XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

ADRIANA FASOLO PILATI

JURACI MOURÃO LOPES FILHO

Copyright © 2018 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

T314

Teorias do direito, da decisão e realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS
Coordenadores: Adriana Fasolo Pilati Scheleder; Juraci Mourão Lopes Filho. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia
ISBN:
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil
http://unisinos.br/novocampuspoa/

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

Apresentação

O Grupo de Trabalhos "Teorias do direito, da decisão e realismo jurídico" apresentado no XXVII Congresso Nacional do CONPEDI contou com pesquisadores das mais diversas localidades do país, representadas pelos variados programas de pós-graduação stricto senso. Os trabalhos trouxeram reflexões sobre múltiplos aspectos afetos ao tema, com enfoques próprios e muitas vezes complementares.

Houve trabalhos ocupados da análise crítica de julgamentos, aplicando conceitos e abordagens próprios do nível profundo de teorização do Direito a fim de evidenciar equívocos subjacentes às decisões. Em abordagem complementar, foram verificadas pesquisas ocupadas de um modo geral com o ativismo judicial e a judicialização da política, articulando conceitos e parâmetros gerais para construção de referencial adequado para compreensão de fenômeno bastante presente na realidade nacional atual. É possível apontar, pois, esses dois temas como centrais das discussões realizados no grupo.

A teoria dos princípios, especificamente, bem como a revisão, aplicação e detalhamento do pensamento de autores com Herbert Hart, Ronald Dworkin, Walter Benjamin, Luigi Ferrajoli e Karl Popper tiveram espaço em textos que demonstram o amadurecimento das discussões sobre suas ideias e a aplicação do referencial para o enfrentamento de questões teóricas e mesmo dogmáticas. Evidencia-se, assim, um maior grau de precisão nas reflexões desenvolvidas a cada ano no Brasil.

Os debates ocorridos após as apresentações levantaram questões correlatas àquelas tratadas expressamente, suscitaram dúvidas prontamente respondidas, indicaram melhorias, reforçaram e conformaram hipóteses. Os leitores dos trabalhos ora publicados terão oportunidade própria, portanto, de também poderem ampliar seus horizontes e perspectivas.

Boa leitura a todos.

Profa. Dra. Adriana Fasolo Pilati Scheleder – UPF

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho – UNICHRISTUS

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

REALISMO JURÍDICO COMO TEORIA SOCIOLÓGICA DO DIREITO E SUA OMISSÃO DE CRITÉRIOS NORMATIVOS PARA AS DECISÕES JUDICIAIS

LEGAL REALISM AS SOCIOLOGICAL THEORY OF LAW AND ITS OMMISSION OF NORMATIVE CRITERIA FOR JUDICIAL DECISIONS

Simone Schuck da Silva [1]
Maurício Pedroso Flores [2]

Resumo

Ao apresentar brevemente o realismo jurídico norte-americano, ocorrido na primeira metade do século XX, e identificar suas principais proposições, representantes e vertentes, o artigo pretende demonstrar como sua corrente moderada pode ser considerada uma interessante teoria sociológica em relação à indeterminação do direito. Por outro lado, também procura mostrar sua incompletude enquanto teoria da decisão judicial. A partir da análise da estrutura normativa do Estado de Direito e da necessidade de um controle democrático da atividade judicial, o trabalho propõe então analisar o realismo jurídico moderado em conjunto com uma teoria crítica hermenêutica das decisões judiciais.

Palavras-chave: Realismo jurídico, Decisão judicial, Indeterminação do direito, Democracia

Abstract/Resumen/Résumé

By briefly presenting north-american legal realism – occurred in the twentieth century – and identifying its main propositions, representatives and strands, this paper aims to demonstrate how its moderate wing could be viewed as an interesting sociological theory about the indeterminacy of law. On the other hand, it also seeks to show its incompleteness as a theory of judicial decision. From an analysis of the normative structure of the rule of law and the needs for a democratic control of jurisdictional activity, the paper proposes to analyze moderate legal realism together with a critical hermeneutical theory of judicial decisions.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Legal realism, Judicial decision, Law indeterminacy, Democracy

[1] Doutoranda e mestra em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Bolsista PROEX/CAPES.

[2] Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos.

1 INTRODUÇÃO

É possível identificar algum potencial democrático no movimento do realismo jurídico? O objetivo deste artigo é demonstrar de que forma o realismo jurídico norte-americano, em sua versão moderada, pode ser considerado uma teoria sociológica e descritiva do direito, mas incompleto enquanto teoria da decisão judicial. Isso porque não enfrenta os problemas estruturais causados pela indeterminação do direito no momento de sua interpretação pelos juízes, tampouco constrói elementos de limitação e controle da liberdade do magistrado na atividade judicial.

Na primeira parte do trabalho, apresentamos o caminho traçado pelos teóricos norte-americanos a partir da crítica ao formalismo jurídico, passando pela Escola Sociológica do Direito até as duas versões do realismo jurídico, o realismo radical e o realismo moderado. Apresentamos seus representantes, suas principais características teóricas e metodológicas e analisamos brevemente suas perspectivas sobre o direito.

Em um segundo momento, concentramos a análise no sentido que o realismo moderado atribui às normas jurídicas no momento da decisão judicial, a partir da constatação de que essa corrente não considerou o direito como determinado pela subjetividade dos magistrados, ao contrário de sua vertente radical.

Por fim, após a atestar as possíveis falhas do realismo moderado enquanto uma teoria da decisão judicial, mas, em contrapartida, considerar suas análises como uma espécie de teoria sociológica e descritiva do direito no que diz respeito a sua indeterminação, apresentamos brevemente as principais preocupações das perspectivas pós-positivistas contemporâneas, quais sejam, a estrutura formal e material do Estado de Direito e o controle jurídico das decisões judiciais em uma sociedade pluralista.

Nas considerações finais, procuramos mostrar que é sim possível identificar um potencial democrático no movimento do realismo jurídico em sua versão moderada, contanto que ele seja entendido como uma teoria sociológica do direito e combinado com uma teoria crítica hermenêutica das decisões judiciais.

2 O CAMINHO DA CRÍTICA ANTIFORMALISTA ATÉ O REALISMO JURÍDICO MODERADO

O começo do século XX representa para a filosofia jurídica norte-americana uma derrocada do formalismo em virtude do advento da Escola Sociológica do Direito e do

movimento do realismo jurídico. Entende-se como formalismo jurídico uma proposição teórica que revela uma preocupação com a preservação da autonomia do direito, sugerindo a existência de soluções predeterminadas para os casos jurídicos e o emprego de métodos objetivos e dedutivos não apenas para a decisão judicial, como também para o estudo e análise do direito como um todo. Em termos mais amplos, no formalismo jurídico, princípios gerais devem ser extraídos de precedentes para solucionar casos futuros (STRECK, 2017; Cf. RODRIGUEZ, 2011).

Embora a definição de formalismo jurídico no direito norte-americano seja controversa, é comum referir-se ao positivista Christopher Columbus Langdell, diretor da Universidade de Harvard entre os anos de 1870 e 1895, como o representante clássico dessa tradição. Segundo o formalismo langdelliano, os juristas deveriam utilizar os mesmos métodos das ciências da natureza para o estudo de sua ciência. Langdell também adotava os *case-books*, em que eram realizados estudos dos casos jurisprudenciais com o objetivo de extrair os princípios gerais e as ideias básicas do *Common Law*. O ensino jurídico do formalismo langdelliano era baseado no *case method* – pelo qual o professor seleciona a jurisprudência sobre o tema da aula e ela deve ser lida previamente pelos alunos – e no método socrático – em que o professor indaga os alunos sobre o material fornecido e os leva a extrair conclusões a partir de princípios por eles identifcados nos casos analisados (FACCHINI NETO; WEDY, 2016).

Contudo, no início do século XX, a *Sociological Jurisprudence* ou Escola Sociológica do Direito aparece como uma crítica ao formalismo, desafiando especialmente as influências de Langdell na teoria e no ensino do direito. Sua base filosófica encontra-se no pragmatismo de Charles Sanders Peirce, William James e John Dewey, segundo o qual a realidade é identificada com a experiência subjetiva. Essa corrente objetivava uma "filosofia sem fundamentos ontológicos *a priori*" (STRECK, 2017, p. 223), onde o significado é o próprio efeito pragmático e o valor da verdade está relacionado ao seu grau de utilidade. O pragmatismo filosófico era constituído pelas seguintes bases de pensamento: a) o antifundacionalismo, pelo qual se identificava como um método de pensamento e não uma doutrina; b) o consequencialismo e o método empírico e experimentalista, que "buscava substituir os critérios racionalistas de análise por procedimentos empíricos e/ou utilitaristas" (STRECK, 2017, p. 223); c) e o contextualismo, segundo o qual a "experiência humana, crenças, valores, tradições são fundamentais para o resultado das investigações científicas e filosóficas" (FACCHINI NETO; WEDY, 2016, p. 78).

Além do pragmatismo, a Escola Sociológica do Direito era caracterizada pela diferenciação entre racionalismo (princípios abstratos e eternidade da razão) e empirismo (fatos e variedade da experiência), pela centralização da legitimidade do direito na subjetividade do juiz e pelo entendimento por vezes instrumental das regras jurídicas (DAVID, 2002). De uma forma geral, a *Sociological Jurisprudence* pautava-se pelo contextualismo, segundo o qual as normas jurídicas deveriam servir às necessidades humanas e sociais às quais o direito deveria ajustar-se (LOSANO, 2007).

Uma das principais referências da Escola Sociológica do Direito é Roscoe Pound, para quem o direito deveria ser entendido como uma engenharia social. Segundo o autor, não há princípios jurídicos eternos e imutáveis e deve-se estabelecer uma visão instrumental do direito. Ele compreendia que o raciocínio jurídico parte do fator normativo do direito, em que estão presentes regras, princípios, conceitos, doutrinas e *standards*, os quais não necessariamente estão positivados, para alcançar interesses, que podem ser individuais, públicos e sociais. Para Pound, os interesses podem ser historicamente mutáveis e relativos e o "Direito não consistiria na dedução lógica das soluções a partir de princípios apresentados *a priori*, sendo necessário procurar os resultados socialmente úteis" (FACCHINI NETO; WEDY, 2016, p. 82).

Outro grande teórico da *Sociological Jurisprudence* é Benjamin Nathan Cardozo. O autor ostentava uma visão aberta do fenômeno jurídico e compreendida que o direito deveria ser analisado pelos seus fins e pela sua função, e não como algo puramente conceitual ou formal. Cardozo designava a sentença judicial como o momento de revelação e criação do direito com foco nos interesses sociais. Por isso, o direito seria uma ciência intimamente relacionada aos fatos e realidades da vida social e, em última análise, seria produto das forças sociais. Para Cardozo, "em uma situação em que o juiz não encontra arrimo em qualquer base jurídica, deve ele levar em consideração os efeitos socioeconômicos de sua decisão" (FACCHINI NETO; WEDY, 2016, p. 85).

Porém, o maior influente das correntes antiformalistas norte-americanas foi Oliver Wendell Holmes Jr. Juiz da Suprema Corte entre 1902 e 1932, ele foi um dos fundadores do Clube Metafísico de Harvard, base de desenvolvimento do pragmatismo filosófico nos Estados Unidos. Holmes Jr. apresentava fortes críticas ao formalismo jurídico e ao método de ensino do direito de Christopher Langdell, pois compreendia que "a vida do direito não tem sido lógica: mas experiência" (HOLMES JR., 2009, p. 25, tradução nossa). O autor compartilhava das matrizes filosóficas da filosofia da consciência, segundo a qual o

conhecimento do mundo somente é possível por meio da experimentação (FACCHINI NETO; WEDY, 2016; STRECK, 2017).

Holmes Jr. não creditava às leis a capacidade para solucionar os casos concretos e destacava a influência de fatores extralegais no momento da decisão judicial. Assim, formulou a Teoria da Predição (*prediction theory*), também chamada de Alegoria do Homem Mau (*bad man*), segundo a qual, na interpretação do direito, os juristas deveriam se interessar pela única coisa que interessa ao homem que é conduzido perante um tribunal por supostamente violar uma lei: saber o que os juízes farão com ele. As normas jurídicas seriam apenas "predições" do direito; conhecer o direito, portanto, equivalia a prever como os magistrados julgariam determinado caso. Nas palavras do próprio autor:

> "O que é o Direito?" Vocês encontrarão autores que dirão que é algo diverso do que é decidido por tribunais de Massachusetts ou da Inglaterra, que é um sistema racional, que é uma dedução a partir de princípios éticos ou de axiomas consolidados, que pode ou não coincidir com o que foi decidido por aqueles tribunais. Mas se nós pegarmos o ponto de vista do nosso amigo, o homem mau, nós perceberemos que ele não dá a mínima para princípios ou axiomas ou deduções. O que ele quer saber é como as cortes de Massachusetts ou da Inglaterra realmente decidirão seu caso. E eu concordo com essa visão. Profecias sobre o que as cortes efetivamente farão, e nada mais pretensioso do que isso, é o que entendo por Direito (HOLMES JR., 1975, p. 20-21, tradução nossa).

É possível notar no pensamento de Holmes Jr. a influência do pragmatismo em definir como o caso concreto seria julgado. Para o autor, "se queres conhecer o Direito e nada mais, veja o problema com os olhos do homem mau, a quem apenas importa as consequências materiais que, graças a esse conhecimento, pode predizer" (HOLMES JR., 1975, p. 19, tradução nossa). A utilização instrumental do direito é da mesma forma perceptível na Teoria da Predição: "falando do ponto de vista do homem mau, [...] o direito incrementa a uma ou outra situação alguma desvantagem adicional ou, pelo menos, alguma consequência posterior" (HOLMES JR., 1975, p. 22, tradução nossa).

Tanto Roscoe Pound quanto Oliver Wendell Holmes Jr. influenciaram a formação do movimento que viria a ser conhecido como realismo jurídico norte-americano. Porém, antes de apresentar suas proposições teóricas, é necessário diferenciar o realismo jurídico norte-americano do realismo escandinavo, sobre o qual não trataremos neste trabalho. O realismo escandinavo foi fundado entre 1908 e 1917 pelo filósofo sueco Axel Hägerström e foi posteriormente desenvolvido por Karl Olivecrona. Entre seus objetivos principais estava a crítica às influências distorcidas da metafísica sobre o direito. O realismo escandinavo é geralmente apontado também como de maior aprofundamento teórico em relação ao realismo

norte-americano. Em comum, ambos pretenderam explicar "o que o direito realmente é" e como ele funciona "na prática" (FACCHINI NETO; WEDY, 2016; STRECK, 2017).

Já o realismo jurídico norte-americano foi fundado no início do século XX e é representado principalmente por Felix Cohen, Walter Cook, Jerome Frank e Karl Llewellyn. Seu principal objetivo foi fornecer ao direito uma abordagem interdisciplinar e pragmática em oposição ao formalismo jurídico. Seu maior desenvolvimento ocorreu na década de 1930, a partir das influências da escola sociológica do direito. O termo "realismo jurídico" (*legal realism*) refere-se à real capacidade descritiva do direito, e seu primeiro uso foi registrado no trabalho *Some realism about realism. Responding to Dean Pound* de Karl Llewellyn, publicado em 1931 (FACCHINI NETO; WEDY, 2016; STRECK, 2017).

De forma geral, podemos dizer que o movimento do realismo jurídico se pautava em uma descrença na estabilidade do direito, compreendendo-o como em constante fluxo. Isso porque os realistas compreendiam que a sociedade se transformava sempre em uma velocidade mais rápida do que o direito, o que acarretava a necessidade de os juízes exercerem uma atividade criativa. Assim, a própria norma jurídica, a lei, era então considerada criação judicial (DAVID, 2002).

No cerne do realismo jurídico, há um raciocínio finalístico, pelo qual o direito não possui um fim em si mesmo, mas é um meio para alcançar objetivos sociais. Por isso, a motivação do juiz na decisão judicial é apenas uma racionalização *a posteriori* de suas verdadeiras razões de decidir, que permanecem ocultas. O magistrado, nesse sentido, avalia as normas jurídicas com referência ao seu impacto social (LOSANO, 2007). Essa também é a principal perspectiva do entendimento do realismo jurídico sobre o ensino do direito. Para os realistas, os juristas devem lidar precipuamente com as consequências sociais de suas decisões (FACCHINI NETO; WEDY, 2016).

Os realistas, em geral, não compreendem o direito como uma realidade objetiva a direcionar a decisão judicial para um único caminho correto, motivo pelo qual desconfiam de formulações, regras e conceitos tradicionais e prévios à decisão pelo magistrado. Seu objetivo é descrever a atividade dos tribunais, pois as "normas não são prescrições e sim descrições mais ou menos afortunadas do comportamento do juiz" (STRECK, 2017, p. 247). Seu material jurídico é a sociedade e seus interesses são variados, em razão de sua base teórica empirista segundo a qual o "conhecimento só existe a partir dos sentidos" (STRECK, 2017, p. 247). Para Brian Leiter (2010), o realismo jurídico estaria relacionado ao naturalismo filosófico, no sentido de compartilhar a visão metodológica de que a teorização da filosofia

deveria ser contínua e dependente da pesquisa empírica das ciências naturais e sociais. A partir dos dados empíricos deveria ser construída a teoria filosófica para acomodá-los.

Como a validade do direito está estritamente relacionada ao seu pronunciamento pela autoridade competente, no caso, dos juízes, o realismo norte-americano pode ser considerado um positivismo jurídico, forma teórica em que o direito é um fato social produzido pela razão humana. Mais especificamente, o realismo jurídico é um positivismo "fático", pois, para o movimento, a legitimidade do direito está relacionada à sua autoridade criadora: o juiz parte de um grau zero de sentido e observa os fatos sociais para construir a decisão judicial, pela qual ele *põe* a norma jurídica, ou seja, o sentido jurídico nos fatos. A atividade do jurista, nesse sentido, é a de descrever a prática judicial. Trata-se de um movimento inserido no paradigma da filosofia da consciência, em que há uma cisão entre sujeito e objeto e pelo qual a razão humana atribui sentidos ou, de maneira mais simples, *põe* o direito (STRECK, 2017).

Como todo positivismo jurídico, o realismo pretende assumir uma metodologia descritiva de cunho adequacionista, em que a verdade é a adequação do intelecto ao objeto. Significa dizer que "o mundo é compreendido como um conjunto de substâncias que possuem determinadas propriedades. A função do intelecto humano consistiria [...] em captar essa realidade e expressá-la usando a linguagem como uma ferramenta" (STRECK, 2017, p. 161).

Por fim, uma característica importante do realismo jurídico é o protagonismo judicial. Em sua forma mais extrema, o direito seria o que seu intérprete diz que ele é e se realizaria pela decisão judicial mesma. Nesse sentido, haveria uma identificação do direito com a moral do juiz que decide o caso concreto: "o juiz, dentro de uma pluralidade de opções corretas fornecidas pelo ordenamento jurídico, estaria autorizado, mediante um ato de vontade, a escolher uma delas a partir do seu exclusivo arbítrio" (STRECK, 2017, p. 246).

O realismo jurídico é frequentemente analisado a partir de duas vertentes, uma mais radical e outra mais moderada. Jerome Frank é considerado um dos maiores expoentes da ala radical do realismo. Sua adoção da metáfora do *bad man* de Holmes Jr. foi enfática a ponto de negar a possibilidade de formulações de previsibilidade confiável em relação às decisões judiciais, porque os juízes estariam *psicologicamente* condicionados por suas próprias preferências e interesses. Como Frank considerava que o raciocínio jurídico é um processo psicológico do magistrado, é comum que o realismo jurídico radical seja relacionado na literatura do direito com uma perspectiva psicológica determinista (TAMANAHA, 2011; DAVID, 2002).

Para Frank, havia livre discrição na atividade judicial, no sentido de que a própria essência do aspecto criador do direito estava pautada na discricionariedade. Assim, a

possibilidade de o direito ser estável, firme e fixo seria um mito relacionado ao complexo humano com a figura paterna, o que ele denominou de *father-authority* (FACCHINI NETO; WEDY, 2016) – influência direta de suas leituras de Freud. A tarefa dos juízes, portanto, seria selecionar a premissa maior segundo seus critérios de justiça e então selecionar os fatos da premissa menor. Porém, o direito não seria produto da confrontação de ambas essas premissas, mas sim da atividade, discricionária e prévia, de seleção judicial, cuja tarefa é a mais importante do magistrado.

Nessa versão mais extremada do realismo jurídico, Jerome Frank relaciona a própria personalidade do juiz à solução dos casos judiciais. Assim, os juízes decidiriam em reação aos fatos, não em função de regras gerais que levariam a resultados particulares apropriados para cada caso. O direito, no realismo radical, era considerado muito mais um corpo de decisões judiciais do que um conjunto de normas jurídicas. Ou seja, realistas radicais como Frank acreditavam que as regras jurídicas exerciam pouca influência sobre as decisões dos juízes (FACCHINI NETO; WEDY, 2016; TAMANAHA, 2011).

Jerome Frank ainda foi responsável pela elaboração de uma distinção importante dentro do realismo jurídico norte-americano. Para o autor, era possível identificar realistas céticos em relação às regras (*rule-sceptics*), para os quais o direito é incerto e imprevisível, e os realistas céticos em relação aos fatos (*fact-sceptics*), para quem inclusive a própria reconstrução dos fatos do caso concreto era incerta e imprevisível, ou seja, uma atividade completamente dependente da mente do juiz (FACCHINI NETO; WEDY, 2016). Essas denominações formuladas por Frank são relevantes para distinguir o que podemos denominar de uma versão mais moderada do realismo jurídico.

O chamado realismo jurídico moderado era capitaneado por Karl Llewellyn. Essa perspectiva, pode-se dizer, estava mais relacionada a uma espécie de análise sociológica do direito, ainda que assim não se proclamasse. Trata-se muito mais de uma descrição da atividade judicial do que de uma formulação teórica a seu respeito. Em suma, Karl Llewellyn defendia a possibilidade de racionalizar o trabalho judicial, porque os magistrados responderiam a estímulos do seu contexto social. Para o autor, os juízes atendiam aos padrões decisórios de seus predecessores, o que era capaz de fornecer uniformidade às decisões judiciais (DAVID, 2002; LOSANO, 2007; FACCHINI NETO; WEDY, 2016).

Para Karl Llewellyn, o direito seria sim uma ciência, mas uma ciência social, motivo pelo qual ele utilizava abordagens sociológicas em suas análises jurídicas. O autor também era influenciado pelo pragmatismo filosófico e ostentava uma visão interpretativa do direito integrada às necessidades sociais. Ele identificava o direito como uma instituição que age

diretamente na vida social. Por isso, considerava central o papel do juiz na criação do direito. Direito é a forma como os magistrados decidem suas causas. O sentido da norma jurídica dependia do comportamento da classe dos juristas (*law-men*), ou seja, o direito é construído por quem está encarregado de aplicá-lo (FACCHINI NETO; WEDY, 2016).

Porém, um dos pontos mais importantes na perspectiva dos realistas jurídicos moderados é sua consideração em relação ao papel das normas jurídicas na decisão judicial. Para eles, as normas do direito são apenas mais um fator a influenciar nas sentenças dos juízes, entre outros fatores apontados, normalmente de caráter intersubjetivo, referentes a interesses sociais ou ao contexto sociopolítico (TAMANAHA, 2011). Esse entendimento em relação à apreciação das normas jurídicas no momento da decisão judicial alarga a diferença entre os realistas jurídicos moderados e os realistas radicais. No entanto, a partir de uma abertura para o constrangimento da intersubjetividade na atividade do juiz, seja pelas normas jurídicas, pelas decisões de seus predecessores ou pelo seu contexto social, seria possível identificar um potencial democrático nas formulações do realismo jurídico moderado?

3 A CONSIDERAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS NO REALISMO MODERADO

A literatura jurídica costuma entrever uma perspectiva instrumentalista no realismo jurídico norte-americano. Segundo Brian Tamanaha (2011, p. 26), para os realistas, "o direito não é visto como uma ordem de regras vinculantes, e sim como uma ferramenta ou arma a ser manipulada para alcançar os fins desejados". Significa que o realismo configurou o direito como um meio para os fins sociais, o que era especialmente evidente no ensino jurídico praticado nas escolas de direito dos Estados Unidos do século XX. A partir dessa perspectiva, o direito seria um recipiente vazio do qual advogados retiravam normas e processos jurídicos de forma instrumental a favor de seus clientes" (TAMANAHA, 2011, p. 29).

Essa posição recusa a própria autonomia do direito, pois fortalece a ideia de que "o texto legal seria apenas um conjunto de enunciados metafísicos que cumpre tão-somente a função retórica de justificar as decisões dos juízes" (STRECK, 2017, p. 249). Nos termos do realismo jurídico, portanto, a atividade judicial é, em suma, um ato de vontade do juiz, e as fontes dessa vontade podem ser as mais variadas, não sendo necessariamente jurídicas. Para um realista, a lei lhe serviria apenas como um dos muitos recursos (extra-jurídicos, inclusive) que estão a sua disposição no momento da interpretação" (STRECK, 2017, p. 224). Mas Brian Tamanaha (2011, p. 35) esclarece bem os riscos de um uso instrumental do direito:

> Quando se considerou que a lei tinha uma integridade inerente e inviolável, as invocações de tal essência ofereceram uma fonte dentro do direito para resistir aos usos malignos da lei. O instrumentalismo, ao contrário, envolve apenas o raciocínio instrumental. Quando se define um propósito, a lei pode ser usada de qualquer forma necessária para que este propósito designado seja alcançado, sem que existam limites. Podem ser levantadas questões instrumentais de eficácia da lei para alcançar propósitos, mas, se os requisitos formais ou processuais da lei forem cumpridos, não poderá haver qualquer objeção jurídica contra o uso de tal lei de uma forma abominável ou perversa. Quando a lei é privada da sua própria integridade, ela não é nada além de um instrumento a ser utilizado para alcançar o propósito desejado da forma que for necessária.

Na verdade, essa perspectiva instrumental do direito parece controversa para o próprio realismo jurídico quando analisamos especificamente seu viés moderado e o relacionamos à estrutura das normas do Estado de Direito. De forma simplificada, podemos dizer que um entendimento formal do direito, combatido pelos realistas, "se concentra apenas nas características formais da lei, e não sobre seu conteúdo" (TAMANAHA, 2011, p. 42). Nesse sentido, há um ponto de encontro entre o instrumentalismo dos realistas e o formalismo jurídico, criticado por eles. Para Tamanaha (2011, p. 42), "tanto o estado de direito formal quanto a abordagem instrumental defendem que a lei é um recipiente vazio que pode ser preenchido com qualquer conteúdo e pode servir a qualquer propósito". Trata-se de uma pista para compreender que a estrutura da norma jurídica do Estado de Direito não faz sentido se pensada apenas em relação às suas características formais. Há algum caráter das normas ignorado tanto pelo formalismo quanto pelo realismo jurídico. Brian Tamanaha (2011, p. 43) entende que se trata de uma "tensão fundamental entre seguir as regras e tentar atingir os objetivos ou finalidade em casos particulares", cuja erradicação não seria possível, tendo em vista que ela "atinge diretamente o significado de uma norma jurídica". Em outras palavras, por si só, "a regra dá uma razão suficiente e obrigatória para a decisão".

Mas qual a importância dos limites decisórios fornecidos pelas normas para uma teoria que ignora sua influência na atividade judicial? De fato, as análises do realismo jurídico radical concluem que os magistrados chegam subjetivamente às suas sentenças e só após manipulam as normas jurídicas para fundamentar seus fins predeterminados. Não se pode dizer o mesmo, contudo, em relação ao realismo jurídico moderado. Essa corrente criticava o formalismo jurídico ao negar que a aplicação das normas do direito se tratasse de um processo mecânico e rejeitavam as considerações formalistas segundo as quais não existiram lacunas legais ou conflitos normativos no ordenamento jurídico. Para Llewellyn e outros moderados, como Felix Cohen, os juízes se defrontavam com uma certa margem de abertura para julgar alguns casos concretos, momento em que seriam obrigados a fazer escolhas. No entanto, "a crítica mais moderada não nega que os juízes decidem os casos de acordo com as regras e não

alega que as decisões sejam sempre determinadas pela preferência pessoal dos juízes" (TAMANAHA, 2011, p. 54). Ela afirma uma relação entre interpretação e argumentação jurídicas capaz de tornar a primeira estável e previsível. Ou seja, para o realismo jurídico moderado, as decisões judiciais não são mera expressão das personalidades dos juízes, mas sim "produto de um contexto jurídico e institucional que assegura a consistência" (TAMANAHA, 2011, p. 54). Brian Tamanaha (2011, p. 56) chega inclusive a afirmar que os "realistas acreditavam e defendiam que as decisões judiciais não devem ser somente os produtos das ideologias e dos pontos de vista pessoais dos juízes".

No realismo jurídico radical, essa perspectiva é bastante diferente. Como algumas correntes teóricas pós-modernistas atuais, os realistas radicais apresentavam uma espécie de visão psicológica do direito e afirmavam que os magistrados "subconscientemente veem a lei através de uma lente ideologicamente modificada" (TAMANAHA, 2011, p. 57). Essa compreensão impediria qualquer previsão ou controle das decisões dos juízes. Além de democraticamente problemática e contra a própria estrutura do Estado de Direito (NEUMANN, 2013b), os realistas radicais ignoravam a interferência dos aspectos intersubjetivos do trabalho jurídico, como bem aponta Tamanaha (2011, p. 57):

> Não há dúvida de que os juízes abordam a lei a partir de seus pontos de vista pessoais. Mais imediatamente, no entanto, eles veem a lei através da lente da tradição jurídica na qual foram doutrinados e com base nas convenções da prática jurídica e de julgamento em que participem. A totalidade da tradição jurídica tem o efeito de estabilizar o significado jurídico e fornecer restrições sobre a influência das visões subjetivas. A lei é uma atividade produzida e compartilhada socialmente, em que os participantes não são livres para utilizar da maneira que desejarem. Intepretações inaceitáveis que não sejam condizentes com o entendimento compartilhado das normas jurídicas simplesmente "não serão registradas".

Os mecanismos institucionais construídos no direito garantem a conformidade e a integridade na interpretação das normas jurídicas, mas, além disso, a tradição jurídica também constrange os magistrados. Mais do que isso, ela compõe a formação do jurista e influi na atividade judicial juntamente com as normas jurídicas, ou seja, a "tradição jurídica é um conjunto de pontos de vista subjacentes, o qual se torna um aspecto integrado da perspectiva própria do juiz" (TAMANAHA, 2011, p. 57).

Para os realistas moderados, dessa forma, os juízes são estimulados tanto pelas normas jurídicas quanto por outros fatores externos ao direito no momento da decisão judicial. Os autores, no entanto, não são capazes de precisar o nível de influência das normas jurídicas nas decisões dos magistrados. De qualquer sorte, o realismo jurídico moderado não enfrenta, e, portanto, não contradiz a ideia de que a necessidade de fundamentação e justificação jurídica das decisões é capaz de constranger o magistrado aos limites do direito. Trata-se de um

critério normativo-democrático negligenciado pelo realismo jurídico, o que só contribui para a visão de que ele se trata de uma teoria sociológica (e descritiva) do direito, muito mais do que uma teoria da decisão judicial.

Para Brian Leiter (2010, p. 252), os realistas abandonaram a ambição de pautar como os juízes devem decidir para "realizar o estudo descritivo das relações causais entre *inputs* (fatos e regras de direito) e *outputs* (decisões judiciais)", o que produziria uma descrição e uma naturalização da decisão judicial, em vez de uma teoria da decisão com critérios de legalidade. O autor ainda refere que o realismo jurídico argumenta que a norma jurídica é "causalmente indeterminada quando é racionalmente indeterminada", ou seja, que a lei não poderia ser pré-determinada ao caso concreto e, por isso, não poderia ser a causa de sua decisão. Ao argumentar assim, aponta Leiter (2010, p. 255), os realistas jurídicos estão partindo de dois pressupostos, o de que a lei exerce influência causal pela razão e o de que as "razões não podem ser a única causa de uma decisão se elas não justificarem exclusivamente essa decisão". Contudo, se em algum sentido as normas são racionalmente indeterminadas, então as "razões legais justificam mais do que uma decisão sobre esse ponto: assim, devemos olhar para fatores adicionais para descobrir por que o juiz decidiu como ele decidiu".

Indicar a indeterminação do direito, no entanto, não seria suficiente para tornar os realistas jurídicos moderados tão discricionários quanto os realistas radicais, cujo entendimento, pelo contrário, acabava por determinar o direito a partir da subjetividade dos juízes e identificava a decisão judicial com a moral solipsista do intérprete (STRECK, 2017). Os representantes do realismo jurídico moderado parecem ignorar, porém, os problemas democráticos da indeterminação do direito, e não procuram construir esforços normativos para enfrentá-la. O realismo jurídico moderado torna-se, assim, muito mais uma teoria sociológico-descritiva do direito do que uma teoria da decisão judicial. Resta agora analisar como o próprio direito resolve essa tensão fundamental das normas jurídicas a partir de seus próprios critérios, preservando sua autonomia e garantindo o Estado Democrático de Direito.

4 "DEMOCRACIA É CONTROLE DAS DECISÕES JUDICIAIS": PARA ALÉM DA INCOMPLETUDE TEÓRICA DO REALISMO MODERADO

Com a derrocada do direito natural no século XIX, um novo paradigma da filosofia do direito se instaurou: "a busca de uma objetividade que, no âmbito da decisão judicial, deverá servir de limite à interpretação do juiz" (RODRIGUEZ, 2002, p. 284). A indeterminação do direito passa a ser questionada e enfrentada pelas diversas correntes do positivismo jurídico,

preocupadas com a segurança e previsibilidade do direito. O principal foco de análise então é a construção de limites objetivos para a decisão judicial.

O realismo jurídico, contudo, parecia ir de encontro a essa perspectiva. Ainda que possa ser considerado um positivismo jurídico fático (STRECK, 2017), em virtude de sua crítica ao formalismo, os realistas pouco se preocuparam com os limites da decisão judicial. O realismo identificava o direito com as decisões dos magistrados e, "ao buscar superar o formalismo exegético, acabou por abrir caminho para discricionariedade e decisionismos" (STRECK, 2017, p. 246). No entanto, seus representantes ignoraram que afirmar a generalidade da lei não é apenas dar uma *descrição* de sua estrutura formal, mas também indicar um mínimo de conteúdo material na medida em que ela garante um mínimo de liberdade (NEUMANN, 2014).

Para Franz Neumann (2013b), o Estado de Direito, tanto em sua forma alemã (*Rechtsstaat*), quanto em sua formulação anglo-americana (*rule of law*), é baseado justamente na ideia de que as leis e não as pessoas devem governar. Para tanto, o Estado está baseado em dois elementos ambíguos, na força e na lei, na soberania e na liberdade. Ambos os elementos são constitutivos do Estado de Direito e estão inscritos no seu próprio sentido. Por isso, há um duplo significado para o termo "direito". Direito tanto significa o direito objetivo, ou seja, o direito (*Recht*) criado ou atribuível ao poder soberano, tanto a pretensão (*Anspruch*) do sujeito de direito, da sociedade onde o direito exerce sua força (NEUMANN, 2013a). Dentro da própria estrutura normativa do direito, assim, há a negação e, ao mesmo tempo, a afirmação do indivíduo e da sociedade. Ambos os elementos, norma e relação jurídica, direito objetivo e subjetivo, constituem o sistema jurídico (NEUMANN, 2014).

Segundo o autor, "à antinomia entre soberania e lei correspondem dois conceitos distintos de lei: um político e um racional" (NEUMANN, 2014, p. 21). No seu sentido político, toda manifestação do poder soberano é lei independentemente de seu conteúdo. Assim, todas as medidas, pelo simples fato de pertencerem ao poder soberano, são lei. Essa perspectiva da lei é determinada apenas por sua forma de origem, ela é apenas *voluntas*, ato de vontade e escolha do poder soberano. Para Neumann (2014, p. 22), "podemos chamar uma teoria do direito de decisionista na medida em que ela aceita esse conceito de lei", de forma que poderíamos considerar que o realismo jurídico, ao identificar a lei com a decisão judicial sem reconhecer o seu conteúdo, é discricionário e coloca o ato de vontade soberano nas mãos dos juízes.

Para formular um conceito racional de lei, é necessário admitir que a norma não é determinada por sua origem, mas por seu conteúdo. Nem todas as manifestações do poder

soberano e não apenas elas podem ser consideradas normas jurídicas. No Estado de Direito, "lei é uma norma passível de penetração da razão, aberta ao entendimento teórico e que contém um postulado ético, frequentemente o da igualdade" (NEUMANN, 2014, p. 22). Portanto, na estrutura formal da lei também está contido um mínimo de determinação material como um elemento de sua própria universalidade. A lei garante um *mínimo* de independência ao juiz, para não o submeter às medidas políticas individuais do poder soberano, mas, justamente por ser uma pequena parcela de liberdade, há uma grande estrutura à qual os magistrados ainda estão subordinados na decisão dos casos concretos.

A crítica do realismo jurídico norte-americano moderado ao formalismo enquanto teoria do direito é acertada no ponto em que uma simples estrutura formal da lei é traduzida em uma teoria pouco democrática do posicionamento do juiz em relação à lei. Quando o poder está concentrado tão somente na lei, aos juízes restam apenas tarefas cognitivas de proclamação das palavras da lei (NEUMANN, 2013b). As teorias da decisão judicial que pretenderam apresentar o juiz como "boca da lei" formularam a atividade jurisdicional como dependente aos desígnios políticos, o que é verificado nos contextos autoritários, revolucionários ou totalitários em que foram adotadas. Essa perspectiva teórica normalmente "transforma o Poder Judiciário e os juízes, de fato, em meio de transmissão da vontade do Executivo ou do parlamento" (RODRIGUEZ, 2013, p. 51).

Franz Neumann preocupa-se com a possibilidade de uma instrumentalização autoritária nessa perspectiva do direito. Para o autor, essa concepção formalista carrega consigo uma separação da forma jurídica da estrutura política do Estado, a qual deveria garantir liberdade e segurança independentemente da forma política. Neumann então identifica uma importante diferença entre a formulação alemã e a formulação inglesa do Estado de Direito. O autor afirma que, "na teoria alemã, o estado de direito não se tornou a forma jurídica específica da democracia, como é o caso da Inglaterra. O estado de direito se relaciona antes de forma neutra em relação à forma de Estado" (NEUMANN, 2014, p. 48).

Para Neumann (2014, p. 50), a teoria inglesa do Estado de Direito, que também influenciou o direito norte-americano, é constitucional-democrática na medida em que "ambos os elementos – soberania do Parlamento e império da lei – são igualmente enfatizados". Ela não é indiferente à estrutura do conceito de lei e está interessada em analisar a sua formação, interesse que é, afirma Neumann, essencialmente político. No estado autoritário, continua mais adiante o autor, "o direito é um meio técnico para a implementação de objetivos políticos determinados, é só uma ordem do soberano. [...] a teoria jurídica do Estado autoritário é o decisionismo e o direito é só um [...] meio para a estabilização do

poder" (NEUMANN, 2014, p. 76). O positivismo jurídico formalista, no estado autoritário, é substituído por elementos decisionistas, pois o conceito racional de lei é sobrepujado pelo conceito político de lei (*voluntas*, poder do soberano): "Se a lei geral é a forma fundamental do direito, se a lei não é apenas *voluntas*, mas também *ratio*, então precisamos negar o caráter jurídico do direito do Estado autoritário" (NEUMANN, 2014, p. 86).

A norma jurídica, por outro lado, só se diferencia da vontade do poder soberano quando se manifesta de forma universal. Significa dizer que a universalidade negativa (formal e limitada) da lei garante um mínimo de previsibilidade e liberdade. Essa estrutura, em contextos de desigualdade de poder, pode gerar efeitos democráticos (Cf. RODRIGUEZ, 2009). Neumann (2013b) identifica que a separação de poderes era garantia da liberdade que tem o direito como um momento necessário e que está ligada ao contexto da época. A separação de poderes, portanto, precisa ter uma base sociológica, deve estar fundada no conflito social, pois, senão, um poder não irá controlar o outro, o que, em certo sentido, pode ser analisado a partir do viés do realismo jurídico moderado enquanto uma teoria sociológica e descritiva do direito.

Porém, Neumann também avalia que essa estrutura institucional e política do desenho dos poderes por si só não garante a realização da liberdade da sociedade. É necessária uma sociedade civil ativa, que depende de um elemento de vontade. A falta de participação pública, nesse sentido, gera um engessamento das instituições e impede que elas produzam efeitos democráticos (NEUMANN, 2013a). Por isso o autor compreende que os conflitos sociais transformam as instituições jurídicas e que a supressão imposta dessa possibilidade de dissenso, dessa constante transformação institucional, é indesejável. Com essa reflexão, ele transforma a ideia de democracia, cuja formulação deixa de ser um ideal utópico de consenso social, uma imagem substantiva do que é uma sociedade ou uma solução definitiva para todos os conflitos, mas sim a vincula ao Estado Democrático de Direito a partir do papel jurídico de gestão constante dos conflitos e reconstrução institucional (RODRIGUEZ, 2013).

Para Neumann (2013a), a liberdade política possui três elementos: o elemento jurídico, o elemento cognitivo e o elemento volitivo. Para o breve propósito deste trabalho, basta situarmos que, para o autor, o elemento jurídico está relacionado à possibilidade de o Estado de Direito proteger o dissenso democrático, garantir a entrada das demandas da sociedade nas instituições e a sua consequente transformação. O direito torna-se importante, portanto, quando existe em determinada sociedade a separação entre sociedade e estado e uma tensão entre eles, o que concretizaria o que entendemos por democracia (NEUMANN, 2013b). Em um regime autoritário, por outro lado, essa tensão entre sociedade e estado é suprimida, e as

normas jurídicas são transformadas em meros comandos do poder (NEUMANN, 2014). Quando existe a tensão entre sociedade e estado e quando as regras jurídicas são produzidas de forma intersubjetiva e democrática, o papel do direito torna-se central na sociedade.

As proposições de Franz Neumann estão diretamente relacionadas ao problema da indeterminação do direito olvidado pelo realismo jurídico moderado nos Estados Unidos, precisamente porque elas não consideram, por si só, a indeterminação do direito "uma qualidade (ou falta de qualidade) dos textos legais" (RODRIGUEZ, 2013, p. 51), mas uma situação sócio-histórica relativa às sociedades contemporâneas altamente complexas e pluralistas. Nesse contexto, a promessa de igualdade oferecida pelo direito possibilita com que as partes da sociedade que se sentirem injustiçadas possam formular, desde que haja liberdade para tanto[1], suas demandas em forma de reivindicação por direitos. Nas palavras de José Rodrigo Rodriguez (2013, p. 58), estudioso da teoria de Franz Neumann, "o império do direito, essa promessa de igualdade que jamais poderá ser cumprida, permite a efetivação constante e renovada da democracia, cujo motor é a demanda constante por novos direitos por parte da sociedade".

Para o autor, cada narrativa social que justifica sua demanda por igualdade de acordo com a gramática do Estado de Direito resulta, ao final, na criação de diversas novas leis especiais, em um processo contínuo de reconstrução do direito sem previsão de diminuir, mas sim, pelo contrário, de aumentar a complexidade das normas jurídicas. "Afinal", afirma Rodriguez (2013, p. 62), "para que tal processo termine ou bem todas as carências e vontades humanas devem estar satisfeitas ou é preciso instaurar um regime autoritário que neutralize a sociedade civil". Por outro lado, o autor questiona se, a partir desse diagnóstico pluralista da sociedade contemporânea, "devemos nos render à empiria e deixar de criticar nossa democracia e seu desenho da separação de poderes? Devemos permanecer no nível descritivo, sem ter como objetivo de identificar aspectos disfuncionais e problemáticos de nossas instituições?". Ao responder enfaticamente que não, acrescenta: "Mas a crítica precisa partir de uma boa descrição de seu objeto" (RODRIGUEZ, 2013, p. 65-66).

Podemos afirmar que foi exatamente esse o trabalho do realismo jurídico moderado, ainda que não necessariamente sua intenção inicial: uma boa análise sociológica e *descritiva* da atividade judicial, considerando que os magistrados são constrangidos pelos limites normativos do Estado de Direito, mas sem que sua subjetividade fosse totalmente evitada na produção das decisões judiciais (TAMANAHA, 2011). A falha do realismo jurídico moderado, portanto, foi desconsiderar a possibilidade e a necessidade de um controle externo

[1] José Rodrigo Rodriguez (2009) demonstra que a forma direito, extraída da obra de Franz Neumann, é constituída pela garantia de direitos de liberdade pessoal e liberdade política.

à singularidade do juiz, um controle institucional e próprio da gramática jurídica caracterizado pela exposição das razões de decidir na sentença judicial. A partir das justificações das decisões, é possível verificar sua racionalidade jurídica, sua constitucionalidade:

> [...] a escolha ou eleição de algo é um ato de opção que se desenvolve sempre que estamos diante de duas ou mais possibilidades, sem que isso comprometa algo maior do que o simples ato presentificado em uma dada circunstância. [...] A escolha é sempre parcial. Há no direito uma palavra técnica para se referir à escolha: discricionariedade e, quiçá (ou na maioria das vezes), arbitrariedade. [...] Ora, a decisão se dá, não a partir de uma escolha, mas, sim, a partir do comprometimento com algo que se antecipa. No caso da decisão jurídica, esse algo que se antecipa é a compreensão daquilo que a comunidade política constrói como direito (ressalta-se, por relevante, que essa construção não é a soma de diversas partes, mas, sim, um todo que se apresenta como a melhor interpretação – mais adequada – do direito) (STRECK, 2013, p. 109).

Ademais, o entrave à total liberdade do juiz está inscrito na própria estrutura do Estado de Direito. Os magistrados estão obrigados, em todas as formulações do Estado de Direito, a respeitar os limites das normas jurídicas. Portanto, como afirma José Rodrigo Rodriguez (2002, p. 282), "juízes não são legisladores. [...] sua atividade, por mais criativa e inovadora que possa ser, deve se enquadrar nos limites ditados pelo direito positivo e pelas estruturas de organização do poder do Estado".

O magistrado, portanto, deve servir ao Estado de Direito, pois sua posição é de seu representante. Contudo, é preciso compreender que, no momento mesmo da interpretação, o juiz está diante de regras e procedimentos construídos pela coletividade da sociedade, e que a subsunção total de sua singularidade seria impraticável. Em outras palavras, "a subjetividade irá sempre aflorar, seja para conformar-se com a tradição, seja para dar novos contornos a deduções rigorosamente formalistas, seja para variar o peso de princípios em conflito" (RODRIGUEZ, 2002, p. 297).

A atividade dos juízes, ao julgarem casos concretos das demandas da sociedade, é "reproduzir o todo social por meio do Direito, garantindo sua unidade e inovando quando necessário" (RODRIGUEZ, 2002, p. 299). Trata-se de uma tarefa hercúlea[2], pois o juiz singular enfrenta a responsabilidade de realizar uma árdua atividade em relação às "suas possibilidades limitadas, seus conhecimentos sempre parciais do ordenamento jurídico e da realidade social, bem como pelos limites necessários ao tempo de duração dos processos judiciais" (RODRIGUEZ, 2002, p. 300).

Toda interpretação judicial de um caso concreto é original e única, e, em certo sentido, o juiz está inovando no sistema jurídico quando profere uma decisão judicial. Para tanto, é

[2] A expressão é de Ronald Dworkin (2014), que compara a tarefa do magistrado a do semideus Hércules tamanha dificuldade e complexidade.

imprescindível que o magistrado seja livre para dar conta de sua atividade, pois, "sem algum grau de liberdade, sem algo de original e irredutível às regras da racionalidade prática [...], ele nunca seria capaz de encontrar a decisão mais adequado para casos sempre únicos" (RODRIGUEZ, 2002, p. 302). Porém, a liberdade do magistrado é relativa, ou seja, implica que suas sentenças possam ser controladas:

> Se a coerência e a justificação das decisões judiciais decorressem naturalmente das regras estruturais do sistema, sem nenhuma atividade construtiva por parte do juiz, seria contraditório admitir que esta decisão é racionalmente criticável. Para que seja possível discutir uma sentença, questionando a motivação do juiz singular, *é preciso admitir que ela poderia ter sido diferente* (RODRIGUEZ, 2002, p. 303).

Uma teoria democrática da decisão judicial, portanto, ou ignora o papel central do direito na sociedade ou elabora meios mais eficientes para os magistrados realizarem sua tarefa, ou seja, concentra-se eu esforço teórico em analisar como se constitui a liberdade do magistrado em sua atividade de intérprete, "como ela deve operar, como ela pode ser controlada democraticamente" (RODRIGUEZ, 2002, p. 304). Em outros termos, há a "necessidade de se estabelecer bases intersubjetivas das quais se possa superar as visões ideológico-individuais de cada intérprete" (STRECK, 2017, p. 42). O juiz é impossibilitado, pela própria natureza de sua atividade hermenêutica, de atribuir sentidos arbitrários às normas jurídicas, tendo em vista o constrangimento epistemológico da linguagem pública construída na intersubjetividade. Nas palavras de Lenio Luiz Streck (2017, p. 42), "o constrangimento epistêmico ou epistemológico se coloca, assim, como mecanismo de controle das manifestações arbitrárias do sujeito moderno".

A partir dos constrangimentos epistemológicos, ou seja, das "censuras significativas" do Estado de Direito, é possível analisar, com uma crítica fundamentada, as decisões judiciais, especialmente em relação à prática constitucional. É por esse motivo que "o constrangimento epistemológico tem direta relação com o dever de fundamentação e com o direito fundamental a obter respostas corretas/adequadas à Constituição" (STRECK, 2017, p. 43). Para Streck (2017, p. 43, "quando alguém diz que decide como quer ou que decide conforme a sua consciência, está dizendo que o que lhe é exterior não o constrange a ponto de alterar sua opinião". Com as próprias análises do realismo jurídico moderado, poderíamos questionar se é possível o sujeito singular desligar-se completamente da tradição jurídica em que se constitui enquanto magistrado. Seria possível isolar-se de sua tradição jurídica e ignorar por completo seu respectivo ordenamento jurídico? E mais, ainda que fosse possível individualmente fazê-lo, conseguiriam os juízes realizar suas atividades sem os

constrangimentos externos inscritos na própria estrutura do Estado de Direito, como o controle constitucional, os tribunais superiores e a doutrina jurídica?

> Combater a discricionariedade, o ativismo, o positivismo fático etc. – que, como se sabe, são algumas das várias faces do subjetivismo – quer dizer compromisso com a Constituição e com a legislação democraticamente construída, no interior da qual há uma discussão, no plano da esfera pública, das questões ético-morais da sociedade (STRECK, 2013, p. 110).

Os déficits democráticos causados pelo problema da identificação do direito com a decisão judicial são, portanto, resultantes de uma questão interpretativa, da não-observação, pelo magistrado, dos limites jurídicos de sua intervenção judicial, da legitimidade de sua atuação não estar fundamentada em critérios do direito. Isso significa dizer que "*o direito não é* (e não pode ser) *aquilo que o intérprete quer que ele seja*. Portanto, o direito não é aquilo que o Tribunal, no seu conjunto ou na individualidade de seus componentes, dizem que é" (STRECK, 2013, p. 22), ao contrário do que decretava o realismo jurídico radical. E essa perspectiva está relacionada com a própria formulação de Estado de Direito, pois, "em regime e sistemas jurídicos democráticos, não há (mais) espaço para que 'a convicção pessoal do juiz' seja o 'critério' para resolver as indeterminações da lei, enfim, 'os casos difíceis'" (STRECK, 2013, p. 53).

Em suma, "democracia quer dizer controle das decisões judiciais" (STRECK, 2017, p. 43). O direito não é natural, previamente "dado", mas construído pela razão humana de forma intersubjetiva, o que caracteriza o Estado Democrático de Direito. Mas para que o direito não seja compreendido como prévio à decisão judicial, esse momento também precisa ser considerado na sua constituição. É necessário que se considere o direito produto do processo hermenêutico, o que permite seu controle democrático. Em outras palavras, as razões de decidir devem ser disponibilizadas pelo magistrado na decisão judicial para que sejam passíveis de crítica jurídica, especialmente a crítica constitucional. Assim como a linguagem é pública, a gramática jurídica das decisões judiciais deve ser inerentemente democrática – ou então não pode ser considerada direito.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo procurou apresentar brevemente o realismo jurídico norte-americano da primeira metade do século XX, surgido da crítica ao formalismo langdelliano e a partir da formação da Escola Sociológica do Direito. Após demonstrar as principais proposições, características e representantes, o trabalho identificou duas vertentes distintas dentro do

realismo jurídico, o viés radical e o viés moderado. A perspectiva moderada do realismo jurídico nos Estados Unidos, relacionada ao aspecto sociológico das decisões judiciais, foi analisada como uma interessante teoria sociológica e descritiva em relação à indeterminação do direito, mas incapaz de ser compreendida como uma teoria da decisão judicial.

Foi então examinado o papel das normas jurídicas no realismo moderado e investigado o preterimento da análise dos problemas democráticos da indeterminação do direito. Sem a construção de esforços normativos para enfrentá-la, o realismo jurídico moderado pode ser considerado tão somente uma teoria sociológica descritiva do direito. Tornou-se necessário, portanto, analisar a estrutura normativa do Estado de Direito e o papel de um controle democrático da atividade judicial para formular uma teoria crítica hermenêutica das decisões judiciais.

O trabalho identificou, nesse sentido, que o principal problema do realismo jurídico moderado, portanto, é desconsiderar a possibilidade e a necessidade imanente de um controle externo à singularidade do juiz, um controle institucional e próprio do Estado de Direito, o qual é caracterizado pela exposição das razões de decidir na atividade hermenêutica do intérprete. Inclusive as proposições do realismo jurídico moderado colocam em questão a possibilidade do juiz, enquanto sujeito singular, desvincular-se completamente da tradição jurídica em que se constituiu enquanto magistrado. Já nas reflexões dos realistas moderados, é demonstrado que os juízes não conseguem, tendo em vista o constrangimento epistemológico, apartarem-se de sua tradição jurídica e desprezar as normas do direito. Por fim, a partir das contribuições da teoria crítica hermenêutica das decisões judiciais, considerou-se também os constrangimentos externos inscritos na própria estrutura do Estado de Direito para a atividade do magistrado, como o controle constitucional, os tribunais superiores e a doutrina jurídica.

REFERÊNCIAS

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

FACCHINI NETO, Eugênio; WEDY, Ana Paula Martini Tremarin. Sociological Jurisprudence e Realismo Jurídico: a filosofia jurídica norte-americana na primeira metade do século XX. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 43, n. 140, p. 75-123, jun. 2016.

HOLMES JR, Oliver Wendell. **The Common Law**. Cambridge: The John Harvard Library, 2009.

HOLMES JR., Oliver Wendell. **La Senda del Derecho**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1975.

LEITER, Brian. American legal realism. In: PATTERSON, Dennis (Ed.). **A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory**. 2. ed. Hoboken: Wiley-Blackwell, 2010. p. 249-266.

LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NEUMANN, Franz. A mudança de função da lei no direito da sociedade burguesa. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 109, p. 13-83, jul./dez. 2014.

NEUMANN, Franz. O conceito de liberdade política. **Cadernos de Filosofia Alemã**, São Paulo, n. 22, p. 107-154, 2013a.

NEUMANN, Franz. **O império do direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2013b.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Fuga do direito**: um estudo sobre o direito contemporâneo a partir de Franz Neumann. São Paulo: Saraiva, 2009.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. A desintegração do *status quo*: direito e lutas sociais. **Novos estudos**, São Paulo, n. 96, p. 48-66, jul./dez. 2013.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Controlar a profusão de sentidos: a hermenêutica jurídica como negação do subjetivo. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). **Hermenêutica jurídica plural**: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 277-307.

STRECK, Lenio. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto** – decido conforme minha consciência? 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TAMANAHA, Brian Z. Como uma visão instrumental do direito corrói o Estado de Direito. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). **A justificação do formalismo jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 25-64.