácia por argumentos de índole financeira. Faço referência a decisões que resultaram no deferimento de coquetéis para tratamento da Aids, direito à matrícula em creche, direito a tratamentos médicos e internação hospitalar - vejam, por exemplo, os acórdãos relativos ao Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271.286-8/RS, ao Recurso Extraordinário nº 436.996-6/SP, ambos relatados pelo Ministro Celso de Mello, ao Recurso Extraordinário nº 226.835-6/RS, relatado pelo Ministro Ilmar Galvão. Invariavelmente, este Tribunal tem assentado a plena eficácia da Carta, colocando em segundo plano considerações pragmáticas".

⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.010 MC. Relator Min. Celso de Mello. Julgado em 30 set. 1999. DJ 12 abr. 2002.

vezes configuram fundamentos políticos destinados a justificar, pragmaticamente, *ex parte principis*, a inaceitável adoção de medidas de caráter normativo – não podem ser invocadas para viabilizar o descumprimento da própria Constituição".⁵³ Em julgamento relacionado ao direito à educação, o ministro destacou que "a educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da administração pública nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental".⁵⁴

Em matéria de direitos fundamentais, é interessante observar um julgado que, avaliando os impactos econômicos de uma emenda à constituição sobre a igualdade de gênero no mercado de trabalho, veio a declará-la inconstitucional.

Ao julgar a ADI nº 1946,55 o STF deu interpretação conforme a Constituição ao art. 14 da EC nº 20/98, que estabelecia o teto de R\$1.200,00 para o custeio pela previdência dos benefícios previdenciários, cabendo ao empregador arcar com o restante. O tribunal decidiu que tal limite não deveria ser aplicado ao salário maternidade previsto no art. 7º, XVIII, pois estimularia a opção dos empregadores por trabalhadores do sexo masculino, o que acarretaria violação ao princípio da igualdade. Esse efeito importaria na discriminação que a Constituição visa combater por meio do artigo 7º, inciso XXX, que prevê a "proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil". O Ministro Relator Sydney Sanches assim fundamentou seu voto:

Na verdade, se se entender que a Previdência Social, doravante, responderá por apenas R\$1.200,00 por mês, durante a licença da gestante, e que o empregador responderá, sozinho, pelo restante, ficará sobremaneira facilitada e estimulada a opção deste pelo trabalhador masculino, ao invés da mulher trabalhadora. Estará, então, propiciada a discriminação que a Constituição buscou combater, quando proibiu a diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo (art. 7º, XXX), proibição que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos, previsto no

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 205.193. Relator Min. Celso de Mello. Primeira Turma. Julgado em 25 fev. 1997. DJ 06 jun. 1997.

⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Agravo em Recurso Extraordinário nº 639.337*. Relator Min. Celso de Mello. Julgado em 23 ago. 2011. DJE 15 set. 2011

A decisão foi dada em sede de Medida Cautelar (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.946 MC. Relator Min. Sydney Sanches. Tribunal Pleno. Julgado em 29 abr. 1999. DJ 14 set. 2001) e, posteriormente, confirmada pelo Plenário (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.946. Relator Min. Sydney Sanches. Tribunal Pleno. Julgado em 03 abr. 2003. DJ 16 mai. 2003).

inciso I do art. 5º da Constituição Federal. (...) Não é crível que o constituinte derivado, de 1988, tenha chegado a esse ponto, na chamada Reforma da Previdência Social. desatento a tais consequências.

Todavia, em outro precedente, o tribunal empregou uma fundamentação centrada em razões pragmáticas e consequencialistas em desfavor do direito à proteção do bem de família, explicitado textualmente na Constituição. No julgamento do RE nº 407.688,⁵⁶ de relatoria do Ministro Cezar Peluso, discutia-se a possibilidade de penhorar imóvel de propriedade do fiador que constitua bem de família, tal qual previsto no artigo 3º, inciso VII, da Lei nº 8.009/1990, com a redação da Lei nº 8.245/1991. O Tribunal decidiu, por maioria, pela penhorabilidade, por não verificar afronta ao direito constitucional de moradia. O ministro relator, destacando que um dos fatores de maior dificuldade no acesso ao mercado de locação de imóveis é a constituição de garantias, pontuou que a penhorabilidade do imóvel do fiador apenas seria hostil ao direito à moradia no caso de haver outros meios de assegurar o pagamento do débito. Afirmou o ministro:

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.

Por verificar violação ao princípio da isonomia, o Ministro Eros Grau divergiu do relator, afirmando que não se apegaria à "lógica do mercado" em seu voto, "mas, sim, ao que diz a Constituição". Para ele, haveria uma "situação absurda", qual seja, "o locatário que não cumprisse a obrigação de pagar aluguéis, com o fito de poupar para pagar prestações devidas em razão de aquisição de casa própria, gozaria da proteção da impenhorabilidade", ainda que houvesse "execução"

06/03/2017 09:56:31

MIOLO RBDFI 35.indd 363

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 407.688. Tribunal Pleno. Rel. Min. Cezar Peluso. Julgado em 08 fev. 2006. DJ 06 out. 2006.

procedida pelo fiador cujo imóvel resultou penhorado por conta do inadimplemento das suas obrigações". E concluiu:

Por fim, no que concerne ao argumento enunciado no sentido de afirmar que a impenhorabilidade do bem de família causará forte impacto no mercado das locações imobiliárias, não me parece possa ser esgrimido para o efeito de afastar a incidência de preceitos constitucionais, o do artigo 6º e a isonomia. Não hão de faltar políticas públicas, adequadas à fluência desse mercado, sem comprometimento do direito social e da garantia constitucional.

Creio que a nós não cabe senão aplicar a Constituição. E o Poder Público que desenvolva políticas públicas sempre adequadas aos preceitos constitucionais.

Recentemente, pode-se observar uma tendência de invocação de razões pragmáticas e instrumentais com o escopo de restringir direitos fundamentais. Três julgamentos ilustram essa percepção.

O Supremo, ao denegar o HC nº 126.292,57 afirmou que é possível proceder à execução provisória da pena quando for proferido acórdão penal condenatório em segundo grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou a recurso extraordinário. Tal condenação não feriria o princípio constitucional da presunção de inocência. Além de argumentos jurídicos,58 para chegar a esta conclusão, o Ministro Luís Roberto Barroso valeu-se, expressamente, de argumentos pragmáticos,59 pois este entendimento (i) permitiria tornar o sistema de

⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº* 126.292. Rel. Min. Teori Zavascki. Tribunal Pleno. Julgado em 17 fev. 2016. DJe 16 mai. 2016.

Como foi sintetizado na ementa do voto do Ministro Barroso, "a prisão, neste caso, justifica-se pela conjugação de três fundamentos jurídicos: (i) a Constituição brasileira não condiciona a prisão – mas sim a culpabilidade – ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O pressuposto para a privação de liberdade é a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, e não sua irrecorribilidade. Leitura sistemática dos incisos LVII e LXI do art. 5º da Carta de 1988; (ii) a presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes. No caso específico da condenação em segundo grau de jurisdição, na medida em que já houve demonstração segura da responsabilidade penal do réu e finalizou-se a apreciação de fatos e provas, o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal (CF/1988, arts. 5º, caput e LXXVIII e 144); (iii) com o acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação esgotam-se as instâncias ordinárias e a execução da pena passa a constituir, em regra, exigência de ordem pública, necessária para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal. A mesma lógica se aplica ao julgamento por órgão colegiado, nos casos de foro por prerrogativa".

Segundo o ministro, a natureza dos órgãos judiciais é jurídica, mas também abarcam a dimensão política. "Assim é devido ao fato de o intérprete desempenhar uma atuação criativa – pela atribuição de sentido a cláusulas abertas e pela realização de escolhas entre soluções alternativas possíveis –, e também em razão das consequências práticas de suas decisões."

justiça criminal mais funcional e equilibrado, uma vez que "reduz-se o estímulo à infindável interposição de recursos inadmissíveis" com o intuito protelatório, "reestabelece-se o prestígio e a autoridade das instâncias ordinárias" e prestigia--se a Suprema Corte, cujo acesso deve ser extraordinário; (ii) diminuiria o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro, uma vez que, atualmente, "permite-se que as pessoas com mais recursos financeiros, mesmo que condenadas, não cumpram a pena ou possam procrastinar a sua execução por mais de 20 anos". Haveria, segundo o ministro, "dificuldade em dar execução às condenações por crimes que causem lesão ao erário ou à Administração Pública (...) ou crimes de natureza econômica ou tributária (...) estimula a criminalidade de colarinho branco e dá incentivo a piores"; e (iii) promoveria a quebra do paradigma da impunidade do sistema criminal, iá que "[a]o evitar que a punição penal possa ser retardada por anos e mesmo décadas, restaura-se o sentimento social de eficácia da lei penal". A execução da pena desde a condenação em segundo grau evitaria a prescrição dos delitos, bem como inibiria a impunidade.60

Em acórdão ainda não publicado, o STF decidiu que os dias em que servidores deixem de trabalhar por greve devem ser descontados do salário, exceto se houver acordo de compensação ou se o movimento grevista tiver sido motivado por conduta ilícita do próprio Poder Público. O RE nº 693.456, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, foi apresentado pela Fundação de Apoio à Escola Técnica do Estado do Rio de Janeiro - Faetec e teve o julgamento concluso em 27 de outubro de 2016. Em voto-vista, o Ministro Luís Roberto Barroso valeu-se de argumentos pragmatistas para decidir pela possibilidade de corte de pagamento: "O corte de ponto é necessário para a adequada distribuição dos ônus inerentes à instauração da greve e para que a paralisação, que gera sacrifício à população, não seja adotada pelos servidores sem maiores consequências". 61 O Ministro Fux, por sua vez, afirmou a importância da decisão do Tribunal no contexto de crise enfrentado pelo

MIOLO_RBDFJ_35.indd 365

06/03/2017 09:56:31

⁶⁰ Interessante notar que a Ministra Rosa Weber e o Ministro Ricardo Lewandowski, ao julgarem pela concessão da ordem, também fizeram alusão a considerações pragmáticas. Para a ministra, "há questões pragmáticas envolvidas, não tenho a menor dúvida, mas penso que o melhor caminho para solucioná-las não passa pela alteração, por esta Corte, de sua compreensão sobre o texto constitucional no aspecto". O ministro, por sua vez, afirmou: "Eu queria, também, finalizar e dizer o seguinte: eu tenho trazido sempre a esta egrégia Corte alguns números que são muito impressionantes relativos ao nosso sistema prisional, dizendo que nós temos hoje no Brasil a quarta população de presos, em termos mundiais, logo depois dos Estados Unidos, da China e da Rússia, nós temos seiscentos mil presos. Desses seiscentos mil presos, 40%, ou seja, duzentos e quarenta mil presos são presos provisórios. Com essa nossa decisão, ou seja, na medida que nós agora autorizamos, depois de uma decisão de segundo grau, que as pessoas sejam presas, certamente, a esses duzentos e quarenta mil presos provisórios, nós vamos acrescer dezenas ou centenas de milhares de novos presos. (...) nós vamos trocar seis por meia dúzia, nós vamos trocar duzentos e quarenta mil presos provisórios por duzentos e quarenta mil presos condenados em segundo grau".

⁶¹ Confira-se mais informações sobre o julgamento e trechos dos votos dos ministros em: http://www.stf. jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=328294>. Acesso em: 05 nov. 2016.

país: "O que ocorre, numa visão realista, é que nós estamos num momento muito difícil e que se avizinha deflagrações de greve e é preciso estabelecer critérios para que nós não permitamos que se possa parar o Brasil". 62 Em sentido diverso entendeu o Ministro Edson Fachin, para quem "[p]ermitir o desconto imediato no salário dos servidores públicos significa que os prejuízos do movimento paredista serão suportados apenas por uma das partes em litígio. Essa lógica praticamente aniquilaria o direito de greve no setor público". 63

Também há referências a argumentos pragmáticos, pela prevalência de metas coletivas sobre direitos fundamentais, no RE nº 580.252, em que se discute a responsabilidade civil do Estado a pagar indenização por danos morais a presos submetidos a tratamentos sub-humanos, degradantes, insalubres ou de superlotação carcerária. Para o Ministro Relator Teori Zavascki,64 ainda que o Executivo pontue não ter condições de arcar com inúmeras reparações por danos morais, a ação deve ser julgada procedente, já que o Estado deveria oferecer condições mínimas de humanidade para cumprimento da pena nos estabelecimentos prisionais. Apesar de concordar com a responsabilidade do Estado, o Ministro Luís Roberto Barroso, em voto-vista, 65 propôs a remição de dias de pena no lugar da indenização, quando esta for cabível. Para o ministro, que divergiu do relator não "quanto aos fundamentos, mas quanto à consequência", "a entrega de uma indenização pecuniária confere uma resposta pouco efetiva aos danos morais suportados pelos presos", pois "o detento que postular a indenização continuará submetido às mesmas condições desumanas e degradantes após a condenação do Estado. O dinheiro que lhe será entregue terá pouca serventia para minorar as lesões existenciais sofridas". Acrescentou, ainda:

Ao lado disso, a reparação monetária muito provavelmente acarretará a multiplicação de demandas idênticas e de condenações dos Estados. Assim, esta solução, além de não eliminar ou minorar as violações à dignidade humana dos presos, tende a agravá-las e perpetuá-las,

FALCÃO, Márcio. STF decide: servidor público em greve deve ter o ponto cortado. *Jota*, 27 out. 2016. Disponível em: http://jota.info/stf-admite-corte-de-salario-de-servidores-publicos-em-greve. Acesso em: 05 nov. 2016.

⁶³ FALCÃO, Márcio. STF decide: servidor público em greve deve ter o ponto cortado. *Jota*, 27 out. 2016. Disponível em: http://jota.info/stf-admite-corte-de-salario-de-servidores-publicos-em-greve. Acesso em: 05 nov. 2016.

⁶⁴ O voto do ministro, em elaboração, encontra-se disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE580252.pdf. Acesso em: 05 nov. 2016.

⁶⁵ O voto do ministro, em elaboração, encontra-se disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE580252LRB.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2016.

já que recursos estatais escassos, que poderiam ser utilizados na melhoria do sistema, estariam sendo drenados para as indenizações individuais.⁶⁶

5 Encerramento

Dessa enumeração de casos, pode-se verificar que aparecem na jurisprudência do STF duas fórmulas de uso de argumentos pragmáticos e consequencialistas como ferramenta para restringir direitos fundamentais em favor de metas coletivas. Uma primeira, mais óbvia, em que as metas coletivas ou argumentos relacionados ao bem-estar social genericamente considerado são diretamente colocados como fundamento da restrição.

Outra fórmula, mais sofisticada, na qual o argumento é de que a restrição promove direitos fundamentais de outros grupos de indivíduos (como quando se argumenta que a penhorabilidade do bem de família do fiador em contrato de locação promove o direito à moradia ao aumentar a oferta, ou que a execução provisória da pena protege o "direito das vítimas"). Nessa segunda fórmula, entra em cena um artifício retórico ao qual é preciso dar atenção. A afirmação de que há direitos fundamentais de terceiros em jogo, quando usada de forma genérica, para lastrear restrições amplas e não especificadas é um sucedâneo argumentativo artificial da antiga ideia de interesse público ou de bem comum. Afinal, todas as metas coletivas encerram agrupamentos de direitos e benefícios, com a particularidade de que, sob esses conceitos, eles não precisam estar claramente delineados e identificados. Nesse contexto, uma ponderação entre direitos fundamentais e metas coletivas pode ser tratada como se fora ponderação entre um direito fundamental restringido e um conjunto de direitos individuais de terceiros. Essa estratégia argumentativa, ao valer-se da gramática dos direitos fundamentais, maquia a velha ideia de supremacia do interesse público sobre o privado.

Esses dois usos se revelam problemáticos e comprometem a normatividade da Constituição. A questão envolve a controvérsia sobre a possibilidade de invocação de metas coletivas para restringir direitos fundamentais. Com efeito, a subordinação dos direitos fundamentais à lógica do proveito coletivo contraria sua própria arquitetura normativa. É possível que críticos ao constitucionalismo de direitos repliquem que outras fórmulas de composição desse antagonismo são possíveis. Todavia, a questão que aqui se discute não é se as constituições devem atribuir caráter vinculante aos direitos, mas se, nos sistemas que se apoiam

06/03/2017 09:56:31

MIOLO RBDFI 35.indd 367

⁶⁶ Em maio de 2016, a Ministra Rosa Weber solicitou vista dos autos, que foram devolvidos em junho deste ano.

em catálogos de direitos fundamentais, é aceitável que estes cedam em face de argumentos pragmáticos construídos por juízes.

A adoção da ideia de que os direitos fundamentais são vinculantes serviu para conferir força e legitimação à ascensão institucional do Poder Judiciário, dando espaço para as teses que justificam o poder dos juízes a partir da lógica de proteção dos indivíduos contra as maiorias. Essa forma de pensar os direitos fundamentais é tributária do entendimento destes como *trunfos* contra os interesses majoritários, o que implica entendê-los como garantias excluídas do cálculo de interesses sociais e da negociação política. Hesmo que não se adote a noção radicalmente liberal de que os direitos devem ser entendidos como grandezas insuscetíveis de ponderação com bens coletivos, es os mesmos postulados normativos que lastreiam seu entendimento como normas vinculantes dotadas de alta carga ética podem ser utilizados para fundamentar a ideia de que estes desfrutam de prioridade sobre as metas comuns. Et ais metas comuns, quando

368

06/03/2017 09:56:31

⁶⁷ SANCHÍS, Luis Prieto. La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades. In: ______. Estudios sobre derechos fundamentales. Madrid: Debate, 1990, p. 236 (2003). Em sentido análogo ao aqui exposto, este autor fala no conteúdo essencial como "contraponto aos argumentos econômicos ou consequencialistas presentes na ponderação".

A noção de que os direitos fundamentais são trunfos contra a maioria relaciona-se às concepções liberais em seus variados matizes. A metáfora em questão tornou-se célebre a partir da obra de DWORKIN. Ronald, que afirma que os direitos são como trunfos nas mãos dos indivíduos, pois devem preponderar sobre outras justificativas que fundamentam decisões políticas e sobre metas a serem atingidas pela sociedade. (Taking rights seriously. Cambridge, Massachusetts: Harvard University, 1978, p. 364-366). Também RAWLS, John sustenta que os direitos "têm um peso absoluto com respeito às razões do bem público e dos valores perfeccionistas", e "a prioridade da liberdade implica, na prática, que uma liberdade fundamental só pode ser limitada ou negada em nome de uma ou de outras liberdades fundamentais, [....] e nunca por razões de bem-estar geral ou de valores perfeccionistas" (RAWLS, John. O liberalismo político. São Paulo: Ática, 2000, p. 348-349). Na mesma linha, NINO, Carlos Santiago, sustenta que a "noção de direitos individuais inclui [...] a de pôr limites à persecução de bens coletivos e do bem comum, pelo que invocar estas considerações para restringir direitos implica claramente negar a função limitadora dos direitos" (Fundamentos de derecho constitucional. Buenos Aires: Astrea, 1992, p. 481). Diversamente desses autores, o caráter de trunfos de tais direitos é aqui compreendido como uma presunção de prevalência ética destes em face dos bens coletivos protegidos pelo sistema jurídico, que implica atribuirlhes prioridade prima facie no processo de ponderação, estabelecendo-se cargas de argumentação mais acentuadas em seu favor. Nesse sentido, confira-se ALEXY, Robert. Individual rights and collective goods. In: NINO, Carlos. Rights. New York: New York University Press, 1992, p.178-179.

É válido conjecturar sobre se há correlação entre o emprego de argumentos pragmáticos e o uso da metodologia da ponderação ou dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Sob o ângulo descritivo, essa associação só poderia ser feita mediante levantamentos estatísticos que enfocassem a quantidade de vezes em que tais argumentos aparecem em decisões com variadas metodologias. Sob um viés teórico, caberia aprofundar a reflexão a respeito das relações entre a metodologia da ponderação e o pragmatismo. Em vista dos limites estabelecidos no recorte do objeto deste artigo, vale consignar apenas duas observações. Uma primeira, que emerge da análise dos casos aqui estudados, no sentido de que a ausência de uniformidade metodológica, nos julgamentos pelo STF de casos que envolvem direitos fundamentais, não permite estabelecer qualquer ligação entre o método empregado e o uso desse tipo de argumentos. Aliás, mesmo que essa correlação quantitativa fosse estabelecida, ela não teria como desdobramento necessário inferir uma relação de causalidade lógica entre os dois elementos. A segunda observação, de ordem mais teórica, é de que a associação entre pragmatismo e ponderação é apenas

em colisão com os direitos, devem estar claramente explicitadas no texto constitucional. Intepretações que envolvam razões pragmáticas a fim de inverter essa prioridade, colocando as metas coletivas acima dos direitos, não levam a constituição a sério, danificando sua normatividade.

O emprego de argumentos pragmatistas é inerente ao ofício de interpretar, pois, como dito antes, resulta do liame entre o direito e a realidade, bem como da necessidade de que os juízes não sejam indiferentes ao contexto que os circunda e às implicações de suas decisões. Considerando a natureza da função de julgar, supor que esse tipo de avaliação possa ser empregado para negar efetividade às garantias constitucionais representa uma inversão não apenas da lógica normativa da supremacia constitucional, mas da própria funcionalidade embutida na noção de separação de poderes. É certo que há muitas conjunturas nas quais o próprio sistema jurídico impõe o uso de argumentos pragmáticos e consequencialistas, bem como há situações em que eles poderão servir para conferir eficácia e normatividade aos próprios direitos fundamentais. As repercussões normativas e funcionais, porém, são distintas quando argumentos pragmáticos são usados para incrementar a proteção a direitos e quando são invocados para subjugá-los a certas metas coletivas. Uma das mais convincentes justificativas para o poder atribuído ao Judiciário é a ideia de que seu insulamento e suas garantias visam preservar os direitos fundamentais constitucionalmente entrincheirados. Quando se empregam argumentos consequencialistas e pragmáticos para enfraquecer direitos fundamentais, a própria legitimidade da função judicial é debilitada.

Recebido em: 06.11.2016.

Pareceres: 16.11.2016, 27.11.2016 e 14.12.2016.

Aprovado em: 13.12.2016.

contingente, pois que, de um lado, a falta de compromisso do pragmatismo jurídico com referenciais metodológicos não permite associá-lo às versões mais racionalizadas dessa fórmula interpretativa e, de outro, porque argumentos pragmáticos podem surgir também para embasar exceções à incidência de regras e para redesenhar conceitos, que são estratégias próprias das escolas que são críticas à ponderação e ao princípio da proporcionalidade.

Por fim, vale destacar que a multiplicidade de origens teóricas e funcionalidades que a ponderação e a proporcionalidade tiveram em vários países dificulta o estabelecimento de tais causalidades, que não podem ser inferidas de correlações pontuais contingentes. Sobre a variação histórica na emergência da proporcionalidade e da ponderação vejam-se: COHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo. American balancing and German proportionality: The historical origins. *International Journal Of Constitutional Law*, v. 8, n. 2, 2010, p. 263-286 e BOMHOFF, Jacco. *Balancing Constitutional Rights*: The Origins and Meanings of Postwar Legal Discourse. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

06/03/2017 09:56:31

MIOLO RBDFI 35.indd 369

The constitutional guarantees between utility and substance: a critique of the use of pragmatist arguments in disfavor of fundamental rights

Abstract: This article aims to discuss the limits on the use of pragmatic arguments in decisions that promote restrictions on fundamental rights in conflict with collective goals. The text is divided into three parts. In the first, we examine briefly the antiformalists trends in contemporary interpretation, trying to situate the emergence of legal pragmatism as a school endowed with relative autonomy and prestige. In sequence, we explore some favorable and hostile scenarios to the use of pragmatist rhetoric, seeking to assess how they interact with the various conceptions of law as a regulative ideal. Finally, from the examination of some recent decisions of the Supreme Court, we seek to structure the idea that pragmatic and consequentialist arguments, although unassailable of legal interpretation, should not be used in scenarios where rights conflict with goods or collective goals. It is argued that the use of pragmatist argument to restrict fundamental rights positivized in favor of collective goods is not only incompatible with the premises of the Brazilian constitutionalism, as also erodes the very foundations that give legitimacy to the use of creative methods by the Judiciary.

Keywords: Pragmatism. Rule of law. Fundamental rights. Collective goals.

Summary: 1 Introduction: the law between the utility and the constitutionally protected values -2 Legal pragmatism as a contemporary tendency. Brief background -3 The pragmatist arguments between the daily requirements and the limitations of the ideal of rule of law -4 The fundamental rights between collective goals and their substantial protection. The use of pragmatic arguments in recent cases in the Supreme Court -5 Conclusion - References

Referências

ALEXY, Robert. Individual rights and collective goods. In: NINO, Carlos. *Rights*. New York: New York University Press, 1992, p. 163-181.

ANDRADE, Fábio Martins. Posições de ministros oscilam em matéria tributária. *Revista Consultor Jurídico*, 20 jan. 2016. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2010-jan-20/ poder-judiciario-governabilidade-comprometimento-ou-independencia?imprimir=1>. Acesso em: 05 out. 2016.

ARISTÓTELES. A Política. Lisboa: Vega, 1998, p. 257.

BERTEN, André. Habermas, Direito e Pragmatismo. Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro, n. 3, 2011, p. 46-67.

BOMHOFF, Jacco. *Balancing Constitutional Rights*: The Origins and Meanings of Postwar Legal Discourse. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

BUTLER, Brian Edgar. Legal Pragmatism. *Internet Encyclopedia of Philosophy*, 2005. Disponível em: http://www.iep.utm.edu/leglprag/. Acesso em: 03 nov. 2016.

CARDOZO, Benjamim. The nature of the judicial process. New York: Dover, 1921.

COHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo. American balancing and German proportionality: The historical origins. *International Journal of Constitutional Law*, v. 8, n. 2, 2010, p. 263-286.

DEWEY, John. Logical Method and Law. Cornell Law Review, v. 10, n. 1, dec. 1924, p. 17-27.

DICEY, A. V. Introduction to the Study of the Law of the Constitution. Indianapolis: Liberty Classics, 1982.

DUXBURY, Neil. Patterns of American Jurisprudence. Oxford: Clarendon Press, 1995.

DWORKIN, Ronald. A Matter of Principle. Oxford: Oxford University Press, 1985.

_____. Law's Empire. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

_____. *Taking rights seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University, 1978.

FALCÃO, Márcio. STF decide: servidor público em greve deve ter o ponto cortado. *Jota*, 27 out. 2016. Disponível em: http://jota.info/stf-admite-corte-de-salario-de-servidores-publicos-em-greve>. Acesso em: 05 nov. 2016.

FRANK, Jerome. Law and the modern mind. New Brunswick: Transaction Publishers, 2009.

FREIRE, Alonso. O Pêndulo de Posner. *Revista Pensamento Jurídico da FADISP*, São Paulo, v. 8, n. 2, 2015, p. 225-248.

FULLER, Lon L. The Morality of Law. New Haven: Yale University Press, 1964.

GALLIE, W. B. Essentially contested concepts. *Proceedings of the Aristotelian Society*, New Series, v. 56, 2955-1956, p. 167-198.

GONÇALVES, Gabriel Accioly. *O Desenvolvimento Judicial do Direito*: construções, interpretação criativa e técnicas manipulativas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

HABERMAS, Jürgen. Reflexões sobre o pragmatismo (Respostas de Habermas a perguntas formuladas por Mitchel Aboulafia). In: SOUZA, José Crisóstomo de (Org.). *Filosofia, racionalidade, democracia*: os debates Rorty & Habermas. São Paulo: Editora Unesp, 2005, p. 233-240.

_____. *Teoría de la acción comunicativa l*: Racionalidad de la acción y racionalización social. Madrid: Taurus, 1987.

HAYEK, Friederich A. *The Road to Serfdom*: Text and Documents – The Definitive Edition. Chicago: The University of Chicago Press Books, 2007.

HERDY, Rachel. Habermas, Pragmatismo e Direito. *Kriterion*, Belo Horizonte, n. 119, jun., 2009, p. 43-61.

HOLMES JR., Oliver Wendell. The Common Law. New York: Dover, 1991.

JAMES, William. *Pragmatism*: a new name for some old ways of thinking. Londres, 1907, p. 201. Disponível em: http://iws.collin.edu/amiller/William%20James%20-%20Pragmatism.pdf>. Acesso em: 17 out. 2016.

JAMES, William. The Moral Philosopher and the Moral Life. *Essays in Pragmatism*. New York: Hafner Press, 1948.

LLEWELLYN, Karl N. A realistic jurisprudence - the next step. *Columbia Law Review*, v. 30, n. 4, apr. 1930, p. 431-465.

Direitos Fundamentais & Justiça | Belo Horizonte, ano 10, n. 35, p. 345-373, jul./dez. 2016

MIOLO_RBDFJ_35.indd 371

MCDERMID, Douglas. Pragmatism. *Internet Encyclopedia of Philosophy*, 2005. Disponível em: http://www.iep.utm.edu/pragmati/>. Acesso em: 03 nov. 2016.

MEDINA, Diego López. Los conceptos de "formalismo" y "antiformalismo" en teoría del Derecho. Ámbito *Jurídico*. Disponível em: http://diegolopezmedina.net/wp-content/uploads/2014/07/Ámbito-181.pdf - Acesso em: 03 nov. 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. A Declaração de Inconstitucionalidade sem Pronúncia da Nulidade - Unvereinbarkeitserklärung - na jurisprudência da Corte Constitucional Alemã. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 5, 1993, p. 155-171.

NINO, Carlos Santiago. Fundamentos de derecho constitucional. Buenos Aires: Astrea, 1992.

POGREBINSCHI, Thamy. Será o neopragmatismo pragmatista? Interpelando Richard Rorty. *Novos Estudos*, n. 74, mar. 2006, p. 125-139.

_____; EISENBERG, José. Pragmatismo, Direito e Política. *Revista Novos Estudos Cebrap*, n. 62, mar. 2002, p. 107-121.

_____. Pragmatismo: Teoria Social e Política. Rio de Janeiro: Relume Demará, 2005.

POUND, Roscoe. Mechanical jurisprudence. Columbia Law Review, n. 8, 1908, p. 608-609.

RAWLS, John. O liberalismo político. São Paulo: Ática, 2000.

RAZ, Joseph. The rule of law and its virtues. In: _____. *The authority of law*: Essays on law and morality. Oxford: Oxford University Press, 1979, p. 211-229.

SANCHÍS, Luis Prieto. La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades. In: _____. Estudios sobre derechos fundamentales. Madrid: Debate, 1990, p. 153-166.

SUMMERS, Robert. *Instrumentalism and American Legal Theory*. Cornell University Press, 1982

TAMANAHA, Brian Z. *Beyond the Formalist-Realist Divide*: The Role of Politics in Judging. Princeton: Princeton University Press, 2009.

_____. Law as a Means to an End: Threat to the Rule of Law. Oxford: Cambridge University Press. 2006.

_____. On the rule of law: history, politics, theory. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

_____. Pragmatism in U.S. Legal Theory: Its Application to Normative Jurisprudence, Sociolegal Studies, and the Fact-Value Distinction. *The American Journal of Jurisprudence*, v. 41, n. 1, 1996, p. 315-355.

TUSHNET, Mark V. Pragmatism and Judgment: A Comment on Lund. *Georgetown University Law Center*, v. 99, n. 1, 2004, p. 289-296.

VILLA, Vittorio. A Pragmatically Oriented Theory of Legal Interpretation. *Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, v. 12, 2010, p. 89-120.

372

Direitos Fundamentais & Justiça I Belo Horizonte, ano 10, n. 35, p. 345-373, jul./dez. 2016

MIOLO_RBDFJ_35.indd 372 06/03/2017 09:56:32

WERNECK, Diego Arguelhes; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [meta] teoria normativa da decisão judicial: caracterização, estratégia e implicações. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 171-211.

WHIMSTER, Sam (Ed.). *The Essential Weber*: A Reader. London and New York: Routledge Taylor & Francis Group, 2004.

WHITE, Edward D. From Sociological Jurisprudence to Realism: Jurisprudence and Social Change in Early Twentieth-Century America. *Virginia Law Review*, v. 58, n. 6, sep. 1972, p. 999-1.028.

WHITE, Morton G. The Revolt Against Formalism in American Social Thought of the Twentieth Century. *Journal of the History of Ideas*, v. 8, n. 2, apr. 1947, p. 131-152.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. As garantias constitucionais entre utilidade e substância: uma crítica ao uso de argumentos pragmatistas em desfavor dos direitos fundamentais. *Direitos Fundamentais & Justiça,* Belo Horizonte, ano 10, n. 35, p. 345-373, jul./dez. 2016.

06/03/2017 09:56:32

MIOLO_RBDFJ_35.indd 373