

# 7

## PRAGMATISMO JURÍDICO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Juliana Maria D'Macêdo <sup>1</sup>

### RESUMO

O Pragmatismo Jurídico é um fenômeno que está cada vez mais presente na atuação do judiciário brasileiro, em virtude do ativismo judicial. Importa, contudo, em grandes adaptações ao sistema jurídico estabelecido pela ordem constitucional, exigindo uma reflexão a respeito dos efeitos do crescente uso do Pragmatismo Jurídico no contexto das decisões judiciais. O objetivo deste artigo é demonstrar como o Pragmatismo Jurídico tem influenciado as decisões do Supremo Tribunal Federal, quando se tratam de questões de grande relevância social e política, a fim de demonstrar que é possível alcançar um equilíbrio entre o Pragmatismo Jurídico e a hermenêutica tradicionalmente utilizada na interpretação e aplicação das leis.

**Palavras-chave:** Pragmatismo Jurídico. Ativismo Judicial. Supremo Tribunal Federal. Lei da Ficha Limpa. União Estável. Relações Homoafetivas.

### ABSTRACT

**Abstract:** The Law Pragmatism is a phenomenon that is becoming present in the performance of Brazilian judicial branches because of the judicial activism. It matters, therefore, in great adaptations to the law system established by the constitutional order, demanding a reflection about the growing effects of the Law Pragmatism in the context of judicial decisions. The goal of this article is to demonstrate how Law Pragmatism has been influencing the decisions of the Brazilian Supreme Court when dealing with issues of great social and political relevance, in order to demonstrate that is possible to reach a balance between Law Pragmatism and the hermeneutics traditionally used in law interpretation and enforcement.

**Keywords:** Law Pragmatism. Judicial Activism. Brazilian Supreme Court. "Clean Slate" Law. Cohabitation Relationship. Homosexual Relationships.

---

<sup>1</sup> Advogada. Mestranda em Direito Comercial na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Bacharel em Direito pela Universidade da Amazônia – UNAMA.

## 1. Introdução

Atualmente, muito se discute no Brasil a respeito do fenômeno do ativismo judicial. Apesar de sua estrutura ter base no sistema romano-germânico do Civil Law, as deficiências legislativas do direito brasileiro ajudaram a difundir uma postura de maior intervenção do Poder Judiciário.

A sistemática da repartição de poderes estabelecida pela Constituição Federal de 1988 atribuiu a função de intérprete e aplicador das leis produzidas pelo Poder Legislativo ao Poder Judiciário.

Apropriando-se da perspectiva da atuação judicial consagrada nos ordenamentos jurídicos estruturados com base no Common Law, as decisões produzidas pelos juizes brasileiros passaram a apresentar características que as afastam do formalismo e se aproximam do pragmatismo.

Não obstante entender que a maior expressão do ativismo judicial está relacionada ao processo de normatização das decisões judiciais, o que torna importante que as discussões sobre o assunto envolvam uma análise dos aspectos formais das decisões judiciais, o objetivo deste artigo é promover uma reflexão a respeito do perfil filosófico-jurídico do conteúdo dos julgados mais recentes do Supremo Tribunal Federal.

O maior incentivo para executar uma análise dessa natureza, é a oportunidade de enfrentar o fenômeno do ativismo judicial, muito debatido na doutrina, em virtude da postura adotada pelo Poder Judiciário no Brasil, a partir de conceitos teóricos do pragmatismo jurídico presentes na obra do jurista estadunidense Richard A. Posner<sup>2</sup>, na tentativa de auxiliar a compreensão das transformações sociais e jurídicas fomentadas nos últimos anos no país.

## 2. Pragmatismo Jurídico

O surgimento do pragmatismo na ciência do Direito está invariavelmente associado à ascensão do realismo jurídico, que no início do século XX passou a relacionar o Direito com a eficácia normativa e com a probabilidade associada às decisões judiciais, considerando que o Direito não é formado por enunciados dotados de conteúdo ideal a respeito do que é

obrigatório ou proibido, mas pelas regras efetivamente observadas e aplicadas no contexto social.

O realismo representou uma alternativa ao formalismo do

positivismo e ao idealismo valorativo do jusnaturalismo e, por meio do pragmatismo, contribuiu para que a atuação dos juizes na aplicação das leis adquirisse um perfil mais alinhado aos interesses da sociedade.

Contudo, o realismo, e conseqüentemente o pragmatismo, desapareceu após o fim da Segunda Guerra Mundial, uma vez que sua aplicação prática auxiliou a legitimação judiciária dos regimes totalitários que assolaram a Europa.

O pragmatismo jurídico então é retomado na segunda metade do século XX, nas obras de Richard Rorty, Richard Posner e Stanley Fish, dentre outros. Posner (2010, p. 410), entretanto, entende que esse pragmatismo “novo” não possui nenhuma característica que o distinga dos conceitos de pragmatismo consagrados nas construções teóricas sobre o realismo jurídico, presentes nos julgados de dois importantes juizes da Suprema Corte dos Estados Unidos, Oliver Wendell Holmes Jr. e Benjamin Cardozo.

Em sua essência, o que o pragmatismo pretende é afastar das decisões judiciais questões metafísicas ou platonianas, que interfiram na objetividade do julgador para lidar com as questões difíceis e refletir sobre a eficiência e a promoção do bem-estar e do desenvolvimento da sociedade.

É justamente essa inclinação do pragmatismo que o torna diametralmente oposto ao formalismo jurídico, uma vez que no âmbito dessa segunda corrente “(...) não se pergunta o que funciona, mas sim que regras e decisões formam vínculos em uma cadeia lógica que aponte a uma fonte jurídica revestida de autoridade (...)” (Posner, 2010, p. 421).

Em defesa do pragmatismo jurídico, é importante destacar que, ao oferecer uma interpretação de que as decisões judiciais devem estar afastadas de interesses políticos e concepções morais e religiosas, tais decisões passam a auxiliar a evolução da sociedade como meio mais eficaz de oferecer respostas aos cidadãos.

Um comparativo realizado por Posner a respeito das obras de Nietzsche e Holmes fornece sustentação ao argumento acima:

*Holmes escreveu The Common Law poucos anos antes da grande obra de Nietzsche, On the Genealogy of Morals [Genealogia da Moral], e ambos empregam um método efetivo de análise cética: o método genealógico. Na Genealogia e em outras obras, Nietzsche*

<sup>2</sup> Richard Allen Posner é Juiz da Corte de Apelações dos Estados Unidos pelo 7º Circuito e é professor da Faculdade de Direito da Universidade de Chicago.

*tentou destruir o status ontológico da moral cristã, ao argumentar que as crenças morais refletem as necessidades e circunstâncias dos grupos dominantes nas comunidades que porventura as sustentem. Em outras palavras, a moral é relativa, e não absoluta; na verdade, moral é opinião pública. The Common Law faz a mesma coisa com o direito. Ao remontar às origens das doutrinas jurídicas e, assim, associar cada uma delas a uma constelação específica de circunstâncias sociais, Holmes demonstrou o absurdo de se supor, como faziam os formalistas do século XIX, contra os quais escrevia, que as doutrinas jurídicas eram conceitos formais imutáveis, como o teorema de Pitágoras. Ele deu força à lição do relativismo ético, e ao fazê-lo converteu o direito em opinião pública dominante de modo muito semelhante ao que fez Nietzsche ao converter a moralidade em opinião pública (Posner, 2007, p. 321-322).*

Ainda que de forma velada, o fenômeno do ativismo judicial se ampara em boa parte dos conceitos trazidos pelo pragmatismo jurídico, por meio do qual a interpretação e a aplicação do direito não são reféns dos enunciados legais.

### 3. Aplicação do Pragmatismo nas Decisões do Supremo Tribunal Federal

Ao estudar as reflexões que compõem a aplicação do pragmatismo ao Direito, ainda que dentro da sistemática do Common Law, torna-se atraente realizar uma análise de alguns julgados recentes do Supremo Tribunal Federal, sob a ótica do pragmatismo jurídico.

Apesar de perfunctórias, por não se dispor a avaliar o inteiro teor dos votos e dos acórdãos, mas sim o conteúdo e os efeitos das decisões, a análise de dois casos emblemáticos pode ajudar a ilustrar a forte influência do pragmatismo no Judiciário brasileiro.

O primeiro caso a respeito do qual se pretende refletir é o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 29 e 30 e da Ação Direta de

Inconstitucionalidade 4578, que trataram da Lei Complementar nº 135/2010, popularmente conhecida como Lei da Ficha Limpa.

A Lei Complementar nº 135/2010 forneceu nova redação à Lei Complementar nº 64/1990, que trata sobre as circunstâncias de inelegibilidade para cargos políticos.

A partir da promulgação da Lei da Ficha Limpa, as alíneas d e e do artigo 1º da Lei Complementar nº 64/1990<sup>6</sup> passaram a estabelecer como novas circunstâncias de inelegibilidade a condenação por crimes eleitorais e por um rol de crimes descritos nos itens 1 a 10 da alínea e<sup>7</sup>, transitada em julgado ou proferida por um órgão judicial colegiado.

Nitidamente, a redação das referidas alíneas do artigo 1º da Lei Complementar nº 64/1990 fere gravemente a garantia constitucional estabelecida pelo inciso LVII do artigo 5º da Carta Magna de 1988<sup>8</sup>, que assegura que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

<sup>6</sup> Artigo 1º da Lei Complementar nº 64/1990 – São inelegíveis: I - para qualquer cargo: (...) d) os que tenham contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado, em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes; (Redação dada pela Lei Complementar nº 135, de 2010) e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes: (Redação dada pela Lei Complementar nº 135, de 2010)

<sup>7</sup> Artigo 1º, I da Lei Complementar nº 64/1990 – (...) (...) e) (...) 1. contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público; (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010) 2. contra o patrimônio privado, o sistema financeiro, o mercado de capitais e os previstos na lei que regula a falência; (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010) 3. contra o meio ambiente e a saúde pública; (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010) 4. eleitorais, para os quais a lei comine pena privativa de liberdade; (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010) 5. de abuso de autoridade, nos casos em que houver condenação à perda do cargo ou à inabilitação para o exercício de função pública; (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010) 6. de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores; (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010) 7. de tráfico de entorpecentes e drogas afins, racismo, tortura, terrorismo e hediondos; (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010) 8. de redução à condição análoga à de escravo; (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010) 9. contra a vida e a dignidade sexual; e (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010) 10. praticados por organização criminosa, quadrilha ou bando; (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010)

<sup>8</sup> Artigo 5º da Constituição Federal de 1988 – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

O Supremo Tribunal Federal foi então instado, por meio das ações mencionadas anteriormente, a se manifestar sobre constitucionalidade ou inconstitucionalidade da nova redação do artigo 1º da Lei Complementar nº 64/1990.

Diante do apelo popular, que cercou a elaboração do Projeto da Lei da Ficha Limpa, e a insatisfação da sociedade brasileira em relação à conduta dos agentes políticos que atuam no Poder Legislativo e no Poder Executivo, em relação à moralidade administrativa e à probidade, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, decidiu pela constitucionalidade dos dispositivos legais.

Apesar de todas as explicações teóricas contidas nos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, é possível vislumbrar a aplicação do pragmatismo jurídico ao julgamento da Lei da Ficha Limpa, considerado como essencial para o interesse público.

Ao contrariar a Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal, num ato de ativismo judicial, legitimou aquilo que os Ministros interpretaram como essencial e eficiente para a evolução e o bem-estar da sociedade, uma vez que essa ruptura pode representar, tanto a curto quanto longo prazo, um processo de reestruturação das estruturas políticas do Brasil.

Por fim, o segundo caso que se oferece para reflexão sob a ótica do pragmatismo jurídico é o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, que versaram sobre a união estável para casais do mesmo sexo.

A união estável encontra previsão no artigo 226, §3º da Constituição Federal<sup>9</sup>, pelo qual o legislador constituinte reconhece como entidade familiar a união estável entre homem e mulher.

Diante de uma opinião pública bastante dividida em relação ao reconhecimento dos efeitos civis da união homoafetiva, o Supremo Tribunal Federal decidiu que as regras constitucionais que versam sobre a igualdade de direitos entre os cidadãos e a promoção do bem coletivo, sem discriminação de origem, raça, cor, sexo e idade.

Mais uma vez, a Corte Suprema demonstrou uma postura pragmática, ao promover a elasticidade da interpretação das normas constitucionais em nome da garantia da eficiência da decisão judicial, uma vez que conferiu legitimidade a relações entre pessoas do mesmo sexo, que apesar de não reconhecidas como legais pelo legislador, estão

sendo cada vez mais consagradas na sociedade.

## 4. Considerações Finais

Ainda que seja encarado com desconfiança na sistemática do Civil Law, a aplicação do pragmatismo jurídico, já se tornou uma realidade nas decisões judiciais brasileiras, uma vez que fornece um suporte efetivo ao fenômeno do ativismo judicial atualmente em voga.

Dentro de tais circunstâncias, a lição mais valiosa fornecida pelo pragmatismo é a necessidade de que os juízes sejam dotados de sensibilidade instrumental.

A sensibilidade instrumental é a característica que possibilita que um juiz tenha a percepção de que a realidade social permite a adaptação das leis.

Entretanto, essa adaptação das leis não pode ser feita de maneira indiscriminada, em desrespeito à Constituição Federal. Um juiz pragmático tem o dever de, pela mesma sensibilidade instrumental, ponderar que o processo de desenvolvimento e bem-estar da sociedade, além da eficiência das decisões judiciais, também transita pela segurança jurídica e pela previsibilidade das decisões judiciais.

O pragmatismo não exclui da ponderação do juiz a possibilidade de que uma postura formalista possa ser mais adequada à solução das demandas oferecidas pela sociedade.

(...) LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

<sup>9</sup> Artigo 226 da Constituição Federal de 1988 – A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

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

## 5. Referências

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 20 mai 2012.

BRASIL. Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, Estabelece de acordo com o art. 14, §9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, n. 96, 21 mai. 1990. Seção 1, p. 9591-9594.

BRASIL. Lei Complementar nº 135/2010, de 04 de junho de 2010. Altera a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o §9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, n. 106, 07 jun. 2010. Seção 1, p. 1-2.

POSNER, Richard A. Para além do direito. trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes. 2009.

POSNER, Richard A. Problemas de filosofia do direito. trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes. 2007.