

Juízes pragmáticos são necessariamente juízes ativistas?

Are pragmatic judges necessarily activists?

Fernando Leal

Professor da FGV Direito Rio, Rio de Janeiro, RJ (Brasil). Doutor em Direito pela Christian-Albrechts-Universität zu Kiel (Alemanha), com apoio do serviço alemão de intercâmbio acadêmico (DAAD). Doutor e mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Realizou estágio pós-doutoral na condição de pesquisador visitante na Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg.

E-mail: fernando.Leal@fgv.br | ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9004-5904>

Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, vol. 17, n. 1, e4456, janeiro-abril, 2021 - ISSN 2238-0604

[Received/Recebido: fevereiro 05, 2021; Accepted/Aceito: maio 19, 2021;

Publicado/Published: maio 21, 2021]

DOI: <https://doi.org/10.18256/2238-0604.2021.v17i1.4456>

Como citar este artigo / How to cite item: [clique aqui/click here!](#)

Resumo

O presente artigo discute a relação entre os conceitos muitas vezes distorcidos de pragmatismo jurídico, instrumentalismo e ativismo judicial, com o objetivo de apresentar e esclarecer algumas caricaturas geralmente a eles associadas. Após a apresentação de sentidos das expressões que podem gerar aproximações e distanciamentos entre elas, recorre-se à possibilidade de justificação pragmática de posturas de autocontenção judicial para sustentar a inexistência de associação necessária entre pragmatismo e ativismo judicial – ainda que possíveis relações entre ambos não possam ser ignoradas quando juízes se declaram pragmáticos.

Palavras-chave: Pragmatismo jurídico. Ativismo judicial. Instrumentalismo. Consequencialismo.

Abstract

This paper discusses the relationship between the often distorted concepts of legal pragmatism, instrumentalism and judicial activism, in order to present and clarify some caricatures ordinarily made of them. After presenting different meanings of the expressions that can generate approximations or distances between them, this paper explores the possible pragmatic justification for judicial self-restraint postures to justify the absence of necessary connections between pragmatism and judicial activism – even though possible associations between the two cannot be ignored when judges declare themselves pragmatic.

Keywords: Legal pragmatism. Judicial activism. Instrumentalism. Consequentialism.

1 Introdução

É comum que o direito esteja associado a diversos “ismos”. Positivismo, formalismo, (neo)constitucionalismo, pragmatismo, ativismo, consequencialismo, instrumentalismo, realismo, garantismo e jusnaturalismo são apenas exemplos aleatórios de um universo amplo. De teorias sobre a natureza do direito a teorias sobre a tomada de decisão jurídica e sobre o comportamento judicial considerado correto, esses “ismos” às vezes aparecem em relações conceituais, como se estivessem necessariamente conectados ou definitivamente apartados. Não raro, essas associações e distanciamentos são construídos a partir de sentidos meramente possíveis dessas palavras e expressões em um universo de múltiplas possibilidades sustentáveis. Em alguns casos, mesmo caricaturas são usadas para o desenvolvimento de críticas. Com isso, debates acadêmicos e práticos que se desenvolvem em torno desses “ismos” são afetados pela falta de clareza e de precisão, tornando-se redutos de disputas superficiais ou ideológicas camufladas por algum ar de cientificidade.

Associações entre “ismos”, por isso, nem sempre são tão fortes quanto se supõe. As relações entre positivismo e formalismo, de um lado, e entre formalismo e não-ativismo, do outro, são exemplos, respectivamente, de construções problemáticas por, respectivamente, associarem e apartarem esses conceitos como se essas fossem as únicas relações possíveis entre eles.

No primeiro caso, o engano decorre de formulações confusas e equivocadas das teses centrais do positivismo jurídico e do formalismo. Compreendidos à luz dos seus defensores reais, positivismo e formalismo guardam apenas relações contingentes. E quando não parece ser assim, é porque a associação entre eles se sustenta sobre caricaturas de cada um dos lados, como ocorre na conexão visceral que se costuma estabelecer entre o positivismo jurídico e as visões de que o ordenamento jurídico é fechado, completo, consistente e claro e a de que o raciocínio jurídico se organiza em torno de silogismos práticos¹.

No segundo caso, o problema está no pressuposto de que a observância do texto legal é a antítese de qualquer postura judicial ativista. Nesse quadro teórico, ser formalista significa adotar necessariamente uma postura autocontida revelada por meio da deferência a escolhas de outros poderes que se deixam conhecer por referências textuais. Assim como no caso anterior, porém, dependendo do sentido atribuído a um dos termos – notadamente à expressão “ativismo judicial” –, a relação pode ser outra. O período conhecido como “era Lochner” nos Estados Unidos da América, só para

1 STRUCHINER, Noel. Algumas “proposições fulcrais” acerca do direito: o debate jusnaturalismo vs. juspositivismo. In: MAIA, Antônio Cavalcanti; MELO, Carolina de Campos; CITTADINO, Gisele; POGREBINSCHI, Thamy (Orgs.). *Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 408.

mencionar um exemplo, é comumente apresentado como um exemplo de ativismo associado à adoção de uma postura formalista da Suprema Corte².

Os casos apresentados certamente não são os únicos em que “ismos” estão conectados. Quando se pensa nas recentes *inclinações pragmáticas* no direito público brasileiro³, que reacquecem debates sobre as vantagens e as dificuldades associadas à adoção de posturas “mais práticas” (em um sentido ainda muito geral de “pragmatismo”) por parte de administradores, juízes e controladores⁴, associações entre “ismos” também se estabelecem como se fossem necessárias. Esse pode ser o caso quando entram em cena as relações entre instrumentalismo, como uma manifestação (talvez distorcida) do pragmatismo jurídico, e ativismo judicial. Assim como nos casos iniciais, no entanto, o sentido atribuído a essas expressões pode tornar essas vinculações contestáveis ou meramente acidentais⁵. Por isso, visando a explorar as possíveis relações entre esses três “ismos” em um contexto que exige rigor conceitual em torno dessas ideias, o presente trabalho defende não existir vinculação intrínseca entre pragmatismo, instrumentalismo e ativismo, ainda que possíveis associações entre esses termos não possam ser desprezadas quando juízes se declaram pragmáticos.

Para tanto, o texto apresentará sentidos das expressões que podem gerar aproximações e distanciamentos e recorrerá à possibilidade de justificação pragmática de posturas de autocontenção para sustentar a inexistência de associações necessárias entre pragmatismo e ativismo judicial. Nessa empreitada, o texto não pressupõe a existência de – e, assim, não se compromete com – um único sentido “correto” para esses termos. Ao contrário, assume-se que, em alguns casos, a pluralidade de perspectivas não caricaturais pode ser a fonte para diluir associações ou aproximações afirmadas como necessárias entre aqueles e outros “ismos”. No caso de “pragmatismo”,

- 2 Para uma crítica de que *Lochner* pode ser considerada uma decisão formalista v. SCHAUER, Frederick. Formalism. *The Yale Law Journal*, v. 97, n. 4, mar. 1988, p. 511-514.
- 3 LEAL, Fernando. *Inclinações pragmáticas no direito administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15*. In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente de (Orgs.). *Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro: FGV, 2017.
- 4 V., por exemplo, o artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, inserido pela Lei 13.655/2018, de acordo com o qual “[n]as esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”.
- 5 Relações problemáticas entre “ismos” podem se dar por três razões básicas. Em primeiro lugar, por simples imprecisão ou erro conceitual. Nessa hipótese, “ismos” são aproximados ou distanciados em razão de sentidos impróprios, quase sempre caricaturais, a eles atribuídos. Em segundo lugar, as relações não se tornam necessárias porque esses “ismos” podem assumir diferentes sentidos possíveis e em apenas alguns deles as relações fazem sentido. Não se trata neste caso de assumir um sentido vulgar ou caricato de algumas dessas expressões, mas simplesmente de, no universo dos distintos significados atribuídos por seus defensores ou estudiosos, explorar quais deles podem estar mais próximos ou distantes. Em terceiro lugar, relações problemáticas podem ser construídas pela transformação de relações contingentes constatáveis na realidade em relações necessárias. Nessa hipótese, uma proposição que teria natureza descritiva ganha uma roupagem normativa, como se sempre precisasse ocorrer pelo simples fato de ter sido pontualmente observada.

para citar um claro exemplo, já se disse, diante de um universo de múltiplos defensores, não existir “conceito canônico” a seu respeito⁶. Em suas relações com o termo “ativismo judicial”, para reforçar um dos argumentos apresentados, Richard Posner sustenta que, ao menos a partir da sua definição, reconhecer ser o pragmatismo uma filosofia da ação e do aperfeiçoamento não é o mesmo que dizer que “um juiz pragmático é necessariamente um ativista”⁷.

Em seu desenvolvimento, o presente texto se organiza em quatro partes. Na primeira, busca-se apresentar em que sentido o pragmatismo pode ser compreendido como expressão de um instrumentalismo reprovável. Na segunda, são explorados sentidos da expressão “pragmatismo jurídico” a partir de suas relações com o pragmatismo filosófico e da sua configuração, na síntese de Richard Posner, como “pragmatismo cotidiano”. Neste momento, sustenta-se ser esta última versão a mais apropriada para a compreensão do tipo de pragmatismo em que o artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) parece investir para orientar o desenvolvimento de processos de justificação nas esferas administrativa, controladora e judicial. Na terceira parte, sentidos distintos da expressão “ativismo judicial” são apresentados com o propósito de revelar como ela pode se relacionar de maneira mais próxima, distante ou indiferente com sentidos possíveis de “pragmatismo”. Na quarta parte, por fim, são expostas bases metodológicas para uma sustentação pragmática – a partir de concepção diversa do pragmatismo cotidiano – de preferências interpretativas ou posturas decisórias capazes de justificar em que ambientes institucionais relações entre pragmatismo e ativismo judicial podem ser recomendáveis ou criticáveis. Neste momento, sugere-se que o complexo modelo apresentado, orientado em proposta de Sunstein e Vermeule, funcione como alternativa para impedir que qualquer versão do pragmatismo se transforme, na prática, em um rótulo vazio.

2 Pragmatismo jurídico como instrumentalismo judicial?

2.1 A rejeição ao pragmatismo como um tipo de instrumentalismo

O direito público brasileiro passa por uma perceptível inclinação pragmática. A reforma recente na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro promovida pela Lei nº 13.655/18 se apresenta como o principal marco legislativo dessa tendência. Vocacionada a combater os excessos associados ao uso pouco parcimonioso de princípios vagos para a justificação de decisões⁸ – um efeito perverso dos processos

6 POSNER, Richard. *Overcoming Law*. 4ª. ed. Cambridge/London: Harvard University Press, 1997, p. 4.

7 POSNER, Richard. *Overcoming Law*. 4ª. ed. Cambridge/London: Harvard University Press, 1997, p. 5.

8 JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB: Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo*. Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 13-41, nov. 2018.

de constitucionalização do direito –, a lei⁹ investe na consideração das “consequências práticas” das decisões como meio para combater a tendência de juízes, controladores e administradores a “julgar nas nuvens”¹⁰. O evidente tom pragmático da lei se encontra na exigência de atenção aos efeitos concretos de decisões jurídicas aliada a certa antipatia às abstrações e disputas conceituais envolvidas comumente nos trabalhos de concretização e ponderação de princípios. Apesar de reações institucionais contrárias aos esforços do legislador¹¹, a chamada “lei de segurança jurídica” vem resistindo.

No Supremo, preocupações pragmáticas não são inéditas, especialmente quando se pensa na sensibilidade dos ministros em casos mais salientes às consequências concretas de suas escolhas para a economia, a política e a sociedade. O maior exemplo de defensor explícito de uma postura pragmática é provavelmente o ministro Nelson Jobim, reconhecido mesmo entre os seus colegas de tribunal como “um Juiz que sustenta[va] que a função jurisdicional deve ser função de resultados, atento o magistrado para as consequências da decisão, sempre com vistas ao interesse público”¹².

Essa visão, contudo, não é excepcional ou restrita a certo período. Hoje em dia são cada vez mais frequentes referências explícitas a compromissos pragmáticos no tribunal. Em seu discurso de posse como presidente da corte, por exemplo, o ministro Luiz Fux¹³ declarou que “a intervenção judicial em temas sensíveis deve ser minimalista, respeitando os limites de capacidade institucional dos juízes, e sempre à

9 BRASIL. *Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018*. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Brasília, DF: Presidência da República, 25 abr. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm. Acesso em: 03 jul. 2020.

10 SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Para Céticos*. 2. ed. São Paulo: Direito GV/ Malheiros, 2014, p. 79.

11 Cite-se, por exemplo, o parecer da Consultoria Jurídica do Tribunal de Contas da União, no Proc. TCU/CONJUR: TC-012.028/2018-5, sobre o PL 7448/2017 em reação ao parecer-resposta dos autores do PL e de outros juristas e, mais recentemente a ADI 6146, proposta pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra), em 22/5/2019, que impugna dispositivos da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB). Cf., respectivamente, <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A81881F62B15ED20162F95CC94B5BA4&inline=1> e a inicial da ADI em https://www.anamatra.org.br/images/DOCUMENTOS/2019/01-Anamatra-STF-ADI-LINDB-Inicial_-_Assinado_4.pdf. Acesso em 25.jun.2019.

12 Discurso do ministro Carlos Velloso na cerimônia de Posse do Ministro Nelson Jobim no cargo de Presidente do Supremo Tribunal Federal. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Posse dos ministros Nelson Azevedo Jobim na presidência e Ellen Gracie Northfleet na vice-presidência do Supremo Tribunal Federal*: sessão solene realizada em 3 de junho de 2004. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 03 jun. 2004, p. 33. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/Plaquetas/722718/PDF/722718.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2021.

13 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Discurso do Excelentíssimo Senhor Ministro Luiz Fux por ocasião da posse no cargo de Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça*. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 10 set. 2020, p. 13. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/DiscursoPosseFux.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2021 - grifo acrescido.

luz de uma perspectiva contextualista, consequencialista, pragmática, porquanto em determinadas matérias sensíveis, o menos é mais”.

Em contato estreito com a reforma da LINDB, o mesmo ministro Fux defendeu novamente uma perspectiva pragmática para a jurisdição constitucional ao abrir a audiência pública vinculada à Ação Cível Originária (ACO) 3233, que envolvia conflitos entre União e estados por questões fiscais. Nas suas palavras:

[e], ali, hoje, vem previsto num artigo de que as decisões judiciais têm que levar em consideração as consequências do seu resultado que é, digamos também, um seguimento, uma nova escola da análise econômica do Direito, cognominado de pragmatismo judicial, que é exatamente o Tribunal verificar quais serão os resultados da sua decisão¹⁴.

Em seu voto no Recurso Extraordinário (RE) 635.659, cujo tema central era a descriminalização do porte de drogas para consumo próprio, o ministro Luis Roberto Barroso também reconhece o pragmatismo jurídico como referência para a interpretação constitucional e apresenta “razões pragmáticas” para a descriminalização, concluindo, nessa linha de análise, que “os males causados pela política atual de drogas têm superado largamente os seus benefícios”¹⁵. Para o ministro, “[n]ão estando em jogo direitos ou princípios fundamentais, frequentemente será legítimo e desejável que o intérprete, dentro das possibilidades e limites das normas constitucionais,

14 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Abertura da audiência pública nº 26. Ação cível originária 3.233 Minas Gerais. Conflitos federativos sobre questões fiscais dos estados e da união. Audiência Pública convocada pelo Ministro Luiz Fux, para discutir os conflitos federativos relacionados ao bloqueio, pela União, de recursos dos estados-membros em decorrência da execução de contragarantia em contratos de empréstimos não quitados.* Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 25 jun. 2019, p. 97. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/AudinciaPblicaConflitoFederativoQuestesfiscais.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2020.

15 BARROSO, Luis Roberto. Anotações para o voto oral do ministro Luís Roberto Barroso. Recurso Extraordinário 635.659. Descriminalização do porte de drogas para consumo próprio. *Revista Consultor Jurídico*, [S.l.], 10 set. 2015, p. 6. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-anotacoes-ministro-barroso-voto.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2020. Para o ministro Barroso, “O pragmatismo jurídico, por sua vez, é herdeiro distante do utilitarismo e descendente direto do pragmatismo filosófico. Ele tem, em meio a outras, duas características que merecem destaque aqui: a primeira é o chamado contextualismo, a significar que a realidade concreta em que situada a questão a ser decidida tem peso destacado na determinação da solução adequada. A segunda característica é o consequencialismo, na medida em que o resultado prático de uma decisão deve ser o elemento decisivo de sua prolação. Cabe ao juiz produzir a decisão que traga as melhores consequências possíveis para a sociedade como um todo” (BARROSO, Luis Roberto. Anotações para o voto oral do ministro Luís Roberto Barroso. Recurso Extraordinário 635.659. Descriminalização do porte de drogas para consumo próprio. *Revista Consultor Jurídico*, [S.l.], 10 set. 2015, p. 2. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-anotacoes-ministro-barroso-voto.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2020).

construa como solução mais adequada a que produza melhores consequências para a sociedade”¹⁶.

Manifestações favoráveis a posições declaradamente pragmáticas encontram, no entanto, tradicionalmente resistência. Em claro tom de desaprovação, o ministro Marco Aurélio rejeita considerações dessa natureza em seu voto no RE 565.089/MA, quando afirma que “o pragmatismo jurídico leva a considerar as consequências práticas da decisão judicial, lançando o magistrado em posição que não lhe é confortável. Ao reconhecer-lhe a condição de agente político no sentido estrito do termo, retira o juiz do habitat natural e o põe na função de legislador, para que tome a decisão com fundamento na antecipação hipotética de resultados”¹⁷. E avança em sua crítica ao declarar que “[o] Supremo não é o Ministério da Fazenda ou o Banco Central do Brasil. Não compete ao Tribunal fazer contas quando está em jogo o Direito, mais ainda quando se trata do direito constitucional”¹⁸.

O tom da crítica denuncia como a adoção de uma atitude pragmática por juízes reais pode ser uma escolha controvertida. A expressão *pragmatismo jurídico* costuma ser associada por quem a repudia com (i) uma concepção cética sobre a possível relação conceitual entre direito e vinculação ao passado, ao negar a força de decisões políticas preexistentes como capazes de fornecer, por si sós, justificativas para o exercício da coerção estatal no presente¹⁹, (ii) uma postura cínica sobre a existência e a proteção de direitos fundamentais²⁰ e (iii) a expressão de um ecletismo vazio²¹.

16 BARROSO, Luis Roberto. Anotações para o voto oral do ministro Luís Roberto Barroso. Recurso Extraordinário 635.659. Descriminalização do porte de drogas para consumo próprio. *Revista Consultor Jurídico*, [S.l.], 10 set. 2015, p. 2. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-anotacoes-ministro-barroso-voto.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2020. Tal premissa não é isolada, aparecendo também no voto do ministro no HC 126.292/SP. A ideia também está presente em BARROSO, Luis Roberto. Sairemos melhores do que entramos. *Migalhas*, 27 fev.2019. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/297106/sairemos-melhores-do-que-entramos>. Acesso em 30 dez.2020.

17 MELLO, Marco Aurélio. *Voto no Recurso Extraordinário 565.089 São Paulo*. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 09 jun. 2011, p. 9. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE565089.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2020.

18 MELLO, Marco Aurélio. *Voto no Recurso Extraordinário 565.089 São Paulo*. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 09 jun. 2011, p. 11. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE565089.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2020.

19 DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 185.

20 DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 188-189. V. também FARBER, Daniel A. Legal pragmatism and the constitution. *Minnesota Law Review*, Minneapolis, v. 72, 1988, p. 1343. Para o autor “[...] legal pragmatism has come under serious attack. Critics charge that it is inconsistent with respect toward precedent, history, and legal texts; that it is incompatible with strong enforcement of individual rights; and that it leads to unprincipled and inconsistent judicial decisions” (grifo acrescentado).

21 STONE, Martin. Four qualms about “legal pragmatism”. In: HUBBS, Graham; LIND, Douglas (Ed.). *Pragmatism, law, and language*. New York/London: Routledge, 2014, p. 286 ss.

Agregadas, essas características conduziriam invariavelmente a uma concepção *instrumentalista* do direito²².

Com foco na decisão jurídica – notadamente da decisão judicial –²³, o pragmatismo é rejeitado em sua roupagem instrumentalista por tornar as peças do direito simples meios para a realização dos objetivos considerados relevantes pelo decisor. Nessa perspectiva, o direito é encarado como instrumento para a concretização de interesses pessoais ou de certos grupos, tornando-se uma casca vazia manipulável e preenchível com qualquer tipo de conteúdo para o alcance de quaisquer finalidades²⁴.

Em sua versão mais extremada, esse instrumentalismo se expressa por meio da combinação de consequencialismo de atos com ceticismo de regras²⁵. No primeiro aspecto, adotar uma postura decisória instrumentalista significa buscar e privilegiar a alternativa de decisão que produzirá, em cada problema enfrentado, os melhores efeitos entendidos como necessários para a realização do fim almejado pelo decisor²⁶. A decisão se torna um meio cuja adequação é medida em função do seu potencial para produzir consequências “positivas” no sentido prescrito por alguma teoria preocupada com a sua definição²⁷ ou mesmo pelas preferências pessoais do julgador. Nessa perspectiva, o direito é estrategicamente manuseado para garantir uma falsa aparência de juridicidade para as escolhas instrumentais do juiz e, no máximo, atua como um limite para a seleção de alternativas que, se adotadas, podem ser fortemente criticadas, como na hipótese de violação de regra claramente aplicável²⁸.

22 STONE, Martin. Four qualms about “legal pragmatism”. In: HUBBS, Graham; LIND, Douglas (Ed.). *Pragmatism, law, and language*. New York/London: Routledge, 2014, p. 290 ss. V. também TAMANAHA, Brian Z. *Law as a means to an end: threat to the rule of law*. Cambridge: CUP, 2006, p. 62. Por uma versão menos radical, sensível às consequências sistêmicas e aplicável ao exercício da jurisdição em contextos de crise, v. MAGALHÃES, Andréa. *Jurisprudência da crise*. Uma perspectiva pragmática. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017, p. 14.

23 Assim como “pragmatismo” e tantos outros “ismos”, o rótulo “instrumentalismo” pode estar associado a diferentes sentidos. Segundo Brian Tamanaha, o instrumentalismo pode operar “as an account of the nature of law, as an attitude toward law that professors teach students, as a form of constitutional analysis, as a theoretical perspective on law, as an orientation of lawyers in their daily practice, as a strategic approach of organized groups that use litigation to further their agendas, as a view toward judges and judging, as a perception of legislators and administrators when enacting laws or regulations”. V. TAMANAHA, Brian Z. *Law as a means to an end: threat to the rule of law*. Cambridge: CUP, 2006, p. 1. V. também VERMEULE, Adrian. Instrumentalisms. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 120, n. 8, p. 2113-2132, jun. 2007. Sobre as relações entre a busca por objetivos e a natureza do direito, v. LEAL, Fernando. *Ziele und Autorität: Zu den Grenzen teleologischen Rechtsdenkens*. Baden-Baden: Nomos, 2014, parte A.

24 TAMANAHA, Brian Z. *Law as a means to an end: threat to the rule of law*. Cambridge: CUP, 2006, p. 1.

25 LEAL, Fernando. *Ziele und Autorität*, op. cit., p. 273.

26 VERMEULE, Adrian. Instrumentalisms. *Harvard Law Review*, v. 120, n. 8, jun. 2007, p. 2115.

27 VERMEULE, Adrian. Instrumentalisms. *Harvard Law Review*, v. 120, n. 8, jun. 2007, p. 2117.

28 VERMEULE, Adrian. Instrumentalisms. *Harvard Law Review*, v. 120, n. 8, jun. 2007, p. 2115.

No segundo aspecto, o instrumentalismo se caracteriza por desprezar regras como possíveis limites para a particularização permanente de cada problema de decisão. Isso quer dizer que o instrumentalista, para decidir, não encara o que a regra “diz” por meio de seus textos como razões suficientes – ou, pelo menos, mais fortes – do que outras razões, incluindo as suas justificações subjacentes, que possam estar presentes no caso sob consideração²⁹. Regras não seriam capazes, assim, de excluir razões concorrentes ou entrincheirar as razões para agir que fornecem, sendo, por isso, menos resistentes para determinar o resultado de problemas específicos³⁰. Sem o reconhecimento dessa força qualificada, o instrumentalista se torna livre para considerar toda e qualquer razão presente em um caso concreto como relevante para a decisão – sem atribuir a nenhuma delas algum tipo de prioridade em abstrato – e para não aplicar sem maiores esforços regras claramente incidentes quando achar que, no caso, a opção por derrotá-las pode ser justificada por razões consideradas, por ele, mais importantes para a promoção do objetivo concretamente visado.

Conjugados, tanto o consequencialismo de atos como o ceticismo de regras conduzem a um particularismo endêmico. Adotar uma postura pragmática nesse sentido instrumentalista torna o juiz onipotente e posturas ativistas, enfatizam elas a desconsideração do material autoritativo do direito (como leis e precedentes) ou a produção de tensões interinstitucionais em um regime de separação de poderes para a atribuição de sentido negativo à expressão “ativismo judicial”³¹, justificáveis e, no limite, irresistíveis. Na base da crítica a esse resultado está a concepção de que o pragmatismo “pode ser considerado uma teoria ou postura que aposta em um constante ‘estado de exceção hermenêutico’ para o direito; o juiz é o protagonista, que ‘resolverá’ os casos a partir de raciocínios e argumentos finalísticos. Trata-se, pois, de uma tese [...] que coloca em segundo plano a produção democrática do direito”³². Na síntese de Ronald Dworkin, o ativismo decorrente dessa prática judicial não é mais do que “uma forma virulenta de pragmatismo jurídico”³³ – pelo menos quando este se confunde com um instrumentalismo extremado.

29 SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: A new introduction to legal reasoning*. Cambridge/London: Harvard University Press, 2009, p. 18.

30 SCHAUER, Frederick. Formalism. *The Yale Law Journal*, v. 97, n. 4, mar. 1988, p. 510.

31 ARGUELHES, Diego Werneck; OLIVEIRA, Fabiana Luci; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ativismo judicial e seus usos na mídia brasileira. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 40, jan./jun. 2012, p. 36.

32 STRECK, Lenio. O realismo ou “quando tudo pode ser inconstitucional”. *Consultor Jurídico (Conjur)*, [S.l.], 02 jan.2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jan-02/senso-incomum-realismo-ou-quando-tudo-inconstitucional>. Acesso em: 22 dez. 2020.

33 DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 451.

2.2 Pragmatismo jurídico: um monstro de várias cabeças

Seriam as conclusões apontadas, porém, inevitáveis? Juízes pragmáticos seriam necessariamente juízes instrumentalistas nessa versão mais radical? Afinal, o que define o pragmatismo jurídico?

Como é comum entre os “ismos”, definir pragmatismo não é uma tarefa simples. Mesmo os seus defensores reconhecem essa dificuldade. Para Richard Posner³⁴, “pragmatism, notwithstanding William James’s effort at definition, is a devil to define”. Segundo Adrian Vermeule³⁵, “pragmatism is notoriously a many-headed beast”. As possibilidades são tantas que Richard Rorty, mesmo afirmando ser a aplicação do pragmatismo ao direito algo *banal*³⁶, refere-se ao termo como um rótulo vago e ambíguo³⁷.

Um ponto de partida comumente aceito para caracterizar as teses centrais do pragmatismo jurídico assume uma estreita relação entre este e o pragmatismo filosófico³⁸. Esse caminho está longe de ser surpreendente, especialmente se se considera que, pelo menos nos EUA, a construção de uma abordagem pragmática do direito parece ter resultado da perspectiva ao mesmo tempo contextual e instrumental de investigação típica do pragmatismo filosófico norte-americano da primeira metade do século XX³⁹. John Dewey⁴⁰, nessa linha, seria a principal expressão de uma associação visceral entre os dois pragmatismos, ao ser um pragmatista⁴¹ com escritos importantes sobre o direito e o raciocínio judicial fortemente coerentes com as suas visões filosóficas.

Nessa perspectiva de caracterização do pragmatismo jurídico como uma aplicação no direito de teses do pragmatismo filosófico, este último é apresentado como uma teoria que se sustenta sobre três pilares:

34 POSNER, Richard. *Law, pragmatism, and democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 24.

35 VERMEULE, Adrian. Instrumentalisms. *Harvard Law Review*, v. 120, n. 8, jun. 2007, p. 2117.

36 RORTY, Richard. The Banality of Pragmatism and the Poetry of Justice. *Southern California Law Review*, v. 63, 1990, p. 1811.

37 RORTY, Richard. *Consequences of pragmatism*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1982, p. 160.

38 Assim, por exemplo, BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 51 ss., e MAGALHÃES, Andréa. *Jurisprudência da crise*. Uma perspectiva pragmática. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017, p. 17. Para José Eisenberg, na mesma linha, a principal característica do pragmatismo jurídico “é o esforço de aplicar a tradição filosófica do pragmatismo ao problema da interpretação jurídica”. V. EISENBERG, José. Pragmatismo jurídico. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro/Porto Alegre: Renovar/Unisinos, 2006, p. 656-657.

39 GREY, Thomas C. Freestanding legal pragmatism. *Cardozo Law Review*, v. 18, n. 1, set. 1996, p. 25.

40 Por exemplo DEWEY, John. Logical method and law. *Cornell Law Review*, v. 10, n. 1, p. 17-27, dez. 1924.

41 Neste trabalho, as qualificações “pragmático” e “pragmatista” são empregadas indistintamente.

[...] *antifundacionalismo* (rejeição de qualquer critério ou fundamento último, estático e definitivo para qualquer teoria ou argumento), *contextualismo* (por enfatizar o papel da experiência humana, com suas crenças tradições e ideais no resultado de qualquer investigação científica ou filosófica) e *consequencialismo* (expresso na ideia de que a escolha entre diversas interpretações e explicações de fenômenos deve ser feita a partir de suas respectivas consequências práticas – o que leva a uma atividade *empíricista e experimentalista*)⁴².

Tais traços, contudo, não estão por trás de toda e qualquer expressão do pragmatismo jurídico. Isso quer dizer que o pragmatismo jurídico não se deixa definir necessária e integralmente pela aplicação daquelas características constitutivas do pragmatismo filosófico à atividade jurisdicional quando o que está em jogo é uma teoria sobre como juízes decidem e devem decidir. Na verdade, é até questionável que aquelas três características representem um núcleo duro de todas as versões do pragmatismo filosófico⁴³. Independentemente dessa problematização, no entanto, Thomas Grey⁴⁴, em reforço do argumento anterior, sustenta que o pragmatismo jurídico pode ser uma concepção *independente* de qualquer versão do pragmatismo filosófico.

Como pressuposto por este trabalho desde o início, é certo que a análise das possíveis relações entre os termos depende de como “pragmatismo jurídico” é definido. Se o pragmatismo jurídico, por exemplo, deixa-se captar por uma mistura de ecletismo teórico, foco no resultado prático de disputas jurídicas, inclinação histórica e antiformalismo, não seria surpreendente, como argumenta David Luban⁴⁵, que o pragmatismo jurídico não tenha muito a ver com o pragmatismo filosófico, já que é possível chegar àquelas quatro características por uma variedade de caminhos filosóficos distintos. O antiformalismo seria o exemplo mais claro do argumento. Não é preciso ser um pragmático declarado, em sentido jurídico ou filosófico, para criticar uma concepção convencionalista (incluindo a formalista) de raciocínio jurídico. Dworkin, por exemplo, rejeita as duas visões antes de propor a sua concepção de direito como integridade⁴⁶.

42 ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [meta]teoria da decisão judicial: Caracterização, Estratégias e Implicações. In: Daniel Sarmento (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 176, e POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo: teoria social e política*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005, p. 26-62.

43 POSNER, Richard. *Law, pragmatism, and democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 24-26.

44 GREY, Thomas C. Freestanding legal pragmatism. *Cardozo Law Review*, v. 18, n. 1, p. 21-42, set. 1996.

45 LUBAN, David. What's pragmatic about legal pragmatism?. *Cardozo Law Review*, v. 18, n. 1, set. 1996, p. 44.

46 V. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, caps. IV e V. Para completar, sua concepção de direito como integridade também se apresenta como contrária ao ativismo e “a qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima” (DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 452).

Insistindo na dissociação entre pragmatismo jurídico e filosófico, Posner⁴⁷ desenvolve esforços para diferenciar o projeto filosófico pragmatista do que considera ser uma atitude, uma tradição ou uma disposição (*mood*) que molda uma prática cotidiana. É nesse segundo sentido que o pragmatismo aparece como útil para a compreensão do que significa ser um juiz pragmático e para guiar as decisões de um magistrado que queira agir como tal. Um juiz pragmático, assim, é um juiz cuja atuação se orienta em traços até compatíveis com elementos centrais do pragmatismo filosófico, mas que aparecem mais como expressões de um temperamento ou estado de espírito do que produtos do conhecimento e da aplicação sistemática de um corpo doutrinário. Ser pragmático não pressupõe ser um filósofo bem treinado capaz de reproduzir na rotina do direito um saber acadêmico⁴⁸. Ao contrário, significa não mais do que manifestar na prática jurídica características tão comumente identificadas entre juízes e advogados (e mesmo em pessoas que atuam em esferas não-jurídicas), como a propensão para considerar mais os efeitos práticos de decisões do que debater soluções para problemas concretos em torno de conceitos vagos, teorias ambiciosas e generalidades⁴⁹.

Na visão de Posner, o juiz pragmático é uma expressão desse ânimo. Ele é “impaciente com abstrações, como ‘justiça’ e ‘equidade’, com slogans, como ‘autogoverno’ e ‘democracia’, e com a retórica pretensiosa de ‘absolutos’ – a menos que esteja convencido de que erguer essas bandeiras tenha valor social prático”⁵⁰. Além disso, ele é sensível aos efeitos concretos de suas ações, embora (i) não esteja preocupado exclusivamente com as consequências imediatas das suas decisões, como prescrevem algumas versões éticas consequencialistas⁵¹, e (ii) não possua um olhar limitado ao curto-prazo⁵². Um juiz pragmático não desconsidera a relevância das virtudes associadas ao Estado de Direito, como segurança, previsibilidade e estabilidade, e leva em conta os *efeitos sistêmicos* de suas escolhas para a promoção

47 POSNER, Richard. *Law, pragmatism, and democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 12, 26.

48 POSNER, Richard. *Law, pragmatism, and democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 11. Para Posner, espera-se que a desconexão entre direito e filosofia pragmatista seja bastante marcada, uma vez que esta, por ser mais crítica de teorias do que da prática, tem pouco a dizer sobre práticas específicas, como as que estão envolvidas na administração do direito (id.). Cf. também ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [meta]teoria da decisão judicial: Caracterização, Estratégias e Implicações. In: Daniel Sarmiento (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 178.

49 ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [meta]teoria da decisão judicial: Caracterização, Estratégias e Implicações. In: Daniel Sarmiento (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 177.

50 POSNER, Richard. *Law, pragmatism, and democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 12.

51 VERMEULE, Adrian. Instrumentalisms. *Harvard Law Review*, v. 120, n. 8, jun. 2007, p. 2115-2117. V. também PETTIT, Philip: Consequentialism. In: SINGER, Peter (Ed.). *A companion to ethics*. Oxford: Blackwell, 1991, p. 230-240.

52 POSNER, Richard. *Law, pragmatism, and democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 12.

desses valores quando decide. Por isso, nem sempre as consequências importantes para a justificação de uma decisão serão as relacionadas imediatamente ao caso que se enfrenta. Em certas ocasiões, observar regras e reconhecer bolsões de formalismo deverão prevalecer no enfrentamento de casos específicos precisamente em razão das suas consequências práticas⁵³. E, antes que se imagine o contrário, isso não cria nenhum tipo de tensão com o agir pragmático. Um juiz pragmático, como dito, não rejeita princípios do Estado de Direito. Ele só não os sacraliza⁵⁴, como se eles tivessem algum tipo de valor intrínseco.

Como se nota, da aplicação de alguma versão do pragmatismo filosófico no direito ao esforço de Posner para se manter dele distante, o sentido da expressão “pragmatismo jurídico” não é de apreensão rápida e incontestável. Dependendo de como é compreendida, ela pode até mesmo beirar o trivial, ao designar, por meio de um rótulo pomposo, não mais do que “bom senso” ou “senso prático”⁵⁵. Entre nós, porém, se a reforma produzida pela Lei nº. 13.655/18 na LINDB é um marco das inclinações pragmáticas sentidas no direito público brasileiro, agir ou decidir pragmaticamente parece superar os sentidos mais gerais e banais da expressão. Tomando o artigo 20 da LINDB como referência⁵⁶, o tipo de pragmatismo em que parece ter investido o legislador conjugaria as duas marcas mais centrais do pragmatismo cotidiano mencionado por Posner: (i) o anticonceitualismo (na medida em que o dispositivo tenta limitar de alguma forma o recurso, nas esferas administrativa, controladora e judicial, a “valores jurídicos abstratos” na justificação de decisões) e (ii) o consequentialismo (que se expressa na disposição para considerar os efeitos concretos – ou, na dicção legal, as “consequências práticas” – das decisões)⁵⁷. Independentemente dessas disputas, em qualquer dessas caracterizações distantes do instrumentalismo radical parece menos

53 POSNER, Richard. *Law, pragmatism, and democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 60.

54 POSNER, Richard. *Law, pragmatism, and democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 12.

55 ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [meta]teoria da decisão judicial: Caracterização, Estratégias e Implicações. In: Daniel Sarmiento (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 177.

56 “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.” (BRASIL. *Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018*. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Brasília, DF: Presidência da República, 25 abr. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm. Acesso em: 03 jul. 2020).

57 Na mesma linha, defende Gustavo Binbenbojm a proximidade do que considera ser um “giro pragmático” no direito administrativo com o pragmatismo cotidiano de Posner, que impõe “basear conceitos, proposições e decisões no exame de suas consequências práticas, em um determinado contexto concreto, sem prestar necessária reverência a premissas teóricas inquestionáveis”. V. BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 58.

evidente que o pragmatismo jurídico conduza inevitavelmente ao *ativismo judicial*. Não, pelo menos, antes que se defina o que a expressão quer dizer.

3 Ativismo judicial e suas facetas

Ativismo judicial é mais um “ismo” de múltiplos sentidos. Em razão dessa característica, tal qual ocorre com pragmatismo e instrumentalismo, a expressão nem sempre é empregada com rigor, uniformidade e, sobretudo, polaridade constante. Embora, no geral, o tom associado à expressão seja negativo, é possível encontrar autores que consideram o ativismo uma “solução”, ainda que contextual, para dilemas da jurisdição constitucional⁵⁸. Sem embargo, a presença cada vez mais constante da expressão no vocabulário acadêmico e no debate público aliada à ductibilidade típica de termos plurívocos tornam o rótulo “ativismo judicial” uma espécie de jargão amplamente disponível para a caracterização de uma decisão específica ou postura judicial da qual geralmente se discorda⁵⁹. Sem que se saiba, no entanto, o que o define, a utilização do termo vem permanentemente acompanhada do risco de apelo meramente retórico a algo, no fundo, “inútil, por superabrangente, ou, ainda pior, [...] [a] uma daquelas armadilhas semânticas que enredam os participantes desavisados do debate público, fazendo-os supor verdades ainda não estabelecidas e levando-os a julgar instituições e a formar opiniões políticas a partir de mistificações dissolventes”⁶⁰.

Como síntese de uma crítica a abusos relacionados ao exercício da jurisdição, Keenan Kmiec tem razão ao declarar que “a ideia de ativismo judicial existe há muito mais tempo do que o termo”⁶¹, cunhado em 1947. Seu autor não foi um juiz ou professor de direito, mas o historiador Arthur Schlesinger Jr., que o empregou em um artigo para a revista *Fortune*, um veículo destinado ao público em geral de caráter não

58 BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. [Syn] *Thesis*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2012, p. 32. Na linha de não visualizar uma série de atuações do STF comumente consideradas “ativistas” (como, por exemplo, a interferência da corte na execução de políticas públicas e, ao exercer a jurisdição constitucional, ir além da mera função de legislador negativo) como reflexo “de atuação desbordante do princípio da separação de poderes ou das exigências da democracia representativa”, cf. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. In: FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodium, 2011, p. 398.

59 Assim o é nos EUA desde os anos 50 e 60 do século passado, após o período de avanços associados à corte Warren. V. ARGUELHES, Diego Werneck; OLIVEIRA, Fabiana Luci; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ativismo judicial e seus usos na mídia brasileira. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 40, jan./jun. 2012 p. 39.

60 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. In: FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodium, 2011, p. 388.

61 KMIEC, Keenan D. Origin and current meanings of judicial activism. *California Law Review*, v. 92, n. 5, out. 2004, p. 1444.

acadêmico⁶². Em seu artigo, Schlesinger Jr. apresentou um perfil dos nove integrantes da Suprema Corte naquele momento, explicando as alianças e divisões entre eles⁶³. No texto, os juízes Black, Douglas, Murphy e Rutledge foram classificados como “ativistas”, enquanto os juízes Frankfurter, Jackson e Burton como os “campeões da autocontenção”. Entre os dois extremos estariam o juiz Reed e o Chief Justice Vinson⁶⁴. Para a sustentação da conclusão, ideias diferentes foram utilizadas para diferenciar os três grupos de juízes. Nas palavras de Schlesinger Jr.⁶⁵:

Esse conflito pode ser descrito de diversas maneiras. O grupo de Black e Douglas acredita que a Suprema Corte pode desempenhar um papel positivo na promoção de bem-estar social; o grupo de Frankfurter e Jackson defende uma política de autocontenção. Um grupo está mais preocupado com o emprego do poder dos juízes em favor das suas próprias concepções do que é bom para a sociedade; o outro com a expansão do escopo do juízo legislativo admissível, ainda que isso signifique apoiar conclusões que privadamente condenem. Um grupo encara a corte como um instrumento para alcançar resultados sociais desejáveis; o segundo como um instrumento para permitir que outros poderes alcancem os resultados que as pessoas desejam para o melhor ou para o pior. Em resumo, o flanco Black-Douglas parece estar mais preocupado com a solução de casos particulares de acordo com as suas preconcebidas visões sociais; [já] o flanco Frankfurter-Jackson, com preservar o Judiciário em seu lugar estabelecido, mas limitado, no sistema americano [...].

62 SCHLESINGER JR., Arthur M. The Supreme Court: 1947. *Fortune*, jan. 1947, p. 76-78, apud KMIEC, Keenan D. Origin and current meanings of judicial activism. *California Law Review*, v. 92, n. 5, out. 2004, p. 1446.

63 KMIEC, Keenan D. Origin and current meanings of judicial activism. *California Law Review*, v. 92, n. 5, out. 2004, p. 1446.

64 SCHLESINGER JR., Arthur M. The Supreme Court: 1947. *Fortune*, jan. 1947, p. 76-78 apud KMIEC, Keenan D. Origin and current meanings of judicial activism. *California Law Review*, v. 92, n. 5, out. 2004, p. 1446.

65 SCHLESINGER JR., Arthur M. The Supreme Court: 1947. *Fortune*, jan. 1947, p. 201 apud KMIEC, Keenan D. Origin and current meanings of judicial activism. *California Law Review*, v. 92, n. 5, out. 2004, p. 1446. Tradução livre. No original: “This conflict may be described in several ways. The Black-Douglas group believes that the Supreme Court can play an affirmative role in promoting the social welfare; the Frankfurter-Jackson group advocates a policy of judicial self-restraint. One group is more concerned with the employment of the judicial power for their own conception of the social good; the other with expanding the range of allowable judgment for legislatures, even if it means upholding conclusions they privately condemn. One group regards the Court as an instrument to achieve desired social results; the second as an instrument to permit the other branches of government to achieve the results the people want for better or worse. In brief, the Black-Douglas wing appears to be more concerned with settling particular cases in accordance with their own social preconceptions; the Frankfurter-Jackson wing with preserving the judiciary in its established but limited place in the American system”.

Como se observa, os critérios manejados pelo autor são de distintas naturezas. Para a caracterização dos “ativistas”, estes podem ser definidos como juízes que acreditam que devem buscar ativamente a promoção do bem-estar social, servem-se de suas competências em favor das suas próprias concepções de bem ou encaram as decisões da corte como instrumentos para a realização de resultados socialmente desejáveis. Essa diversidade, que pode ser lida como produto de imprecisão conceitual, dificulta a captação do que exatamente a expressão quer dizer. Mas não só por isso, a complexidade por trás do esforço de definir “ativismo judicial” a partir dessas pistas decorre do fato de que a diversidade de sentidos que esses parâmetros podem receber depende, no fundo, (i) da sua relação com teorias normativas geralmente abrangentes sobre o papel do Judiciário na democracia e na tutela de direitos fundamentais e (ii) da articulação dessas teorias (ii.i) com maiores ou menores níveis de vinculação ao que o direito aplicável a casos concretos prescreve como solução (especialmente regras e precedentes) e/ou (ii.ii) com o reconhecimento de espaços de atuação legítima de outros poderes que devem ser preservados pela atividade jurisdicional. Esses sentidos expressam, de uma maneira geral, como a expressão ativismo judicial está basicamente relacionada à fidelidade ao direito que se espera de um magistrado ou ao espaço de atuação apropriada do Judiciário em um regime democrático organizado em torno de alguma concepção de separação de poderes.

Em qualquer dos casos, é evidente como a definição de ativismo e a sua valoração dependem de alguma *teoria normativa* que defina de antemão o papel esperado ou considerado “normal” do Judiciário e como ele deve interagir com outros poderes. Dependendo de como a teoria de referência estabelece as condições para a diferenciação entre atuação adequada e desviante e relaciona esses qualificativos ao conceito de “ativismo judicial”, será possível não apenas classificar uma conduta ou decisão como ativista como também avaliá-la positiva ou negativamente⁶⁶. Isso significa que debates sobre o sentido e o valor do ativismo judicial envolvem debates anteriores marcadamente normativos e/ou conceituais, como aqueles que dizem respeito ao papel do Judiciário na democracia, ao que significa interpretar e aplicar adequadamente a Constituição ou à justificação de um modelo de deferência judicial a escolhas de outros poderes⁶⁷. E, para cada um desses temas, há uma ampla

66 ARGUELHES, Diego Werneck; OLIVEIRA, Fabiana Luci; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ativismo judicial e seus usos na mídia brasileira. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 40, jan./jun. 2012, p. 41.

67 Como exemplo de defesa do ativismo judicial, o ministro Celso de Mello já relacionou o ativismo do Supremo ao cumprimento de sua função institucional, o que afastaria do conceito a ideia de usurpação de competências ou de desobediência à Constituição. Nas palavras do ministro, “o chamado ativismo judicial é uma resposta do Supremo a provocações formais da sociedade a partir de mecanismos criados pela Constituição para neutralizar o caráter lesivo das omissões do Congresso ou do Executivo. Nesses casos, não há interferência indevida do Supremo: o Tribunal está apenas cumprindo sua função”. Cf. Anuário da Justiça de 2010. Consultor Jurídico, 2010, p. 77, apud BRANCO, Paulo

diversidade de propostas, incluindo alternativas sustentadas *pragmaticamente*⁶⁸. Não bastasse isso, a complexidade das disputas envolvendo a definição de ativismo judicial se amplia quando a aplicação em casos concretos dos parâmetros oferecidos por teorias normativas para a apreciação da atuação judicial apropriada se torna, ela mesmo, um problema de interpretação do direito ou, mais especificamente, de interpretação da Constituição. Como bem sustentam Diego Arguelhes, Fabiana Oliveira e Leandro Ribeiro⁶⁹, “[a] própria delimitação do que consiste em uma atuação constitucionalmente desviante ou aceitável está sujeita a interpretação jurídica – ainda mais se tratando de casos nos quais princípios constitucionais estão em jogo, como ocorre em grande parte dos casos contemporâneos em que a política é judicializada no Brasil e no mundo”. Com isso, “a dificuldade de se remover a carga valorativa da expressão ‘ativismo judicial’ é um reflexo de um problema anterior e insolúvel: a dificuldade de se remover a carga valorativa da atividade de interpretação jurídica em si – em especial da interpretação constitucional”⁷⁰.

Tudo isso só revela como podem ser difíceis e discutíveis as tarefas de definição de “ativismo judicial”, de atribuição de valor à expressão e de aplicação concreta do epíteto “ativista” a uma corte ou decisão. Como consequência dessa complexidade, a expressão “ativismo judicial” pode ser empregada em contextos muito diversos, o que pode reduzi-la, na prática, a “mera arma política”⁷¹, a um rótulo vazio permanentemente disponível para ser empregado como forma de criticar uma decisão da qual se discorde. Desprovida de qualquer rigor, a etiqueta perde o seu potencial para orientar debates acadêmicos e práticos construtivos, restando apenas o seu papel retórico e a sua conotação quase sempre pejorativa⁷².

De qualquer forma, mesmo excluído o apelo pouco criterioso ou meramente estratégico, marcas da aludida pluralidade de sentidos de “ativismo judicial” são evidentes. Para além dos conteúdos difusos relacionados por Schlesinger Jr. à expressão, Arguelhes, Oliveira e Ribeiro identificaram, após pesquisa empírica em reportagens

Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. In: FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodium, 2011, p. 394-395.

68 V. item 4, *infra*.

69 ARGUELHES, Diego Werneck; OLIVEIRA, Fabiana Luci; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ativismo judicial e seus usos na mídia brasileira. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 40, jan./jun. 2012, p. 41.

70 ARGUELHES, Diego Werneck; OLIVEIRA, Fabiana Luci; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ativismo judicial e seus usos na mídia brasileira. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 40, jan./jun. 2012, p. 41.

71 ARGUELHES, Diego Werneck; OLIVEIRA, Fabiana Luci; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ativismo judicial e seus usos na mídia brasileira. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 40, p. 34-64, jan./jun. 2012.

72 KMIEC, Keenan D. Origin and current meanings of judicial activism. *California Law Review*, v. 92, n. 5, out. 2004, p. 1444.

de dois jornais de grande circulação nacional, três padrões recorrentemente associados à expressão pela mídia no Brasil: (i) ativismo como usurpação de poder; (ii) ativismo como ocupação de vácuo de poder; (iii) ativismo como engajamento judicial com causas políticas ou sociais⁷³. Kmiec, por sua vez, sistematiza cinco significados centrais associados à expressão: (i) invalidação de ações alegadamente constitucionais de outros poderes, (ii) inobservância de precedentes, (iii) atuação judicial como legislador (“legislação judicial”), (iv) desvios de metodologias interpretativas aceitas e (v) decisão orientada em resultados⁷⁴. O próprio Posner, na defesa de como a sua versão de pragmatismo cotidiano não é incompatível com uma concepção de democracia que almeja que juízes, como outros funcionários públicos, sejam responsivos à opinião pública duradoura e que, para esse propósito, espera que eles se sujeitem a controles que os previnam de exercer seus poderes de maneira completamente arbitrária⁷⁵, apresenta três sentidos de ativismo judicial: (i) uma inclinação para ampliar o poder das cortes às custas de outros poderes; (ii) uma expressão usada negativamente para se referir a toda e completa agressividade judicial para contestar escolhas democráticas; e (iii) como rótulo que denota um franco reconhecimento de que juízes são participantes “ativos” da política, na medida em que possuem amplas margens de discricionariedade, especialmente quando estão na Suprema Corte interpretando a Constituição⁷⁶. Barroso⁷⁷, finalmente, sustenta que

[a] postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador,

73 ARGUELHES, Diego Werneck; OLIVEIRA, Fabiana Luci; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ativismo judicial e seus usos na mídia brasileira. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 40, jan./jun. 2012, p. 35 e 50ss. Em detalhamento desses sentidos, explicam os autores: “Identificamos alguns padrões recorrentes: (i) ativismo como usurpação de poder, com o Judiciário avançando sobre competências dos outros poderes e eventualmente se chocando com decisões políticas tomadas nestas outras esferas; (ii) ativismo como ocupação de vácuo de poder, com os juízes resolvendo questões e dilemas de política pública que não vem sendo enfrentados no âmbito dos outros Poderes; (iii) ativismo como engajamento judicial com causas políticas ou sociais, em contraposição à tradicional imagem de neutralidade política do Poder Judiciário” (ARGUELHES, Diego Werneck; OLIVEIRA, Fabiana Luci; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ativismo judicial e seus usos na mídia brasileira. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 40, jan./jun. 2012, p. 35).

74 KMIEC, Keenan D. Origin and current meanings of judicial activism. *California Law Review*, v. 92, n. 5, out. 2004, p. 1444

75 POSNER, Richard. *Law, pragmatism, and democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 209.

76 POSNER, Richard. *Law, pragmatism, and democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 211-212.

77 BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *[Syn]Thesis*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2012, p. 26.

com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Essas são apenas algumas ilustrações da plurivocidade de uma expressão cada vez mais presente em debates nacionais e internacionais sobre o desenvolvimento concreto da jurisdição constitucional. Para os fins deste trabalho, não é necessário, todavia, detalhar cada um dos sentidos ou apresentar as teorias normativas sobre atuação judicial adequada que podem embasar ou infirmar cada um deles. Para o estabelecimento de relações possíveis entre “ativismo” e “pragmatismo”, basta que se observe como aos dois “ismos” diferentes significados podem ser reconduzidos e como alguns deles podem tornar a relação entre ambos mais próxima, tensa ou simplesmente indiferente. Enquanto, por exemplo, o quinto sentido identificado por Kmiec (julgamento orientado em resultados) sugere uma associação forte entre ativismo e uma versão instrumentalista do pragmatismo, a inobservância de precedentes pode ser rejeitada por uma concepção pragmatista que, como visto, leva a sério os efeitos sistêmicos atrelados ao respeito a padrões jurídicos autoritativos como regras e precedentes para a promoção de valores centrais do Estado de Direito⁷⁸. Finalmente, uma teoria (i) de legitimação do ativismo judicial fundada sobre a proteção mais intensa a direitos fundamentais em razão de algum valor intrínseco que se atribua a eles ou (ii) de justificação para o primeiro sentido atribuído por Barroso a uma “postura ativista” (aplicação direta da Constituição em casos de lacuna e independentemente de interposição legislativa) pode simplesmente não guardar nenhuma relação com qualquer proposta pragmática. Perceber essas relações já seria suficiente para enfraquecer a tese de que juízes pragmáticos são necessariamente juízes ativistas. Mas, como veremos adiante, é possível ir além em reforço dessa conclusão.

4 Peças para uma justificação pragmática para a autocontenção judicial

Uma maneira aparentemente simples de justificar a inexistência de conexão necessária entre pragmatismo e ativismo judicial está na possibilidade de utilização de argumentos pragmáticos para rejeitar os sentidos mais básicos associados ao ativismo: a inobservância do direito e a invasão de espaços de atuação de outros poderes. Uma defesa pragmática do formalismo, como esboçado, é possível, embora dependente de

78 Nesse sentido, v. POSNER, Richard. *Law, pragmatism, and democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 63. SUNSTEIN, Cass. Must formalism be defended empirically? *The University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 66, 3, 1999, p. 668.

uma definição prévia de formalismo e, assim, da exploração dos diversos significados relacionados a um novo “ismo”⁷⁹. Para evitar o aprofundamento em mais um dilema conceitual, a defesa pragmática de posturas de autocontenção – de sentido menos controvertido do que “formalismo” – será explorada neste momento mais detalhadamente como argumento específico para separar “pragmatismo” de uma das manifestações mais recorrentes de “ativismo judicial”.

Toma-se como ponto de partida a concepção de pragmatismo na qual, como sustentado, parece ter investido o legislador por intermédio do artigo 20 da LINDB e que tem marcado as inclinações pragmáticas no direito brasileiro, notadamente no direito administrativo. Essa versão, que conjuga anticonceitualismo e consequencialismo, é de relevância imediata pela associação com o direito positivo. Ademais, ela é ampla o suficiente para captar o tipo de temperamento característico de advogados e juízes a que se refere Posner em seu modelo de pragmatismo cotidiano, que, ao mesmo tempo, soa intuitivo e procura se desprender de associações prévias com o pragmatismo filosófico.

A opção por essa versão mais simples sugere que a defesa pragmática de um modelo de autocontenção depende basicamente (i) da exclusão de uma estratégia de justificação amparada em conceitos abstratos e normativamente carregados, como “separação de poderes”, “democracia” e “constitucionalismo”, e (ii) de considerações sobre os possíveis efeitos positivos associados a posturas judiciais autocontidas. Como se nota, dado que o anticonceitualismo apenas fecha as portas para a adoção de uma estratégia de justificação, a validade do argumento depende fundamentalmente da apresentação de um raciocínio *consequencialista* apto para sustentar o resultado.

É certo que pragmatismo e consequencialismo (entendido apenas como uma estrutura de justificação de escolhas a partir de seus efeitos práticos esperados, mas não comprometido com nenhum critério específico para valorar os estados do mundo a eles associados⁸⁰) não se confundem⁸¹. Dworkin, por exemplo, propõe uma teoria da decisão judicial que ele mesmo define como consequencialista⁸², ainda que seja um crítico severo do pragmatismo e use a concepção de Posner como o alvo para o desenvolvimento de suas objeções. A inexistência de similitude entre os temos se explica porque, embora todo pragmatismo seja necessariamente consequencialista,

79 V. a respeito LEAL, Fernando. A Constituição diz o que eu digo que ela diz: formalismo inconsistente e textualismo oscilante no direito constitucional brasileiro. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre v. 12, n. 39, p. 99-143, jul./dez. 2018.

80 Esse é o caso, por exemplo, da Análise Econômica do Direito, que pressupõe esse tipo de consequencialismo, mas o “preenche” com um compromisso normativo específico: a *eficiência*, considerada como critério para avaliação das consequências associadas a distintas alternativas de decisão.

81 VERMEULE, Adrian. Instrumentalisms. *Harvard Law Review*, v. 120, n. 8, jun. 2007, p. 2117.

82 DWORKIN, Ronald. *Justice in robes*. Cambridge: Belknap/Harvard, 2006, p. 61: “[T]he embedded approach [to legal reasoning] I defend [...] is plainly consequential rather than deontological.”

nem todo consequencialismo conduz necessariamente a alguma versão do pragmatismo jurídico⁸³.

Uma tentativa sofisticada de oferecimento de um modelo consequencialista de justificação de padrões de comportamento judicial (incluindo modelos de deferência e de autocontenção) que se apresenta como aderente ao pragmatismo de Posner é a desenvolvida por Cass Sunstein e Vermeule⁸⁴. Em seu modelo de justificação, a preferência por métodos de interpretação e posturas decisórias depende de considerações consequencialistas dinâmicas, análises empíricas e comparações entre capacidades institucionais aferíveis nos limites do funcionamento de um arranjo institucional específico. Não há, por isso, uma resposta *em abstrato* para os problemas associados a como juízes devem se comportar quando são chamados a interpretar o direito ou a decidir casos que envolvem possíveis espaços de sobreposição de competências com o Executivo ou o Legislativo. As soluções são *contextuais* e imaginadas para além da resolução dos casos concretos com os quais juízes reais podem se deparar. Nessa perspectiva consequencialista, a análise crucial não é a dos efeitos projetáveis das alternativas decisórias que se colocam diante de um problema jurídico específico, mas aquela associada à identificação dos *efeitos sistêmicos* que podem decorrer da adoção de um método de decisão ou uma postura decisória ao longo do tempo. Isso quer dizer que as consequências do caso, obtidas em análises do tipo “*all-things-considered*”, não necessariamente determinarão a solução jurídica do problema específico a ser decidido.

Juízes pragmáticos, alerta Posner, precisam também estar atentos aos efeitos que podem ser produzidos se o tipo de comportamento adotado para a solução de cada caso for mantido no enfrentamento de futuros problemas⁸⁵. Reproduzidas no tempo, certas atitudes podem gerar mais incerteza e outras consequências indesejáveis que não são percebidas quando se adota uma perspectiva estática centrada exclusivamente na busca pela melhor solução para o caso concreto a ser decidido. Isso pode ocorrer quando regras e precedentes são sistematicamente derrotados e escolhas legislativas ou administrativas são constantemente revistas. Ainda que para o caso concreto adotar qualquer um desses caminhos pareça ser o melhor, a consideração dos efeitos

83 E o mesmo vale para o utilitarismo, que se compromete com algum critério de *utilidade* para a valoração dos estados do mundo associados a diferentes alternativas de decisão, e para a Análise Econômica do Direito, que pressupõe algum critério de *eficiência* para a realização do mesmo trabalho. Como uma teoria de justificação que mede a adequação de uma decisão em função de seus efeitos futuros, o consequencialismo não precisa necessariamente se comprometer com um critério de valoração dos efeitos esperados de cursos de ação. V. a respeito ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [meta]teoria da decisão judicial: Caracterização, Estratégias e Implicações. In: Daniel Sarmiento (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 188-194 e LEAL, Fernando. *Ziele und Autorität*, op. cit., parte B, III, 7.

84 SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. *Michigan Law Review*, Ann Arbor, v. 101, n. 4, 2003, p. 911.

85 POSNER, Richard. *Law, pragmatism, and democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 59.

colaterais que podem ser produzidos pela sinalização de que o direito não tende a vincular o Judiciário pode sugerir não os seguir. Para Posner, por isso, “apenas muito excepcionalmente seria justificável para o juiz desconsiderar o juízo legislativo”⁸⁶.

A proposta de Sunstein e Vermeule, embora destaque a centralidade da consideração de efeitos dinâmicos de alternativas de decisão, pretende avançar em relação à defesa pragmática de atitudes formalistas e posturas autocontidas de Posner, ao ressaltar que a distinção entre “consequências relacionadas ao caso” e “consequências sistêmicas” é míope ao papel central que aspectos institucionais desempenham – e deveriam desempenhar – para a solução de problemas de decisão jurídica. Consequências sistêmicas, antes de limites laterais à busca pela resposta a ser privilegiada no caso concreto, representam um elemento necessário para a superação de dilemas decisórios por juízes que não atuam em um vácuo institucional⁸⁷. É exatamente porque escolhas judiciais produzem reflexos sobre decisões de outros poderes que a insensibilidade institucional é um problema sério a ser superado.⁸⁸ Para tanto, uma justificação pragmática em favor de certa postura decisória ou teoria interpretativa depende de considerações sobre as efetivas limitações e habilidades das instituições. Comparar capacidades institucionais para a projeção dos efeitos sistêmicos de escolhas judiciais é o que permitirá afirmar se, em um dado arranjo institucional, faz mais sentido privilegiar o formalismo ou outra alternativa (como a ponderação de princípios) e atuar de maneira mais autocontida ou ativista.

Essa proposta pragmática orientada na busca por soluções de segunda-ordem para problemas decisórios reais não leva, portanto, invariavelmente ao ativismo judicial ou a um instrumentalismo endêmico. Teoricamente é até possível que essas soluções prevaleçam em contextos específicos, mas a justificação dessas opções não se dá em abstrato e independentemente das capacidades empiricamente aferíveis das instituições que interagem em um mesmo arranjo institucional. Ela depende, na verdade, da realidade em que escolhas judiciais serão implementadas e da sua aptidão para produzir consequências melhores, nos termos de algum critério de valoração, comparativamente a outras alternativas disponíveis.

É possível certamente problematizar esse modelo pragmático de justificação como excessivamente exigente, na medida em que a sua operacionalização pode depender de elevada capacidade de processamento de muitas informações⁸⁹. A complexidade da proposta, que exige a consideração de diversos elementos do arranjo institucional

86 POSNER, Richard. *Law, pragmatism, and democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 71.

87 SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. *Michigan Law Review*, v. 101, n. 4, 2003, p. 913

88 SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. *Michigan Law Review*, v. 101, n. 4, 2003, p. 913.

89 V., por exemplo, ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Dois problemas de operacionalização do argumento de “capacidades institucionais”. *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 192-213, 2016.

e de dados nem sempre facilmente disponíveis para a sustentação de prognoses sobre possíveis efeitos sistêmicos relacionados à adoção de posturas decisórias determinadas, no entanto, é possivelmente um investimento inevitável para impedir a generalização de um pragmatismo caricato.

O maior risco do amplo endosso do pragmatismo, como reconhece o próprio Posner, é o de ele se tornar, na prática, uma desculpa com ares de sofisticação teórica para cinismo e preguiça intelectual de advogados, estudantes, professores de direito e, mais catastroficamente, juízes⁹⁰. Em sua pior versão, o pragmático rejeita e despreza esforços teóricos, princípios jurídicos fundamentais e não investe tempo para apreender e entender regras jurídicas e métodos de interpretação com o discurso fugaz de que isso “não leva ao ponto” e representa “um mero obstáculo para pensarmos no que realmente importa”⁹¹. Em uma alternativa igualmente perversa, o pragmático não descarta empreendimentos teóricos, conceitos abstratos e métodos de decisão, mas tão somente porque reconhece possíveis benefícios associados à sua livre utilização – quase sempre como simples *slogans*. Nessa dimensão, teorias, conceitos e métodos, que não precisam ser necessariamente conhecidos em todos os seus detalhes, são manipulados seletiva e acriticamente, tornando a orientação pragmática fonte de justificação para sincretismos teóricos e metodológicos. Com a desculpa de “se apropriar do que teorias e métodos podem oferecer de melhor”, o pragmatismo atua como etiqueta garantidora do ar pseudoerudito considerado importante para a justificação de qualquer resultado a partir de excertos mal costurados de teorias (frequentemente mal compreendidas) e de fontes autoritativas de decisão.

Esse ecletismo vazio⁹², que pode tornar o pragmatismo tanto favorável como contrário ao recurso a teorias “em benefício da prática”, não é, contudo, o único problema a ser considerado. Livre de compromissos fundacionalistas, o pragmático vulgar, em sua apropriação superficial do pragmatismo, não apenas menospreza, ironiza ou se aproveita estrategicamente de exercícios intelectuais mais densos. Ele é também um *especulador* sobre o futuro. Suas considerações consequentialistas são intuitivamente orientadas e o que aparenta ser uma análise cuidadosa sobre efeitos práticos de decisões não costuma ser mais do que um chute sobre como as coisas podem ser. Nessa versão rasa, que conjuga desprezo teórico e o que Conrado Hübner Mendes chamou de “consequenciachismo”⁹³, o pragmático pode ser ativista ou

90 POSNER, Richard. *Law, pragmatism, and democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 63.

91 POSNER, Richard. Legal pragmatism. *Metaphilosophy*, Malden, v. 35, n. 1-2, jan. 2004, p. 153.

92 STONE, Martin. Four qualms about “legal pragmatism”. In: HUBBS, Graham; LIND, Douglas (Ed.). *Pragmatism, law, and language*. New York/London: Routledge, 2014, p. 286 ss.

93 MENDES, Conrado Hübner. Jurisprudência impressionista. *Época*, [S.l.], 14 set. 2018. Disponível em <https://epoca.globo.com/conrado-hubner-mendes/jurisprudencia-impressionista-23066592>. Acesso em: 25 jun. 2019. O texto gerou um pequeno debate. V. a respeito MENDONÇA, José Vicente Santos de. Em defesa do consequenciachismo. *Revista Colunistas de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 413, 16 set. 2018. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/jose-vicente-santos-mendonca/>

autocontido, mas isso não será mais do que fruto do acaso. Escapar dessa aleatoriedade sem suporte algum exige que o pragmatismo seja capaz de se apresentar como uma concepção sobre o direito e, mais especificamente, sobre o raciocínio judicial teoricamente estruturada a ponto de, ainda que criticável, poder ser levada a sério por perspectivas rivais. E é por meio do complexo modelo apresentado que o pragmatismo pode sustentar justificadamente por que não conduz necessariamente a um colapso instrumentalista ou ao ativismo judicial.

5 Conclusão

O objetivo central deste trabalho era enfrentar a pergunta colocada em seu título: juízes pragmáticos são necessariamente juízes ativistas? Após esclarecimentos conceituais – tão necessários quando “ismos” estão em jogo – e a apresentação da possibilidade de sustentação pragmática de posturas autocontidas é possível, em conclusão, responder negativamente à questão.

Embora descritivamente possa ser correto que juízes declarados pragmáticos possam ser mais ativistas ou que a redução do pragmatismo a uma versão caricata sugira uma associação quase imediata com instrumentalismo, como *teoria ou metateoria normativa da decisão judicial* o pragmatismo não necessariamente endossa esses resultados. Isso não quer dizer que as recentes inclinações pragmáticas notadas no direito brasileiro serão suficientes para produzir, no tempo, mais segurança e instabilidade interinstitucional. Conhecer, no entanto, os riscos associados a um pragmatismo raso e a complexidade de operacionalização de suas melhores versões (como a proposta de Sunstein e Vermeule) é um passo importante na direção da consolidação de um pragmatismo marcado por um consequencialismo prudente, que não encoraja permanentemente a consideração de consequências práticas de alternativas de decisão como o único e melhor caminho para a justificação de decisões jurídicas⁹⁴, e por um anticonceitualismo que não desagüe em cinismo ou sincretismo inconsistente. Sem isso, o ativismo judicial imoderado é apenas um dos muitos possíveis efeitos perversos que a aposta no pragmatismo pode produzir.

em-defesa-do-consequenciachismo. Acesso em: 03 mai. 2020.; WANG, Daniel Wei Liang. Entre o consequenciachismo e o principiachismo, fico com a deferência. *Jota*, [S.l.], 20 set. 2018. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/entre-o-consequenciachismo-e-o-principiachismo-fico-com-a-deferencia-20092018>. Acesso em: 25 jul. 2019. LEAL, Fernando. Consequenciachismo, principialismo e deferência: limpando o terreno. *Jota*, [S.l.], 01 out. 2018. Disponível em <https://www.jota.info/stf/supra/consequenciachismo-principialismo-e-deferencia-limpando-o-terreno-01102018>. Acesso em: 03 mai. 2020.

94 Nessa linha, por exemplo, referindo-se a um pragmatismo constitucionalmente adequado, MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito constitucional econômico*. 2ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 93-103

Referências

- ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [meta]teoria da decisão judicial: Caracterização, Estratégias e Implicações. In: Daniel Sarmiento (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009, p. 171-211.
- ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Dois problemas de operacionalização do argumento de “capacidades institucionais”. *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 192-213, 2016.
- ARGUELHES, Diego Werneck; OLIVEIRA, Fabiana Luci; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ativismo judicial e seus usos na mídia brasileira. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n.40, p. 34-64, jan./jun. 2012.
- BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- BARROSO, Luis Roberto. Anotações para o voto oral do ministro Luís Roberto Barroso. Recurso Extraordinário 635.659. Descriminalização do porte de drogas para consumo próprio. *Revista Consultor Jurídico*, [S.l.], 10 set. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-annotacoes-ministro-barroso-voto.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2020.
- BARROSO, Luis Roberto. Sairemos melhores do que entramos. *Migalhas*, [S.l.], 27fev.2019. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/297106/sairemos-melhores-do-que-entramos>. Acesso em 30dez.2020.
- BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *[Syn] Thesis*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. In: FELLETT, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodium, 2011, p. 387-401.
- BRASIL. *Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018*. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Brasília, DF: Presidência da República, 25 abr. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm. Acesso em: 03 jul. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Posse dos ministros Nelson Azevedo Jobim na presidência e Ellen Gracie Northfleet na vice-presidência do Supremo Tribunal Federal*: sessão solene realizada em 3 de junho de 2004. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 03 jun. 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/Plaquetas/722718/PDF/722718.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Discurso do Excelentíssimo Senhor Ministro Luiz Fux por ocasião da posse no cargo de Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça*. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 10 set. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/DiscursoPosseFux.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Abertura da audiência pública nº 26*. Ação cível originária 3.233 Minas Gerais. Conflitos federativos sobre questões fiscais dos estados e da união. Audiência Pública convocada pelo Ministro Luiz Fux, para discutir os conflitos federativos relacionados ao bloqueio, pela União, de recursos dos estados-membros em decorrência da execução de contragarantia em contratos de empréstimos não quitados. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 25 jun. 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/AudinciaPblicaConflitoFederativoQuestesfiscais.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2020.

DEWEY, John. Logical method and law. *Cornell Law Review*, Ithaca, v. 10, n. 1, p. 17-27, dez. 1924.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. *Justice in robes*. Cambridge: Belknap/Harvard, 2006.

EISENBERG, José. Pragmatismo jurídico. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro/Porto Alegre: Renovar/Unisinos, 2006, pp. 656-657.

FARBER, Daniel A. Legal pragmatism and the constitution. *Minnesota Law Review*, Minneapolis, v. 72, p. 1331-1378, 1988.

GREY, Thomas C. Freestanding legal pragmatism. *Cardozo Law Review*, Nova Iorque, v. 18, n. 1, p. 21-42, set. 1996.

JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB: Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo*. Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 13-41, nov. 2018

KMIEC, Keenan D. Origin and current meanings of judicial activism. *California Law Review*, Berkeley, v. 92, n. 5, p.1441-1477, out. 2004.

LEAL, Fernando. Inclinações pragmáticas no direito administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15. In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente de (Orgs.). *Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro: FGV, 2017.

LEAL, Fernando. *Ziele und Autorität: Zu den Grenzen teleologischen Rechtsdenkens*. Baden-Baden: Nomos, 2014.

LEAL, Fernando. A Constituição diz o que eu digo que ela diz: formalismo inconsistente e textualismo oscilante no direito constitucional brasileiro. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre v. 12, n. 39, p. 99-143, jul./dez. 2018.

LEAL, Fernando. Consequenciachismo, principialismo e deferência: limpando o terreno. *Jota*, [S.l.], 01 out. 2018. Disponível em <https://www.jota.info/stf/supra/consequenciachismo-principialismo-e-deferencia-limpando-o-terreno-01102018>. Acesso em: 03 mai. 2020.

LUBAN, David. What's pragmatic about legal pragmatism?. *Cardozo Law Review*, Nova Iorque, v. 18, n. 1, pp. 43-74, set. 1996.

- MAGALHÃES, Andréa. *Jurisprudência da crise. Uma perspectiva pragmática*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017.
- MELLO, Marco Aurélio. *Voto no Recurso Extraordinário 565.089 São Paulo*. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 09 jun. 2011. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE565089.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2020.
- MENDES, Conrado Hübner. Jurisprudência impressionista. *Época*, [S.l.], 14 set. 2018. Disponível em <https://epoca.globo.com/conrado-hubner-mendes/jurisprudencia-impressionista-23066592>. Acesso em: 25 jun. 2019.
- MENDONÇA, José Vicente Santos de. Em defesa do consequenciachismo. *Revista Colunistas de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 413, 16 set. 2018. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/jose-vicente-santos-mendonca/em-defesa-do-consequenciachismo>. Acesso em: 03 mai. 2020.
- MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito constitucional econômico*. 2ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo: teoria social e política*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005.
- PETTIT, Philip: Consequentialism. In: SINGER, Peter (Ed.). *A companion to ethics*. Oxford: Blackwell, 1991, p. 230-240.
- POSNER, Richard. *Overcoming Law*. 4ª. ed. Cambridge/London: Harvard University Press, 1997.
- POSNER, Richard. *Law, pragmatism, and democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.
- POSNER, Richard. Legal pragmatism. *Metaphilosophy*, Malden, v. 35, n. 1-2, p. 147-159, jan. 2004.
- RORTY, Richard. The Banality of Pragmatism and the Poetry of Justice. *Southern California Law Review*, Los Angeles, v. 63, p. 1811-1819, 1990.
- RORTY, Richard. *Consequences of pragmatism*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1982.
- SCHAUER, Frederick. Formalism. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 97, n. 4, p. 509-548, mar. 1988.
- SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: A new introduction to legal reasoning*. Cambridge/London: Harvard University Press, 2009.
- STONE, Martin. Four qualms about “legal pragmatism”. In: HUBBS, Graham; LIND, Douglas (Ed.). *Pragmatism, law, and language*. New York/London: Routledge, 2014.
- STRECK, Lenio. O realismo ou “quando tudo pode ser inconstitucional”. *Consultor Jurídico (Conjur)*, [S.l.], 02jan.2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jan-02/senso-incomum-realismo-ou-quando-tudo-inconstitucional>. Acesso em: 22 dez. 2020.

STRUCHINER, Noel. Algumas “proposições fulcrais” acerca do direito: odebate jusnaturalismo vs. juspositivismo. In: MAIA, Antônio Cavalcant; MELO, Carolina de Campos; CITTADINO, Gisele; POGREBINSCHI, Thamy (Orgs.). *Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 399-415.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Para Céticos*. 2. ed. São Paulo: Direito GV/ Malheiros, 2014.

SUNSTEIN, Cass. Must formalism be defended empirically? *The University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 66, 3, p. 636-670, 1999.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. *Michigan Law Review*, v. 101, n. 4, p. 885-951, 2003.

TAMANAHA, Brian Z. *Law as a means to an end: threat to the rule of law*. Cambridge: CUP, 2006.

VERMEULE, Adrian. Instrumentalisms. *Harvard Law Review*, v. 120, n. 8, p. 2113-2132, jun. 2007.

WANG, Daniel Wei Liang. Entre o consequenciachismo e o principiachismo, fico com a deferência. *Jota*, [S.l.], 20 set. 2018. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/entre-o-consequenciachismo-e-o-principiachismo-fico-com-a-deferencia-20092018>. Acesso em: 25 jul. 2019.