

# PRAGMATISMO, DIREITO E POLÍTICA

José Eisenberg e Thamy Pogrebinschi<sup>1</sup>

## RESUMO

Este artigo analisa as formulações pragmatistas sobre o problema da aplicação do direito e compara o pragmatismo jurídico com as três teorias do direito mais freqüentemente mobilizadas pela ciência social brasileira: o positivismo de Hans Kelsen e Herbert Hart, a hermenêutica de Ronald Dworkin e o procedimentalismo de Jürgen Habermas. Campo teórico tradicionalmente negligenciado pela nossa ciência social, o pragmatismo propõe uma perspectiva contextualista e consequencialista que abre interessantes caminhos para uma reflexão crítica da judicialização da política e da politização do Judiciário no Brasil.

*Palavras-chave: teoria do direito; pragmatismo jurídico; Poder Judiciário.*

## SUMMARY

This article deals with the pragmatic formulations on the problem of the application of law and sets out a comparison between the pragmatism and the three law theories most frequently mobilized in the Brazilian social science: the positivism of Hans Kelsen and Herbert Hart, the hermeneutics of Ronald Dworkin and the proceduralism of Jürgen Habermas. The pragmatism, a theoretical field traditionally overlooked here, offers a contextualist and consequentialist perspective that may lead through interesting ways towards a critical reflection on the process of juridification of the politics and the politicization of the judicial system in Brazil.

*Keywords: Law theory; juridical pragmatism; Judicative power.*

## Pragmatismo e filosofia

O termo "pragmatismo" encontra-se hoje tão associado ao nome de Richard Rorty, à sua filosofia anti-realista e às suas vastas implicações relativistas, que podemos até dizer que se tornou refém dessa associação. É curioso porém que em sua origem, nas filosofias de Charles Sanders Peirce, William James e John Dewey, o termo estivesse fortemente associado a uma filosofia realista, como bem nos lembra Hilary Putnam<sup>2</sup>. No grego clássico, aliás, os termos "*pragma*" e seu plural, "*pragmata*", significavam a realidade concreta, os fatos em questão, um ato ou um feito. Por que então essa perda do sentido original do pragmatismo e de sua vinculação a uma filosofia realista?

De acordo com Peirce, considerado fundador da doutrina, o pragmatismo (como ele a chamava) consiste em ver as crenças humanas como

(1) Os autores agradecem a Luiz Werneck Vianna pelo estímulo permanente ao desenvolvimento desta agenda de pesquisa, vinculada ao Instituto Virtual dos Três Poderes, apoiado pela Faperj e por ele coordenado. Agradecemos também ao parecerista anônimo do artigo pelas valiosas contribuições e correções à sua versão final.

(2) Putnam, Hilary. "A reconsideration of Deweyan democracy". In: Brint, Michael e Weaver, William (eds.). *Pragmatism in law and society*. San Francisco: Westview Press, 1991, pp. 217 ss.

hábitos da mente, algo que move as pessoas à ação. A mente seria simplesmente um termo "guarda-chuva" para as capacidades dirigidas à ação do corpo humano, e entender a mente significaria entender quais hábitos dela são gerados e mobilizados para quais ações humanas. A esse consequencialismo Peirce acoplava um contextualismo, já que as capacidades de adaptação e transformação é que melhor definiriam o âmago da mente, de modo que o ambiente sociocultural seria a principal variável explicativa das configurações de personalidade dos homens<sup>3</sup>. O processo de conhecimento, de acordo com Peirce, sempre se iniciaria a partir do estado da mente no qual já se encontra o homem conforme um determinado contexto, inevitavelmente tomado de uma enorme massa de cognição já formada e não questionada.

Não seria possível, portanto, fundamentar tudo em truísmos essenciais, mas isso não quer dizer que o realismo pragmatista seja uma versão conservadora de ceticismo; ele se diferencia do ceticismo burkiano, por exemplo, ao enfatizar o elemento da imaginação na formação dos hábitos, em vez da autoridade normativa de crenças inconscientes expressas na forma de costumes. O pragmatismo, dessa maneira, vem se opor ao fundamentalismo e ao ceticismo, mas está longe de ser uma doutrina anti-realista. E é no plano do direito que essa associação entre pragmatismo e realismo se tornou mais sólida e evidente. Este artigo analisa as formulações pragmatistas sobre o problema da aplicação do direito e compara o pragmatismo jurídico com as três teorias do direito mais frequentemente mobilizadas pela ciência social brasileira: o positivismo de Hans Kelsen e Herbert Hart, a hermenêutica de Ronald Dworkin e o procedimentalismo de Jürgen Habermas.

## Pragmatismo jurídico: o velho e o novo

Aos escritos de John Dewey sobre o direito sucedeu-se uma linhagem de autores entre os quais se incluíram muitos juizes, que formaram a chamada escola do realismo jurídico. Seus principais nomes, em intensa atividade nos idos dos anos 1920, foram Oliver Wendell Holmes, Roscoe Pound e Benjamin Cardozo, que inovaram a teoria jurídica ao apresentar um conceito de direito puramente instrumental, em que o direito se sujeita às necessidades humanas. Colidindo de frente com a teoria aristotélica de justiça corretiva, esses autores propugnavam ainda que as próprias regras jurídicas deveriam ser entendidas em termos instrumentais, implicando contestabilidade, revisabilidade e mutabilidade. Incorporando o pragmatismo de Dewey e Peirce, o realismo jurídico, ou jurisprudência sociológica, não buscava a verdade, mas uma crença justificada pela necessidade social. A causa final do direito, portanto, seria o bem-estar da sociedade. Essa doutrina ganhou muitos adeptos entre os juizes da Suprema Corte norte-americana, entre os quais Brandeis, Frankfurter, Jackson e Douglas, além do

(3) Peirce, Charles S. "Pragmatism: a philosophy of science. Values in a universe of chance". In: *Selected writings of Charles S. Peirce*. Nova York: Doubleday Anchor Books, 1958, pp. 91 ss. Há duas fontes filosóficas na origem do pragmatismo de Peirce: no século XVIII, o empiricismo positivista do Iluminismo, derivado dos *philosophes* e dos seguidores radicais de Bentham, e uma síntese de contribuições do século XIX, como biologia evolucionista, historicismo e romantismo. Essas heranças teóricas estão na raiz de duas das principais características do pragmatismo: do darwinismo e do iluminismo ele herdou o instrumentalismo; já do historicismo e do romantismo, herdou o contextualismo. Cf. Grey, Thomas. "What good is legal pragmatism". In: Brint e Weaver (eds.), op. cit., pp. 11 ss.

próprio Holmes. Assim é que o realismo jurídico se fez muito presente no âmbito da jurisdição constitucional e implicou uma concepção distinta de interpretação do direito: o juiz passava a ser criador do direito e a interpretação tornava-se uma tarefa criativa e não meramente contemplativa.

Ao fim da II Guerra Mundial, tanto o pragmatismo filosófico como o realismo jurídico perderam suas forças. Na década de 1960 o pragmatismo ressurgiu na figura de Richard Rorty, e na década seguinte Mangabeira Unger apareceu como herdeiro radical do realismo jurídico. Já a partir da década de 1980 passa-se a falar em uma escola neopragmatista do direito, liderada por autores como Richard Posner e Thomas Grey, entre outros. O novo realismo jurídico — ou neopragmatismo jurídico — deve uma de suas melhores definições a Posner, para o qual não se deve qualificar como pragmatista uma filosofia que não contenha os seguintes elementos: descrença em entidades metafísicas tais como "verdade", "realidade" e "natureza", exame das proposições por suas conseqüências e sua conformidade com necessidades humanas e sociais<sup>4</sup>. Esses três elementos, com efeito, indicam as características essenciais que diversos autores reconhecem no pragmatismo: o antifundacionalismo, o conseqüencialismo e o contextualismo. O conseqüencialismo, ou instrumentalismo, faz-se notar pelo enraizamento do direito na prática e no conhecimento tácito. O contextualismo evidencia-se ao se julgar essas práticas e o conhecimento delas a partir de quão bem produzem resultados desejáveis em situações problemáticas<sup>5</sup>. Por fim, ser pragmatista em direito significa entender o que define uma teoria, negativamente, como fundacionalista: sua generalidade e abstração, que a tornam impraticável. Não haveria vício em raciocinar teoricamente, mas em conferir autoridade última à teoria: o objetivo crítico desse raciocínio não seria chegar a abstrações praticáveis, e sim explicitar pressuposições tácitas quando elas geram problemas práticos.

Mas como falar do que funciona ou do que causa problemas sem uma teoria do que é correto ou bom? O pragmatismo não nega que teorias éticas ou morais operem sobre a formulação do direito, mas enfatiza que, na maior parte das vezes ou pelo menos freqüentemente, a porção mais importante de uma legislação é o *proviso*, "exceto em casos em que fatores preponderantes prescrevam o contrário". O pragmatismo opera com a noção de que atitudes teóricas para com o direito são heurísticas em sua intenção e probabilísticas em seu conteúdo — nem axiomáticas nem universais, portanto. Tudo o que uma máxima universal ou um procedimento formal anunciam é que, "na maior parte das vezes, provavelmente é melhor aplicar tal norma". Daí a tranqüilidade com que o pragmatista opera com a contradição na esfera jurídica, que para ele não é contradição, mas apenas conflito.

O pragmatismo jurídico é, portanto, uma teoria sobre como usar a teoria<sup>6</sup>. Ao perguntar-se "como funciona o direito", o pragmatismo responde apontando para a heterogeneidade de recursos utilizados pelo direito a fim de produzir resoluções políticas para disputas que precisam ser formatadas em termos apolíticos e abstratos. Um juiz pragmatista será então, antes de tudo, um criador do direito. Ao decidir, ele se torna servo das necessidades

(4) Posner, Richard. "What has pragmatism to offer law". In: Brint e Weaver (eds.), op. cit., p.37.

(5) Grey, op. cit., p. 16.

(6) Ibidem, p. 25.

humanas e sociais, dando primazia às possíveis conseqüências de seu julgamento. O pragmatismo jurídico implica assim que aquele que opera com a aplicação do direito adote um ponto de vista experimental, secular, instrumental e progressivo, isto é, orientado para o futuro<sup>7</sup>. Decerto, o pragmatismo opõe-se à hermenêutica tradicional e até mesmo a certos representantes do paradigma pós-positivista, como tentaremos demonstrar aqui.

(7) *Ibidem*, p. 36.

Uma questão sempre presente no debate contemporâneo sobre o tema consiste nas relações entre o novo e o velho pragmatismo e entre o pragmatismo filosófico e sua versão jurídica. Para alguns, o novo pragmatismo, como o antigo, não é um movimento filosófico distinto, mas um termo que abarca diversas tendências do pensamento filosófico. O neopragmatismo, assim entendido, não seria novo<sup>8</sup>. E para outros o novo pragmatismo distancia-se do velho. Richard Rorty atribui dois motivos a esse distanciamento: os neopragmatistas falam de linguagem em vez de experiência, mente ou consciência, além de suspeitarem do termo "método científico"<sup>9</sup>. Quanto à relação entre os pragmatismos filosófico e jurídico, a questão a saber é se consistem em pensamentos independentes ou não. Por um lado, sustenta-se que o pragmatismo jurídico não pode ser independente (*free-standing*) da filosofia, sob pena de tornar-se uma teoria sem sentido<sup>10</sup>. Por outro, defende-se que o pragmatismo jurídico deve ser concebido de forma independente do filosófico, uma vez que os pragmatistas filosóficos e os jurídicos não entendem a mesma coisa por instrumentalismo e contextualismo<sup>11</sup>. A despeito dessas divergências quanto à novidade dos argumentos dos autores que recentemente reintroduziram o pragmatismo no debate jurídico, é imperativo compreender melhor qual a contribuição dessa tradição de pensamento *vis-à-vis* outras tradições do pensamento contemporâneo.

(8) Posner, *op. cit.*, p. 29.

(9) Rorty, Richard. "The banality of pragmatism and the poetry of justice". In: Brint e Weaver (eds.), *op. cit.*, p. 91.

(10) Luban, David. "What's pragmatic about legal pragmatism?". *Cardozo Law Review*, vol. 18, setembro de 1996, pp. 49,51,65.

(11) Grey, Thomas. "Freestanding legal pragmatism". *Cardozo Law Review*, vol. 18, setembro de 1996, pp. 28, 37-38.

## Pragmatismo e positivismo jurídico

Tendo resistido à investida do realismo jurídico no começo do século XX, o positivismo encontrou entre os seus vários oponentes surgidos no pós-guerra o pragmatismo jurídico. Ao lado das diversas correntes do pensamento jurídico que se enquadram na moldura pós-positivista, o pragmatismo constitui-se em uma tentativa de superação do paradigma positivista, não pela proposição de uma teoria do direito a ele alternativa, mas pela rediscussão da metodologia lógico-positivista e de seu conseqüente formalismo no campo da aplicação do direito. A crítica pragmatista aos positivistas dirige-se essencialmente ao seu método de aplicação do direito, que ignora o papel das conseqüências na interpretação do direito, e à segurança jurídica por eles almejada, que implica a desconsideração do contexto no processo interpretativo. Dessa forma, o formalismo jurídico é irreconciliável com uma abordagem pragmatista do direito e das normas jurídicas.

Como já afirmamos, o pragmatismo jurídico não pretende ser uma teoria do direito, mas uma teoria sobre como fazer teoria. Os embates dos pragmatistas com quaisquer outras matrizes teóricas tendem a se firmar não tanto num nível conceitual, mas no domínio da prática jurídica, ou seja, da aplicação — ou interpretação — do direito. Já o positivismo jurídico na acepção kelseniana consistiria antes numa ciência que quer *descrever* o seu objeto, o direito, do que numa teoria sobre a aplicação desse mesmo objeto<sup>12</sup>. O que interessa aqui porém é indagar sobre a relação — ou irreconciliabilidade — entre positivismo e pragmatismo jurídico. Com efeito, o método de aplicação do positivismo é comumente identificado como uma das maiores debilidades da teoria positivista como um todo<sup>13</sup>, e não escapa também à crítica dos autores pragmatistas. A aplicação mecanicista do direito no positivismo, despida de conteúdo e apoiada no instrumental unicamente jurídico-normativo, ignora o papel das conseqüências na atividade interpretativa.

Em um sistema de pensamento em que o direito regula a sua própria criação e aplicação<sup>14</sup> e cujas fontes só podem ser o próprio direito<sup>15</sup>, os recursos disponíveis ao intérprete são exclusivamente normativos, ou melhor, restringem-se às espécies normativas componentes do ordenamento jurídico. Assim, o juiz positivista busca a melhor norma a ser aplicada dentre as normas válidas do direito positivo, e somente deste. Já o juiz pragmatista está preocupado em encontrar a melhor decisão<sup>16</sup>, que será aquela cujas conseqüências melhor correspondam às necessidades humanas e sociais. Para o positivismo sempre haverá uma norma jurídico-positiva a ser aplicada em qualquer caso, bastando que o juiz a descubra e a aplique e que o fato que deu ensejo à pretensão judicial seja subsumido a uma norma. Já o juiz pragmatista se valerá das normas jurídicas apenas como um dos vários recursos e instrumentos que lhe são disponíveis no momento da interpretação. A norma é, assim, apenas uma dentre as fontes de informação que orientam a sua atividade decisória<sup>17</sup>. Ao lado das próprias categorias jurídicas ou espécies normativo-positivas, restam ao julgador positivista apenas interpretações semânticas ou o uso da analogia. Ao antiempirismo positivista os pragmatistas opõem todo tipo de empiria na busca pela melhor conseqüência para a sua decisão<sup>18</sup>.

Para Kelsen, a importância do processo interpretativo está na construção da teoria escalonada do ordenamento jurídico, ou seja, na validação da norma inferior, específica (decisão judicial), pela norma superior, geral (a norma aplicável)<sup>19</sup>. Assim, o conteúdo que tal decisão vai adquirir não é importante desde que ela seja válida, isto é, esteja de acordo com as regras que disciplinam a sua criação. Uma decisão despreocupada com a sua própria justiça é, definitivamente, uma decisão que ignora as suas conseqüências sociais. Assim é que uma imagem recorrente no âmbito da interpretação *juspositiva* é a da "moldura"<sup>20</sup>: o ato de aplicação do direito deve preencher um quadro, diz Kelsen, mas a interpretação positivista, entendida como um processo de conhecimento e não de criação, deve apenas indicar esse quadro, e nunca preenchê-lo<sup>21</sup>. Em contraste, os pragmatistas teriam sua atividade

(12) Bouretz, Pierre. "Le droit et la règle: Herbert L. A. Hart", Troper, Michel. "Un système pur du droit: le positivisme de Kelsen". In: Bouretz, Pierre (org.). *La force du droit. Panorama des débats contemporains*. Paris: Esprit, 1991. Ver também a posição de Ronald Dworkin (*Law's empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986, pp. 31 ss), para quem o positivismo é apenas uma teoria semântica do direito.

(13) E contra ele se insurgem, no pós-guerra, diversas vertentes do denominado "pós-positivismo", o qual tem entre seus pioneiros e principais representantes Theodor Viehweg, com sua visão tópica do direito, e Chaim Perelman, com sua perspectiva retórica do direito.

(14) Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 257.

(15) *Ibidem*, p. 259.

(16) Posner, op. cit., p. 39.

(17) Posner, Richard. "Pragmatic adjudication". *Cardozo Law Review*, vol. 18, setembro de 1996, p. 5.

(18) Posner, "What has pragmatism to offer law", loc. cit., pp. 38 ss.

(19) Kelsen, op. cit., pp. 277 ss.

(20) O próprio Kelsen (*ibidem*, cap. VIII) se vale dessa metáfora.

(21) Larenz, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 105.

de interpretativa simbolizada justamente pelos instrumentos passíveis de ser usados na feitura desse quadro. Ao método lógico-dedutivo os pragmatistas opõem um método comparativo-consequencialista: enquanto o juiz positivista deduz, com recursos jurídicos, a melhor norma jurídica (ou única, já que a teoria do ordenamento jurídico deve sempre atender aos imperativos da coerência e da completitude) aplicável dentre as normas positivas válidas, o juiz pragmatista avalia comparativamente diversas hipóteses de resolução de um caso concreto tendo em vista as suas consequências.

A teoria do ordenamento jurídico delineada pelo positivismo tem como peças centrais os princípios da coerência e da completitude. O primeiro traduz-se pela idéia de que o ordenamento não comporta antinomias, ou seja, duas ou mais normas contraditórias ou contrárias. O segundo afirma a inexistência de lacunas no ordenamento, o que permite que o juiz sempre possa decidir qualquer caso que lhe seja apresentado fundamentando-se em uma norma pertencente ao sistema<sup>22</sup>. Esses dois princípios, por sua vez, referem-se à característica primeira do ordenamento jurídico positivista, qual seja, a sua unidade. O apelo de Kelsen a uma norma fundamental hipotética<sup>23</sup> que sirva de fundamento de validade para todas as demais normas do ordenamento jurídico expressa nada mais do que o desejo de fechar o sistema e assegurar sua unidade formal. Ora, um sistema que não comporta antinomias nem lacunas e cuja atividade interpretativa — ou integrativa — se dá somente por meio do recurso à analogia ou a fontes jurídico-normativas (como o são para Kelsen os costumes e a jurisprudência) é um sistema extremamente previsível. Com a norma fundamental, Kelsen unifica e fecha o sistema jurídico, de modo que cabe aos juizes, pelo imperativo da completitude, resolver todo e qualquer caso sem sair do próprio sistema jurídico. Assim, a unidade do ordenamento assegura a segurança jurídica, ou certeza do direito, tão prezada pelo ideário positivista.

O pragmatismo jurídico não apresenta nenhum compromisso com a segurança jurídica e a objetividade, propugnando que os conceitos e normas jurídicas sirvam constantemente às necessidades humanas e sociais e que o direito ajuste suas categorias para se adequar às práticas da comunidade extrajurídica<sup>24</sup>. O juiz pragmatista não se preocupa em manter a coerência lógica do sistema jurídico se isso não servir a um resultado socialmente desejável e benéfico<sup>25</sup>. A certeza do direito não é um dogma para esse juiz: ele constantemente se vale de recursos não-jurídicos para produzir decisões jurídicas que repercutam, invariavelmente, em um contexto político. À diferença do positivismo jurídico, o pragmatismo reserva um alto grau de imprevisibilidade à prática jurídica, caracterizando-a por extrema flexibilidade. Assim é que o juiz pragmatista tem no ordenamento jurídico, na norma positiva, apenas uma de suas muitas fontes. Às fontes autorizadoras somam-se todos os recursos extrajurídicos que auxiliarão o intérprete pragmatista a formar uma base empírica e bem-informada sobre qual decisão melhor responderá às necessidades humanas e sociais e se adequará ao seu contexto.

Por fim, há que atentar para a irreconciliabilidade do formalismo jurídico com uma abordagem contextualista do direito e das normas jurídicas.

(22) Essa sistematização é de Norberto Bobbio, em *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito* (São Paulo: Ícone, 1995, pp. 132-133, 202-203).

(23) O conceito de norma fundamental (*Grundnorm*) é central no pensamento positivista kelseniano. Trata-se de uma norma hipotética, *pressuposta*, da qual emanam todas as demais normas do ordenamento jurídico. Com essa construção Kelsen (op. cit., pp. 221 ss) pretende fundamentar a validade de todas as normas jurídicas em uma mesma fonte.

(24) Posner, "What has pragmatism to offer law", loc. cit., p. 39.

(25) Luban, op. cit., pp. 44 ss.

A compreensão instrumentalista do direito — ou da prática jurídica — proposta pelo pragmatismo requer um direito em constante mutação, que possa responder ao seu contexto corrigindo-se a si mesmo, enquanto o positivismo formalista encerra o direito em um sistema fechado, cego e surdo ao contexto social que o cerca. O instrumentalismo pragmatista implica também uma abordagem do direito referida ao futuro, atenta às conseqüências e aos resultados de sua aplicação, ao passo que o positivismo jurídico se centra na idéia de um sistema auto-referenciado, que se reproduz a partir de um processo de criação e aplicação de normas, fiel apenas a critérios formais. Os conceitos e categorias do positivismo jurídico, assim como suas normas, são estáticos. Sua a-valoração, seu despimento de qualquer conteúdo valorativo material, permite revisão apenas de um ponto de vista formal. Para os pragmatistas as normas jurídicas devem ser pensadas em termos instrumentais: são contestáveis, revisáveis e mutáveis<sup>26</sup>. Afinal, o conteúdo das decisões será determinado sempre de acordo com o contexto e as conseqüências em uma sociedade em constante evolução.

(26) Grey, op. cit., p. 32.

### Dworkin e o pragmatismo jurídico

Enquanto a relação do pragmatismo com o positivismo é de antagonismo direto, sua relação com outras correntes críticas ao positivismo é mais complexa. A busca da superação do positivismo jurídico moveu diversos autores contemporâneos, entre os quais destaca-se o jusfilósofo Ronald Dworkin. Preocupado primordialmente com a interpretação jurídica, esse autor argumenta que o positivismo consiste apenas em uma teoria semântica e não-interpretativa do direito. Os debates entre Dworkin e Hart constituem-se em rica fonte de informação sobre o assunto<sup>27</sup>, e igualmente fértil é o debate de Dworkin com o pragmatismo jurídico<sup>28</sup>.

(27) Dworkin, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977, caps. 2 e 3; Hart, Herbert L. A. "Pós-escrito". In: *O conceito de direito*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

(28) O próprio Dworkin (*Law's empire*, loc. cit., p. 153) reconhece que o pragmatismo é o adversário mais poderoso de sua concepção de direito.

Ao longo de um conjunto de várias obras, Dworkin tece uma teoria jurídica e elabora sua concepção do direito como integridade, a qual traz em si uma noção interpretativa de direito e busca a superação de teorias não-interpretativas de um modo bastante original. O conceito de integridade, que Dworkin almeja elevar ao *status* de virtude política — ao lado da justiça, da equidade e do devido processo legal —, parece constituir-se em uma síntese de duas perspectivas opostas: retrospectivamente, o convencionalismo, e prospectivamente, o pragmatismo<sup>29</sup>.

(29) Com efeito, a definição inicial de Dworkin (ibidem, p. 211) para a integridade do direito nos induz a essa conclusão.

(30) Ibidem, p. 211.

A teoria dworkiniana ambiciona consolidar um modelo de comunidade cujos membros aceitem ser governados pelos mesmos princípios<sup>30</sup>. Para que isso seja possível, Dworkin aplica ao direito o conceito de integridade, o qual justamente vai permitir, por meio da atividade judicativa, que esses princípios consolidem-se em um sistema consistente ao longo do tempo. Trata-se de princípios morais que podem ser encontrados explícita ou implicitamente nas decisões judiciais passadas, nos precedentes judiciais. Os princípios constituem de fato uma categoria própria do sistema dworkiniano.

no, e ao lado das demais normas que compõem o ordenamento jurídico — regras, políticas e procedimentos<sup>31</sup> — destacam-se pelo seu papel vinculativo e integrador. Na atividade judicante, os princípios possibilitam que se crie direito novo, isto é, que o juiz inove em suas decisões, não obstante o estabelecido pela legislação ou pelos precedentes judiciais. Mas essa inovação, esse direito novo que é criado, ocorre de maneira muito peculiar, pois o juiz de Dworkin, o famoso Juiz Hércules<sup>32</sup>, encontra uma forte limitação em sua atividade: o imperativo da integridade. Esse imperativo afeta a atividade judicante em três dimensões distintas: as decisões judiciais devem consistir em questões de princípios e não traduzir um compromisso, estratégia ou posição política; verticalmente, a integridade vincula um juiz de forma a obrigá-lo a demonstrar que a afirmação de um determinado princípio é consistente com os precedentes e com a estrutura do direito; e, horizontalmente, compele o juiz que adota certo princípio em um determinado caso a dar-lhe peso total em outros momentos<sup>33</sup>.

A integridade, portanto, exerce o importante papel de manter a consistência entre a decisão judicial presente, a estrutura do direito como um todo e a história, isto é, a narrativa histórica existente nas fontes autorizadas passadas. O Juiz Hércules, por meio dos princípios, pode criar direito novo e inovar, mas só poderá fazê-lo na medida em que a decisão que produzir for consistente com a história; antes de decidir, portanto, ele tem de voltar seus olhos retrospectivamente. Muito elucidativo para compreender essa idéia é o próprio exemplo dado por Dworkin para a atividade judicante como uma narrativa consubstanciada em um "romance encadeado" ("*chain novel*"): ao estabelecer uma decisão, um juiz escreve um capítulo desse romance e, sim, um capítulo novo, mas para isso deve antes ler os capítulos precedentes, de modo que um novo capítulo deve ser consistente com os anteriores. O imperativo da consistência garante então a desejada integridade da narrativa de Dworkin<sup>34</sup>. Compreende-se por meio dessa idéia o elemento prospectivo do direito para o autor.

A postulação de que se mantenha a consistência com a história é justamente o ponto de maior embate entre o pensamento de Dworkin e o dos pragmatistas. Com efeito, estes rejeitam a consistência — e com ela a integridade — como uma restrição ou constrangimento à atividade judicativa<sup>35</sup>, já que o juiz pragmatista decide de acordo com as conseqüências que o seu julgamento pode acarretar. Ele não tem o dever de olhar para o passado, para a história, e só o faria estrategicamente<sup>36</sup>: ao tomar uma decisão tendo em vista as necessidades sociais presentes e futuras, busca certa consistência com o passado não como um fim em si, mas como um meio de atingir os melhores resultados, de formar a melhor decisão<sup>37</sup>.

Ao confrontar o pragmatismo jurídico como um inimigo especial em *Law's empire*, Dworkin aponta que a ausência do apelo ao passado é um erro incorrigível dos pragmatistas<sup>38</sup>. A energia que o autor desprende em diferenciar sua concepção de direito como integridade de seu rival pragmatismo decorre do fato curioso de que ele é constantemente rotulado de pragmatista pelos próprios autores dessa corrente. Rebatendo-lhes, Dworkin

(31) Sobre as espécies normativas identificadas por Dworkin, veja-se principalmente a primeira parte de *A matter of principle* (Cambridge: Harvard University Press, 1985).

(32) Na metáfora de Dworkin, o Juiz Hércules é aquele que opera a partir da própria concepção de direito dworkiniana: o direito como integridade.

(33) Dworkin, Ronald. *Freedom's law. The moral reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1994, p. 83.

(34) É preciso aqui atentar para a distinção entre o princípio da consistência de Dworkin e o princípio da coerência do positivismo jurídico, como resta explicado neste artigo.

(35) Posner, "Pragmatic adjudication", loc. cit., p. 4.

(36) O próprio Dworkin (*Law's empire*, loc. cit., p. 162) reconhece essa característica do pragmatismo.

(37) Posner, "Pragmatic adjudication", loc. cit., p. 5.

(38) Essa idéia encontra-se presente, sobretudo, no quinto capítulo de *Law's empire* (loc. cit.).



(39) Os artigos de Richard Rorty, Thomas Grey, Stanley Fish e Steven Knapp na coletânea *Pragmatism in law and society* — Brint e Weaver (eds.), op. cit. — trazem essas acusações. Dworkin responde a cada um desses autores no capítulo final desse mesmo livro ("Pragmatism, right answers, and true banality").

(40) Fish, Stanley. "Almost pragmatism: the jurisprudence of Richard Posner, Richard Rorty, and Ronald Dworkin". In: Brint e Weaver (eds.), op. cit., p.73.

(41) Dworkin, *Taking rights seriously*, loc. cit., pp. 111 ss.

(42) Em *Law's empire*, publicado nove anos depois de *Taking rights seriously*, Dworkin mostra-se bastante preocupado em elaborar sua teoria de forma a distingui-la do pragmatismo jurídico. Em um dos seus últimos livros, o citado *Freedom's law*, publicado cerca de vinte anos após o primeiro, tal distinção já está bem consolidada e o conceito de leitura moral da Constituição vem a amarrar coerentemente o desenvolvimento lógico do pensamento dworkiniano em contraposição ao pragmatista.

(43) Grey, op. cit., pp. 20 e 23.

acusa o pragmatismo de ser uma teoria cética que em nada contribui para a teoria do direito<sup>39</sup>. Os pragmatistas revidam afirmando que Dworkin subestima a complexidade da estrutura interna da prática jurídica e tenta inutilmente dar-lhe limites que já estão contidos nela mesma<sup>40</sup>. Com efeito, a tentativa dos pragmatistas de aproximar Dworkin ao pragmatismo não é tão infundada quanto parece. O seu primeiro livro, *Taking rights seriously*, pode ser lido claramente em uma chave consequencialista: ao confrontar o Juiz Hércules com um "caso difícil" (*hard case*), para o qual não há legislação aplicável, estando disponíveis apenas precedentes judiciais, o autor confere força gravitacional aos mesmos em face da importância que terão em futuros julgamentos<sup>41</sup>. Em suas obras subsequentes, contudo, Dworkin escapa dessa armadilha<sup>42</sup>.

O julgamento de casos difíceis é também um ponto de atrito entre os pragmatistas e Dworkin. O juiz pragmatista não se surpreende com um caso desse tipo, pois para ele é possível haver mais de uma resposta correta a ser ditada pelo método pragmatista de judicção<sup>43</sup>. Dworkin mantém-se coerente ao longo de suas várias obras dos últimos quinze anos ao afirmar que existe uma única resposta correta para tais casos — posicionamento que dá margem a mais uma torrente de divergências. O fato de Dworkin apoiar-se constante e coerentemente em sua própria concepção de direito como integridade para encontrar soluções judiciais é alvo de críticas do pragmatismo. Afinal, a instrumentalidade desse pensamento implica que a atividade judicativa tenha a flexibilidade e o consequencialismo que lhe são inerentes sempre influenciados por diferentes teorias jurídicas. Vale ressaltar: para os pragmatistas as teorias jurídicas devem ser aplicadas apenas parcialmente, de forma combinada, sempre que isso seja conveniente para que se alcance a melhor decisão.

## Habermas e o pragmatismo

Assim como a hermenêutica de Dworkin, o procedimentalismo de Jürgen Habermas mantém uma relação complexa com o pragmatismo. No caso desse último, porém, tal relação é ainda mais complicada em razão do uso recorrente do conceito de pragmatismo em sua obra. Encontramos pelo menos três usos desse termo em Habermas. O primeiro está associado ao conceito de "virada pragmática", com o qual ele identifica a contextualização das concepções de mundo e de razão no seio do pensamento pós-metafísico. Enquanto no pensamento metafísico essas concepções estão associadas aos modelos ontológico e transcendental, respectivamente, tais quais articulados por Kant, Habermas propõe que elas sejam concebidas a partir de sua imersão nos contextos comunicativos dos quais emergem. Assim, a virada pragmática da filosofia, na descrição de Habermas, implica, por um lado, uma afirmação do mundo da vida — em oposição aos três mundos popperianos (subjetivo, objetivo e social) — como contexto concreto das intera-

ções comunicativas dos homens, e, por outro, uma razão prática situada e pensada também em termos comunicativos<sup>44</sup>.

O segundo uso do termo "pragmatismo" está associado à interpretação habermasiana do conceito de justificação. Diferentes empreendimentos são exigidos da razão prática, dependendo se estamos agindo sob a égide da idéia de propósito, da idéia do bem ou da idéia do justo. São três os tipos de discurso que podem atuar no plano da justificação das normas: o discurso moral, que se especializa em torno do princípio da universalização; o discurso ético, que objetiva a identidade individual e coletiva; e o discurso pragmático, que relaciona meios e fins e define prioridades entre objetivos coletivos. "Pragmatismo", nesse caso, é sinônimo de formas de justificação baseadas em interesses particulares que geram recomendações estratégicas e/ou técnicas e só podem ser mediadas perante acordos justos e recíprocos. Habermas opõe tais formas às justificações morais (baseadas em universais) e éticas (baseadas em concepções da boa vida), referindo-se portanto a uma dimensão consequencialista da ação justificada comunicativamente<sup>45</sup>.

O terceiro e mais rigoroso dos usos do termo por Habermas se dá no contexto da apropriação do conceito de pragmatismo transcendental, originalmente desenvolvido por Karl Otto-Apel. O pragmatismo transcendental é uma estratégia de justificação filosófica — em oposição às concepções kantianas de ideal regulativo e ideal constitutivo da realidade — que opera a partir de pressuposições "sempre-já" (*always already*) contidas em toda ação comunicativa. Na teoria habermasiana, os pressupostos pragmáticos sobre a linguagem operam como se fossem transcendentais porque não requerem justificação no curso da interação comunicativa. O ponto de vista moral a partir do qual podemos julgar questões práticas imparcialmente é aberto a interpretações diversas. Como esse ponto de vista está necessariamente vinculado à estrutura comunicativa do discurso racional enquanto tal, não podemos dele dispor livremente. Tal estrutura comunicativa se impõe intuitivamente sobre qualquer pessoa que esteja disposta a utilizar a ação comunicativa de maneira reflexiva. Portanto, sob a idéia de que toda ação comunicativa "sempre-já" pressupõe um germe de moralidade, ao se buscar evitar essa contradição performativa não se deve entender tal germe de moralidade como uma moralidade deontica. Nesse sentido, existe uma alternativa intermediária entre uma moralidade deontica e o relativismo. Essa moralidade, pragmática talvez, tem aproximações com o neo-aristotelismo, mas não é idêntica a ele.

Esse argumento de Habermas quanto ao germe de moralidade no plano da justificação filosófica aproxima o terceiro uso do termo "pragmatismo" do segundo. Em ambos os casos o termo é utilizado para referir-se a uma estratégia de justificação e implica uma separação radical entre o plano da justificação, em que operam as três modalidades acima descritas, e o da aplicação, que recebe de Habermas um tratamento radicalmente distinto daquele apresentado até agora. Para o pragmatismo jurídico não há uma separação *a priori* entre justificação e aplicação, pois o que justifica uma norma são exatamente as condições apropriadas de sua aplicação. Haber-

(44) Habermas, Jürgen. *Post-metaphysical thinking*. Cambridge (MA): MIT Press, 1992.

(45) Habermas, Jürgen. *Justification and application: remarks on discourse ethics*. Cambridge: MIT Press, 1993, cap. 1.

mas, no entanto, sustenta a separação entre os planos, e no da aplicação opera com o conceito de "propriedade" (*appropriateness*), originalmente desenvolvido por Klaus Günther.

Essa separação entre justificação e aplicação é central à teoria do direito de Habermas. Ao passo que no plano da justificação do direito, e do conseqüente estabelecimento de sua validade, podem operar diferentes discursos, no plano da aplicação Habermas propõe um único critério definidor do direito. Nesse último plano apenas uma modalidade discursiva vincula-se ao critério da "propriedade": o discurso jurídico, voltado para a consistência interna das normas jurídicas<sup>46</sup>. Perceba-se aqui que o Hércules dworkiniano opera na teoria de Habermas no sentido de definir quais normas e/ou princípios são apropriados ao caso em questão, havendo assim uma preocupação com o contexto na escolha das normas aplicáveis, mas que nunca implicará a possibilidade de que esse contexto se sobreponha a todas as normas existentes e um discurso extrajurídico seja considerado apropriado. Em oposição aos discursos moral, ético e pragmático, o que caracteriza e especifica a natureza do discurso jurídico é a sua preocupação exclusiva com a consistência da aplicação e a coerência das normas utilizadas para tal. Discursos de aplicação, portanto, não se ligam à validade das normas, mas apenas à decisão correta de um caso individual, e a decisão correta, para Habermas, é aquela que tem como base a norma apropriada. Para saber qual a norma apropriada, basta analisá-la em face dos fatos do caso concreto e das normas potencialmente aplicáveis a ele (dentre aquelas que já superaram o teste de validade).

Observe-se que essa formulação aproxima Habermas do positivismo jurídico<sup>47</sup>. A tensão entre facticidade e validade representa, para o autor, uma dualidade própria do direito moderno, além de um parâmetro de análise do qual nenhuma teoria social e/ou jurídica pode prescindir. A preocupação de Habermas ao operar com essa distinção consiste em encontrar um fundamento de validade para as normas jurídicas que escape da esfera da coerção estatal e de sua respectiva sanção. Habermas reconstrói o conceito kantiano de legitimidade para chegar então a um procedimento — legal — que assegure a legitimidade mesma do direito positivo. Derivar legitimidade da legalidade é um dos aspectos centrais da aproximação da teoria habermasiana a uma abordagem positivista. Com efeito, a tensão entre facticidade e validade também pode ser representada pela tensão entre a certeza do direito e sua justeza (*rightness*)<sup>48</sup>, preocupação comum a toda teoria do direito centrada no paradigma positivista.

Esclarecidos esses aspectos da teoria habermasiana, pode-se passar ao exame de sua interlocução com o pragmatismo jurídico. De fato, o diálogo que Habermas mantém com o pragmatismo no plano filosófico não se verifica no campo de sua teoria do direito. O debate de Habermas com esse pensamento fica prejudicado pelo uso distinto que ele faz do próprio conceito de pragmatismo: enquanto o pragmatismo jurídico é eminentemente uma teoria da aplicação do direito e das estratégias pragmáticas que nela devem operar, Habermas considera o discurso pragmático somente

(46) Habermas, Jürgen. *Between facts and norms*. 3<sup>a</sup> ed. Cambridge (MA): MIT Press, 1999, pp. 178, 186; *Justification and application*, loc. cit., pp. 13 ss.; Teubner, Günter. "De Collisione Discursuum: communicative rationalities in law, morality and politics". *Cardozo Law Review*, vol. 17, n<sup>o</sup> 4-5, março de 1996, p. 903.

(47) Alexy, Robert. "Jürgen Habermas's theory of legal discourse". *Cardozo Law Review*, vol. 17, n<sup>o</sup> 4-5, março de 1996, p. 1.032.

(48) Habermas, *Between facts and norms*, loc. cit., cap. 5. Ver também *ibidem*. Vale notar que, apesar dessa convergência de preocupações com o positivismo, Habermas distancia-se desse modelo ao acoplar uma preocupação com a correção das decisões à preocupação com o ideal de segurança jurídica.

como uma dimensão da justificação da validação de normas. O discurso pragmático habermasiano não atua, como vimos, no plano da aplicação, o qual fica reservado a um discurso próprio: o jurídico<sup>49</sup>.

Uma vez confrontadas as duas matrizes teóricas no único campo que lhes pode ser comum, o da aplicação, muitas são ainda suas diferenças. Ao passo que o discurso de aplicação das normas jurídicas habermasiano busca em primeiro lugar garantir o emprego da *norma* apropriada a partir de um critério de coerência sistêmica, os pragmatistas objetivam a *decisão* mais apropriada. E o critério definidor para essa "propriedade", longe de ser a coerência, é a soma dos elementos "contexto" e "consequência" que operam no caso em questão. A *justeza* da decisão almejada por Habermas depende, portanto, da aplicação da norma mais apropriada em face de uma análise exaustiva dos fatos do caso e das normas a ele potencialmente disponíveis. Os pragmatistas, por seu turno, querem a *melhor* decisão, que será aquela mais apropriada em face das necessidades humanas e sociais. Ao contextualismo pragmatista opõe-se o universalismo habermasiano. O teste de validade das normas de Habermas jamais faria sentido para o pragmatista, o qual afinal não exige tal requisito para aplicá-las, recorrendo indistintamente a qualquer fonte normativa desde que corresponda às necessidades em jogo no ato da decisão. O juiz pragmatista é portanto, como vimos, um juiz essencialmente ativista. Ao separar facticidade e validade, justificação e aplicação, Habermas separa também — e de modo rigoroso — as atividades judicativa e legislativa, o que certamente torna o seu diálogo com o pragmatismo um tanto mais limitado<sup>50</sup>.

Do ponto de vista da interlocução com o pragmatismo jurídico, portanto, a teoria habermasiana do direito avança pouco em relação a Dworkin e ao positivismo, já que sua teoria discursiva não prescinde dos elementos de coerência e certeza jurídica<sup>51</sup>, além de, em alguma medida, incorporar o princípio da consistência dworkiniano<sup>52</sup>. Desse modo, a teoria do direito de Habermas pouco contribui ao debate travado pelo pragmatismo com o positivismo e com Dworkin, mas esse é um tema para outro trabalho.

## Conclusão

Ao examinarmos os campos de contato e de embate entre o pragmatismo jurídico e as teorias do direito mais proeminentes no debate jurídico contemporâneo — a teoria da interpretação de Dworkin, o positivismo jurídico e o paradigma procedimentalista de Habermas —, foi possível verificar que cada qual assume forma específica. Em relação a Dworkin, vimos que suas postulações da consistência com a história e da integridade são o maior ponto de conflito com os pragmatistas, que as rejeitam em nome das consequências das decisões judiciais que melhor correspondam às necessidades humanas e sociais. Já em relação ao positivismo jurídico, vimos que o seu formalismo é irreconciliável com uma abordagem pragmatista do

(49) *Ibidem*, pp. 178, 186, 227-228.

(50) *Ibidem*, pp. 172-173.

(51) *Ibidem*, pp. 168, 173, 192.

(52) Alexy (op. cit.) afirma que a atitude de Habermas quanto ao conceito de coerência é ambígua, pois por um lado ele parece acatar a idealização dworkiniana da coerência e, por outro, baseando-se na teoria do discurso de Klaus Günther, ressalta a indeterminação desse mesmo princípio.

direito e das normas jurídicas, sobretudo porque o método lógico-dedutivo da aplicação positivista do direito ignora o papel das conseqüências na interpretação do direito, e também porque a segurança jurídica almejada pelo positivismo implica a desconsideração do contexto no processo interpretativo. Finalmente, vimos que o diálogo mantido por Habermas com o pragmatismo no plano filosófico não se sustenta no campo de sua teoria do direito, e que esse debate fica prejudicado pelo uso distinto que Habermas faz do próprio conceito de pragmatismo: enquanto o pragmatismo jurídico é eminentemente uma teoria da aplicação do direito e das estratégias pragmáticas que nela devem operar, Habermas considera o discurso pragmático somente uma dimensão da justificação da validação de normas.

Vimos ainda que os pressupostos qualificadores de uma teoria pragmatista são, essencialmente, o antifundacionalismo, o conseqüencialismo e o contextualismo. Examinemos por um momento como esses pressupostos operam — ou poderiam operar — no âmbito das teorias jurídicas aqui estudadas.

No positivismo jurídico não é possível encontrar sustentação para um antifundacionalismo, já que ele é essencialmente fundacionalista ao apoiar a unidade do sistema jurídico em uma única fonte: a norma fundamental, no caso de Kelsen, e a regra de reconhecimento, no caso de Hart<sup>53</sup>. Não há também como falar em conseqüencialismo no positivismo: o mais próximo a essa ocorrência é a possibilidade de um juiz agir de maneira conseqüencialista em caso de lacunas legais, quando se abre espaço para o uso de sua discricionariedade. Já o contextualismo só poderia ser pensado no âmbito do positivismo ao considerarmos a fonte de validade das normas desse sistema, isto é, o processo pelo qual as normas inferiores retiram sua validade das normas superiores, até esgotar-se na norma fundamental hipotética. Mas nem isso seria suficiente para que pudéssemos classificar o positivismo como uma doutrina contextualista.

Ao considerarmos Dworkin, podemos perceber que o conceito de comunidade de princípios opera, certamente, como uma fundação em seu pensamento. Quanto ao conseqüencialismo, vimos que o papel da história na teoria dworkiniana impede o seu desenlace. No entanto, há uma hipótese na qual o Juiz Hércules julga de forma conseqüencialista: trata-se dos julgamentos de "casos difíceis", que apenas podem ser decididos com base em precedentes. O contextualismo apenas funcionaria no caso do conceito dworkiniano de "romance encadeado", no qual as decisões judiciais formam uma narrativa.

O pensamento habermasiano, por fim, está inteiramente amarrado a uma fundação que permeia a sua obra: a co-originalidade da autonomia pública e privada. O conseqüencialismo opera nos discursos pragmáticos, mas estes não se dão no plano da aplicação do direito: apenas no de sua justificação. Habermas aponta para um contextualismo na discussão do processo de produção das normas jurídicas, isto é, o processo democrático de formação de vontade e de opinião, mas não há contexto que possa ser vislumbrado no seu discurso sobre a aplicação do direito.

(53) No sistema haitiano a regra de reconhecimento tem a função de dar fundamento ao sistema jurídico e conferir validade jurídica às suas normas. A regra de reconhecimento tem caráter de norma secundária e é utilizada para identificar as normas primárias, isto é, aquelas que estabelecem obrigações.

O *Quadro 1* sistematiza a discussão sobre o confronto das teorias jurídicas analisadas com os pressupostos do pragmatismo. Nota-se que nenhuma das três teorias é, em sua essência, antifundacionalista; muito contrariamente, todas operam com um conceito fundacional. O consequencialismo e o contextualismo também não se constituem em marcos caracterizadores dessas teorias, podendo nelas ser identificados apenas de forma residual.

Pressupostos do pragmatismo	Quadro 1		
	Positivismo	Dworkin	Habermas
Antifundacionalismo	A norma fundamental de Kelsen e a regra de reconhecimento de Hart são fundações.	O conceito de comunidade de princípios é uma fundação.	A co-originalidade da autonomia pública e privada é uma fundação.
Consequencialismo	Um juiz apenas poderia ser consequencialista ao exercer sua discricionariedade em caso de lacunas.	Papel da história e protoconsequencialismo quanto a "casos difíceis", só resolúveis com base em precedentes.	Apenas o discurso pragmático pode ser consequencialista, mas ele não opera na aplicação do direito.
Contextualismo	Validade das normas: norma superior que autoriza elaboração de novas normas.	Apenas quando as decisões formam uma "narrativa encadeada".	Parece ser mais contextualista quanto à produção da norma do que à sua aplicação.

A análise comparativa aqui realizada demonstrou também um outro elemento diferenciador que abre horizonte para novos estudos sobre as relações entre as teorias aqui discutidas. Trata-se do fundamento e da fundamentação da validade das normas jurídicas. Um exame mais aprofundado dessa temática permitiria delinear, em diferentes perspectivas teóricas, a dinâmica do sistema jurídico a partir da validade de suas normas. Ao concluir este trabalho, cabe-nos somente indicar as variáveis que permitiriam tal exame. Encontramos fundamentos de validade das normas completamente distintos nas quatro teorias jurídicas em pauta: o positivismo funda essa validade na norma fundamental hipotética de Kelsen ou na regra de reconhecimento de Hart; Dworkin concede validade às normas a partir da construção do conceito idealizado de comunidade de princípios; Habermas afirma que só são válidas aquelas normas que podem ser aplicadas pelo critério da "propriedade"; e o pragmatismo considera válidas as normas a partir de sua instrumentalidade, ou seja, de acordo com a sua contestabilidade, revisabilidade e mutabilidade. A fundamentação — e não o fundamento — da validade das normas jurídicas também opera de forma diversificada em cada uma dessas matrizes teóricas: o positivismo o faz por meio da norma fundamental; Dworkin, por meio do recurso à história; Habermas se vale de um processo argumentativo para fundamentar o que o pragmatismo, por seu

turno, opera com a possibilidade de que as normas se constituam no melhor recurso à disposição dos juizes. O *Quadro 2* ordena de forma sistemática essas idéias.

**Quadro 2**

Fundamentação da validade das normas segundo teorias do direito

Positivismo	Dworkin	Habermas	Pragmatismo
Norma fundamental (Kelsen) ou regra de reconhecimento (Hart)	Comunidade de princípios	"Propriedade" das normas	Instrumentalidade da norma a ser aplicada
Processo silogístico	História	Processo argumentativo	Melhor recurso disponível ao juiz

(54) Cf. Werneck Vianna, Luiz e outros. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

Recebido para publicação em 28 de novembro de 2001.

José Eisenberg é PhD em Ciência Política pela City University of New York e professor de Ciência Política do IUPERJ. Thamy Pogrebinski é mestranda em Ciência Política no IUPERJ e em Teoria do Estado e Direito Constitucional na PUC-RJ.

Campo teórico tradicionalmente negligenciado pela nossa ciência social, o pragmatismo propõe uma perspectiva contextualista e consequencialista que abre interessantes caminhos para uma reflexão crítica acerca da judicialização da política e da politização do Judiciário no Brasil. A judicialização da política tem recebido análises que apontam para os benefícios e problemas que tal prática vem ocasionando à consolidação das instituições democráticas no país<sup>54</sup>. A politização do Judiciário, por sua vez, por meio do ativismo judicial, pode apresentar-se simultaneamente como causa e consequência desta judicialização. Nesse caso, a contribuição da perspectiva pragmatista do direito é evidente. O instrumentalismo associado a essa abordagem legitima ambos os movimentos, retirando o problema de avaliar a sua validade da dimensão institucional (isto é, do seu impacto sobre a saúde das instituições) e colocando-o no plano mais político da moralidade dos fins na ação dos juizes.

---

Novos Estudos  
CEBRAP  
N.º 62, março 2002  
pp.107-121

---

# DADOS

Vol. 43, nº 4, 2000

## Revista de Ciências Sociais

**Editor**

Charles Pessanha

**Escolhas Institucionais e Transição por Transação: Sistemas Políticos de Brasil e Espanha em Perspectiva Comparada**

Fabiano Santos

**Liberalização Política e Democratização na África: Uma Análise Qualitativa**

José Jaime Macuane

**Disciplina Partidária e Base Parlamentar na Câmara dos Deputados no Primeiro Governo Fernando Henrique Cardoso (1995-1998)**

Jairo Nicolau

**A Tristeza de Ser Sociólogo no Século XXI**

Héctor Ricardo Leis

**Trabalho e Sindicato: Posições em Debate na Sociologia Hoje**

José Ricardo Ramalho

**Mensurando Confiança Interpessoal: Notas acerca de um Conceito Multidimensional**

Mitchell A. Seligson e Lúcio R. Rennó

**A Reestruturação da Agricultura Cearense: Notas sobre a Alteração das Condições de Reprodução do Pequeno Campesinato**

Christine Jacquet



DADOS REVISTA DE CIÊNCIAS SOCIAIS

DADOS — Revista de Ciências Sociais (ISSN 0011-5258) é uma publicação trimestral do Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro — IUPERJ.

REDAÇÃO E ASSINATURAS: Rua da Matriz, 82  
22260-100 — Botafogo  
Rio de Janeiro — Brasil  
Tel.: (21) 537-8020  
Fax: (21) 286-7146  
E-mail: [iuperj@iuperj.br](mailto:iuperj@iuperj.br)  
Homepage: [www.iuperj.br](http://www.iuperj.br)