Observatório da Jurisdição Constitucional

Ano 2 - Outubro 2008 - Brasília - Brasil - ISSN 1982-4564

UMA MUDANÇA DE REFERÊNCIAS: A CONSTITUIÇÃO DE 1988, O PRAGMATISMO E OS TRIBUNAIS BRASILEIROS*

Marcio Vidal de Campos Valadares[1]

Monografia apresentada ao Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, submetida ao V Concurso Brasiliense de Monografias Jurídicas.

Orientadora: Professora Drª Margarida Camargo

Resumo

Este estudo tem por objetivo principal investigar uma possível relação entre o Direito Constitucional brasileiro e o pragmatismo. Para tanto, serão úteis a exposição da teoria experimental de John Dewey e a análise de decisão judicial.

* Este trabalho é fruto de minha participação, ao longo dos últimos três anos, no Projeto de pesquisa "Novas tendências de interpretação do Direito: em foco os direitos fundamentais" e especialmente no sub-projeto "A lógica do pragmatismo jurídico nas decisões judiciais brasileiras", orientados pela Professora Margarida Maria Lacombe Camargo na Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Sou grato à Professora Margarida Camargo e aos meus colegas Fabio Shecaira, Carolina Pinheiro, Leonardo Leite e Roberta Maia, pela experiência enriquecedora que foi o nosso convívio. Críticas para marciovaladares@uol.com.br

[1] Acadêmico do 10° período da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. marciovaladares@uol.com.br

Abstract

The main objective of the present study is to demonstrate the possible relationship between pragmatism and Brazilian Constitutional Law. For that matter, John Dewey´s theory on experimentalism and decision analysis will be deployed.

"a certeza, em geral, é uma ilusão".

Oliver Holmes

1 – Introdução

A leitura de diversas obras jurídicas contemporâneas indica que a compreensão do Direito passa por um período de transformações. As novas saídas para o conflito entre positivismo jurídico e jusnaturalismo, a positivação de direitos fundamentais nas constituições editadas a partir do segundo pós-Guerra e a aplicação das normas principiológicas e das regras são temas, dentre muitos outros, que justificam essa percepção. À primeira vista, a noção de transformação pareceria implicar na idéia de sair de um lugar ou de um estado e chegar a outro, distinto. Em outras palavras, poder-se-ia acreditar que a transformação seria um processo com começo – o ponto de que se parte -, meio – as mudanças ocorridas – e fim – o resultado da transformação.

Nesse sentido, a vontade de descobrir o ponto a que se vai chegar – a essência do que será –, seja ela motivada pela angústia causada pela incerteza ou mesmo pelos estímulos do descobrimento, acaba por inspirar a perspectiva a partir da qual alguns

autores analisam os temas jurídicos, de maneira geral, e especialmente os de Direito Constitucional, pelo fato de a Constituição representar grande parte das causas da transformação referida.

Contudo, se por um lado o combate às incertezas e à insegurança é inseparável do homem, no que se justificam os esforços no sentido de identificar o que se passa quando se está diante de mudanças, deve-se questionar, por outro lado, até que ponto uma Constituição que, em parte, ainda se busca trazer à realidade (SARMENTO, 2001, pp. 165 e segs.) pode ser compatível com pontos de chegada ou certezas absolutas. A afirmação é provocativa, mas tem a intenção de alertar para o fato de que a comentada transformação do Direito pode não ter chegado a um lugar definido. Ou nem mesmo estar a caminho dele.

Contribui ainda para essa idéia a circunstância do texto constitucional conter normas principiológicas para cuja aplicação importa a consideração das possibilidades fáticas relacionadas aos conflitos (SILVA, 2001, p. 25). E as circunstâncias fáticas podem alterar-se. Aos juízes, quando da consideração das normas constitucionais daquela natureza, incumbe a tarefa de lidar não mais com a certeza da conclusão extraída diretamente da subsunção dos fatos à regras pré-determinadas, mas com a consideração da realidade dinâmica a fim de extrair o real significado dos dispositivos legais. “O real não está na saída nem na chegada: ele se dispõe para a gente é no meio da travessia”, foi o que escreveu Guimarães Rosa.

Pois a intenção de dar à ação humana papel relevante na tarefa de alcançar determinados fins, a consideração da importância da realidade para as decisões e a preocupação em controlar as mudanças por elas provocadas são elementos que aproximam as questões inicialmente expostas à teoria do conhecimento de John Dewey – batizada de Experimentalismo, mas tida como vertente do pragmatismo.

A expressão "pragmatismo" não é utilizada, tradicionalmente, em sentido técnico, para fazer referência à corrente de pensamento que batiza. Ao contrário, o seu emprego muitas vezes indica um tom depreciativo do discurso, mesmo que anterior ao conhecimento das razões da filosofia pragmática.

Mas este não é, ao contrário do que possa parecer, um trabalho voltado primeiramente ao enfrentamento de problemas de natureza terminológica. Não se trata, tampouco, de uma tese de defesa ou acusação sobre o pragmatismo, mas sim de um esforço destinado ao conhecimento de suas razões, o que poderá mesmo facilitar a crítica acerca da eventual adoção da lógica pragmática por nossos tribunais.

2 – A ação humana como forma de combate à incerteza

O pragmatismo é uma corrente de pensamento nascida nos Estados Unidos da América, a partir da obra de três pensadores: Charles Peirce, William James e John Dewey. Cada um deles desenvolveu teorias que apresentam um ponto marcante em comum: a desconsideração da dicotomia, da separação, entre ação e conhecimento,

entre teoria e prática. O ponto é significativo, pois grande parte do desenvolvimento da filosofia e do pensamento ocidentais se deu sobre a afirmação de que o conhecimento antecede o ato de sua observação e, portanto, independe da ação humana.

Premissa da teoria do conhecimento de Dewey está na afirmação de que o combate aos riscos da vida e à insegurança é inerente à condição humana (1952, p. 3). E o filósofo aponta a existência de duas formas de combate à incerteza pelo homem. A primeira é a mudança de seus próprios sentimentos, a fim de conseguir o apoio das forças que governam o seu destino. É o que se verifica nas religiões e nas crenças. A segunda é a interferência na realidade para colocar à sua disposição os poderes que o ameaçam, o que depende da atividade prática. A irrigação de uma área afetada pela seca a partir do desvio de um rio pode nos servir de exemplo. O sucesso dessa interferência é proporcional à capacidade do homem para formar um juízo correto sobre quais ações devam ser realizadas para que seja atingido um fim determinado e ao domínio técnico essencial à execução da atividade prática – é preciso que o homem seja capaz de determinar as condições para que o desvio seja feito de modo a não provocar grande impacto ambiental, como o assoreamento do rio desviado, e também de determinar qual o material capaz de desviar o fluxo de água de maneira adequada, dentre outros conhecimentos necessários, a fim de se evitar que a intervenção humana na natureza provoque um desastre ainda maior do que o causado pela seca.

Na Antiguidade, quando o homem não possuía controle sequer razoável sobre as conseqüências de sua interferência na ordem em que as coisas estavam estabelecidas, as mudanças provocadas por sua atividade prática representavam um

risco de possíveis danos, e a ação não poderia contribuir à rotina humana de busca pela segurança. Por outro lado, os conceitos metafísicos resultados do pensamento puro e do saber contemplativo poderiam atingir um grau de certeza e segurança considerável, seja porque a eles dificilmente se relacionavam resultados concretos, seja porque estavam sujeitos apenas ao controle da lógica. Com aqueles conceitos era possível construir um sistema de verdades imutáveis e necessárias, do qual poderiam ser extraídas conclusões universais e ao qual foi subordinada a atividade prática, como forma de se combater a insegurança provocada pela mudança. Resultou daí o fato de a produção do conhecimento ser vista como um processo de descobrimento, em que se revelaria uma verdade anterior e independente da investigação humana.

Mas o modelo de filosofia preocupado com a investigação acerca da essência das coisas perdurou, mesmo ultrapassado o contexto em que surgiu. Conseqüentemente, também se manteve a noção de que o conhecido antecede ao ato mental de observação e investigação. Entretanto, o rebaixamento a que foi submetida a ação prática desde a Antiguidade, alerta Dewey, perdeu sentido quando foram superadas as condições históricas que lhe deram causa.

> A incapacidade de converter a ação em algo central para a busca da segurança – não uma segurança absoluta, mas uma humanamente possível – é uma decorrência da incapacidade dos homens, naquelas etapas da civilização em que dispunham de poucos recursos para regular e utilizar as condições das quais depende a obtenção das conseqüências. O homem, ao ser incapaz de dirigir o curso dos acontecimentos apelando às artes práticas, buscou um substitutivo de tipo emotivo. (1952, p. 29).

Após a revolução científica, o mesmo caráter fixo que no esquema antigo correspondia exclusivamente às formas racionais e ideais passa a caracterizar também as leis naturais. A ciência poderia ser instrumento importante na busca pela segurança, ao mesmo tempo em que o método experimental por ela utilizado estava muito mais ligado à mudança que às formas fixas. Eram as alterações nos objetos, e sua relação com outras alterações, que interessavam à investigação científica, em lugar do estudo da essência do próprio objeto. Ao descobrir a relação existente entre as mudanças (uma alteração no objeto *x* provocaria uma outra mudança no objeto *y*, que por sua vez alteraria o objeto *z*) o homem poderia achar um ponto na cadeia causal em que pudesse interferir e assim exercer um controle, até então inimaginável, sobre os acontecimentos. Aquela interferência, contudo, dependeria da ação prática, e provocaria um rearranjo das coisas: a formação de uma "realidade nova". A investigação estaria voltada para a mudança e para o futuro – a realidade nova –, ao invés de preocupar-se com verdades fixas e pré-constituídas.

Desse modo foram superados, de acordo com Dewey, três importantes fundamentos do pensamento antigo: *(a)* que só no fixo e imutável poder-se-ia obter certeza e segurança; *(b)* que o conhecimento seria o único caminho para se chegar ao intrinsecamente estável e certo; *(c)* que a atividade prática seria algo de tipo inferior, simplesmente necessária em razão da natureza animal do homem e da necessidade de obter o sustento do ambiente.

Nesse novo panorama, a força da nova ciência impunha à filosofia a necessidade de repensar o seu papel. Tomada a ciência como forma exemplar de

conhecimento – e o método científico como caminho para alcançá-lo - seria impossível sustentar a perfeição dos conceitos metafísicos. No modelo científico o valor de determinado objeto ou teoria estava sujeito à comprovação de sua aptidão para produzir os resultados desejados, enquanto no esquema anterior o valor dependeria da conformidade com algo pré-determinado.

Mas, ao mesmo tempo em que o pensamento filosófico não poderia competir com a exatidão e com o caráter concreto da ciência, romper com a tradição, segundo a qual a atividade prática deveria ser norteada pela conformidade com conceitos pré-fixados e não pelos seus resultados concretos, implicaria grande perda de poder para a filosofia. A rivalidade entre o pensamento filosófico e o científico converteu-se então em uma rivalidade entre os valores espirituais garantidos pela velha tradição filosófica e as conclusões do conhecimento natural, isto é, um confronto entre o moral e o real. Enquanto a ciência determinava o valor de um objeto pela sua capacidade de satisfazer uma necessidade, de cumprir com um fim, a filosofia acreditava que os valores estariam ligados à essência das coisas e, assim, posicionados em uma ordem anterior e independente da ação humana. Dessa independência resultaria o seu direito de regular a conduta do homem. Se antes da revolução científica o papel da filosofia era o de descobrir a verdade essencial sobre as coisas, após aquele marco histórico ele passa a ser o de descobrir a verdade sobre os valores que deveriam guiar a conduta humana.

Dessa maneira, permaneceu a separação entre o conhecimento e a ação, bem como a idéia de que as crenças relacionadas à ação seriam incertas e de valor inferior àquelas outras relacionadas intrinsecamente aos objetos do conhecimento. Em outras

palavras, continuou-se a acreditar que o conhecimento consistiria em descobrir a realidade, ou uma realidade prévia, e independeria de todo o propósito de dominar as qualidades dos objetos experimentados. Nesse modelo, o processo de investigação deveria observar apenas aspectos formais, ou seja, a coerência lógica a padrões pré-determinados seria suficiente para determinar a correção da atividade humana.

Contrapondo-se a essa idéia, Dewey aponta que a afirmação da existência de valores universais e intrínsecos servia para dissimular outros valores representativos de condições sociais passageiras. Propõe então, que tanto na filosofia quanto nas demais áreas de conhecimento os objetos e os conceitos sejam valorados pela sua capacidade de atingir o fim a que são destinados. A forma como um objeto foi aproveitado no passado poderia ou não valer para situações futuras, uma vez que o aproveitamento de um objeto está relacionado às condições em que isso se deu. Assim, o que foi útil no passado e, portanto, valioso, deveria ser tomado como uma hipótese, isto é, uma possibilidade, e não como um conceito dado e intransponível. Na visão de Dewey, os valores e as qualidades pré-constituídas, ao invés de serem tratados como objeto de conhecimento, deveriam ser tidos como orientação para algo a ser conhecido.

A partir daí é possível entender o aproveitamento do método científico e experimental na formação de uma teoria do conhecimento, conforme proposto por Dewey. Ao invés de se pautar por valores pré-determinados, a investigação experimental é dirigida pela compreensão da relação entre as conseqüências do uso de determinado objeto e as condições em que esse uso se deu. Daí a afirmação de que a investigação científica compreende uma pesquisa de métodos de controle, através dos

quais o homem pode obter um domínio sobre o meio e, portanto, um grau de certeza mais consistente do que conseguiria ao limitar o conhecimento a uma série de conceitos estáticos e pré-determinados. Na visão do filósofo, a simples reprodução de conceitos fixos, com preocupação apenas formal, deixa de se justificar quando o homem passa a ser capaz de dominar as relações entre os meios e os fins de sua conduta. No lugar da segurança proporcionada pelos conceitos estáticos, toma lugar a segurança proporcionada pelo domínio das conseqüências de sua ação.

Dewey aponta a necessidade de distinguirmos duas formas de experiência: a empírica e a experimental. Na primeira – a empírica - a experiência é formada por resultados obtidos sem nenhum controle inteligente, e acumulados na memória. Observando algo que funcionou no passado, mas sem entender as causas do sucesso – as relações implicadas de causa e efeito, de meios e conseqüências –, a aplicação daquela experiência à ação atual não observa que as condições em que um conceito é aplicado influem no resultado da investigação. A segunda forma de experiência – a experimental –, por outro lado, é dirigida pela compreensão das condições dadas e de suas conseqüências. Serve de exemplo para nós, aqui, a construção de uma ponte, na Antiguidade ou depois dos avanços científicos. No primeiro momento, o construtor se baseava exclusivamente nas experiências passadas, sem o conhecimento exato das relações de forças e tensões físicas envolvidas. No segundo momento histórico, ele seria capaz de determinar, com maior precisão, quais as operações a serem realizadas para a satisfação originária da construção da ponte. Para a construção de pontes em diferentes terrenos, provavelmente as técnicas e os conceitos utilizados não seriam de

todo iguais. É dizer, a simples aplicação de um mesmo conceito em situações diversas não garante o alcance do resultado desejado. Faz-se necessário conhecer a realidade – a natureza do problema que dá origem à investigação – e atuar de modo a produzir conseqüências determinadas. O uso do conhecimento técnico torna mais clara a relação entre meios e fins na conduta do investigador.

Em linhas gerais, é proposto que os critérios de validez e prova do conhecimento sejam buscados nas conseqüências – públicas e objetivas – da atividade investigada, e não em algo anterior e que não mantém relação com a própria atividade.

> A investigação experimental possui três características notáveis. A primeira é, sem dúvida, que toda experimentação implica um fazer externo, uma introdução de mudanças definidas no ambiente ou em nossa relação com ele. A segunda é que o experimento não constitui uma atividade às cegas, mas dirigida por idéias que precisam observar as condições impostas pelo problema que provoca a investigação ativa. A última característica, que dá pleno sentido às anteriores, é que o resultado da atividade dirigida consiste na construção de uma nova situação empírica, na qual os objetos estarão relacionados entre si de maneira diferente, de sorte que as conseqüências das operações dirigidas constituem os objetos que possuem a propriedade de ser conhecidos. (DEWEY, 1952, pp. 74-75)

Note-se que, ao procurar valorizar o papel da ação na determinação do significado das coisas, Dewey acaba por relacionar a produção do conhecimento com a tomada de decisão, já que as ações em diferentes sentidos geram resultados diversos.

Isso torna sua obra importante para a reflexão acerca de temas presentes no estudo do Direito. A atividade do juiz, essencialmente decisória, pode servir de campo de estudo da aplicação da teoria de Dewey[2]. Tanto é assim que o próprio filósofo tratou de realizar investigações no campo do Direito.

E o reflexo de algumas de suas idéias na área jurídica pode ser visto em artigo intitulado *Legal Method and Law*. Ali o autor critica a utilização da lógica formal (silogismo) como norte da atividade jurisdicional. Em sua visão, a definição dos conceitos que servem de premissa ao raciocínio jurídico observa a produção de determinadas conseqüências e, por isso, o seu significado e valor constituem matéria de investigação e revisão toda vez que invocados, a fim de verificar a sua efetiva capacidade para produzir as conseqüências desejadas (DEWEY, 1924, p. 566). A aplicação dos conceitos pré-determinados não poderia estar desacompanhada da verificação de sua capacidade para cumprir com os fins a que se propõe. Assim caberia ao juiz verificar qual o meio adequado para alcançar o objetivo a que se destina a norma. Recasens Siches está próximo de Dewey ao afirmar que

> (A)s normas jurídicas não são, não podem pretender ser, não podem ser, proposições com intenções científicas, das quais caberia predicar os qualificativos de verdadeiras e falsas. As normas jurídicas são atos de vontade, e são instrumentos criados para a ação, é dizer: utensílios para produzir na vida social, de uma determinada sociedade em uma certa situação, efeitos especiais, a saber: os efeitos que o legislador considera que são mais justos na medida do possível (SICHES, 2003, p. 628).

[2] A observação foi feita em conversa com o Professor David Ritchie, em visita ao Brasil, a quem aproveitamos para agradecer o envio de valioso material de pesquisa.

Por outro lado, essa abordagem dá origem ao problema da estabilidade e da regularidade das situações jurídicas. Dewey concorda que eles desempenham importante papel social, e que por essa razão a sua exigência seria legítima do ponto de vista dos interesses da comunidade e dos indivíduos (DEWEY, 1924, p. 569). Este reconhecimento, contudo, não afastaria a proposta de valoração dos atos por suas conseqüências. A estabilidade das situações jurídicas é importante na medida em que a ela estão associadas conseqüências positivas, e não deveria ser considerada como um fim em si mesma.

Nesse sentido, o filósofo aponta que há uma distância considerável entre a expectativa de regularidade das decisões judiciais, condição para que as pessoas possam planejar suas condutas e antever os efeitos legais dos atos praticados, e a idéia de que toda a decisão deva resultar de premissas antecedentes e conhecidas em respeito à necessidade da lógica formal. A estabilidade e regularidade poderiam ser garantidas por alguns princípios gerais, norteados por fins públicos e objetivos.

Seguindo na crítica ao silogismo, Dewey anota que a sistematização dos métodos lógicos se dá para a sua utilização em situações futuras, a fim de encontrar maior facilidade em alcançar resultados já atingidos no passado. A produção desses resultados, no entanto, não depende só do método utilizado, mas também das condições em que ele é invocado. Por isso, não basta que um método seja reproduzido de maneira acrítica, por força do hábito, da mesma maneira que para se construir uma ponte não se pode desconsiderar o material com o qual ela será construída, o clima do local da construção, além de diversos outros fatores.

Dewey propõe seja adotada no direito uma lógica ligada mais às conseqüências que às premissas, uma lógica de previsão das probabilidades ao invés de demonstração de certezas (1924, p. 571). Os princípios gerais, em uma "lógica da investigação" funcionariam como instrumentos, justificados pelos resultados que pudessem proporcionar. Como outros instrumentos, eles deveriam ser modificados quando aplicados em novas condições e quando houvesse a exigência de produção de novos resultados. Afinal, teriam de ser adaptados às condições em que se daria a sua aplicação.

Assim, o uso dos princípios de acordo com o caso concreto, a decisão voltada a alcançar fins públicos e objetivos e a aplicação instrumental do conhecimento científico, capaz de atestar a capacidade de a decisão produzir os resultados a que se destina, são elementos importantes da teoria experimental.

Afinal, as normas são tidas como instrumentos para se atingir fins desejados. Mas a sua adequação a essa tarefa depende das condições em que são empregues, isto é, do contexto em que se dá a sua aplicação. Cumpre ao juiz, então, verificar no caso concreto o fim público e objetivo a que se deve atender e a norma que poderá servir de instrumento para o atendimento. Ao estabelecimento da relação de causa e efeito entre a aplicação da norma e a produção da conseqüência desejada é útil o conhecimento científico. A partir de seu uso o magistrado pode demonstrar a capacidade, ou a alta probabilidade, da decisão tomada alcançar as finalidades pretendidas. Os dados científicos exercem ainda outro papel importante, pois que limitam as escolhas humanas no tocante às conseqüências inatingíveis.

3 – A atuação estatal voltada a promover determinados fins e a Constituição

O Experimentalismo, então, propõe a valoração de um determinado ato de acordo com a(s) conseqüência(s) que ele objetiva e tem condições de atingir. Assim, na escolha entre duas ou mais ações possíveis, isto é, na tomada de decisões, recomenda sejam observadas as conseqüências a serem produzidas por cada uma delas.

Daí surge uma questão de extrema relevância. Trata-se de investigar o critério para a escolha das conseqüências norteadoras da ação. O próprio Dewey aponta que os fins a serem atendidos pelos atos socialmente relevantes devem ser escolhidos de forma pública e objetiva. O ponto é importante, pois cuida de elemento que confere objetividade às decisões tomadas pelo processo experimental.

Ao se apresentar o experimentalismo como possível referência para as decisões judiciais, a questão relativa à objetividade de seus fundamentos não pode ser deixada de lado. Afinal, a atuação do juiz representa a atuação do Estado. Assim, quando um ou alguns juízes atuam decidindo um conflito é a vontade estatal, e não a vontade privada de cada um deles, que se impõe. Nesse sentido a decisão judicial é um ato público. Deve-se perquirir, então, como se definem os fins públicos e objetivos, os fins a serem atingidos pela atuação estatal, sob a ótica experimental.

Em sua teoria política Dewey aponta que o fato de os homens se associarem, por si só, não os diferencia de outros elementos da natureza. As estrelas se associam, as moléculas se associam etc. O que distingue a associação humana das demais é a

capacidade de seus integrantes em perceber a relação de causa e efeito de seus atos - as conseqüências por eles produzidas –, e de se determinar de acordo com ela.

E os atos praticados nas relações humanas podem provocar dois tipos de conseqüências. O primeiro deles compreende as conseqüências que apenas afetam as pessoas diretamente envolvidas na relação. O segundo tipo de conseqüência produz efeitos também sobre os que não estão envolvidas na relação original, indiretamente. Aí poderia estar uma distinção inicial entre relações privadas e públicas.

O surgimento do Estado estaria ligado ao momento em que as conseqüências indiretas passam a ser identificadas e quando tem início o esforço para regulá-las (DEWEY, 1954, p. 18). O papel estatal para Dewey, portanto, está ligado à promoção/inibição de conseqüências. Com o fim de incentivar ou de evitar a produção de determinados efeitos pelas relações humanas é criado o Estado. A sua função, portanto, é o de promover as conseqüências desejadas e o de inibir as indesejadas.

Deve-se considerar que, quando o Estado age, ele o faz através de pessoas "concretas". A distinção entre pessoas e funcionários públicos não é uma diferença entre seres humanos singulares e um desejo impessoal coletivo, mas uma distinção entre pessoas em seu caráter particular ou público. A qualidade presente na atuação dos agentes públicos não é a autoria, mas a autoridade, que, por sua vez, é derivada do papel do Estado de controlar as conseqüências tidas como socialmente desejadas ou indesejadas. Funcionários públicos são agentes, para Dewey, no sentido de que fazem

o trabalho de outros, de assegurar conseqüências que dizem respeito a esses outros. O Estado, então, controla as conseqüências dos atos relevantes por meio de seus agentes.

> Aqueles indireta e seriamente atingidos, para o bem ou para o mal, formam um grupo com características próprias e por isso querem ser reconhecidos e ter um nome próprio. O nome escolhido é A Opinião Pública (*The Public*). Ela é organizada e torna-se efetiva por meio de representantes que como guardiões do costume, juízes, legisladores, etc, cuidam dos interesses especiais por métodos que objetivam regular a ação conjunta dos indivíduos e grupos. Aí, a associação acrescenta a si própria a organização política: a opinião pública é um estado político (DEWEY, 1954, p. 35).

Mas é preciso atentar para o fato de que a observação das conseqüências é atividade que está sujeita a erro. Dewey aponta que o julgamento a respeito do que deve ser feito para regular as conseqüências, e de como isto deve ser feito, é tão falível quanto qualquer outro. Os erros podem se acumular e se consolidar como leis e métodos de administração que podem ser mais danosos do que as eventuais conseqüências que originalmente desejavam controlar. Por isso as leis e métodos de administração a que se faz referência devem ser objeto de revisão quando invocados.

Enfim, as escolhas sociais importantes, para Dewey, devem ser tomadas democraticamente. O conhecimento científico é um instrumento que pode auxiliar tanto na determinação do que se pode atingir – e portanto escolher – como na tarefa de alcançar o objeto escolhido. Mas um governo de peritos, no qual as massas não tenham

chance de informá-los sobre as suas necessidades, não poderia ser diferente de uma oligarquia manejada no interesse de poucos A investigação é um trabalho que depende de expertos. Mas a sua perícia não deve ser mostrada na elaboração e na execução de políticas, e sim na descoberta dos fatos necessários à política (DEWEY, 1954, p. 208). Os fins norteadores dos atos públicos, portanto, devem ser determinados democraticamente[3].

No modelo de organização jurídico-política adotado atualmente pelo Brasil, poder-se-ia considerar que aqueles fins encontram-se previstos na Constituição Federal. É nela que são consagradas a proteção de garantias fundamentais e mesmo a previsão de objetivos, como o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização e a diminuição das desigualdades sociais e regionais. Considera-se que o momento de elaboração de uma constituição é um momento de racionalidade política, em que o povo faz escolhas que o guiarão nos momentos posteriores. Prova

[3] Este talvez seja o principal ponto a diferenciar o experimentalismo de Dewey do pragmatismo jurídico apresentado por Richard Posner, outra vertente teórica compreendida sob a denominação geral "pragmatismo". O pragmatismo jurídico encontra-se ligado à análise econômica do direito que, em síntese forçada, defende a aplicação de conceitos e regras da economia à resolução de conflitos jurídicos (POSNER, 1972). De acordo com Posner há duas "versões" da análise econômica. Na análise econômica formalista o direito não abandona a lógica formal, mas as decisões judiciais passam a buscar referência nas regras da economia, e não mais nas regras jurídicas. Na versão pragmática, a análise econômica identifica as conseqüências das decisões judiciais, mas deixa a cargo do juiz a tarefa de medir o peso que será dado à essas conseqüências no processo decisório, sendo que essa avaliação do magistrado compreende essencialmente a atenção em relação a eventuais danos a serem causados pela insegurança jurídica provocada por mudança brusca de orientação jurisprudencial (POSNER, 2004, p. 152). Nesse caso parece ser a ciência quem determina qual o melhor resultado possível a ser atingido pela decisão judicial, devendo o juiz ponderar se levar a cabo a "indicação cientifica" poderia causar prejuízos relacionados à insegurança jurídica. Enquanto Dewey acredita no uso do conhecimento científico como um instrumento para verificar a possibilidade de se atingir um fim democraticamente escolhido, Posner está próximo de sustentar o uso do conhecimento científico como um fim em si mesmo.

disso é que, naquele momento, limita a sua própria liberdade de escolha política, ao retirar certas matérias da pauta das negociações políticas ordinárias (SILVA, 2001).

Assim, tendo em vista os elementos aqui tratados, seria razoável considerar que uma decisão, para ser classificada como experimental, deve reunir as seguintes características: *(a)* buscar atingir determinadas conseqüências democraticamente escolhidas; (*b)* considerar o contexto em que está inserida; *(c)* utilizar o conhecimento científico como forma de demonstrar a sua capacidade para atingir os fins pretendidos; *(d)* observar o texto constitucional como critério para escolha das conseqüências que objetiva promover.

A análise de uma decisão que reúna essas características talvez possa tornar mais claro o que se tratou.

4 – Análise de caso: possibilidade de adoção por casal formado por duas pessoas do mesmo sexo[4]

4.1 – O caso

A companheira da mãe adotiva de dois menores de idade ajuizou ação requerendo a adoção das crianças e o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na decisão ora analisada, apreciou recurso de apelação interposto pelo Ministério Público do Estado contra a sentença que julgou procedente aquele pedido. O fundamento do

[4] Apelação Cível nº 70013801592 de 2005. Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator Des. Luiz Felipe Brasil Santos.

recurso estava no óbice legal ao deferimento de adoção a duas pessoas, salvo se forem casadas ou viverem em união estável, conforme determina o artigo 1.622 do Código Civil[5]. Ao mesmo tempo a Constituição Federal, à primeira vista, determina que a união estável é reconhecida na relação entre o homem e a mulher[6], mesmo sentido seguido pelo Código Civil[7].

4.2 – A decisão

Inobstante a redação dos dispositivos citados, a decisão do Tribunal foi a de conceder a adoção das crianças à requerente, para que, na forma como determinado pela sentença impugnada, figurasse nos assentos de nascimento dos menores que são filhos da requerente e da companheira que já as havia adotado em momento anterior, sem especificar a condição de pai ou mãe.

O voto do relator, acompanhado por seus pares, valeu-se de lição de Maria Celina Bodin de Moraes (2000, pp. 89-112). A jurista aproveita a teoria da norma geral inclusiva para afirmar que a lei constitucional reconhecedora da união estável em relação entre homem e mulher com ânimo de constituir família deve servir de parâmetro para regular, de maneira semelhante, os casos análogos não previstos em

[5] É a seguinte a redação do artigo 1.622 do Código Civil. "*Art. 1.622. Ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher, ou se viverem em união estável".*

[6] A Constituição, no art. 226, §3° dispõe que: "Art. 226 A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) §3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento".

[7] O que se extrai da leitura do "Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição da família".

lei. A elasticidade e a relativa indeterminação dos preceitos constitucionais são invocadas para defender aquela idéia. A partir dali, argumentando no sentido de que a união entre pessoas do mesmo sexo representa situação jurídica análoga à união estável entre homem e mulher e, portanto digna dos mesmos direitos concedidos pelo ordenamento jurídico àquela relação, Maria Celina Bodin de Moraes lembra que nenhuma estrutura institucional pode se sobrepor à tutela de seus integrantes, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, princípio fundamental da Constituição Federal. O seu raciocínio culmina no ponto que mais nos interessa. Vale a transcrição.

> (A) família, como qualquer outra comunidade de pessoas, deixa de ter valor intrínseco, como instituição capaz de merecer tutela jurídica pelo simples fato de existir, passando a ser valorada de maneira instrumental, tutelada na medida em que se constitua em um núcleo intermediário de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de promoção da dignidade de seus integrantes.

É possível perceber o uso instrumental que se faz de determinado instituto jurídico, considerado como meio para o alcance da dignidade humana, um fim previsto constitucionalmente.

Isto fica ainda mais evidente quando, na seqüência do voto, o relator passa a se valer da análise de especialistas das mais diversas áreas do conhecimento para demonstrar que a criação das crianças por um casal homossexual não afetaria o seu regular desenvolvimento. A palavra de especialistas é invocada para demonstrar que a

decisão produziria bons resultados. Em um dos estudos citados uma pediatra afirma que *"Um crescente conjunto da literatura científica demonstra que a criança que cresce com 1 ou 2 pais gays ou lésbicas se desenvolve tão bem sob os aspectos emocional, cognitivo, social e do funcionamento sexual quanto a criança cujos pais são heterossexuais"*.

Outro ponto do acórdão merecedor de destaque diz respeito à consideração, pelos desembargadores, do contexto no qual está envolvida a decisão. Observam-se as condições em que se dá a análise do conflito sobre a possibilidade de adoção por casal homossexual. Assim é que a seguinte passagem é citada na decisão:

> Temos, no Brasil, cerca de 200 mil crianças institucionalizadas em abrigos e orfanatos. A esmagadora maioria delas permanecerá nesses espaços de mortificação e desamor até completarem 18 anos porque estão fora da faixa de adoção provável (...)que valor moral é esse que se faz cúmplice do abandono e do sofrimento de milhares de crianças?

Verifica-se, portanto, que a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul compreende os elementos apontados como característicos de uma decisão experimental. Ela: *(a)* rejeita a aplicação formal de dispositivo legal aparentemente regulador do conflito – artigo 226, §3° da Constituição Federal e artigos 1.622 e 1.723 do Código Civil -, em detrimento da verificação de qual a conseqüência mais benéfica a ser produzida pela decisão – o bem estar das crianças adotadas; *(b)* considera o contexto em que está inserido o conflito apresentado ao Tribunal - milhares de

crianças abandonadas – na tarefa de determinar o caminho mais adequado para se chegar aos fins desejados; *(c)* faz uso de conhecimento científico (pesquisas de psicólogos, pediatras e outros especialistas) a fim de demonstrar a capacidade da decisão escolhida de alcançar as finalidades desejadas; (d) a decisão, por fim, tem a Constituição, especificamente o princípio da dignidade da pessoa humana, como parâmetro para a escolha das conseqüências a serem por ela implementadas.

5 – Considerações finais

A Constituição de 1988 representa um marco da história brasileira. Ao longo dos vinte anos de sua promulgação nossa democracia tem estado cada vez mais firme. Há motivos para comemoração, e não são poucos. Mas há também motivos para reflexão. Deve-se observar o fato de soarem ainda dissonantes, em alguns pontos, a realidade e determinadas previsões constitucionais. Diante da preocupação em implementar as escolhas democráticas presentes no texto constitucional ao máximo possível, pode-se notar que essa tarefa implica em alteração da realidade, no sentido de buscar aproximá-la das opções consagradas na Constituição. No caso concreto analisado neste trabalho o Judiciário determina uma ação destinada a produzir resultados e dessa maneira importante ao processo de formação do conhecimento jurídico e da própria realidade. Tantas outras vezes ele é chamado a controlar a atuação dos agentes de outras funções estatais. Em ambas as hipóteses a investigação sobre o papel da ação humana na alteração da realidade é relevante. Nesse sentido, há

uma possível relação entre o direito constitucional e o pragmatismo, a merecer atenção.

Referências

ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, n.19, p. 157-180, mar. 2001.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. O desafio do positivismo jurídico: notas sobre a ADPF 54-QO (a questão do feto anencefálico*). Revista da Procuradoria Geral do Estado. Edição Especial 50 anos*. Rio de Janeiro: Procuradoria Geral do Rio de Janeiro, 2006, vol.3, p. 845 a 859.

DAUZAT, Albert. DUBOIS, Jean. MITTERAND, Henri. *Nouveau Dictionnaire Étymologique et Historique*. Librarie Larousse/Paris-VI. Canadá. 1971.

DEWEY**,** John. *La Busca de la Certeza: un studio de la relacion entre el conocimiento y la acción.* Fondo de Cultura Econômica, 1952.

_____. Logical Method and Law. *The Philosopical Review*, vol. 33, n° 6, November, 1924. pp. 560-572.

_____. *The Public and its Problems*. Ohio University Press. 1954. Originally published: New York, H. Holt, 1927.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Hermenêutica Constitucional: Interpretação de Bloqueio e Interpretação de Legitimação. *Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas*. Ed. Manole. Barueri, SP: [s.d], 2007.

GALDINO, Flavio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005.

LUBAN, David. What's Pragmatic about Legal Pragmatism? *The Revival of Pragmatism: New Essays on Social Thought, Law, and Culture.* Durham: Duke University Press,1988.

POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. Little, Brown and Company. Boston, 1972.

_____. Legal Pragmatism. *Metaphilosophy*. Blackwell Publishing. Oxford (UK) 2004. pp. 147-159

_____. Pragmatic Adjudication. *The Revival of Pragmatism*. Edited by Morris Dickstein. Duke University Press, Durham and London, 1998. pp. 235-253.

SICHES, Luis Recasens. *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*. Porrua, México, 1963.

_____. *Tratado general de filosofía del derecho*. Ed. Porrúa. Mexico, 2003.

SILVA, Luis Virgilio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. *RT 798*. Ano 91, abril de 2002, p. 23-50. p. 25.

_____. Ulisses, as Sereias e o Poder Constituinte Derivado. *Revista de Direito Administrativo 226*, p. 11-32, out./dez. Rio de Janeiro. Renovar. 2001.

STRUCHINER, Noel. Algumas proposições fulcrais sobre o debate jusnaturalismo vs. juspositivismo. *Perspectivas atuais da Filosofia do Direito*. Maia, Antônio Cavalvanti. Melo, Carolina de Campos. Cittadino, Gisele. Pogrebinschi, Thamy (Org.). Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2005.