

UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
EM DIREITO

VANESSA PAES DE VASCONCELOS

**A INFLUÊNCIA DA DINÂMICA DE INSTITUIÇÕES NO COMPORTAMENTO
DECISIONAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: a interdisciplinaridade como
paradigma de análise respaldada pelo pragmatismo jurídico de Richard A. Posner**

MACEIÓ/AL
2016

VANESSA PAES DE VASCONCELOS

**A INFLUÊNCIA DA DINÂMICA DE INSTITUIÇÕES NO COMPORTAMENTO
DECISIONAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: a interdisciplinaridade como
paradigma de análise respaldada pelo pragmatismo jurídico de Richard A. Posner**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Alagoas, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Adrualdo de Lima Catão

MACEIÓ/AL
2016

Catálogo na Fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico

Bibliotecário: Marcelino de Carvalho Freitas Neto – CRB-4 – 1767

V331i Vasconcelos, Vanessa Paes de.

A influência da dinâmica de instituições no comportamento decisório do Supremo Tribunal Federal : a interdisciplinaridade como paradigma de análise respaldada pelo pragmatismo jurídico de Richard A. Posner / Vanessa Paes de Vasconcelos. – 2016.
140 f. : il.

Orientador: Adrualdo de Lima Catão.

Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito de Alagoas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Maceió.

Bibliografia: f. 127-140.

1. Posner, Richard, 1939-. 2. Pragmatismo jurídico. 3. Interdisciplinaridade. 4. Brasil. Supremo Tribunal Federal. I. Título.

CDU: 340.125

Aos obstáculos.

Aos empurrões.

À perseverança.

Às oportunidades.

À família.

À amizade.

À aceitação da humanidade externa e interna.

E, mais do que tudo, à serenidade adquirida para viver uma vida imprevisível.

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer ao meu orientador prof. Adrualdo Catão, pelo suporte, compreensão e sabedoria prática, que foram essenciais à escrita desse trabalho.

Gostaria de agradecer à Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Alagoas/FAPEAL pelo suporte por meio de bolsa acadêmica que me possibilitaram a conclusão dessa etapa.

Gostaria de agradecer aos meus queridos colegas da turma 10 do Mestrado em Direito Público da UFAL, pelo conhecimento adquirido, pela ajuda nos momentos difíceis que passamos, pela cooperação simpática e, principalmente, pelos colegas que fiz para uma vida.

Gostaria de agradecer pelo acolhimento no grupo “I love shopping”, onde eu encontrei amizade, compreensão e espaço de extravasamento para todas possíveis e impossíveis neuroses encontradas ao longo desses dois longuíssimos (e curtos demais) anos.

Gostaria de agradecer à Elba e à Fabiana que resgataram a minha presença (física e emocional). Aos meus amigos de uma vida, onde palavras não poderiam descrever todo o amor e torcida que tenho tido ao longo de mais de dez anos de amizade. Vocês são meu barco salva-vidas e me lembram que “tive amigos sinceros durante toda a minha vida e assim continuará sendo”.

Gostaria de agradecer às minhas várias famílias. À minha família de amor, Ritinha, Armene e os demais. À minha grande família, que tem como arrimo de afeição, uma velhinha linda e maravilhosa, chamada Vânia, a quem agradeço todos os dias por ser sua neta. Uma matriarca forte, benevolente e de uma devoção amorosa aos seus filhos, netos e bisnetos invejável. À minha pequena família, meu pai, minha mãe e minha irmã. Que nem podem imaginar o quanto são importantes para a conclusão desse projeto. Sem vocês, não teria continuado. À minha família ultramares, um conjunto lindo de belgas simpáticos que acolheram como sua filha e irmã, uma estrangeira de um país do qual pouco ouviam falar. À minha família escolhida pelo amor. Um marido que suporta qualquer dificuldade de uma esposa em um mestrado, nos seus altos e muitos baixos momentos, oscilando da conquista à frustração em um curto espaço de tempo, onde qualquer um somente poderia acompanhar com uma câmera lenta e que acompanhou com muita compreensão e paciência.

E, por último, gostaria de agradecer a mim mesma. Essa pessoa que tenho aprendido a valorizar e amar.

Obrigada.

“Você pode me empurrar do precipício...
E daí?
Eu adoro voar!”.

LISPECTOR, Clarice.

RESUMO

O objetivo da presente dissertação é investigar a influência do contexto institucional no comportamento judicial do Supremo Tribunal Federal em seus posicionamentos de maior ou menor ativismo judicial. O suporte teórico derivou-se diretamente do pragmatismo jurídico empregado por Richard Posner. Assente no empirismo, Posner argumenta a favor do descerramento da “ciência” jurídica para a interdisciplinaridade, quando demonstrada a sua utilidade na compreensão de fenômenos jurídico-políticos. Destes fenômenos, nosso foco foi o comportamento institucional do Supremo Tribunal Federal e sua interação com os demais poderes da república brasileira. Como exemplo de fator proveniente destes novos aportes teóricos interdisciplinares, utilizamos o conceito de “capital institucional” que entendemos ter valência empírica para afirmar que, ao decidir questões de direito, o Supremo Tribunal Federal também atua influenciado pelas consequências institucionais de suas decisões. Não só aspectos jurídicos, sociais e de justiça nas decisões são relevantes, como também os respectivos impactos nas relações institucionais. O intuito é justamente mostrar a relevância na formação de uma cultura de análise pragmática dentro da doutrina jurídica no Brasil. Principalmente no que toca a averiguação de comportamentos padrões no contexto da dinâmica de uma instituição da estatura do Supremo Tribunal Federal que impacta repetidamente uma sociedade complexa e heterogênea, com desigualdades sociais profundas. Logo após, analisamos a trajetória da separação de poderes, a fim de problematizar sua influência nestas relações institucionais. Conclui-se então: que a separação de poderes pode ser concebida dentro de um contexto estático teórico, contudo não apreende a dinamicidade das constantes interações entre os poderes e suas respectivas instituições; que a via interdisciplinar do pragmatismo jurídico se apresenta como melhor expediente para descrever o comportamento do Supremo Tribunal Federal, num ambiente heterogêneo de múltiplas alternativas; que, apesar de a independência institucional se demonstrar, até então, um valor social intrínseco à concepção de Estado Democrático de Direito, não podendo ser descartada, também não pode ser amplificada, uma vez considerado tanto o seu uso para salvaguardar a democracia como para salvaguardar interesses políticos próprios e naturais das instituições.

Palavras-chave: Richard Posner. Pragmatismo Jurídico. Interdisciplinaridade. Supremo Tribunal Federal. Interações Institucionais.

ABSTRACT

The purpose of this dissertation is to investigate the influence of the institutional context in judicial behavior of the Supreme Court in their positions of greater or lesser judicial activism. The theoretical support derived directly from the legal pragmatism employed by Richard Posner. Based on empiricism, Posner argues for the unveiling of the legal “science” for an interdisciplinary approach, when its usefulness in understanding legal and political phenomena has been demonstrated. Out of these phenomena, our focus was on the institutional behavior of the Supreme Court and its interaction with the other powers of the Brazilian republic. As an example factor from this new interdisciplinary theoretical framework, we use the concept of “institutional capital” that we understand to have empirical valence, to affirm that when deciding questions of law, the Supreme Court also acts influenced by the institutional consequences of their decisions. Not only legal, social and rightful aspects are relevant in decision-making, but as well their impact on institutional relations. The aim is to show the relevance in the formation of a pragmatic analysis’ culture within the legal doctrine in Brazil. Especially as regards the investigation of behavioral patterns in the context of the dynamics of an institution of the stature of the Supreme Court which repeatedly affects a complex and heterogeneous society with deep social inequalities. Soon after, we analyze the trajectory of the separation of powers, in order to discuss its influence in these institutional relations. It follows then: that the separation of powers can be conceived within a static theoretical context, but does not capture the dynamics of the constant interactions between the powers and their institutions; that the interdisciplinary way of legal pragmatism is presented as the best expedient to describe the behavior of the Supreme Court, in a heterogeneous environment with multiple alternatives; that despite the institutional independence is established, until then, as an intrinsic social value to the concept of democratic rule of law that cannot be ruled out, but also it cannot be amplified, once considered its both uses: to safeguard democracy and to safeguard own political and natural interests of the institutions.

Key Words: Legal Pragmatism. Interdisciplinary Approach. Federal Court of Justice. Institutional interactions.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 PRESSUPOSTOS TEÓRICOS: PRAGMATISMO FILOSÓFICO, PRAGMATISMO JURÍDICO E RICHARD POSNER.....	16
2.1 Os Estados Unidos da América e Filosofia: O pragmatismo filosófico.....	16
2.2 Pragmatismos ortodoxo e não-conformista e o pragmatismo cotidiano de Richard Posner 20	
2.3 “A Vida do Direito tem sido Experiência”: A influência de Oliver Holmes Jr. no pensamento de Richard Posner.....	31
3 UMA OFERTA DA OBRA DE RICHARD POSNER PARA A INTERDISCIPLINARIEDADE: O PRISMA EMPIRICISTA COMO AUXÍLIO À ANÁLISE DO COMPORTAMENTO JUDICIAL	44
3.1 A Análise Econômica do Direito em Posner, a Evolução para o Pragmatismo Jurídico “Posneriano” e o Uso do Instrumental das Ciências Empíricas no Direito	45
3.2 O Capital Institucional como Fator Empírico a ser Considerado nas Interações entre Instituições como Resultado da Interdisciplinaridade Proposta pela Análise Pragmática de Richard Posner.....	55
3.3 A Aplicação da Análise Interdisciplinar sobre o Comportamento Judicial do STF: o Uso do Capital Institucional sob o Olhar Pragmático de Posner na Seara Constitucional	68
4 REAÇÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ÀS INTERAÇÕES ENTRE PODERES: SEPARAÇÃO DE PODERES E OSCILAÇÕES INSTITUCIONAIS.....	84
4.1 A Separação de Poderes como Fundação do Desenho Institucional do Estado	85
4.2 As Reflexões Contributivas de Locke, Montesquieu e a Realização dos Autores da Constituição Norte-Americana para o Desenho Institucional nos Estados Democráticos	90
4.3 A Separação de Poderes no Brasil e a Configuração do Supremo Tribunal Federal como Instituição Jurídico-Política.....	109
4.4 A Ascensão da Jurisdição Constitucional e sua Relação com Quem Deve Decidir Questões Políticas	114
5 CONCLUSÃO	119

REFERÊNCIAS	124
• Referências de sítios eletrônicos e mídias eletrônicas	136
• Referências Legislativas e Jurisprudenciais	137

1 INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal como instituição jurídico-política que é, pode ser avaliado por aportes teóricos de análise que não exclusivamente jurídicos? E, se assumida resposta positiva a este questionamento, como introduzir tais aportes na concepção secular da separação de poderes e independência judicial?

O presente trabalho tem como proposta de inquirição os fatores externos, concebida a análise interdisciplinar no tocante as relações entre os poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) e suas instituições como influentes no comportamento judicial do Supremo Tribunal no que concerne as atribuições que lhe conferira a Constituição Federal de 1988.

Dessa maneira, devemos ressaltar os pressupostos que constituirão as afirmações expostas nessa dissertação.

Partimos do ponto de vista do pragmatismo jurídico de Richard Posner. Seu pensamento na filosofia do direito se baseia no ceticismo quanto a verdades absolutas, entidades metafísicas que não surgem efeitos úteis na vida prática; na interpretação contextualizada histórica e socialmente; e no procedimentalismo, que desconfia das asserções morais quanto à incorporação de guia universal para a conduta judicial.

Tais pressupostos teóricos, além de proverem do pragmatismo jurídico, tem raiz mais precisa na visão de Richard Posner do direito, herdados do pragmatismo de Oliver Holmes Jr. e Benjamin N. Cardozo¹.

Richard Posner é juiz do sétimo circuito de apelações desde 1981. Formado na “Harvard Law School”, o juiz Posner é autor de diversos livros e artigos. Atualmente, também leciona na “Chicago Law School”, sendo precursor do movimento da “Economic Analysis of

¹ A classificação tanto de Oliver Holmes Jr. como de Benjamin Cardozo como pragmatistas constitui facilitação por parte desse trabalho, visto que dentro da doutrina americana (Cf.: TAMANAHA, Brian Z. *Pragmatism in US Legal Theory: Its Application to Normative Jurisprudence, Sociolegal Studies, and the Fact-Value Distinction. American Journal of Jurisprudence.*, v. 41, p. 315, 1996.) como da brasileira (Cf. FREITAS, Lorena. Além da Toga: **Uma Pesquisa Empírica Sobre Ideologia e Direito**. Recife: Bagaço, 2009; GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Introdução ao Realismo Jurídico Norte-Americano**. Brasília: edição do autor, 2013) encontramos ambos ou separadamente inseridos na corrente realista do direito. Essa classificação não constitui imprecisão, mas pode gerar confusões ao longo da leitura do texto com o movimento do *Critical Legal Studies* e com o movimento empreendido por Llewellyn, Arnold, entre outros. Tanto Holmes como Cardozo possuem influência em ambos, mas cremos que não podem ser considerados como integrados a estes movimentos. Como a análise catalogatória não constitui objetivo deste trabalho vide FISHER, William W.; HORWITZ, Morton J.; REED, Thomas. **American legal realism**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1993, para maiores esclarecimentos.

Law”, assim como é considerado referência mundial do pragmatismo jurídico na contemporaneidade².

Seus trabalhos refletem uma ampla gama de temas, mas a bibliografia selecionada para o presente se baseia em suas opiniões sobre a racionalidade das decisões dos indivíduos, a formação do raciocínio da decisão judicial pela via do pragmatismo, bem como sua análise crítica sobre as teorias constitucionais e opiniões sobre a independência judicial.

Sem embargo, é necessário particularizar a análise pragmática de Richard A. Posner do direito. Para a correta interpretação de sua obra, é preciso considerar que todas as suas avaliações e críticas, se dirigem quase que integralmente ao sistema judiciário americano, sistema este focado na atividade judicial³.

Algumas exceções foram feitas ao longo de sua carreira acadêmica por meio de artigos científicos⁴, contudo seus livros publicados e artigos científicos se dirigem, sim, aos Estados Unidos da América, bem como o seu diálogo teórico constitucional se faz estreitamente com teóricos igualmente americanos⁵.

O que não significa que a reflexão e metodologia contidas na obra de Posner não possam ser utilizadas fora do sistema norte-americano. Apenas é preciso discernimento em sua aplicação e não as utilizar indiscriminadamente. É por essa razão que o leitor irá encontrar ressalvas e, igualmente, limitações objetivas no que concerne o objeto da análise ao longo do trabalho.

Um segundo aspecto preliminar é que no tocante ao isolamento da disciplina do Direito, que entendemos não se constituir como disciplina autônoma. Como seu âmbito reside propriamente na sociedade, não acatamos visões de exclusividade da ciência do Direito. Outras áreas sociais como a Política, a Sociologia e a Economia podem igualmente ser interessantes à

² **Judge Richard A. Posner. Brief Biographical Sketch.** Sítio da Universidade de Chicago. Disponível em <<http://home.uchicago.edu/~rposner/biography>>. Acesso em: 14 jan. 2016.

³ COOTER, Robert; Thomas Ullen. **Direito & Economia.** 5ed. Tradução: Luis Carlos Sander, Francisco Araujo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 76-88.

⁴ Como exemplo temos: POSNER, Richard A. *Creating a legal framework for Economic Development.* **World Bank Research Observer.** v. 13, Iss. 1, 1998, p. 1-11; POSNER, Richard A. *Law and economics in common-law, civil-law, and developing nations.* **Ratio Juris,** v. 17, n. 1, p. 66-79, 2004.

⁵ Temos aqui igualmente algumas ressalvas quanto a essa afirmação, apesar do diálogo na seara constitucional se faz com autores norte-americanos, no tocante a sua abordagem da filosofia e da teoria do direito, Posner menciona outros importantes autores como Schumpeter, Nietzsche, Savigny, Kant, Aristóteles entre inúmeros outros.

análise do campo de estudo do Direito. Acreditamos que este é um dado que já não encontra grande resistência por parte da doutrina jurídica atual. O Direito não é autossuficiente.

Outro fato que entendemos ser relevante metodologicamente no que se atém à pesquisa, é que não entendemos ser possível a neutralidade científica por parte do pesquisador. Todavia, acreditamos na devida objetividade que devem se fiar todos aqueles que se propõem a realizar uma tarefa científica.

É por essa razão, que firmamos os pressupostos conceituais, guias da presente pesquisa, em esforço de transparência científica. Assim, passaremos à exposição do raciocínio e à apresentação dos capítulos que compuseram o presente trabalho.

No primeiro capítulo, realizamos a demonstração das bases teóricas do presente trabalho, ou seja, o pragmatismo jurídico como proposto por Richard Posner. Para tanto foi necessária a exposição do movimento pragmatista, primeiramente, em sua contextura inicial, a filosófica. Assim o fizemos com a finalidade de descortinar sua íntima relação com a postura judicial de Oliver Wendell Holmes Jr.

Este eminente juiz e pensador norte-americano constitui essencial papel na formação do pensamento atual sobre o pragmatismo jurídico “posneriano”. Ainda que apreendamos algumas dissonâncias entre as interpretações de Posner e Holmes é inegável a influência deste naquele. Deste modo, o pragmatismo filosófico se transmitiu notadamente ao Direito através das opiniões de Holmes, eivadas de inferências consequencialistas e valorizadoras da experiência na teoria jurídica.

E apesar de Posner negar a utilidade da corrente filosófica pragmática ao Direito, prescrevendo um posicionamento ténue desta filosofia para, somente assim, aceitar sua aplicação ao comportamento judicial de tomada de decisão, assim não o concebemos, tendo em vista suas conexões atuais à teoria “holmesiana”.

Estabelecidas as conexões entre os pragmatistas filosóficos, Holmes, como pragmatista jurídico por excelência, e visão pragmatista de Richard Posner, passamos a apresentar a sua visão interdisciplinar no tocante à análise do direito. Esta encontra-se consubstanciada na receptividade de seu pragmatismo jurídico de outros aportes teóricos, como o econômico.

Dito isto, realizamos a demonstração cronológica de sua bibliografia sobre as interações entre Direito e Economia, iniciando-se com a exposição da Análise Econômica do Direito (AED), vista primeiramente em suas correlações tidas por outros teóricos, para apresentar a sua evolução em Posner. Ao final, retratamos sua atual interpretação nos escritos mais recentes de Posner.

Dessa forma, procuramos retratar sua leitura contemporânea da AED e, por conseguinte, a formulação sobre a maximização da riqueza, de forma que pudéssemos demonstrar as consequências dessa pressuposição atualizada de Posner com o instrumental trazido por outras ciências sociais. Entendemos este instrumental como relevante à análise do comportamento judicial, em especial, a instituição do Supremo Tribunal Federal.

Este ferramental é proposto por meio do conceito de capital institucional. O conceito é proveniente das ciências sociais empíricas, iniciando-se sua construção a partir da ciência econômica, tendo se espreado para as demais ciências da área social como instrumento operativo na análise comportamental das instituições.

Dessa maneira, a hodierna conceituação de maximização de riqueza de Posner nos leva a inferir que, da mesma forma que os indivíduos avaliam situações de custo e benefício (ainda que nem sempre conscientemente), também as instituições são levadas a realizar o mesmo cálculo.

Amparada pela defesa de avaliação de consequências pelo pragmatismo de Posner, nossas conclusões se depararam com um modelo que pretende o exame de fatores extrajurídicos na seara da tomada de decisões. O que nos leva, novamente, a tentativa de quebra paradigmática no que concerne o entendimento de que as decisões do Supremo Tribunal Federal devem ser analisadas somente do prisma jurídico, conjecturando as pesquisas somente sob o binômio de acordo/não acordo com as teorias constitucionais.

É por essa razão que passamos à integração da crítica de Posner às teorias constitucionais, ainda que abrangentes somente de autores norte-americanos, como afirmativas de serem guias decisórias para os juízes. Posner afirma que há outros fatores que não os teóricos analíticos e dentro deles nossa pesquisa entendeu como a consideração de impactos no capital institucional do Supremo Tribunal Federal.

De forma a contextualizar a problemática, passamos no terceiro e último capítulo do presente trabalho, a formar juízos sobre os impactos que teriam as interações institucionais

sobre a separação de poderes. Para tanto, traçamos a evolução das teorias e práticas sobre a separação de poderes, de forma a enquadrar historicamente sua importância.

Em vista desse quadro histórico, examinamos o desenvolvimento dos desenhos institucionais dos Estados. Consideramos importante para o objeto de estudo descrever a singularidade do percurso institucional do Estado brasileiro, com o intuito de estabelecermos proposições sobre que papel tem o Supremo Tribunal Federal no sistema político brasileiro.

Em conclusão, procuramos estabelecer como a dinâmica de capital institucional, ou seja, a dinâmica de seu acréscimo ou decréscimo poderia exercer influência em posicionamentos de maior ou menor ativismo judicial. E se a análise por meio do instrumental deste capital próprio das instituições seria eficaz na previsibilidade de comportamento judicial do Supremo Tribunal Federal.

Em virtude da natureza teórica da problemática, a presente pesquisa foi elaborada com através de pesquisa bibliográfica, com uso de coletâneas, livros e de artigos em meio físico e meio eletrônico.

Entretanto, encontramos dificuldades de acesso ao material dissertativo do mestre Pedro José de Almeida Ribeiro, formado no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFRJ⁶, que gostaríamos de ter obtido acesso, uma vez que possuímos o extrato de sua dissertação consubstanciado em artigo integrante da coletânea “Jurisdição constitucional e política” adquirida por esta pesquisadora⁷.

Esse fato se deu porque até o momento de redação final do presente trabalho, o documento não se encontra publicado no sítio do PPGD-UERJ (<http://www.bdttd.uerj.br>), como também não obtivemos resposta ao contato realizado através do programa, além de não termos sido respondidos pelo autor, pela via eletrônica, para o consentimento de uma cópia virtual. A procura por este material de conhecermos somente essa abordagem do capital institucional aplicada especificamente ao Direito, no território nacional.

Entretanto, como o objetivo da presente dissertação não foi o de trabalhar exclusivamente com o capital institucional, mas sim com a visão interdisciplinar prelecionada

⁶ Referência bibliográfica: RIBEIRO, Pedro José de Almeida. **A Construção do Judiciário, o capital institucional e a quota de decisões contramajoritárias**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014

⁷ RIBEIRO, Pedro José de Almeida. O conceito de capital institucional e suas características. In: SARMENTO, Daniel (org.). **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 311-348.

pelo pragmatismo jurídico de Richard Posner, proporcionador de maior abertura a novas metodologias e terminologias provenientes de outras áreas da ciência social, não acreditamos que houve demasiado prejuízo à compreensão integral das propostas integrantes dessa dissertação.

Já no tocante à elaboração metodológica formal, esta segue o Padrão UFAL de normalização⁸, de acordo com a normativa imposta pela Circular nº 03/2013 - do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Alagoas.

⁸ GUEDES, Enildo Marinho. **Padrão UFAL de normalização**. Maceió: EDUFAL, 2012.

2 PRESSUPOSTOS TEÓRICOS: PRAGMATISMO FILOSÓFICO, PRAGMATISMO JURÍDICO E RICHARD POSNER

Este capítulo inicial estabelece as bases teóricas do presente trabalho, dedicando-se, então, ao esclarecimento das premissas do pragmatismo jurídico de Richard Posner. Desta feita, iniciamos com o surgimento e os princípios que envolvem a corrente do pragmatismo filosófico para então tratarmos do pragmatismo jurídico.

Essa exposição se dá com foco no pensamento e na doutrina construída por Oliver Wendell Holmes Jr., influente juiz e palestrante jurídico nos Estados Unidos⁹. A importância dessa consolidação teórica se configura em virtude da influência de Holmes nas proposições sobre o pragmatismo jurídico em Richard A. Posner, referencial teórico do presente trabalho¹⁰.

2.1 Os Estados Unidos da América e Filosofia: O pragmatismo filosófico

Em 1870, um selecionado grupo de colegas passou a se reunir em Cambridge para discutir, primariamente, filosofia. As reuniões eram regulares e se centravam no debate filosófico sobre as concepções de crença, não sob um ponto de vista metafísico, mas sobre a convicção de que a crença seria a fundação das ações do homem. A metafísica naquela época era vista como um tipo de filosofia ultrapassada e por essa razão, este grupo de jovens, ironicamente resolveu denominar o grupo de “O Clube Metafísico”¹¹.

Este grupo era composto por Charles Sanders Peirce, Oliver Wendell Holmes Jr., Nicholas Saint Green, William James, entre outros. Esses nomes são reconhecidos na literatura¹² como os fundadores do pragmatismo. É por essa razão que o “marco zero” do movimento pragmatista é concebido na formação do “Clube Metafísico”, que reunira os principais autores “clássicos”. Entretanto, depois de estabelecido esse marco inicial, o

⁹ CHILDRESS, Steven Alan. **Foreword**. In: HOLMES JR., Oliver Wendell. **The common law**. Nova Orleans: Quid Pro Books, 2010. [Versão digital. Kindle].

¹⁰ Apesar da existência de diferenciação entre o pragmatismo jurídico defendido por Posner e aquele defendido por Holmes, conforme será explanado adiante. Cf.: CATÃO, Adrualdo de Lima. *Law and Economics, Consequentialism and Legal Pragmatism: the influence of Oliver Holmes Jr.* In: IVR World Congress Law Science and Technology, 25., 2011, Frankfurt/Main. **Conference Proceeding. Frankfurt am Main: Goethe-Univ., 2012. 045/2012., Series A.**

¹¹ DE WAAL, Cornelis. **Sobre Pragmatismo**. Tradução: Cassiano Terra Rodrigues. Rio de Janeiro: Edições Loyola, 2007, p. 18.

¹² EISENBERG, José; POGREBINSCHI, Thamy. Pragmatismo, Direito e Política. **Dados: Revista de Ciências Sociais**. Rio de Janeiro, v.43, n. 4, pp. 107-119, 2002; HERDY, Rachel. O Pragmatismo Jurídico: Levado a sério. **Boletim CEDES**. Rio de Janeiro, p. 15-23, 2008; WAAL, Cornelis de. **Sobre Pragmatismo**. Tradução: Cassiano Terra Rodrigues. São Paulo: Edições Loyola, 2007.

movimento não tem, de modo algum, um desenvolvimento consistente e uniforme ao longo dos anos¹³.

Apesar de incipiente, o pragmatismo àquela época não fora considerado um método ou uma forma de pensar revolucionária, mas sim um conglomerado de concepções filosóficas já antes existentes, podendo-se retornar desde a antiguidade clássica. Richard Posner reforça que podemos revisitare as concepções pragmáticas até o tempo dos sofistas, em Protágoras.¹⁴ Inclusive William James, em sua obra sobre pragmatismo, coloca como subtítulo “*New name for some old ways of thinking*”¹⁵.

Como já dito, o pragmatismo surgiu, primeiramente, como uma reformulação metodológica da filosofia para o problema do significado, conectando-a não a sua ontologia, como na metafísica, mas sim a seus resultados práticos. Seguindo essa metodologia, desenvolvida por Peirce, algo teria seu significado determinado em termos de resultados práticos observáveis, implicando que se estes forem ausentes, também o seria o seu significado¹⁶.

O âmago do pensamento pragmático filosófico se encontra na tentativa de produzir um método para se fazer filosofia e não uma teoria em si mesma. Seu objetivo primário fora determinar o significado dos termos científicos e filosóficos. Essa afirmação procedeu da identificação da falta de clareza terminológica como causa das preocupações filosófico à época, o que deturpava a observação do que deveriam as verdadeiras questões centrais.

Nos escritos de William James, depois da dissolução do “Clube Metafísico”, observa-se a ampliação do escopo do pragmatismo para a teoria da verdade. A partir de um viés psicológico, James passa para a investigação da verdade, centrando-se na “crença”. Sua concepção de verdade fora, então, concebida em questões de utilidade¹⁷.

¹³ DE WAAL, Cornelis. **Sobre Pragmatismo**. Tradução: Cassiano Terra Rodrigues. Rio de Janeiro: Edições Loyola, 2007, pp. 10-15.

¹⁴ POSNER, Richard A. **Problemas de Filosofia do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007; POSNER, Richard A. **Para Além do Direito**. Tradução: Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009; POSNER, Richard A. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

¹⁵ Um novo nome para algumas antigas maneiras de pensar. Tradução Livre. JAMES, William. **Pragmatism**. Heraklion: Heraklion Press, 2014. [Versão digital. Kindle].

¹⁶ DE WAAL, Cornelis. **Sobre Pragmatismo**. Tradução: Cassiano Terra Rodrigues. Rio de Janeiro: Edições Loyola, 2007, p. 18.

¹⁷ JAMES, William. **Pragmatism**. Heraklion: Heraklion Press, 2014. [Versão digital. Kindle].

William James propunha que qualquer ideia é verdadeira a depender de como essa ideia reage ao que se exige dela, reenforcando a sua veracidade nas suas consequências. A verdade era vista como um processo, e não como uma característica intrínseca ao objeto. Ou seja, uma ideia se torna verdadeira em função de sua crença se provar útil a quem acredita nela¹⁸. Entretanto, tal tentativa de estender a visão filosófica do pragmatismo para a teoria da verdade, tornou-o vulnerável a críticas dos mais distintos ramos da filosofia¹⁹.

Essa adoção do pragmatismo como método para a teoria da verdade realizada por William James que primeiramente inicia a divisão entre os muitos espectros do pragmatismo. Para Charles Peirce, o pragmatismo era estritamente um critério de significação e, por essa razão, a partir de 1905, procurou se afastar dos desdobramentos da formulação pragmática de James²⁰, chegando até a caracterizar seu pensamento com um novo termo, o “pragmaticismo”²¹.

Em seu ensaio “Como tornar as nossas ideias claras”, Charles Peirce publica a primeira versão da máxima pragmática, posteriormente reinterpretada por William James²². A caracterização de seu pensamento pragmático pode ser resumida no excerto adiante:

No que toca ao quando, qualquer estímulo para a acção (sic) provém da percepção; no que toca ao como, todo o objectivo (sic) da acção (sic) é o de produzir um resultado sensível. Assim, chegamos ao que é tangível e concebivelmente prático como sendo a raiz de qualquer distinção real do pensamento, independente de quão subtil (sic) ele for; e não há distinção de significado por mais fina que seja que não consista numa possível diferença da prática. [...] **A nossa ideia de qualquer coisa é a nossa ideia dos seus efeitos sensíveis**, e se supusermos que temos uma outra é enganar-nos a nós próprios, e confundimos uma simples sensação que acompanha o pensamento como uma parte do próprio pensamento. É absurdo dizer que o pensamento tem um significado não relacionado com a sua única função. [grifos nossos]²³

Charles Peirce procurou sistematizar seu pragmatismo²⁴ em bases empíricas e lógicas. Por essa razão, defendia que não possuímos uma intuição inerentemente humana nem podemos

¹⁸ JAMES, William. *Pragmatism..* Heraklion: Heraklion Press, 2014. [Versão digital. Kindle].

¹⁹ DE WAAL, Cornelis. *Sobre Pragmatismo*. Tradução: Cassiano Terra Rodrigues. Rio de Janeiro: Edições Loyola, 2007, p. 25.

²⁰ A concepção de William James pode ser caracterizada como nominalista e psicologista, apesar de ter se iniciado com o propósito contrário, se assemelha às tradições racionalistas como a cartesiana, como se vê na ideia de verdade como consenso. JAMES, William. *Pragmatism..* Heraklion: Heraklion Press, 2014. [Versão digital. Kindle].

²¹ APEL, Karl-Otto. Charles Peirce : *From Pragmatism to Pragmaticism*. Amherst: University of Massachusetts Press, 1985. [Versão digital. Kindle].

²² MENAND, Louis. *The metaphysical club*. Nova York: Farrar, Strass and Giroux, 2001. [Versão digital. Kindle].

²³ PEIRCE, Charles H. *Como tornar as nossas ideias claras*. Tradutor: António Fidalgo. Lusosofia Press. Disponível em: <http://www.lusosofia.net/textos/peirce_como_tornar_as_nossas_ideias_claras.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2015, p. 12.

²⁴ Usaremos o termo pragmatismo em virtude do termo pragmaticismo ter surgido como uma ideia do autor a fim de diferenciar-se das interpretações do pragmatismo inicial, e mais especificamente de William James, a partir de 1905, mas que não obteve êxito na sua popularização.

pensar em termos que não através de signos. Essa concepção “peirceana” contraria toda a filosofia cartesiana sobre o poder da introspecção e do intelecto para conhecer além. Reconhece a limitação do pensamento humano em termos cognitivos²⁵.

Outra característica importante do pensamento de Peirce é a influência da teoria adaptativa darwiniana, teoria revolucionária não só nas ciências naturais, como também nas ciências sociais²⁶. A influência do “darwinismo” se demonstra na defesa de Peirce de que o propósito para exercemos a faculdade do raciocínio é o estabelecimento de uma crença própria ou alheia, que determinará hábitos e, por consequência, ações adaptadas a esses hábitos²⁷.

Esse “mecanismo racionalizante” faz com que o homem se adapte ao seu ambiente. Dessa forma, a razão não é feita somente para nos separar dos outros animais, como também é um mecanismo evolutivo-adaptativo da raça humana²⁸.

Charles Peirce também defendia o falibilismo. Este seria o resultado do sopesamento entre o ceticismo e o dogmatismo. Consubstancia-se em dizer que a realidade é uma necessidade da razão prática. Assim, não se poderia sempre presumir que nunca iremos conhecer a verdade, como afirmam os céticos. Essa afirmação resultaria em conclusões de negação da racionalidade, uma vez que esta seria desnecessária²⁹.

Do lado oposto do ceticismo, temos a concepção do dogmatismo sobre a verdade, que garante que algumas verdades serão sempre irrefutáveis e sobre elas que devem restar as teorias. Peirce acredita que em geral poderemos confiar em nossas crenças, entretanto, não poderemos nunca afirmar – como no dogmatismo – que são verdades absolutas, não devendo considerá-las indubitáveis³⁰. Essa visão tem estreita relação com a visão teórica de Posner, a qual veremos em maiores detalhes adiante.

²⁵ DE WAAL, Cornelis. **Sobre Pragmatismo**. Tradução: Cassiano Terra Rodrigues. Rio de Janeiro: Edições Loyola, 2007, p. 27-33.

²⁶ POSNER, Richard A. **Problemas de Filosofia do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 21.

²⁷ DE WAAL, Cornelis. **Sobre Pragmatismo**. Tradução: Cassiano Terra Rodrigues. Rio de Janeiro: Edições Loyola, 2007, p. 30-36.

²⁸ Ibidem, p. 30-36

²⁹ Ibidem, p. 30-36.

³⁰ Essa visão se assemelha, superficialmente, com o critério da falseabilidade em Karl Popper. POPPER, Karl Raymund. **A lógica das ciências sociais**. Tradução: Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho, Vilma de Oliveira Moraes e Silva. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1978, pp. 27-30. Mas segundo Posner, nem mesmo a falsificação (ou falseabilidade, como denomina Popper), “é um critério infalível de invalidade; sempre é possível, e de fato é comum na prática científica, rejeitar evidências que contradizem uma hipótese com base em que as observações ou experimentos que geraram a

2.2 Pragmatismos ortodoxo e não-conformista e o pragmatismo cotidiano de Richard Posner

William James e Charles Peirce são geralmente enquadrados como pragmatismo filosófico clássico (ou ortodoxo, como chama Posner). Apesar de haver concepções divergentes entre os mesmos é possível que se identifique a raiz e certa singularidade nas suas formulações. Não obstante, a caracterização como um movimento uniforme é extremamente complicada, até mesmo a formação de uma definição que não provoque objeções³¹.

Não se sabe ao certo se os sucessores modernos desses filósofos são considerados pragmatistas com acerto ou à mero título informativo, citando Quine, Sellars, Davidson, Putnam e até mesmo Rorty³². Uma vez que as disparidades de pensamento dentro do pragmatismo pós-ortodoxo são tantas que Richard Posner prefere utilizar o termo “tom pragmático” para uniformizar algumas ideias que considera nucleares para o pragmatismo, compreendendo este mais como uma “tradição, atitude e ponto de vista do que um corpo de doutrina”.³³

Ao utilizar o termo “tom pragmático”, Posner traça inúmeras semelhanças entre o pragmatismo e outros ramos da filosofia, atribuindo conexões a filósofos como Hume, Bentham, Mill, Nietzsche³⁴, inclusive Hegel. Richard Posner reputa tais conexões em função

evidência serem não confiáveis, em vez de rejeitar a hipótese e possivelmente ter que abandonar uma teoria bem-sucedida até o momento”. POSNER, Richard A. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 29.

³¹ RORTY, Richard; PUTNAM, Hilary; CONANT, James et. al. What is pragmatism?. **Think**, v. 3, n. 08, p. 71-88, 2004, p. 74-75.

³² POSNER, Richard A. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 19.

¹ Ibidem, p. 20. Vemos a mesma atitude em Idem, **Para Além do Direito**. Tradução: Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. Como também em: “*The new pragmatism, like the old, is not a distinct philosophical movement but an umbrella term for diverse tendencies in philosophical thought. What is more, it is a term for the same Tendencies; the new pragmatism is not new*”. O novo pragmatismo, como o velho, não é um movimento filosófico distinto, mas um termo genérico para diversas tendências do pensamento filosófico. O que é mais, é um termo para as mesmas tendências; o novo pragmatismo não é novo. Tradução livre. Idem. *What Has Pragmatism to Offer Law?* **Southern California Law Review**. Los Angeles, n.63, pp.1653-1670, 1990, p. 1653.

³⁴ Acreditamos que Posner credita a posição de Nietzsche como também participante do tom pragmático por denominar tanto a religião como o platonismo uma espécie de escapismo do pensamento humano. RORTY, Richard. Grandiosidade universalista, profundidade romântica, finitude humanista. In: SOUZA, José Crisóstomo de Souza (org.) **Filosofia, racionalidade, democracia: os debates Rorty & Habermas**. São Paulo: Editora UNESP, 2005, p. 250.

de que, para ele, o traço mais pronunciado do pragmatismo é a rejeição de base do “platonismo”³⁵ e seus consequentes desdobramentos³⁶.

O enfraquecimento da agenda “platonista” deu-se com maior intensidade na contemporaneidade³⁷, apontando Posner dois fatores para a sua causa: a ascensão do comércio e o surgimento da teoria evolucionista de Darwin. No que concerne ao comércio e à sociedade comercial, afirma Posner que é tangente a necessidade do comerciante da superficialidade de relações, vez que ao lidar com diferentes tipos de público, o comerciante não pode se indispor com sua freguesia por não concordar com as suas concepções de vida. Ou seja, a discussão de entidades sobrenaturais não é útil ao livre comércio e podem provocar a redução do público-alvo de seu produto³⁸.

No tocante à influência da teoria de Darwin para a derrocada do “platonismo”, Posner afirma que desta se implicou que a inteligência humana é também basicamente adaptada para o seu ambiente, como também já refletido por Peirce. Quando o homem parou de se preocupar somente com sua sobrevivência, fez com que surgisse espaço para reflexões e idealizações metafísicas. A ideia de Posner é que Darwin também fez invocar que a própria utilização do raciocínio abstrato possui como finalidade a experimentação³⁹.

Ou seja, a utilização de somente um procedimento meramente experimental, de tentativa e erro, torna a adaptabilidade humana excessivamente lenta. A teorização é útil na medida que irá escolher os melhores caminhos para investigação empírica. Tal qual um processo de seleção direcionada e não aleatória, melhor adaptado às necessidades e à dinamicidade humanas. Posner mesmo crê a teoria como ponto de partida em cada investigação científica e não como o seu produto final⁴⁰.

³⁵ É necessário frisar que o pragmatismo não rejeita todo pensamento originado de Platão, mas o “platonismo” denominado como o raciocínio especulativo a fim de descobrir as reais fundações da moral e do conhecimento científico e que enjeita a experiência. MEDOUX, Irma Julienne Angue. Richard Rorty: um pragmatismo iconoclasta. **Redescrições**. n. 3. 2009, p. 3.

³⁶ POSNER, Richard A. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 23.

³⁷ Podemos assumir como válida a afirmação de Posner, quando se verifica o “sucesso”, ou seja, não somente a sobrevivência isolada, de posições filosóficas na contemporaneidade “anti-platonistas”, como a de Richard Rorty. Medoux mesmo confirma que o neopragmatismo de Rorty é visto como um “vetor da esperança aberto pelo declínio do fundacionalismo, do representacionalismo e do essencialismo”. In: MEDOUX, Irma Julienne Angue. Richard Rorty: um pragmatismo iconoclasta. **Redescrições**. n. 3. 2009, p. 5.

³⁸ Ibidem, p. 24.

³⁹ Ibidem, p. 25.

⁴⁰ POSNER, Richard A. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 25.

Em ordem, o pragmatismo filosófico é mais um método de reconhecimento da utilização da filosofia que uma corrente de pensamento conteudística. Caracteriza-se, assim, por ser amplamente procedimental, orientado para a praticidade, ou melhor, para a utilidade da filosofia para a humanidade⁴¹.

Ainda se referindo ao pragmatismo filosófico, Posner classifica-o em pragmatismo ortodoxo e em pragmatismo não conformista, em função de suas divergências quanto aos problemas que deveriam ser investigados pelo campo da filosofia. O pragmatismo ortodoxo⁴², de certa maneira, continua a tratar de questões epistemológicas e éticas formuladas pela tradição filosófica. De modo contrário, o pragmatismo não conformista propõe que tais questões devem ser consideradas supérfluas e interessantes somente no âmbito da filosofia acadêmica⁴³.

Essa caracterização de Posner de certa continuidade dada pelo pragmatismo ortodoxo à tradição filosófica pode ser confirmada com a influência que teve o positivismo lógico (empirismo lógico, Círculo de Viena e o primeiro Wittgenstein) no desenvolvimento de suas questões centrais, inclusive auxiliando o renascimento da corrente pragmatista a partir dos anos 50⁴⁴ a partir da filosofia de Hume⁴⁵, por exemplo.

O positivismo lógico constitui um movimento que também tratava sobre os problemas da investigação científica, rejeitando a metafísica por esta ser destituída de significado, “dentro do espírito de Comte e Hume”⁴⁶ e do Círculo de Viena. Esse conjunto de ideias também reafirmava a falta de sentido dos conhecimentos *a priori* e transcendentais, uma vez que,

⁴¹ RODRIGUES, Cassiano Terra. O Desenvolvimento do Pragmatismo segundo Dewey. **Cognitio-Estudios: Revista eletrônica de Filosofia**. São Paulo, v. 5, n. 2, p. 198-203, 2008, p. 200.

⁴² Iremos utilizar a expressão pragmatismo ortodoxo de acordo com a classificação de Posner ao invés de pragmatismo clássico, por concluirmos que se trata de denominação mais acurada para o presente trabalho.

⁴³ POSNER, Richard A. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 30.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 27.

⁴⁵ Foi em David Hume que o empirismo atingiu seu ápice. Situou sua investigação também no campo da epistemologia, aplicando um golpe ao racionalismo em sua obra *Tratado da natureza humana* ao afirmar que existem dois tipos de pensamentos, as impressões e as ideias, e que dessa relação se derivam os raciocínios demonstrativos e prováveis. Os raciocínios demonstrativos são aqueles cuja falsidade ou veracidade são autoevidentes, enquanto os prováveis necessitam de sua comprovação por meio do experimento científico. Estes são a base da formulação científica. Hume, entretanto, demonstra as limitações da relação de causa e efeito, ou seja, a limitação do raciocínio provável por não ser possível a comprovação de todas induções e que essas proposições são formuladas com base no hábito mental que interpreta uniformidade na repetição regular de eventos. A crença é, portanto, a base do hábito que está no cerne de nossas pretensões ao conhecimento e não a razão. REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da Filosofia: do humanismo a Kant**. v. 2. 2ed. São Paulo: Paulus, 1990, p. 555-572. Cf.: HUME, David. **A treatise of Human Nature**. Disponível em: <<http://www.gutenberg.org/files/4705/4705-h/4705-h.htm>>. Acesso em: 02 jan. 2016.

⁴⁶ FEIGL, Herbert. *Origen y espíritu de Positivismo Lógico*. **Teorema: Revista internacional de filosofía**, v. 9, n. 3, p. 323-352, 1979, p. 325.

segundo o modelo proposto, a análise lógica não lhes provia um resultado capaz de receber resposta⁴⁷.

O pragmatismo ortodoxo compartilha com o positivismo lógico, segundo esse “espírito” empirista de capacidade de demonstrabilidade de argumentos, a reinterpretação das teorias da “verdade como correspondência” tradicionais e a reinterpretação das relações entre o normativo e o descritivo em termos de verificabilidade empírica⁴⁸.

Entretanto, uma observação deve ser feita para a correta compreensão do empirismo segundo os pragmatistas. A utilização das entidades metafísicas, como a geometria euclidiana, não é desprezada por esses filósofos. As entidades metafísicas do campo matemático e lógico, por exemplo, apesar de não possuírem identidade física, consistem em realidade acessível à investigação empírica e são consideradas, portanto, entidades sensórias⁴⁹. Ou seja, entidades metafísicas possuem sentido caso sejam demonstráveis empiricamente.

O pragmatismo ortodoxo, portanto, se opõe ao modo como a tradição filosófica tem tratado questões epistemológicas. Mostra-nos que certos questionamentos como a dúvida sobre crenças que constituem toda a base de pensamento humano, como o axioma de que possuímos um corpo físico (levando-nos a duvidar se na verdade seríamos, por exemplo, cérebros em jarras).

O pragmatismo ortodoxo demonstra que tais inquirições se mostram inúteis e podem (ou devem) ser dissolvidas por parte da filosofia da ciência⁵⁰. Devemos inquirir sobre o que tenha utilidade para o ser humano. Com a afirmação do pragmatismo ortodoxo de que estamos inexoravelmente limitados ao nosso tempo e ao nosso intelecto, devemos confiar em nossas percepções de mundo.

A ortodoxia desse tipo de pragmatistas se encontra, segundo Posner, justamente no objeto de análise, que são as questões filosóficas tradicionais. Isto é, em verdade estão procurando que se aceitem suas respostas a tais questões, empregando os mesmos métodos e

⁴⁷ Ibidem, p. 325.

⁴⁸ RODRIGUES, Cassiano Terra. O desenvolvimento do pragmatismo segundo Dewey. **COGNITIO-ESTUDOS: Revista Eletrônica de Filosofia**. São Paulo, v. 5, n. 2. Jul.-dez. 2000, p. 198-203. Disponível em: <<http://www.pucsp.br/pos/filosofia/Pragmatismo>>. Acesso em: 15 jul. 2014, p. 201.

⁴⁹ Ibidem, p. 201.

⁵⁰ POSNER, Richard A. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p 29.

estilos filosóficos de análise da doutrina central da filosofia, como a lógica utilizada por Peirce⁵¹.

Em contraposição, Richard Posner apresenta a corrente dos pragmatistas não conformistas como críticos da utilidade de respostas que o pragmatismo ortodoxo tenta oferecer às questões epistemológicas e éticas formuladas pela filosofia tradicional. Esse ramo do pragmatismo filosófico supostamente afirmaria que tais tipos de inquirições são distrações da verdadeira realidade e escopo a que a filosofia deveria se direcionar. Temos essa visão claramente formulada, por exemplo, na filosofia de John Dewey.

Da mesma forma que Charles Peirce e William James, as reflexões de John Dewey são amplamente reconhecidas como participantes do movimento pragmatista, apesar de este ter denominado sua filosofia como “instrumentalismo”⁵². Dewey parte da mesma premissa que os problemas da filosofia devem ser considerados como problemas humanos e, por essa razão, não podem ser dissociados das vidas das pessoas⁵³.

Os seres humanos estão constantemente procurando sentido no seu ambiente, como também investigando a melhor maneira de reagir as suas interações. Nota-se também em Dewey a influência da teoria darwinista de que seres vivos são seres adaptados ao seu ambiente e não possuem essências inerentes criadas pela natureza ou divinamente⁵⁴. Dewey afirmava igualmente que não seríamos almas que caíram na Terra para realizar grandes feitos transcendentais, mas sim organismos desenvolvidos e adaptados para um mundo do qual inevitavelmente fazemos parte⁵⁵.

Tais conclusões, para Dewey, resultaram em uma redefinição dos objetivos propostos pela ciência, como também do mecanismo segundo o qual funcionaria o pensamento humano. Por conseguinte, segundo esse pragmatista, pensamos quando enfrentamos problemas, problemas tais decorrentes de um mundo instável e em constante mudança. Diante da incerteza, o ser humano se depara com duas possibilidades: buscar a explicação por meio de entidades

⁵¹ POSNER, Richard A. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p 30.

⁵² REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da Filosofia: do Romantismo até nossos dias**. v. 3. 2ed. São Paulo: Paulus, 1991, p. 506-507.

⁵³ RODRIGUES, Cassiano Terra. O desenvolvimento do pragmatismo segundo Dewey. **COGNITIO-ESTUDOS: Revista Eletrônica de Filosofia**. São Paulo, v. 5, n. 2. jul./dez. 2000, p. 198-203. Disponível em: <<http://www.pucsp.br/pos/filosofia/Pragmatismo>>. Acesso em: 15 jul. 2014, p. 198.

⁵⁴ REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da Filosofia: do Romantismo até nossos dias**. v. 3. 2ed. São Paulo: Paulus, 1991, p. 371-376.

⁵⁵ SALGADO, Tiago Barcelos Pereira. A constante experiência do self: aproximações conceituais entre Dewey e Mead. **Verso e Reverso**, v. 26, n. 62, p. 83-91, 2012, p. 84.

sobrenaturais ou por meio de investigações que nos ajudem a controlar o ambiente ao nosso redor⁵⁶.

Em consonância com os pragmatistas ortodoxos, entretanto, Dewey alerta que o conhecimento produzido pela raça humana é inevitavelmente limitado, uma vez que nunca poderemos extinguir completamente o grau de incerteza e é de fundamental importância que compreendamos isso. Dessa maneira, a filosofia, na concepção “deweyniana”, é um processo para a superação das incongruências entre aquelas duas estratégias de conhecimento do mundo (ou de enfrentamento da incerteza): a primeira conhecida como ética e religião e a segunda como a ciência⁵⁷. Tais contradições impactam diretamente em nossa vida e por isso necessitamos resolvê-las, seja por meio da prática ou da teoria filosófica⁵⁸.

As contribuições teóricas de John Dewey são conhecidas não somente na área da epistemologia, mas também em áreas como a educação e a política⁵⁹, ramos conhecidos por seus desdobramentos práticos no cotidiano. Sua tentativa de implementar um tipo de método lógico mais flexível é conhecida no ensaio “*Logical Method and Law*”⁶⁰.

⁵⁶ REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da Filosofia**: do Romantismo até nossos dias. v. 3. 2ed. São Paulo: Paulus, 1991, p. 510.

⁵⁷ HOWARD, Don. *Progressivism, Pragmatism, and Science: John Dewey's Theory of Science*. PSA 2008. Pittsburgh, 6 nov. 2008. Disponível em: <<https://www3.nd.edu/~dhoward1/Dewey's%20Theory%20of%20Science.pdf>>. Acesso em: 1 jun. 2014.

⁵⁸ Dewey criou dois métodos de aferição para julgar se alguma filosofia poderia ser considerada como bem-sucedida: primeiro se pergunta se tal filosofia tornou o mundo mais inteligível que outrora, concordando com Peirce de que o objetivo da filosofia é tornar ideias e a experiência cotidiana mais claras e compreensíveis; em segundo lugar, dever-se-ia julgar a “taxa” de sucesso com que tal filosofia teria empregada em nosso cotidiano, se nos é útil ou não. REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da Filosofia**: do Romantismo até nossos dias. v. 3. 2ed. São Paulo: Paulus, 1991, p. 509.

⁵⁹ Essa asserção é facilmente confirmada com base na ampla bibliografia de John Dewey, da qual fornecemos pequena amostra. Cf.: DEWEY, John. **Democracia e Educação**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1959; DEWEY, John. **The school and society**. SIU Press, 1980; DEWEY, John. **Democracia y educación: una introducción a la filosofía de la educación**. Ediciones Morata, 1995; DEWEY, John. **Freedom and culture**. New York: Putnam, 1939.

⁶⁰ “...logical systematization with a view to the utmost generality and consistency of propositions is indispensable but is not ultimate. It is an instrumentality, not an end. It is a means of improving, facilitating, clarifying the inquiry that leads up to concrete decisions; primarily that particular inquiry which has just been engaged in, but secondarily, and of greater ultimate importance, other inquiries directed at making other decisions in similar fields. And here at least I may fall back for confirmation upon the special theme of law. It is most important that rules of law should form as coherent generalized logical systems as possible”. [...sistematização lógica com o objetivo de que a maior generalidade e consistência das proposições é indispensável, mas não definitiva. É uma instrumentalidade, não um fim. É um meio de melhorar, facilitar, esclarecer a investigação que leva a decisões concretas; primeiramente, a investigação a qual se engajou, mas, em segundo lugar, e de uma suprema importância, outras investigações direcionadas a fazer outras decisões em campos similares. E, aqui, pelos menos eu possa recair para a confirmação sobre o especial tema do direito. É muito importante que regras de direito devam formar sistemas lógicos generalizáveis e coerentes sempre que possível]. Tradução livre. DEWEY, John. *Logical Method and Law*. **Cornell Law Review**. v.10, n.1, p. 17-27, 1924, p. 19.

Utilizando Richard Rorty como exemplo, Posner assevera que pragmatistas não conformistas defendem uma concepção mais profissionalizada de filosofia (concepção contrária à defesa de Schopenhauer do exercício da filosofia como atividade essencial à vida, a qual não se podia atribuir valor material⁶¹), na qual os filósofos fossem concebidos como especialistas na resolução de problemas sociais e culturais, emergentes da vida prática e globalizada, combatendo uma visão academicizada do filósofo, envolto em concepções abstratas⁶².

John Dewey, assim como Richard Rorty, acreditava que o pragmatismo construído por ele é capaz de introduzir no direito novas perspectivas, ao afirmar que este necessita de uma abordagem lógica relativa a consequências e não a antecedentes. Definindo assim, um primado para a sociedade pensar desta forma⁶³.

Interessante então é a visão de Richard Posner sobre o pragmatismo filosófico, considerando as reflexões mencionadas. Na perspectiva “posneriana”, pouco teria o pragmatismo filosófico, ortodoxo ou não conformista, a contribuir para o que ele chama de direito em nível operacional, ou seja, o direito em termos de decisão judicial, consultoria, prática da advocacia etc⁶⁴. Este caso, para ele, seria especialmente procedente ao tratarmos de juízes. Posto que o pragmatismo filosófico iria deixá-los sem base para o que chamam de lógica da decisão judicial e pouco contribuiria para a substituição de tal base⁶⁵.

⁶¹ “...hoje os governos fazem da filosofia um meio para seus fins de Estado e os doutos vêm (sic) nas cátedras filosóficas apenas um ofício que, a exemplo de outros está em condição de alimentar quem o exerce”. SCHOPENHAUER, Arthur. Apud REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da Filosofia: do Romantismo até nossos dias**. v. 3. 2ed. São Paulo: Paulus, 1991, p. 221.

⁶² “Esse consenso [de um discurso não-ideológico nas avaliações de iniciativas políticas e sociais] entre os intelectuais deslocou a filosofia para as margens da cultura. Controvérsias como aquelas entre Russell e Bergson, Heidegger e Casirer, Carnap e Quine, Ayer e Austin, Habermas e Gadamer, e Fodor e Davidson, não tiveram nenhuma ressonância fora das fronteiras dos departamentos de filosofia. As explicações dos filósofos, de como a mente está relacionada com o cérebro, ou de como pode haver um lugar para os valores no mundo dos fatos, ou de como o livre-arbítrio e o mecanicismo poderiam ser reconciliados, não deixam curiosos os intelectuais contemporâneos, em sua maioria”. RORTY, Richard. Grandiosidade universalista, profundidade romântica, finitude humanista. In: SOUZA, José Crisóstomo de Souza (org.) **Filosofia, racionalidade, democracia: os debates Rorty & Habermas**. São Paulo: Editora UNESP, 2005, p. 248-249.

⁶³ DEWEY, John. *Logical Method and Law*. **Cornell Law Review**, v. 10, n. 1, p. 17-27, 1924, p. 27.

⁶⁴ “*Lately pragmatism has revived, and the question I address in this Article is whether this revival has produced or is likely to produce a new jurisprudence that will bear the same relation to the new pragmatism as legal realism bore to the old. My answer is no on both counts.*” [Ultimamente, o pragmatismo reviveu e a questão que abordo neste artigo é se esse renascimento tem produzido ou é provável que produza uma nova teoria do direito que irá nutrir a mesma relação com o novo pragmatismo assim como o realismo jurídico susteve com a antiga. Minha resposta é não para ambos os casos]. Tradução livre. POSNER, Richard A. *What Has Pragmatism to Offer Law?* **Southern California Law Review**. Los Angeles, n.63, pp.1653-1670, 1990, p. 1653.

⁶⁵ POSNER, Richard A. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 32.

Em função disso, Posner entende que o pragmatismo jurídico⁶⁶ pouco tem a absorver do pragmatismo filosófico, questionador de bases epistemológicas e metafísicas. Considera o pragmatismo jurídico independente do pragmatismo filosófico⁶⁷. Inclusive do pragmatismo não conformista, asseverando que este apenas influenciaria “atmosfericamente” na esfera do direito:

*All that a pragmatic jurisprudence really connotes – and it connoted it in 1897 or 1921 as much as it does today – is a rejection of a concept of law as grounded in permanent principles and realized in logical manipulations of those principles, and a determination to use law as an instrument for social ends. It signals an attitude, an orientation, at times a change in direction. It clears the underbrush; it does not plant the forest.*⁶⁸

Pelas mesmas características atribuídas ao pragmatismo filosófico, como o ceticismo científico, Posner não julga que esse tipo de pragmatismo seja capaz de fornecer um aporte útil ao direito, em função mesmo de acreditar que “falta-lhe textura, estrutura e apelo factual”⁶⁹.

Posner pondera, inclusive, que John Dewey se equivocou ao tentar trazer o pragmatismo filosófico ao direito, vez que se assim fosse feito, traria mais prejuízos que benesses, principalmente no que se concerne à atividade praticada pelos juízes⁷⁰.

Essa tentativa de transpor o pragmatismo filosófico à atividade judicial ruiria a crença dos juízes de que estariam realizando uma atividade científica neutra de agregação de fatos com normas jurídicas. Traria a consciência de que realmente se situam numa atividade basicamente política de formulação e aplicação de políticas públicas a que se denomina direito⁷¹.

⁶⁶ Nas traduções dos livros de Posner, o pragmatismo jurídico é sempre denominado como pragmatismo legal, mas cremos que tal denominação, na tradição da linguagem jurídica brasileira, nos pareça limitada. Por isso iremos grafar tal termo sempre como pragmatismo jurídico e não como pragmatismo legal.

⁶⁷ O pragmatismo jurídico defendido por Posner, segundo o próprio autor, foi definido melhor em seu livro *Para Além do Direito*, que sumariza a sua abordagem jurídica do pragmatismo em sua introdução. Idem. **Para Além do Direito**. Tradução: Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, pp. 1-31.

⁶⁸ [Tudo o que o pragmatismo jurídico realmente conota – e conotou em 1897 ou 1921 o mesmo quanto faz hoje – é uma rejeição de um conceito de direito fundamentado em princípios permanentes e formulado sobre manipulações lógicas desses princípios, e uma determinação em usar o direito como instrumento para fins sociais. Sinaliza uma atitude, uma orientação, às vezes, uma mudança na direção. Limpa a vegetação rasteira; mas não planta a floresta]. Tradução livre. Idem. *What Has Pragmatism to Offer Law?* **Southern California Law Review**. Los Angeles, n.63, pp.1653-1670, 1990, p. 1670.

⁶⁹ Idem. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 37.

⁷⁰ Temos que repisar aqui um traço essencial, pressuposto para a correta interpretação da obra de Posner, como já mencionado na Introdução, que todas avaliações e críticas, se dirigem precipuamente ao sistema judiciário americano, sistema judiciário este focado na atividade judicial. Assim, os temas propostos na bibliografia de Posner centram-se na atividade dos juízes (inclusive por sua experiência profissional) e, depois, na legislação americana. Cf.: SALAMA, Bruno Meyerhof. A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**. Lisboa. n.1, a.1, p. 435-483, 2012, p. 437.

⁷¹ POSNER, Richard A. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 35.

Entretanto, Posner diz que não há uma incompatibilidade em ser pragmatista filosófico e ser um formalista jurídico. Para o jurista americano há uma separação clara que pode ser feita entre a visão filosófica de alguém e sua visão sobre o direito. Dessa maneira, oferece o exemplo do pensador austríaco Friedrich Hayek⁷². Passa então a defender que a adoção de uma atitude com base na teoria de Dewey ou com base na teoria de Hayek só mesmo depende de uma questão de desenho de instituições políticas⁷³.

Em estrutura, acredita Posner, de que o direito deveria se basear (da mesma forma que no pensamento de Dewey, embora parta de premissas diferentes), numa lógica de consequências e não de princípios antecedentes. Mas diferentemente de Dewey, liberal de esquerda que não deixou assim expresso da mesma forma que Posner.

Richard Posner reconhece a ausência de posicionamento político no pragmatismo filosófico, ou seja, de que não poderia haver admiração em reconhecer que alguns reacionários tinham raízes filosóficas pragmáticas, como também o contrário.

Dessa maneira, a partir da interpretação do pragmatismo filosófico por Posner, é possível compreender certos posicionamentos tidos como polêmicos escudados por esse jurista com boa margem de acerto, uma vez que para ele “o pragmatismo não tem valência política”⁷⁴.

Posner defende a possibilidade de se identificar traços pragmatistas tanto no liberalismo clássico como na jurisprudência alemã das eras Weimar e Hitler. Ao afirmar que o socialismo nacional era esquivo à legalidade, ateuista e de filosofia essencialmente pragmática, Posner gerou controvérsia e grande especulação acerca de suas motivações pessoais para

⁷² Ainda que a abordagem teórica seja pragmática, Hayek pode ser considerado um formalista jurídico, no sentido adotado por Posner e Grey, vez que não acredita que é necessário aos juízes tenham uma visão de uma ordem geral de direito e nem que as adequem as soluções jurídicas às necessidades sociais. Para ele, o papel do juiz é formar expectativas para que os indivíduos possam ter previsibilidade dado um conjunto de circunstâncias, em função da ordem vigente. HAYEK, F.A. **Direito, Legislação e Liberdade**: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. Tradução: Henry Maksoud. São Paulo: Visão, 1986, pp. 136-140.

⁷³ POSNER, Richard A. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 33.

⁷⁴ POSNER, Richard A. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 34.

fundamentar tal análise⁷⁵. Essa é uma das razões pela qual o pragmatismo é conectado erroneamente ao utilitarismo, e por isso profusamente criticado⁷⁶.

A despeito das polêmicas travadas pela sua argumentação incisiva, Richard Posner, em seus escritos, principalmente a partir de “Para Além do Direito”, diz ter alcançado a consolidação de suas particulares interpretações sobre o pragmatismo e de como poderia transportá-lo para a atividade dos operadores do direito, principalmente a dos juízes⁷⁷.

Assim sendo, indica que existe um modo de avaliação pragmática dos fatos que precede ao próprio pragmatismo filosófico, não podendo ser delimitado por ele. Segundo Posner, este é que ele denomina “pragmatismo cotidiano”:

É atitude mental denotada pelo uso popular da palavra “pragmático”, significando uma visão prática, do tipo usada nos negócios, direta e desdenhosa da teoria abstrata e da pretensão intelectual, desprezando os moralizadores e os sonhadores utópicos. Ela vem sendo há muito tempo e permanece até hoje o ponto de vista cultural não teorizado da maioria dos americanos, uma visão enraizada nos usos e atitudes de uma sociedade impetuosa, rápida, competitiva, objetiva, comercial, materialista filistina, com sua ênfase em trabalhar duro e avançar.⁷⁸

Richard Posner toma o pragmatismo cotidiano em seu aspecto mais simples e dicionarizado possível. Entretanto, como veremos adiante, interpretamos as suas concepções

⁷⁵ Ibidem, p. 35. “*If Posner's debunkings of morality can sound outrageous, some speculate that they have extra-intellectual roots. For Nussbaum, Posner's urge to demystify ethics is partly rooted in his childhood. Posner's view of morality, she feels, "may well have something to do with having grown up as the child of a communist mother who...took his electric trains to give them to the Rosenberg children. I feel sometimes as if I am being treated by a brilliant and rebellious child. He wants to elude this parent's sermonizing, but he also doesn't want the parent to fail to notice him. So he sets out to shock and provoke, and the persistence of his shocking behavior is itself a way of engaging very deeply with the parent's sermons."* [Se o desmascaramento da moralidade do Posner pode parecer chocante, alguns especulam que eles têm raízes extra intelectuais. Para Nussbaum, o desejo de Posner desmistificar a ética é, em parte, enraizada na sua infância. A visão de Posner da moralidade, ela sente, “pode muito bem ter algo a ver com ter crescido como o filho de uma mãe comunista que ... tirou os trens elétricos para dar-lhes aos filhos Rosenberg. Eu me sinto às vezes como se eu estou sendo tratada por uma criança brilhante e rebelde. Ele quer se esquivar dos sermões dos pais, mas também não quer que os pais falhem em notá-lo. Então ele sai para chocar e provocar, e a persistência do seu comportamento chocante é em si uma forma de envolver profundamente sermões de seus pais] Tradução livre. In: RYERSON, James. *The outrageous pragmatism of Judge Richard Posner*. LINGUA FEATURES: the reviews of academics life online. v. 10, n.4, may 2000. Disponível em: <<http://linguafranca.mirror.theinfo.org/0005/posner.html>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

⁷⁶ O utilitarismo é uma ampla tradição tanto do pensamento filosófico como social e não constitui um princípio único. Porém a ideia central do utilitarismo consiste em que os pensamentos moral e político devem estar centrados na promoção da felicidade, entretanto essa felicidade é considerada mais em uma perspectiva conjunta, já que seus principais temas são códigos de regras e instituições políticas. MULGAN, Tim. *Utilitarismo*. Tradução: Fábio Creder. Petrópolis: Editora Vozes, 2012, p. 9.

⁷⁷ POSNER, Richard A. *How judges think*. Cambridge: Harvard University Press, 2010, p. 230.

⁷⁸ POSNER, Richard A. *Direito, Pragmatismo e Democracia*. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 39.

sobre direito e legislação como relacionadas a várias características elencadas como pertencentes à corrente filosófica do pragmatismo⁷⁹.

Assim, segundo Posner, o pragmatismo cotidiano é aquele que pode ser vislumbrado nas obras de Maquiavel⁸⁰, no seu realismo político e nas concepções realistas acerca da moralidade. É imperioso salientar que essa concepção não pode ser rotulada como um cinismo moral⁸¹. O cinismo moral seria o radical desprezo por todas as convenções humanas e não é a isso que reporta Posner, uma vez que entende que a moralidade pública não pode ser considerada somente em função de moralidades particulares⁸².

Outro problema de aplicação do pragmatismo filosófico visto por Posner é também a sua tendência contemplativa e seu estilo academicizado, envolto em vocabulário complexo e técnico. A formulação do pragmatismo cotidiano é feita justamente para se adequar aos problemas “mais úteis” ao dia a dia e que demandam resoluções mais dinâmicas, por isso o pragmatismo cotidiano se utiliza do senso comum como resposta à pergunta do significado das coisas⁸³.

A serventia do pragmatismo cotidiano divisado por Richard Posner se encontra em perguntar qual o valor de acreditar ou não em determinada abordagem e, também, o porquê de apelar para princípios éticos demasiado abstratos. Essa abstração faz com tais princípios sejam tão destituídos e desconectados em relação aos dados da própria experiência humana, que para achar aplicabilidade, só podem ser concebidos como reflexo de valores culturais, locais e históricos provisórios⁸⁴.

⁷⁹ Essa concepção é mesmo reafirmada por Rorty. RORTY, Richard; PUTNAM, Hilary; CONANT, James et. al. *What is pragmatism?* **Think**, v. 3, n. 08, p. 71-88, 2004, p. 72.

⁸⁰ Cf.: MACHIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Tradução: Maurício Santana Dias. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

⁸¹ Verbete Cinismo. “Doutrina de uma das escolas socráticas, mais precisamente da que foi criada por Antístenes de Atenas (séc. IV a.C.) no Ginásio Cinosargos. É provável que o nome da doutrina derive do nome do Ginásio, ou então, como dizem outros, do seu ideal de vida nos moldes da simplicidade (e do descaramento) da vida canina. A tese fundamental do cinismo é que o único fim do homem é a felicidade e a felicidade consiste na virtude. Fora da virtude não existem bens, de modo que foi característica dos cínicos o desprezo pela comodidade, pelas riquezas, pelos prazeres, bem como o mais radical desprezo pelas convenções humanas e, em geral, por tudo o que afasta o homem da simplicidade natural de que os animais dão exemplo. A palavra "cinismo" permaneceu na linguagem comum para designar um certo descaramento”. In: ABBAGNANO, N. **Dicionário de Filosofia**. 4ed. Tradução: Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

⁸² POSNER, Richard A. **A Problemática da Teoria Moral e Jurídica**. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, pp. 143-168.

⁸³ POSNER, Richard A. **A Problemática da Teoria Moral e Jurídica**. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 357.

⁸⁴ Idem. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.41.

A investigação do pragmatista cotidiano não é composta individualmente, mas em conjunto com outras instituições e agentes ativamente engajados naquele contexto dentro do processo investigativo. Assim, decide-se e justifica-se segundo uma superioridade da prática em relação às demais opções que poderiam ser consideradas naquele contexto⁸⁵.

O pragmatismo, de qualquer tipo, filosófico ou cotidiano, ortodoxo ou não conformista, é característico por sua falta de limites morais. Não pode se resumir a uma criação de um guia comportamental. Entretanto, traz à tona a realidade. Essa realidade a que nos referimos é que nenhuma teoria, quer seja ela legal ou política, tem a capacidade para guiar ou restringir nossas ações das políticas até as judiciais. O pragmatismo realizar a ruptura de “utopias teóricas”. Mostra que nossas ações podem restritas por outros fatores que não inscritos dentro de um círculo imaginado por alguns filósofos, juristas etc. querem que assim o pensemos⁸⁶.

Dessa maneira, em que medida podemos aplicar as formulações do pragmatismo ao campo do direito? A tônica oferecida por Posner é baseada em um raciocínio prático, leve e que trate com maior pertinência os dados do caso concreto, ao qual é delegada sua solução ao direito, longe de enunciados abstratos, pobres em ações concretas⁸⁷.

Para responder como o pragmatismo proposto por Posner vê-se aplicado ao direito e, por conseguinte, à interpretação feita por esse trabalho, partimos da obra “The common law”⁸⁸, escrita por Oliver Wendell Holmes Jr. No tocante aos desafios inerentes à tarefa decisória, essa obra promove o ponto de partida para a discussão do posicionamento de Richard Posner no campo jurídico.

2.3 “A Vida do Direito tem sido Experiência”: A influência de Oliver Holmes Jr. no pensamento de Richard Posner

Oliver Wendell Holmes Jr. foi um proeminente juiz do século XIX, nos Estados Unidos, e um dos membros fundadores do “Clube Metafísico” em Harvard. Como era colega dos primeiros pragmatistas e integrante do “Clube Metafísico”, acredita-se que é por essa razão

⁸⁵ Ibidem, p. 41.

⁸⁶ Ibidem, p. 43.

⁸⁷ Idem. **Problemas de Filosofia do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 142-143.

⁸⁸ HOLMES JR., Oliver Wendell. **The common law**. Nova Orleans: Quid Pro Books, 2010. [Versão digital. Kindle].

que seu trabalho judicial e sua própria concepção de direito tinham traços distintos da filosofia pragmática⁸⁹.

Entretanto, apesar de algumas construções de Holmes com afluxo na filosofia pragmática, Posner acredita que Holmes era um pragmático cotidiano ao invés de filosófico, pelo menos no que tocam as suas principais ideias sobre o direito. Essa asserção feita por Posner se dá pela sua interpretação da filosofia pragmática, afirmando que a filosofia do pragmatismo não seria capaz de prover muito ao campo jurídico⁹⁰.

Oliver Holmes iniciou sua carreira como advogado, sendo chamado, em 1880, por Lawrence Lowell, futuro presidente de Harvard, a apresentar uma série de palestras na Biblioteca de Boston, conhecidas como *Lowell Lectures*⁹¹. Essas palestras deram origem a sua primeira grande obra “The Common Law”. Tal obra é repleta de análise técnicas sobre o direito costumeiro, propondo uma intrincada construção teórica e, de acordo com Menand, um pouco tendenciosa sobre a evolução da doutrina jurídica⁹².

Segundo Posner, essa obra resgata o historicismo no direito, opondo-se ao formalismo jurídico. Esse posicionamento propunha, à época, uma concepção de direito como um corpo apartado das ideias da sociedade, posto como um fim em si mesmo. Era uma rejeição frontal ao positivismo legal existente à época⁹³. O historicismo de Holmes contraria a ideia de um corpo de normas estéril e resgata justamente as origens do direito, ou seja, o direito como resultado das necessidades sociais⁹⁴.

⁸⁹ CHILDRESS, Steven Alan. **Foreword**. In: Tradução Livre. “*It is the merit of the common law that it decides the case first and determines the principle afterwards*”. HOLMES JR., Oliver Wendell. **The common law**. Nova Orleans: Quid Pro Books, 2010. [Versão digital. Kindle].

⁹⁰ POSNER, Richard A. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, pp. 45-46.

⁹¹ Essas palestras, livres e abertas ao público são ministradas anualmente desde 1836 e financiadas pelo Lowell Institute, instituto educacional formado pelo legado de John Lowell Jr. In: **LOWELL INSTITUTE**. Disponível em: <<http://www.lowellinstitute.org/>>. Acesso em 10 jan. 2016.

⁹² MENAND, Louis. **The metaphysical club**. Nova York: Farrar, Strass and Giroux, 2001. [Versão digital. Kindle].

⁹³ CATÃO, Adrualdo de Lima. *Law and Economics, Consequentialism and Legal Pragmatism: the influence of Oliver Holmes Jr.* In: **IVR World Congress Law Science and Tecnology**, 25., 2011, Frankfurt/Main. Conference Proceeding. Frankfurt am Main: Goethe-Univ., 2012. 045/2012., Series A., p. 7.

⁹⁴ POSNER, Richard A. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 45. Ao analisar a teoria da posse em Holmes e em Savigny, Posner declara que apesar de profundas divergências entre eles, Holmes fora influenciado em certa medida pela concepção de direito de Savigny, declarando algumas poucas similitudes como: a rejeição do direito natural, a utilização da pesquisa histórica com o fim de redescobrir e depurar os princípios jurídicos, por exemplo. Mas afirma, em conclusão de análise, que: “Holmes estava interessado no processo de mudança em si, isto é, em como os princípios antigos foram se alterando ao longo do tempo para dar origem a esse sistema imensamente diferente que é o direito moderno. POSNER, Richard A. **Fronteiras da Teoria do Direito**. Tradução: Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 241-245.

Holmes constata que “*It is the merit of the common law that it decides the case first and determines the principle afterwards*”⁹⁵. Então se o princípio é decidido após o caso ser solucionado, logo o que o decide? A tentativa de Oliver Holmes é justamente definir uma resposta para essa pergunta e a resposta elaborada impactou tanto suas opiniões legais como a sua jurisprudência ao longo dos anos⁹⁶.

Holmes evidencia que ao tentarmos classificar uma teoria do direito, igualmente à uma catalogação realizada no ramo literário ou histórico, sempre se leva em conta o elemento que certa teoria tem como essencial. Assim, uma teoria do direito que evidencie a consistência lógica das decisões judiciais é denominada como formalista, uma que enfatize as consequências sociais pode ser chamada de utilitarista; outra teoria que leve em conta as características da lei quando escrita, historicista⁹⁷.

O problema ao classificar as teorias do direito, identificado por Holmes, é que nenhuma das teorias do direito tem um aspecto essencial e quando se chega a tal conclusão, qualquer que seja a forma de categorização no campo jurídico é debilitada, inclusive as supracitadas⁹⁸.

Assim sendo, Holmes passa a assumir que um recém-admitido caso judicial será sempre *sui generis*, único. Ao adentrar o processo decisório, o caso em contenda, passa então, por uma espécie de “vórtice de imperativos discursivos”. Um exemplo de imperativo discursivo é aquele de decidir o caso conforme sua justa resolução

Outro exemplo seria o de encontrar o resultado em concordância com os casos decididos anteriormente. Igualmente temos o imperativo do desfecho que seja mais benéfico à sociedade entre diversos outros imperativos. Singularmente, Holmes afirma que no meio desse turbilhão de ditames, existe um, bem menos reconhecido explicitamente pelos juízes (muito

⁹⁵ [É do mérito da *Common Law* que se decida os casos primeiro, para depois se formular seu princípio]. Tradução Livre. HOLMES JR., Oliver Wendell. **The common law**. Nova Orleans: Quid Pro Books, 2010. [Versão digital. Kindle].

⁹⁶ MENAND, Louis. **The metaphysical club**. Nova York: Farrar, Strass and Giroux, 2001. [Versão digital. Kindle].

⁹⁷ MENAND, Louis. **The metaphysical club**. Nova York: Farrar, Strass and Giroux, 2001. [Versão digital. Kindle].

⁹⁸ Ibidem.

menos para a população) que é o imperativo de maior agradabilidade ao julgamento interno de cada juiz⁹⁹.

Essa é uma das afirmações que conecta Holmes às correntes do realismo jurídico, como também do pragmatismo jurídico. É uma indicação de uma visão de que o direito deve ser entendido na realidade, e não de acordo com abstrações conceituais, em uma atitude basicamente antiessencialista, igualmente à abordagem do pragmatismo filosófico¹⁰⁰.

Retomando a interpretação de Holmes sobre o processo de tomada de decisão, vemos que, em relação a todo esse “vórtice de imperativos”, em constante movimentação e sucedendo-se ao longo dos tempos, existe um meta-imperativo. Tal meta-imperativo é precedente ao caso em contenda. O âmago desse imperativo é justamente não deixar transparecer que nenhum desses imperativos “menores” foi decisivo às flagrantes expensas dos outros, então define que a aparência há de ser normativa¹⁰¹.

É por essa razão, por exemplo, que um tribunal não pode deixar transparecer que flexibilizou determinada doutrina legal em ordem a chegar a um resultado politicamente desejado. Além disso, existe uma problemática central à série de problemas enfrentados durante o processo de decisão: o questionamento de quais fatos são legalmente tidos como relevantes¹⁰². Assim, na “Common law”, o que poderia se entender como casos análogos, quais seriam princípios gerais que devem ser aplicáveis, o que seria benéfico para a sociedade, o que se consideraria como resultado justo e doravante, são questões essenciais que perpassam pela mente dos julgadores.

Igualmente, Benjamin Cardozo contempla as mesmas reflexões de Holmes em seu livro “A natureza do processo judicial”. Essa obra foi originada, à mesma maneira que a de Holmes, de uma série de palestras feitas na universidade de Harvard, onde a tarefa incumbida

⁹⁹ Cardozo classifica esses imperativos em quatro classes: o método histórico, o método lógico, o método dos costumes e o método sociológico. Esses tidos “métodos” são recursos a que o juiz pode se reportar durante o processo de tomada decisional. CARDOZO, Benjamin Nathan. **A natureza do processo judicial**. Tradução: Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004, *passim*.

¹⁰⁰ CATÃO, Adrualdo de Lima. *Law and Economics, Consequentialism and Legal Pragmatism: the influence of Oliver Holmes Jr.* In: **IVR World Congress Law Science and Technology**, 25., 2011, Frankfurt/Main. Conference Proceeding. Frankfurt am Main: Goethe-Univ., 2012. 045/2012., Series A., pp. 2 e 7.

¹⁰¹ HOLMES JR., Oliver Wendell. **The common law**. Nova Orleans: Quid Pro Books, 2010. [Versão digital. Kindle].

¹⁰² *Ibidem*.

a Benjamin Nathan Cardozo foi a de conferenciar sobre como este, como juiz¹⁰³, tomava as suas decisões no tribunal¹⁰⁴.

Cardozo aceita plenamente a ideia da impossibilidade de uma postura objetiva absoluta por parte do julgador, apesar ser parte do ofício desse realizar tal tentativa. Contudo, ressalva que o juiz é um agente ativo no processo judicial, tornando-se impraticável uma aplicação pura da lógica no processo judicial¹⁰⁵. Em virtude desse posicionamento, Cardozo frequentemente é colocado entre os pragmatistas legais ou realistas legais¹⁰⁶.

Voltando-se a Holmes, esse considerava a não existência de um método “hard-and-fast” para realizar quaisquer dos questionamentos suportados pelos juízes ao julgar um caso, como o que é resultado justo e que fatos devem ser colocados como legalmente relevantes para a resolução do caso, apesar de considerar que a solução sempre se deveria ser discutida em teor de gradação¹⁰⁷.

É preciso ressaltar que gradação em Holmes não é a mesma situação de aplicação e sopesamento entre princípios, tal como a doutrina brasileira e europeia costuma formular. Holmes considerava princípios excepcionalmente indeterminados e manipuláveis¹⁰⁸. A conclusão tirada é de que vários discursos como equidade, política pública, precedentes etc. poderiam ser unicamente manipulados ao invés de aplicados. E se assim forem manipulados, estar-se-iam em função da intenção de se chegar a determinado resultado¹⁰⁹. Resultado esse que, anteriormente, atingira sujeição a algum padrão. Posner divisa a mesma opinião, apesar de

¹⁰³ Depois de Holmes, Cardozo também fora célebre e influente juiz, substituindo-o posteriormente em sua cadeira na Suprema Corte dos Estados Unidos. POSNER, Richard A. **Cardozo: a study in reputation**. The University of Chicago Press: Chicago, 1993, p. 8.

¹⁰⁴ POSNER, Richard A. **Cardozo: a study in reputation**. The University of Chicago Press: Chicago, 1993, p.11.

¹⁰⁵ CARDOZO, Benjamin Nathan. **A natureza do processo judicial**. Tradução: Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 45.

¹⁰⁶ CATÃO, Adrualdo de Lima. *Law and Economics, Consequentialism and Legal Pragmatism: the influence of Oliver Holmes Jr.* In: **IVR World Congress Law Science and Tecnology**, 25., 2011, Frankfurt/Main. Conference Proceeding. Frankfurt am Main: Goethe-Univ., 2012. 045/2012., Series A., p. 2.

¹⁰⁷ HOLMES JR., Oliver Wendell. **The common law**. Nova Orleans: Quid Pro Books, 2010. [Versão digital. Kindle].

¹⁰⁸ Na doutrina brasileira, temos Carlos Ari Sundfeld, no capítulo intitulado “Princípio é preguiça?” criticando o uso de princípios como fonte manipulativa para se chegar a decisões desejadas pelos juízes *ex ante*. SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, pp. 205-229.

¹⁰⁹ CATÃO, Adrualdo de Lima. *Law and Economics, Consequentialism and Legal Pragmatism: the influence of Oliver Holmes Jr.* In: **IVR World Congress Law Science and Tecnology**, 25., 2011, Frankfurt/Main. Conference Proceeding. Frankfurt am Main: Goethe-Univ., 2012. 045/2012., Series A., p. 10.

forma mais radical que Holmes, quando menciona que a utilização de princípios é o uso de mera retórica¹¹⁰.

É necessário apontar a diferença da abordagem de Posner da de Holmes nessa questão, vez que, enquanto Holmes defende então uma posição de restrição judicial por parte do juiz, Posner assume que se há manipulação visando fins, nada mais correto que o juiz definir o fim por si só, possibilitando assim uma visão mais livre do arbítrio do julgador¹¹¹.

O propósito de Holmes em dizer que primeiro os juízes decidem o caso e depois formulam um princípio, já mencionado, não significa que as escolhas deveriam ser realizadas de modo aleatório, mas sim de frisar que a solução não seguia o padrão formal, legal e racional escudado nas faculdades de direito¹¹². Holmes estabeleceu que o padrão posto no processo de decisão era outro, a experiência¹¹³.

É por isso que Holmes inicia seu livro “The Common law” com a frase abundantemente citada: “*The life of the law has not been logic; it has been experience*”¹¹⁴. Posner acredita que essa frase poderia ser considerada o mote do pragmatismo jurídico, se entendêssemos lógica como formalismo e experiência como empirismo¹¹⁵. Apesar disso, Holmes, ao afirmar que o direito não tem sido lógica, não quer dizer que o direito não possui qualquer lógica, mas sim, que não é a lógica que torna o direito uma instituição viva e voluta¹¹⁶.

Essa tese contraria a doutrina de Christopher Columbus Langdell, bastante influente à época de Holmes nos Estados Unidos da América. A doutrina “langdelliana” é bem conhecida nos Estados Unidos, como também nos países de “Common law”, como uma doutrina formalista por excelência¹¹⁷. Dessa maneira, Langdell introduziu a doutrina do “case

¹¹⁰ POSNER, Richard A. **Para Além do Direito**. Tradução: Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, pp. 249-251.

¹¹¹ CATÃO, Adrualdo de Lima. *Law and Economics, Consequentialism and Legal Pragmatism: the influence of Oliver Holmes Jr.* In: **IVR World Congress Law Science and Technology**, 25., 2011, Frankfurt/Main. Conference Proceeding. Frankfurt am Main: Goethe-Univ., 2012. 045/2012., Series A., p. 16.

¹¹² Ibidem, p. 10.

¹¹³ MENAND, Louis. **The metaphysical club**. Nova York: Farrar, Strass and Giroux, 2001. [Versão digital. Kindle].

¹¹⁴ A vida do direito não tem sido lógica, tem sido experiência. Tradução livre. HOLMES JR., Oliver Wendell. **The common law**. Nova Orleans: Quid Pro Books, 2010. [Versão digital. Kindle].

¹¹⁵ POSNER, Richard A. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 45.

¹¹⁶ MENAND, Louis. **The metaphysical club**. Nova York: Farrar, Strass and Giroux, 2001. [Versão digital. Kindle].

¹¹⁷ GREY, Thomas C. *The new formalism*. **NYU Colloquium in Law, Philosophy, and Political Theory**. 16 set. 1999, pp. 5-8.

method”¹¹⁸ que consistia na leitura dos estudantes de direito de uma série de casos decididos em sede de apelação e, a partir destes, deveriam executar a tentativa de extrair a doutrina jurídica desta leitura¹¹⁹.

O “case method” parte da pressuposição de que o direito é uma estrutura de princípios lógicos inter-relacionados e a tarefa dos juízes era de aplicar tais princípios a casos particulares a fim de alcançar os resultados corretos. Assim, o direito era considerado uma ciência idealizada, o que era uma ideia basicamente pré-Darwiniana, vez que pensava que diante de tantas decisões jurídicas variadas, podia-se extrair uma ordem ideal, refletindo a antiga ideia de Agassiz¹²⁰ sobre a ordem ideal por detrás da variedade dos organismos vivos¹²¹.

Apesar de contrariar os métodos do formalismo jurídico de Langdell, Holmes possuía elevado respeito pelo conjunto de dogmas do direito e pela continuidade da doutrina jurídica. Esse respeito se deve a um padrão de elevado apreço tanto por ele como pelos juízes da “Common law”¹²², onde a adesão aos precedentes além de ser a melhor proteção contra uma anulação de sentença, o estudo da história no direito é uma exigência coerente do processo decisório¹²³.

Apesar dessas considerações, Oliver Holmes Jr. acreditava que o direito era sim suscetível de abordagem utilitarista, vez que também pode ser visto como um instrumento de política social; de abordagem moral¹²⁴, já que é também um registro do que a sociedade vê como apenável; como também, de abordagem histórica, haja vista também possuir suas origens históricas e adaptar-se em contra resposta às modificações sociais¹²⁵.

¹¹⁸ [Método-caso]. Tradução Livre.

¹¹⁹ MENAND, Louis. *The metaphysical club*. Nova York: Farrar, Strass and Giroux, 2001. [Versão digital. Kindle].

¹²⁰ REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da Filosofia: do Romantismo até nossos dias*. v. 3. 2ed. São Paulo: Paulus, 1991, p. 375.

¹²¹ MENAND, Louis. *The metaphysical club*. Nova York: Farrar, Strass and Giroux, 2001. [Versão digital. Kindle].

¹²² CATÃO, Adrualdo de Lima. *Law and Economics, Consequentialism and Legal Pragmatism: the influence of Oliver Holmes Jr.* In: *IVR World Congress Law Science and Technology*, 25., 2011, Frankfurt/Main. Conference Proceeding. Frankfurt am Main: Goethe-Univ., 2012. 045/2012., Series A., p. 2.

¹²³ *Ibidem*, p. 9.

¹²⁴ POSNER, Richard A. *A Problemática da Teoria Moral e Jurídica*. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p.172

¹²⁵ MENAND, Louis. *The metaphysical club*. Nova York: Farrar, Strass and Giroux, 2001. [Versão digital. Kindle].

A posição de Holmes pode ser entendida como uma defesa no uso eclético do direito e de suas fontes¹²⁶. Apesar de, ocasionalmente, ser entendida de forma errônea como uma aproximação do subjetivismo legal, a ideia “holmesiana” é uma ideia objetiva do direito e do processo decisório¹²⁷, não se circunscrevendo a somente uma caracterização, mas mesmo uma visão holística e, como veremos, baseada também numa acepção consequencialista.

É por isso que para entender a doutrina e as ideias de Holmes a chave é exatamente compreender o que ele denominava de experiência, uma vez que esta é uma palavra que pode envolver uma série de associações e significados. Dessa maneira, experiência significava tudo que se via como o conjunto de interações com o ser humano e seu ambiente: suas crenças, sentimentos, valores, políticas, costumes, preconceitos – “as necessidades do tempo”¹²⁸. Outra palavra que poderia ser relacionada ao que ele chamava de experiência seria “cultura”¹²⁹.

Três inferências são necessárias para o melhor entendimento do conceito de experiência em Holmes: experiência é algo que não pode ser reduzida em proposições, pois são soluções específicas, produzidas por “insight”, tato e conhecimento específico. O raciocínio lógico deduzido de proposições *a priori* não é o meio pelo qual pessoas chegam a conclusões e soluções para seus problemas práticos na maioria do tempo e, por essa razão, Holmes via o treinamento para um operador do direito baseado na aprendizagem de doutrinas jurídicas abstratas, como um treinamento paupérrimo¹³⁰.

Não que isso implicasse que os juízes não deveriam conhecer e invocar tais doutrinas com o fim de justificar as suas decisões, mas que as doutrinas nunca seriam suficientes para que eles alcançassem as respostas necessárias para a resolução do caso¹³¹. É por essa razão que afirmamos que pragmatistas não recusam teorias, mas apenas as definem como secundárias no que tange à resolução de casos¹³².

¹²⁶ CATÃO, Adualdo de Lima. *Law and Economics, Consequentialism and Legal Pragmatism: the influence of Oliver Holmes Jr.* In: **IVR World Congress Law Science and Technology**, 25., 2011, Frankfurt/Main. Conference Proceeding. Frankfurt am Main: Goethe-Univ., 2012. 045/2012., Series A., p. 3.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 3.

¹²⁸ HOLMES JR., Oliver Wendell. **The common law**. Nova Orleans: Quid Pro Books, 2010. [Versão digital. Kindle].

¹²⁹ *Ibidem*.

¹³⁰ MENAND, Louis. *The metaphysical club*. Nova York: Farrar, Strass and Giroux, 2001. [Versão digital. Kindle].

¹³¹ HOLMES JR., Oliver Wendell. **The common law**. Nova Orleans: Quid Pro Books, 2010. [Versão digital. Kindle].

¹³² Posner justamente segue essa linha de pensamento no que tange às teorias constitucionais de decisão. Cf.: POSNER, Richard A. **Para Além do Direito**. Tradução: Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 183-271.

Para Holmes, o direito não é o direito que determina o resultado de um caso, mas sim o que os juízes dizem o que é o direito. Uma vez que uma regra pode estar escrita, refletindo corretamente o desejo da soberania popular, pode também estar justificada pela lógica e pelos costumes, mas uma vez que não seja corroborada pelos tribunais, não é direito e advogados não podem prever seus casos baseados nesta ou irão perder¹³³. Desde os seus escritos iniciais até o final de sua carreira, a concepção de Holmes do direito sempre esteve fundamentada na premissa que o direito é simplesmente o comportamento judicial observado empiricamente¹³⁴.

A segunda inferência necessária é que o conceito de experiência a que Holmes se refere não é uma experiência individualizada ou interna. Nada nessa concepção de Holmes é “psicologizada”, como eram as concepções para William James. A experiência era um produto social, de caráter coletivo e consensual. Podemos exemplificar essa visão com uma das mais importantes contribuições de Holmes para o direito civil nos Estados Unidos: a formulação do homem razoável na área de responsabilidade civil¹³⁵. Expliquemos.

No livro “The Common law” ele explica que a experiência é o teste que realizamos para definir se o grau de perigo de determinada conduta sob determinadas circunstâncias é suficiente para causar o risco de determinado resultado. Mas não qualquer experiência, vez que esta noção pode resultar em imprecisão. O que Holmes determinou foi que o critério a ser seguido seria o critério de experiência de um membro inteligente e prudente da comunidade teria ao agir. Ou seja, um critério baseado em médias. Este seria o homem razoável de Holmes.

Holmes explicou esse uso em bases sociológicas: uma vez que um homem vive em sociedade, uma certeza média de conduta deverá ser seguida, no qual o sacrifício das peculiaridades individuais é um sacrifício necessário para o convívio em sociedade e para o bem geral. Esse homem inteligente e prudente da comunidade sabe, por causa da experiência, que um certo comportamento em determinada circunstância carrega o risco de machucar outras pessoas, como a prática de tiro-ao-alvo em áreas populosas¹³⁶.

Ou seja, se trata não somente da razoabilidade em fato, mas também da maior ou menor probabilidade de certa conduta causar danos em dadas circunstâncias, por que apesar do

¹³³ Ibidem.

¹³⁴ MENAND, Louis. **The metaphysical club**. Nova York: Farrar, Strass and Giroux, 2001. [Versão digital. Kindle].

¹³⁵ Ibidem.

¹³⁶ HOLMES JR., Oliver Wendell. **The common law**. Nova Orleans: Quid Pro Books, 2010. [Versão digital. Kindle].

domínio do conhecimento, o direito aplica seus princípios com base em médias¹³⁷. A alternativa proposta por Holmes na teoria da responsabilidade no direito americano é justamente um reflexo de sua própria concepção de direito, pois, segundo ele, deveríamos decidir as causas judiciais do mesmo modo que decidiríamos normalmente, com a utilização das lições da experiência¹³⁸.

Menand por vezes acha difícil diferenciar, nos escritos de Holmes, as noções descritivas das normativas, ou seja, do que Holmes acreditava ser o direito, do que ele acreditava que o direito deveria ser. Entretanto, fundamenta essa dúvida justamente no argumento mais forte de Holmes em sua teoria: o que o direito deveria ser é o que basicamente ele já o é, sendo somente eclipsado por uma descrição formalista errônea¹³⁹.

Em 1897, Holmes publicou “The Path of the Law” que sumariza toda a sua teoria jurídica, sua crença de que o direito é, nada mais, nada menos, o que os juízes fazem¹⁴⁰. A curiosidade é que, no ano seguinte, William James apresentou ao mundo a filosofia pragmatista¹⁴¹.

Oliver Holmes Jr. é o arrimo do pragmatismo jurídico. Possui uma postura epistemológica baseada no consequencialismo, onde o direito é limitado às predições sobre as consequências práticas da ação humana¹⁴². O estudo do direito deveria e ainda pode ser largamente considerado uma extensão do estudo da história, apesar de ter o dever de apontar sempre para a devida análise das consequências e sua relação com os fins do direito¹⁴³.

A decisão judicial pragmática é aquela desejosa de considerar devidamente (mas não exclusivamente, de forma a impedir escolhas) o “valor político e social da continuidade, coerência, generalidade, imparcialidade e previsibilidade na definição e administração de direitos e deveres legais. Reconhece a desejabilidade não de extinguir, mas de circunscrever o

¹³⁷Como o objeto do presente trabalho não é expor exaustivamente a teoria da responsabilidade em Holmes, mas sim sua concepção de direito e o pragmatismo jurídico, há mais estudos em sobre a teoria da responsabilidade na bibliografia em Holmes. Ibidem.

¹³⁸ MENAND, Louis. **The metaphysical club**. Nova York: Farrar, Strass and Giroux, 2001. [Versão digital. Kindle].

¹³⁹ Ibidem.

¹⁴⁰ HOLMES JR., Oliver Wendell. **The path of the law**. Nova Orleans: Quid Pro Books, 2010. [Versão digital. Kindle].

¹⁴¹ MENAND, Louis. **The metaphysical club**. Nova York: Farrar, Strass and Giroux, 2001. [Versão digital. Kindle].

¹⁴² CATÃO, Adrualdo de Lima. *Law and Economics, Consequentialism and Legal Pragmatism: the influence of Oliver Holmes Jr.* In: **IVR World Congress Law Science and Tecnology**, 25., 2011, Frankfurt/Main. Conference Proceeding. Frankfurt am Main: Goethe-Univ., 2012. 045/2012., Series A., p. 8.

¹⁴³ Ibidem, p. 9.

arbítrio judicial”¹⁴⁴. Além disso, defende Holmes que o operador do direito deve sempre considerar primeiramente os dogmas existentes, descobrir por meio da história porque assim o são e, depois desses passos, avaliar os fins do direito e considerar os meios de alcançá-los¹⁴⁵.

A decisão judicial pragmática pode, então, ser formulada com um conteúdo formalista, se consideradas as consequências sistêmicas. Quando, por exemplo, é melhor para a sociedade que assim se mantenha e haja estabilização jurisprudencial e conserve-se o paradigma da segurança jurídica. É valioso ressaltar que o pragmatismo percebe que a maioria das decisões judiciais são fáceis, todavia, normas são falhas em termos de previsibilidade de novas situações e é por isso que a doutrina se incomoda com as decisões consideradas difíceis, segundo mesmo dizia Cardozo¹⁴⁶. A solução pragmática é por isso um método integrador, permitindo soluções atinentes a uma complexa realidade.

Posner, por isso, declara que para que se tome uma decisão judicial à maneira pragmatista não é necessário que se imagine todas as consequências possíveis de cada alternativa. As decisões pragmáticas se preocupam com a incerteza e a indeterminabilidade, mas não os consideram valores pragmáticos¹⁴⁷. Ainda que o pragmatismo tenda a diluir o direito em sopesamento de consequências sistêmicas, com foco na análise de políticas públicas, não se vê como o pragmatismo pode resultar em análise superficial, estreita e incauta¹⁴⁸

Por isso, imperioso afirmar que a decisão judicial pragmática não somente vislumbra as consequências. Pragmatismo não é totalmente correspondente com o consequencialismo, uma vez que não se compromete somente com a análise de consequências¹⁴⁹. E muito menos pode se resumir como uma prática utilitarista.

¹⁴⁴ POSNER, Richard A. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p 48.

¹⁴⁵ CATÃO, Adrualdo de Lima. *Law and Economics, Consequentialism and Legal Pragmatism: the influence of Oliver Holmes Jr.* In: **IVR World Congress Law Science and Technology**, 25., 2011, Frankfurt/Main. Conference Proceeding. Frankfurt am Main: Goethe-Univ., 2012. 045/2012., Series A., p. 9.

¹⁴⁶ CARDOZO, Benjamin Nathan. **A natureza do processo judicial**. Tradução: Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004, *passim*.

¹⁴⁷ POSNER, Richard A. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p 49.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 49.

¹⁴⁹ O jurista Ricardo Lorenzetti define a análise consequencialista como uma decisão obtida mediante controle de análise de consequências, visando condutas futuras das partes não envolvidas litígio judicial. Este não é a única consideração realizada pelo pragmatismo. Posner mesmo coloca ênfase na análise sistêmica. Lorenzetti também classifica a “Análise Econômica do Direito” sob uma perspectiva consequencialista. Maior exploração da “Análise Econômica do Direito” será vista em tópico posterior. LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial: Fundamentos de Direito**. 2ed. rev. Tradução: Bruno Miragem. Notas da Tradução: Cláudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2011, p. 186-190.

Apesar da existência de semelhanças – como a consideração de consequências -, o pragmatismo distingue-se do utilitarismo, principalmente, no tocante ao objetivo deste último, qual seja o de gerar uma perspectiva universalizante e doutrinária¹⁵⁰, resultando em um dogmatismo utilitarista. Ideia completamente rejeitada pela corrente pragmatista.

Os juízes pragmáticos devem tratar das normas jurídicas, do texto constitucional e das decisões com o devido zelo e cuidado, considerando estas como o material mais importante a partir do qual formularão suas decisões. Isso se deve à confiança depositada pela sociedade na normatividade para a solução de controvérsias jurídicas¹⁵¹.

Segundo Posner, para um juiz pragmático não há uma fórmula exata que o ensine ou que guie a pesar as consequências de um determinado caso. É necessário ser criativo ou permanecer resolutivo à continuidade da norma, observando-se as consequências de longo prazo ou de curto prazo, pesar entre norma e um padrão. Reflete que deverá “proferir a decisão mais razoável que puder, pesando os prós e contras”¹⁵².

O problema que pode ser colocado perante tal afirmação é justamente a noção do que seria determinado como “razoabilidade” em Posner. Cremos que essa afirmação pode ser respondida com base na teoria de Holmes e na sua filosofia judicial da experiência, já mencionada. É essa a ênfase colocada na obra “How Judges Think” ao definir o comportamento de um juiz pragmatista¹⁵³.

Seria possível criticar que o ceticismo de Posner quanto ao preenchimento de qualquer conteúdo moral ou norma geraria incerteza e instabilidade – hipótese levantada por certas correntes de pensamento. Entretanto, vimos que o ceticismo também se deu de maneira similar em Holmes, como também as mesmas críticas lhe foram direcionadas¹⁵⁴.

Tais críticas quanto ao amoralismo, preocupam em função da própria qualidade de nossa sociedade heterogênea, pelo temor de uma concepção de um direito com falta de qualquer

¹⁵⁰ ARAÚJO, Inês Lacerda. O pragmatismo pode ser identificado com o utilitarismo? **Redescrições**. Ano I, Número Especial: Memória do I Colóquio Internacional Richard Rorty, 2009, p. 5-9.

¹⁵¹ POSNER, Richard A. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 50.

¹⁵² POSNER, Richard A. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 50.

¹⁵³ Idem. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2010, p. 230-265.

¹⁵⁴ “For his skepticism about principles Holmes was posthumously criticized as an amoral authoritarian positivist, obscuring his true position”. KELLOGG, Frederic R. **Oliver Wendell Holmes Jr., Legal Theory, and judicial restraint**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2007, p. 39.

padrão ético ou político que venha a fundamentar decisões judiciais. Essa preocupação é exposta e refutada por Posner, como em:

*Dworkin accuses me of flirting with postmodernists who believe "that there is no objective truth about political morality 'that' all our convictions on these matters-and more fundamental issues, including, for example, whether genocide is wicked . . . -are simply creatures of... 'language games'. He claims to find this 'flirtation' in my book Overcoming Law. All he cites in support of this claim, however, is a discussion of pragmatism that concludes that pragmatism 'is not epistemological or moral skepticism, or scientific or moral relativism'*¹⁵⁵

Ao contrário, Posner acredita que existem sim padrões éticos mínimos que implicam que nossa sociedade não esmoreça, em exemplo, à desaprovação do canibalismo ou do infanticídio¹⁵⁶. Todavia, esses são padrões éticos mínimos impostos pela sociedade *per si*. Devendo ser postos de forma contextualizada. Como os juízes são integrantes de uma comunidade, é consequente que carreguem os valores e padrões éticos mínimos para o processo de tomada decisional no litígio. A mesma ideia é defendida em Holmes¹⁵⁷.

O intuito desse tópico foi justamente de avaliar padrões do pensamento de Holmes na interpretação jurídica de Richard Posner. É possível identificar derivações feitas na atualidade do pensamento de Posner a partir da teoria de Holmes. Essa semelhança só se deu no desenvolvimento do pragmatismo jurídico de Posner e em seu amadurecimento intelectual¹⁵⁸, passando Posner a aderir à “equação holmesiana” e seu ceticismo pragmático.

No próximo capítulo, ao analisarmos a Análise Econômica do Direito segundo Posner, no começo da Escola de Chicago, veremos que há diferenças de conteúdo em relação aos escritos de Holmes, principalmente no que tange à teoria normativa da AED, já revista e parcialmente abandonada por Posner em detrimento do pragmatismo jurídico¹⁵⁹.

¹⁵⁵ POSNER, Richard A. *Conceptions of legal "theory": A response to Ronald Dworkin*. **Arizona State Law Journal**, v. 29, p. 377-388, 1997, p. 378.

¹⁵⁶ Idem. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2010, p. 235.

¹⁵⁷ CATÃO, Adrualdo de Lima. *Law and Economics, Consequentialism and Legal Pragmatism: the influence of Oliver Holmes Jr.* In: **IVR World Congress Law Science and Technology**, 25., 2011, Frankfurt/Main. Conference Proceeding. Frankfurt am Main: Goethe-Univ., 2012. 045/2012., Series A., p. 17.

¹⁵⁸ SALAMA, Bruno Meyerhof. A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**. Lisboa. n.1, a.1, p. 435-483, 2012, *passim*.

¹⁵⁹ CATÃO, Adrualdo de Lima. *Law and Economics, Consequentialism and Legal Pragmatism: the influence of Oliver Holmes Jr.* In: **IVR World Congress Law Science and Technology**, 25., 2011, Frankfurt/Main. Conference Proceeding. Frankfurt am Main: Goethe-Univ., 2012. 045/2012., Series A., *passim*.

3 UMA OFERTA DA OBRA DE RICHARD POSNER PARA A INTERDISCIPLINARIEDADE: O PRISMA EMPIRICISTA COMO AUXÍLIO À ANÁLISE DO COMPORTAMENTO JUDICIAL

Em continuação, passamos então a caracterizar o pragmatismo de Richard Posner e a tratar de sua obra. Discorreremos, assim, do início de sua proeminência como autor, na corrente denominada “Law and Economics¹⁶⁰”, até a sua transformação como principal expoente do pragmatismo jurídico na contemporaneidade.

Sustentamos no presente capítulo, uma aproximação entre ciências sociais e o direito. Mais especificamente no auxílio que determinados aportes teóricos trazidos podem trazer na análise do comportamento do Supremo Tribunal Federal. Essa hipótese se consubstancia nas formulações de Richard Posner, sobre a utilização de ciências empíricas, como a economia, como abordagem científica do direito propugnada pelo pragmatismo jurídico¹⁶¹.

O objetivo do capítulo é abordar, em maior ênfase, o aspecto descritivo e não normativo, como o faz a primeira versão da análise econômica do direito defendida por Posner em sua fase inicial. A proposta aqui defendida é o estudo do comportamento de tomada decisional do Supremo Tribunal Federal sob o aspecto dinâmico das instituições, dentro de um contexto político (considerado para os devidos fins, influente), a partir do instrumental das ciências sociais empíricas.

¹⁶⁰ [Economia e Direito]. Tradução livre.

¹⁶¹ POSNER, Richard A. **Para Além do Direito**. Tradução: Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 16-22.

O instrumental a que nos referimos é a utilização de um conceito que tem sua origem nas ciências sociais empíricas, usado correntemente na análise de comportamento institucional, que é o conceito de capital institucional. Dessa forma, aplicamos a mesma transposição realizada por cientistas políticos e constitucionalistas do conceito de capital institucional, para propositiva forma de análise das decisões emanadas do poder Judiciário brasileiro, em específico o Supremo Tribunal Federal¹⁶².

3.1 A Análise Econômica do Direito em Posner, a Evolução para o Pragmatismo Jurídico “Posneriano” e o Uso do Instrumental das Ciências Empíricas no Direito

Para que possamos falar da Análise Econômica do Direito (AED)¹⁶³ tutelada na obra de Richard Posner, precisaremos passar pelos seguintes percursos: a) qual a relação entre o campo da economia e do direito e como foi desenvolvida nos Estados Unidos, tendo como seu precursor Richard A. Posner; b) explicar as duas versões de abordagem econômica do direito, descrevendo a versão que preponderou em Posner no início de sua obra; c) fundamentar a derrocada de uma dessas versões¹⁶⁴ e a sustentação da outra de maneira a auxiliar a análise pragmática do direito “posneriana”, ou seja, uma visão mais interdisciplinar do direito.

Assim sendo, iniciaremos com as razões que estudiosos conectam o campo de análise econômica com o campo jurídico.

As primeiras razões apontadas pelos defensores da linha da Análise Econômica do Direito ou Direito e Economia, é que ambas as ciências, tanto como a economia e o direito são direcionadas ao comportamento humano. Contudo, o enfoque dado a cada uma é diferenciado¹⁶⁵.

É preciso ressaltar que o direito não controla diretamente cada indivíduo, de forma que o livre arbítrio que determina a adoção ou não da conduta determinada pela norma jurídica.

¹⁶²Cf.: RIBEIRO, Pedro José de Almeida. O conceito de capital institucional e suas características. In: SARMENTO, Daniel (org.). **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 311-348.

¹⁶³ A partir de então utilizaremos a sigla AED para denominar a Análise Econômica do Direito.

¹⁶⁴ SALAMA, Bruno Meyerhof. A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**. Lisboa. n.1, a.1, p. 435-483, 2012.

¹⁶⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial: Fundamentos de Direito**. 2ed. rev. Tradução: Bruno Miragem. Notas da Tradução: Cláudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2011, p. 186.

Contudo, o direito detém controle, sim, das consequências de determinado comportamento humano. Ou seja, o controle social do direito é realizado de forma indireta¹⁶⁶.

Para que entendamos o direito, além do estudo de sua estrutura própria, é necessário também então que compreendamos o comportamento médio dos seres humanos que pretende reger como também as interações entre estes. Assim, ao tomarmos em consideração os efeitos, principalmente aqueles desviantes dos pretendidos, a conclusão é que nos inquiramos sobre as razões para continuidade da norma que gera os respectivos efeitos¹⁶⁷.

A cientificidade da AED parte de uma formulação chamada “individualismo metodológico”. O “individualismo metodológico” parte do princípio da análise de que escolhas faria o indivíduo de forma a maximizar sua utilidade. Dessa forma, é possível que se retire desse princípio uma série de repercussões que poderiam ajudar a prever o comportamento daquele indivíduo e então formar um modelo teórico que seja possível de analisar empiricamente¹⁶⁸.

Assim, a AED propõe uma releitura do direito sob a ótica da economia. A definição mais amplamente aceita dessa ciência é que a economia é a “*is the science which studies human behaviour as a relationship between ends and scarce means which have alternative uses*”¹⁶⁹. Dessa maneira, a proposta é feita por uma ciência social, já reconhecida pela doutrina do direito como uma ciência auxiliar do direito, ou como Tércio Sampaio Ferraz Jr. a denomina, de ciência “zetética”¹⁷⁰.

Defensores da AED entendem que a economia pode ser a ciência comportamental que mais seja útil ao direito (como também às políticas públicas), em função de que além de fornecer “um padrão normativo útil”. Tal se dá pela afirmação de que o direito possui um fim e que suas normas jurídicas são meios para se atingir esse fim¹⁷¹.

¹⁶⁶ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. 2ed. Tradução Rachel Sztajn. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015, p. 5.

¹⁶⁷ Ibidem, p. 6.

¹⁶⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial: Fundamentos de Direito**. 2ed. rev. Tradução: Bruno Miragem. Notas da Tradução: Cláudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2011, p. 187.

¹⁶⁹ [Ciência que estuda o comportamento humano como inter-relação entre fins e meios escassos que têm usos alternativos]. Tradução Livre. ROBBINS, Lionel. **An Essay on the Nature and Significance of Economic Science**. Londres: MacMillan & Co., Limited, 1932, p. 15

¹⁷⁰ Ferraz Jr. há muito reconhece as disciplinas zetéticas como importantes ao direito: “Ora, posto isto, é preciso reconhecer que o fenômeno jurídico, com toda a sua complexidade, admite tanto o enfoque zetético, quanto o enfoque dogmático, em sua investigação”. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 5ed. rev. ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 44-46.

¹⁷¹ COOTER, Robert; Thomas Ullen. **Direito & Economia**. 5ed. Tradução: Luis Carlos Sander, Francisco Araujo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 26.

Ou seja, na relação entre meios e fins, a economia poderia fornecer um método a fim de avaliar o impacto das normas no que tangem os fins do direito, que são objetivos sociais significativos. É dessa maneira que o conceito de “eficiência” adentra na investigação. É relevante, principalmente na área de políticas públicas, para que as autoridades consigam proporcionar determinada política por um custo menor que um custo maior¹⁷².

A questão envolvente entre direito e economia é justamente a possibilidade de fornecimento de um “novo” aparato científico para o direito, de modo a auxiliar diversas áreas que não somente as correntes de aplicação de conceitos econômicos, como a área regulatória do direito econômico¹⁷³.

Outro caráter importante que precisa ser sobrelevado é o caráter de reciprocidade entre direito e economia. Assim, como a economia pode ser vista como auxílio na produção de políticas públicas eficientes, por exemplo, também a economia é propelida pelo direito. O direito propicia a segurança nas relações de mercado, como também assegura o direito de propriedade e a voluntariedade das transações por meio das restrições jurídicas¹⁷⁴.

A AED possibilita com que o modelo teórico do comportamento humano formulado ao longo de séculos de desenvolvimento do mercado e da economia seja utilizado, por exemplo, na previsibilidade do impacto de uma sanção em determinado comportamento humano, dadas as peculiaridades do controle social do direito exercido nas consequências desse comportamento, já mencionadas acima¹⁷⁵.

Como mesmo Cooter e Ullen afirmam, os legisladores se utilizam basicamente de sua intuição ou quaisquer outros fatos ao seu alcance. A economia proporciona mais um auxílio. Esse contributo se baseia, em essência, em como a teoria econômica tem ajudado a prever a

¹⁷² Ibidem, p. 26.

¹⁷³ COOTER, Robert; Thomas Ullen. **Direito & Economia**. 5ed. Tradução: Luis Carlos Sander, Francisco Araujo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 24.

¹⁷⁴ Ibidem, p. 26. Outro aspecto importante é: “além da substância, os economistas podem aprender técnicas dos juristas. [...] O resultado de uma ação judicial muitas vezes gira em torno de uma articulação cuidadosa dos fatos (o que é uma aptidão admirável em si mesma) e dos rótulos usados para descrever esses fatos; os estudantes de direito aprendem a ser sensíveis a distinções verbais. Essas distinções verbais, que às vezes parecem sofismas a quem não é jurista, baseiam-se em fatos sutis e importantes que economistas têm ignorado. Para ilustrar: os economistas muitas vezes exaltam as virtudes das trocas voluntárias, mas a economia não tem uma explicação detalhada do que significa o fato de as trocas serem voluntárias. Como veremos, o direito contratual tem uma teoria complexa e bem articulada da volição. Se os economistas prestarem atenção no que o direito tem a lhes ensinar, verão que seis modelos irão ficar mais próximos da realidade”. COOTER, Robert; Thomas Ullen. **Direito & Economia**. 5ed. Tradução: Luis Carlos Sander, Francisco Araujo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 33.

¹⁷⁵ COOTER, Robert; Thomas Ullen. **Direito & Economia**. 5ed. Tradução: Luis Carlos Sander, Francisco Araujo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 25.

reação das pessoas a incentivos no mercado. Uma interessante analogia que esses autores fazem é que a economia poderia suplantar a intuição legislativa, assim como a ciência substituiu o bom senso na atualidade¹⁷⁶.

Entretanto, ainda há dificuldades em se aceitar tal abordagem, em razão da antiguidade, complexidade e, de certa forma, na sacralidade do direito¹⁷⁷. Qualificamos essa afirmação também pelas tentativas de “isolamento”¹⁷⁸ do direito, como também da relevância secular dos valores de justiça e de correção¹⁷⁹.

Deve-se considerar, todavia, que o uso indiscriminado dos aparatos das ciências auxiliares deve ser totalmente restringido, já que sua utilização envolve impactos tanto metodológicos como sociais. Entretanto, reconhecer um perigo decorrente do uso indiscriminado não implica na proibição de seu uso. É, em virtude disso, que acreditamos que as considerações das ciências sociais são, sobremaneira, produtivas em vários aspectos dentro do estudo do direito, vindo a “refinar a intuição do jurista”¹⁸⁰.

Há afirmações que dizem ser a AED um parâmetro que retoma a própria essencialidade dos institutos jurídicos por meio do que se chama de “relações econômicas subjacentes” a estes institutos. Ou seja, existe uma racionalidade subjacente uniforme e a AED se propõe a explicá-las. Explícita uma lógica que nem sempre se faz consciente a quem decide¹⁸¹.

Primeiramente, a economia foi utilizada sob um parâmetro analítico, em virtude de seu rigor metodológico no estudo do comportamento humano, definindo uma série de preceitos que poderiam ser observáveis empiricamente, destacando-se aqui o seu *status* científico¹⁸². Para depois evoluir para um parâmetro normativo.

Assim, nos últimos 50 anos, foi a AED que teve protagonismo no direito norte-americano. Esse movimento se conecta à duas linhas predecessoras: o imperialismo econômico

¹⁷⁶ Ibidem, p. 25.

¹⁷⁷ Ibidem, p. 26.

¹⁷⁸ Entendemos isolamento como diferente de objetividade do direito.

¹⁷⁹ Salientamos aqui que tais valores não podem nem devem ser desprezados, conquanto uma abordagem que não os coloque em uma posição superior a todos os demais, possibilita a aproximação com valores concretos e reais da sociedade.

¹⁸⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial: Fundamentos de Direito**. 2ed. rev. Tradução: Bruno Miragem. Notas da Tradução: Cláudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2011, p. 186.

¹⁸⁰ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. 2ed. Tradução Rachel Sztajn. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015, p. 7.

¹⁸¹ Ibidem, p. 8.

¹⁸² LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial: Fundamentos de Direito**. 2ed. rev. Tradução: Bruno Miragem. Notas da Tradução: Cláudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2011, p. 186.

que utiliza ferramentas tradicionais de economia para analisar fenômenos políticos, questões de família, ou seja, aquelas não consubstanciadas na circunscrição rotineira da economia; e o realismo jurídico, que considerava tanto a economia como a sociologia como parte do direito¹⁸³.

Entretanto a atualidade do movimento se deu nos anos 50, com a inaugural publicação, do “Journal of Law and Economics”, feita pela Universidade de Chicago em 1958. Entretanto, foi o artigo de Ronald Coase sobre custo social¹⁸⁴ que impulsionou a série de estudos, ainda profusos, sobre o movimento “Law and Economics”. Apesar disso, o movimento inicial somente teve êxito sobre economistas, com exceção de Guido Calabresi e Henry Manne, juristas¹⁸⁵.

Foi num momento posterior, por volta do final da década de 60, que o paradigma trazido pela AED teve aceitação na doutrina do direito. Um dos impulsionadores dessa aceitação foi justamente a obra de Richard Posner, “Economic Analysis of Law”¹⁸⁶, em linguagem acessível para operadores do direito, cobrindo quase todo o direito norte-americano.

Afirmava o jurista que o sistema da “Common law” em todo o seu desenvolvimento, foi um sistema jurídico que sempre proporcionara a maximização da riqueza na sociedade. Esta análise não afirma juízos normativos, apenas asseverava que era assim que a “Common law”

¹⁸³ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. 2ed. Tradução Rachel Sztajn. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015, p. 8.

¹⁸⁴ De maneira simplificada, o teorema de Coase se baseia em um conceito bem conhecido da teoria econômica que são as “externalidades”. Externalidades são aqueles custos ou benefícios provenientes de uma atividade econômica que são sentidos por alguém ou instituições não ligadas diretamente à transação dessa atividade econômica. Esse custo não é refletido, portanto, nos preços. Alguns economistas, como Pigou, propuseram que quem gera uma disparidade entre custos privados e custos sociais, ou seja, uma má alocação de recursos. Os geradores deveriam ser responsáveis e deveria ser o governo o árbitro que realocaria tais recursos. Assim, o teorema de Coase foi aquele que propôs que tal proposta estava apenas arranhando a superfície do problema. Foi Coase que afirmou que o problema foi mal colocado, uma vez que não havia má alocação, dado que: 1) o verdadeiro problema econômico a ser enfrentado consistiria em decidir, à luz dos objetivos de maximização da eficiência, qual seria o prejuízo mas grave a ser evitado pela sociedade; 2) se os custos de transação forem nulos ou irrisórios, a alocação inicial de direitos efetuada pelo ordenamento jurídico não influirá sobre o resultado da disputa em torno das externalidades, pois 3) os agentes afetados acabarão por encontrar uma solução e acabarão por resolvê-la, através de um processo de autocomposição, no sentido de distribuição mais eficiente dos recursos existentes na economia. Ou seja, quando as partes podem negociar sem custos e com possibilidade de obter benefícios mútuos, o resultado das transações será eficiente, independentemente de como estejam especificados os direitos de propriedade. ARAÚJO, Fernando. **Análise econômica do direito**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 8-14.

¹⁸⁵ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. 2ed. Tradução Rachel Sztajn. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015, p. 8-10.

¹⁸⁶ POSNER, Richard A., 1972; A última edição, a nona, é do ano de 2014.

se configurava. Isto posto, em uma profusão de artigos publicados à época, Posner foi aquele que popularizou a AED, em conjunto com a Escola de Chicago¹⁸⁷.

Em continuação deveremos enunciar um pressuposto com o fim de conceber o posicionamento inicial de Posner acerca da AED. Esta abordagem econômica do direito se dá em duas frentes de acordo com Salama: a primeira é conhecida como dimensão positiva (ou descritiva)¹⁸⁸ da AED, enquanto a segunda é formulada como dimensão normativa (ou prescritiva) da AED¹⁸⁹. Richard Posner transitou por ambas as dimensões e menciona que:

*Yet it is a distinction lawyers have difficulty getting straight because they are inveterately normative, and it is a common source of confusion because many of the criticisms that are properly leveled at normative economic analysis are inapplicable to positive economic analysis*¹⁹⁰.

Desta feita, com o fim de diferenciarmos ambas definiremos suas proposições centrais. A dimensão descritiva é conhecida pela defesa de que conceitos microeconômicos são úteis para o direito¹⁹¹. A Microeconomia é uma área da economia que pode ser entendida como o estudo do comportamento econômico de indivíduos e empresas. Centra-se nos preços, na conduta humana e na atribuição de recursos escassos. Dessa forma, é possível entender porque essa área foi a mais utilizada por essa abordagem mais analítica do direito¹⁹².

Ainda no interior da dimensão descritiva é preciso colocar três versões principais: 1) a versão reducionista que é minoritária, afirmativa de que o direito poderia ser reduzido a conceitos e categorias econômicas; 2) a versão explicativa, que Salama julga ser a mais proveitosa, é de que a economia tem a capacidade de prover uma teoria que explicaria as estruturas dos institutos jurídicos (como já mencionado acima). Porém não abrangeria a sua totalidade, em virtude de não ter a capacidade de abarcar toda a realidade e necessitaria de conjugação com demais ramos científicos sociais; 3) a versão preditiva é aquela que coloca as

¹⁸⁷ A Escola de Chicago foi um grupo de economistas ligado à Universidade de Chicago, que defende com avidez o livre mercado e cujos ideais de desregulamentação e liberalização do mercado predominaram nos anos 1980. SALAMA, Bruno Meyerhof. A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**. Lisboa. n.1, a.1, p. 435-483, 2012, p. 442.

¹⁸⁸ Para melhor entendimento por parte dos leitores familiarizados com termos correntes de direito, iremos chamar essa abordagem somente de dimensão descritiva da AED, vez que a positividade no direito é correntemente relacionada à normatividade.

¹⁸⁹ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “Direito e Economia”?. **Systemas-Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas**, v. 1, n. 1, 2009, p. 4.

¹⁹⁰ Ainda assim é uma distinção que os advogados têm dificuldade de em compreender porque são inveteradamente normativos e é uma fonte comum de confusão porque muitas das críticas que são propriamente niveladas à análise econômica normativa são inaplicáveis à análise econômica positiva. Tradução livre. POSNER, Richard A. *Some Uses and Abuses of Economics in Law*. **The University of Chicago Law Review**, v. 46, p. 281, 1978, p. 285.

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 4.

¹⁹² LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial: Fundamentos de Direito**. 2ed. rev. Tradução: Bruno Miragem. Notas da Tradução: Cláudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2011, p. 187.

consequências do fenômeno jurídico na centralidade do debate, afirmando que a economia poderia prever os resultados das regras jurídicas sobre o comportamento dos atores sociais relevantes caso a caso¹⁹³.

Iremos nos centrar agora nas características da dimensão normativa (ou prescritiva) da AED para explicitarmos o posicionamento de Richard Posner nos anos iniciais de suas obras.

A dimensão normativa da AED é a dimensão que provoca maiores discussões e divergências até mesmo entre autores adeptos ao pensamento da AED. Por obra de a dimensão normativa justamente pretender incorporar ao fundamento de justiça no direito preceitos econômicos de eficiência e maximização da riqueza. Assim, a questão da integração de um raciocínio de custos e benefícios destinados a uma conformação com os fins da “ciência normativa” é um questionamento árduo.

A proposta de Richard Posner foi considerada a mais radical, vez que fundamenta eticamente o direito a partir da maximização da riqueza. A consolidação dessa teoria se deu em seu livro “The Economics of Justice”¹⁹⁴. É por meio desta obra que Posner propugna que todas os institutos jurídico-políticos devam ser avaliados conforme o arquétipo da maximização da riqueza¹⁹⁵.

A noção de riqueza em Posner em uma especificidade. Ela se refere ao montante de todos tipos de bens e serviços, sejam eles tangíveis ou intangíveis. Não se trata da riqueza observada do ponto de vista tradicional do mercado, mas sim relacional ao Ótimo de Pareto, bem como a teoria “coaseana” de redução de custos sociais, já explicadas supra.

O direito (e Posner se referia inerentemente ao direito norte-americano e à “Common Law”) é um sistema de incentivos¹⁹⁶, promotor de comportamentos que necessariamente deveriam impulsionar a maximização da riqueza na sociedade. Assim, normas jurídicas também deveriam ser avaliadas conforme a sua capacidade de contribuição para este paradigma¹⁹⁷. Caso

¹⁹³ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “Direito e Economia”?. **Systemas-Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas**, v. 1, n. 1, 2009, p. 4-5.

¹⁹⁴ POSNER, Richard A. **The Economics of Justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1983, *passim*.

¹⁹⁵ SALAMA, Bruno Meyerhof. A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**. Lisboa. n.1, a.1, p. 435-483, 2012, p. 448.

¹⁹⁶ “Incentivos são preços implícitos. Nos mercados, indivíduos procuram maximizar seus benefícios realizando escolhas que minimizem seus custos e maximizem seus benefícios. [...] As condutas humanas, inseridas em determinado contexto institucional, podem seguir uma dinâmica parecida”. SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “Direito e Economia”?. **Systemas-Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas**, v. 1, n. 1, 2009, p. 8.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 11.

as normas jurídicas assim não o fizessem poderiam compreendidas como formulações injustas. O mesmo se aplicava para a integralidade do sistema jurídico¹⁹⁸.

A influência da formação da AED normativa de Posner, que Salama denomina como “fundacional”¹⁹⁹, se deu especialmente sugestionada pelas construções teóricas de Ronald Coase, em especial seu Teorema sobre custos sociais, proporcionador do seu ganho do prêmio Nobel em 1991²⁰⁰; correlacionando com o conceito de eficiência, mais especialmente com a eficiência potencial de Pareto²⁰¹.

Em continuação, foi durante 1980 e 1982 que se deu a reação doutrinária ao movimento da AED como um todo, mas para a teoria de Posner a resposta foi mais inflamada. A pergunta mais inquisidora foi se seria a AED uma verdadeira teoria do direito. A reação se deu no meio dos mais variados ambientes acadêmicos: “filósofos, jusnaturalistas, liberais, economistas da escola austríaca, economistas de perfil neoclássico”. Todos eles acusaram que o modelo de Posner era simplista²⁰².

Entretanto, o grande debate se deu na seara de atribuição de direitos. Essa deveria ser considerada a partir de deduções eficaciais ou seria necessário, a fim de discriminar primeiramente, a proposição de uma série de direitos fundamentais mínimos? A afirmação era de que se se optasse por deduções de eficácia, estar-se-ia aproximando perigosamente de uma abordagem utilitarista²⁰³.

¹⁹⁸ POSNER, Richard A. **The Economics of Justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1983, p. 115.

¹⁹⁹ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “Direito e Economia”? **Systemas-Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas**, v. 1, n. 1, 2009, p. 11

²⁰⁰ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. 2ed. Tradução Rachel Sztajn. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015, p.

²⁰¹ A teoria de Pareto vem ao encontro das abordagens utilitaristas. Vilto Pareto afirmou que as pessoas conhecem suas preferências e fazem o que é melhor para elas. Se todos seguirem sua própria preferência, limitados pelos obstáculos naturais da vida, a sociedade logo chegará a um ponto em que ninguém poderá ficar melhor sem que se prejudique alguém. Esse estado é conhecido como o ótimo de Pareto. Dessa forma, caso o governo queira melhorar o bem-estar da população, deverá enfrentar o problema que o bem-estar é individual, possuidora de uma “utilidade ordinal”. A meta razoável é evitar esses julgamentos e deixar que cada indivíduo negocie para melhor seu próprio bem-estar, onde o equilíbrio seria justamente aquele em não se pode aumentar o bem-estar de um indivíduo sem que se prejudique o outro. É preciso salientar que o Ótimo de Pareto, assim como as teorias normativas da economia, não aborda a questão da distribuição de riqueza. Verbetes “Ótimo de Pareto”. SANDRONI, Paulo (Org., Sup.). **Novíssimo dicionário de economia**. São Paulo: Editora Best Seller, 1999, p. 437; MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. 2ed. Tradução Rachel Sztajn. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015, p. 201-226.

²⁰² O conceito de liberal na perspectiva norte-americana é diferente do conceito que temos aqui no Brasil. Liberal no Brasil se alinha à ala conservadora, de defesa do Estado Mínimo, por exemplo. Entretanto, essa ideia é defendida pelo Partido Republicano que são os conservadores norte-americanas. Ser liberal nos EUA é o mesmo que defender ideias de esquerda aqui no Brasil.

²⁰³ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. 2ed. Tradução Rachel Sztajn. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015, p. 12.

Contudo, à época²⁰⁴, Posner defendeu que os valores maximizados são decorrentes da sociedade, um produto social, aferido conforme a disposição de pagar das pessoas nas transações voluntárias. Entretanto, essa defesa vê-se abrasada com a realidade de que o direito, em sua maioria, estipula regras para circunstâncias que os afetados não foram colocados em posição de contratar²⁰⁵.

Entretanto, uma ressalva deve ser feita em relação à alternativa que dá preferência a uma série de direitos fundamentais. Essa opção determinará sempre será possível afirmar que, caso o consenso das pessoas afetadas forem ausentes, o direito subjetivo fundamental sempre irá prevalecer. Esse posicionamento determina a problemática de propor a unanimidade como regra, onde caso se observe uma regra constrictiva de direitos emanada por uma autoridade, tal regra será sempre ilegítima²⁰⁶.

A problemática dessa posição é justamente determinar, numa sociedade complexa atual, quais seriam os direitos, mesmo fundamentais, a serem acautelados pela ordem jurídica em detrimento da determinação normativa ordinária. Como mesmo dizem Mackaay e Rousseau: “a questão é saber quais os limites, por quem, e segundo que modalidades essas trocas podem ser realizadas”²⁰⁷.

É com o amadurecimento de Posner e sua “conversão” ao pragmatismo jurídico que Posner passou a sopesar a influência que a maximização da riqueza teria sobre o sistema jurídico, abandonando a ideia de que a maximização da riqueza seria fundação ética do direito²⁰⁸. A razão desse posicionamento se dá justamente pela incompatibilidade de qualquer fundamento ético absoluto para o direito na corrente pragmatista do direito, como apontado acima.

Salama afirma que num primeiro momento, essa revisitação de sua teoria realizada por Posner foi bem modesta, pois afirmava que a maximização da riqueza seria igualmente protetiva

²⁰⁴ Cf.: POSNER, Richard A. *A reply to some recent criticisms of the efficiency theory of the common law*. **Hofstra Law Review**, v. 09, p. 775-794, 1981; EHRLICH, Isaac; POSNER, Richard A. *An economic analysis of legal rulemaking*. **The Journal of Legal Studies**, v. 3, n. 1, p. 257-286, 1974; POSNER, Richard A. *Some Uses and Abuses of Economics in Law*. **The University of Chicago Law Review**, v. 46, p. 281, 1978.

²⁰⁵ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. 2ed. Tradução Rachel Sztajn. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015, p. 12.

²⁰⁶ Ibidem, p. 12.

²⁰⁷ Ibidem, p. 13.

²⁰⁸ SALAMA, Bruno Meyerhof. A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**. Lisboa. n.1, a.1, p. 435-483, 2012, p. 12.

de direitos a qualquer critério oferecidos pela tradição liberal²⁰⁹. Esse primeiro momento foi feito em 1985, no artigo “Wealth Maximization Revisited”²¹⁰.

Contudo a sua virada completa foi em seu livro “Problemas de Filosofia do Direito”²¹¹, publicado primeiramente em 1990. A maximização da riqueza passou então a estar no mesmo nível que outros valores, da cultura norte-americana, que Posner entende como concepções de cunho utilitarista, como o liberalismo clássico e o pragmatismo cotidiano. Salama entende esse momento, como o ato em que “Posner jogou a toalha”²¹².

Posner exatamente afirma que “em algum momento mesmo o indivíduo fortemente comprometido com a análise econômica do direito terá que tomar uma posição em questões de filosofia política e de filosofia moral”²¹³. É por essa razão que também a questão da eficiência (que Posner denomina como sinônimo para maximização da riqueza²¹⁴) passa a ser somente um critério operativo entre tantos outros que são reconhecidos no âmbito jurídico.

Consequentemente, a eficiência não poderia pautar, não em absoluto, a condução das instituições jurídico-políticas, uma vez que existem outros valores que devem ser considerados dentro de um determinado contexto²¹⁵. A visão passa, então, de fundacional para instrumental.

Assim, desde esta ótica pragmática, o Direito e Economia Normativa acabará por postular que, ao interpretar e aplicar a lei, o Juiz de Direito deva sopesar as prováveis consequências das diversas interpretações que o texto permite, atentando, ainda, para

²⁰⁹ SALAMA, Bruno Meyerhof. A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**. Lisboa. n.1, a.1, p. 435-483, 2012, p. 472.

²¹⁰ “Some years ago, I published an article in which I argued that ‘wealth maximization’ provides an ethically attractive norm for social and political choices, such as those made by courts asked to determine whether negligence or strict liability should be the rule for deciding whether an injurer must compensate his victim.’ This article gave rise to a flurry of criticisms to which I replied -without convincing many of the critics.’ I am pleased to have this opportunity to reconsider my position. Perhaps as a result of my new perspective as a judge, I find myself slightly more sympathetic to some of the criticisms than I once was-but only slightly more”. [Alguns anos atrás, publiquei um artigo no qual eu argumentei que “maximização da riqueza” fornece uma norma eticamente atraente para escolhas sociais e políticas, como aquelas pedidas aos tribunais para determinar se negligência ou responsabilidade estrita deve ser a regra para decidir se uma seguradora deve compensar sua vítima’. Este artigo deu origem a uma onda de críticas, a qual eu respondi -sem convencer muitos dos os críticos. Estou contente por ter esta oportunidade para reconsiderar minha posição. Talvez como resultado da minha nova perspectiva como um juiz, encontro-me um pouco mais simpático a algumas das críticas do que eu era uma vez, mas apenas um pouco mais]. Tradução Livre. POSNER, Richard A. *Wealth maximization revisited*. **Notre Dame JL Ethics & Pub. Pol’y**, v. 2, p. 85, 1985, p. 85.

²¹¹ POSNER, Richard A. **Problemas de Filosofia do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 503.

²¹² SALAMA, Bruno Meyerhof. A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**. Lisboa. n.1, a.1, p. 435-483, 2012, p. 475.

²¹³ POSNER, Richard A. **Para Além do Direito**. Tradução: Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 22.

²¹⁴ SALAMA, Bruno Meyerhof. A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**. Lisboa. n.1, a.1, p. 435-483, 2012, p. 448.

²¹⁵ Idem. O que é “Direito e Economia”? **Systemas-Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas**, v. 1, n. 1, 2009, p. 12.

a importância de se defender os valores democráticos, a Constituição, a linguagem jurídica como um meio de comunicação efetiva e a separação de poderes. Dada a relação conflituosa entre todos estes propósitos, a interpretação e a aplicação do Direito continuará sendo uma arte; não uma ciência²¹⁶.

Dessa forma, a indagação transita de como a eficiência pode ser igualada à justiça para como a justiça pode ser beneficiada a partir da discussão econômica de “prós e contras, custos e benefícios”²¹⁷. Sendo possível afirmar que propostas de justiça que não concebiam as prováveis consequências práticas são, pragmaticamente, vagas e parciais²¹⁸.

O resultado é, em primeiro lugar, a abertura de uma nova janela do pensar, que integra novas metodologias (inclusive levantamentos empíricos e estatísticos) ao estudo das instituições jurídico-políticas, de forma que o Direito possa responder de modo mais eficaz às necessidades da sociedade. E, em segundo lugar, o enriquecimento da gramática do discurso jurídico tradicional, com uma nova terminologia que auxilia o formulador, o aplicador, e o formulador da lei na tarefa de usar o Direito como instrumento do bem-comum²¹⁹.

É justamente essa a proposta do presente capítulo: fornecer maior acessibilidade à metodologia empírica de maneira a analisar uma instituição jurídico-política: o Supremo Tribunal Federal. Essa integração, cremos, possibilitará justamente maior clareza na interpretação do comportamento institucional desta Corte. Dessa maneira, passemos ao próximo tópico em que iremos explicar, justamente, sobre uma formulação das ciências sociais empíricas, o conceito de capital institucional.

3.2 O Capital Institucional como Fator Empírico a ser Considerado nas Interações entre Instituições como Resultado da Interdisciplinaridade Proposta pela Análise Pragmática de Richard Posner

O conceito de capital institucional pode ser considerado uma inovação no que tange às análises do comportamento de instituições, especialmente se aplicados ao comportamento do Supremo Tribunal Federal, no âmbito da doutrina jurídica brasileira²²⁰. Contudo, afirmações

²¹⁶ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “Direito e Economia”? *Systemas-Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas*, v. 1, n. 1, 2009, p. 13.

²¹⁷ *Ibidem*, p. 14.

²¹⁸ *Ibidem*, p. 14.

²¹⁹ *Ibidem*, p.14.

²²⁰ Com essa específica aplicação no Direito constitucional, encontramos RIBEIRO, Pedro José de Almeida. O conceito de capital institucional e suas características. In: SARMENTO, Daniel (org.). **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 311-348. Devemos ressaltar que o artigo mencionado constitui um extrato da dissertação de mestrado do presente autor no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFRJ, sob a referência de RIBEIRO, Pedro José de Almeida. **A Construção do Judiciário, o capital institucional e a quota de decisões contramajoritárias**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. Porém não conseguimos, até o momento de entrega do presente

acerca das interações políticas aplicada a Suprema Corte dos Estados Unidos, com menção ao montante de capital político já podem ser encontradas na década de 80, através de Jesse Choper²²¹.

Podemos afirmar que a aplicação de derivações do conceito de capital, não mais concebido somente como capital físico e monetário²²², estes reconhecidamente da área econômica. Modificações de aplicação encontram ressonância nos estudos sobre uma série de objetos, todos provenientes das ciências sociais. Assim, pode-se captar tais variações de forma de capital (físico, social, intelectual e, agora, institucional) há certo tempo²²³ na literatura do estudo do comportamento e seus respectivos impactos, seja através de empresas seja de redes sociais.

Para passarmos ao que propriamente engloba a definição de capital institucional, vemos como necessária a discussão de algumas variantes de capital. Como o conceito de capital institucional constitui uma espécie de capital intangível²²⁴, a analogia de raciocínio utilizada

trabalho, acesso a tal estudo em virtude: de o documento não se encontrar publicado no sítio do PPGD-UERJ (<http://www.bdt.uerj.br>); como também não obtivemos resposta ao contato realizado através do programa, além de não termos sido respondidos pelo autor, por meio da via eletrônica, para o consentimento de uma cópia virtual. Entretanto, como o objetivo da presente dissertação não é de trabalhar exclusivamente com o capital institucional, mas sim com a visão interdisciplinar prelecionada pelo pragmatismo jurídico de Richard Posner, proporcionador de maior abertura a novas metodologias e terminologias provenientes de outras áreas da ciência social, não acreditamos que se deu demasiado prejuízo à compreensão integral das propostas integrantes dessa dissertação.

²²¹ CHOPER, Jesse H. **Judicial Review and the National Political Process: A Functional Reconsideration of the Role of the Supreme Court**. Reimpr. Nova Orleans: Quid Pro Books, 2013. [Versão digital. Kindle].

²²² Sumariamente, capital pode ser concebido como ingrediente essencial da atividade econômica. Verbete Capital: “É um dos fatores de produção, formado pela riqueza e que gera renda. É representado em dinheiro. O capital também pode ser definido como todos os meios de produção que foram criados pelo trabalho e que são utilizados para a produção de outros bens. Assim, o capital de uma empresa ou de uma sociedade, por exemplo, é constituído pelo conjunto de seus recursos produtivos que foram criados pelo trabalho humano [...]O conceito de capital abrange somente os meios de produção social, ou seja, aqueles utilizados em atividades que se inserem na divisão do trabalho. O que significa, num sistema capitalista, que o capital abrange os recursos usados na produção de bens e serviços destinados à venda, isto é, as mercadorias. Aqueles meios de produção que são utilizados para a satisfação direta das necessidades dos produtores não fazem parte do capital”. SANDRONI, Paulo (Org., Sup.). **Novíssimo dicionário de economia**. São Paulo: Editora Best Seller, 1999, p. 78.

²²³ Observando-se, em análise institucional, o mais antigo datado em 2002 no Brasil. FERNANDES, Antônio Sérgio Araújo. O capital social e a análise institucional e de políticas públicas. **Revista de Administração Pública**, v. 36, n. 3, p. 375-398, 2002.

²²⁴ Boisier aponta as principais formas de capitais intangíveis como sendo o capital institucional, o capital humano, o capital cívico (práticas de políticas democráticas, de confiança nas instituições, de preocupação pessoal com os assuntos públicos, de associatividade entre as esferas públicas e privadas) e o capital sinérgico (capacidade real ou latente de toda a comunidade para articular, de maneira democrática, as diversas formas de capitais intangíveis disponíveis). BOISIER, Sergio. *Conversaciones sociales y desarrollo regional*. **Editorial de la Universidad de Talca**, 2000. Apud. OLIVEIRA JÚNIOR, José Amorim de. **O desenvolvimento político concebido a partir dos conceitos de governança política, capital político e autogoverno**: análise dos impactos da atuação do Sebrae no desenvolvimento político goiano de 2004 a 2011. 2011. 308 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2011, p. 115.

nas variações já correntes na ciência social deve ser a mesma para que se compreenda o conteúdo a que nos referimos quando mencionamos capital institucional.

Dessa maneira, é por isso que mencionaremos “*en passant*”, capital humano, capital social e capital político, a fim de nos reportarmos ao capital institucional. A escolha dos referidos se justifica em virtude de os mesmos estarem contidos dentro de classificação de capital intangível, possuírem similaridades de conteúdo com o capital institucional. Outra razão é a limitação cognitiva do presente trabalho (e, portanto, o tópico se inclui), que não nos permite a explicação exaustiva de tipos de capitais intangíveis.

Isto posto, o capital humano é um dos fatos dinâmicos imateriais que sustentam a empresa visível, esta última formada por edifícios e produtos. Este capital pode ser entendido como as competências de cada empregado, ou seja, seus conhecimentos, sua experiência profissional, suas habilidades de trabalho em grupo e de liderança, assim como a capacidade de incorporação e cumprimento das metas empresárias, assim como a sua visão²²⁵.

Dessa forma, o capital humano não pertence à empresa, mas sim a cada colaborador, considerado assim um ativo de cada indivíduo²²⁶. Pode ser entendido também como o conjunto de investimentos que se destinam tanto à formação educacional com à profissional de determinada população. Por essa razão, é componente dos indicadores de desenvolvimento econômico. Outro uso para o termo é a aptidão de cada indivíduo para aquisição de renda. É derivante de aptidões naturais ou adquiridas ao longo processo de aprendizagem²²⁷.

No que diz respeito ao capital social, vemos que este tipo de capital é constantemente citado na linha de análise nas ciências sociais²²⁸. Esse termo, capital social, foi popularizado por Robert Putnam, cientista político, nos anos 90²²⁹. Entretanto, o termo foi apareceu

²²⁵ MOURA, Simone Farias et al. O Valor do Intangível em Instituições de Ensino Superior: um enfoque no capital humano. **Encontro Anual da Associação dos Programas de Pós-Graduação e Pesquisa em Administração**, v. 29, 2005, p. 4.

²²⁶ JOIA, Luiz Antonio. Medindo o capital intelectual. **Revista de Administração de empresas**, v. 41, n. 2, p. 54-63, 2001, p. 56.

²²⁷ Verbete Capital Humano. SANDRONI, Paulo (Org., Sup.). **Novíssimo dicionário de economia**. São Paulo: Editora Best Seller, 1999, p. 80.

²²⁸ Cf.: BARRETO, Ricardo Candéa Sá; ARRAES, Ronaldo de Albuquerque. Implicações do capital social e do capital político no desenvolvimento econômico. **Forum BNB de Desenvolvimento/Encontro Regional de Economia**, 2002; BAQUERO, Marcello; CREMONESE, Dejalma. **Capital social: teoria e prática**. Ijuí: Unijuí, 2006; DE CASTILHOS, Dino Sandro Borges. **Capital Social e Políticas Públicas: Um Estudo da Linha Infraestrutura e Serviços aos Municípios do Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar Universidade Federal Do Rio Grande Do Sul**. 2002. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Rural) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul – Porto Alegre/RS.

²²⁹ PUTNAM, Robert David. **Comunidade e democracia: a experiência da Itália moderna**. FGV Editora, 2000, p. 190-195.

primeiramente em um estudo de Lyda J. Hanifan, no ano de 1916 e, posteriormente, foi aplicado por James Coleman em 1988, aplicando-o ao fenômeno da evasão escolar²³⁰.

Putman afirmava que uma sociedade rica em capital humano, ou seja, indivíduos com ampla formação educacional e profissional, ainda assim não implica uma sociedade necessariamente rica em capital social²³¹. Isto é o capital social é gerado a partir das interações no trabalho, na comunidade e no lazer, a partir das relações sociais. E qual seria a importância desse tipo de capital para uma determinada sociedade?

Ao conduzir um estudo na Itália, Putnam observou que quando relações sociais, consubstanciadas como a interação entre pessoas, são postas em segundo plano, isto é, os indivíduos se isolam, há uma contribuição significativa para o declínio econômico²³². Conclui então que as redes sociais auxiliam os indivíduos a melhorar suas qualificações, ascender na carreira profissional, bem como estimulam a cooperação e à troca de informação, aumentando a produtividade geral²³³.

Apesar das severas críticas à abordagem de Putnam²³⁴, é corrente a aceitação do conceito para o estudo do desenvolvimento econômico. Em outra perspectiva, pode incluir tanto a mensuração da qualidade das instituições, uma vez que de uma abordagem mais genérica,

²³⁰ DE CASTILHOS, Dino Sandro Borges. **Capital Social e Políticas Públicas: Um Estudo da Linha Infraestrutura e Serviços aos Municípios do Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar Universidade Federal Do Rio Grande Do Sul**. 2002. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Rural) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul – Porto Alegre/RS, p. 23.

²³¹ PUTNAM, Robert David. **Comunidade e democracia: a experiência da Itália moderna**. FGV Editora, 2000, p. 177-181.

²³² *Ibidem, passim*.

²³³ A ênfase nesta linha de pensamento tem sido estabelecer indicadores de “confiança” e “participação social” nos trabalhos empíricos, buscando explicar as trajetórias de desenvolvimento de países e regiões. Como ainda é emergente, a busca por influências sociais no crescimento econômico deverá gerar uma rede de possibilidades bastante vasta, fazendo com que a conexão entre dotação sócio-política de uma sociedade e desenvolvimento econômico ainda seja um grande hiato. Nesse sentido, é vasta a linha de pesquisas atuais que buscam a especificação de modelos teóricos que enfatizam as deficiências de arranjos sociais e institucionais na obstrução de melhores níveis de variáveis tangíveis, como P&D, capital humano, idéias (sic) e inovações tecnológicas, todas exercendo externalidades positivas para gerar rendimentos crescentes no produto per capita, ou seja, crescimento econômico”. BARRETO, Ricardo Candéa Sá; ARRAES, Ronaldo de Albuquerque. Implicações do capital social e do capital político no desenvolvimento econômico. **Fórum BNB de Desenvolvimento/Encontro Regional de Economia**, 2002, p. 3.

²³⁴ MONASTERIO, Leonardo Monteiro. A retórica do capital social: uma análise da obra de Robert Putnam. In: BAQUERO, Marcello; CREMONESE, Dejalma (Orgs.). **Capital social: teoria e prática**. Ijuí: Unijuí, p. 11-27, 2006.

pode-se considerar como componentes do capital social a eficiência produtiva, estática e dinâmica, provenientes de um ambiente político e social favorável para tanto²³⁵.

Esta concepção parte da crença, então, que a solidez das instituições resta numa comunidade com laços de confiança e solidariedade horizontalizados. Ou seja, conceito de capital social está fundado na importância da cultura política e da sociedade civil no processo de construção democrática²³⁶.

A materialização do capital social ocorre sob a forma de fluxos, estoques, normas, redes, organizações e sinergias capazes de estabelecer vínculos de confiança, reciprocidade e cooperação entre atores sociais para acesso ao poder e a recursos para a tomada de decisão, tendo importância fundamental em meio às interações entre o local e o global²³⁷.

É por isso que afirmamos que o capital social pode ser definido em relação a função que exerce na sociedade, como meio de análise de desenvolvimento e performance das relações público privadas, por exemplo. São aspectos da própria organização social, baseados em um conjunto de relações sociais fortalecidas por normas de confiança e reciprocidade²³⁸.

A justificativa se dá pela avaliação de que todo capital é produtivo, dessa maneira o que produz o capital social é a interação entre atores e no meio dos atores, que facilita a mobilização de indivíduos em uma ação coletiva²³⁹.

Dessa forma, passemos à variante denominada capital político.

É importante salientar que compreendemos ser factível a localização entre as formas de capital, como afirmado por Barreto e Arraes em relação ao capital social e capital político²⁴⁰, de semelhanças e/ou intercambiação de elementos constituintes da análise de capitais intangíveis. É por esta razão que entendemos a dificuldade de precisão conceitual em relação

²³⁵ ARRAES, Ronaldo A.; BARRETO, Ricardo Candéa S.; TELES, Vladimir Kühl. Efeitos do Capital Social e do Capital Político no Desenvolvimento Econômico: Simulações para Países e Estados Brasileiros. **Análise Econômica**, v. 22, n. 41.

²³⁶ BAQUERO, Marcello; CREMONESE, Dejalma (Orgs.). **Capital social: teoria e prática**. Ijuí: Unijuí, 2006, p.5.

²³⁷ ALBUQUERQUE, Gilton; CÂNDIDO, Gesinaldo Ataíde. A Intensidade do Capital Institucional numa Estratégia de Desenvolvimento Territorial Sustentável no Vale do São Francisco. **Revista Brasileira de Gestão e Desenvolvimento Regional**, v. 10, n. 4, 2014, p. 4.

²³⁸ FERNANDES, Antônio Sérgio Araújo. O capital social e a análise institucional e de políticas públicas. **Revista de Administração Pública**, v. 36, n. 3, p. 375-398, 2002, p. 377.

²³⁹ Ibidem, p. 379.

²⁴⁰ BARRETO, Ricardo Candéa Sá; ARRAES, Ronaldo de Albuquerque. Implicações do capital social e do capital político no desenvolvimento econômico. **Fórum BNB de Desenvolvimento/Encontro Regional de Economia**, 2002, p. 4.

às diversidades de capitais intangíveis²⁴¹. Sendo esta ilação especialmente franca no tocante a conceitos originados a partir de fatores comunitários e dinâmicos.

Nessa ordem, é possível asseverar que o capital político pode ser acolhido como uma conversão de elementos do capital social, tais como confiança e relações mútuas, para o domínio político de atuação (este podendo ser concebido em diferentes níveis, como municipais, regionais, nacionais ou mesmo internacionais, por exemplo)²⁴².

O capital político é uma forma conjunta de capital, tal qual o capital intelectual (que unifica capital humano com estrutura física²⁴³) com recursos do capital social, do capital cultural e de capital financeiro, representando uma rede de relações necessárias para o exercício político, ou melhor, a aptidão e os recursos financeiros para a sua prática²⁴⁴.

Em estudo sobre o comportamento dos legisladores, López chega a importantes conclusões, assente na pressuposição que o legislador se encontra em um ambiente de indeterminação. Esse ambiente de indeterminação, caracteriza o legislador, conforme López, como um empreendedor ao realizar investimentos. O elemento de investimento em um contexto indeterminado é o que ele determina como capital político, segundo o modelo de Denzau e Munger²⁴⁵.

²⁴¹ RIBEIRO, Pedro José de Almeida. O conceito de capital institucional e suas características. In: SARMENTO, Daniel (org.). **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 311-348, p. 330.

²⁴² OLIVEIRA JÚNIOR, José Amorim de. **O desenvolvimento político concebido a partir dos conceitos de governança política, capital político e autogoverno: análise dos impactos da atuação do Sebrae no desenvolvimento político goiano de 2004 a 2011**. 2011. 308 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2011, p. 113-118.

²⁴³ Como mesmo demonstra Joia, na múltipla composição a ser tomada em conta quando da equação de capital intelectual: “CAPITAL INTELECTUAL= CAPITAL HUMANO + CAPITAL DE PROCESSOS + CAPITAL DE RELACIONAMENTO + CAPITAL DE INOVAÇÃO”. JOIA, Luiz Antonio. Medindo o capital intelectual. **Revista de Administração de empresas**, v. 41, n. 2, p. 54-63, 2001, p. 56.

²⁴⁴ OLIVEIRA JÚNIOR, José Amorim de. **O desenvolvimento político concebido a partir dos conceitos de governança política, capital político e autogoverno: análise dos impactos da atuação do Sebrae no desenvolvimento político goiano de 2004 a 2011**. 2011. 308 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2011, p. 118-120.

²⁴⁵ Denzau e Munger são cientistas adeptos da teoria do *rational choice* (escolha racional. Tradução livre.). Propõem um modelo que abrange os efeitos dos grupos de interesse e dos eleitores (ou constituintes, como denomina López) no comportamento do legislador. Ou seja, que existe um processo de demanda e oferta por ações dos políticos ou por legislação, já que estes tipos de ação ou legislações implicam em impactos na redistribuição de renda entre os grupos envolvidos no processo (políticos, grupos de interesse e eleitores). Assim, ao analisar os resultados provenientes das respostas ao modelo por eles proposto, Denzau e Munger acreditam que o comportamento do eleitor é a variável-chave para o entendimento do processo interacional entre referidos grupo. NUNES, André. A economia de regulação e a teoria política positiva: *uma análise da regulação de empresas de assistência médica no Brasil*. **Revista Brasileira de Economia de Empresas**, v. 2, n.1, p. 51-60, jan.-mai. 2002, p. 51-55.

Dessa forma, para abordar a problemática do estudo de maneira mais precisa, López distingue duas formas (ou como preferiremos chamar a partir de então “subespécies”) de capital político. Fazendo esta diferenciação, López clarifica elementos próprios e específicos ao capital político. Assim, as duas subespécies são: capital de reputação e capital representativo. Estas duas espécies são diretamente relacionadas ao voto nominal do legislador (suas alternativas são sim/não/absente). López pondera que há mais no trabalho do legislador que o “roll call voting”, contudo são estes que se ligam diretamente a essas subespécies de capital²⁴⁶.

Por conseguinte, capital de reputação é aquele que López exemplifica como o voto que irá favorecer constituintes e/ou grupos de interesses relevantes na sociedade. Sendo via para, igualmente, demonstrar posicionamentos ideológicos. A depender de quão bem é publicizado na mídia, esse tipo de voto pode aumentar o capital de reputação do legislador²⁴⁷.

Em contrapartida, temos o voto divergente dos desejos e interesses de seus constituintes, porém ao votar em desacordo a tais interesses, o legislador demonstra apoio e lealdade aos líderes partidários, como também a grupos organizados (como a bancada evangélica ou ruralista aqui no Brasil). Este “voto em bloco” é justamente o voto ligado à subespécie de capital representativo.

Mas porque o legislador votaria contra os interesses daqueles que lhe constituíram em sua presente posição²⁴⁸? Segundo López, essa situação se dá em função dos objetivos dos legisladores, entendidos como o fortalecimento de seu mandato e a sua consequente reeleição. Esses objetivos se instituem com a maximização do suporte político de cada legislador²⁴⁹.

Para responder o questionamento acima, o referido autor caracteriza o ambiente do legislador como de incerteza com base em certos fatores: o vácuo temporal entre o voto nominal e o efeito deste em políticas públicas; a relevância que cada votação tem para a estrutura social; a interferência de outros agentes, econômico-político-sociais, nos efeitos esperados daquela

²⁴⁶ LÓPEZ, Edward J. *The legislator as political entrepreneur: Investment in political capital*. **The Review of Austrian Economics**, v. 15, n. 2-3, p. 211-228, 2002, p. 217.

²⁴⁷ Ibidem, p. 217.

²⁴⁸ Considerando aqui somente os aspectos formais de ascensão na vida pública, ou seja, o voto popular. Uma vez que não só estes compõem a carreira de um político, pois é evidente que outros fatores como a capacidade de articulação e o apoio financeiro constituem relevante dimensão da mesma. Contudo, concordamos com o autor, estes outros fatores componentes do capital político são menos visíveis para a população que os outros acima citados. E como a opinião pública rege a vida política é por essa razão que o consideramos o questionamento acima.

²⁴⁹ LÓPEZ, Edward J. *The legislator as political entrepreneur: Investment in political capital*. **The Review of Austrian Economics**, v. 15, n. 2-3, p. 211-228, 2002, p. 217.

determinada legislação (falta orçamentária durante a aplicação de determinada política pública)²⁵⁰.

O legislador, ao votar, então realiza um cálculo de riscos e benefícios políticos, de curta ou longa duração, formando uma série de juízos prospectivos. A ação mediante o voto nominal irá diminuir, aumentar ou mesmo manter no mesmo grau a acumulação de seu capital político. Capital este estabelecido subjetivamente para cada legislador, onde “*roll call decision may impart political capital to one legislator but not another*”²⁵¹, isso irá depender dos planos de cada um para a sua reeleição, seu posicionamento em relação aos eleitores e ao partido, ou mesmo a quantidade de capital político que este já possui²⁵².

Como o exemplo do estudo de López, o capital político é utilizado em múltiplas análises, quer seja de nível individual, organizacional ou social. Ao nível individual, o foco se encontra na estimação de capital político de representantes (ou funcionários, em outra significação) eleitos no governo, como o estudo supra²⁵³.

Enquanto isso, no nível social, a atenção se volta para o quanto atividades organizadas de cidadãos impactam na arena política, bem como (e se) direcionam a uma reforma democrática. Em termos organizacionais, o capital político engloba o poder de influência junto a políticas governamentais²⁵⁴.

Uma vez entendidas as comutações e compreendidos os distintos níveis de investigação do capital político, preconizamos a utilidade do capital institucional para as pesquisas empíricas na seara da previsibilidade do comportamento do Supremo Tribunal Federal, bem como a utilização de modelos empíricos provenientes de outras ciências que não a jurídica.

²⁵⁰ LÓPEZ, Edward J. The legislator as political entrepreneur: Investment in political capital. **The Review of Austrian Economics**, v. 15, n. 2-3, p. 211-228, 2002, p. 218.

²⁵¹ A decisão de voto nominal poderá impactar o capital político de um legislador, mas não o outro. Tradução livre.

²⁵² *Ibidem*, p. 218

²⁵³ BLUMENTRITT, Tim; REHBEIN, Kathleen. *The political capital of foreign subsidiaries: An exploratory model*. **Business & Society**, v. 47, n. 2, p. 242-263, jun. 2007, p. 243.

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 243. Essa análise organizacional é vista em diferentes áreas, abarcando desde temas próprios da política, como partidos políticos, até administração empresarial. Cf.: NEE, Victor; OPPER, Sonja. *Political capital in a market economy*. **Social forces**, v. 88, n. 5, p. 2105-2132, 2010; OLIVEIRA JÚNIOR, José Amorim. **O desenvolvimento político concebido a partir dos conceitos de governança política, capital político e autogoverno: análise dos impactos da atuação do Sebrae no desenvolvimento político goiano de 2004 a 2011**. 2011. Tese de Doutorado. Tese (Doutorado em Ciências Sociais). Universidade Federal de São Carlos, São Carlos/SP; BLUMENTRITT, Tim; REHBEIN, Kathleen. *The political capital of foreign subsidiaries: An exploratory model*. **Business & Society**, 2007.

Entendemos essa necessidade em função da complexidade do fenômeno social a que o direito regula, como também se encontra inserido. A análise pragmática de observação das consequências das decisões judiciais de Posner corrobora essa visão.

Ao tornarmos nosso foco novamente para o conceito de capital institucional, vemos que este possui alguma especificidade em relação ao capital humano, capital social e capital político, sem deixar de compreender a maior parte dos aspectos dessas outras formas de capitais intangíveis. Não há possibilidade de deixá-los isolados para dissecar o seu conceito, como já mencionamos supra.

Primeiramente, devemos entender que o conceito percebido nas ciências sociais de capital institucional é um termo que engloba “as instituições ou organizações públicas e privadas existentes na região: o seu número, o clima de relações interinstitucionais, tais como cooperação, conflito e neutralidade, o seu grau de modernidade”²⁵⁵.

Albuquerque e Candido compreendem capital institucional como as atividades que incorporam: taxa de velocidade na tomada de decisões, taxa de vulnerabilidade da estrutura organizacional, capacidade de realizar acordos e distender o tecido organizacional por meio de acordos e pactos institucionais, entre outros. Dessa forma, entendem que o capital institucional partilhe uma íntima relação com o capital social²⁵⁶.

Essa associação, dizem os referidos autores, se deve a ascendência de abordagens do tipo interdisciplinares entre, por exemplo, economia e sociologia. De maneira que a economia contribua para a sociologia, neste tema específico por meio da teoria institucionalista de Douglass North²⁵⁷ e, em contrapartida, a sociologia supere uma concepção hiper-racionalista

²⁵⁵ BOISIER, Sergio. *Conversaciones sociales y desarrollo regional*. Editorial de la Universidad de Talca, 2000. Apud. OLIVEIRA JÚNIOR, José Amorim de. **O desenvolvimento político concebido a partir dos conceitos de governança política, capital político e autogoverno**: análise dos impactos da atuação do Sebrae no desenvolvimento político goiano de 2004 a 2011. 2011. 308 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2011, p. 115

²⁵⁶ ALBUQUERQUE, Gilton; CÂNDIDO, Gesinaldo Ataíde. A Intensidade do Capital Institucional numa Estratégia de Desenvolvimento Territorial Sustentável no Vale do São Francisco. **Revista Brasileira de Gestão e Desenvolvimento Regional**, v. 10, n. 4, 2014, p. 4.

²⁵⁷ De fato, a teoria de North possui intrínsecas relações com a teoria sociológica. A configuração da teoria apresentada se deu no contexto da teoria econômica, onde Douglass North apresentou o conceito de instituições enquanto parâmetro de aferição de progresso econômico e social. Apesar disso, instituições podem ser configuradas como limitações postas ao longo da humanidade com o fim de “talhar” as interações humanas. Tais limitações podem ser entendidas como as regras com que se deparam os homens na forma de interagir. Deste jeito, podemos distinguir limitações formais, contidas na lei e na política de cada nação, e limitações informais, exemplificadas nos hábitos, costumes e tradições relevantes a cada sociedade. Tanto quanto pessoas como empresas atuam dentro desta trama quando agem como trabalhadores, consumidores ou investidores. Essas limitações podem ser melhor visualizadas como meios pelos quais os atores podem alternativamente realizar suas

das ações dos indivíduos em questões sociais, com base no enraizamento da teoria econômica nas relações sociais²⁵⁸.

Assim, quando utilizamos o recurso a um conceito que está comumente alinhado a análises quantitativas como o capital, percebemos que também o capital institucional partilha da característica de capacidade de quantificação²⁵⁹. Entretanto, é um conceito que pode ser estimado apenas, em função de não ser possível a determinação precisa por se tratar de um conceito imaterial, apesar de ressaltarmos as tentativas da econometria de assim o fazê-lo²⁶⁰.

Na abordagem que fazemos por parte da visão da ciência jurídica e em específico do pragmatismo jurídico “posneriano”, não propomos como objetivo da presente dissertação a realizar pesquisa de ordem quantitativa, mas de ressaltar sua influência na tomada decisória jurídica.

Nossa visão partiu do que já entendemos como capital intangível, em específico o capital institucional, acrescentando-se nesse raciocínio o pressuposto de influências extrajurídicas nas decisões dos juízes, principalmente quando falamos de interações institucionais entre os poderes. Dessa maneira, a análise compreendeu o capital institucional percebido em medidas de intensidade, ou seja, conforme uma qualificação “crescente/decrescente”.

interações. É preciso prevenir que, apesar de ter sido criticada, a concepção de North continua influente. CONCEIÇÃO, Octavio AC. A dimensão institucional do processo de crescimento econômico: inovações e mudanças institucionais, rotinas e tecnologia social. **Economia e Sociedade**, v. 17, n. 1, p. 85-108, 2016, *passim*.

²⁵⁸ ALBUQUERQUE, Gilton; CÂNDIDO, Gesinaldo Ataíde. A Intensidade do Capital Institucional numa Estratégia de Desenvolvimento Territorial Sustentável no Vale do São Francisco. **Revista Brasileira de Gestão e Desenvolvimento Regional**, v. 10, n. 4, 2014, p. 4-6.

²⁵⁹ Por exemplo, vemos pesquisas internacionais que analisam a quantidade de capital institucional em países a fim de avaliar os indicadores econômicos. “A maior parte da literatura sobre o impacto das instituições, em geral, e dos sistemas judiciais, em particular, sobre o crescimento baseia-se em regressões com *cross-sections* de países. O trabalho nessa área usualmente se fundamenta em modelos de convergência condicionada, nos quais toma-se por hipótese que países com baixo capital institucional – e, em particular, sistemas judiciais pouco eficientes – apresentam um PIB per capita de equilíbrio mais baixo e, como consequência, menores taxas de crescimento econômico (ver Barro, 1991; Barro e Sala-i-Martin, 1992, 1995). Muitos dos estudos iniciais na área usaram como *proxies* da qualidade dos sistemas judiciais e legais medidas de instabilidade política, ou, com menor frequência, a natureza do sistema político. A *rationale* subjacente a esses exercícios é dupla. De um lado, supõe-se que a instabilidade política reduza a segurança dos direitos de propriedade. Em particular, espera-se que os sistemas judiciais e legais de países envolvidos em guerras, revoluções ou outras formas de transição política violenta, estejam menos aptos a assegurar os direitos de propriedade do aqueles (sic) de países não expostos a essa sorte de eventos. De outro lado, supõe-se que os regimes democráticos sejam mais capazes de garantir os direitos de propriedade”. CASTELAR, Armando (Org.). **Judiciário e economia no Brasil**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2009, p. 31-32.

²⁶⁰ Algumas abordagens econométricas sobre o valor do capital intangível colocam sua mensuração como fator avaliativo da importância desse capital na administração de empresas. Para um interessante estudo sobre os impactos da crise imobiliária de 2000, cf.: CUMMINS, Jason G. *A new approach to the valuation of intangible capital*. In: **Measuring capital in the new economy**. University of Chicago Press, 2005. p. 47-72

De modo análogo, temos o estudo de Ribeiro sobre o capital institucional. Como já mencionado na introdução e na nota de rodapé 220 supra, não obtivemos acesso a sua investigação dissertativo sobre as relações entre o poder Judiciário, capital institucional e decisões contramajoritárias²⁶¹. Entretanto, a partir das exposições condensadas em artigo científico de Ribeiro²⁶², pudemos realizar algumas conclusões em conjunto com o aporte teórico supracitado sobre capitais intangíveis.

Assim, Ribeiro entende que para se exercer poder, é necessário um conjunto de bens que podem ser caracterizados como capital político, tal como o prestígio, popularidade, dinheiro, informação, entre outros, não se podendo realizar uma enumeração exaustiva de tais componentes. Quando menciona o capital político, entende que cada instituição possui um conjunto particular de bens correlacionados a sua função²⁶³.

No que concerne o poder Judiciário, este foi formulado como um dos ramos estatais que visam, precipuamente, a aplicação da lei estatal e a manutenção da ordem e do direito²⁶⁴. Contudo, ao estabelecer uma formulação de uma instituição superior que impusesse, por meio de suas decisões judiciais, o controle de constitucionalidade dos demais poderes, cremos que fora introduzido um elemento anômalo na clássica configuração do que entenderia a doutrina por jurídico e separação de poderes.

Esta última reflexão, é confirmada e constantemente repisada nos estágios atuais de estudo na doutrina jurídica, já constituindo precípua axioma da doutrina constitucional. Conformamos essa discussão para o próximo e último capítulo, onde discorreremos em pormenores.

Dessa forma, uma Corte Constitucional, tal qual o Supremo Tribunal Federal, se encontra enquadrada dentro de um desenho específico e institucionalizado governamental. Recobrando o exame da pesquisa de Ribeiro, este conclui ser o judiciário igualmente possuidor de um conjunto de bens que podem ser caracterizados como bens de capital.

²⁶¹ RIBEIRO, Pedro José de Almeida. **A Construção do Judiciário, o capital institucional e a quota de decisões contramajoritárias**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

²⁶² Idem. O conceito de capital institucional e suas características. In: SARMENTO, Daniel (org.). **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 311-348.

²⁶³ Ibidem, p. 316-322.

²⁶⁴ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?. **Revista USP**, n. 21, p. 12-21, 1994, p. 12.

Enumera, então, esses bens como a popularidade, o prestígio, a sua legitimidade e tradição. É dessa forma que este autor entende esses elementos como próprios de um capital que é denominador comum nas instituições: justamente o capital institucional²⁶⁵. Assim, esta forma de capital pode ser vista como uma espécie de moeda política, a qual o judiciário tem que manejar cuidadosamente, visto que não constitui um recurso infinito²⁶⁶.

Ribeiro compreende o capital institucional um “subconjunto específico do capital político”²⁶⁷. Entendemos contrariamente a tal autor, principalmente no que se refere ao capital institucional acumulado pelo Supremo Tribunal Federal.

Afirmamo-lo com base na aceitação geral da doutrina que o Supremo Tribunal Federal é um tribunal jurídico-político. Assim, como instituição governamental²⁶⁸, este possui o conjunto de bens próprios de uma instituição, mas também como ator político relevante no cenário brasileiro, o STF possui também a capacidade de acumulação de capital político.

O capital institucional decorre das interações (conflitos, cooperação e neutralidade²⁶⁹) com as demais instituições, da sua tradicionalidade no sistema estatal brasileiro e das funções de controle e ditame das “regras do jogo” social²⁷⁰, apesar de parcial e dependente da eficácia de suas decisões.

Mas, ao contrário do que assevera Ribeiro, o capital político consiste como um dos elementos do capital institucional. Ou seja, entendemos o capital institucional do Supremo Tribunal Federal como um capital intangível agregado, assim como o capital intelectual²⁷¹. Ele é constituído pelas especificidades institucionais comuns a cada instituição, como também é formado por capital humano, social e político. Entendemos que as considerações de capital

²⁶⁵ RIBEIRO, Pedro José de Almeida. O conceito de capital institucional e suas características. In: SARMENTO, Daniel (org.). **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 311-348, p. 316-322.

²⁶⁶ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 224 f. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 139.

²⁶⁷ RIBEIRO, Pedro José de Almeida. O conceito de capital institucional e suas características. In: SARMENTO, Daniel (org.). **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 311-348, p. 317.

²⁶⁸ Lembremos que a concepção de Douglass North apreende instituições tanto privadas como governamentais. CONCEIÇÃO, Octavio AC. A dimensão institucional do processo de crescimento econômico: inovações e mudanças institucionais, rotinas e tecnologia social. **Economia e Sociedade**, v. 17, n. 1, p. 85-108, 2016, p. 85.

²⁶⁹ Como adeptos na visão jurídico-pragmática, não acreditamos no valor neutralidade no judiciário, mas, sim, no valor da objetividade e apreensão ponderada dos fatos.

²⁷⁰ SOUTO, Cláudio; SOUTO, Solange. **Sociologia do Direito**: uma visão substantiva. 3ed. rev. aum. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 343 et seq.

²⁷¹ Mencionado na nota de rodapé 243.

político, como o capital de reputação enunciado acima por Lopez, de popularidade e aceno midiático da Corte, constitui elemento do capital institucional do Supremo Tribunal Federal.

Outro elemento de capital político, igualmente pertencente ao capital institucional é a legitimidade preconizada por Ribeiro, colocada sob o ponto de vista pragmático cotidiano, ou seja, considerada como nível de apoio popular que determinada instituição possui²⁷². Esse apoio pode ser chamado de apoio difuso ou índice de credibilidade²⁷³.

Dessa maneira, quando falamos do comportamento judicial, temos que “À medida que se distanciam do socialmente aceitável, elas corroem sua legitimidade e perdem espaço no jogo da separação de poderes. Elas decairiam no seu índice de credibilidade e se encolheriam”²⁷⁴. Como também afirma Jesse Choper, a quantidade de capital é finita, o que tornaria a Suprema Corte dos Estados Unidos (no exemplo posto por Choper) como uma instituição inócua para a defesa das liberdades individuais, caso o estoque de capital institucional se exaurisse²⁷⁵.

Para que passemos ao próximo item precisamos, inclusive, pronunciar o caráter relacional do capital institucional. Esse é um padrão utilizado para a mensuração²⁷⁶ do exercício de poder decisório relativamente às demais instituições do aparelho estatal. Assim, a compreensão é de que o capital institucional é uma grandeza comparativa. E no que concerne às decisões proferidas pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, estas serão analisadas pragmaticamente, com ponderações de exame de custos de perda e ganho de capital institucional²⁷⁷.

²⁷² RIBEIRO, Pedro José de Almeida. O conceito de capital institucional e suas características. In: SARMENTO, Daniel (org.). **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 311-348, p. 316-322.

²⁷³ Essa denominação nós vemos em MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 224 f. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. 193.

²⁷⁴ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 224 f. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 201.

²⁷⁵ Choper não utiliza o conceito de capital institucional, mas utiliza a expressão capital político na formulação da seguinte afirmação: “*More important, by removing one class of constitutional issues from judicial consideration, the Proposal would husband the Supreme Court's scarce political capital, and thus would enhance the Justices' ability to act in support of personal liberties*”. CHOPER, Jesse H. *The Scope of National Power Vis-a-Vis the States: The Dispensability of Judicial Review*. **Yale Law Journal**, p. 1552-1621, 1977, p. 1577.

²⁷⁶ Como já mencionado em na nota de rodapé 260. CUMMINS, Jason G. *A new approach to the valuation of intangible capital*. In: **Measuring capital in the new economy**. University of Chicago Press, 2005. p. 47-72.

²⁷⁷ RIBEIRO, Pedro José de Almeida. O conceito de capital institucional e suas características. In: SARMENTO, Daniel (org.). **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 311-348. p. 325.

3.3 A Aplicação da Análise Interdisciplinar sobre o Comportamento Judicial do STF: o Uso do Capital Institucional sob o Olhar Pragmático de Posner na Seara Constitucional

Conforme a reflexão feita no item anterior, argumentamos que a análise do capital institucional pode efetivamente exercer influência na tomada de decisões dentro das instituições. Isso se dá em especial verdade em relação às esferas dos três poderes da República brasileira. A avaliação de ingerências na ordem de cálculo de capital institucional conduz a instituição jurídica do Supremo Tribunal Federal para a seara do jogo político, em todo o seu caráter dinâmico e relacional.

A conexão com a teoria de Posner se faz através de sua concepção de maximização de riqueza por parte dos indivíduos, em sua versão abrandada, juntamente com as concepções de seu pragmatismo jurídico e avaliações sobre a racionalidade dos indivíduos na tomada de decisões.

Essa concepção se baseia na racionalidade do mercado e não de seus consumidores. Configura uma tentativa de elaborar (e testar) modelos comportamentais humanos para a previsão, dentro de uma margem de erro, dessas mesmas condutas. Assim, quando traduzida para a análise do direito, observa-se o escopo de tentar implementar uma ciência empírica que analise a estabilidade tanto das normas jurídicas como das instituições²⁷⁸. Dessa maneira, até a análise da qualidade do judiciário, no que tange a monta de capital institucional, é capaz de indicar índices de desenvolvimento em um país, como vemos a seguir:

O que há de novo na discussão sobre o mau funcionamento do judiciário é a percepção de que ele pode ter impactos significativos sobre o desempenho da economia. Esse reconhecimento se insere em um movimento mais amplo, que tem se caracterizado por um crescente interesse no papel desempenhado pelas instituições na promoção do desenvolvimento econômico (North, 1981; Olson, 1996). De acordo com a assim chamada “economia institucional”, as instituições estão entre os principais determinantes do crescimento econômico. Com efeito, segundo Scully (1988), países com boas instituições são duas vezes mais eficientes e crescem três vezes mais, em termos per capita, do que países pobres em “capital institucional”. Os sistemas jurídico e legal ocupam um papel de destaque entre as instituições que mais influenciam o desempenho econômico das nações, o que explica em parte o crescente interesse de advogados e economistas pelos temas cobertos pelo campo do direito e economia, como atesta o vertiginoso crescimento na quantidade de associações de “Law and Economics”²⁷⁹.

²⁷⁸ POSNER, Richard A. **Para Além do Direito**. Tradução: Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 20-21. Em escritos anteriores Posner tendeu a explicar o surgimento do direito por explicações teóricas da economia. POSNER, Richard A. **The Economics of Justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1983, p. 174-203.

²⁷⁹ CASTELAR, Armando (Org.). **Judiciário e economia no Brasil**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2009, p. V.

A supracitada “nova” análise já é divisada há muito na teoria de Posner, contudo, como já dito no tópico 3.1, a adoção do pragmatismo jurídico levou este autor a realizar uma abordagem muito mais condizente com a realidade, vez que a teoria “fundacional” do direito na maximização leva a conclusões anômalas que poderiam impactar negativamente a sociedade.

Entretanto, Posner não abandonou completamente as proposições econômicas. Detectou a utilidade em termos de tomada de decisão e análise de comportamento judicial, a economia se encontra muito bem preparada com este tipo de problemática por sua virtude de se ater a fatos²⁸⁰. Como ele mesmo afirma:

Não porque este é meu projeto, mas porque é um exemplo perfeito de aplicação da ética da investigação científica – pragmaticamente compreendida – ao direito. Longe de ser reducionista como pensam meus detratores, a economia é uma ciência instrumental por excelência²⁸¹.

Assim, de acordo com a teoria comportamental microeconômica, em “Problemas da Filosofia do Direito”, Richard Posner afirma que o pressuposto básico da formulação da análise econômica do direito é de que as pessoas são maximizadoras racionais de suas satisfações em quaisquer atividades que impliquem escolha. Assim, em todas as escolhas, pessoas tendem a realizar uma análise de custos e benefícios que impliquem em maximização de seus objetivos²⁸².

A ilação para o estudo de instituições é bem clara no presente caso. O presente trabalho afirma que em um processo de tomada decisional, o também realiza uma análise de custos e benefícios. Formados sobre a base epistemológica do pragmatismo de Richard Posner, ou seja, que, diante da impossibilidade, afirmada por Posner, de uma consistente sistematização do raciocínio moral como do raciocínio jurídico, o juiz constitucional faz também uma escolha²⁸³.

O capital institucional é o conjunto de bens necessários para que uma instituição exerça poder decisório com eficácia social. Tomando a Corte constitucional como parte do desenho institucional, concluímos então que o capital institucional (os custos e benefícios de sua maximização) faz parte das consequências a serem ponderadas dentro das possíveis escolhas que o julgador tem perante a conjuntura de cada caso.

²⁸⁰ POSNER, Richard A. **Para Além do Direito**. Tradução: Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 16.

²⁸¹ *Ibidem*, p. 16.

²⁸² *Idem*. **Problemas de Filosofia do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 473-474.

²⁸³ *Idem*. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2010, p. 277.

Os fatores que aumentam ou diminuem a quantidade de capital estocado variam conforme várias circunstâncias. As características que envolvem tal tipo de capital são dinâmicas e relativas. Uma vez que se modificam tanto no plano temporal, como no plano institucional. Sua quantidade é quase indeterminável, entretanto nota-se seu aumento/diminuição.

Por exemplo, através de um interessante estudo da postura do Supremo Tribunal Federal, Diego Arguelhes analisa que o ambiente logo após a democratização do Brasil, mais especificamente, nos primeiros anos da nova ordem constitucional, foi balizado por um grande movimento de constrição judicial, ao contrário do que ocorre atualmente²⁸⁴.

Este autor atribui tal conjectura a uma racionalização cautelosa por parte dos ministros, justamente em função da instabilidade do regime democrático do país. De maneira interessante, confere a causa ao posicionamento pessoal dos juízes que podem se constrianger a exercer uma postura de ativismo judicial (seja pleno ou excessivo). Busca reconhecer o autor que não só os costumeiros fatores externos à decisão judicial se aplicam, mas também seus respectivos fatores internos, como a vontade de agir ativamente²⁸⁵.

Interpretamos, entretanto, de modo ligeiramente diferente. Sim, os fatores internos sempre provocam diferenças no modo que o juiz toma as suas decisões, afinal cada um interpreta o peso de um princípio diferentemente e, dentro de uma comunidade heterogênea as chances de isso acontecer são maiores²⁸⁶. Entretanto, as Cortes constitucionais são formadas por grupos de pessoas, ou seja, um colegiado que decide sobre as questões constitucionais²⁸⁷.

O comportamento de instituição tem que ser visto coletivamente, e dentro da concepção de experiência coletiva de Holmes²⁸⁸ favorecemos uma análise com base em um movimento de racionalização de custos e benefícios. De maneira alguma queremos anular o poder individual do “querer” tal como descreveu Arguelhes. Todavia, enquanto construiu seu

²⁸⁴ ARGUELHES, Diego Werneck. Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel. (org.). **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 214-223.

²⁸⁵ Ibidem, p. 231-236.

²⁸⁶ CARDOZO, Benjamin Nathan. **A natureza do processo judicial**. Tradução: Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 1-25.

²⁸⁷ FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. Tradução: Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004, p. 10-16.

²⁸⁸ MENAND, Louis. **The metaphysical club**. Nova York: Farrar, Strass and Giroux, 2001. [Versão digital. Kindle].

exame no plano micro, consideramos, para a linha de raciocínio do presente trabalho, o plano macro.

A consolidação da democracia é um dos fatores, entre tantos outros, que permitem empoderamento das instituições. Dessa forma, vive-se, hodiernamente num contexto que identificamos como propício para a estocagem de capital institucional tanto pelas Supremo Tribunal Federal, como para as demais instituições. Essa quantidade já foi considerada reduzida em outros tempos e pode vir a se reduzir de novo. Assim coaduna-se com a afirmação

A qualidade do governo, garantia de liberdades civis e políticas dos indivíduos, direito de propriedade, democracia, sistema legal eficaz, e outras variáveis relacionadas com os conceitos de capital social e político, são elementos que denotam um ambiente institucional confiável para a sociedade²⁸⁹

O fortalecimento da autoridade dos tribunais possui uma série de explicações das mais diversas ordens, como a expansão do sistema do mercado, que demanda maior segurança jurídica por parte dos governos, que geralmente cedem no Legislativo em função de demandas “populistas e pouco eficientes, de uma perspectiva econômica”²⁹⁰.

Outra explicação é a do encolhimento dos sistemas Legislativo e Executivo frente à ineficiência em perpetrar a justiça material, constantes nos textos constitucionais contemporâneos; para a maioria da corrente constitucionalista, entretanto, o empoderamento do poder Judiciário se dá em razão das constituições rígidas²⁹¹.

Estas são providas com um sistema de controle de constitucionalidade e com um diferencial das constituições liberais anteriores, possuem intrínseca “desconfiança do legislador”, visto o déficit de capital institucional provenientes do Poder Legislativo, e recentemente com uma crise de legitimidade do Executivo, arrimados em um Judiciário que continuamente tem sido formulador de políticas públicas²⁹².

Toda vez que uma instituição decide contra outra instituição, inevitavelmente estará gastando o seu capital institucional, ou seja, estarão exercendo poder. Hamilton, ao falar do processo de julgamento de *impeachment* pelo Senado, já previa esse tipo de custo, afirmando

²⁸⁹ ARRAES, Ronaldo A.; BARRETO, Ricardo Candéa S.; TELES, Vladimir Kühl. Efeitos do Capital Social e do Capital Político no Desenvolvimento Econômico: Simulações para Países e Estados Brasileiros. **Análise Econômica**, v. 22, n. 41, p. 213.

²⁹⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**. v. 4. n.2. p. 441-464. São Paulo. jul./ dez. 2008, p. 442.

²⁹¹ BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: *algumas considerações sobre o caso brasileiro*. **Revista de Informação Legislativa**, v. 142, 1999, p. 39.

²⁹² VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**. v. 4. n.2. p. 441-464. São Paulo. jul./ dez. 2008, p. 443.

que se esse tipo de julgamento fosse realizado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, essa instituição se veria despida de seus pobres recursos políticos²⁹³.

Entretanto, atualmente o Judiciário encontra-se numa situação de empoderamento, já qualificada alhures pela literatura nacional, bem como estrangeira²⁹⁴, incluindo denominações como “Supremocracia”²⁹⁵, termo cunhado primeiramente por Oscar Vilhena Vieira, e suas variações²⁹⁶, mas sempre significante de ativismo judicial²⁹⁷.

Assim, o Judiciário tem adquirido nos últimos anos um estoque de capital institucional nunca antes visto. Ao falar sobre os fatores que podem ter levado a tal acumulação iremos utilizar dois estudos que concluímos suficientes para a explanação, uma vez que nosso intuito é tratar do posicionamento teórico acerca do modo de acumulação e gasto de capital institucional, tendo em vista o pragmatismo jurídico de Richard Posner e, em específico, a sua formulação atual do conceito de maximização de riqueza.

Primeiramente, trataremos da análise de Oscar Vilhena Vieira. Segundo o professor, existem quatro fatos marcantes que indicam o novo papel do Supremo Tribunal Federal dentro da sistemática política brasileira²⁹⁸.

O primeiro fato é aquele concernente ao posicionamento denominado “deferencial”, que Vilhena julga natural à natureza de uma instituição de Tribunal Constitucional. Essa postura respeitosa ao Legislativo se determina na aceitação por parte da Corte de que não é função essencial ao Judiciário inovar no ordenamento jurídico e, sim, dirimir as conflitualidades

²⁹³ Nenhum dos Federalistas atribuía grande poder à Suprema Corte, considerando-a continuamente como o mais fraco dos poderes, assim como fez Montesquieu. HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel editores, 2013. [Versão digital. Kindle]

²⁹⁴ Exemplos de uma vasta literatura. BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **(Syn) thesis**, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012; HIRSCHL, Ran. *The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide*. **Fordham Law Review**, v. 75, 2006, p. 727-728.

²⁹⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**. v. 4. n.2. p. 441-464. São Paulo. jul./ dez. 2008.

²⁹⁶ PAIVA, Paulo. **Juristocracia?**. pp. 499-528. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

²⁹⁷ Caracterizamos ativismo judicial conforme a definição de Barroso: como um posicionamento específico ao interpretar a constituição, um modo proativo na participação do Judiciário em concretizar valores inscritos na Carta Constitucional. BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **(Syn) thesis**, v. 5, n. 1, pp. 23-32, 2012, p. 25.

²⁹⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**. v. 4. n.2. p. 441-464. São Paulo. jul./ dez. 2008, p. 452.

existentes dentro do sistema. Por essa razão, deveriam privilegiar e respeitar a posição da instituição majoritária, que é o Legislativo²⁹⁹.

Esse posicionamento conflita diretamente com o de Posner que credita ao Judiciário, a capacidade de inovar visto que o ordenamento jurídico (incluindo-se aqui, principalmente, a Constituição) não possui capacidade de previsão em situações singulares. Quando o juiz tem de tomar uma decisão ele pode, sim, inovar no ordenamento jurídico, ponderadas as consequências práticas observáveis por este julgador³⁰⁰.

A afirmação de que juízes devem encontrar leis e não as fazer é tida por Posner como basicamente um *slogan* do formalismo que contribui para os ideais de previsibilidade e imparcialidade do sistema e encontram o seu valor pragmático a partir dessa assunção³⁰¹

Vilhena reporta, como exemplo, o julgamento acerca da inconstitucionalidade da Lei de Biossegurança (Lei n. 11.105/95³⁰²), a ADI n. 3510³⁰³, em especial à manifestação do atual min. Luís Roberto Barroso, (à época o advogado do *amicus curiae* – Movimento em Prol da Vida - MOVITAE). Na defesa da Lei n. 8.974/95, Barroso escolheu quatro tipos de argumentos para sustentar a sua fala. No que tange ao objeto de crítica e de trabalho do presente capítulo,

²⁹⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**. v. 4. n.2. p. 441-464. São Paulo. jul./ dez. 2008, p. 452.

³⁰⁰ POSNER, Richard A. **Problemas de Filosofia do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 374-376. De igual forma, CARDOZO, Benjamin Nathan. **A natureza do processo judicial**. Tradução: Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 10-16.

³⁰¹ Idem. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 48. Posner nessa citação se refere aos Estados Unidos, país no qual essa afirmação é sistematicamente verdadeira.

³⁰² BRASIL. Lei n. 11.105, 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1o do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei no 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória no 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5o, 6o, 7o, 8o, 9o, 10 e 16 da Lei no 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 24 mar. 2005. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm> Acesso em: 2 out. 2015.

³⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Ação Direta De Inconstitucionalidade. Lei De Biossegurança. Impugnação Em Bloco Do Art. 5a Da Lei Nº 11.105, De 24 De Março De 2005 (Lei De Biossegurança). Pesquisas Com Células-Tronco Embrionárias. Inexistência De Violação Do Direito À Vida. Constitucionalidade Do Uso De Células-Tronco Embrionárias Em Pesquisas Científicas Para Fins Terapêuticos. Descaracterização Do Aborto. Normas Constitucionais Conformadoras Do Direito Fundamental A Uma Vida Digna, Que Passa Pelo Direito À Saúde E Ao Planejamento Familiar. Descabimento De Utilização Da Técnica De Interpretação Conforme Para Aditar À Lei De Biossegurança Controles Desnecessários Que Implicam Restrições Às Pesquisas E Terapias Por Ela Visadas. Improcedência Total Da Ação. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510-DF. Procurador Geral da República e Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Ayres Brito. **DJe n. 96, 28 mai. 2010: Ementário nº 2403-1. Voto do Relator. Vencidos, parcialmente, em diferentes extensões, os Ministros Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso e o Presidente.**

iremos nos ater ao excerto do argumento a que Barroso denomina como o argumento institucional, a seguir:

“...o Supremo Tribunal Federal atua na defesa da Constituição e, portanto, pode invalidar atos dos outros dois poderes quando manifestamente inconstitucionais. Não se trata de o Supremo sobrepor a sua vontade política à vontade política do Parlamento, trata-se de verificar se a Constituição foi desrespeitada e aqui gostaria de chamar a atenção para dois pontos relevantes: o primeiro, como já assinalado, o Congresso Nacional por 96% do Senado e 85% da Câmara dos Deputados aprovou a lei com o apoio de todos os partidos políticos [...] todas as entidades científicas relevantes apoiam a lei e defendem as pesquisas [...]. Todos os órgãos de imprensa, inclusive em editoriais defendem a lei. A opinião pública, por mais de 75%, conforme a apuração do IBOPE, defende a lei. O Supremo Tribunal Federal, por evidente, é um tribunal soberano e, portanto, o Supremo Tribunal Federal não está subordinado ao que dizem essas instâncias. Mas o Supremo Tribunal Federal não é um tribunal para si próprio. **Ele é um tribunal, e desempenha muito bem este papel, que faz uma interlocução com os Poderes, uma interlocução com as instituições, uma interlocução com a sociedade.** Será possível que todas essas instâncias, todas essas instituições estão erradas e estão defendendo uma lei manifestamente inconstitucional? **Ou quem sabe, talvez, exista uma dúvida razoável à propósito dessa lei?** Se existir uma dúvida razoável, a decisão deve ser favorável a lei. **Portanto, a hipótese não é de manifesta inconstitucionalidade, a hipótese nem é de inconstitucionalidade. Mas seja como for, há de se convir que se tantas instituições sérias, dedicadas ao estudo e dedicadas ao direito, pensam assim deve haver uma dúvida razoável acerca dessa lei e, portanto, ela não deve ser declarada inconstitucional**³⁰⁴. [grifos nossos].

É possível que se identifique nesse pequeno trecho vários argumentos de cunho pragmatista, especialmente no pragmatismo jurídico de Richard Posner. Uma vez que reconhece a importância de dados empíricos de forma a sustentar a importância da mensuração das consequências intrínsecas à decisão que deveria ser tomada naquele contexto. Dessa forma, aponta a característica do reforço de legitimidade daquela decisão afirmando que “A opinião pública, por mais de 75%, conforme a apuração do IBOPE, defende a lei”, como também afirma a consolidação a falta de dissenso na aprovação da lei no que toca ao processo legislativo.

De acordo com Posner, o pragmatismo jurídico não possui substância, mas fornece algum suporte de considerações que devem ser colocadas pelo juiz no processo de tomada decisional. Assim, quando o material jurídico disponível em (no caso, as disposições constitucionais) não fornece maior direção em que caminho o juiz deve proceder, este deve passar a enumeração de certas reflexões relativas às consequências³⁰⁵.

³⁰⁴ **Células-tronco - Sustentação oral do Prof. Luís Roberto Barroso - Parte 1.** Sítio Eletrônico *You Tube*. Canal: Luís Roberto Barroso. Postado em: 20 ago. 2012. 17m. 09s. Son., Col., Sem legendas, Qualidade 240p. Sem narrativa. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=HYiPgoRmMLo>>. Acesso em: 2 out. 2015.

³⁰⁵ POSNER, Richard A. **Problemas de Filosofia do Direito.** Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 115-131.

Não seria demais reiterar que tais reflexões de consequências devem ser postas numa perspectiva sistêmica, como também podem ser restringidas pelos instrumentos de cognição à disposição do julgador (uma vez que este não é onisciente)³⁰⁶. Estes instrumentos podem ser tais quais as informações trazidas pelos advogados do caso (no sistema adversarial nos Estados Unidos, praticamente são as partes que trazem todos os argumentos que devem ser considerados dentro do caso³⁰⁷), o volume de informação a que o juiz tem acesso etc.

Mas uma consideração importante trazida por Posner é que o juiz, preferencialmente, deve dar ensejo à experimentação social³⁰⁸. Posner cita esse argumento ao falar do caso *Lochner v. New York*³⁰⁹ que determinou como inconstitucionais leis que limitassem os números de horas para trabalhadores, com base no princípio de livre contrato³¹⁰.

Posner censura a determinação da Suprema Corte americana ao reformar a legislação formulada pela política da Era Progressiva nos Estados Unidos, na qual o jurista atribui que deveriam ter se levado em consideração a determinação do Congresso, vez que os resultados ainda não poderiam ser avaliados, vez que a prática da legislação tinha sido colocada em prática³¹¹.

Reforçando, isso se dá em função do material jurídico não fornecer maior peso no suporte interpretativo para a determinação da questão, podendo, igualmente, pender mais para um lado que para o outro. Dessa maneira, repetimos o argumento do min. Luís Barroso: “Portanto, a hipótese não é de manifesta inconstitucionalidade, a hipótese nem é de inconstitucionalidade (..) deve haver uma dúvida razoável acerca dessa lei e, portanto, ela não deve ser declarada inconstitucional”³¹².

Esse argumento reafirma uma postura experimental que caracteriza o pragmatismo jurídico de Richard Posner. Caso existam impasses quanto à constitucionalidade ou não, não

³⁰⁶ POSNER, Richard A. **Para Além do Direito**. Tradução: Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 141.

³⁰⁷O sistema adversarial dos Estados Unidos propõe que as partes e seus respectivos advogados controlem como o caso irá proceder, no qual o juiz ocasionalmente interfere como mero árbitro. DELSON, Daniel A. **United States Law: an introduction for international students**. Edição do próprio autor, 2014. [Versão digital. Kindle].

³⁰⁸ POSNER, Richard A. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 91-100.

³⁰⁹ *Lochner v. New York*. 198 U.S. 45 (1905)

³¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6ed. rev. at. ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 174-187.

³¹¹ POSNER, Richard A. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2010, p. 245.

³¹² **Células-tronco - Sustentação oral do Prof. Luís Roberto Barroso - Parte 1**. Sítio Eletrônico *You Tube*. Canal: Luís Roberto Barroso. Postado em: 20 ago. 2012. 17m. 09s. Son., Col., Sem legendas, Qualidade 240p. Sem narrativa. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=HYiPgoRmMLo>>. Acesso em: 2 out. 2015.

poderia a Suprema Corte dos Estados Unidos, impedir a experimentação social, esta com base na introdução de novas leis que poderiam (ou não) implicar benesses para a comunidade na qual a Corte está inserida³¹³.

Devemos fazer uma ressalva que no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, temos um princípio interpretativo denominado Princípio da Presunção de Constitucionalidade. Explicar o princípio sucintamente. E ressaltar que ele constitui um fator intrinsecamente do ordenamento jurídico, entendido por nosso trabalho como um fato limitador da atuação jurisdicional. Mas que ainda assim a afirmação de Posner cria outro fator constritivo ao juiz pragmático, a experimentação social.

Repisamos, em virtude desse novo posicionamento (mais similar ao pensamento de Oliver Holmes Jr.³¹⁴), que o pragmatismo jurídico de Posner, não pode ser visto como um decisionismo arbitrário³¹⁵. Como mesmo Benjamin N. Cardozo já asseverou, os fins sociais devem ser os princípios pelos quais o juiz deve ser sensível às mudanças sociais, determinando ou não, na sua decisão, se o direito está acompanhando e se comportando de acordo com estas³¹⁶. É esse o posicionamento que Posner, em última análise, defende.

³¹³ Entretanto, Posner faz uma ressalva: “Isso não significa que os tribunais de vão se recusar-se a reconhecer um direito constitucional pelo simples fato de que tal reconhecimento minaria sua popularidade. Afinal de contas, os direitos constitucionais são a proteção contra a maioria democrática. Porém, como eu disse quando discutir o caso *Romer*, a opinião pública não deixa de ter certa relação com a tarefa de decidir determinado direito constitucional existe ou não. Aos juízes encarregados de reconhecer um novo direito constitucional, não basta consultar o texto da Constituição e a jurisprudência que trata de questões constitucionais análogas. Caso se trate de um direito totalmente novo (como seria o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo), o texto e os precedentes jamais determinarão uma conclusão. Os juízes terão de levar em conta questões políticas, empíricas, institucionais e de simples prudência. Uma delas é a receptividade do público a uma decisão que declara o novo direito. Outra, como afirmo que talvez tivesse sido a abordagem correta para a suprema corte nos primeiros casos sobre o aborto, é a viabilidade e desejabilidade de deixar o assunto em banho maria por certo tempo antes de pôr em Ação artilharia pesada de criação de direitos constitucionais. Que uma assembleia legislativa estadual ou mesmo um tribunal estadual ativista (mas com juízo eleitos e, logo, politicamente responsáveis) adote o casamento homossexual em um estado, e que o resto do país aprenda com os resultados desse experimento”. POSNER, Richard A. **A Problemática da Teoria Moral e Jurídica**. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 395-396.

³¹⁴ “*Holmes defends a judicial restraint in these economic themes, as to provide a social experimentation before judging its constitutionality*”. [Holmes defende a restrição judicial nestes temas econômicos, para proporcionar uma experimentação social antes de julgar sua constitucionalidade]. Tradução Livre. CATÃO, Adualdo de Lima. *Law and Economics, Consequentialism and Legal Pragmatism: the influence of Oliver Holmes Jr.* In: IVR World Congress Law Science and Technology, 25, 2011, Frankfurt/Main. **Conference Proceeding. Frankfurt am Main: Goethe-Univ., 2012. 045/2012, Series A**, p. 15.

³¹⁵ LIMA, Danilo Pereira. **Constituição e Poder: Limites da Política no Estado de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 120; STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 192.

³¹⁶ CARDOZO, Benjamin Nathan. **Evolução do direito**. Tradução: Henrique de Carvalho. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2004, p. 55-71.

O juiz pragmático ponderando toda essa argumentativa e significativa reflexão fatorial, realiza então uma análise de custos e benefícios para a instituição, como também os impactos gerados no seio da sociedade, ao prolatar uma decisão contramajoritária (como mesmo afirmou o ex-advogado e, agora, ministro Barroso), irá determinar um grande custo institucional ao Tribunal, caso não se ponha manifestamente a legislação como contrária aos fins sociais e à constitucionalidade³¹⁷.

Em rebate ao pronunciamento do advogado Luís Barroso manifestou-se contrariamente a min. Carmen Lúcia, posteriormente acompanhada pelo min. Marco Aurélio, afirmando a ministra que:

[...] no trânsito democrático das ideias amplamente divulgadas sobre o tema objeto da presente ação, devem ser perfeitamente interpretadas e acreditadas segundo as balizas que conduzem todos os julgamentos do Supremo Tribunal. A matéria que aqui se cuida é mais sujeita que o comum de quantas aquelas que são trazidas a este Supremo Tribunal aos “opinamentos” legítimos (que seja realçado) de todos e podem às vezes deixar de vislumbrar que a condução das ideias e definições desta Casa seguiriam, eventualmente, opções forjadas segundo fatores momentâneos externos. Por isso é que eu enfatizo que as manifestações sobre as ideias relativas à questão que a utilização das células-tronco embrionárias em pesquisa foram apresentadas são manifestações legítimas e desejáveis qualquer que seja a orientação daqueles que as apresentam. [...] **Entretanto, as manifestações momentâneas dotadas de profunda, reitero mais uma vez, legítima e compreensível emoção que envolve o tema e as suas consequências sociais, não alteram, não desviam (nem poderiam) o compromisso do juiz de se ater à ordem constitucional vigente e de atuar no sentido de fazê-la prevalecer, tendo em vista o objeto posto ao seu exame e a sua conclusão.** Por isso é que, diante de tudo o que foi dito, e amplamente divulgado, eu reitero que não é um dado meu, mas acho que de todo juiz brasileiro, o foro e a Constituição é a nossa bíblia, o Brasil é a nossa única religião. **Até porque no foro, cultua-se o direito, como diria Pontes de Miranda ‘assim é porque o direito assim quer e determina. O Estado é laico, a sociedade é plural, a ciência é neutra e o direito imparcial’.** Por isso como juiz tenho que me ater ao núcleo do que é a indagação constitucional posta neste caso³¹⁸ [grifos nossos]

Verifica-se no supracitado trecho do julgamento a utilização da retórica formalista quanto ao papel do juiz, a fim de firmar posicionamento acerca do poder do Supremo Tribunal Federal.

³¹⁷ “*there is a natural quantitative limit to the number of major, principled interventions the Court can permit itself ... A Court unmindful of this limit will find that more and more of its pronouncements are unfulfilled promises, which will ultimately discredit and denude the function of constitutional adjudication.*”. [há um limite quantitativo natural para o número de grandes intervenções, de princípio, que o Tribunal pode permitir-se. (...) Um Tribunal desatento a esse limite vai achar que mais e mais dos seus pronunciamentos são promessas não cumpridas, o que acabará por desacreditar e deduzir a função da jurisdição constitucional]. Tradução livre. BICKEL, Alexander M. **The Supreme Court and the idea of progress**. Yale University Press, 1978, p. 94-95.

³¹⁸ **17 28052008 ADI3510 MINISTRA CARMEN LUCIA 01**. Sítio Eletrônico *You Tube*. Canal: SupremoTube. Postado em: 10 jun. 2013. 23m. 04s. Son., Col., Sem legendas, Qualidade 240p. Sem narrativa. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Hzym7R8tS1E&index=25&list=PL_XLPQ0uqG-MoQYSxvdBio2GuPGcpsN3b>. Acesso em: 2 out. 2015.

É próprio do papel do STF decidir, em âmbito da sua competência constitucional, litígios políticos e, portanto, a utilização do discurso provém de outros fatores que não o caso em si, ou mesmo de uma crença dos ministros de que não constitui papel dessa corte. Referente discurso da min. Carmen Lúcia toma para si o papel do julgamento, afirmando que o juiz não pode deixar de decidir (argumento secular e inegável ao papel do juiz), mas se acotovela em meios hermenêuticos formalistas.

Esta afirmação remonta a necessidade de apontar que tal decisão, apesar de argumentar sobre a autonomia do direito, defendendo também a neutralidade da ciência, reafirma um discurso formalista (mais uma vez, no sentido posto por Posner) no judiciário³¹⁹. Apesar disso, não julga Posner que esse discurso seja decorrência direta das razões de decidir do juiz que assim argumenta.

Ou seja, o discurso formalista no direito não ajuda a tomada decisional, mas corrobora o índice de credibilidade da instituição em relação à população³²⁰, quando se utiliza do discurso de decisão “só e somente conforme ao direito e nada mais”. É por essa razão que a postura pragmática não se considera contrária à da decisão formalista, uma vez que essa se faz necessária em virtude de certos contextos, principalmente institucionais³²¹.

O pragmatismo jurídico, ao contrário do que possa parecer, valoriza a continuidade das normas jurídicas seja com decisões passadas seja com leis promulgadas, mas o fazem por um fundamento diferente do formalista ponto. O pragmatismo reconhece essa continuidade como valor social, enquanto que o formalista avalia tal situação como obediência ao *pedigree* da norma jurídica³²².

³¹⁹ POSNER, Richard A. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 89.

³²⁰ O interessante é que esse discurso formalista, caso seja observado o apoio popular, após a conclusão do julgamento, acaba por reforçar o capital institucional do Supremo Tribunal Federal. Entretanto, no caso acima, acreditamos que o capital institucional só decairia, uma vez que foi demonstrado, numa amostragem de curto prazo (ressaltando-se a obviedade de que não existe pesquisa de previsão do apoio popular ao longo prazo), a maioria populacional apoiava a legislação que se estava sendo questionada *in casu*, como demonstrado pelo min. Barroso.

³²¹ Como já afirmado supra, Posner não identifica formulação de conteúdo para a decisão pragmática. Sua atenção se desenvolve mesmo visão estratégica do juiz ao formular a sua decisão. Assim, mesmo afirma que o pragmatismo jurídico “não é sempre e em todo lugar a melhor abordagem à lei”. Porém as alternativas postas ao pragmatismo jurídico, pelo menos no contexto norte-americano, não lidam com a diversidade de moralidade e noções políticas, ou seja, com uma comunidade heterogênea. POSNER, Richard A. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 73. Cremos que esse posicionamento, apesar de Posner fazer questão de não ser universalista na análise, possui certa medida de repercussão na sociedade heterogênea que vivemos, principalmente com o veloz desenvolvimento da comunicação e tecnologia, como também o forte sentimento globalizante que vive o Ocidente.

³²² POSNER, Richard A. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 55.

Além disso, Posner contextualiza que diferentes sistemas podem se colocar mais ou menos propensos à aceitação de posturas ativistas de juízes³²³. Exemplifica então com a consideração de que nos sistemas europeus os juízes normalmente são considerados mais formalistas que os americanos³²⁴.

Isso se dá em função dos sistemas europeus judiciais e de governo serem construídos com base em um projeto que limite o arbítrio judicial, sem contar que o Judiciário é uma carreira e, portanto, são os juízes seguidores de burocracia e regras de promoção decidem diferentemente. Outro fato chamado à atenção por Posner, é de que os tribunais são mais especializados e que isso, geralmente, acarreta em maior homogeneidade de pensamento quanto a premissas analíticas e decisórias, fazendo o maior uso de procedimentos lógicos formais que de costume³²⁵. E cremos que é exatamente o que acontece no Judiciário no Brasil.

Entretanto, cremos que quando tratamos de jurisdição constitucional, as bases jurídicas se limitam em virtude da generalidade dos termos dos textos constitucionais, bem como a característica intrínseca de tais textos serem contenedores de disputas substanciais de direitos irreconciliáveis³²⁶. Dessa forma, o juiz constitucional se vê obrigado a preencher lacunas, dificuldades e erros que podem ser atenuados, ou seja, sempre há uma interpretação a ser feita em questões de direitos constitucionais. E esse processo vai além da busca e comparação com casos anteriores e materiais jurídicos.

É característico do Direito Constitucional bem como das decisões constitucionais a ausência de um propósito orientador em virtude da ambiguidade e imprecisão dos termos do texto constitucional como também se vislumbra no texto valores intrinsecamente contraditórios³²⁷.

³²³ No Brasil, o poder Judiciário é profundamente conservador, e muito mais quando se diz respeito ao princípio da separação de poderes. No tocante ao controle dos atos do Poder Público, encontra-se grande resistência ao controle jurisdicional, dando “amplo espaço de atuação autônoma, discricionária, onde as decisões do órgão ou do agente público são insindicáveis quanto a sua conveniência e oportunidade”. KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle difuso no Brasil e na Alemanha**: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 87. Discutiremos mais sobre o posicionamento do Judiciário brasileiro no próximo capítulo ao tratarmos da trajetória da separação de poderes no Brasil.

³²⁴ POSNER, Richard A. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 72-74.

³²⁵ *Ibidem*, p. 72-74.

³²⁶ LEVI, Edward H. **Uma introdução ao raciocínio jurídico**. Tradução: Eneida Vieira Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 74-83.

³²⁷ De igual maneira temos: “*Constitutional texts are often representing diferente political views and this is the reality of Brazilian Constitution*”. CATÃO, Adrualdo de Lima. *Law and Economics, Consequentialism and Legal Pragmatism: the influence of Oliver Holmes Jr.* In: **IVR World Congress Law Science and Tecnology**, 25.,

Outra problemática inerente às decisões constitucionais é que geralmente as consequências decorrentes da decisão do caso são geralmente amplas e por muitas vezes acabam por suplantar o propósito do texto instituído. Dessa forma, a ambientação constitucional fornece um objetivo ainda maior para a decisão³²⁸.

Primeiramente, iremos falar das categorias jurídicas como insuficientes da mensuração do fenômeno da interação institucional. Posner é conhecido na doutrina norte-americana por representar oposição aos pensamentos de Dworkin acerca da interpretação do direito³²⁹. Simplificando a discussão³³⁰, Dworkin acredita que a teoria moral produz suficiente aparato teórico de guia para o magistrado e, assim este deve encontrar a resposta correta para casos difíceis. Posner, longe disso, afirma que a teoria moral tem poder persuasivo, mas não normativo-diretivo para o conteúdo da decisão judicial. Sua visão, como já reafirmamos, é eminentemente procedimentalista³³¹.

A questão é que a visão pragmatista de Posner não aceita a possibilidade de sistematicidade do raciocínio moral e até jurídico, uma vez que para acreditarmos que uma regra social ou jurídica bem fundamentada é necessário que ofertamos uma boa fundamentação para tanto³³².

A existência do dissenso em questões polêmicas, segundo as teorias chamadas por Posner de analíticas, é atribuída à falta de sua racionalização e sistematização, segundo a razão dada por esses teóricos³³³. Não existe fundamentação para as chamadas “questões-limite”,

2011, Frankfurt/Main. Conference Proceeding. Frankfurt am Main: Goethe-Univ., 2012. 045/2012., Series A., p.7. O mesmo encontramos em Cooter: “As constituições são necessariamente gerais e vagas, de modo que sua interpretação é especialmente problemática”. COOTER, Robert; Thomas Ullen. **Direito & Economia**. 5ed. Tradução: Luis Carlos Sander, Francisco Araujo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 78.

³²⁸ POSNER, Richard A. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 53.

³²⁹ Ampla discussão é encontrada em artigos diretamente formulados em resposta às afirmações de Dworkin. Cf. POSNER, Richard A. *Conceptions of legal “theory”: A response to Ronald Dworkin*. **Arizona State Law Journal**, v. 29, p. 377-388, 1997; POSNER, Richard A. *A reply to some recent criticisms of the efficiency theory of the common law*. **Hofstra Law Review**, v. 09, p. 775-794, 1981.

³³⁰ Precariamente, em virtude do amplo escopo de considerações que decorreriam das animosidades entre o interpretativismo de Dworkin e o pragmatismo de Posner. Cf.: FRAGA, Juliana Machado; VOLPATO, Luana Figueiró Silva. Breve análise sobre o embate entre o interpretativismo de Ronald Dworkin e o pragmatismo de Richard Posner na construção da decisão judicial. **Barbarói**. Santa Cruz do Sul, n.42, p. 103-120, 2014.

³³¹ POSNER, Richard A. **A Problemática da Teoria Moral e Jurídica**. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 378-383.

³³² POSNER, Richard A. **Para Além do Direito**. Tradução: Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 203.

³³³ Mas nenhuma das armas do arsenal do filósofo analítico ou do especialista em raciocínio jurídico conseguirá, ou deveria conseguir, demover uma pessoa para quem o feto é um ser humano e o abortista, um assassino. Nem por isso valem menos. O melhor estudo que conheço sobre as posturas públicas diante do aborto identifica uma

como por exemplo as questões morais. A razão não atua, ou pouco atua, nesse âmbito³³⁴. Para Posner, o nosso raciocínio é elaborado a partir de nossas crenças elementares e não para estabelecê-las³³⁵.

E é nesse sentido que o jurista afirma que muitas de nossas regras, seja de cunho social ou jurídico, são fundadas principalmente no consenso formado na sociedade³³⁶ e que tais consensos são criados através das forças políticas na sociedade³³⁷. Entretanto, quanto maior o grau de heterogeneidade, maior a capacidade de os indivíduos entrarem em conflito e, assim mais fácil fica para os juízes colocarem suas questões sob o conteúdo moralizador. Proporcionando maior amplitude discricionária para o julgador, assim:

Quando o juiz chega a um impasse epistemológico e, por necessidade, fundamenta suas decisões, ponderadamente ou não, em algum princípio ético ou político, ou na opinião pública, ou em qualquer coisa do gênero, é pouco provável que ele tenha conseguido fugir da indeterminabilidade. A pergunta interessante que então se coloca é: que acidente de psicologia, de história pessoal ou circunstância social o terá levado a adotar um princípio social ou político em vez de outro? A heterogeneidade jurídica do país reflete sua heterogeneidade moral. (...) O juiz de um caso difícil é mais um formulador de políticas públicas.³³⁸

Dessa maneira, Posner afirma que o problema de utilização de palavras como justiça e igualdade é que ambas não possuem um significado definido. O que Posner realmente quer fazer compreender é que o direito no nível judicial se conforma basicamente no plano retórico da linguagem. Avalia, então, que quando os julgamentos possuem forte teor moral ou de forte conotação perante a opinião pública, noções como justiça, igualdade social, liberdade etc. se tornam bandeiras moralizadoras dentro de um discurso retórico. Para Posner, não são problemas graves, mas sim riscos ocupacionais da própria tomada de decisão³³⁹.

Uma vez que afirmamos que o juiz está dentro de um contexto decisório, pode escolher utilizar um discurso ou outro para proclamar o resultado. Ou seja, as teorias normativas,

série de fatores que influenciam essas posturas, incluindo-se a figura do líder carismático, a propaganda e as experiências pessoais. **O debate intelectual não está entre esses fatores.** [grifos nossos]. POSNER, Richard A. **Para Além do Direito.** Tradução: Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 201.

³³⁴ POSNER, Richard A. **Para Além do Direito.** Tradução: Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 203.

³³⁵ Ibidem, p. 203.

³³⁶ Ibidem, p. 203.

³³⁷ “O que é consenso político senão um termo polido para a vontade do mais forte? Do mesmo modo, o que são os juízes que proferem sentenças ‘objetivas’ senão pessoas que deduzem as implicações das relações de poder na sociedade?”. Idem. **Problemas de Filosofia do Direito.** Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 169.

³³⁸ Ibidem, p. 175.

³³⁹ POSNER, Richard A. **Direito, Pragmatismo e Democracia.** Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 52.

principalmente as constitucionais, por conterem conceitos deveras abstratos, de cunho moral, não podem ser tidas como escolhas racionalizadoras e, por consequência, servirem como limitadoras do comportamento judicial. Tais escolhas morais são, sim, escolhas consideradas.

É por essa razão que afirmamos que caso uma Corte Constitucional não se constranja com as teorias analíticas, de tentativas de racionalização, seja em níveis abstratos seja em níveis procedimentais³⁴⁰, consubstanciada está a análise de Mendes, afirmando que a política, formal ou informal, é que irá servir de fator constritor das decisões³⁴¹.

Posner, em similar posicionamento, crê que o melhor método é a investigação dos fatos, buscando-se além dos valores enunciados, testando sua coerência através de casos hipotéticos dentro do âmbito semântico das proposições. O julgador deveria procurar informações empíricas mais precisas e inquisitivas, procurando clarificar as ideias sobre o caso³⁴².

Mas ressalva: “Apenas a força maior é capaz de impedir os juízes de dar asas a seus valores políticos e pessoais quando isso é o que eles querem fazer”³⁴³. É por essa razão que concordamos com Posner na seara constitucional, quando afirma que as teorias prescritivas de direito constitucional, baseadas em princípios não serão fator constritor para o juiz que decida julgar o caso politicamente.

O que não significa que Posner rechaça o uso de teorias de forma radical, elas podem ser usadas para justificar e legitimar o discurso, como já dito no item 2.3. O pragmatismo jurídico “posneriano” só acredita, todavia, que a teoria não é capaz de impedir o julgamento político-intencional por parte do juiz. Mas que, efetivamente, serão os fatores externos aqueles capazes de modificação do comportamento do juízo político do julgador.

É por essa razão que defendemos a análise do capital institucional, que irá proporcionar melhor previsibilidade do comportamento da jurisdição constitucional, em contraponto aos argumentos unicamente jurídicos. Uma vez que o capital pode aumentar, mas não é inversamente infinito. A partir de certo ponto, caso verificada a diminuição significativa do

³⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. v.1. 2ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 241-276.

³⁴¹ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 224 f. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 188.

³⁴² POSNER, Richard A. **Para Além do Direito**. Tradução: Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 206.

³⁴³ *Ibidem*, p. 207.

capital institucional, os juízes não teriam mais capacidade de exercer poder, ou seja, de fazer com que suas decisões tenham eficácia social³⁴⁴.

É por essa razão que acreditamos que a ciência política, depois de um longo tempo de concentração em outros objetos, passou a se ocupar da observação que o papel do Direito agora exerce em nossa sociedade³⁴⁵. Em especial, o Supremo Tribunal Federal passou a ser objeto privilegiado de longas análises quer seja pela ciência política, quer seja pela ciência do direito³⁴⁶.

Nesse esteio, é pela análise pragmática que observamos a possibilidade de melhor acuidade na previsibilidade do comportamento do Supremo Tribunal Federal e, conseqüentemente, da jurisprudência constitucional. A defesa que se faz é pela quebra do paradigma da assunção de lucidez que hipoteticamente proporcionam as teorias do direito à tomada de decisão judicial.

Devemos optar não só pela utilização do capital institucional, como também de um vasto aporte teórico interdisciplinar à disposição do direito. O Supremo Tribunal Federal como instituição do poder Judiciário não se encontra tão isolada quanto pretende da política. Igualmente, Conrado Hübner Mendes estabelece três proposições formuladas pela ciência política empírica sobre a questão do comportamento judicial. Assim:

(i). A corte é politicamente sensível e testa, de modo interrupto, o espaço que pode ocupar na separação de poderes a partir do cálculo da resposta potencial dos outros poderes às suas decisões, e de sua força e capacidade para resistir; (ii) a separação de poderes é um fenômeno dinâmico, e uma norma jurídica abstrata não tem como descrever ou capturar essa constante redistribuição de fronteiras; (iii) em paralelo a essa interação, a própria legitimidade de cada participante do jogo também oscila, e tal oscilação é responsável, inclusive pelo espaço maior ou menos que o poder irá ocupar no arranjo das forças³⁴⁷.

Afirma o prof. Mendes que tais considerações implicam em desmistificação da independência judicial³⁴⁸, reformulando o corpo judiciário como plenamente suscetível de interpolações com os outros poderes e suas respectivas instituições.

³⁴⁴ RIBEIRO, Pedro José de Almeida. O conceito de capital institucional e suas características. In: SARMENTO, Daniel (org.). **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 311-348, p. 348.

³⁴⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**. 4 (2). jul./ dez. 2008. São Paulo. p. 441-464. p. 443.

³⁴⁶ Cf.: VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. **Tempo Social**, v. 19, n. 2, p. 39-85, 2007.

³⁴⁷ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 224 f. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 182.

³⁴⁸ *Ibidem*, p. 182.

Dessa maneira, as medidas de equilíbrio dos poderes variam conforme o contexto político, histórico e, para o objetivo da presente dissertação, institucional. Essa ondulação pode ser competentemente explicada com base em uma análise econômica do direito. Tal análise complementa a definição de capital institucional e sua influência no comportamento judicial constitucional.

O pragmatismo jurídico em Posner é uma investigação do direito com um viés interdisciplinar. A teoria econômica é a que considera prática e instrumental “por excelência”, entendendo que o enfoque é realista, vez que consiste em um modelo do comportamento humano, tal como observado empiricamente. É uma tradução de um raciocínio prático ligado a meio e fins³⁴⁹.

4 REAÇÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ÀS INTERAÇÕES ENTRE PODERES: SEPARAÇÃO DE PODERES E OSCILAÇÕES INSTITUCIONAIS

Segundo Posner, a separação de poderes tem dois aspectos. Um aspecto óbvio que é o aspecto institucional e processual, que separa os poderes e afirma um Judiciário independente, fazendo com que os juízes sejam aptos a tomarem decisões sem interferências ou retribuições dos outros oficiais³⁵⁰. Igualmente, existe o aspecto que Posner chama de dúbio.

Este aspecto diz respeito ao argumento de que juízes não criam leis, uma vez que essa é uma prerrogativa do Legislativo, e somente poderiam aplicá-las. Ressalva Posner que a

³⁴⁹ POSNER, Richard A. **Para Além do Direito**. Tradução: Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 16.

³⁵⁰ Esse aspecto tem principal contribuição da doutrina de separação de poderes dos Federalistas que frisaram a questão da independência funcional dos poderes no âmbito individual, seja financeiro como também motivacional, como será mencionado adiante.

própria legislação constitucional, é produto da criação dos juízes da Suprema Corte “como subproduto de interpretação livre de texto constitucional”³⁵¹, afirmando que ao interpretarem a Constituição e as leis os juízes mesmos constroem muito do que supostamente aplicam³⁵².

Não obstante, o intuito do presente capítulo é problematizar o aspecto óbvio, ou seja, o aspecto institucional como também digno de interpretação dúbia, tendo em vista a influência mútua dos poderes entre si, decorrendo da utilização do capital institucional produzido a partir do papel do Supremo Tribunal Federal no sistema político brasileiro.

Para que se possa determinar, então, como a atuação das do Supremo Tribunal Federal compõe a delimitação do desenho institucional do Estado brasileiro, é necessário que se busque as origens da distribuição funcional do poder e se pergunte o papel exercente, nos dias atuais, do dogma da separação dos poderes que dela se desenvolveu. É o que esse capítulo abordará.

4.1 A Separação de Poderes como Fundação do Desenho Institucional do Estado

O Estado é uma das ideias, no que tange à teoria política, que sempre consubstanciou uma necessidade explicativa por parte do ser humano. Dessa maneira, desde a Antiguidade até os dias atuais, procurou-se dar explicação à forma de surgimento do Estado, da sua constituição e da sua legitimidade, para citar somente algumas problemáticas³⁵³.

Dessa forma, como se deu a formação do Estado, quem é titular do poder, a quem o delegou e como deve se organizar são demandas essenciais quando tratamos do desenho institucional do Estado. Ainda que se admita, majoritariamente, que o surgimento do Estado provém da necessidade própria de organização do ser humano para a sua sobrevivência, não é possível somente a partir deste ponto fazermos todas as ilações necessárias às modificações do mesmo³⁵⁴.

³⁵¹ POSNER, Richard A. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 48.

³⁵² Posner argumenta que a própria ideia da *Common Law* já demonstra que não é bem assim. Tanto o direito americano como o direito inglês possuem suas raízes na estrutura da *Common Law*. Apesar de que, com a evolução do sistema jurídico em cada um dos países, os dois sistemas legais se distanciaram, é importante ressaltar a sua visão do direito é basicamente jurisprudencial. As leis promulgadas pelo Legislativo somente são consideradas como assimiladas se os tribunais se manifestarem sobre elas por meio de um caso concreto. Ao pensar em normas jurídicas que devem ser obedecidas, os americanos (e também os ingleses) seguem o padrão de referência a decisões judiciais e não a leis (*statutes*). DAVID, René. **Os grandes sistemas de direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 448-474.

³⁵³ FRIEDE, Reis. **Curso de Ciência Política e Teoria Geral do Estado: teoria constitucional e relações internacionais**. 4ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 32-45.

³⁵⁴ *Ibidem*, p. 10-11, 35 et seq.

É necessário que aqueles que estão no poder encontrem uma fórmula e determinem um modelo estatal, ainda que proveniente de conflitos ou consensos. Malgrado tal determinação do modelo de Estado provenha, conforme os testemunhos da história³⁵⁵, de origens conflituosas, a sua idealização necessariamente não precisa que assim o seja. É por essa razão que a Filosofia Política (sem esquecer, todavia, para as áreas correlatas) vêm há muito exercendo o seu papel em provocar a maturação do pensamento político na sociedade, prescrevendo, em seus clássicos, o modelo ideal de Estado.

Com a crescente complexidade da sociedade, demandou-se por aparelhos estatais mais complexos e assim se iniciou a determinação de áreas, funções e competências de cada necessidade a ser cumprida por parte dos cidadãos pertencentes a determinado Estado. Toma-se como exemplo o nascimento dos ofícios e a conseqüente profissionalização de atividades como a pesca, a agricultura e artesanato³⁵⁶.

Igualmente no que concerne à organização do Estado e o seu funcionamento, a criação de funções do mesmo, bem como a determinação da repartição de funções se deu pela necessidade ou pela criação dessa necessidade por meio da Filosofia Política. Ou seja, assume-se aqui que a distribuição de funções poderia se dar tanto pelas demandas da própria vida prática e pelos fatos históricos, tanto pela teorização acerca da excelente forma de governar e/ou estruturação estatal que veio a influenciar homens poderosos ou que vieram assumir o poder³⁵⁷.

Dessa maneira, desde a concepção do Estado Moderno até o Estado contemporâneo diversas teorias dentro da Filosofia Política, como já dito, procuraram estabelecer a verdadeira e/ou melhor estruturação do Estado e, por conseqüência, do poder³⁵⁸.

Assume-se, para o presente trabalho, que a separação de poderes se manifestou por duas formas, ambas conectadas e inter-relacionadas, a forma teórica e a forma prática³⁵⁹. Dessa maneira, temos a forma teórica, proveniente dos filósofos iluministas, que foi o ponto de inspiração para muitos revolucionários, como os franceses e norte-americanos, mas que, por

³⁵⁵ Nesse quesito da formação do Estado temos as revoluções francesa e americana, sem mencionar as disputas internas que sempre permearam os bastidores do poder e os questionamentos centrais dos filósofos políticos acerca da legitimidade da autoridade. Cf.: BIRD, Colin. **Introdução à Filosofia Política**. Tradução: Saulo Alencastre. São Paulo: Madras, 2011, p. 167-188.

³⁵⁶ FRIEDE, Reis. **Curso de Ciência Política e Teoria Geral do Estado**: teoria constitucional e relações internacionais. 4ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 37-38.

³⁵⁷ No que se refere aos movimentos históricos, podemos citar por exemplo, a revolução gloriosa e quanto às inspirações teóricas temos a inspiração iluminista na formulação do Estado Francês pós-revolucionário.

³⁵⁸ Cf.: SADEK, Maria Tereza. Quirino, Celia Galvão. **O Pensamento político clássico**: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau. 2ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

³⁵⁹ Na acepção que adotamos, entende-se a forma prática do princípio da separação de poderes como os modelos e fórmulas de exercício do poder e das próprias constituições do estado, durante as muitas modificações realizadas ao longo do tempo e de todas as regiões.

sua vez, foram inspiradas em modificações perpetradas em algumas nações, como a Inglaterra³⁶⁰.

Desta feita, é necessário por em ênfase alguns posicionamentos da Filosofia Política, vez que foram essenciais para a construção do desenho institucional do Estado como conhecemos hodiernamente. Assim, para fins de delimitação do espaço dedicado à essa apresentação, nos focamos em modelos que ainda reverberam na separação de poderes e são entendidos como seus clássicos idealizadores³⁶¹.

Essas ideias, de feição liberal, estão compreendidas nos filósofos John Locke e Charles de Secondat, este último conhecido como Barão de Montesquieu. Importante salientar que a teoria de Locke, ao contrário de Montesquieu³⁶², também densificou a coluna que se compreende na filosofia, como a dos filósofos contratualistas. Tal definição se baseia na tentativa desses filósofos em elucidar a origem do Estado com base na formação de um contrato social³⁶³.

Deve-se ressaltar, que este raciocínio, primeiramente formulado por Thomas Hobbes em sua obra *Leviatã*, se sustenta na concepção metafórica de um contrato, com o intuito precípuo de se explicar que o Estado é fruto de uma concepção de racionalidade humana. Assim, os seres humanos viviam em um estado de natureza, sendo esta uma denominação comum na filosofia contratualista, para o estado em que vivia o homem antes de se existir o Estado³⁶⁴.

³⁶⁰ CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao Direito Constitucional Ocidental**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 133-159.

³⁶¹ GROHMANN, Luís Gustavo Mello. A separação de poderes em países presidencialistas: a América Latina em perspectiva comparada. **Revista de Sociologia e Política**, v. 17, p. 75-106, nov. 2001, p. 78.

³⁶² A visão de Montesquieu era vista mais de uma perspectiva orgânica que contratual, pois enfatizou o governo misto, com base no equilíbrio das várias partes do corpo político. BELLAMY, Richard. *The political form of the constitution: the separation of powers, rights and representative democracy*. **Political Studies**, v. 44, n. 3, p. 436-456, 1996, p. 446.

³⁶³ Juntamente com Hobbes e Rousseau. BIRD, Colin. **Introdução à Filosofia Política**. Tradução: Saulo Alencastre. São Paulo: Madras, 2011, p. 81-109. Para maior aprofundamento na teoria contratualista de formação estatal. Cf.: MALMESBURY, Thomas Hobbes de. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Tradução: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf>. Acesso em: 13 mai. 2015; ROUSSEAU, Jean Jacques. **O contrato social**. Tradução: Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2007; LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o governo**. Tradução: Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

³⁶⁴ MALMESBURY, Thomas Hobbes de. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Tradução: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf>. Acesso em: 13 mai. 2015.

E em Hobbes, esse estado de natureza era um estado de extrema insegurança (para Locke também o era, mas em uma medida mais positiva que na obra de Hobbes³⁶⁵) e por essa necessidade de segurança e paz que os seres humanos concordaram e passar todos os seus direitos naturais a um soberano para que este desempenhasse o papel da ordem. Essa era a outra necessidade da construção de Hobbes: a de tentar suplantar a barbárie (ainda que teoricamente) da época que vivia, legitimando o Estado Moderno Absolutista³⁶⁶.

Ainda que possamos vislumbrar uma guinada contrária ao desejado por Hobbes, ou seja, o fim do estabelecimento do poder absolutista e por isso a necessidade de desconcentração de poderes em um só soberano para outros seres soberanos, a formulação lockeana ainda segue os padrões da filosofia do contrato social. Isto é, de que os humanos decidiram, por vontade própria e de comum acordo, estabelecer o Estado com o fim precípua de se protegerem³⁶⁷.

No que se refere a Montesquieu, vemos que este autor possuía como uma de suas influências, justamente as teorias contratualistas, apesar de não ter seguido a sua mesma formulação básica. No entanto, no início de sua obra, vê como necessária a atenção à natureza do homem e a existência de leis antes da vida em sociedade, mas que como doutrinado nos clássicos e muito de sua obra possui referências a Aristóteles, é possível que não via razão para não ser o homem um “animal político”, ou seja, um ser que necessita da vivência em sociedade³⁶⁸.

Ambos, apesar de seus diferentes contextos, de suas diferentes influências e metodologias teóricas, encontram a sua similaridade quando pretendem distribuir os poderes, sejam eles determinados por uma abstração contratualista ou por desenvolvimento histórico, com a finalidade de conceber ao cidadão do Estado o exercício de sua liberdade.

A separação de poderes é vista como essencial na teoria política de ambos e, por isso, são compreendidos como os artífices dessa ideia. Dessa forma, para compreender o estágio que se encontra o princípio da separação de poderes, se deve atentar para as nuances entre esses

³⁶⁵ REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da Filosofia**: do humanismo a Kant. v. 2. 2ed. São Paulo: Paulus, 1990, p. 525.

³⁶⁶ MALMESBURY, Thomas Hobbes de. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Tradução: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf>. Acesso em: 13 mai. 2015.

³⁶⁷ BIRD, Colin. **Introdução à Filosofia Política**. Tradução: Saulo Alencastre. São Paulo: Madras, 2011, p. 83.

³⁶⁸ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2014, p. 47-49.

dois pensadores e localizá-los dentro de seu contexto histórico, bem como estabelecer a necessidade de tais construções à época³⁶⁹.

Os acadêmicos da separação de poderes, segundo a concepção adotada pela Constituição dos Estados Unidos e os Federalistas, geralmente caracterizam a instituição da separação de poderes como criadora de um governo com instituições separadas com poderes compartilhados³⁷⁰.

Por exemplo, no sistema presidencialista, Grohmann considera os poderes como realmente separados no que diz respeito à origem e a sua organização, entretanto no que concerne às ações dos mesmos, procura garantir a mútua checagem, implicando assim em uma sobreposição de poderes e não separação. Seriam assim “corpos separados e poderes compartilhados”³⁷¹.

A separação de poderes surge como uma confluência de teoria e prática. A reflexão sobre esse instituto se torna importante mediante as demandas democráticas, a progressiva mudança no tratamento nas questões de direitos humanos fundamentais e a rápida circulação de informações.

Essas demandas exigem um incremento nas formas institucionais de decisão sem, contudo, desmerecer as funções que o princípio da separação de poderes ainda exerce na formulação do desenho institucional. Não obstante as novas experiências que dizem respeito à participação popular na formulação de decisões políticas, como também jurídicas³⁷².

Todo esse dinamismo e preocupação com a democracia e a força de nossas instituições democráticas tornam a questão dos limites ao exercício do poder fundamental. Uma vez que a separação de poderes foi dos princípios-mestres na construção do desenho institucional dos Estados democráticos. Por essa razão examinamos no próximo tópico, a trajetória da doutrina da separação de poderes no âmbito teórico como no prático, abordando seu estágio atual e sua influência na formação do desenho institucional.

³⁶⁹ GROHMANN, Luís Gustavo Mello. A separação de poderes em países presidencialistas: a América Latina em perspectiva comparada. *Revista de Sociologia e Política*, v. 17, p. 75-106, nov. 2001, p. 78.

³⁷⁰ FISCHER, L. *The Politics of Shared Power: Congress and the Executive*. Austin: The Texas University Press, 1998, p. 3.

³⁷¹ GROHMANN, Luís Gustavo Mello. A separação de poderes em países presidencialistas: a América Latina em perspectiva comparada. *Revista de Sociologia e Política*, v. 17, p. 75-106, nov. 2001, p. 84.

³⁷² Por exemplo a realização de audiências públicas no Supremo Tribunal Federal. BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *(Syn) thesis*, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012, p. 27.

4.2 As Reflexões Contributivas de Locke, Montesquieu e a Realização dos Autores da Constituição Norte-Americana para o Desenho Institucional nos Estados Democráticos

Procedente da tradicional filosofia inglesa do empirismo, temos o filósofo John Locke e sua farta obra acerca do conhecimento, da religião, da ética e da política³⁷³. Nos seus escritos políticos, apesar de não possuir boa parte de sua rigidez metodológica, Locke reproduzia ainda as principais concepções de sua filosofia: aos homens não haviam ideias e nem leis inatas e a liberdade provém não do livre-arbítrio de desejar, pois este era caracterizado pela ideia utilitarista de sofrimento e prazer, mas sim do livre-arbítrio de realizar ou não algum ato, ou seja, da possibilidade de controlá-los e de ponderá-los³⁷⁴.

Locke discordava profundamente acerca do fundamento religioso de legitimidade do poder soberano da monarquia, em virtude da concepção supracitada de que não existem leis inatas, mas sim construídas pelos humanos. Assim, não cabem aos homens a punição de “crimes de fundamento religioso”, uma vez que as sociedades construídas por eles devem se ater à ordem humana e não divina³⁷⁵.

O direito natural é aquela lei revelada pela razão e dela nascem a sociedade e o Estado, desvinculados de qualquer entidade sobrenatural, vez que ao reunir-se em sociedade escolhem os homens renunciar do direito de se defenderem individualmente, para sim se defenderem de forma coletiva.³⁷⁶

É em virtude da aceitação de que existem indivíduos que são degenerados, por sua corrupção ou por seus vícios, que significantes suas consequências na teoria política de Locke, assim tendo: a de que o indivíduo necessita da sociedade e do Estado para se proteger desses

³⁷³ John Locke escreveu vários manuscritos, entre eles: A Letter Concerning Toleration, em 1689, Two Treatises of Government (1689), An Essay Concerning Human Understanding (1690), Some Considerations of the Consequences of the Lowering of Interest and the Raising the Value of Money (1691), Some Thoughts Concerning Education (1693), Of the Conduct of the Understanding (1706).

³⁷⁴ LOCKE, John. **Ensaio sobre o Entendimento Humano**. Tradução: Anoar Aiex São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999, p. 18 et. seq.

³⁷⁵ “Parece-me que a comunidade é uma sociedade de homens constituída apenas para a preservação e melhoria dos bens civis de seus membros. Denomino de bens civis a vida, a liberdade, a saúde física e a libertação da dor, e a posse de coisas externas, tais como terras, dinheiro, móveis, etc. É dever do magistrado civil, determinando imparcialmente leis uniformes, preservar e assegurar para o povo em geral e para cada súdito um particular a posse justa dessas coisas que pertencem a esta vida. [...] Estas considerações, entre muitas outras que podiam ser realçadas com o mesmo propósito, parecem-me suficientes para concluirmos que todo o poder do governo civil diz respeito apenas aos bens civis dos homens, está confinado para cuidar das coisas deste mundo, e absolutamente nada tem a ver com o outro mundo.” LOCKE, John. **Carta acerca da Tolerância**. Tradução: Anoar Aiex. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/edh_locke_carta_tolerancia.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2016.

³⁷⁶ REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da Filosofia: do humanismo a Kant**. v. 2. 2ed. São Paulo: Paulus, 1990, p. 509-528.; BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural**. 2. ed. Brasília, DF: UnB, 1997, p. 153.

indivíduos desrespeitosos ao Direito Natural e de que dentro de uma sociedade organizada, é necessário que haja a limitação do poder dos governantes a que os indivíduos concederam a executoriedade do aparelho estatal³⁷⁷.

Dessa forma, o Estado tem o poder de elaborar as leis e de fazê-las cumprir, constituindo assim o poder Legislativo e Executivo, respectivamente. E porque o Estado nasceu para servir à defesa dos direitos dos homens (que a ele renunciaram) a estes devem se submeter. Aos homens, portanto, em função mesma da desconfiança nas vicissitudes do homem em si, cabem a definição dos limites do Estado, sendo lícita a rebelião, em caso de violação de suas finalidades, dentre as quais a principal é a preservação da propriedade³⁷⁸.

Na concepção de Locke, como se pode depreender, ao Estado bastava a instituição de dois poderes: o poder Legislativo e o poder Executivo. Ao poder Legislativo, Locke atribui como poder “sagrado e inalterável nas mãos em que a comunidade um dia o colocou”, ainda que não seja uma instituição perene, vez que aos homens é pertencente todo e verdadeiro poder seja ainda para modificar ou remover o poder Legislativo se assim o consentir³⁷⁹.

É como mesmo já aduzia Cícero, “[...] o Estado é a coisa do povo; e o povo não é um aglomerado qualquer de seres humanos reunidos de uma forma qualquer, mas a reunião de pessoas associadas por acordo”³⁸⁰.

O foco de Locke no poder Legislativo se justifica em virtude da necessidade da comunidade dos homens, em um estado de natureza, necessitar de parâmetros que regrem as condutas de bem e mal dentro da sociedade para que assim se proceda a liberdade do homem em ponderar suas condutas de acordo com a lei estabelecida, recebendo recompensas ou punições, conforme seu ato³⁸¹. É mesmo uma medida de previsibilidade³⁸².

É, em decorrência desse sentimento de prazer e dor, registrado em função dessas punições e recompensas que poderá o ser humano procurar a felicidade e exercer o seu livre arbítrio³⁸³. Dessa maneira, o principal objetivo dos homens quando se reúnem em sociedade é

³⁷⁷ LOCKE, John. **Segundo tratado do governo civil**. Igor César F. A. Gomes (org.) Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. São Paulo: Editora Vozes, 1994, p. 69.

³⁷⁸ Ibidem, p.71.

³⁷⁹ Entretanto, Waldron ressalta a diferença entre poder de decisão e independência de poderes. E o Legislativo não contém todo o poder de decisão em Locke. WALDRON, Jeremy. *Separation of Powers in Thought and Practice*. **Boston College Law Review**, v. 54, p. 433, 2013, p. 445-447.

³⁸⁰ CÍCERO. Da República. Tradução de Therezinha Monteiro Deutsh e Baby Abrão. São Paulo: Nova Cultural, 2001, I, p. 25.

³⁸¹ LOCKE, John. **Segundo tratado do governo civil**. Igor César F. A. Gomes (org.) Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. São Paulo: Editora Vozes, 1994, p. 72.

³⁸² WALDRON, Jeremy. *Separation of Powers in Thought and Practice*. **Boston College Law Review**, v. 54, p. 433, 2013, 447.

³⁸³ REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da Filosofia: do humanismo a Kant**. v. 2. 2ed. São Paulo: Paulus, 1990, p. 509-528.

desfrutar de sua liberdade e propriedade de forma pacífica e o principal instrumento e os meios de que se servem são as leis que são estabelecidas nessa comunidade³⁸⁴.

No que concerne ao poder Executivo, diz Locke, que apesar de haver leis regulando os comportamentos e sentenças que são tidas como justas, ainda haverá indivíduos que se insurgirão contra a mesma e necessário far-se-á o uso da força para que tal medida seja implementada³⁸⁵.

Assim o poder Executivo se traduz na força da comunidade para que assim utilizada dentro da mesma sirva somente ao cumprimento das leis, como também somente a utilize no exterior da comunidade para que se previna ou repare as agressões provenientes dos estrangeiros. Todas essas ações e utilizações da força da comunidade somente podem ser legitimadas com o fim precípua de paz, segurança e o bem público do povo³⁸⁶.

Ainda no tocante do poder Legislativo ao qual Locke atribui a qualidade de poder supremo³⁸⁷ (ao qual configura, por certo, o foco de seu escrito), como já mencionado, é interessante e, por vezes, deveras óbvia, a afirmação que este filósofo faz em relação a sua extensão: Ninguém pode transferir para outra pessoa mais poder do que ele mesmo possui; e ninguém tem o poder arbitrário absoluto sobre si mesmo ou sobre qualquer outro para destruir sua própria vida ou privar um terceiro de sua vida ou propriedade³⁸⁸.

A importância da supracitada afirmação para a teoria lockeana de limitação dos poderes é aparente, dado que a concepção de Locke sobre o poder Legislativo é de que este poder é formado através de uma cessão de cada indivíduo concordante a um órgão representativo (a forma, se de maneira, unitário ou plural essa representação é feita não é relevante para o filósofo)³⁸⁹.

³⁸⁴ “As inconveniências a que estão expostos pelo exercício irregular e incerto do poder que cada homem possui de punir as transgressões dos outros faz com que eles busquem abrigo sob as leis estabelecidas do governo e tentem assim salvaguardar sua propriedade. É isso que dispõe cada um a renunciar tão facilmente a seu poder de punir, porque ele fica inteiramente a cargo de titulares nomeados entre eles, que deverão exercê-lo conforme as regras que a comunidade ou aquelas pessoas por ela autorizadas adotaram de comum acordo”. LOCKE, John. **Segundo tratado do governo civil**. Igor César F. A. Gomes (org.) Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. São Paulo: Editora Vozes, 1994, p.70.

³⁸⁵ LOCKE, John. **Segundo tratado do governo civil**. Igor César F. A. Gomes (org.) Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. São Paulo: Editora Vozes, 1994, p. 70.

³⁸⁶ LOCKE, John. **Segundo tratado do governo civil**. Igor César F. A. Gomes (org.) Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. São Paulo: Editora Vozes, 1994, p. 70.

³⁸⁷ BELLAMY, Richard. *The political form of the constitution: the separation of powers, rights and representative democracy*. **Political Studies**, v. 44, n. 3, p. 436-456, 1996, p. 438. Entretanto, Grohmann adverte que Locke parece cuidadoso, com o fim de não parecer antimonarquista, ao também dar poderes ao Executivo para legislar à margem do Legislativo, tendo em vista o bem público, como será visto adiante. GROHMANN, Luís Gustavo Mello. A separação de poderes em países presidencialistas: a América Latina em perspectiva comparada. **Revista de Sociologia e Política**, v. 17, 2001, p. 78.

³⁸⁸ LOCKE, John. **Segundo tratado do governo civil**. Igor César F. A. Gomes (org.) Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. São Paulo: Editora Vozes, 1994, p.72.

³⁸⁹ *Ibidem*, p. 73.

Conseqüentemente, a limitação dos poderes também se encontra na própria essência de não arbitrariedade que já era comum ao indivíduo no estado natural, dado que a nenhum homem era exigível a submissão à arbitrariedade de outrem. Havia uma racionalidade intrínseca à própria de utilização do poder derivado do estado de natureza, esta somente era cabível para a defesa de seu patrimônio, liberdade, e vida, assim como da humanidade³⁹⁰.

O exercício e os limites do poder de legislar para Locke, destarte estão condicionados a essa racionalidade peculiar à deliberação e legitimação de todos na comunidade civil, não se podendo o Legislativo se exceder ao poder que ora lhe fora concedido³⁹¹.

É imediata a percepção ao se realizar a leitura dos escritos políticos de Locke é a necessidade de afastar a arbitrariedade da vida em conjunto, principalmente quando se fala em arbitrariedade por parte do governo. De tal maneira, que quando se fala novamente em limitações ao poder Legislativo, Locke afirma que leis a serem promulgadas pela comunidade devem ser previamente estabelecidas e conhecidas tanto por parte da comunidade, como por parte seus executores, prevenindo a insegurança jurídica³⁹².

A desconfiança de Locke na natureza do homem com poder, se formula mais uma vez ao afirmar este que quando se deixa espaço de arbitrariedade a um juízo, os homens que concordaram em estar naquela determinada comunidade se encontrarão em situação pior que a que estavam no estado de natureza.

Por isso, seja qual for a forma de comunidade civil a que se submetam, o poder que comanda deve governar por leis declaradas e aceitas, e não por ordens extemporâneas e resoluções imprecisas. A humanidade estará em uma condição muito pior do que no estado de natureza se armar um ou vários homens com o poder conjunto de uma multidão para forçá-los a obedecer os decretos exorbitantes e ilimitados de suas idéias [sic] repentinas, ou a sua vontade desenfreada e manifestada no último momento, sem que algum critério tenha sido estabelecido para guiá-los em suas ações e justificá-las³⁹³.

Outra limitação que segue ao exercício do Legislativo é a propriedade do homem cuja qual é bem finalístico da organização da comunidade civil, assim, conseqüentemente, não poderá o poder supremo retirar de qualquer homem sem seu consentimento a sua propriedade. Conclui Locke que não teria assim o homem qualquer direito à propriedade, se sobre essa

³⁹⁰ BELLAMY, Richard. *The political form of the constitution: the separation of powers, rights and representative democracy*. **Political Studies**, v. 44, n. 3, p. 436-456, 1996, p. 438.

³⁹¹ LOCKE, John. **Segundo tratado do governo civil**. Igor César F. A. Gomes (org.) Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. São Paulo: Editora Vozes, 1994, p. 73.

³⁹² LOCKE, John. **Segundo tratado do governo civil**. Igor César F. A. Gomes (org.) Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. São Paulo: Editora Vozes, 1994, p. 73.

³⁹³ *Ibidem*, p. 73

propriedade repouse a possibilidade de que outrem venha, sem sua asserção, retirar-lhe ou diminuir-lhe³⁹⁴.

Note-se que na afirmação anterior deve se destacar a expressão “consentimento”, vez que somente através deste é possível que o governante, legitimamente, possa administrar impostos necessários à manutenção do aparato necessário para a própria segurança da comunidade. Assim, através de sua expressa manifestação ou através de seus representantes, concordado de forma majoritária, o indivíduo daquela comunidade poderá se submeter ao estabelecimento de impostos³⁹⁵. Essa conclusão de Locke é um dos principais fundamentos da lógica liberal surgida no século XVI³⁹⁶.

Por derradeiro tem-se uma última atribuição limitadora que é conferida ao poder Legislativo. Não poderá este deter mais de um poder que não o que lhe fora delegado, não podendo também delegá-lo a outro. A constituição dos representantes é intransferível e permanente, a não ser que a própria comunidade deseje que se transfira a sua investidura³⁹⁷.

Continuando em seus escritos acerca da limitação de poderes, discorre Locke que o ser humano é deveras frágil para que possa oferecer resistência à tentação de adquirir mais poder. Pela sua própria desconfiança realista, e por sua própria experiência política, é que o filósofo diz que é prudente em uma comunidade devidamente organizada a determinação de que o poder de formular leis e o poder de executá-las esteja contido em mãos diferentes³⁹⁸.

A razão primeira é de que aquele produz e executa as leis ao mesmo tempo é provável que se isente da submissão das leis que mesmo elaborou, podendo assim adequar as leis a sua própria vontade, seja no ato criativo da lei ou no ato de sua execução, incorrendo no desvirtuamento do fim essencial da mesma; em segundo lugar, quando menciona a possibilidade de que o poder Legislativo seja constituído de forma a se auto exaurir (uma vez cumprido o seu objetivo, o de formular leis, seja desarranjado) trata que é necessário que se organize um poder que possa executar as leis no ato de sua promulgação e assim não incorra em um vácuo de execução legal³⁹⁹.

³⁹⁴ Ibidem, p. 74.

³⁹⁵ Ibidem, p. 74.

³⁹⁶ Ibidem, p.74.

³⁹⁷ LOCKE, John. **Segundo tratado do governo civil**. Igor César F. A. Gomes (org.) Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. São Paulo: Editora Vozes, 1994, p.74.

³⁹⁸ Ibidem, p.75.

³⁹⁹ Ibidem, p. 75.

Importante afirmar que na doutrina de Locke, apesar de inicialmente formular dois poderes como essenciais à sociedade civil, ele classifica um outro poder. O poder Federativo é um tipo de poder natural da sociedade civil. Essa classificação se dá por ordem necessária já que o estado de natureza no que tange ao referencial universal, ainda persiste, em razão de que aquela comunidade que fora organizada internamente, subsiste em seu estado natural em relação aos demais corpos existentes no mundo. Ou seja, ainda reside um estado natural no que concerne uma sociedade em relação às outras⁴⁰⁰.

É por essa razão que o poder que Locke denomina de Federativo, é aquele que tem a competência em utilizar a já citada força da comunidade no âmbito exterior, podendo realizar guerras, alianças e transações com os demais corpos fora da sociedade. Seu objetivo reside em estabelecer a segurança e interesse do bem público externo⁴⁰¹.

Assim, Locke realiza uma interessante exclusão de um dos primados de limitação do poder Legislativo no que tange ao denominado poder Federativo:

As leis que dizem respeito aos súditos entre eles, uma vez destinadas a reger seus atos, é melhor que os precedam. Mas a atitude adotada diante dos estrangeiros depende em grande parte de seus atos e da flutuação de seus projetos e interesses; portanto, devem ser deixados em grande parte à prudência daqueles a quem foi confiado este poder, a fim de que eles o exerçam com o melhor de sua habilidade para o benefício da comunidade civil⁴⁰².

Dessa maneira, no que se refere ao poder Federativo, este deve ser determinado por condutas e prudência por parte do Legislativo, enquanto que no que concerne à administração de força no âmbito interno é necessário que esta se faça por leis anteriores e já positivadas⁴⁰³.

Para o autor, por suas idiossincrasias, os poderes Federativo e Executivo se diferenciam eminentemente, mas considera que ambos devem restar nas mesmas mãos por questões

⁴⁰⁰Podemos ressaltar que esse poder não alcançou nenhum tipo de *status* privilegiado, nem aplicação prática específica que pode ser avaliada, apesar de ser considerado vital para Locke. “*Although the special responsibility of the President for the maintenance of foreign relations was understood, neither the President nor the Congress assumed that the Executive had what John Locke, in his version of separation of powers, called the “federative” power, which pertained to foreign relations and was, by him, classified as an executive power*”. CASPER, Gerhard. *An Essay in Separation of Powers: Some Early Versions and Practices*. **William & Mary Law Review**, v. 30, n. 2, p. 211, 1989, p. 264.

⁴⁰¹CASPER, Gerhard. *An Essay in Separation of Powers: Some Early Versions and Practices*. **William & Mary Law Review**, v. 30, n. 2, p. 211, 1989, p. 264.

⁴⁰²LOCKE, John. **Segundo tratado do governo civil**. Igor César F. A. Gomes (org.) Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. São Paulo: Editora Vozes, 1994, p.76.

⁴⁰³ *Ibidem*, p.76

pragmáticas⁴⁰⁴, vez que o exército, ou seja, a força da comunidade não poderia se reverenciar a dois senhores sem que contenha entre eles um elo hierárquico, podendo as ordens de comando serem díspares e sem o devido arranjo necessário que a força necessita⁴⁰⁵.

Por todo o exposto, Locke considera então que os poderes seriam, então, divididos em três funções: poder Legislativo, poder Executivo e poder Federativo, sendo que o Judiciário não se encontra incluído em seus escritos como poder próprio, ou de importância que merecesse determinação no seu discurso. Tal se dá em razão de que era evidente ao filósofo que o poder de executar a lei, seja de proclamação da sentença em função da contenda e o poder para fazê-la cumprida era própria do poder supremo:

A esta estranha doutrina, ou seja, que **no estado de natureza cada um tem o poder executivo da lei da natureza**, espero que seja objetado o fato de que não é razoável que os homens sejam juízes em causa própria, pois a auto estima [sic] os tornará parciais em relação a si e a seus amigos: e por outro lado, que a sua má natureza, a paixão e a vingança os levem longe demais ao punir os outros; e nesse caso só advirá a confusão e a desordem; e certamente **foi por isso que Deus instituiu o governo para conter a parcialidade e a violência dos homens**.

[...]

Os homens passam assim do estado de natureza para aquele da comunidade civil, instituindo um juiz na terra com autoridade para dirimir todas as controvérsias e reparar as injúrias que possam ocorrer a qualquer membro da sociedade civil; **este juiz é o legislativo, ou os magistrados por ele nomeados**. E onde houver homens, seja qual for seu número e sejam quais forem os elos que os unem, que não possam recorrer à decisão de um tal poder, eles ainda estão no estado de natureza⁴⁰⁶.

E, depois reputar que seria deveras provocante para o ser humano, que o poder de fazer e executar as leis restem em uma mão só, como já aduzido acima, que Locke presumiu que o poder dos magistrados, ou seja, o poder de executar as leis, estaria contido no poder Executivo. Parece que a Locke, o ofício de proclamar sentenças sempre será submetido ao poder maior, o poder Legislativo, pois é a partir dele que todos os outros são derivados e subordinados⁴⁰⁷.

A visão de Locke acerca da limitação do poder pelo Legislativo é um tanto impensada ou ingênua a não pensar em diversos fatores com o uso retórico do bem comum (é um termo excessivamente amplo e tão mal utilizado ao longo da história humana que é impossível não

⁴⁰⁴ É por isso que Waldron menciona a diferença da divisão de poder “in thought” e “in practice” em Locke, que leva à equivocada interpretação de que o poder Federativo é parte mesma do Executivo. Eles são funções separadas, mas dois estão nas mãos de um. WALDRON, Jeremy. *Separation of Powers in Thought and Practice*. **Boston College Law Review**, v. 54, p. 433, 2013, p. 447.

⁴⁰⁵ LOCKE, John. **Segundo tratado do governo civil**. Igor César F. A. Gomes (org.) Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. São Paulo: Editora Vozes, 1994, p. 59.

⁴⁰⁶ LOCKE, John. **Segundo tratado do governo civil**. Igor César F. A. Gomes (org.) Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. São Paulo: Editora Vozes, 1994, p.59.

⁴⁰⁷ Ibidem, p.59.

ver tais tipos de asserções com desconfiança). Grohmann considera que a separação de poderes formulada por Locke não pode ser vista como uma separação estrita, o que justificaria esse tipo de competência dada ao Executivo, evidenciando “uma dificuldade de Locke em admitir uma rígida separação de poderes”⁴⁰⁸.

A doutrina de Locke, apesar de algumas diferenças, muito foi influenciada pela sua anuência com o coetâneo sistema constitucional inglês. Seu caso não foi o único, já que Montesquieu, do qual falaremos a seguir, também teve grande estima pela Constituição da Inglaterra à época, considerando-a mesmo um modelo a ser seguido⁴⁰⁹.

Assim, no que tange ao segundo filósofo, temos Montesquieu, ou Charles de Secondat, proveniente de família nobre na França, ao contrário de Locke, outrora pertencente aos cargos do Executivo da Inglaterra⁴¹⁰. Herdou o nome de seu tio como também seu cargo no *Parlement*⁴¹¹, órgão da cúpula do judiciário do Antigo Regime francês ao qual competia controlar os atos do soberano e adequá-los à lei fundamental do reino da França.

Como irá ser discutido mais adiante, é interessante notar que as peculiaridades do desenvolvimento da aplicação da teoria de separação de poderes na França após a Revolução de 1789 se deram, não só, mas igualmente em razão do traço patrimonialista dominante nos órgãos judiciários do Antigo Regime⁴¹².

Montesquieu em sua obra, o *Espírito das Leis*, procura determinar, primariamente, as relações que existem entre as leis do direito positivo e as relações da ciência política⁴¹³. Como o objetivo do presente item não se encontra em analisar exaustivamente a referida obra, mas

⁴⁰⁸ GROHMANN, Luís Gustavo Mello. A separação de poderes em países presidencialistas: a América Latina em perspectiva comparada. **Revista de Sociologia e Política**, v. 17, 2001, p. 78.

⁴⁰⁹ BELLAMY, Richard. *The political form of the constitution: the separation of powers, rights and representative democracy*. **Political Studies**, v. 44, n. 3, p. 436-456, 1996, p. 443.

⁴¹⁰ LOCKE, John. **Segundo tratado do governo civil**. Igor César F. A. Gomes (org.) Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. São Paulo: Editora Vozes, 1994, p. 3.

⁴¹¹ “Por volta de 1750 os *Parlements* tinham emergido como uma bem-articulada e determinada oposição, resistindo a todos os esforços de reformas moderadas que sucessivos ministros procuravam propor. Os *Parlements* fundamentavam suas demandas em sólidos argumentos. Invocavam os direitos fundamentais do reino e alegavam estar resguardando suas liberdades... A consistente linha política era a da defesa dos privilégios da nobreza e da resistência a todas as mudanças na administração. [...] A Revolução prontamente dissolveu todos os *Parlements* e quando se considera a selvageria do ressentimento popular contra eles, é surpreendente que poucos de seus membros tenham sido guilhotinados” CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu?: *A expansão e a legitimidade da “justiça constitucional”*. **Revista Trib. Reg. Fed.** 4^oReg. Porto Alegre, a.12, n.40, p. 15-49, 2001, p. 26.

⁴¹² *Ibidem*, p. 25-26.

⁴¹³ Montesquieu compreendia como direito positivo toda a legislação posta em escrito como as normas políticas já existentes tradicionalmente. MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2014, p. 32.

sim, o que se determinou como as bases estruturantes do sistema de separação de poderes, passaremos a tratar do Livro XI em diante⁴¹⁴.

Como constante nas teorias liberais clássicas, Montesquieu possui grande preocupação com a liberdade política e da demonstração de como este direito inerente ao homem fora gravemente cerceado durante os governos absolutistas ou, nas palavras de Montesquieu, os governos despóticos. Dessa maneira, passa a tratar da liberdade política e como poderá se garanti-la dentro da constituição (ou formação) de cada governo que se clame como governo justo.⁴¹⁵

Por conseguinte, importante conceito na sua obra é o conceito de liberdade. Começa a afirmar Montesquieu que devido a sua multiplicidade e variedade significativa ao longo do tempo e modificação de regimes, entende o filósofo que o referido conceito foi geralmente confundido e mal interpretado, vez que conforme algumas doutrinações arrebatadoras passaram a confundir liberdade com poder⁴¹⁶. Assim:

É verdade que, nas democracias, o povo parece fazer o que quer: mas a liberdade política não consiste em fazer o que se quer. Num Estado, ou seja, numa sociedade em que existem leis, a liberdade só pode consistir em podermos fazer o que devemos querer e em não sermos obrigados a fazer o que não devemos querer. Devemos ter bem claro o que é independência e o que é liberdade. **A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; e, se um cidadão pudesse fazer o que proibem, não teria mais liberdade, porque os outros também teriam tal poder**⁴¹⁷. [grifos nossos].

É possível alcançar nesse trecho de sua fala, a similaridade entre o que fora elaborado por Locke em seu “Segundo Tratado sobre o governo”, já mencionado, como também conceito de liberdade limitado pelo exercício do direito de outrem, com o diferencial, todavia, de que essa limitação em Montesquieu é formada a partir do direito positivo (a estipulação do que se deve querer) e não como em Locke, proveniente do exercício do direito natural⁴¹⁸. A base fundadora, então, para a teoria de separação de poderes em Montesquieu se encontra justamente

⁴¹⁴ Esse é considerado o *locus* clássico da doutrina da separação de poderes de Montesquieu. BELLAMY, Richard. *The political form of the constitution: the separation of powers, rights and representative democracy*. **Political Studies**, v. 44, n. 3, p. 436-456, 1996, p. 440.

⁴¹⁵ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2014, *passim*.

⁴¹⁶ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2014, p. 228.

⁴¹⁷ *Ibidem*, *passim*.

⁴¹⁸ No segundo tratado de Locke, temos uma defesa do exercício legítimo do direito natural. Este encontraria os limites no exercício do direito natural de outro indivíduo, apesar de permanecer o potencial de não cumprimento deste direito em virtude do próprio desvio natural de uma parte de homens. BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural**. 2. ed. Brasília, DF: UnB, 1997, p. 153.

na acepção de liberdade política dentro de uma sociedade organizada por um ordenamento jurídico⁴¹⁹.

A liberdade política se dá com o exercício dentro dos limites legais e somente se encontra nos governos moderados, limitados em sua própria constituição. Não vislumbraria a possibilidade de existência dessa liberdade na democracia e na aristocracia de forma natural em virtude de Montesquieu julgar que nesses tipos de governos só se faz o que o grupo empoderado deseja, ou seja, exercício livre de poder⁴²⁰.

Por essas razões que se entende que o filósofo procura estabelecer limites ao poder imoderado ou seu abuso. E tal poder não poderia ser limitado somente pela a lei, deveria o ser pelo poder mesmo, contendo tais limites pela própria constituição do Estado. É seguindo essa linha de pensamento que começa a descrever a tipologia de poder assim como entendia⁴²¹.

Deste modo, passa a explicar que em cada Estado existem três tipologias de poder: o poder legislativo, a que Montesquieu atribui ao dito príncipe ou magistrado⁴²² a função de formular as leis (provisória ou permanentemente) ou reformular os diplomas legais já existentes; “o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes”, que é o poder pelo qual se exerce a soberania externa (também lhe denomina como poder executivo), ou seja, estabelece-se políticas quanto aos demais Estados, de guerra ou paz, de diplomacia e de segurança⁴²³; no que tange ao último, o “poder executivo das coisas que dependem do direito civil” ou poder de julgar⁴²⁴, cabe-lhe o poder de julgamento, ou seja, a punição dos crimes ou dos litígios entre os particulares⁴²⁵.

⁴¹⁹ BELLAMY, Richard. *The political form of the constitution: the separation of powers, rights and representative democracy*. **Political Studies**, v. 44, n. 3, p. 436-456, 1996, p. 443.

⁴²⁰ Não significa para Montesquieu que é impossível nesses regimes a existência de liberdade política, mas sim, que nestes regimes esta não é encontrada de forma natural.

⁴²¹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2014, p. 229.

⁴²² Para Montesquieu, a denominação magistrado é a mesma que a de príncipe ou soberano. BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 17ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 149.

⁴²³ Percebe-se aqui um constructo próprio do modelo liberal do Estado Mínimo. A este, pela doutrina liberal clássica, cabe apenas exercer seu poderio nas questões de segurança e funções concernentes à administração da justiça, não lhe cabendo imiscuir-se nos demais âmbitos da vida do cidadão. BIRD, Colin. **Introdução à Filosofia Política**. Tradução: Saulo Alencastre. São Paulo: Madras, 2011, p.193-195.

⁴²⁴ Ainda que não dito expressamente em sua obra, a doutrina costuma classificar os três poderes segundo as denominações de uso corrente: poder Legislativo, poder Executivo e poder Judiciário. Cf.: DALLARI, Dalmo de Abreu, **Elementos de teoria geral do Estado**. 32ed. São Paulo: Saraiva, 2013; SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 17ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010; KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

⁴²⁵ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2014, p. 230.

Assim, passa a elucidar a sua fórmula de ideal configuração acerca da distribuição de tais poderes para a pessoa ou o corpo de pessoas à frente do governo, de forma negativa, apontando os principais pontos de equívoco e desequilíbrio entre os mesmos, como o Estado organizado não deveria proceder. Nesse arranjo, assevera acerca das consequências do abuso do poder e na privação da liberdade por causa destas⁴²⁶.

Pondera então que caso o poder Legislativo esteja reunido ao executivo, o que provavelmente ocorrerá e a determinação de leis tirânicas de forma a serem executadas também tiranicamente. A liberdade política também seria privada caso o poder de dirimir os conflitos, o poder de julgar, se reúna ao poder legislativo, pois seria assim constante a arbitrariedade acerca da vida e liberdade de cada cidadão. E caso esteja o poder de julgar reunido ao poder de executar, o juiz será assim uma força opressora do sistema⁴²⁷.

Mas o grau que configuraria um verdadeiro poder despótico seria o quando se encontrassem em um único homem ou grupo de homens os três poderes⁴²⁸. A partir das definições anteriores dos meios que acarretariam o exercício de um poder tirânico, despótico ou opressor, percebe-se que a solução é que cada poder esteja devidamente isolado do outro para que assim se possa existir a verdadeira liberdade política de acordo com Montesquieu.

Interessante também é a averiguação na teoria de Montesquieu sobre o Estado é que também a formação dos poderes provenha de origens de estratos populares diferenciados. Quando este mesmo exemplifica:

Assim, em Veneza, o grande conselho tem a legislação; os *pregadi*, a execução; os *quarantia*, o poder de julgar. O mal, porém, é que esses diferentes tribunais são formados por magistrados do mesmo corpo, o que faz que sejam praticamente de um mesmo poder⁴²⁹.

A derivação de um mesmo corpo vista na aristocracia hereditária na Itália à época incorreria em um verdadeiro cerceamento da liberdade, apesar da tentativa do Estado em formularem tribunais divididos e compostos por diversos indivíduos, pois seriam todos de origem nobiliárquica⁴³⁰.

⁴²⁶ Ibidem, p. 260-261

⁴²⁷ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2014, p. 232.

⁴²⁸ Ibidem, p. 231

⁴²⁹ Ibidem, p. 232

⁴³⁰ Ibidem, p. 233-235

É por isso que o filósofo passa a definir como deveria ser composto e como deveria funcionar cada poder. Assim, no que tange ao poder de julgar, Montesquieu não lhe atribui grande importância, pois não é um poder ligado a certo tipo de estado e também não é exercido por profissionais, sendo um poder praticamente nulo e invisível⁴³¹. Cappelletti considera que para Montesquieu esse poder nem poderia ser considerado como um poder propriamente dito⁴³².

Assim não deveria o poder de julgar ser exercido de forma permanente, devendo ser convocado em um certo momento do ano, formado por pessoas de origem do povo (devendo até ser de mesma condição social do réu). Afirma ainda que, no caso de grandes acusações, deverá ter o “criminoso” conforme disposição legal, a possibilidade de escolher ou recusar exaustivamente, de maneira tal que só reste aquele por si escolhido. Toda essa enunciação se baseia na defesa do interesse e na liberdade do indivíduo, “para que ele não possa pôr na cabeça que tenha caído nas mãos de gente propensa a lhe cometer violência”.⁴³³

Sobre o poder Legislativo, considera Montesquieu que o povo deveria tê-lo como um todo. Contudo, em Estados organizados, em virtude da dificuldade que tal exercício de poder assim traria é que o autor defere a necessidade de existência de representantes do povo. A estes caberiam somente a função de produzir leis ou para fiscalizar sua aplicação. Essa situação de necessidade representativa se dá pela opinião de que o povo não seria adequado para a discussão dos problemas. Este seria o substancial inconveniente da democracia⁴³⁴.

⁴³¹ Ackerman de certa forma contradiz essa posição ao afirmar que “Por ter sido juiz, Montesquieu considerava especialmente importante enfatizar a independência do judiciário na monarquia francesa, mas o fez ao custo de suprimir a perspicaz ideia de Locke sobre a especificidade do funcionamento do Estado nas relações estrangeiras. E assim derivou a hoje clássica trindade: legislativo, executivo, judiciário. Aparentemente, o pensamento trinitário era tão irresistível no século XVIII, que Montesquieu não tolerou quatro categorias em seu esquema conceitual.”. ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. **Revista de Direito Administrativo**, v. 265, p. 13-23, 2014, p. 15.

⁴³² CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da “justiça constitucional”. **Revista Trib. Reg. Fed. 4ª Reg.** Porto Alegre, a.12, n.40, p. 15-49, 2001, p. 28.

⁴³³ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. Op. Cit., p. 232. Tal raciocínio anuncia a formulação que deu origem história do instituto processual penal do Tribunal do Júri, ainda que precariamente. Tanto que após a Revolução francesa de 1789, passou-se a determinar o julgamento do povo pelo próprio povo como ideal de liberdade e igualdade, incumbindo a este tribunal um ideal de imparcialidade justa vez que não possuía raízes no poder judiciário corrupto do Antigo Regime. NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução do Processo Penal**. 7ed. rev. at. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 732-733. Em que pesem as críticas formuladas à constituição do Tribunal do Júri e seus problemas na atualidade. Cf.: LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal: e sua conformidade Constitucional**. v. 2. 2ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

⁴³⁴ Por essa, dentre outras razões, que Montesquieu defende o governo ideal como o governo de uma monarquia moderada, pois seria este um governo mais ágil na resolução de problemas. Assim, “o poder executivo deve estar nas mãos de um monarca, porque esta parte do governo, que quase sempre precisa agir imediatamente, é mais bem administrada por um do que por muitos; ao passo que o que depende do poder legislativo é mais bem ordenado por muitos que por um só”. MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2014, p. 235.

Os principais lugares do Estado seriam aqueles que possuiriam, cada um, um representante, em virtude do conhecimento local. A este lhe bastaria um conhecimento da linha geral de pensamento do povo que representa, vez que a discussão seria delongada demais caso os consultasse a cada problema, ainda que significasse maior legitimação democrática⁴³⁵.

Outra significativa característica na construção de Montesquieu sobre a questão do voto e da representação é a da estipulação, ao nosso ver, do voto censitário, vez que diz “todos os cidadãos, nos diversos distritos, devem ter direito a dar seu voto na escolha do representante; salvo, os que estão em tal estado de baixaza, que se considere que não têm vontade própria”⁴³⁶.

Toda a ideação do filósofo tem por base o governo da Inglaterra, ao qual atribui o mérito de buscar sempre a liberdade democrática. Apesar da realidade de tal idealização do Estado Inglês seja um pouco duvidosa⁴³⁷, é visto que ainda reside em seu pensamento o modelo claro da constituição do governo da Inglaterra.

Reforça tal análise, quando o autor continua na sua escrita e passa a falar acerca da representação das diferentes camadas sociais. Considera assim que “as pessoas distintas pelo nascimento, pela riqueza, ou pelas honras” devam ter uma representatividade própria. Caso não ocorra, seria tal estrato social “escravo” da liberdade comum do povo (ele os diferencia dos demais em função das vantagens que gozam no Estado), não encontrando mais interesse em defender e controlar os demais⁴³⁸.

Mais uma vez de acordo com a divisão do Parlamento Inglês, diz que deverão os nobres ter um corpo de representação diferenciado, juntamente com assembleias, deliberações, interesses e ideias apartados dos demais. Também a função desse corpo de nobres será diferenciada. Supõe, em primeiro lugar, que o poder de julgar já é considerado nulo e por isso

⁴³⁵ Ibidem, 2014.

⁴³⁶ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2014, p. 233.

⁴³⁷ Existe certo consenso na interpretação da obra de Montesquieu, que este entendeu mal ou idealizou sobremaneira a Constituição política da Inglaterra. CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da “justiça constitucional”. **Revista Trib. Reg. Fed.** 4^aReg. Porto Alegre, a.12, n.40, p. 15-49, 2001, p. 28.

⁴³⁸ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2014, p. 232.

não deverá se preocupar com ele no que concerne ao controle⁴³⁹. Assim, passa aos demais poderes: Legislativo e Executivo.

A formulação no que tange a esse respeito é interessante, pois é nela que Montesquieu considera a função reguladora dos poderes por parte do corpo de nobres. Dessa feita, distingue entre a faculdade de estatuir e a faculdade de impedir. Aquela seria “o direito de ordenar por si mesmo” ou de correção do que foi ordenado por outros, enquanto que esta seria “o direito” de tornar nula uma decisão que foi tomada por outrem⁴⁴⁰.

Deste modo, diz Montesquieu que o corpo de nobres deve ser hereditário, pois o é pela sua própria natureza, todavia, é que por essa razão que deverá somente possuir o direito de impedir em ordem de legislação, pela característica que decorre de um poder que é hereditário, a de visar somente seu interesse próprio e não o do povo.

Esta concepção é tirada da própria física do poder à época. Por isso a separação entre estratos sociais e a constituição do Estado é patente e por essa razão que o Legislativo deve ser composto por dois eixos: um nobre e outro plebeu, sendo o primeiro corpo formado com intuito de sua própria proteção⁴⁴¹.

Ainda quanto ao poder Legislativo, afirma que deverá este se reunir periodicamente e não ser instituído de forma permanente, pois assim seria inócuo. Isso se daria por ser um encargo desagradável aos representantes e também encarregariam em demasia o poder Executivo, uma vez que não lhe sobraria tempo para executar e somente seria obrigado a defender as suas prerrogativas (pela sobrecarga normativa e provável interferência que proviria do Legislativo)⁴⁴².

No que alude ao poder Executivo, tem para Montesquieu, que este deve ter o poder de controlar a convocação do poder Legislativo, já que se concentrasse “todo o poder que puder imaginar, aniquilará todos os outros poderes”. É por esse mesmo motivo que o Legislativo não

⁴³⁹ O poder Judiciário sempre fora considerado o poder mais fraco por Montesquieu e Madison, uma vez que não produz políticas novas. GROHMANN, Luís Gustavo Mello. A separação de poderes em países presidencialistas: a América Latina em perspectiva comparada. **Revista de Sociologia e Política**, v. 17, 2001, p. 13. Adicionamos Locke a essa perspectiva.

⁴⁴⁰ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2014, p. 234.

⁴⁴¹ GROHMANN, Luís Gustavo Mello. A separação de poderes em países presidencialistas: a América Latina em perspectiva comparada. **Revista de Sociologia e Política**, v. 17, 2001, p. 79.

⁴⁴² Defendia Montesquieu a mesma ideia de Locke quanto à manutenção permanente do poder Legislativo. MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2014, p. 236. BELLAMY, Richard. *The political form of the constitution: the separation of powers, rights and representative democracy*. **Political Studies**, v. 44, n. 3, p. 436-456, 1996, p. 448.

terá poder sobre Executivo, este sendo limitado pela própria natureza de sua função, que é a de executar os ditames legais proferidos pelo corpo legislativo. Seria um poder auto restrito⁴⁴³.

Apesar de o poder Legislativo ter a competência de fiscalizar de que forma suas leis foram executadas, não poderá também ser detentor do poder de julgar e por essa razão não julgará as ações do executor. O filósofo não trata, não se sabe se por omissão voluntária ou não, acerca da possibilidade de corrupção do executivo no que se trata ao devido cumprimento de sua função.

Chega ao extremo de afirmar a própria sacralidade do soberano que está a frente do poder Executivo. Diz que tal declaração se realiza em prol da liberdade, vez que se o Legislativo se impuser para julgar ou acusar o soberano tornar-se-ia esse poder, como já aludido outrora, um poder tirânico, pois concentrador do poder de julgar e do poder de legislar. É a partir de tais considerações da teoria política de Montesquieu que alguns teóricos asseveram assim algumas fragilidades e ambiguidades no que toca ao controle do Executivo⁴⁴⁴.

Nada obstante, manifesta que caso seja aferida a má execução devem os “conselheiros malvados e que odeiam as leis como ministros” ser investigados e punidos, caracterizando assim uma possibilidade de responsabilização e controle do Executivo perante o povo, mas não se atingindo a legitimidade do monarca⁴⁴⁵.

Posteriormente, ensaia Montesquieu os primórdios acerca da prerrogativa de função, quando afirma que devem aqueles que são componentes da parte nobre do poder legislativo gozariam o mesmo privilégio de serem julgados por seus pares, assim como teriam os populares, se não fosse julgado pelos próprios componentes nobres do legislativo. É essa uma exceção à união do poder de julgar do poder de legislar do poder legislativo⁴⁴⁶.

Outra questão intrigante traz o filósofo quando afirma também que pelas próprias características do diploma legal, a clarividência e a cegueira, poderia ser a lei em certos casos ser em demasia por demais rigorosas. E é por isso que devem os nobres adentrar como julgadores, vez que os juízes são “seres inanimados que não podem nem moderar a força nem

⁴⁴³ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2014, p. 235-237.

⁴⁴⁴ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2014.

⁴⁴⁵ Ibidem, p. 237.

⁴⁴⁶ Ibidem, p. 238

o rigor dessas palavras”, cabendo à autoridade suprema do legislativo moderar a lei em favor da própria lei⁴⁴⁷.

Outra exceção é quando uma pessoa que exerce cargo público incorra em crimes contra os direitos dos cidadãos ou crimes que não interessem ou não possam os soberanos punirem. E perante quem seria posto tal julgamento? – é a pergunta de Montesquieu. Pondera então que o poder legislativo não poderia ser o julgador, em razão de que é o próprio povo a que representa e não poderia ser o julgador, somente acusador⁴⁴⁸.

No que toca ao judiciário, não poderia o legislativo, como acusador, se “rebaixar” a tribunais inferiores ao seu poder supremo e que, por acaso, também é composto por populares. Assim diz: para conservar a dignidade do povo e a segurança do particular, a parte legislativa do povo deve acusar diante da parte legislativa dos nobres, a qual não tem os mesmos interesses que ela nem mesmas paixões⁴⁴⁹.

De todo o exposto, assevera que os poderes devem ser bem distribuídos e governados segundo as leis⁴⁵⁰, devendo o poder legislativo ser composto em duas partes, uma atará a outra com sua faculdade mútua de impedimento, onde ambas seriam controladas pelo poder executivo, este sendo limitado pela atuação da lei, ou seja, em última análise pelo poder legislativo. Vê-se, mais uma vez, a ausência de menção ao Judiciário, ratificando o posicionamento do autor quanto à nulidade do mesmo⁴⁵¹.

O avanço de Montesquieu em relação à Locke é justamente a introdução da ideia de poderes controlando uns aos outros. Locke somente falava no enfraquecimento de um poder em virtude de um incorporar em medida única as ações do governo civil na sociedade. Em Montesquieu existe a possibilidade de um poder intervir ou mesmo punir o abuso do outro⁴⁵².

⁴⁴⁷ Ibidem, p. 227-266.

⁴⁴⁸ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2014, p. 227-266.

⁴⁴⁹ Ibidem, p. 227-266.

⁴⁵⁰ Em especial, no que tange ao tipo de monarquia moderada atribuída como governo ideal em Montesquieu, diz este autor que tal tipo de governo, não pôde se dar na Antiguidade (no que concerne a Aristóteles, por exemplo) já que não conheciam a distribuição dos três poderes e, em consequência, não poderiam formar uma ideia correta como monarquia. Ibidem, p. 244.

⁴⁵¹ Ibidem, p. 235.

⁴⁵² GROHMANN, Luís Gustavo Mello. A separação de poderes em países presidencialistas: a América Latina em perspectiva comparada. **Revista de Sociologia e Política**, v. 17, 2001, p. 79.

O autor francês incorporou três doutrinas à doutrina da separação dos poderes: a do governo misto, do equilíbrio de poder e da concepção primária de peso e contrapesos⁴⁵³.

Já ao falarmos acerca do modelo constitucional americano e de seu paradigmático delineamento acerca das principais instituições político-jurídicas é necessário que se pronuncie as suas raízes históricas para assim compreendermos a formulação do princípio da separação de poderes neste país.

As pessoas que habitavam no território norte-americano foram em sua grande maioria, colonos provenientes da Europa que no século XVI buscavam um novo lar para se estabelecerem. Apesar de muitos estarem fugindo das perseguições enfrentadas no Velho Continente, suas raízes filosóficas, políticas e jurídicas em muito permaneceram fieis ao modo europeu⁴⁵⁴.

A Confederação aprovada em 1778 formou, entre as colônias anteriormente de domínio inglês, uma união confederada. O princípio mais saliente e primordial é que todas as colônias permaneceriam soberanos em seus assuntos internos, enquanto o Congresso (concebido primordialmente como uma Assembleia das colônias) iria decidir os assuntos de ordem comum⁴⁵⁵.

Esses assuntos eram de ordem variada, mas foram objeto de vigoroso debate em virtude do temor das colônias de perderem sua soberania para um órgão decisório centralizador, que seria como sempre direcionado pelas colônias de maior poderio dentro da Confederação⁴⁵⁶.

Problemas surgiram em função de as decisões do Congresso serem direcionadas aos Estados em si, que eram adereçados as suas decisões, devendo obedecer às decisões colegiadas conforme suas conformações internas. Assim, não tinha o Congresso o poder coercitivo nem sobre os Estados nem sobre os seus cidadãos. Essa estrutura fragilizada objetava a Confederação de cumprir suas metas⁴⁵⁷.

⁴⁵³ BELLAMY, Richard. *The political form of the constitution: the separation of powers, rights and representative democracy*. **Political Studies**, v. 44, n. 3, p. 436-456, 1996, p. 440.

⁴⁵⁴ SCHIOPPA, Antonio Padoa. **História do Direito na Europa: Da Idade Média à Idade Contemporânea**. Tradução: Marco Marcionilo e Silvana Corbucci Leite. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 301.

⁴⁵⁵ *Ibidem*, p.301.

⁴⁵⁶ Os assuntos que eram colocados ao Congresso foram os de interesse comum na economia, na defesa, nas relações internacionais e na formação de um colégio arbitral caso houvesse conflitos entre as colônias, agora denominadas Estados. *Ibidem*, p. 301.

⁴⁵⁷ *Ibidem*, p. 301.

Assim, uma nova Convenção foi proposta e realizada em maio de 1797, na Filadélfia, com o objetivo de promulgar um texto que seria transformado posteriormente na Constituição dos Estados Unidos da América. Tal projeto foi cumprido em apenas quatro meses de debates e votações intensas⁴⁵⁸.

O princípio de escolha fundamental foi justamente a definição de um governo de jurisdição “nacional”⁴⁵⁹, com três poderes distintamente concebidos: Legislativo, Judiciário e Executivo. Essa formulação teve como principal influência a filosofia de John Locke e Montesquieu, bem como a constituição inglesa de um século antes⁴⁶⁰.

Essa proposição se baseou no projeto do Estado da Virgínia, escrito por James Madison que confrontava o projeto do Estado de Nova Jérsei que premia pela situação anterior, optando pela situação confederada. Após um ganho de sete votos contra três, em 19 de junho, a posição federalista sobressaiu-se à confederalista e não foi mais questionada desde então⁴⁶¹.

À época da formação da Constituição americana, ou seja, da ratificação do texto aprovado pela Convenção da Filadélfia, vários escritos de Hamilton, Madison e Jay foram publicados em periódicos. Essas lúcidas argumentações em torno do debate da formação constitucional, foram apanhadas e reunidas em um único escrito⁴⁶².

Esse escrito ficou conhecido como o Federalista⁴⁶³ (*Federalist Papers*, no original) e constituem um clássico da Política. Tal coletânea constitui as bases da teoria constitucional americana, e que constitui a peculiaridade de não ter sido formulada por teóricos, mas sim por homens que participavam ativamente da política americana à época e ajudaram na redação e aprovação da carta constitucional americana.

É por essa razão que não constituem o item relativo aos modelos teóricos, ao lado de Montesquieu e Locke. Mas foi Hamilton, através da influência direta de Montesquieu que

⁴⁵⁸ Ibidem, p. 302.

⁴⁵⁹ “Deve-se observar que, na terminologia dessa fase da história americana, denominava-se ‘federal’ a posição de quem defendia a estrutura precedente (que hoje chamaríamos de ‘confederada’) e se qualificava como ‘nacional’ a posição de quem afirmava a necessidade de um governo central acima daquele de cada Estado, ou seja, a posição que em seguida será denominada ‘federalista’”. SCHIOPPA, Antonio Padoa. **História do Direito na Europa: Da Idade Média à Idade Contemporânea**. Tradução: Marco Marcionilo e Silvana Corbucci Leite. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p.302.

⁴⁶⁰ SCHIOPPA, Antonio Padoa. **História do Direito na Europa: Da Idade Média à Idade Contemporânea**. Tradução: Marco Marcionilo e Silvana Corbucci Leite. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p.302.

⁴⁶¹ Ibidem, p.302.

⁴⁶² HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel editores, 2013. [Versão digital. Kindle].

⁴⁶³ Ibidem.

formulou um dos sistemas mais utilizados nos desenhos institucionais dos países ocidentais: o sistema de *checks and balances*.

Esse sistema foi pensado a partir do modelo de Montesquieu tendo em vista a realização prática. Assim pergunta Madison: “De que expediente, então, deveremos finalmente lançar mão para manter na prática a necessária repartição de podêres [sic] entre os diversos departamentos, conforme instituída pela Constituição?”⁴⁶⁴

O mérito do Federalista e da Constituição americana é justamente esse: pôr em prática o grau de independência entre poderes proposto por Montesquieu. Assim, era bem claro para esses autores que nenhum poder poderia permanecer nas mãos de uma pessoa ou grupo, sob o perigo de gerar tirania. É sob esse enfoque que trata Madison a separação de poderes. A questão se situa em quem deve exercer o poder e como garantir tal exercício.⁴⁶⁵

A preocupação recaía em não permitir que maiorias articuladas e unidas, pudessem sobrepor-se às minorias. O indivíduo pôs-se como pedra angular da Carta Política. Essa atenção ao indivíduo partia de uma visão realista⁴⁶⁶ que aceitava os seres humanos como seres ambiciosos, conforme também nas ideias de Locke, e por isso os cargos que os seres humanos ocupam nos poderes, deveriam oferecer meios de resistência a outro poder, bem como aos abusos que podiam ser perpetrados.

As chamadas “barreiras de papel” não seriam suficientes, conforme a ideiação de Madison, e por isso dois elementos são fundamentais para que houvesse independência: a independência financeira para cada poder e oferecer retribuições apropriadas para cada ocupante de cargo público⁴⁶⁷.

Outra perspectiva proposta na versão americana da separação de poderes é a questão da escolha dos ocupantes dos cargos. Considerava Madison que se fôssemos levar a separação de poderes de forma estrita, teríamos que ter o povo como única fonte de escolha. Essa escolha se demonstraria impraticável, devido a certas peculiaridades de cada poder, como o poder

⁴⁶⁴ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **Sôbre a Constituição dos Estados Unidos**. Tradução: E. Jacy Monteiro. São Paulo: IBRASA, 1964, p. 59.

⁴⁶⁵ GROHMANN, Luís Gustavo Mello. A separação de poderes em países presidencialistas: a América Latina em perspectiva comparada. **Revista de Sociologia e Política**, v. 17, 2001, p. 80.

⁴⁶⁶ Arriscaremos dizer que por serem americanos, como mesmo Posner já disse, os Federalistas tinham o espírito do “tom pragmático”. POSNER, Richard A. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 26-27.

⁴⁶⁷ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel editores, 2013. [Versão digital. Kindle].

Judiciário. O Judiciário necessitaria de maior qualificação de seus integrantes, o que não poderia ser cumprido competentemente pelo voto popular, e que, como os cargos são de ordem permanente, seus ocupantes não sentiriam dependentes de quem os põs no cargo⁴⁶⁸.

No que concerne a capacidade de auditoria de um poder sobre o outro, ou seja, as distribuições de formulações temos na Convenção: 1) a escolha de ministros do Executivo, a quem este cabe indicar e ao Senado aprovar; 2) o controle exclusivo do orçamento governamental pela Câmara de Representantes; 3) a Câmara de Representantes que deverá iniciar os processos de *impeachment*; 4) a Câmara de Representantes também decidirá caso eleições majoritárias não alcancem o sufrágio da maioria absoluta do eleitorado; 5) o Legislativo controlará o recrutamento e regulamentação das Forças Armadas; 6) o Presidente poderá ter poder de veto sobre propostas legislativas; 7) o Presidente será também comandante-chefe das Forças Armadas; 8) também poderá reuniões extraordinárias com o Congresso Americano; 9) nomeará servidores; 10) poderá receber embaixadores e diplomatas; 11) indicará embaixadores, diplomatas e juizes da Suprema Corte com a aprovação do Senado⁴⁶⁹.

A elaboração feita pelos Federalistas, pelas Convenções, seja de produção como de ratificação, da Constituição Federal dos Estados Unidos produziu um modelo de separação de poderes que é observado e aprovado por boa parte dos países de regime democrático. Se diferenciaram de Montesquieu e Locke, não só pelas observações supracitadas, mas também pelo espírito de divisão dos poderes em relações funcionais e não fundadas em concepções de divisão de corpos políticos em relação a sua classe social⁴⁷⁰.

4.3 A Separação de Poderes no Brasil e a Configuração do Supremo Tribunal Federal como Instituição Jurídico-Política

Conforme a ilustração da história, o Brasil em todas as suas Constituições consagrou o dogma da separação de poderes⁴⁷¹, tendo em vista o modelo ideal proveniente dos modelos estrangeiros de Estado, como também provenientes da cultura filosófica trazida ultramar. Dessa forma, acreditamos que o mencionado princípio sempre fora visto como essencial à

⁴⁶⁸ Ibidem.

⁴⁶⁹ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel editores, 2013. [Versão digital. Kindle].

⁴⁷⁰ GROHMANN, Luís Gustavo Mello. A separação de poderes em países presidencialistas: a América Latina em perspectiva comparada. **Revista de Sociologia e Política**, v. 17, 2001, p. 81.

⁴⁷¹ DA CUNHA, Paulo Ferreira. Do constitucionalismo brasileiro: uma introdução histórica (1824-1988). **História constitucional**, n. 8, p. 263-271, 2007, *passim*.

própria estrutura do aparelho estatal, implícito em um governo moderado e preocupado com os direitos humanos fundamentais.

Desde a Constituição Imperial, vemos a vontade de Dom Pedro II ao mandar Rui Barbosa investigar nos Estados Unidos de promulgar uma Constituição republicana liberal⁴⁷². Dizia na Carta Imperial: “a divisão e harmonia dos poderes políticos é o princípio conservador dos Direitos do Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer efetivas as garantias que a Constituição oferece”⁴⁷³.

Entretanto, adotou a separação de poderes peculiar formulada por Benjamin Constant⁴⁷⁴, que estabelecia como poderes: o Executivo, o Legislativo, o Judicial e o Moderador. Este último poder, como consta nessa antiga Constituição, era poder “chave de toda a organização política, e é delegado privativamente ao Imperador”. O objetivo desse quarto poder era o de ser o poder integrador entre os demais, uma vez que devia velar pela subsistência da independência, harmonia e equilíbrio dos três Poderes⁴⁷⁵.

A tentativa teórica de Benjamin Constant, político francês do século XVIII, foi de compor o poder real como poder neutro que deveria proteger, balancear e coibir os excessos dos demais poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Contudo, Lynch crê que esse discurso de Constant foi distorcido pelos governistas brasileiros através do discurso monarquista da escola ultraliberal francesa, para justificar a proeminência que teria o Executivo sobre o Legislativo, atribuir-lhe o papel de representante principal da soberania da nação e de garantir as prerrogativas régias⁴⁷⁶.

A Constituição de 1891, não obstante, constou em sua redação a separação tripartite entre os Poderes, excluindo o Poder Moderador, mas mantendo a redação anterior das características dos Poderes, que deviam ser harmônicos e independentes entre si. Essa

⁴⁷² DA CUNHA, Paulo Ferreira. Do constitucionalismo brasileiro: uma introdução histórica (1824-1988). **História constitucional**, n. 8, p. 263-271, 2007, p. 264.

⁴⁷³ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política**. 2ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p.

⁴⁷⁴ É possível que o Brasil tenha sido o único país do mundo a adotar tal partição. BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 17ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 156. Vemos a mesma afirmação em LYNCH, C.E.C. O Poder Moderador na Constituição de 1824 e no anteprojeto Borges de Medeiros de 1933: um estudo de direito comparado. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 47 n. 188 out./dez. 2010, p. 93-111.

⁴⁷⁵ CUNHA JUNIOR, Dirley. A separação das funções estatais ante uma nova dogmática. In: TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Estado constitucional e organização do poder**. São Paulo: Saraiva, 2010., p. 265-290.

⁴⁷⁶ LYNCH, Christian Edward Cyril. O Discurso Político Monarquiano e a Recepção do Conceito de Poder Moderador no Brasil. **Revista Dados**, v. 48, n. 3, 2005, p. 611.

Constituição, no que grava a doutrina, apesar de ter como pressuposto o equilíbrio entre poderes, na prática exercia o Executivo uma ação poderosa⁴⁷⁷.

Assevera Bonavides, que desde os primórdios da nossa história constitucional, o Brasil guarda estreitos vínculos com nosso colonizador: Portugal. É dessa forma, que a Carta Magna supracitada de 1824, concedida a nós por Dom Pedro II, comungou diretamente com a Carta de 1826 de Portugal. Crê que, apesar do seu baixo grau em teoria de legitimidade e suas dissonâncias com o conceito democrático trazido pelos movimentos revolucionários à época, teve relativo sucesso em matéria de separação de poderes⁴⁷⁸.

É por essa razão que os constituintes posteriores de 1933-1934 procuraram dar prevalência ao poder Legislativo, estipulando ao Senado a função de coordenação de poderes entre si, ou seja, função de mesmo cunho do poder Moderador nos tempos imperiais, ainda que constasse na sua redação “são órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si”⁴⁷⁹.

É preciso ressaltar que houve certa onda de êxito por uma minoria na doutrina quando da redação da Constituição de 1934 estabeleceu o vocábulo “coordenação”⁴⁸⁰, ressaltando a necessidade da coordenação entre os poderes estatais. Entretanto, a fórmula “independentes e harmônicos” voltou ao texto constitucional nas próximas Constituições Federais, permanecendo a expressão até hoje.

Outra singularidade é a encontrada na Carta Polaca de 1937, que não definia de forma expressa a separação de poderes, apenas prevendo que o Poder Legislativo seria exercido pelo Parlamento Nacional com a

Art. 38. ...colaboração do Conselho da Economia Nacional e do Presidente da República, daquele mediante parecer nas matérias da sua competência consultiva e deste pela iniciativa e sanção dos projetos de lei e promulgação dos decretos-leis autorizados nesta Constituição⁴⁸¹

⁴⁷⁷ ALVES, Cleber Francisco. A influência do pensamento liberal de Benjamin Constant na formação do Estado Imperial Brasileiro. **Revista de Informação Legislativa, Brasília**, v. 45, p. 70-74.

⁴⁷⁸ BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. **Estudos avançados**, v. 14, n. 40, p. 155-176, 2000, p. 157.

⁴⁷⁹ BRASIL. Constituição (1937). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 12 ago. 2015.

⁴⁸⁰ OMMATI, Fides. Dos freios e contrapesos entre os Poderes do Estado. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. a. 14. n. 55. jul./set. 1977. p. 55-82.

⁴⁸¹ BRASIL. Constituição (1937). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 12 ago. 2015.

É, assim, evidente o caráter autoritário daquela Carta que não só se espraiava por toda a distribuição de competências de exercício de qualquer poder, como também silenciava o dogma da separação de poderes, estabelecendo ao Executivo Nacional a força de um “superpoder”, o que Dirley da Cunha chama de verdadeira “ditadura constitucional”⁴⁸². Assim podia o Presidente da República:

Art. 75. São prerrogativas do Presidente da República: a) indicar um dos candidatos à Presidência da República; b) dissolver a Câmara dos Deputados no caso do parágrafo único do art. 167; d) designar os membros do Conselho Federal reservados à sua escolha; e) adiar, prorrogar e convocar o Parlamento.

Art. 167. Parágrafo único - A Câmara dos Deputados, se não aprovar as medidas, promoverá a responsabilidade do Presidente da República, ficando a este salvo o direito de apelar da deliberação da Câmara para o pronunciamento do País, mediante a dissolução da mesma e a realização de novas eleições.

Art 96 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juizes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República. Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.⁴⁸³

É possível verificar que, realmente, o princípio de separação de poderes só pode ser exatamente obedecido (como qualquer outra regra que garanta qualquer direito fundamental) em regimes respeitadores da democracia. É possível dizer que tal afirmação implica em acreditar que o Direito por si só não faz se valer quando existe um poder que determina o contrário.

Para garantir tal posicionamento, vai-se de encontro com o pressuposto que o direito tem poder em si mesmo. Mas como se afirma nessa dissertação, o poder normativo do direito realmente só se efetiva mediante um desenho institucional que assim o permita tanto. O império do direito unicamente se mantém quando o poder político assim o possibilita.

Com a redemocratização do país em 1946, constou-se novamente na carta constitucional a fórmula da separação dos poderes tripartidos “independentes e harmônicos

⁴⁸² Claro que a visão da referida Carta não poderia ser declarada constitucional em virtude dos postulados internacionais de proteção aos direitos humanos fundamentais, visto que houve a modificação da postura de direito apartado da moral e da política, para um direito defensor da justiça material. O dogma da separação de poderes, ainda que visto de forma mitigada hodiernamente, ainda é garantia do não-exercício discricionário do poder político. CUNHA JUNIOR, Dirley. A separação das funções estatais ante uma nova dogmática. In: TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Estado constitucional e organização do poder**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 265-290.

⁴⁸³ BRASIL. Constituição (1937). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 12 ago. 2015.

entre si”. A tradição foi mantida ainda nas Constituições posteriores de 1967, na Emenda n. 01/69 e na Constituição de 1988⁴⁸⁴.

Quando a Constituição Federal de 1988, estabeleceu o Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição é que se passou a sustentar o papel desta Corte como verdadeiro Tribunal Constitucional, ainda que haja divergências quanto à qualidade positiva ou negativa do Constituinte não estabelecerem o Tribunal Constitucional nos moldes europeus⁴⁸⁵.

Logo após o período pós-democrático, como afirmado por Arguelhes, no Supremo Tribunal Federal foi observado posicionamento de constrição judicial por parte deste tribunal, de forma que o autor creditou tal arranjo a considerações sobre as personalidades dos juízes que compunham a Corte⁴⁸⁶. Mas como já dito no tópico 3.3 do presente trabalho, também atribuímos esse arranjo a um fator externo, a insuficiência de capital institucional para exercer influência em outras instituições.

Com a analítica Carta de 1988 e a força com que as teorias interpretativas de Ronald Dworkin⁴⁸⁷ e Robert Alexy⁴⁸⁸, por exemplo, impactaram a doutrina do Direito Constitucional⁴⁸⁹ no Brasil, se mostrou favorável para o Judiciário e, por conseguinte, o Supremo Tribunal Federal (em virtude de seu novo capital de reputação, o *status* de Guardiã da Constituição⁴⁹⁰ a possibilidade de acumulação de capital institucional.

Agora, o Supremo é considerado não somente o árbitro que decide quando as regras constitucionais não são claras⁴⁹¹, como também decide questões de políticas públicas de

⁴⁸⁴ CUNHA JUNIOR, Dirley. A separação das funções estatais ante uma nova dogmática. In: TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Estado constitucional e organização do poder**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 265-290.

⁴⁸⁵ DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. Tribunal constitucional do Brasil: novo paradigma do poder moderador. **Revista Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região**, 2004, p. 117. Para maior suporte teórico vide FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. Tradução: Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004.

⁴⁸⁶ ARGUELHES, Diego Werneck. Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel. (org.). **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 214-223.

⁴⁸⁷ Cf.: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira Faedrich. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

⁴⁸⁸ Cf.: ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

⁴⁸⁹ DO VALE, André Rufino. O uso argumentativo da distinção entre regras e princípios pelos tribunais constitucionais ibero-americanos. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Editora Juspodivm, p. 145-184, 2013, p. 150-153.

⁴⁹⁰ ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. O Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, n. 135, p. 185-190, 1997, *passim*.

⁴⁹¹ Vide casos de *impeachment* como o do ex-presidente Fernando Collor (ADIn 223-6 DF) e o da presidente Dilma Rousseff (ADPF n. 378), em andamento quando da redação final da presente dissertação.

impactos diretos no orçamento da federação⁴⁹². O recrudescimento dos outros poderes conduziu o Supremo Tribunal Federal à atual situação de empoderamento. Veremos no tópico a seguir mais sobre essa conjuntura.

4.4 A Ascensão da Jurisdição Constitucional e sua Relação com Quem Deve Decidir Questões Políticas

Classicamente pensamos no Judiciário como um dos três poderes reconhecidos, definido por suas idiossincrasias tais como: a aplicação somente contenciosa da lei, uma vez que somente pode agir se houver litígio, denominado dogmaticamente pelo princípio da inércia da jurisdição⁴⁹³; somente se pronuncia perante o caso concreto e particular, não se manifestando sobre leis ou atos legais em hipótese, ressalvados os casos de arguição direta de inconstitucionalidade e constitucionalidade⁴⁹⁴; e também suas ações são tidas como “programadas e não programantes”⁴⁹⁵, uma vez que suas decisões são tomadas com base em um conjunto de fontes anteriormente publicizadas.

É claro que tais definições formuladas já com o adjetivo “clássico” foram saturadas ao longo do tempo uma vez que, com a transição do paradigma teórico, da supremacia da lei para a supremacia constitucional passou a se rediscutir os papéis de cada instituição dentro do Estado Democrático de Direito. Passou-se do antigo *Rechtstaat* (Estado de Direito) para o *Verfassungsstaat* (Estado Constitucional), compreendendo assim uma modificação do Estado de Direito formal para o Estado de Direito substancial⁴⁹⁶.

Dessa forma, já é lugar-comum na doutrina a afirmação que esse princípio, como concebido outrora, tem a sua utilização mitigada na formulação do sistema jurídico contemporâneo. Assim, afirma-se que não há mais “lugar para a prática de um princípio

⁴⁹² SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais entre proibição do retrocesso e “avanço” do Poder Judiciário? Contributo para uma discussão. TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Estado constitucional e organização do poder**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 371-376.

⁴⁹³ Segundo o art. 2 do Código de Processo Civil positiva o princípio da inércia da jurisdição. “Art. 2. O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei”. BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acesso em: 15 mar. 2016.

⁴⁹⁴ ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. O Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, n. 135, p. 185-190, 1997, p. 187

⁴⁹⁵ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?. **Revista USP**, n. 21, p. 12-21, 1994, p. 13.

⁴⁹⁶ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado de Direito**. Tradução: Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo; Augusto Neves Dal Pozzo. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 16-17; 83.

rigoroso de separação”, vistas que nos encontramos em um estágio em que a organização popular se fez valer como único e real poder⁴⁹⁷.

Segundo Paulo Bonavides, o Estado agora se firma com responsabilidades para com a sociedade que não podiam ser vislumbradas no passado Estado Liberal. Dessa maneira, a liberdade consubstanciada nas doutrinas originárias dessa teoria da separação de poderes era uma liberdade absoluta (e também dos direitos individuais) perante os demais indivíduos.⁴⁹⁸

desde que porém se desfez a ameaça de volver o Estado ao absolutismo da realeza e a valoração política passou do plano individualista ao plano social, cessaram as razões de sustentar, em termos absolutos, um princípio que logicamente paralisava a ação do poder estatal e criara consideráveis contra-sensos [sic] na vida de instituições que se renovam e não podem conter-se, senão contrafeitas, nos estreitíssimos lindes de uma técnica já obsoleta e ultrapassada

Quase todas as afirmações de Bonavides são consubstanciadas no que tange à inutilidade da separação estrita da separação de poderes, apesar de que essa concepção nem mesmo fora afirmada por Montesquieu. Como já mencionado, o filósofo francês, ainda que precariamente, por si só estabelecia um sistema de freios e contrapesos em sua obra, aceitando exercícios de funções atípicas por parte do poder Executivo e Legislativo, somente contemplando a severidade separatista por completo quanto a atividade do poder judiciário (a que ele denominava poder de julgar)⁴⁹⁹.

É imperioso salientar que o princípio da separação de poderes, tendo em vista sua função garantidora da liberdade, de certa forma foi quebrantado, pois que no século XX, observou-se a necessidade de um aumento do empoderamento dos poderes executivos frente aos legislativos, com a finalidade de responder com maior celeridade à complexa dinâmica da sociedade moderna e industrial⁵⁰⁰.

Foi também constatado que partidos políticos que agissem de maneira ordenada e homogênea poderiam fraudar a separação de poderes o que obliterou um pouco a importância da separação de poderes como solução institucional. Assim, o foco passou aos poucos para um debate sobre qual seria o regime que melhor proporcionaria as tomadas decisórias, se seria o

⁴⁹⁷ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 17ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 157.

⁴⁹⁸ Ibidem p. 157.

⁴⁹⁹ A concepção mesma de absoluta separação de poderes só mesmo foi praticada no desenho constitucional estatal da França, o que gerou toda uma peculiaridade dogmática no que tange ao desenho de suas instituições. CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da “justiça constitucional”. **Revista Trib. Reg. Fed. 4ª Reg.** Porto Alegre, a.12, n.40, p. 15-49, 2001, p. 25-31.

⁵⁰⁰ GROHMANN, Luís Gustavo Mello. A separação de poderes em países presidencialistas: a América Latina em perspectiva comparada. **Revista de Sociologia e Política**, v. 17, p. 75-106, nov. 2001, p. 81.

presidencialismo ou o parlamentarismo, tendo um predomínio no sentido de que este último seria a solução de eficiência e estabilidade⁵⁰¹.

Assim, é possível concluir que o equilíbrio idealizado entre poderes seja em Montesquieu, seja nos Federalistas, se modifica conforme as ações tomadas pelos agentes políticos daquele determinado Estado.

Falar de mitigação ou de remarcação dos limites impostos pela separação de poderes, no Brasil hodierno ainda se mostra um pouco temeroso, em função do nosso processo de redemocratização ainda recente. Tanto no Brasil, como na América Latina⁵⁰². Por isso encontramos, tanto na doutrina como em opiniões judiciais, a defesa de uma estrita separação de poderes, ainda por receio de regimes totalitaristas.

Por isso remonta Jorge Miranda, que surgem dois dogmas quando atualmente dialogamos acerca da teoria da separação de poderes: de que os poderes são limitados pelo Estado de Direito e de que liberdade, conforme a própria história nos mostra, realmente, só existe quando o poder é limitado⁵⁰³.

Entretanto, a releitura desses papéis não poderia ser evitada, vez que no contexto da metade final do século passado, séries de movimentos foram estabelecidos nos quais as nações reformularam seus textos constitucionais com o objetivo de reforçar a jurisdição constitucional. Assim, integrando-se o ideal também na doutrina jurídica seja por meio da criação de Tribunais Constitucionais (como ocorrido na Europa Continental), seja pelo reforço de antigos mecanismos de revisão judicial (como ocorreu no Estados Unidos)⁵⁰⁴.

Nesse esteio, observa-se um fenômeno de maior empoderamento do poder Judiciário, patenteando a desintegração da idealização de equilíbrio entre os três poderes como entendido a partir do modelo francês de estanque repartição e completa independência. O sistema de *checks and balances* também já não produz o completo controle e a pergunta que resta é justamente o que então proporciona controle?

⁵⁰¹ DUVERGER, Apud. GROHMANN, Luís Gustavo Mello. A separação de poderes em países presidencialistas: a América Latina em perspectiva comparada. **Revista de Sociologia e Política**, v. 17, p. 75-106, nov. 2001, p. 81.

⁵⁰² GROHMANN, Luís Gustavo Mello. A separação de poderes em países presidencialistas: a América Latina em perspectiva comparada. **Revista de Sociologia e Política**, v. 17, p. 75-106, nov. 2001, p. 75.

⁵⁰³ MIRANDA, Jorge. Divisão do Poder e partidos políticos. In: TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Estado constitucional e organização do poder**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 27-35.

⁵⁰⁴ TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law**. Nova Jérsei: Princeton University Press, 2009, p. 18-42

Vê-se que o debate, então passa a se concentrar acerca da legitimidade institucional da Corte Constitucional em apresentar decisões que ferem decisões supostamente democráticas. Essas questões se dão no entorno da teoria democrática. Assim, considerações acerca das funções típicas e atípicas de cada poder estatal são importantes, mas não fundamentais.

Ao longo das duas últimas décadas, tentativas de remodelação do controle judicial de constitucionalidade foram realizadas ao redor do mundo, onde Mark Tushnet ressalta dois tipos de controle de constitucionalidade: o “strong-form judicial review” e “weak-form judicial reviews”. O primeiro tipo de controle é aquele visto nos Estados Unidos da América, onde a Corte Constitucional altera o sentido das disposições constitucionais de forma com que os outros poderes se adaptem ao sentido posto⁵⁰⁵.

No outro lado, temos o segundo tipo de controle que possui como objetivo a diminuição da tensão entre o poder Judiciário e que Tushnet chama de autogoverno democrático⁵⁰⁶. Assim, existe um controle de constitucionalidade por parte do poder judicial, entretanto tais interpretações podem ser revistas pelo Legislativo, em um curto espaço de tempo, através de regras de decisão similares ao processo legislativo ordinário. Tal forma de controle judicial pode ser encontrada nos países da “Commonwealth”⁵⁰⁷.

A forma de controle judicial mais fraco, “weak-form judicial review” encontra ressonância também na literatura norte-americana, fundada em uma ideia de diálogo entre as instituições. A demonstração de tais tentativas diz respeito a um olhar sobre a literatura existente de conceber melhoras epistêmicas democraticamente⁵⁰⁸

Entretanto, não está dentro dos limites do presente trabalho a proposição de uma nova forma de controle judicial, mas sim de demonstrar a possibilidade de maleabilidade da doutrina de separação de poderes, afirmar que existem alternativas factíveis, entretanto elas se ajustam ao tipo de democracia existente em cada Estado.

⁵⁰⁵ ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. O Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, n. 135, p. 185-190, 1997, p. 187.

⁵⁰⁶ TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law**. Nova Jérsei: Princeton University Press, 2009, p. 18-42.

⁵⁰⁷ TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law**. Nova Jérsei: Princeton University Press, 2009, p. 18-42.

⁵⁰⁸ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 224 f. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 124-157.

Serve para enfatizar que “há um ‘diálogo silencioso’ entre as instituições, conduzida de forma consciente ou não, que cabe ao teórico perceber e reconstruir”⁵⁰⁹. Dessa forma, a posição “deferencial” de uma instituição em relação à outra, percebida no artigo Oscar Vilhena Vieira e discutida no capítulo anterior, pode ser entendida como um meio de cooperação entre as instituições pertencentes aos três Poderes no Brasil.

Nesse ínterim, é inteligível que a posição “deferencial” evidencia um dos fatores políticos externos à decisão judicial que é considerado pela Corte Suprema ao exercer um juízo de inconstitucionalidade, por exemplo, sobre uma decisão tomada por outra instituição⁵¹⁰.

É por isso que terminamos o presente item e capítulo com a apresentação dos questionamentos supracitados com a conclusão de que o Supremo Tribunal Federal de fato exerce influência no desenho institucional. Contudo não significa que pode continuar a exercer uma posição sempre ativista no que concerne às decisões judiciais em questões de decisões contramajoritárias. Isto se dá em função de que o “custo de legitimidade” ou custo do capital institucional pode variar dentro de uma leitura dinâmica da separação de poderes.

É visto que “a corte está imersa na política, e sua atuação está condicionada por diversos fatores que não permitem a livre leitura da constituição”⁵¹¹. O conservadorismo se faz presente e o que surgem são apenas argumentos a favor e contra o ativismo judicial. A colocação da disputa sob o prisma da capacidade de dizer a “última palavra” no que concerne aos assuntos constitucionais, pode levar a um custo muito alto de capital institucional.

Por essas razões, o prof. Conrado Hübner Mendes, introdutora de tal problemática do desenho institucional dos poderes sobre quem deve possuir ou não o poder de dizer a “última palavra” (o Congresso, o Supremo ou o Executivo?) em conflitos constitucionais, dentro de uma visão que pode vir a apaziguar a conflitualidade constante de poderes: a visão do diálogo institucional⁵¹².

A partir de uma perspectiva de Richard Posner acerca da influência da política nas relações institucionais da Corte norte-americana, afirmamos que cabe à posição do juiz

⁵⁰⁹ Ibidem, p. 158.

⁵¹⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*. v. 4. n.2. p. 441-464. São Paulo. jul./ dez. 2008.

⁵¹¹ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 224 f. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 159.

⁵¹² MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 224 f. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 124-157.

pragmático levar em consideração todas as consequências sistêmicas de sua decisão, não no sentido da onisciência de absolutamente todas as consequências, mas da perspectiva de sua experiência na lide da jurisdição constitucional⁵¹³.

Essa problemática pode ser satisfatoriamente analisada se utilizarmos dos aportes teóricos provenientes das outras ciências, quer seja da ciência econômica, quer seja de outra ciência social. Esta abordagem interdisciplinar já é divisada há muito por Richard Posner⁵¹⁴.

A aceitação do declínio do Direito como disciplina autônoma já vem sendo assumida em diversos currículos das faculdades de Direito em todo o país, mas ainda não são reputadas como instrumentais eficazes para a análise do direito. A consideração do aporte teórico trazido pelas ciências sociais, como o capital institucional irão propiciar estudos mais realistas no que tange ao direito praticado e imposto no Brasil.

5 CONCLUSÃO

A presente dissertação procurou examinar e explorar um aspecto externo de influência na formação de decisões do Supremo Tribunal Federal. Realizamos tal empreitada, com base na análise pragmática do Direito consubstanciada pelo aporte teórico de Richard Posner.

Preliminarmente, evidenciamos a fundação de nossa compreensão do direito na Introdução: uma visão cética perante a objetividade, neutralidade, como também da

⁵¹³ POSNER, Richard A. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2010, p. 270-272.

⁵¹⁴ Cf.: Idem. *The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987*. **Harvard Law Review**, v. 100, p. 761, 1987, p. 761.

independência e autonomia do comportamento judicial. Ou seja, um posicionamento com ênfase contextual, como também histórica do direito.

Nossa proposta foi de estabelecer uma conexão entre as decisões proferidas Supremo Tribunal Federal com o contexto institucional através do aporte teórico interdisciplinar.

Dessa maneira, afirmamos de que o Supremo Tribunal Federal é uma instituição jurídico-política, participante do sistema estruturante do Estado brasileiro. Como se caracteriza tanto como instituição jurídica como política, o Supremo Tribunal Federal também pode ser considerado parte do tecido institucional e, portanto, reagente às mesmas interações a que são submetidas as demais instituições de cunho majoritário e não técnico.

Para atingirmos as supracitadas conclusões, foi preciso a superação de etapas que estão diagramadas nos três capítulos constituintes deste trabalho.

Assim, o primeiro capítulo abordou os pressupostos teóricos que infiltram toda a elaboração da dissertação. Tanto materializa para os leitores não habituados à filosofia pragmática suas caracterizações, como tece necessárias considerações a respeito do que pode ser entendido como análise pragmática do direito na concepção de Posner.

Richard Posner, autor popular e com vasta produção nas estantes de livrarias jurídicas como também políticas e econômicas, (vide os seus recentes títulos “Sex and Reason”, “A Failure of Capitalism: The Crisis of ’08 and The Descent Into Depression” e “Why America Slept: The Failure To Prevent 9/11”) possui uma visão singular do pragmatismo jurídico.

Este jurista norte-americano é considerado, atualmente, a expressão do pragmatismo jurídico. Há quem o critique pela falta de senso moral em suas análises, como o faz continuamente Ronald Dworkin. Podemos resumir sua visão pragmática como antidogmática, antimetafísica, não idealista, procedimental, de postura cética e relativista e, eminentemente, empírica.

Creemos que seu sucesso se encontra na visão respeitante aos problemas reais da tomada de decisão judicial, como também da complexa sociedade contemporânea. Apesar de afirmações claramente tendenciosas, a riqueza da contribuição de Richard Posner não pode ser desconsiderada. Principalmente em relação à conclusão de que o isolamento de uma ciência em relação às demais é danoso, sobretudo uma ciência com impactos diretos na sociedade, como a jurídica.

Dessa forma, a sua concepção sobre maximização racional da riqueza, primeiramente, impactou negativamente à construção de uma abordagem que se demonstrasse diligente em relação aos direitos humanos fundamentais. Definir a maximização como fundação ética do direito foi um erro.

Contudo, depois da maturação dos contra-ataques e das suas próprias tentativas de defesa de sua teoria normativa “fundacional”, Posner reconsiderou sua posição, aproximando-a de um pensador que consideramos atemporal e pródigo em suas opiniões sobre o direito: Oliver Holmes Jr.

Assim, foi possível nos utilizarmos da reconstituição de Posner sobre a Análise Econômica do Direito e, em específico, de sua atual formulação da maximização da riqueza aplicada ao raciocínio de seu pragmatismo jurídico.

Com o uso do aparato teórico interdisciplinar, entendemos que o Supremo Tribunal Federal é instituição entreposta no sistema estrutural e organizacional dos três Poderes e, assim, recebe uma influência significativa das demais. Isso ocorre até quando de sua avaliação dos impactos que uma decisão judicial há de ter em seu capital institucional. Ou seja, de uma mensuração da quantidade estocada de capital institucional, bem como das interações entre os atores do desenho institucional.

Não afirmamos, entretanto, que a dinâmica de capital institucional é fator único de tomada de decisão judicial, vez que não consideramos verdadeiras as afirmações que as decisões do Supremo Tribunal Federal, são apenas meios dissimulados para a produção de decisões políticas. Essa é uma afirmação proveniente do movimento vanguardista da “Critical Legal Studies”, corrente radical, introduzida na década de 60, nos Estados Unidos da América. Essa corrente, extremamente subjetivista, apesar de possuir raízes comuns (como as opiniões judiciais de Holmes), não se coaduna com o pragmatismo jurídico, que prima pelo objetivismo.

É por isso que repisamos que as decisões judiciais são considerações de direito e não podem ser consideradas como caracterização de fachada para a Política. Apenas afirmamos que o direito recebe, sim, influxo de outros fatores que não unicamente jurídicos.

Isto se dá porque a visão pragmatista acolhe as evoluções das ciências empíricas, mas também considera de igual importância os valores de continuidade e estabilidade na sociedade, assim entendido como o valor das normas jurídicas. Nada obstante, não as supervaloriza, na medida também que precisa considerar as consequências sistêmicas de cada decisão.

Dessa forma, ao introduzirmos o capital institucional, como um tipo de capital intangível e agrupado com outras formas de capital, admitimos um novo modelo de pesquisa comportamental, que não estritamente jurídica, para o comportamento do Supremo Tribunal brasileiro.

Este capital se caracteriza por conter fatores de capital político (como o capital de reputação), como também de capital humano (o conhecimento adquirido ao longo dos anos de jurisprudência) e de capital institucional (do controle organizacional das “regras do jogo”, como também de sua historicidade e tradição).

Portanto, quanto maior o capital institucional, maior o empoderamento e maior a influência que o Tribunal Constitucional terá no desenho institucional de seu Estado. O seu inverso também implica que essa quantificação é finita, o que tornaria tais decisões ineficazes socialmente.

O motivo de expormos esse conceito é de que, da mesma forma que as outras instituições, também o Supremo Tribunal é capaz de acumular e gastar tal tipo de capital, realizando análise de custo, conforme a maximização racional vista por Posner e pela maioria da teoria econômica, essa *commodity*. Não o fizemos assim de modo a excluir todas as especificidades da instituição que é a Corte Suprema do Brasil, uma vez que ao julgar o ministro também há de considerar além do impacto no capital institucional, uma outra gama de consequências.

O argumento há de parecer estranho à doutrina jurídica, como também do ponto de vista do senso comum da população brasileira. Tradicionalmente, no nosso sistema judicial, de *civil law*, onde o formalismo jurídico impera, a Corte não é observada como uma seara de decisões de cunhos consequencialistas.

Tal se dá pela cultura de autonomia, independência e obediência a um conjunto específico de normas a que o poder Judiciário se submete no sistema brasileira. É uma crença enraizada na história e desenvolvimento do direito brasileiro e na seara de Direito Constitucional, apesar de ter havido maior flexibilização argumentativa com a influência que tiveram as teorias de Dworkin e Alexy no país.

É por essa razão que entrevemos numerosas assertivas na doutrina de que os princípios constituem “guia” para a tomada decisional. Nesse ponto, compartilhamos da visão de Richard

Posner. Tais teorias não irão exercer papel diretivo e/ou constrictivo na formação da decisão do magistrado.

Elas são capazes de atribuir caráter legítimo às decisões dos juízes, bem como são de grande importância para a justificação das decisões e para o juízo de “accountability” do poder Judiciário. Entretanto a constância das teorias interpretativas na tentativa de prescrever como o juiz e, especialmente um juiz de uma Corte jurídico-política como o Supremo, deve ou não se comportar é inócua.

Pragmaticamente falando serão as relações de poder e de como esse é exercido pelos três pilares estatais (Legislativo, Executivo e Judiciário) que irá se propor a realizar efetiva limitação da atuação do poder Judiciário e também do Supremo Tribunal Federal. Devemos admitir que limites formulados pela separação de poderes não são estáticos, nem somente flexíveis, mas continuamente são remarcados em função do ambiente dinâmico da política.

É por esta razão que, na terceira etapa, ou seja, o terceiro e último capítulo, analisamos justamente as problematizações teóricas no âmbito da separação de poderes decorrentes da aceitação das conclusões anteriores. Entretanto, tivemos que primeiramente tecer considerações históricas sobre o desenho institucional do Estado, quer seja ele visto por filósofos políticos como Locke e Montesquieu, como pelos instauradores da doutrina constitucional norte-americana e integrantes do grupo que colocaram no curso da história um dos modelos mais influentes de Constituição democrática.

Assim, nos atemos ao desenho institucional e teoria da constituição: o tema da separação de poderes. Esta dupla invocação de teoria e prática, não poderia ser tomada separadamente e, por isso a colocamos em tópico conjunto, uma vez que de sua simbiose observamos a construção do desenho institucional de vários Estados, tanto de democracias estáveis como de democracias em construção, apoiados em suas evoluções.

Logo após traçamos a história da separação de poderes no Brasil para podermos entender o papel do Supremo Tribunal Federal no desenho institucional brasileiro. Dessa forma pudemos constatar, que este poder sempre foi tido como árbitro de conflitos entre os outros dois poderes, ou seja, a atribuição surgida na Carta Imperial que fora colocada para o Imperador do Brasil na época, passou ao Judiciário com o decorrer da história. Contudo, o Supremo Tribunal Federal e os demais juízos têm assumido também o papel de formulador de políticas públicas.

É a partir desse momento que vemos o aumento do empoderamento do Judiciário e da Corte Suprema no sistema político brasileiro. Acreditamos que a separação de poderes produziu dois mitos: primeiramente o de separação estrita de funções, já superada pela doutrina e, o último, o mito da independência judicial, que consiste no credo de que o juiz não é afetado pelas relações entre poderes e nem de suas instituições. Com a análise interdisciplinar, é provável que também se desmistifique esse dogma.

O Supremo Tribunal Federal não se encontra tão longe do “jogo” político de interação institucional entre os poderes da República brasileira. Desta forma, a produção dessa dissertação teve como intento demonstrar que Supremo Tribunal Federal, inserido num contexto de interações políticas e institucionais, utiliza-se de seu estoque de capital institucional para determinar em maior ou menor quantidade a sua posição ativista ou não judicialmente.

Tais considerações sistêmicas importam principalmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, como árbitro dos conflitos entre poderes e como formulador de políticas públicas. É por esta razão que propomos a contínua proposição de estudos com base na análise pragmática e interdisciplinar para progredirmos em modelos mais acurados com a realidade, baseados em pesquisas empíricas.

A correta utilização do poder (seja consciente ou inconscientemente) do empoderamento que capital institucional, concede para impactar na sociedade brasileira. A contínua manutenção de um “estoque” deste capital formulado a partir da legitimidade dada pela sociedade, na confiança desta na instituição do Supremo é aquela que constitui como elemento essencial para a eficácia social de suas decisões.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, N. **Dicionário de Filosofia**. 4ed. Tradução: Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. **Revista de Direito Administrativo**, v. 265, p. 13-23, 2014.

ALBUQUERQUE, Gilton; CÂNDIDO, Gesinaldo Ataíde. A Intensidade do Capital Institucional numa Estratégia de Desenvolvimento Territorial Sustentável no Vale do São Francisco. **Revista Brasileira de Gestão e Desenvolvimento Regional**, v. 10, n. 4, 2014.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, Cleber Francisco. A influência do pensamento liberal de Benjamin Constant na formação do Estado Imperial Brasileiro. **Revista de Informação Legislativa, Brasília**, v. 45

APEL, Karl-Otto. Charles Peirce: **From Pragmatism to Pragmaticism**. Amherst: University of Massachusetts Press, 1985. [Versão digital. Kindle].

ARAÚJO, Inês Lacerda. O pragmatismo pode ser identificado com o utilitarismo?. **Redescrições**. Ano I, Número Especial: Memória do I Colóquio Internacional Richard Rorty, 2009.

ARRAES, Ronaldo A.; BARRETO, Ricardo Candéa S.; TELES, Vladimir Kühl. Efeitos do Capital Social e do Capital Político no Desenvolvimento Econômico: Simulações para Países e Estados Brasileiros. **Análise Econômica**, v. 22, n. 41.

BAQUERO, Marcello; CREMONESE, Dejalma. **Capital social: teoria e prática**. Ijuí: Unijuí, 2006.

BARRETO, Ricardo Candéa Sá; ARRAES, Ronaldo de Albuquerque. Implicações do capital social e do capital político no desenvolvimento econômico. **Forum BNB de Desenvolvimento/Encontro Regional de Economia**, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **(Syn) thesis**, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.

BELLAMY, Richard. *The political form of the constitution: the separation of powers, rights and representative democracy*. **Political Studies**, v. 44, n. 3, p. 436-456, 1996.

BICKEL, Alexander M. **The Supreme Court and the idea of progress**. Yale University Press, 1978.

BIRD, Colin. **Introdução à Filosofia Política**. Tradução: Saulo Alencastre. São Paulo: Madras, 2011.

BLUMENTRITT, Tim; REHBEIN, Kathleen. *The political capital of foreign subsidiaries: An exploratory model*. **Business & Society**, v. 47, n. 2, p. 242-263, jun. 2007.

BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural**. 2. ed. Brasília, DF: UnB, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 17ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao Direito Constitucional Ocidental**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da “justiça constitucional”. **Revista Trib. Reg. Fed. 4ªReg.** Porto Alegre, a.12, n.40, p. 15-49, 2001.

CARDOZO, Benjamin Nathan. **A natureza do processo judicial**. Tradução: Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CARDOZO, Benjamin Nathan. **Evolução do direito**. Tradução: Henrique de Carvalho. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2004.

CASTELAR, Armando (Org.). **Judiciário e economia no Brasil**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2009.

CASPER, Gerhard. *An Essay in Separation of Powers: Some Early Versions and Practices*. **William & Mary Law Review**, v. 30, n. 2, p. 211, 1989.

CATÃO, Adrualdo de Lima. *Law and Economics, Consequentialism and Legal Pragmatism: the influence of Oliver Holmes Jr.* In: IVR World Congress Law Science and Tecnology, 25., 2011, Frankfurt/Main. **Conference Proceeding. Frankfurt am Main: Goethe-Univ., 2012. 045/2012., Series A.**

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado de Direito**. v.2. Tradução: Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo; Augusto Neves Dal Pozzo. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

CHOPER, Jesse H. **Judicial Review and the National Political Process: A Functional Reconsideration of the Role of the Supreme Court**. Reimpr. Nova Orleans: Quid Pro Books, 2013. [Versão digital. Kindle].

CHOPER, Jesse H. *The Scope of National Power Vis-a-Vis the States: The Dispensability of Judicial Review*. **Yale Law Journal**, p. 1552-1621, 1977.

CÍCERO. **Da República**. Tradução de Therezinha Monteiro Deutsh e Baby Abrão. São Paulo: Nova Cultural, 2001, I.

CONCEIÇÃO, Octavio A. C. A dimensão institucional do processo de crescimento econômico: inovações e mudanças institucionais, rotinas e tecnologia social. **Economia e Sociedade**, v. 17, n. 1, p. 85-108, 2016.

COOTER, Robert; Thomas Ullen. **Direito & Economia**. 5ed. Tradução: Luis Carlos Sander, Francisco Araujo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010.

DA CUNHA, Paulo Ferreira. Do constitucionalismo brasileiro: uma introdução histórica (1824-1988). **História constitucional**, n. 8, p. 263-271, 2007.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. Tribunal constitucional do Brasil: novo paradigma do poder moderador. **Revista Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região**, 2004

DALLARI, Dalmo de Abreu, **Elementos de teoria geral do Estado**. 32ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DAVID, René. **Os grandes sistemas de direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DE CASTILHOS, Dino Sandro Borges. **Capital Social e Políticas Públicas: Um Estudo da Linha Infraestrutura e Serviços aos Municípios do Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar Universidade Federal Do Rio Grande Do Sul**. 2002. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Rural) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul – Porto Alegre/RS.

DELSON, Daniel A. **United States Law: an introduction for international students**. Edição do próprio autor, 2014. [Versão digital. Kindle].

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

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira Faedrich. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EISENBERG, José; POGREBINSCHI, Thamy. Pragmatismo, Direito e Política. **Dados: Revista de Ciências Sociais**. Rio de Janeiro, v.43, n. 4, pp. 107-119, 2002.

EHRlich, Isaac; POSNER, Richard A. *An economic analysis of legal rulemaking*. **The Journal of Legal Studies**, v. 3, n. 1, p. 257-286, 1974.

FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. Tradução: Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004.

FEIGL, Herbert. *Origen y espíritu de Positivismo Lógico*. **Teorema: Revista internacional de filosofia**, v. 9, n. 3, p. 323-352, 1979.

FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

FERNANDES, Antônio Sérgio Araújo. O capital social e a análise institucional e de políticas públicas. **Revista de Administração Pública**, v. 36, n. 3, p. 375-398, 2002.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 5ed. rev. ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2007

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?. **Revista USP**, n. 21, p. 12-21, 1994

FISCHER, L. **The Politics of Shared Power: Congress and the Executive**. Austin: The Texas University Press, 1998.

FISHER, William W.; HORWITZ, Morton J.; REED, Thomas. **American legal realism**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1993.

FRAGA, Juliana Machado; VOLPATO, Luana Figueiró Silva. Breve análise sobre o embate entre o interpretativismo de Ronald Dworkin e o pragmatismo de Richard Posner na construção da decisão judicial. **Barbarói**. Santa Cruz do Sul, n.42, p. 103-120, 2014.

FREITAS, Lorena. *Além da Toga: Uma Pesquisa Empírica Sobre Ideologia e Direito*. Recife: Bagaço, 2009.

FRIEDE, Reis. *Curso de Ciência Política e Teoria Geral do Estado: teoria constitucional e relações internacionais*. 4ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Introdução ao Realismo Jurídico Norte-Americano*. Brasília: edição do autor, 2013.

GREY, Thomas C. *Judicial Review and Legal Pragmatism*. *Wake Forest Law Review*, v. 38, p. 473, 2003.

GREY, Thomas C. *The new formalism*. NYU Colloquium in Law, Philosophy, and Political Theory. 16 set. 1999.

GROHMANN, Luís Gustavo Mello. A separação de poderes em países presidencialistas: a América Latina em perspectiva comparada. *Revista de Sociologia e Política*, v. 17, p. 75-106, nov. 2001.

GUEDES, Enildo Marinho. *Padrão UFAL de normalização*. Maceió: EDUFAL, 2012.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. v.1. 2ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel editores, 2013. [Versão digital. Kindle].

HAYEK, F.A. *Direito, Legislação e Liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política*. Tradução: Henry Maksoud. São Paulo: Visão, 1986.

HERDY, Rachel. O Pragmatismo Jurídico: Levado a sério. *Boletim CEDES*. Rio de Janeiro, p. 15-23, 2008

HIRSCHL, Ran. *The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide*. *Fordham Law Review*, v. 75, 2006.

HOLMES JR., Oliver Wendell. *The common law*. Nova Orleans: Quid Pro Books, 2010. [Versão digital. Kindle].

HOLMES JR., Oliver Wendell. **The path of the law**. Nova Orleans: Quid Pro Books, 2010. [Versão digital. Kindle].

HOWARD, Don. *Progressivism, Pragmatism, and Science: John Dewey's Theory of Science*. **PSA 2008**. Pittsburgh, 6 nov. 2008. Disponível em: <<https://www3.nd.edu/~dhoward1/Dewey's%20Theory%20of%20Science.pdf>>. Acesso em: 1 jun. 2014.

HUME, David. **A treatise of Human Nature**. Disponível em: <<http://www.gutenberg.org/files/4705/4705-h/4705-h.htm>>. Acesso em: 02 jan. 2016.

JAMES, William. *Pragmatism*. Heraklion: Heraklion Press, 2014. [Versão digital. Kindle].

JOIA, Luiz Antonio. Medindo o capital intelectual. **Revista de Administração de empresas**, v. 41, n. 2, p. 54-63, 2001.

KELLOGG, Frederic R. **Oliver Wendell Holmes Jr., Legal Theory, and judicial restraint**. Nova Iorque: *Oxford University Press*, 2007.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle difuso no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LEVI, Edward H. **Uma introdução ao raciocínio jurídico**. Tradução: Eneida Vieira Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LIMA, Danilo Pereira. **Constituição e Poder: Limites da Política no Estado de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

LYNCH, Christian Edward Cyril. O Discurso Político Monarquiano e a Recepção do Conceito de Poder Moderador no Brasil. **Revista Dados**, v. 48, n. 3, 2005

LOCKE, John. **Carta acerca da Tolerância**. Tradução: Anoar Aiex. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/edh_locke_carta_tolerancia.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2016.

LOCKE, John. **Ensaio sobre o Entendimento Humano**. Tradução: Anoar Aiex São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999.

LOCKE, John. **Segundo tratado do governo civil**. Igor César F. A. Gomes (org.) Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. São Paulo: Editora Vozes, 1994.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal: e sua conformidade Constitucional**. v. 2. 2ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LÓPEZ, Edward J. The legislator as political entrepreneur: Investment in political capital. **The Review of Austrian Economics**, v. 15, n. 2-3, p. 211-228, 2002.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial: Fundamentos de Direito**. 2ed. rev. Tradução: Bruno Miragem. Notas da Tradução: Cláudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2011.

MACHIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Tradução: Maurício Santana Dias. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. 2ed. Tradução Rachel Sztajn. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015.

MALMESBURY, Thomas Hobbes de. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Tradução: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva.

Disponível em: <

http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf>. Acesso em: 13 mai. 2015.

MEDOUX, Irma Julienne Angue. Richard Rorty: um pragmatismo iconoclasta. **Redescrições**. n. 3. 2009.

MENAND, Louis. **The metaphysical club**. Nova York: Farrar, Strass and Giroux, 2001. [Versão digital. Kindle].

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 224 f. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2014.

MOURA, Simone Farias et al. O Valor do Intangível em Instituições de Ensino Superior: um enfoque no capital humano. **Encontro Anual da Associação dos Programas de Pós-Graduação e Pesquisa em Administração**, v. 29, 2005.

MULGAN, Tim. **Utilitarismo**. Tradução: Fábio Creder. Petrópolis: Editora Vozes, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução do Processo Penal**. 7ed. rev. at. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NUNES, André. A economia de regulação e a teoria política positiva: *uma análise da regulação de empresas de assistência médica no Brasil*. **Revista Brasileira de Economia de Empresas**, v. 2, n.1, p. 51-60, jan. /mai., 2002.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Amorim de. **O desenvolvimento político concebido a partir dos conceitos de governança política, capital político e autogoverno**: análise dos impactos da atuação do Sebrae no desenvolvimento político goiano de 2004 a 2011. 2011. 308 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2011.

OLIVEIRA, Mariana Azevedo Comello. A parcialidade do juiz nas concepções de Duncan Kennedy e de Richard Posner: uma breve exposição. **Revista Ética e Filosofia Política**. Juiz de Fora, v.2, n.17, p. 55-77, 2014.

PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

PEIRCE, Charles H. **Como tornar as nossas ideias claras**. Tradutor: António Fidalgo. Lusosofia Press. Disponível em:<http://www.lusosofia.net/textos/peirce_como_tornar_as_nossas_ideias_claras.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2015.

POPPER, Karl Raymund. **A lógica das ciências sociais**. Tradução: Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho, Vilma de Oliveira Moraes e Silva. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1978.

POSNER, Richard A. **A Problemática da Teoria Moral e Jurídica**. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

POSNER, Richard A. *A reply to some recent criticisms of the efficiency theory of the common law*. **Hofstra Law Review**, v. 09, p. 775-794, 1981.

POSNER, Richard A. **Cardozo: a study in reputation**. The University of Chicago Press: Chicago, 1993.

POSNER, Richard A. *Creating a legal framework for Economic Development*. **World Bank Research Observer**. v. 13, Iss. 1, 1998. p. 1-11.

POSNER, Richard A. *Conceptions of legal “theory”: A response to Ronald Dworkin*. **Arizona State Law Journal**, v. 29, p. 377-388, 1997.

POSNER, Richard A. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

POSNER, Richard A. **Fronteiras da Teoria do Direito**. Tradução: Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

POSNER, Richard A. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2010.

POSNER, Richard A. *Law and economics in common-law, civil-law, and developing nations*. **Ratio Juris**, v. 17, n. 1, p. 66-79, 2004.

POSNER, Richard A. **Para Além do Direito**. Tradução: Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

POSNER, Richard A. **Problemas de Filosofia do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

POSNER, Richard A. *Some Uses and Abuses of Economics in Law*. **The University of Chicago Law Review**, v. 46, p. 281, 1978.

POSNER, Richard A. *The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987*. **Harvard Law Review**, v. 100, p. 761, 1987.

POSNER, Richard A. **The Economics of Justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1983.

POSNER, Richard A. *The ethical and political bias of the efficiency norm in common law adjudication*. **Hofstra Law Review**, v. 8, p. 487-507, 1980.

POSNER, Richard A. *Wealth maximization revisited*. **Notre Dame JL Ethics & Pub. Pol'y**, v. 2, p. 85, 1985.

POSNER, Richard A. *What Has Pragmatism to Offer Law?* **Southern California Law Review**. Los Angeles, n.63, p.1653-1670, 1990.

PUTNAM, Robert David. **Comunidade e democracia: a experiência da Itália moderna**. São Paulo: FGV Editora, 2000.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da Filosofia: do humanismo a Kant**. v. 2. 2ed. São Paulo: Paulus, 1990.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da Filosofia: do Romantismo até nossos dias**. v. 3. 2ed. São Paulo: Paulus, 1991.

ROBBINS, Lionel. **An Essay on the Nature and Significance of Economic Science**. Londres: MacMillan & Co., Limited, 1932.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. O Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, n. 135, p. 185-190, 1997.

RODRIGUES, Cassiano Terra. O Desenvolvimento do Pragmatismo segundo Dewey. **Cognitio-Estudios: Revista eletrônica de Filosofia**. São Paulo, v. 5, n. 2, p. 198-203, 2008.

RORTY, Richard. **Philosophy and Social Hope**. Nova Iorque: Penguin books, 1999.

RORTY, Richard; PUTNAM, Hilary; CONANT, James *et. al.* *What is pragmatism?*. **Think**, v. 3, n. 08, p. 71-88, 2004.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **O contrato social**. Tradução: Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2007.

SALAMA, Bruno Meyerhof. A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**. Lisboa. n.1, a.1, p. 435-483, 2012.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “Direito e Economia”?. **Systemas-Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas**, v. 1, n. 1, 2009.

SADEK, Maria Tereza. Quirino, Celia Galvão. **O Pensamento político clássico: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau**. 2ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SALGADO, Tiago Barcelos Pereira. A constante experiência do self: *aproximações conceituais entre Dewey e Mead*. **Verso e Reverso**, v. 26, n. 62, p. 83-91, 2012.

SANDRONI, Paulo (Org., Sup.). **Novíssimo dicionário de economia**. São Paulo: Editora Best Seller, 1999.

SARMENTO, Daniel (org.). **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SCHIOPPA, Antonio Padoa. **História do Direito na Europa: Da Idade Média à Idade Contemporânea**. Tradução: Marco Marcionilo e Silvana Corbucci Leite. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros Ed., 1992.

SOUTO, Cláudio; SOUTO, Solange. **Sociologia do Direito: uma visão substantiva**. 3ed. rev. aum. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. et al. **Teoria da Constituição: Estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

SOUZA, José Crisóstomo de (org.). **Filosofia, Racionalidade, Democracia: Os Debates Rorty & Habermas**. São Paulo: Editora UNESP, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

TAMANAH, Brian Z. *Pragmatism in US Legal Theory: Its Application to Normative Jurisprudence, Sociolegal Studies, and the Fact-Value Distinction*. **American Journal of Jurisprudence**, v. 41, p. 315, 1996.

TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Estado constitucional e organização do poder**. São Paulo: Saraiva, 2010.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **Democracy in America**: volume I and II. Tradução: Henry Reeve. 2007. [Versão digital. Kindle].

TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law**. Nova Jérsei: *Princeton University Press*, 2009.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. **Tempo Social**, v. 19, n. 2, p. 39-85, 2007.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política**. 2ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**. v. 4, n.2, p. 441-464. São Paulo. jul./ dez. 2008.

WAAL, Cornelis de. **Sobre Pragmatismo**. Tradução: Cassiano Terra Rodrigues. São Paulo: Edições Loyola, 2007.

WALDRON, Jeremy. *Separation of Powers in Thought and Practice*. **Boston College Law Review**, v. 54, p. 433, 2013.

• Referências de sítios eletrônicos e mídias eletrônicas

BILLS & LEGISLATION. Sítio Eletrônico do Parlamento Inglês. Disponível em: <<http://www.parliament.uk/business/bills-and-legislation>>. Acesso em: 14 fev. 2015.

LINGUA FEATURES: the reviews of academics life online. v. 10, n.4, may 2000. Disponível em: <<http://linguafranca.mirror.theinfo.org/0005/posner.html>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

LOWELL INSTITUTE. Disponível em: <<http://www.lowellinstitute.org/>>. Acesso em 10 jan. 2016.

JUDGE RICHARD A. POSNER. BRIEF BIOGRAPHICAL SKETCH. Sítio da Universidade de Chicago. Disponível em <<http://home.uchicago.edu/~rposner/biography>>. Acesso em: 14 jan. 2016.

17 28052008 ADI3510 MINISTRA CARMEN LUCIA 01. Sítio Eletrônico *You Tube*. Canal: SupremoTube. Postado em: 10 jun. 2013. 23m. 04s. Son., Col., Sem legendas, Qualidade 240p. Sem narrativa. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Hzym7R8tS1E&index=25&list=PL_XLPQ0uqG-MoQYSxvdBio2GuPGcpsN3b>. Acesso em: 2 out. 2015.

• Referências Legislativas e Jurisprudenciais

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, 5 out. 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 12 jan. 2016.

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 12 ago. 2015.

BRASIL. Lei n. 11.105, 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei no 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória no 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei no 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 24 mar. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm> Acesso em: 2 out. 2015.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acesso em: 15 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Ação Direta De Inconstitucionalidade. Lei De Biossegurança. Impugnação Em Bloco Do Art. 5a Da Lei Nº 11.105, De 24 De Março

De 2005 (Lei De Biossegurança). Pesquisas Com Células-Tronco Embrionárias. Inexistência De Violação Do Direito À Vida. Constitucionalidade Do Uso De Células-Tronco Embrionárias Em Pesquisas Científicas Para Fins Terapêuticos. Descaracterização Do Aborto. Normas Constitucionais Conformadoras Do Direito Fundamental A Uma Vida Digna, Que Passa Pelo Direito À Saúde E Ao Planejamento Familiar. Descabimento De Utilização Da Técnica De Interpretação Conforme Para Aditar À Lei De Biossegurança Controles Desnecessários Que Implicam Restrições Às Pesquisas E Terapias Por Ela Visadas. Improcedência Total Da Ação. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510-DF. Procurador Geral da República e Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Ayres Brito. **DJe n. 96, 28 mai. 2010: Ementário nº 2403-1. Voto do Relator. Vencidos, parcialmente, em diferentes extensões, os Ministros Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso e o Presidente.**