

O CASO DIFÍCIL NO DIREITO: UMA LEITURA PRAGMATISTA DA DECISÃO JURÍDICA

Clóvis Marinho de Barros Falcão¹

RESUMO: O artigo propõe uma leitura da decisão jurídica em casos difíceis a partir da filosofia pragmatista. Diferentemente de abordagens que enfatizam a discricionariedade judicial, com maior ou menor controle argumentativo, parte-se aqui do percurso pragmatista da dúvida à crença, central na teoria do conhecimento de Charles S. Peirce. No campo do direito, em que há uma epistemologia legalizada, nos termos de Susan Haack, sustenta-se, com Frederic Kellogg, que o direito aprende por aproximação sucessiva, transformando casos difíceis em casos menos difíceis ao longo do tempo. Argumenta-se, por fim, que essa leitura permite compreender de modo mais adequado os processos de decisão em sociedades plurais e complexas.

Palavras-chave: Pragmatismo. Decisão jurídica. Casos difíceis. Falibilismo. Epistemologia jurídica.

ABSTRACT: This article proposes an interpretation of legal decision-making in hard cases based on pragmatist philosophy. Unlike approaches that emphasize judicial discretion, with greater or lesser argumentative control, it starts from the pragmatist path from doubt to belief, which is central to Charles S. Peirce's theory of knowledge. In the legal field, where there is a legalized epistemology, in Susan Haack's terms, it is argued, with Frederic Kellogg, that law learns through successive approximation, transforming hard cases into less hard cases over time. Finally, it is argued that this interpretation makes it possible to understand decision-making processes in plural and complex societies more adequately.

Keywords: Pragmatism. Legal decision-making. Hard cases. Fallibilism. Legal epistemology.

1. INTRODUÇÃO

A filosofia e o direito possuem interseções as mais diversas, o que abre ao filósofo do direito preocupações também diversas. Uma de suas preocupações recorrentes é a decisão jurídica, ainda que nem sempre apareça assim nomeada. Ao redor do problema de decidir circulam a legitimidade de quem pode decidir, a legitimidade do conteúdo da decisão, quantos podem decidir, o momento da decisão, os processos decisórios, seus fatores e atores.

Ocupa-nos aqui o ângulo propriamente epistêmico do problema, que diz respeito ao modo como o direito, ou melhor, como os atores jurídicos, atuando no interior de uma prática

¹Professor - Centro de Ciências Jurídicas - Universidade Federal da Paraíba.

institucionalizada, formam convicções, selecionam razões e alcançam conclusões, sobretudo quando se deparam com incertezas, desacordos e casos difíceis.

Por caso difícil entende-se aqui aquele para o qual as premissas e os métodos disponíveis se mostram insuficientes, exigindo que o próprio sistema revise seus critérios – não para improvisar uma solução de ocasião, mas para construir respostas que possam orientar casos futuros.

Há uma tradição consolidada – que aqui chamaremos de perspectiva metodológica – que aborda a decisão jurídica sob o prisma da teoria da argumentação e da principiologia, em um caminho traçado, cada qual à sua maneira, por autores como Ronald Dworkin e Robert Alexy. Sem negar seus méritos e sem enfrentar esses autores, este texto desloca a questão: em vez de tratar as técnicas de fundamentação, prefere-se examinar a decisão jurídica no plano peirceano da fixação da crença.²

Esse deslocamento tem um propósito. Modelos que pensam a legitimidade da decisão a partir do procedimento – como a ética do discurso de inspiração habermasiana ou as teorias da argumentação que dela derivam – partem de uma premissa exigente: a de que a correção da decisão depende da inclusão dos participantes e da aceitação compartilhada das regras do jogo discursivo. Em condições próximas do ideal deliberativo, o procedimento bem conduzido tenderia a produzir a resposta justificável. Essa imagem é valiosa, mas pressupõe condições que sociedades marcadas por desacordos profundos nem sempre oferecem. Quando os próprios direitos fundamentais são objeto de contestação por autoridades políticas, e quando a adesão às regras discursivas não pode ser pressuposta, a decisão jurídica precisa ser compreendida a partir de uma base mais elementar: não como produto de um procedimento aceito, mas como resultado de um processo conflituoso de tentativa e erro, de aproximação gradual da solução pacífica. É essa base que o pragmatismo pode oferecer.

O objetivo desta investigação é heurístico. Não se pretende substituir as teorias existentes, que possuem méritos próprios, mas elaborar um modelo mental capaz de compreender a complexidade da decisão jurídica evitando alguns dos problemas encontrados por abordagens que dependem de premissas mais exigentes. Para as questões aqui colocadas – como se formam convicções em condições de incerteza, como o direito estabiliza respostas sem

² A diferença em relação a Dworkin merece um esclarecimento. No romance em cadeia dworkiniano, cada juiz escreve um capítulo levando em conta os anteriores, mas o modelo se orienta pelo epílogo: pressupõe que a narrativa converge para a melhor interpretação possível, como se a solução fosse sempre alcançável. O pragmatismo aqui proposto inverte o ponto de partida. Não parte da solução, mas do conflito. Dworkin se preocupa com o acabamento do romance; o pragmatismo se preocupa com a construção da cadeia – e admite que a cadeia pode ter uma convergência passageira, ou mesmo não convergir.

garantias prévias de acerto –, a teoria pragmatista nos parece mais adequada, mais sintonizada com o tipo de problema enfrentado.

A hipótese do artigo é, portanto, a de que o pragmatismo oferece um ponto de partida parcialmente independente para pensar esse problema. Ele não começa com um sistema filosófico fechado, mas com uma observação elementar sobre o pensamento humano: a investigação nasce da dúvida e procura uma crença capaz de orientar a ação. Trata-se, aqui, de uma estrutura mínima – a passagem da dúvida à crença – que pode iluminar o modo como o pensamento jurídico se estabiliza quando precisa decidir. Nesse sentido, a verdade não surge como ponto final absoluto, mas como resultado sempre provisório de um processo de investigação, apto a aplacar a dúvida sem eliminá-la de uma vez por todas; essa pretensão modesta, contudo, não equivale a abandonar a ideia de objetividade, mas a encontrá-la em práticas falíveis e revisáveis.

O percurso argumentativo do artigo acompanha esse deslocamento. Parte-se, primeiro, da estrutura pragmatista da passagem da dúvida à crença, com Charles S. Peirce. Em seguida, com Susan Haack, essa moldura é trazida para o campo jurídico por meio da ideia de epistemologia legalizada: o direito não abandona os problemas gerais da investigação, mas os encontra sob condições institucionais próprias, com regras de prova, procedimentos, ônus e limitações práticas que moldam o modo jurídico de busca da verdade. Em Haack, a passagem da epistemologia ao direito não elimina a preocupação com a verdade dos fatos, mas mostra que ela é mediada por práticas e formas institucionais.

A partir daí, o artigo se aproxima de Frederic Kellogg. Uma vez admitido que o direito decide em condições de incerteza e com base em investigações institucionalmente situadas, a decisão jurídica deixa de derivar de premissas inteiramente estáveis, sejam estas regras, princípios ou métodos. Ela passa a ser vista como formação gradual de convicções e aprendizado por aproximação sucessiva. Em vez de subsumir mecanicamente o caso a regras prontas, o direito avança por ajustes graduais, em que decisões, classificações e revisões se acumulam até estabilizar, sempre provisoriamente, critérios mais nítidos para os casos futuros. O argumento, assim, não é propor uma teoria geral e completa da decisão, mas recuar a esse plano mais elementar, em que a investigação, ao ser transportada para o direito, adquire forma jurídica sem perder seu caráter falível, gradual e prudencial.

2. CHARLES S. PEIRCE: DA DÚVIDA À FIXAÇÃO DA CRENÇA

*The irritation of doubt causes a struggle to attain a state of belief.*³
(PEIRCE, 1877).

Nesta seção, o fio condutor será o ensaio de Charles S. Peirce, *The Fixation of Belief* (1877). É dele que extrairemos a estrutura mínima “da dúvida à crença”, que serve de base para descrever o que está em jogo quando, diante de incertezas, o pensamento precisa estabilizar uma resposta que viabilize a ação.

Uma das virtudes de Peirce, considerado o pioneiro do pragmatismo filosófico, está em atentar às experiências elementares. Antes de falar em sistemas, fundamentos ou estruturas conceituais, ele se detém num aspecto basilar do pensamento humano: a dúvida. Ela interrompe, desorganiza, produz incômodo. Quem duvida não está em paz. Daí a investigação surgir, não como capricho do espírito, mas como resposta à instabilidade, à irritação. Seu fim imediato não é outro que a crença, entendida como estado relativamente estável a partir do qual voltamos a agir. Em formulação que já desenvolvi em outro contexto, o pragmatismo estabelece a verdade como crença capaz de acalmar a dúvida; a dúvida desperta o interesse da investigação, que conduz à formulação de hipóteses; e a hipótese confirmada produz uma crença que acalma, ainda que provisoriamente, a angústia inicial. Novas observações, contudo, podem reabrir o processo e exigir nova revisão.⁴

4

Esse ponto de partida é filosoficamente modesto, mas epistemologicamente fértil. Ele não exige, de saída, adesão a uma metafísica robusta nem a uma teoria da razão. Exige apenas o reconhecimento de algo simples: o pensamento não se move no vazio. Ele se mexe num contexto de inquietação e procura uma forma de estabilização. O pragmatismo permite observar o conhecimento menos como contemplação de essências e mais como processo de passagem da incerteza a uma orientação prática.

A crença, aqui, não vale como estado final, mas como repouso relativo. Ela basta para orientar a conduta, embora permaneça sempre exposta à eventualidade de nova dúvida, de nova experiência, de nova interpretação. A crença, nesse sentido, funciona menos como espelho da natureza do que como condição de retomada da conduta – e essa compreensão sóbria da

³ A irritação da dúvida provoca uma luta para alcançar um estado de crença.

⁴ É preciso lembrar que, para Peirce, a dúvida não é apenas aplacada pela investigação racional (método da ciência). Ela pode ser fixada por outros caminhos, como o método da autoridade, no qual a crença é imposta por instituições para evitar a perturbação social, um ponto que guarda óbvias analogias com a finalidade da jurisdição em encerrar litígios mesmo quando a dúvida epistêmica persiste.

racionalidade é uma das razões pelas quais o pragmatismo pode oferecer uma boa porta de entrada para o problema da decisão.

Frederic Kellogg, cujo pensamento será visto com mais detalhes adiante, ajuda a tornar esse ponto ainda mais claro, sobretudo para quem pretende situá-lo na filosofia do direito. Ao reconstruir a herança pragmatista, ele observa que, para Peirce, o conhecimento pode ser entendido como produto dos esforços de uma comunidade de investigadores, isto é, como o esforço coletivo de extrair uma crença generalizada a partir da dúvida diante de problemas humanos (ALVES, 2025). Acrescenta Kellogg que Peirce já chamava de *falibilismo* o método pelo qual abordava a investigação humana⁵: a busca do conhecimento começa com a dúvida, e é por ela impulsionada. ⁶ (KELLOGG, 2009, p. 8).

O alcance dessa formulação é importante. A dúvida não é apenas um episódio psicológico privado. Ela pode ser reconhecida, generalizada e trabalhada intersubjetivamente. A crença resultante também não é uma convicção isolada, mas uma resposta com vocação comunitária, capaz de orientar práticas e expectativas sociais.

É a partir daqui que a aproximação com o direito começa a ganhar forma. Evidentemente, a decisão jurídica não se confunde com a investigação científica, e seria grosseiro fingir que juiz, advogado e cientista social olham as questões da mesma forma⁷. O que nos interessa, porém, não é a identidade de conteúdo, mas a analogia de estrutura: também no direito há momentos em que o curso ordinário do pensamento é interrompido, e essa interrupção exige uma resposta capaz de restaurar, ainda que provisoriamente, a capacidade de agir.

⁵ PEIRCE, Charles S. *The Scientific Attitude and Fallibilism*. In: BUCHLER, Justus (org.). *Philosophical Writings of Peirce*. New York: Dover Publications, 1955. Segundo nota editorial de Buchler, a Parte I consiste em seleções de manuscritos de anotações de c. 1896 (Collected Papers, 1.43-58, 75-80, 103-120), e a Parte II em seleções de manuscritos de c. 1899 e c. 1897 (Collected Papers, 1.135-149).

⁶ O leitor familiarizado com a epistemologia do século XX poderá perguntar por que o falibilismo aqui mobilizado é o de Peirce e não o de Popper, cuja lógica de conjecturas e refutações também proporciona um modelo de conhecimento provisório e revisável. Há duas razões. A primeira é histórica: Peirce formulou o falibilismo ainda no século XIX, várias décadas antes de Popper publicar, em 1934, *Logik der Forschung*. A prioridade cronológica não é, por si só, argumento suficiente, mas situa a tradição pragmatista como fonte originária do conceito, ao menos para a ciência moderna. A segunda razão, mais decisiva, é ligada à recepção: Peirce, ao inserir o falibilismo no pragmatismo, gerou uma linha de influência que chegou ao direito por meio de Holmes, Dewey e, contemporaneamente, Kellogg, Haack e Posner. Popper, ao menos na tradição da lógica da pesquisa científica, não produziu uma escola que transportasse o seu falibilismo para a teoria jurídica com o mesmo grau de elaboração e continuidade.

⁷ Nem todo antidoto para a dúvida é racional. Segundo o próprio Peirce, em *The Fixation of Belief*, quando um avestruz esconde a cabeça no chão para evitar ver o perigo que se aproxima, “muito provavelmente adota o curso mais feliz” (*it very likely takes the happiest course*). Da mesma forma, sobre o homem que passa a vida inteira evitando evidências contrárias às suas crenças, Peirce não vê o que pode ser dito contra essa atitude, pois esse homem “não se propõe a ser racional” (*does not propose to himself to be rational*).

Esse percurso da dúvida à crença é, porém, o percurso ordinário da ação: toda hesitação diante de uma escolha, toda pausa diante do inesperado, aciona a mesma estrutura mínima. Nem toda dúvida, contudo, provém de um caso que mereça ser chamado de difícil.

Importa, então, precisar o conceito que está no centro deste artigo. Entendemos por caso difícil aquela situação em que a dúvida que move o pensamento jurídico atinge certo nível de intensidade, quando o caso se revela um fato anormal, inesperado: um ponto em que o vocabulário disponível já não resolve sozinho, em que a subsunção vacila, em que os precedentes desencaixam, em que razões concorrentes apresentam forças equiparáveis.⁸

Nesses momentos, evidencia-se a forma mínima de Peirce, anteriormente descrita. Surge a dúvida; diante dela, busca-se orientação; dessa busca nasce uma conclusão que não elimina a historicidade nem a contingência do problema, mas basta, momentaneamente, para estabilizar a resposta.

A analogia pode ser percebida até nos exemplos mais corriqueiros da vida prática, como no caso de decidir se pagaremos uma conta com uma nota de cem reais ou duas notas de cinquenta reais. A hesitação diante de um gesto simples e a hesitação diante de um caso jurídico difícil pertencem a esferas radicalmente distintas, mas compartilham a mesma forma elementar: em ambos os casos há uma interrupção do curso ordinário da ação, uma busca por critério e uma conclusão que viabiliza a ação. A diferença está em que, no direito, essa passagem da dúvida à crença é institucionalmente mediada e socialmente orientada. A crença do jurista não vale apenas para si mesmo. Ela precisa resolver conflitos, ao tempo que justifica decisões e orienta expectativas.

O breve resgate de Peirce realizado nesta seção visa mostrar que, antes de ser absorvida por teorias sofisticadas da argumentação ou por reconstruções principiológicas da interpretação, a decisão jurídica pode ser observada em sua forma elementar: como passagem da dúvida à crença. O passo seguinte, então, consiste em mostrar como essa estrutura mínima se transforma quando ingressa no terreno propriamente jurídico, isto é, no universo das provas, dos papéis

⁸ A expressão “caso difícil” possui definições concorrentes na literatura. Para Hart, o caso difícil é aquele que recai na zona de penumbra da regra, onde a textura aberta da linguagem normativa gera indeterminação. Dworkin, em resposta, sustenta que essa indeterminação não é um vazio a ser preenchido por discricionariedade, mas um espaço a ser resolvido por princípios: o juiz recorre a direitos fundamentais e constrói a melhor interpretação possível, no quadro do romance em cadeia, em direção a uma resposta correta. O sentido adotado neste artigo é diverso de ambos e decorre da própria moldura pragmatista: caso difícil é aquele para o qual o conjunto de premissas e métodos disponíveis se mostra insuficiente, exigindo que as próprias premissas e o método de solução sejam repensados. Crucialmente, a solução buscada não é de ocasião: ela é construída com a pretensão de que as premissas revisadas e o método reformulado possam ser aplicados a casos futuros semelhantes, produzindo respostas satisfatórias. O caso difícil, nessa acepção, é aquele que força o sistema a aprender.

institucionais e das limitações específicas do que Susan Haack chamou de epistemologia legalizada.

3. SUSAN HAACK: EPISTEMOLOGIA LEGALIZADA

Nesta seção, a referência principal será o texto de Susan Haack, *Epistemology Legalized: Or, Truth, Justice, and the American Way*, publicado em 2004. O objetivo é mostrar como a estrutura da investigação, ao entrar no direito, passa a operar sob condições institucionais próprias – prova, papéis processuais, ônus, filtros e pressões de tempo –, ao tempo que mantém como pressuposto e objetivo a verdade factual.

Se Peirce oferece a estrutura mínima da passagem da dúvida à crença, Haack mostra como essa estrutura se transforma quando ingressa no interior do sistema jurídico. Já na abertura de seu argumento, ela conecta de uma só vez justiça, verdade factual, prova e epistemologia:

Jeremy Bentham's powerful metaphor of 'Injustice, and her handmaid Falsehood' reminds us, if we need reminding, that justice requires not only just laws, and just administration of those laws, but also factual truth, objective factual truth; and that in consequence the very possibility of a just legal system requires that there be objective indications of truth, i.e., objective standards of better or worse evidence. (...) Not to labor the point: the law is up to its neck in epistemology.⁹ (HAACK, 2004, p. 43-44)

7

Mas Haack não se limita a essa constatação geral. Interessa-lhe mostrar como a investigação se organiza internamente e em que medida ela difere da advocacia:

Inquiry is an attempt to discover the truth of some question or questions. (...) Inquiry involves, first, being struck by a question. (...) the next step is to make a conjecture which, if true, would answer the question at issue; figure out its consequences; check out how well those consequences stand up to any evidence you already have and any further evidence you can lay your hands on; and then use your judgment whether to stick with your conjecture, modify it, abandon it and start again, or suspend judgment until more evidence comes along. (...) An inquirer's business is to discover the true answer to his question; (...) An advocate's business is to make the strongest possible case that this, his side's answer, is the true one.¹⁰ (HAACK, 2004, p. 45)

⁹A poderosa metáfora de Jeremy Bentham, 'a injustiça, e sua serva a Falsidade', recorda-nos, caso isso ainda seja necessário, que a justiça requer não apenas leis justas e administração justa dessas leis, mas também verdade factual, verdade factual objetiva; e que, em consequência, a própria possibilidade de um sistema jurídico justo requer que existam indicações objetivas de verdade, isto é, padrões objetivos de prova melhor ou pior. (...) Para não insistir demais no ponto: o direito está com o pescoço mergulhado na epistemologia.

¹⁰A investigação é uma tentativa de descobrir a verdade de alguma questão ou de algumas questões. (...) A investigação envolve, primeiro, ser atingido por uma questão. (...) o passo seguinte é formular uma conjectura que, se verdadeira, responderia à questão em jogo; examinar suas consequências; verificar quão bem essas consequências resistem a quaisquer provas de que já se disponha e a quaisquer provas adicionais que se possa obter; e então usar o juízo para decidir se se deve manter a conjectura, modificá-la, abandoná-la e começar de novo, ou suspender o juízo até que novas provas surjam. (...) O ofício do investigador é descobrir a resposta verdadeira para sua questão; (...) o ofício do advogado é apresentar o caso mais forte possível de que esta, a resposta de seu lado, é a verdadeira.

Essa distinção é decisiva, ainda que, como a própria Haack adverte, a fronteira entre investigação e advocacia possa por vezes tornar-se nebulosa (“*blurry*”).

A teoria da prova de Haack impede, então, que a diferença entre esses papéis seja tratada apenas em termos morais ou psicológicos. A questão é estrutural: investigação e prova estão intimamente ligadas, e a prova não se apresenta como bloco simples, mas como uma trama complexa de experiência, razões de fundo e conexões mútuas:

The evidence with respect to factual, empirical claims is a complex mesh in which experiential evidence (...) and reasons, i.e., background beliefs, work together like the clues and ramifying intersecting entries in a crossword puzzle. (...) Similarly, how well a factual claim is warranted by evidence depends on how well it is supported by experiential evidence and background beliefs; on how secure those background beliefs are, independent of the claim in question; and on how much of the relevant evidence the evidence includes.” (HAACK, 2004, p. 45-46)

Haack acrescenta que a prova sustenta uma afirmação quando a ancora na experiência, integra-a num relato explicativo coerente e evita que o conjunto se torne incompleto a ponto de ser enganoso (HAACK, 2004, p. 46). São três exigências simultâneas (ancoragem empírica, coerência explicativa e abrangência) que impõem ao direito um padrão de justificação mais denso do que a simples resolução de um impasse. Uma conclusão jurídica que satisfaça apenas uma dessas condições, ignorando as demais, arrisca-se a produzir convicções epistemicamente frágeis.

A partir daí aparece também a distância entre o direito e a investigação em sentido mais puro. Haack insiste que, ao sairmos dos altiplanos da epistemologia e ingressarmos no direito, encontramos um denso emaranhado de questões (HAACK, 2004, p. 48). O direito concentra-se em provas que possam ser produzidas ou admitidas em juízo, trabalha com critérios de avaliação próprios, e opera num ambiente em que a busca da verdade convive com outros valores e exigências. Trata-se de descobrir o que aconteceu e de fazê-lo em tempo útil, com as garantias adequadas e dentro de procedimentos publicamente controláveis. Assim, Haack lembra que, muitas vezes, não temos escolha senão decidir o que fazer com base em qualquer evidência de que dispomos, ainda que a evidência de que dispomos seja incompleta, e com cautela quanto ao seu eventual caráter enganoso (HAACK, 2004, p. 48).

¹¹ A prova referente a afirmações factuais, empíricas, é uma malha complexa na qual a prova experiencial (...) e as razões, isto é, as crenças de fundo, trabalham em conjunto como as pistas e as entradas ramificadas e cruzadas de um jogo de palavras cruzadas. (...) De modo semelhante, o grau em que uma afirmação factual é garantida pela prova depende de quão bem ela é sustentada pela prova experiencial e pelas crenças de fundo; de quão seguras são essas crenças de fundo, independentemente da afirmação em questão; e de quanto a prova relevante está incluído no conjunto probatório.

Diferente do cientista, que pode suspender o juízo indefinidamente enquanto aguarda novas evidências, o direito opera sob a pressão do tempo. A necessidade institucional de fornecer respostas finais e por vezes vinculantes em prazos peremptórios molda a epistemologia legalizada, transformando a investigação em um processo de fechamento forçado da dúvida para viabilizar a ação.

Nessas condições, o sistema adversarial precisa ser lido com sobriedade. Haack não o condena em bloco, mas tampouco o idealiza. Sua formulação é equilibrada: um sistema adversarial de justiça não é, por natureza, um modo sem esperança de determinar a verdade sob as inevitáveis pressões de tempo; mas há boas razões para temer que o nosso atual sistema adversarial esteja muito longe do ideal (HAACK, 2004, p. 55).

Essa constatação é lembrada quando aparecem, no processo, os expedientes estratégicos. A seleção interessada da prova, o reforço retórico de alguns elementos, a minimização de outros e a apresentação de posições parciais como se fossem equilibradas pertencem ao funcionamento real do sistema e não convém ocultar. Haack reconhece esse problema quando nota que os advogados podem agir estrategicamente para “bloquear ou distorcer a verdade”, servindo-se inclusive de recursos que tanto podem revelar falsidades quanto fazer parecer duvidosas as testemunhas honestas. Mas, para os fins deste texto, o mais importante não é descrever em detalhe esses expedientes, mas perceber que eles não anulam o problema epistemológico; apenas tornam seu tratamento mais complexo. O direito continua precisando passar da dúvida a uma conclusão. Continua precisando produzir algum tipo de crença pública justificável. E continua fazendo isso em meio a conflito, estratégia, diferença de papéis e restrições de tempo.

Com Haack, a estrutura pragmatista mínima – dúvida, investigação, crença – revela-se transformada ao ingressar no direito. A dúvida continua sendo o impulso; a investigação, o movimento; a crença, a chegada. Mas tudo isso se distribui institucionalmente, se formaliza em papéis distintos, se condiciona por regras de prova e se submete a exigências simultaneamente epistemológicas e não epistemológicas. Resta saber se, a despeito dessas limitações – a disputa, a parcialidade dos agentes, a pressão do tempo –, as decisões sucessivas, os precedentes, as críticas e as revisões avançam até uma posição razoável. Resta saber, em suma, se o direito aprende.

4. O FALIBILISMO E A APROXIMAÇÃO SUCESSIVA

4.1 KELLOGG E HOLMES: FALIBILISMO JURÍDICO

Nesta seção, trabalhamos com dois textos de Frederic R. Kellogg – *Legal Fallibilism: Law (Like Science) as a Form of Community Inquiry* (2009) e *Hobbes, Holmes, and Dewey: Pragmatism and the Problem of Order* (2010) –, em diálogo com passagens de Oliver W. Holmes apresentadas pelo próprio Kellogg. É tratada a imagem do direito como aprendizado gradual: uma prática que, por aproximação sucessiva, transforma conflitos e incertezas em critérios mais estáveis para decidir casos futuros.

Se Haack mostra as condições institucionais sob as quais o direito investiga, Kellogg permite observar o passo seguinte: a forma como decisões produzidas em condições imperfeitas podem, ainda assim, amadurecer ao longo do tempo. Seu problema já não é apenas o da diferença entre papéis institucionais, mas o do aprendizado do próprio direito. A pergunta passa a ser esta: se o direito decide sob prova incompleta, estratégias parciais e filtros institucionais, ainda assim seria possível dizer que ele aprende e avança? A resposta de Kellogg é, em larga medida, afirmativa.

Para apresentar esse ponto, convém começar por Holmes, mas com alguma cautela. Há sempre o risco de reduzir esse autor a um realista jurídico, a alguém que diria que o papel do advogado é prever as decisões dos magistrados. Susan Haack chama atenção justamente para esse desvio interpretativo, ao advertir que descrições sumárias como “teoria da predição”, “teoria do homem mau” ou “revolta contra o formalismo” não fazem justiça à profundidade do pensamento de Holmes (HAACK, 2015, p. 37-38). Sem entrar em detalhes sobre o tratamento dessa questão feito por Haack, fazemos aqui essa ressalva sobretudo para o leitor que toma a Holmes como um realista puro, para o qual convém lembrar que o “homem mau” em *The path of the law* não é uma tese total sobre o direito, mas um artifício heurístico dentro de um quadro mais amplo.

Adotamos uma linha que apresenta Holmes menos como teórico sistemático e mais como jurista dotado de prudência, ecletismo e sensibilidade ao caso concreto. Holmes não oferece uma teoria sistemática do direito, mas uma inteligência prática capaz de enxergar linhas de coerência no tecido confuso da realidade social sem depender de um conjunto fixo de princípios morais ou de uma construção conceitual unitária. Em uma palavra, prudência. Isso ajuda a explicar por que ele se tornou um dos grandes símbolos do juiz pragmático: desconfia

das fórmulas gerais, mas não abandona a necessidade de decidir; rejeita a falsa segurança da abstração, mas não cai em arbitrariedade.

É com esse pano de fundo que chega a contribuição de Kellogg, para quem Holmes é, antes de um realista jurídico, um pensador preocupado com a ordem social. Em *Pragmatism and the Problem of Order*, Kellogg afirma que tanto Thomas Hobbes quanto Holmes tomam o conflito como problema central, em suas formas militares, políticas, morais e intelectuais; a diferença é que Hobbes resolve esse problema por meio da autoridade, enquanto Holmes o resolve por meio de investigação e ajuste (KELLOGG, 2010, p. 5). Essa distinção é decisiva. O ponto central de Holmes, na reconstrução proposta por Kellogg, não é substituir moral por cálculo nem reduzir o direito à força organizada. A ideia é mostrar que a ordem social – acrescento: em sociedades complexas – não se mantém apenas por imposição de autoridade. Ela depende de um trabalho contínuo de assimilação do conflito em formas institucionais de investigação.

O contraste, porém, não se esgota em dois polos. Se Hobbes resolve o conflito pela autoridade, existe uma tradição procedimentalista que procura resolvê-lo por meio de condições discursivas ideais: sob inclusão e simetria, os participantes chegariam racionalmente a consensos legítimos. Mas quando o papel da autoridade judicial – sobretudo em matéria constitucional – é menos encontrar a resposta correta do que pacificar um entendimento minimamente compartilhável, a ordem não pode depender de um procedimento previamente aceito por todos. Ela precisa emergir do próprio conflito, pelo acúmulo de decisões, resistências e acomodações recíprocas. O modelo que Kellogg extrai de Holmes responde a essa condição: a estabilização não vem de cima, pela autoridade pura, nem de dentro, por um procedimento aceito, mas de baixo, pelo atrito institucionalizado das posições em disputa.

Desse modo, o pragmatismo jurídico adquire, na leitura de Kellogg, uma feição muito particular. Kellogg sugere que Holmes substitui o modelo analítico e estático de ordem, herdado de Hobbes e reproduzido por versões posteriores do positivismo, por um modelo endógeno, dinâmico e comunitário, no qual o conflito não é simplesmente reprimido, mas canalizado para um processo formal de investigação em torno de disputas (KELLOGG, 2010, p. 2; p. 7). Em vez de imaginar o direito como sistema já pronto que resolve os casos por dedução, essa perspectiva o vê como mecanismo de aprendizado social. A ordem não precede completamente o conflito. Ela vai sendo construída na própria tentativa de dar forma ao conflito.

Nesse quadro, em *Legal Fallibilism*, Kellogg fala em aproximação sucessiva (*successive approximation*). Já nos escritos de 1870, Holmes havia descrito a formação das regras jurídicas como uma investigação comunitária incremental:

It is the merit of the common law that it decides the case first and determines the principle afterwards. (...) It is only after a series of determinations on the same subject-matter, that it becomes necessary to 'reconcile the cases,' as it is called, that is, by a true induction to state the principle which has until then been obscurely felt. And this statement is often modified more than once by new decisions before the abstracted general rule takes its final shape. A well settled legal doctrine embodies the work of many minds, and has been tested in form as well as substance by trained critics whose practical interest it is to resist it at every step.¹² (HOLMES, 1870 *apud* KELLOGG, 2009, p. 5)

Essa imagem é decisiva. O processo avança por meio de um *finitismo* inerente à experiência jurídica, isto é, a regra não nasce pronta, mas é extraída de um número finito de exemplares passados, sempre aberta a ajustes diante do novo caso. Kellogg observa que uma decisão inicial opera de modo análogo a um experimento científico; somente após o acúmulo de experiência é que a relevância emerge como uma propriedade do processo (KELLOGG, 2010, p. 11). A boa resposta jurídica não está latente no sistema; ela se forma no trabalho acumulado de decisão e revisão.

Convém precisar o sentido da expressão “aproximação sucessiva”. Ela não designa a convergência em direção a um ideal de referência, como se houvesse uma resposta correta à espera do intérprete. Não há ideal. O que há é um trabalho ponto a ponto, em que cada decisão esclarece um aspecto do problema sem garantia de que o esclarecimento seguinte será melhor do que o anterior. A aproximação é contingente: o que se tem é o conflito e a tentativa institucional de mediá-lo por meio da decisão jurídica. Holmes advertia, porém, que a pressão dos grandes casos pode ser a própria fonte dos desvios: "grandes casos, assim como casos difíceis, fazem mau direito" ("*Great cases like hard cases make bad law*"), pois a pressão social e o interesse imediato desses episódios podem distorcer a percepção das continuidades e sacrificar a estabilização gradual em favor de soluções *ad hoc* (HOLMES, 1904 *apud* KELLOGG, 2010, p. 11-12).

¹² O mérito do *common law* está em decidir primeiro o caso e determinar depois o princípio. (...) Somente depois de uma série de decisões sobre a mesma matéria é que se torna necessário 'reconciliar os casos', como se diz, isto é, formular por verdadeira indução o princípio que até então vinha sendo apenas obscuramente sentido. E essa formulação é muitas vezes modificada mais de uma vez por novas decisões, antes que a regra geral abstraída adquira sua forma final. Uma doutrina jurídica bem consolidada incorpora o trabalho de muitas mentes e foi testada, tanto na forma quanto no conteúdo, por críticos treinados cujo interesse prático é resistir a ela a cada passo.

Mas essa dinâmica de correção gradual não elimina o peso da primeira resposta. Quando um caso genuinamente novo chega a um tribunal superior, a decisão inaugural cria precedente, e o precedente implica inércia. Não há, na perspectiva de Holmes, necessária inclinação epistemológica ao acerto: diante de problemas inéditos, a tendência natural é ao exagero e ao erro, porque o vocabulário disponível ainda não foi testado pela experiência.

Esse ponto pode ser ilustrado pelo percurso da jurisprudência norte-americana em torno de *Lochner v. New York* (1905), quando a Suprema Corte invalidou uma lei que limitava a jornada de trabalho dos padeiros, enxergando na cláusula do *due process* uma liberdade de contratar que o legislador não poderia restringir. Holmes, que foi voto vencido no julgamento, objetou que a Constituição não consagrava nenhuma teoria econômica particular e considerou a lei constitucional. A adoção de seu ponto de vista, porém, levou mais de três décadas e passou por decisões intermediárias – *Muller v. Oregon* (1908), *Bunting v. Oregon* (1917), *Nebbia v. New York* (1934) – até que, em *West Coast Hotel v. Parrish* (1937), a Corte abandonou formalmente a doutrina. A chamada *era Lochner* é um exemplo eloquente de que a aproximação sucessiva não é linear nem indolor: a primeira resposta pode ser má, e sua correção exige tempo, resistência e acúmulo de experiência.

A advertência de Holmes contradiz, assim, a ideia de que casos difíceis sejam paradigma do bom direito, ou ao menos bons laboratórios para o pensamento jurídico. Se o caso surpreende os critérios e os precedentes firmados, a boa resposta jurídica não está pronta. A resposta correta não espera o intérprete como uma essência já inscrita no sistema. A resposta, correta ou apenas provisoriamente estável, será formada no próprio trabalho institucional de decisão, revisão, crítica e estabilização de crenças. A passagem da dúvida à crença, que em Peirce aparecia como estrutura mínima da investigação, reaparece agora em escala social mais ampla. O caso difícil produz dúvida. A decisão produz uma crença inicial. O tempo, os novos litígios, os argumentos rivais e a resistência prática dos atores testam essa crença. O resultado não é uma verdade atemporal, mas uma resposta construída, fortalecida e estabilizada.

Kellogg enfatiza esse ponto ao insistir que uma doutrina consolidada incorpora o trabalho de muitas mentes e foi testada por críticos treinados, cujo interesse prático é resistir a ela a cada passo (KELLOGG, 2010, p. 11).

Se o direito é testado por críticos cujo interesse prático é resistir a cada passo, convém ler com sobriedade a retórica do equilíbrio. Nem toda invocação do meio-termo é honesta. Nem toda apresentação de uma solução como “equilibrada” passa de fato por cessões recíprocas ou

por aprendido. Em muitos casos, trata-se apenas de estratégia. Convém dizer isso com clareza, até para não romantizar o processo. Ainda assim, quando se observa o direito em escala mais ampla, algo permanece. O sistema tende a lapidar soluções extremas, a forçar acomodações, a produzir transações e a transformar conflitos em padrões de solução relativamente estáveis. O equilíbrio, nesse sentido, é o resultado contingente de fricções e ajustes institucionais.

Há ainda outro aspecto do pensamento de Holmes destacado por Kellogg que reforça o ponto: a consistência do direito não é um dado consumado, mas algo sempre em vias de construção. Kellogg cita Holmes para dizer que o direito está sempre se aproximando e nunca alcançando a consistência, e que só se tornaria inteiramente consistente quando deixasse de crescer (KELLOGG, 2009, p. 14).

Em formulação que sintetiza o percurso, Kellogg observa que Holmes trata os casos jurídicos mais como experimentos científicos do que como aplicações dedutivas de regras já claras, isto é, como momentos de um processo contínuo de decisão, revisão, crítica e estabilização.

Legal rules are a product of the conflicts that occur in society, the channeling of conflicts into legal disputes, the gradual accumulation of judicial decisions classified into groups, and the development of a consensual understanding, expressed in rules and principles, as to how future cases should be classified and decided.¹³ (KELLOGG, 2009, p. 16-17)

Nesse horizonte se delinea uma epistemologia pragmática da ordem. O direito não resolve o problema da ordem por uma teoria perfeita, por autoridade pura ou por dedução de axiomas. Resolve-o por investigação, exploração e ajuste, por acumulação de decisões, por crítica, por seleção de relevâncias, por construção gradual de entendimentos. Nessa perspectiva, casos difíceis não produzem mau direito apenas porque desafiam o sistema. Ao contrário, são eles que forçam o sistema a aprender, a rever seus critérios, a testar seus limites e a lapidar suas respostas. O amadurecimento da resposta jurídica não vem da revelação instantânea de uma essência latente, mas da transformação reiterada da dúvida em crenças públicas provisoriamente estáveis.

Embora os exemplos centrais deste artigo provenham da tradição do *common law*, a dinâmica descrita não se limita a ela. Em qualquer sistema jurídico em que a jurisprudência cria direito – e são mais sistemas do que o *common law*, inclusive o brasileiro –, a aproximação

¹³ As regras jurídicas são produto dos conflitos que ocorrem na sociedade, da canalização desses conflitos em disputas jurídicas, do acúmulo gradual de decisões judiciais classificadas em grupos e do desenvolvimento de um entendimento consensual, expresso em regras e princípios, acerca de como casos futuros devem ser classificados e decididos.

sucessiva opera. Súmulas vinculantes, incidentes de resolução de demandas repetitivas e recursos repetitivos são, no fundo, mecanismos institucionais de estabilização gradual, ainda que operem com lógica e procedimentos próprios da tradição romano-germânica.

4.2 DESDOBRAMENTOS DO FALIBILISMO JURÍDICO

Se o entendimento da evolução do direito via aproximação sucessiva fizer sentido, especialmente nos casos difíceis, essa leitura pode se integrar a debates em curso na hermenêutica, na teoria do processo e na filosofia do direito. Ainda que apenas em caráter preliminar, já é possível indicar alguns desses desdobramentos.

Na hermenêutica jurídica, a formação gradual de critérios confere aos precedentes força heurística sem lhes atribuir força obrigatória automática: o precedente orienta, mas o intérprete permanece vinculado a justificar seu uso, demonstrando a repetição dos elementos que tornam o caso presente análogo ao caso passado.

Na teoria do processo, uma declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade no controle concentrado deixa de ser compreendida como resposta peremptória e passa a ser vista como artifício de estabilização de expectativas – sua função é menos epistêmica do que pragmática, menos voltada a encontrar a resposta correta do que a pacificar, provisoriamente, um entendimento compartilhável.

Na filosofia do direito, o peso da doutrina dominante cede espaço à história das ideias jurídicas: importa menos fixar a tese vencedora do que compreender o percurso pelo qual o direito chegou às suas concepções atuais, mostrando o desenvolvimento mais do que o encontro de uma posição definitiva.

5. CONCLUSÃO

O percurso desenvolvido ao longo deste texto procurou observar a decisão jurídica num plano mais elementar de epistemologia, e não no plano da teoria da argumentação ou da jurisdição constitucional. Em Peirce, apareceu a estrutura mínima da passagem da dúvida à crença. Em Haack, essa mesma estrutura surgiu já moldada pelas condições próprias do direito. Em Kellogg, por fim, a dinâmica foi lançada no tempo e passou a ser compreendida como aprendizado gradual, em que casos difíceis não são resolvidos por dedução imediata, mas por investigação falível e acumulada.

Em ambiente plural, a decisão jurídica não precisa ser pensada nem como produto de um método argumentativo nem como improviso arbitrário: ela pode ser compreendida como prática gradual de estabilização, em que dúvida, prova, conflito e revisão transformam casos difíceis em casos menos difíceis.

É preciso dizer com franqueza o que essa leitura *não* oferece. Ela não garante justiça. Não há, no percurso da dúvida à crença, nenhuma promessa de que o acúmulo de decisões conduzirá a respostas moralmente melhores. O aprendizado de que fala Kellogg é acúmulo, não progresso. A aproximação sucessiva pode simplesmente não acontecer, e não dispomos de critérios seguros para saber se estamos de fato nos aproximando de algo melhor. O problema da legitimidade permanece aberto. O problema da assimetria de poder – quem tem voz no processo, quem move mais peças do tabuleiro – também não se resolve. Capitais econômicos, políticos e jurídicos influenciam o processo de estabilização, e seria ingênuo supor o contrário.

É o escopo mais contido que distingue o pragmatismo de tradições que alimentam – nos seus autores ou, mais frequentemente, nos seus leitores – a expectativa de dizer o que é certo. Uma teoria habermasiana, dworkiniana ou de qualquer outra matriz normativa pôde oferecer critérios de correção, mas não modificou, por si mesma, o que é certo. Há fatores mais fortes do que a teoria – estruturas de poder, contingências históricas, correlações de forças que nenhum modelo filosófico controla. O pragmatismo aqui trabalhado não pretende mudança paradigmática; pretende compreensão. Ele oferece ao teórico uma consciência mais sóbria do seu papel social diante de um esquema complexo de poder e saber.

Essa contenção epistemológica não equivale a conformismo. Seria conformista se o pragmatismo se apresentasse como a única leitura possível do mundo, mas não é o que faz. O pragmatismo é, por vocação, pluralista. O pragmatista não será um cidadão conformado; entre as várias leituras de mundo que carrego, está a visão epistemológica aqui apresentada, mas convivem com ela uma visão política, uma visão sociológica, além de perspectivas críticas muito mais incisivas do que a deste artigo. O que o pragmatismo oferece é a possibilidade de que essas diferentes visões coexistam, sem que uma pretenda anular as demais.

Em trabalho anterior, frisamos que o jurista habita simultaneamente dois mundos: externamente, reconhece a falibilidade, a incerteza e o caráter histórico das construções jurídicas; internamente, porém, é compelido pela prática institucional a agir como se operasse sobre fundamentos estáveis. Essa cisão não descreve necessariamente o juiz ou o advogado na sua rotina profissional – é possível que poucos operadores do direito a experimentem no

exercício cotidiano. Ela aparece, contudo, quando se recua dois passos e se observa o sistema jurídico como problema de justiça ou de racionalidade. Há uma tensão estrutural entre os limites institucionais e os limites da reflexão, e é nessa tensão que o jurista dividido se revela. O pragmatismo não resolve essa cisão eliminando um dos polos, mas permite navegar nessa duplicidade, aceitando que a produção social da objetividade nasce justamente desse equilíbrio entre o reconhecimento da dúvida e a necessidade da crença.

Talvez esse caminho permita, em momento posterior, aproximar de forma mais explícita a comunidade de investigadores de Peirce do universo jurídico, explorando em que medida os atores do direito – juízes, advogados, legisladores e acadêmicos – constituem, a seu modo, uma comunidade engajada na estabilização gradual de respostas para problemas que nenhum deles resolve sozinho. Essa hipótese, contudo, exigiria desenvolvimento próprio, que o presente artigo apenas deixa entrever.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2008.

ALVES, Pedro Spindola Bezerra. Os concernidos na democracia: consenso e conflito a partir do pragmatismo em Jürgen Habermas e em Frederic Kellogg. 2025. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2025.

DWORKIN, Ronald. O império do direito. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

HAACK, Susan. *Epistemology Legalized: Or, Truth, Justice, and the American Way*. The American Journal of Jurisprudence, v. 49, p. 43-61, 2004.

HAACK, Susan. Perspectivas pragmatistas da filosofia do direito. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2015.

HOLMES JR., Oliver Wendell. The Path of the Law. Harvard Law Review, v. 10, n. 8, p. 457-478, 1897.

KELLOGG, Frederic Rogers. Legal Fallibilism: Law (Like Science) as a Form of Community Inquiry. Discipline Filosofiche, v. 19, n. 2, 2009.

KELLOGG, Frederic Rogers. Hobbes, Holmes, and Dewey: Pragmatism and the Problem of Order. Contemporary Pragmatism, v. 7, n. 2, p. 1-14, 2010.

PEIRCE, Charles Sanders. The Fixation of Belief. Popular Science Monthly, v. 12, p. 1-15, nov. 1877.

PEIRCE, Charles Sanders. The Scientific Attitude and Fallibilism. In: BUCHLER, Justus (org.). Philosophical Writings of Peirce. New York: Dover Publications, 1955.