

Economic Analysis of Law Review

Análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2404/DF com base no pragmatismo jurídico de Richard A. Posner

Análisis de la Acción Directa de Inconstitucionalidad nº 2404/DF basada em el pragmatismo jurídico de Richard A. Posner

João Victor Pinto Santana¹
Universidade Federal de Sergipe

Karyna Batista Sposato²
Universidade Federal de Sergipe

RESUMO

O presente trabalho partindo dos ensinamentos de Richard A. Posner, visa analisar, primeiramente, a possibilidade de utilização do pragmatismo jurídico pelo Supremo Tribunal Federal, em relação à resolução das demandas constitucionais, e, em seguida, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal na ação direta de inconstitucionalidade – ADI de nº 2404/DF, que teve o escopo de declarar a inconstitucionalidade da norma de proibição contida no art. 254 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Para tanto, quanto à metodologia, utilizou-se de pesquisa bibliográfica com abordagem qualitativa.

Palavras-chave: Pragmatismo jurídico; Interpretação constitucional; Estatuto da Criança e do adolescente.

JEL: K21, L49

RESUMEN

El presente trabajo partiendo de las enseñanzas de Richard A. Posner, pretende analizar, primero, la posibilidad de utilización del pragmatismo jurídico por el Supremo Tribunal Federal, en relación a la resolución de las demandas constitucionales, y luego el posicionamiento del Supremo Tribunal Federal en la acción De acuerdo con lo establecido en el artículo anterior, de acuerdo con lo establecido en el artículo. 254 del Estatuto del Niño y del Adolescente. Para ello, en cuanto a la metodología, se utilizó de investigación bibliográfica con abordaje cualitativa.

Keywords: Pragmatismo jurídico; Interpretación constitucional; Estatuto del Niño y del Adolescente.

R: 03/01/18 **A:** 05/06/18 **P:** 31/08/18

¹ E-mail: j.victorsantana@hotmail.com

² E-mail: karyna.sposato@gmail.com

1. Introdução

O presente trabalho, utilizando-se de metodologia pesquisa bibliográfica com abordagem qualitativa, tem como objeto o pragmatismo jurídico, mais especificamente o pragmatismo jurídico de Richard A. Posner, com o escopo de fomentar a construção de um debate acerca da possibilidade de utilização deste método de interpretação ser adotado pelo sistema jurídico brasileiro, principalmente em relação ao Supremo Tribunal Federal, que é o responsável por enfrentar os dilemas puramente constitucionais.

Nesse sentido, busca-se analisar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal na ação direta de inconstitucionalidade – ADI de nº 2404/DF³, proposta pelo Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), no ano de 2001, que teve o escopo de declarar a inconstitucionalidade da norma de proibição contida no art. 254⁴ do Estatuto da Criança e do Adolescente, que tipificava como infração administrativa a transmissão, via rádio ou televisão, de programação em horário diverso do autorizado, das programações audiovisuais para crianças e adolescente, sob a alegação de que havia afronta à liberdade de expressão, prevista no artigo 5^a, inciso IX, e também ao artigo 21, inciso XVI; e artigo 220, *caput* e parágrafos, ambos da Constituição Federal de 1988.

No tocante à esta análise, almeja-se, como objetivo específico, identificar se houve (ou não) influência do pragmatismo na decisão e, em seguida, demonstrar os benefícios (ou impactos negativos) da presença (ou ausência) do uso do pragmatismo no presente caso.

2. O Pragmatismo Jurídico na Concepção de Richard Allen Posner

Não existe um conceito⁵ de pragmatismo, que o determine com precisão cirúrgica, tendo em vista que se trata de um posicionamento heterogêneo e liberal, por essa razão, o presente trabalho, como corte científico, adota como ponto de partida o entendimento de Richard Allen Posner acerca do pragmatismo jurídico.⁶

Posner define o pragmatismo como uma “abordagem prática e instrumental, e não essencialista: interessa-se por aquilo que funciona e é útil, e não por aquilo que ‘realmente’ é. Portanto, olha para frente” (POSNER, 2009, p. 4), inclusive, para as consequências dos fatos,

³ STF. Plenário. ADI 2404/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 31/8/2016.

⁴ O artigo 254 do ECA estabelece o seguinte: “Transmitir, através de rádio ou televisão, espetáculo em horário diverso do autorizado ou sem aviso de sua classificação: Pena - multa de vinte a cem salários de referência; duplicada em caso de reincidência a autoridade judiciária poderá determinar a suspensão da programação da emissora por até dois dias”.

⁵ Segundo Richard A. Posner (2009), tem-se que “[...] os simpatizantes do pragmatismo geralmente o definem a fim de torna-lo sinônimo de sensatez, enquanto que os inimigos fazem dele sinônimo de irracionalidade e auto-contradição” (POSNER, 2009, p.11).

⁶ Diante disso, justifica-se que as expressões: “pragmatismo” e “pragmatismo jurídico” utilizadas do decorrer deste estudo, referem-se à concepção de Richard Posner (2009; 2010). O referido destaque terminológico faz-se necessário, sob pena surgirem equívocos - tanto filosóficos quanto epistemológicos - tendo em vista a heterogeneidade que é inerente ao pragmatismo.

pois é importante estar “[...] informado sobre o funcionamento, as propriedades e os efeitos prováveis de diferentes planos de ação” (POSNER, 2009, p. 5).

Com isso, nota-se que, para o pragmatismo jurídico de Posner, há a necessidade dos juristas prestarem “[...] atenção aos fatos e a outras considerações práticas e empíricas relacionadas a políticas legais” (POSNER, 2010, p.243).⁷

Nesse sentido, o pragmatismo sugere que, no processo decisório, ocorra a utilização de outras áreas do conhecimento, visto que o direito deve ser compreendido como uma prática social (ARRUDA, 2011).

Assim, evidencia-se que o pragmatismo faz referência à realidade cotidiana, buscando absorver, por meio da experiência e do empirismo, os fundamentos necessários à construção de uma racionalidade.

No tocante à cientificidade e a construção da racionalidade, tem-se que o pragmatismo não descarta a concepção de necessário confronto científico⁸, sustentado por Karl Popper (2004), pois se baseia na concepção de uma “filosofia da ação e do aperfeiçoamento” (POSNER, 2009, p. 5).⁹

O pragmatismo tem como utilidade¹⁰ “[...] ajudar a mudar a cara do meio jurídico, aproximando-se o direito acadêmico da ciência social e o jogo dos juízes do jogo científico” (POSNER, 2009, p. 417-418). É, portanto, sem dúvida nenhuma, uma proposta desafiadora, pois visa adaptar o direito à prática da sociedade, podendo ser caracterizado, inclusive, como um “antídoto para o formalismo” (POSNER, 2009, p. 421).

Para o pragmatismo jurídico de Richard A. Posner, o direito não pode ser visto como uma área autônoma do conhecimento, visto que faltaria, para a ciência jurídica, um objeto e método próprio. Assim, um olhar pragmático exige um debruçamento em outras áreas do conhecimento.¹¹

Assim, a preocupação do pragmatismo estaria entorno dos seguintes questionamentos: Qual a potencialidade danosa do fenômeno que está sendo analisado? Sendo possível impedir a realização do fenômeno que está sendo analisado, qual(is) a(as) consequência(s)¹² de impedi-los? (POSNER, 2009, p. 419)

⁷ Essa preocupação, segundo Posner (2010), fomenta o estudo interdisciplinar da ciência jurídica.

⁸ Segundo Karl Popper (2004), “[...] para que uma nova teoria constitua uma descoberta ou um passo avante, ela deve conflitar com a sua predecessora”. (POPPER, 2004, p.67). Sendo assim, faz-se necessário, pelo ao menos, que haja o conflito entre o novo entendimento e os resultados da teoria anterior. Nessa perspectiva, o autor afirma que o “[...] progresso notável é sempre revolucionário” (POPPER, 2004, p.67). Seria revolucionário, pois teria o condão de instaurar uma mudança de entendimento com o advento da nova descoberta ou do novo entendimento. Na mesma linha de raciocínio, tem-se “[...] a contínua sucessão de teorias científicas não apenas coexiste com o crescimento do conhecimento científico, como é também o principal motor desde crescimento.”(POSNER, 2009, p. 418).

⁹ Nesse sentido, Posner (2009) entende que “[...] a sucessão de teorias de um dado tema não precisa nos aproximar de uma ‘realidade suprema’ (o que não significa negar que o conhecimento científico possa estar crescendo continuamente, sobretudo o conhecimento prático, por oposição ao abstrato)” (POSNER, 2009, p. 413).

¹⁰ O pragmatismo rejeita a ideia de que o direito é “[...] fundado em princípios permanentes e realizado através de manipulações lógicas destes princípios”(POSNER, 2009, p. 428).

¹¹ Posner fomentou a argumentação teórica em prol da construção de uma análise econômica do Direito.

¹² O pragmatismo jurídico se preocupa tanto com as consequências de curto prazo como também com as consequências a longo prazo (POSNER, 2009, p. 422)

A resposta pragmática para questionamentos como estes são adquiridas com base na consideração dos custos e dos benefícios da decisão. E uma abordagem por balanceamento é o ponto de partida natural de um pragmatista, ou seja, compara-se os prós e os contras sociais do que está sendo debatido (POSNER, 2010, p. 278). Para tanto, o julgador parte de premissas pessoais, o que não afastaria a sua imparcialidade.¹³

Nessa toada, o pragmatismo não visa a neutralidade do julgador, mas busca, em verdade, a sua cientificidade. Nada impede, portanto, que o julgamento seja iniciado por premissas, principalmente nos *hard cases*¹⁴, na medida em que “[...] a imparcialidade judicial não é a manutenção de uma tábula rasa. É a capacidade e a boa vontade de afastar considerações ilegítimas” (POSNER, 2010, p. 274).

No presente estudo, partindo-se do entendimento de que uma observação científica “[...] cria um problema somente se ela se conflita com certas expectativas nossas, conscientes ou inconscientes” (POPPER, 2004, p. 15), compreende-se o pragmatismo jurídico como um “[...] método científico de observação do discurso jurídico, verificando a incidência de argumentos baseados em consequências” (FERREIRA; CATÃO, 2016, p. 264).

Dentre estas mencionadas características do pragmatismo jurídico, nota-se que Posner também valoriza o senso comum, na medida em que eleva a opinião pública a um status de norteamento às decisões judiciais.¹⁵

Apesar desta breve delimitação do pragmatismo trazida neste estudo, por meio da compreensão de Richard A. Posner, é crucial salientar que o pragmatismo jurídico não tem como objetivo fim enfrentar o fenômeno jurídico diretamente, muito menos conceituá-lo, tendo em vista que, para o pragmatismo jurídico, a conceituação de direito é despicenda, do mesmo modo em que a teorização ao decidir uma demanda jurídica.

Assim, o pragmatismo jurídico se configura como um método de construção do direito voltado à prática, pois visa desconstruir a concepção de que as questões jurídicas podem ser solucionadas “[...] mediante a investigação da relação entre conceitos e, portanto, sem necessidade de mais que um exame superficial da relação destes com o mundo dos fatos” (POSNER, 2009, p. 421), tendo em vista que, enquanto teoria do conhecimento, o pragmatismo objetiva “analisar a própria produção do conhecimento e sua repercussão para além de uma perspectiva abstrata e teórica acerca do objeto” (FERREIRA; CATÃO, 2016, p. 266).

¹³ No mesmo sentido, nota-se que “[...] é um erro admitir que a objetividade de uma ciência, dependa da objetividade do cientista. E é um erro acreditar que a atitude do cientista natural é mais objetiva do que a do cientista social” (POPPER, 2004, p. 22).

¹⁴ A terminologia: “*hard cases*” (numa tradução livre: “casos difíceis”) é oriunda do pensamento de Dworkin (2002), notório provocador de debates ao pensamento pragmático de Richard Posner, pois este entende que o pragmatismo se aplica em grande parte dos casos difíceis (POSNER, 2009, p. 424), ao contrário do que sustenta Dworkin. Basicamente, essa terminologia (qual seja: “*hard cases*”) se refere aos julgamentos em que o magistrado não encontra regra específica que se encaixe diretamente no caso concreto. Nesse sentido tem-se que: “O positivismo jurídico fornece uma teoria dos casos difíceis. Quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem, segundo tal teoria, o ‘poder discricionários’ para decidir o caso de uma maneira ou de outra” (DWORKIN, 2002, p. 127). Posner entende que se a lei se torna indeterminada, o que pode ser feito é buscar a estabilidade por meio do juiz, ao invés da doutrina ou das filosofias judiciais (POSNER, 2010, p. 273). Enfim, essa é uma das divergências de pensamento entre Dworkin e Posner.

¹⁵ Popper também se declara um verdadeiro admirador do senso comum, pois considera o senso comum como o único ponto de partida possível para a construção de um pensamento filosófico. Além disso, o autor afirma a existência de três mundos: O primeiro seria a “matéria”; O segundo seria a “mente” e o terceiro mundo seriam as teorias e os problemas científicos (POPPER, 2004, p. 96-97).

O pragmatismo jurídico de Posner reconhece que o sistema jurídico deve navegar “harmoniosamente, na medida do possível, por entre as vias da mudança, sem agitar desnecessariamente as águas da política” (POSNER, 2009, p. 427). Com isso, nota-se que o pragmatismo jurídico rejeita a ideia de que a ciência jurídica está fundada em princípios permanentes, que são manipulados logicamente e afasta a noção de utilização do direito para fins sociais. (POSNER, 2009, p.428).

Portanto, salienta-se que o pragmatismo jurídico não está preocupado com a manutenção da lógica hermenêutica do ordenamento jurídico, se esta lógica não for útil a uma efetivação prática de um resultado socialmente adequado e benéfico.¹⁶

Com base nessa compreensão de pragmatismo jurídico, antes de analisar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal na ação direta de inconstitucionalidade nº 2.404/DF, faz-se necessário verificar se há a possibilidade de aplicação do pragmatismo jurídico como interpretação constitucional no ordenamento jurídico brasileiro, visto que é uma corrente jusfilosófica que não se sustenta na concepção de integralidade do direito para a efetivação da segurança jurídica.

3. É (im)possível uma Interpretação Constitucional com Base no Pragmatismo Jurídico de Posner?

Diante dessa concepção de pragmatismo jurídico apresentada, questiona-se: seria possível (ou não) uma interpretação constitucional com base no pragmatismo jurídico de Richard A. Posner?

Para tal reflexão, é necessário compreender que “[...] a interpretação de textos não é um exercício de lógica. Ademais, as fronteiras da ‘interpretação’ são tão elásticas [...] a ponto de pôr em dúvida a utilidade do conceito” (POSNER, 2009, p. 422). Assim, nota-se que “o Direito não se caracteriza tão-somente como silogismo, mas como uma contextualização do fato jurídico, portanto previsível socialmente e não determinável logicamente” (FERREIRA; CATÃO, 2016, p. 272).¹⁷

Ademais, salienta-se que “a interpretação é essencialmente concreta, reporta-se a uma situação de fato, real ou hipotética” (BASTOS, 2014, p.21), o que faz com que seja possível diferenciar a interpretação da hermenêutica, na medida em que interpretar consiste em “atribuir um sentido ou um significado a signos ou a símbolos dentre determinados parâmetros” (BASTOS, 2014, p. 20), para que se possa “determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito” (MAXIMILIANO, 2011, p.1). Na atividade interpretativa, portanto, procura-se estabelecer uma vontade ao texto que está sendo objeto de interpretação, com o escopo de incidir no caso concreto. (BASTOS, 2014, p. 21)

¹⁶ É possível verificar, quanto a este aspecto, uma divergência com a compreensão de ordenamento jurídico de Norberto Bobbio (2014).

¹⁷ No mesmo sentido, verifica-se que “[...] a estrutura discursiva judicial mostra-se entimemática e não silogística” (ADEODATO, 1997. v. 1. p. 262).

Já a hermenêutica, por sua vez, consiste em ser a “teoria científica da arte de interpretar” (MAXIMILIANO, 2011, p. 1), sendo, por conseguinte, “a responsável pelo fornecimento de subsídios e de regras a serem utilizados na atividade interpretativa” (BASTOS, 2014, p. 23).

Ao se deparar com uma questão que esteja em confronto com a lei, a atitude do pragmatismo jurídico é questionar qual das resoluções que são possíveis no caso em debate e quais as consequências são melhores, considerando inclusive “[...] a importância de preservar a linguagem como meio de comunicação eficaz e de preservar a separação dos poderes” (POSNER, 2009, p. 421-422).

Tendo em vista que a “teoria constitucional não precisa necessariamente ter um foco tão restrito e tão inexoravelmente normativo, ainda que ignoremos o fato de que a Constituição faz muito mais que conferir direitos” (POSNER, 2009, p. 183), seria possível, sim, entender o pragmatismo como forma de apreensão do Direito, principalmente em matéria constitucional, visto que o discurso jurídico, presentes nas corte constitucional, não se resume ao raciocínio lógico-dedutivo de mera subsunção normativa.

O pragmatismo jurídico possibilita maior elasticidade normativa, pois [...] “conforme o país se transforma, os juízes, dentro dos amplos limites estabelecidos pelos legisladores e constituintes, devem adaptar as leis a um novo ambiente social e político”(POSNER, 2009, p. 425).¹⁸ Por sua vez, os tribunais possuem a função de “proferir seus pronunciamentos em conformidade com as necessidades do contexto social, que se inserem em uma perspectiva que não se estabeleça meramente em abstrato, mas voltada às consequências e visando ao bem-estar social” (FERREIRA; CATÃO, 2016, p.273).

Richard A. Posner, além de entender que o pragmatismo é aplicado “na maioria dos casos mais difíceis (POSNER, 2009, p. 424), sustenta que:

[...] o pragmatismo é também estimulado no nível da Suprema Corte pelo fato de que a Constituição oferece pouca orientação para solução da maioria dos problemas legais modernos e pelo fato de que os ministros não ficam restringidos por uma visão formalista estreita e direta por medo de verem suas decisões revertidas por um tribunal de instância superior. (POSNER, 2010, p. 50).

Ao analisar a jurisdição dos tribunais superiores, mais especificamente em relação ao Supremo Tribunal Federal, nota-se que: “[...] dada a amplitude prática que suas decisões costumam produzir, a aplicação do método processual pragmático torna-se uma questão de responsabilidade ética” (ATAIDE JUNIOR, 2013, p. 194). Portanto, não restam dúvidas acerca da possibilidade de aplicação do pragmatismo jurídico como interpretação constitucional.

Diante disso, reconhecendo-se que em sede de jurisdição dos tribunais superiores – mais especificamente no âmbito da competência jurisdicional do Supremo Tribunal Federal – é possível a aplicação de uma abordagem interpretativa à luz do pragmatismo jurídico, torna-se viável analisar o posicionamento da corte constitucional brasileira em recente caso referente à ADI nº 2404/DF, com fulcro de buscar entender se houve (ou não) um posicionamento pragmático e quais as consequências jurídicas deste posicionamento.

Sendo assim, justifica-se, como corte metodológico, a análise de apenas este julgado, por meio de três motivos: a) Trata-se de uma decisão recente (do ano de 2016) em que

¹⁸ Dentre outros exemplos, destaca-se a possibilidade de mutação constitucional, por meio de alteração do sentido normativo sem alteração literal do texto constitucional.

houve a colisão entre dois direitos fundamentais, de um lado a liberdade de expressão e, de outro, os direitos da criança e do adolescente. b) O debate jurídico em questão foi socialmente emblemático tanto para a comunidade jurídica quanto para as instituições sociais que militam em defesa dos direitos humanos. c) Proporcionar um olhar jusfilosófico para este processo consiste em ser algo totalmente inovador na comunidade acadêmica jurídica. Com isso, este trabalho não almeja desmerecer a discussão material e processual da referida decisão, pelo contrário, busca fomentar o debate, mas por um outro viés, através da concepção da filosofia do Direito.

4. Posicionamento do Supremo Tribunal Federal na ADI nº 2404/DF

Em âmbito de jurisdição constitucional, evidencia-se constantemente a colisão entre direitos fundamentais, razão pela qual nota-se a complexidade destes casos judiciais, pois exige que os julgadores eliminem, na maioria das vezes, o formalismo jurídico e o tecnicismo exacerbado, sob pena de não ser efetivada a melhor solução jurídico-social para a questão jurídica discutida.

Nesse contexto, de constantes colisões de direitos fundamentais, destaca-se a ação direta de inconstitucionalidade – ADI de nº 2404/DF¹⁹, proposta pelo Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), no ano de 2001, que teve o escopo de declarar a inconstitucionalidade da norma de proibição contida no art. 254²⁰ do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA e, que tipificava como infração administrativa a transmissão, via rádio ou televisão, de programação em horário diverso do autorizado, das programações audiovisuais para crianças e adolescentes, sob a alegação de que havia afronta à liberdade de expressão, prevista no artigo 5^a, inciso IX, e também ao artigo 21, inciso XVI; e artigo 220, *caput* e parágrafos, ambos da Constituição Federal de 1988.

A alegação de inconstitucionalidade baseou-se na expressão: “em horário diverso do autorizado”, trazida pelo artigo 254 do ECA, pois haveria violação ao direito fundamental da liberdade de expressão e da livre manifestação do pensamento.

Com isso, segundo a parte autora, o Partido Trabalhista Brasileiro – PTB, somente caberia ao Poder Público informar o conteúdo do programa a ser transmitido, utilizando-se, assim, a classificação para efeitos indicativos, logo, para efeitos não compatíveis com uma espécie de censura prévia.

Noutras palavras, a questão, basicamente, era a seguinte: determinar um horário para as programações e estabelecer uma autorização (uma espécie de filtro não sobre o conteúdo, mas sobre a adequação da transmissão do horário) para programações televisivas e audiovisuais, em relação ao conteúdo infantojuvenil, é constitucional?

¹⁹ STF. Plenário. ADI 2404/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 31/8/2016.

²⁰ O artigo 254 do ECA estabelece o seguinte: “Transmitir, através de rádio ou televisão, espetáculo em horário diverso do autorizado ou sem aviso de sua classificação: Pena - multa de vinte a cem salários de referência; duplicada em caso de reincidência a autoridade judiciária poderá determinar a suspensão da programação da emissora por até dois dias”.

Somente recentemente, no ano de 2016, é que houve o julgamento desta ação direta de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal – STF. A corte constitucional brasileira decidiu pela inconstitucionalidade da expressão “em horário diverso do autorizado”, prevista pelo artigo 254 do ECA.

A questão jurídica em debate envolveu nitidamente a colisão entre dois pilares constitucionais. De um lado, o direito constitucional à liberdade de expressão das emissoras de rádio e televisão, no tocante às suas programações, e, de outro, o direito constitucional de proteção às crianças e aos adolescentes.

Em casos assim, surgem os seguintes questionamentos: a) Existe a possibilidade de compatibilizar direitos fundamentais, como por exemplo a proteção da criança e do adolescente com a liberdade de expressão? b) Sendo possível tal compatibilização, como procedê-la? c) Este sopesamento estaria previsto na CF?

O STF entendeu que todas as perguntas acima tem resposta positiva, ou seja, há a possibilidade de compatibilização entre os direitos colidentes no processo ora objeto de análise, pois o sopesamento pode ser extraído pela própria Constituição e uma alternativa à compatibilização seria a classificação indicativa²¹ das programações.²²

Tendo em vista que o direito à liberdade de expressão é o pilar fundamental que sustenta a democracia moderna, torna-se crucial analisar o presente caso sob o ponto de vista do pragmatismo jurídico.

Diante da conjuntura política brasileira, de transição democrática recente²³, uma possível decisão seria no sentido de manter a liberdade de expressão das emissoras de rádio e televisão, visto a classificação indicativa das programações não pode ser confundida com autorização. Assim, a União continuaria competente para indicar, informar, recomendar, e não proibir, vincular ou censurar as programações. Aliás, este foi o posicionamento do STF na questão em debate.

Nesse sentido, ao considerar que a liberdade de expressão também exige responsabilidade por parte das emissoras, no tocante ao exercício do direito fundamental de comunicação em relação aos conteúdos relacionados à criança e adolescente, a corte constitucional sinalizou que são as emissoras que devem ter responsabilidade do enquadramento do horário da programação, não o Estado. Assim, nota-se que a classificação indicativa é uma orientação e não um filtro cogente praticado pelo Estado regulador.

Diante desse posicionamento jurídico, questiona-se: o entendimento do STF, neste caso específico, pode ser compreendido à luz do pragmatismo jurídico de Posner? Infelizmente, entende-se que a resposta para tal questionamento é negativa, por diversas razões, mas destacam-se duas.

²¹ Essa classificação é realizada por meio do Ministério da Justiça, nos termos da Portaria 368/2014-MJ. Entretanto, destaca-se que a Constituição Federal de 1988 trata este assunto no artigo 21, inciso XVI.

²² Nesse sentido, entendeu o relator, Dias Toffoli: “É o sistema de classificação indicativa esse ponto de equilíbrio tênue, e ao mesmo tempo tenso, adotado pela Carta da República para compatibilizar esses dois axiomas, velando pela integridade das crianças e dos adolescentes sem deixar de lado a preocupação com a garantia da liberdade de expressão. Daí a importância do estudo e do aprofundamento desse mecanismo. *Afinal, qual o sentido da classificação indicativa? Qual o seu alcance e sua finalidade?*” (STF. Plenário. ADI 2404/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 31/8/2016.) (destacou-se).

²³ Em relação à recente transição democrática brasileira, é interessante a reflexão acerca do constitucionalismo brasileiro tardio (SILVA NETO, 2016).

Primeiro, porque na ADI nº 2404/DF, o STF adotou nitidamente uma visão formalista e excessivamente normativista, com base numa ótica constitucional à luz da integralidade do sistema jurídico de Ronald Dworkin (2002; 2007), visto que a decisão da demanda processual pautou-se primordialmente na busca pela uniformidade de um sistema jurídico. Como se sabe, “o direito como integridade é, portanto, mais inflexivelmente interpretativo do que o convencionalismo ou o pragmatismo” (DWORKIN, 2007, p 272).

Segundo motivo que sustenta a concepção de que não adotou-se a compreensão do pragmatismo jurídico de Posner para a solução da demanda jurídica pelo fato de o STF não ter considerado os impactos jurídico-sociais (leia-se, em terminologia posneriana: “consequências a curto e longo prazo”) à efetivação dos direitos das crianças e dos adolescentes.

Mas então, nesse contexto, como seria uma abordagem pragmática desta demanda processual? Ou, pelo menos, o que o pragmatismo jurídico de Posner (2010;2009), poderia contribuir para que o referido julgamento não fosse tão lesivo à proteção dos direitos da criança e dos adolescentes?

Para o pragmatismo jurídico, “nem a lei, nem a Constituição, nem qualquer outra base normativa serão consideradas como únicas fontes” (ATAIDE JUNIOR, 2013, p. 117) na produção jurídica, o que importa, efetivamente, são as consequências da decisão. Diante disso, desmonta-se a compreensão de integralidade do direito e/ou imperialismo normativo constitucional em prol da segurança jurídica.

Assim, uma abordagem pragmática estaria atenta não somente às crianças e adolescente que possuem um lar estruturado, com pais e/ou responsáveis que orientem o melhor horário para utilização do rádio e/ou televisão, mas também estaria atenta ao grande contingente populacional de crianças e jovens que não possuem pessoas diretamente responsáveis como referência educacional, social e moral e, assim, acabam utilizando os meios de comunicação (incluindo rádio e televisão) como principais formadores de opinião e caráter desse pessoa em desenvolvimento.

Ademais, uma abordagem posneriana, certamente, não descartaria a evolução²⁴ histórica dos direitos da criança e adolescente até a conquista da concepção do conceito de criança e adolescente enquanto sujeito de direito, na condição de desenvolvimento humano.

Em outras palavras: uma abordagem do pragmatismo jurídico não entenderia que a responsabilização pela fiscalização do conteúdo acessível a um determinado grupo vulnerável (neste caso, crianças e adolescentes) seria única e exclusivamente do núcleo familiar, mas, em verdade, de toda a sociedade, inclusive da figura estatal, que, além de indicar, deveria determinar horário para a exibição de determinadas programações.

Além disso, o pragmatismo jurídico não se preocuparia em proteger a liberdade de expressão em demasia diante da colisão entre os direitos da criança e do adolescente, visto que o pragmatismo está atento ao futuro, principalmente em relação às consequências da decisão que impactarão as próximas gerações. Ou seja, o pragmatismo jurídico, no presente caso, seria

²⁴ Um cristalino exemplo dessa evolução histórica são os modelos de responsabilização penal de adolescentes, visto que o sistema jurídico brasileiro sustentou-se por diversos modelos, dentre eles: modelo punitivo (ou etapa penal indiferenciada); modelo de proteção (ou etapa tutelar); modelo educativo (ou de bem-estar); e, por fim, o modelo de responsabilidade (ou etapa garantista), que é o verdadeiro reflexo da constitucionalização dos direitos da criança e adolescente após a Constituição Federal de 1988 (SPOSATO, 2014, p. 73-101).

instrumento apto a fornecer elementos de interpretação à proteção de um grupo social vulnerável que se encontra em fase de desenvolvimento psicossocial e cognitivo.

Uma interpretação pragmática para o presente caso, compreenderia a definição de horários como uma forma direta, clara e objetivamente compreensível (independentemente da escolaridade) de sinalizar aos responsáveis pelas crianças e adolescentes que, a partir de determinado horário, haveria a transmissão de conteúdo prejudicial à formação de uma pessoa em desenvolvimento. Seria, enfim, uma segurança jurídica ao princípio do melhor interesse do menor e ao princípio da proteção integral das crianças e dos adolescentes.

Portanto, compreender que é somente função dos pais e responsáveis fiscalizar o que a criança e/ou adolescente está assistindo é uma visão incompatível, sob o viés do pragmaticamente jurídico de Posner (2009; 2010), com a realidade social brasileira, considerando-se o novo paradigma hermenêutico implementado na ordem jurídica, com o advento da Constituição de 1988 (SPOSATO, 2014, p. 19-55), na medida em que a busca pela efetividade das normas e o fomento à construção de uma dogmática constitucional sustenta-se na dignidade da pessoa humana, que passou a ser a principal orientação normativa na ordem jurídica vigente. E em relação às crianças e adolescentes tal realidade não é diferente, tendo em vista o princípio da proteção integral, que visa conferir, sem distinção, a todos os indivíduos em condição de desenvolvimento, a efetivação do fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana.

5. Considerações Finais

O presente trabalho, tendo como objeto de estudo o pragmatismo jurídico de Richard A. Posner, sustenta que é o possível a utilização deste método de interpretação ser adotado pelo sistema jurídico brasileiro, principalmente em relação ao Supremo Tribunal Federal.

Ao analisar a ação direta de inconstitucionalidade – ADI de nº 2404/DF, nota-se que a decisão do STF não foi influenciada por uma visão do pragmatismo jurídico, mas, sim, por meio de uma interpretação constitucional apegada ao formalismo jurídico, o que conferiu insegurança jurídica e fragilidade ao princípio do melhor interesse do menor e ao princípio da proteção integral das crianças e dos adolescentes.

Por ser uma sensível colisão de direitos fundamentais, como a liberdade de expressão e os direitos da criança e do adolescente, entende-se que o STF adotou uma visão em prol da liberdade de expressão, muito provavelmente por consequência de uma fragilidade democrática e o suposto resquício de período ditatorial, sem considerar o impacto e a relevância da evolução dos direitos das pessoas em desenvolvimento.

Entretanto, com base na liberdade acadêmica e na concepção de necessário confronto científico que Karl Popper (2004) para o desenvolvimento da ciência, nota-se como que tal postura interpretativa da corte constitucional pode ser vista como um impacto negativo para o ordenamento jurídico, por possibilitar um retrocesso que pode ocasionar consequências sociais a curto e a longo prazo à formação das crianças e adolescentes.

Assim, entende-se que a ausência de um posicionamento jurídico pragmático na ADI de nº 2404/DF desprotegeu um setor vulnerável da sociedade brasileira, que são as crianças e os adolescentes, mais especificamente, considerável parcela significativa de indivíduos em

desenvolvimento que não possuem um lar estruturado, com pais e/ou responsáveis para orientar o melhor horário para utilização do rádio e/ou televisão.

Diante disso, é importante reforçar a previsão constitucional do artigo 227 da Constituição Federal de 1988, visto que deve-se compreender que hodiernamente há uma responsabilidade solidária entre as instituições: Família, Estado e Sociedade, em relação à efetivação – com prioridade absoluta – das garantias constitucionais dos direitos das crianças e adolescentes.

Além disso, também não é despendendo salientar que tal proteção integral deve ser conferida e proporcionada, sem distinção, para todas as crianças e adolescentes, razão pela qual as decisões jurídicas devem considerar – à luz da constitucionalização dos direitos das crianças e adolescentes – quais os possíveis impactos sóciojurídicos que afetam o universo de indivíduos em condição de desenvolvimento.

6. Referências

ADEODATO, João Maurício. *O silogismo retórico (entimema) na argumentação judicial*. In: XIII Colóquio Internacional da International Association for the Semiotics of Law - Direito Oficial, Contracultura e Semiótica do Direito, 1997, São Paulo. Anais do XIII Colóquio Internacional da International Association for the Semiotics of Law. São Paulo: EDUSP, 1997. v. 1. p. 392-339.

ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. *Processo Civil Pragmático*. 2013. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013.

ARRUDA, Thais Nunes de. *Como os Juízes decidem os casos difíceis? A guinada pragmática de Richard Posner e as críticas de Ronald Dworkin*. 2011. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 4ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Ari Marcelo Solon. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2014.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução: Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil S.A, 1989.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. Martins Fontes: São Paulo, 2007.

FELIPE, Bruno Farage da Costa. *O pragmatismo antiteórico de Richard A. Posner e as respostas da teoria moral para a decisão judicial*. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

FERREIRA, Cicero Alberto Mendes; CATÃO, Adrualdo de Lima. *O pragmatismo jurídico como método de interpretação constitucional*. In: I Encontro de Pesquisas Judiciárias da Escola Superior da Magistratura do Estado de Alagoas? ENPEJUD, 2016, Maceió. I Encontro de pesquisas judiciárias da Escola Superior da Magistratura do Estado de Alagoas - ENPEJUD: Poder Judiciário: Estrutura, desafios e concretização dos direitos. Maceió: Escola Superior da Magistratura de Alagoas - FUNDESMAL, 2016. v. 1. p. 264-280. Disponível em: <<http://enpejud.tjal.jus.br/index.php/exmpteste01/article/view/40/37>> Acesso em jun. 2017.

FONSECA, Ana Carolina da Costa e. *Dworkin e Posner acerca da existência de respostas certas para as questões jurídicas: a reconstrução de um debate*. Veritas (Porto Alegre), v. 56, p. 63-71, 2011. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/veritas/article/view/9748/7314>> Acesso jul. 2017.

MATHIS, klaus. *Efficiency instead Of justice? Searching for the Philosophical foundations of The economic analysis of law*. Tradução: Deborah Shannon. Springer: 2009.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 10^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

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, 2004.

POSNER, Richard Allen. *Direito, pragmatismo e democracia*. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. *Para além do Direito*. Tradução: Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Constitucionalismo brasileiro tardio*. Brasília: ESMPU, 2016.

SPOSATO, Karyna Batista. Criança, democracia e neoconstitucionalismo no Brasil. *Revista Diké - Mestrado em Direito*, São Cristóvão, v. 4, 2015. 157- 180.

_____. *Direito Penal de adolescentes: Elementos para uma teoria garantista*. São Paulo: Saraiva, 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Acompanhamento processual. ADI 2.404. Plenário. ADI 2404/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 31/8/2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=2404&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M> > Acesso em jun. 2017.