

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

TEORIAS DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

ELOY P. LEMOS JUNIOR

LORENA DE MELO FREITAS

JERÔNIMO SIQUEIRA TYBUSCH

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

T314

Teorias da decisão e realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;
Coordenadores: Eloy P. Lemos Junior, Jerônimo Siqueira Tybusch, Lorena de Melo Freitas –
Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-069-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teoria da decisão. 3. Realismo jurídico. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

TEORIAS DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

Apresentação

PREFÁCIO

Profa. Dra. Lorena Freitas

Prof. Dr. Eloy Jr.

Prof. Dr. Jerônimo S. Tybusch

O CONPEDI, Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito, na realização de seus Encontros e Congressos, tem um papel fundamental de integração e conhecimento do estado da arte das diversas temáticas jurídicas com as apresentações no âmbito dos Grupos de Trabalho que o compõem. Estes trabalhos expressam o andamento dos estudos dos pesquisadores das pós-graduações em Direito e afins de todo país revelando os GTs como a principal dinâmica no evento.

O GT Teoria da Decisão e Realismo Jurídico foi proposto originalmente no Congresso realizado em Novembro de 2014 no PPGCJ da UFPB, expressando as preocupações teóricas do único grupo de pesquisa cadastrado no CNPq com título e objeto sendo o Realismo Jurídico. A manutenção do GT nesta edição do CONPEDI contou com a experiência na coordenação dos trabalhos dos professores signatários deste prefácio e que por ora pretende apresentar aos leitores o resultado agora em forma de livro da discussão científica apresentada no encontro.

Como nosso objeto não é apresentar cada pesquisa/artigo em si que compõem este livro, cuja multiplicidade de temas e abordagens enriqueceram o debate científico, deixamos para o julgamento do leitor a busca do conteúdo no próprio resumo que cada artigo traz.

A qualidade dos trabalhos ali apresentados permite certamente perceber este GT como uma especialidade em comparação aos tradicionais GTs de Filosofia e Hermenêutica Jurídicas, por exemplo, dando sede própria à problemática em torno da Teoria da norma x teoria da decisão, pragmatismo filosófico e jurídico, Realismo jurídico norte-americano e Realismo jurídico escandinavo, discurso jurídico, judicialização, ativismo judicial e decisionismo.

Assim, apresentamos ao público este livro com 12 capítulos agrupando exatamente os melhores trabalhos submetidos, aprovados e apresentados no XIV Encontro Nacional do CONPEDI, realizado em Aracaju, entre 3 e 6 de junho de 2015, cujo expressivo número de inscritos e trabalhos apresentados só vem ratificar este compêndio da doutrina nacional em Teoria Geral do Direito.

Os Coordenadores

INTERPRETAÇÕES HISTÓRICAS E TEÓRICAS DO REALISMO JURÍDICO

HISTORICAL AND THEORETICAL INTERPRETATIONS OF LEGAL REALISM

Roberto Cestari
Sergio Nojiri

Resumo

O presente artigo visa trazer reconstruções históricas e teóricas sobre o movimento realista que floresceu na década de 1930 nos Estados Unidos. No Brasil, infelizmente, pouco é estudado sobre o realismo, e quase sempre com uma visão simplificadora e deturpada. Propõe-se, neste artigo, a divisão do estudo em duas abordagens: uma histórica e outra teórica. Pela abordagem histórica, o surgimento do Realismo ocorreu tanto como uma reação ao formalismo vigente (no meio acadêmico, nos tribunais e na política) como também de forma acidental pela atuação acadêmica e troca de correspondências entre professores de direito nos Estados Unidos. Através da abordagem teórica o Realismo é enxergado sob o aspecto instrumental do direito, de uma teoria de decisão judicial e de uma teoria do direito.

Palavras-chave: Realismo jurídico, Decisão judicial, Instrumentalismo, Realismo jurídico norte-americano

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to make historical and theoretical reconstructions of the realist movement that flourished in the 1930s in the United States. In Brazil, unfortunately not much is studied about realism, and usually with a simplified and distorted view. It is proposed in this article, the division of the study in two approaches: a historical approach and a theoretical approach. By the historical approach, the emergence of Realism occurred both as a reaction to the current formalism (in academia, in the courts and in politics) but also accidentally by an intense exchange of letters between law professors in the United States. Through theoretical approach, Realism is studied under the aspect of an instrumental view of law, under the aspect of a decision-making theory and under the aspect of a theory of law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Legal realism, Judicial decision, Instrumentalism, American legal realism

1. Introdução

“*O que o juiz comeu no café da manhã determina qual será sua decisão*”. Esta talvez seja uma das frases mais repetidas e associadas à síntese do pensamento Realista Norteamericano. Entretanto, por mais automática que seja a associação desta afirmação ao movimento realista, nenhum autor notadamente realista *jamais a proferiu ou a escreveu* (LEITER, 2002, p. 9; TUMONIS, 2012, p. 1371). Não apenas isso, mas uma simplificação como essa é “indelicada e incorreta” (SCHAUER; STREET; HALL, 2001, p. 1923)

Entender de maneira simplificada e deturpada o pensamento realista da década de 1930 é lugar comum nos Estados Unidos e parece ocorrer ainda com mais intensidade no Brasil, na escassa literatura que se pode encontrar sobre o movimento. Apenas como exemplo, transcreve-se aqui passagem de um livro de Humberto Ávila (2011, p. 171):

“A concepção realista, de que a decisão judicial depende de aspectos frívolos, como se o juiz teve uma boa noite de sono e tomou um bom café da manhã, é, ela, sim, totalmente irreal, pois a decisão nunca opera em um vácuo (...)”.

Como se nota, engana-se Ávila (2011) ao afirmar que a concepção realista é apenas essa simplificação niilista e quase infantil de uma mera negação ao Direito. Infelizmente Ávila não está sozinho e vários outros autores parecem disseminar esta ideia também (KOZINSKI, 1992, p. 71).

E por mais irônico que possa parecer, esses autores podem inclusive estar duplamente enganados. Primeiro pelo fato, já citado, de que o movimento realista *não* se baseia apenas nesta mera simplificação (e o escopo do presente artigo será expandir algumas visões modernas e sérias acerca do realismo); e segundo porque em 2011, pesquisadores em Israel confirmaram empiricamente e estatisticamente que fatores externos, e talvez “frívolos” – na pesquisa israelense o fator externo era uma pausa para o café – alteram as decisões judiciais (DANZIGER; LEVAV; AVNAIM-PESSO, 2011).

Tendo em vista este desfavorável cenário acerca do pensamento realista, o presente artigo visa desconstruir a ideia e simplificadora dominante sobre o que foi o realismo jurídico, tentando entender quais foram as posições defendidas pelo movimento e quais são as mais acertadas concepções que existem hoje no mundo. Ressalta-se, desde já, que o objetivo do estudo não é fazer uma análise crítica tomando posições a favor ou contra o movimento, mas sim expor quais foram as principais bandeiras defendidas pelos realistas e suas recentes interpretações. Metodologicamente, o foco será na sistematização e comparação exaustiva das concepções e definições de Brian Leiter (LEITER, 1997, 2001, 2002) e Brian Tamanaha

(TAMANAH, 2008) e, marginalmente, na inserção de alguns outros autores na análise (BARBER, 2012; DAGAN, 2007; GREEN, 2004; GULATI; GEORGE; MCGINLEY, 2011). Ademais, cabe ressaltar que o Realismo Escandinavo de Ross, Olivecrona e Lundstedt não será aqui estudado, uma vez que traz diferenças essenciais em relação ao seu ‘parente’ norte-americano que mereceriam, sem dúvida alguma, estudo à parte.

Infelizmente, o Brasil, ao longo da história, ficou fora do círculo intelectual que discutiu o Realismo Jurídico – veja que o mesmo não se pode dizer, por exemplo de outros países latino-americanos, existindo inúmeras obras em língua espanhola sobre o tema. Talvez por preconceito (GODOY, 2013, p. 9), talvez por um sistema jurídico distinto do nosso, o fato é que, praticamente “*não há nada sobre o tema escrito em solo pátrio*” (FERREIRA, 2011a). Por essa razão, a preferência por autores estrangeiros para compor a bibliografia desta pesquisa não foi arbitrária, mas sim mandatária e imprescindível para que o estudo tomasse forma.

2. Movimento, Corrente, Escola, Método ou Teoria Jurídica?

“*I know it when I see it*”. Esta célebre passagem é parte de uma frase proferida em 1964 por um juiz da suprema corte americana, Justice Potter Stewart¹, quando não conseguiu trazer, com palavras, uma definição adequada – ao mesmo tempo que tinha certeza do que se tratava – ao julgar o caso *Jacobellis v. Ohio*². Ao estudar o Realismo Jurídico, o mesmo fenômeno parece acontecer: é fácil associar uma ideia realista como sendo realista, mas é difícil definir com precisão o que o termo Realismo significa.

Dessa forma, o primeiro – e grande – esforço acadêmico daqueles que estudam os Realistas norte-americanos é entender o que foi *exatamente* o Movimento Realista – ou ainda, se o Realismo Jurídico é um Movimento, uma Escola de Pensamento, uma Teoria Jurídica ou qualquer outra classificação que possa ser trazida. E por mais elementar que pareça ser esta tarefa, ela é extremamente difícil de ser realizada.

A *primeira* razão para a dificuldade é que o Realismo não é uma escola única de pensamento. Para se ter uma ideia, Karl Llewellyn, figura proeminente e um dos ‘fundadores’³

¹ A frase completa do juiz Stewart é “*I shall not today attempt further to define the kinds of material I understand to be embraced withind that shorthand description, and perhaps I could never succeed in intelligibly doing so. But I know when i see it, and the motion Picture involved in this case is not that*”.

² *Jacobellis v. Ohio*, 378 U.S. 184 (1964)

³ As aspas aqui são proposítas, uma vez que, novamente, não há consenso na literatura sobre quem foram os pioneiros no movimento.

do Realismo Jurídico, acreditava que o realismo não passava de mero método⁴. Outros autores realistas, por seu turno, nem aceitavam a denominação de “Realistas” a eles imputada⁵. Sob o viés oposto, Dagan (2007) e Green (2004) afirmam que o Realismo foi (e ainda é) uma teoria específica e sólida. Dessa forma, a única conclusão que se pode chegar com certa tranquilidade, é a de que o movimento nunca foi unívoco. Por essa razão, e também parodiando Oscar Wilde, para quem “*Definir é limitar*”⁶, optou-se por não aderir a nenhum desses adjetivos para se referir ao Realismo Jurídico. Serão utilizados indistintamente, portanto, os termos *movimento*, *corrente*, *escola*, *método* ou *teoria jurídica*.

A segunda razão é que não há consenso sobre a origem e a concepção do movimento. Muitos acreditam que o pensamento realista surgiu com Oliver Wendell Holmes Jr⁷, sendo ele seu verdadeiro precursor, da mesma forma que Walter Wheeler Cook (CLARK, 1944, p. 341) e Wesley Newcomb Hohfeld (FERREIRA, 2011b, p. 7). Uns explicam o realismo como tendo surgido como movimento político progressista (ALEXANDER, 2002, p. 133); outros apenas como surgido por acaso em trocas de correspondências e artigos entre acadêmicos de Harvard e Columbia (TAMANAH, 2008, p. 735).

Pode-se ainda elencar ainda uma *terceira* dificuldade, menos determinante, que é a interdisciplinaridade e proximidade com outras correntes não-jurídicas como o pragmatismo e o consequencialismo na filosofia, a análise empírica nas ciências biológicas e exatas e a teoria behaviorista, na psicologia.

Para tentar superar essas dificuldades em fazer um recorte claro sobre o que foi o realismo e do que ele trata, este artigo irá adotar uma divisão que parece ser considerada mais “didática”. Optou-se por dividir o estudo do Realismo Jurídico em dois aspectos. Um deles, denominado aqui *Realismo Histórico*, que como o próprio nome diz, é descritivo e tratará do *surgimento* do Realismo. O estudo do *Realismo Histórico* irá demonstrar que o movimento surgiu como (i.) reação ao formalismo existente tanto no poder judiciário americano, através de decisões conservadoras que se respaldavam no direito formal, como na academia, através do método de casos; também eclodiu como (ii.) surgimento acidental na academia jurídica, através de uma série de interações acidentais que levaram professores e advogados – especialmente Karl Llewellyn, Roscoe Pound e Jerome Frank, a produzirem conhecimento sobre decisões judiciais e críticas ao direito como até então estava sendo praticado. O segundo aspecto que

⁴ Segundo Llewellyn, “o que o realismo era, e é, é um método e nada mais, e a única doutrina envolvida é a que esse método é bom” (LLEWELLYN apud TAMANAH, 2008, p. 737–738)

⁵ Por exemplo, Leon Green, Arthur Corbin e Hessen Yntema.

⁶ A célebre passagem “definir é limitar” encontra-se em O Retrato de Dorian Gray.

⁷ Oliver Wendell Holmes Jr foi juiz da Suprema Corte Americana de 1902 a 1932.

será estudado analisará o que foi – e o que é – o Realismo em uma visão teórica contemporânea bem como quais eram seus principais objetivos. Esta frente será aqui denominada *Realismo Teórico*. A análise agora, diferentemente da primeira, não irá mais trazer uma reconstrução histórica, mas sim uma interpretação contemporânea sobre o Realismo como teoria. Assim, nesta segunda abordagem o Realismo será analisado como (i.) visão instrumental do direito; como (ii.) teoria de decisão judicial; e como (iii.) teoria do direito.

É importante que se faça essa distinção entre *surgimento* e *interpretação* do Realismo (Realismo Histórico e Realismo Teórico, respectivamente), pois muito da literatura – se não a maioria dela – traz o Realismo como uma mescla entre análise histórica e análise interpretativa, de forma que o leitor quase sempre fica com a impressão de que o movimento em si não possui nada de concreto. Como já dito, a tarefa de sistematizar um movimento que já nasceu sem unificação alguma não é fácil, mas colocando as peças certas nos espaços corretos, o quebra-cabeça parece ser mais fácil de ser montado. Abaixo (Tabela 1), tentou-se sistematizar o realismo através da divisão destas duas análises (histórica e teórica), bem como foi enquadrado o pensamento de Leiter (2002) e Tamanaha (2008) dentro da divisão por nós proposta.

Tabela 1 - Proposta esquematizada de abordagem do Realismo. Fonte: Elaborado pelos Autores

| | | | |
|---------------------------|--|---------------------------------------|--|
| Realismo Histórico | Surgimento como Reação ao Formalismo | Formalismo nos Tribunais | Lochner v. New York United States v. Knight Co. |
| | | Formalismo nas Universidades | Oposição ao método de caso de Langdell |
| | | Conservadorismo Político | Aproximação com o Progressivismo e New Deal |
| | Surgimento "acidental" no meio Acadêmico | O trio fundador | Llewellyn, Pound e Frank |
| | | Os pré-Realistas | Walter Wheeler Cook Wesley Newcomb Hohfeld Oliver Wendell Holmes Jr. |
| Realismo Teórico | Realismo como visão instrumental do direito | Busca de Finalidades Sociais | |
| | | Busca de Reforma da Educação Jurídica | |
| | Realismo como Teoria da Decisão Judicial | Teoria Descritiva da Decisão Judicial | Ala Sociológica (LEITER); Visão Balanceada (TAMANAHA, 2008) |
| | | Teoria Normativa da Decisão | Ala Idiossincrática (LEITER, 2002); Aspecto Cético (TAMANAHA, 2008) |
| | | | Ala Proto-posneriana (LEITER, 2002) |

| | |
|--|--|
| | Ala do quietismo normativo (LEITER, 2002) |
| Realismo como Teoria do Direito | Ceticismo Conceitual (LEITER, 2002) |
| | Ceticismo Empírico (LEITER, 2002) |

Assim, como primeiro passo a ser tomado, é necessário uma reconstrução histórica de seus principais pensadores com uma contextualização que envolva, inescapavelmente, a compreensão do realismo como (i.) uma reação ao formalismo vigente, (ii.) o florescimento do pensamento mais pragmático na academia e na prática jurídica, principalmente entre acadêmicos das universidades e de advogados. Esta reconstrução será feita nos próximos dois capítulos.

3. Realismo Histórico: Reação ao Formalismo

O caso *Lochner v. New York*, de 1905 foi um dos mais emblemáticos casos da Suprema Corte Americana. Em uma breve síntese do caso, havia em Nova Iorque uma lei trabalhista que limitava trabalhadores em estabelecimentos alimentares a uma jornada máxima de 60 horas semanais e 10 horas diárias. Cansado de receber multas por infringir essas regras, Lochner ingressou com uma ação judicial alegando que as cobranças eram inconstitucionais. A ação foi julgada pela Suprema Corte em relação ao ponto central que era saber se a limitação de horas imposta pela lei municipal violava a liberdade de contratar, prevista na 14ª emenda da Constituição Americana. Apesar de vencido, o voto de Oliver Wendell Holmes Jr. no caso é ainda hoje extremamente popular e citado. Em uma clássica frase de seu voto, Holmes afirmou que “*Proposições gerais não decidem casos concretos. A decisão irá depender de um julgamento ou intuição mais implícita do que qualquer premissa*”⁸. Essa passagem, juntamente a sua famosa “*the life of law has not been logic; it has been experience*” (HOLMES, 1882, p. 1) é o que credita a ele o mérito de um dos mais importantes predecessores do movimento – apesar de que provavelmente não se consideraria como tal (TUMONIS, 2012, p. 8). Não apenas o caso *Lochner v. New York*, mas também o caso *United States v. E. C. Knight Co.* é notoriamente retratado como o auge do formalismo nos tribunais que os realistas supostamente criticavam.

⁸ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

Desse modo, o segundo caso que reflete o formalismo jurídico e as decisões mecanicistas tomadas pelos juízes no início do século XX, é o *United States v. E. C. Knight Co.*⁹. A *Knight Co* foi uma refinaria adquirida pelo *American Sugar Refining Company*, grupo que após a aquisição deteve 98% do refinamento de açúcar nos Estados Unidos. Ao mesmo tempo em que havia uma lei federal (*Sherman Antitrust Act, 1890*) que, em termos literais, proibia o monopólio comercial de bens¹⁰. Dessa forma, os Estados Unidos, através do *Sherman Act* tentou impedir a aquisição da *Knight Co* pela *American Sugar Refining Company*. A surpresa foi que a Suprema Corte decidiu que o *Sherman Act* não se aplicava ao caso em questão, uma vez que a lei explicitamente trazia em seu texto “comércio”, enquanto o grupo era formado por refinarias (indústrias). Por mais que fosse o sentido da lei impedir um monopólio tão evidente, a decisão tomou a interpretação literal restritiva (muito formalista), não permitindo, portanto, que o significado fosse ampliado para seu sentido mais óbvio.

Mas não foi apenas nas cortes que o formalismo teve sua expressão máxima e foi combatido pelos realistas. Nas faculdades de direito, a figura que se confunde com o formalismo é, indubitavelmente, Christopher Langdell e seu método do caso. Langdell foi professor e diretor da Universidade de Harvard em 1870, e com sua obra “*Selection of Cases on the Law of Contracts*”, inaugurou um sistema de análise de casos práticos no direito que posteriormente seria seguido pela Harvard Business School em 1920 e pela Harvard Medical School em 1985, e posteriormente por várias outras universidades no mundo e em diversas áreas do conhecimento – inclusive no Brasil atualmente. Langdell foi inovador e enfrentou muita resistência de alunos e professores ao criar e implementar essa metodologia de estudo diferente da que existia até então:

“Langdell’s approach was completely different. In his course on contracts, he insisted that students read only original sources – cases – and draw their own conclusions. To assist them, he assembled a set of cases and published them, with only a brief two-page introduction.” (GARVIN, 2003, p. 56)

O que estava por trás do método de casos de Langdell era a ideia de que o Direito era uma ciência que possuía métodos rígidos para ser “praticada”. O Direito era, portanto, ciência determinada (ou, pelo menos, determinável). Assim, caberia ao jurista analisar os casos práticos e deduzir regras e princípios que seriam norteadores das decisões. Como se nota, “Duas premissas eram necessárias para Langdell: que o direito fosse considerado uma ciência; e que

⁹ *United States v. E. C. Knight Co.* 156 U.S. 1 (1895)

¹⁰ A lei estabelecia: “Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States... shall be deemed guilty of a felony”. Note que a lei fala especificamente de comércio (trade or commerce).

todo material dessa ciência fosse considerado como contido nos livros.” (GARVIN, 2003, p. 56).

Em pouco tempo, inúmeras faculdades também adotaram o método langdelliano, e o estudo de caso espalhou-se de Harvard para, já em 1907, 30 das 92 escolas de direito que existiam na época. O projeto realista, portanto, nasceu e começou como uma crítica não apenas ao formalismo que se impunha nos tribunais, mas também o formalismo jurídico que se impunha no modo de aprendizado dos estudantes de direito. Como será visto adiante, uma das características do realismo é justamente a dificuldade de determinação do Direito (novamente, o método langdelliano supunha um direito determinado, fechado e lógico). Note que, sob esse aspecto, não se quer fazer nenhuma crítica aqui ao método Langdelliano –possivelmente o estudo de casos foi um avanço para o ensino jurídico americano. A crítica realista era mais avançada. O método de caso poderia ser bom, mas não era suficiente para que os alunos a ele submetido entendessem o que realmente se passava nos tribunais.

Deve-se fazer a ressalva de que a ideia usualmente difundida de que o realismo foi uma espécie de ‘cruzada’ contra o formalismo jurídico que encontrava-se penetrado nas decisões judiciais mecanicistas é, para TAMANAHA (2008), errada e mal entendida. Segundo este autor, há difundida entre os estudiosos do realismo uma narrativa falaciosa segundo a qual “os realistas vestiram o manto dos progressistas e se uniram na luta contra os juízes formalistas do laissez-faire, finalmente derrotando as cortes em 1937 e auxiliando a pavimentar os caminhos para o New Deal” (TAMANAHA, 2008, p. 4). A ressalva de Tamanaha é importante, uma vez que desmistifica um sentimento que comumente existe ao se tratar do projeto realista. De fato não se tem notícia de uma oposição “política” e organizada entre os realistas e o formalismo jurídico. Na verdade, se trata mais de uma oposição de *ideias*, segundo a qual o Realismo não é compatível com o Formalismo, do que uma oposição de pessoas. E mesmo essa afirmação da não compatibilidade – entre formalismo e realismo – também comporta exceções. Apesar de não ser uma ideia difundida na literatura, acredita-se que, assim como os realistas, Langdell foi um empirista, ao analisar uma série de casos reais. Não apenas isso, mas o que também se buscava no método do caso era a previsibilidade de ações futuras nas cortes, outra bandeira dos Realistas. É claro que o método indutivo de Langdell não possuía o rigor científico que a pesquisa empírica parece clamar – uma vez que ele deduzia regras gerais do Direito em apenas um ou poucos casos.

4. Realismo Histórico: Surgimento “acidental” no meio acadêmico – Frank, Llewellyn e Pound.

Não há muita dúvida ter sido Karl Llewellyn o responsável por cunhar o termo “realismo”, com seu artigo de 1930 “*A Realistic Jurisprudence – the next step*” (LLEWELLYN, 1930). Não se pode dizer o mesmo, entretanto, do surgimento das ideias realistas no meio acadêmico. Tamanaha (2008), de quem tomamos emprestado o termo “surgimento como acidente” (TAMANAHA, 2008, p. 735) dedica várias páginas de seu artigo para desconstruir a ideia de que o realismo inaugurou um pensamento que até a década de 1930 era desconhecido. Apenas como um exemplo, abaixo transcreve-se um trecho de um discurso do então presidente americano Theodore Roosevelt, em 1908:

“The decisions of the courts on economic and social questions depend upon their economic and social philosophy; and for the peaceful progress of our people during the twentieth century we shall owe most to those judges who hold to a twentieth century economic and social philosophy and not to a long outgrown philosophy, which was itself the product of primitive economic conditions”. (CARDOZO, 1921, p. 167)

É evidente, portanto, que a ideia de que a decisão judicial sempre é acompanhada de um viés pessoal afetando seu resultado é anterior a dos realistas. E não é preciso esforço de pesquisa. É absolutamente intuitivo a noção de que um juiz, ao decidir, por mais que procure ser isento e imparcial, é influenciado por motivações pessoais, história de sua vida, educação e outros fatores que constroem sua personalidade. As pessoas são diferentes e interpretam diferentemente os fatos. A histórica – e antiga – discussão sobre a neutralidade do método científico também já trazia algumas dessas ideias de que o “cientista” (em analogia ao juiz) traz, junto a suas conclusões, interpretações influenciadas por uma série de fatores externos e internos.

Como já citado, a cunhagem do termo “Realismo” se deu em âmbito acadêmico. Mas não foi apenas Llewellyn responsável pelo surgimento do pensamento realista. Na verdade, entre os anos de 1930 e 1931 houve um intenso movimento de publicações e correspondências trocadas entre Karl Llewellyn, Roscoe Pound e Jerome Frank que culminou na ‘criação’ – um pouco artificial inclusive – do realismo, como se verá a seguir.

Em 1930, Karl Llewellyn publica *A Realistic Jurisprudence – The Next Step* no Columbia Law Review. No mesmo ano, Jerome Frank publica seu renomado *Law and the Modern Mind*, em que emprega a psicologia – principalmente behaviorismo – para inter-relacioná-la com o Direito. Tanto foi importante a psicologia para Frank que, ao invés de a ideia clássica de considerar *Fato + Regra = Decisão*; Frank formulava *Estímulo + Personalidade do Juiz = Decisão* (LEITER, 2002, p. 9–10). O behaviorismo também foi alvo de estudos por Underhill Moore (MOORE; CALLAHAN, 1943), que aliás, foi um dos poucos Realistas que

também praticou uma pesquisa empírica com um rigor metodológico mais avançado (Llewellyn mesmo em seu *A Realistic Jurisprudence – the next step* clama pela pesquisa empírica, todavia não a tendo realizado).

No ano seguinte, em 1931, Roscoe Pound, diretor da faculdade de direito de Harvard, respondeu criticamente com *The Call for a Realist Jurisprudence*, publicado no *Harvard Law Review*. Assim que se viram em uma ‘disputa’ acadêmica, Llewellyn e Frank (apesar de este último não figurar formalmente como autor) escreveram, em 1931, *Some Realism about Realism – Responding to Dean Pound*.

Essa troca de ‘ataques’ através de publicações em algumas das principais revistas jurídicas norte-americanas provavelmente não existiu apenas por amor à argumentação e ao debate. Antes das três publicações, um caso que trouxe muita comoção pública nos Estados Unidos foi a condenação à pena capital de Sacco e Vanzetti, dois italianos acusados de assassinato em um roubo. O caso repercutiu em todo o mundo pela fragilidade do julgamento e inconsistência das provas (inclusive no Brasil, ganhando toda a primeira página do jornal *Folha da Manhã* do dia 22 de Agosto de 1927). Apesar de ambos, Llewellyn e Pound, nutrirem o mesmo sentimento de que os italianos eram inocentes, Pound, por ser diretor de Harvard, decidiu adotar uma postura mais neutra e menos ativa em um caso em que poderia exercer grande influência. Llewellyn, por seu turno, abandonou a neutralidade e atacou a decisão do governador Fuller em manter a sentença de execução e negar o pedido de clemência. Llewellyn então organizou uma petição em que acreditava que os professores de Harvard o seguiriam, entretanto, poucos o fizeram, estando entre os ausentes, Roscoe Pound. Sacco e Vanzetti foram executados no dia 23 de Agosto de 1927. (HULL, 1990)

Na análise de Hull, parece ter havido um certo ressentimento entre Pound e Llewellyn durante o caso Sacco e Vanzetti, o que motivou provavelmente o sutil ataque de Llewellyn em seu “*A realistic jurisprudence...*” e, conseqüentemente, o contra-ataque de Pound no “*The call for a realist jurisprudence...*”. Ou seja, o ‘acidental’ envolvimento político de ambos (mais agressivo do primeiro e mais conservador do segundo) no caso dos italianos parece ter levado a essa notável troca de artigos que marca o nascimento do Realismo Jurídico.

Entretanto, apesar do aparente conflito entre os dois acadêmicos, Pound elogiou o trabalho intelectual de Llewellyn através de uma carta enviada a este, fazendo com que houvesse uma aparente ‘superação’ das divergências. Não apenas isso, mas posteriormente, Llewellyn e Pound trocaram várias cartas privadas inclusive com compilações de listas de possíveis realistas. Foram, ao que se sabe, duas cartas com as listas, uma inclusive com quarenta e quatro nomes. Sabe-se ainda que Llewellyn também enviou uma versão para Frank

(TAMANAH, 2008, p. 736). Interessante ainda que nas duas listas de possíveis realistas de Llewellyn vários dos nomes que ali estavam eram de acadêmicos que não representavam o pensamento filosófico ou teórico (*jurisprudence*) e nunca foram considerados realistas, mas tinham assinado a petição promovida por Llewellyn a favor de Sacco e Vanzetti (HULL, 1990, p. 1322).

De certa forma, o nascimento do Realismo Jurídico, como movimento, muito se deveu aos acontecimentos políticos e sociais que permearam o ambiente acadêmico no final da década de 1920 e início da década e 1930. Pound e Llewellyn continuaram a trocar correspondências intensivamente por mais duas décadas. Essa história – que é pouco contada ao se tratar do Realismo Jurídico mostra, portanto, como os acontecimentos do dia a dia influenciaram o surgimento, acidental, desse movimento. Hull conclui de maneira exemplar seu artigo:

“The history of Jurisprudence is always written in terms of movements and doctrines, but as the contextualist historian will tell you, the story is lived by real men and women whose ideas and expressions of those ideas – whether in correspondence or public forums – are predominantly 'influenced by the conditions of their lives. These conditions include their involvement in the great intellectual and moral crises of their times as well as these Jurisprudents' interaction with each other. It is this dimension which the historian tries to reconstruct from her sources. New doctrine is thus less a product of prior doctrine in some sort of genetic mutation, and more a historical artifact of human controversy and action” (HULL, 1990, p. 1334)

Apesar de muito interessante e rica, a leitura histórica do realismo é apenas uma parte deste presente artigo. A próxima etapa consistirá em analisar o Realismo Teórico, ou seja, o realismo como teoria jurídica em suas três esferas: Realismo como Visão Instrumental do Direito; Realismo como Teoria da Decisão Judicial; e, por fim, Realismo como Teoria do Direito.

Vale ressaltar que também na análise do realismo como teoria há controvérsias. Alguns autores acreditam que o realismo deve ser lido como uma espécie de *Critical Legal Studies*, com pouco a acrescentar em âmbito teórico e muitos outros que entendem que o Realismo muito pode oferecer enquanto teoria. Dentre os autores que são céticos quanto à utilidade do Realismo está Eric Engle (2007, p. 674):

The so-called revolution of the 19030s, brought about by the judiciary, did not in fact lead to fundamental change in the United States. Rather, it presented the illusion of change; this illusion had the effect of sustaining the power structure of the United States (...).”

Outro crítico alçoz é Anthony D’Amato (2010; 2009), que traz uma justificativa interessante para explicar porque o Realismo foi tão popular (quando não deveria sê-lo). Segundo o autor, fazer alguma previsão (numérica ou não) sobre o que irá acontecer nas cortes (por exemplo, dizer que há uma chance de 70% de condenação para um caso X) faz com que o

advogado tenha uma relação mais suave com seus clientes. Isso porque o cliente nem sempre compreende que não há resposta certa para decisões judiciais e dizer “não sei o resultado” para seu cliente pode parecer que o profissional não seja suficientemente qualificado. Assim, uma resposta ‘supostamente’ numérica e exata faz com que o advogado inspire mais confiança para seus clientes. E dizemos que essa resposta é “supostamente correta” porque ela é não-falseável, nos termos da teoria da falseabilidade de Karl Popper. Assim, se no caso X, não houver condenação, é extremamente difícil atribuir o erro ao advogado que errou na previsão ou se o resultado do caso X caiu nos 30% de possibilidade pela não condenação. (D’AMATO, 2009, p. 8).

Não entraremos em minúcias no raciocínio lógico de D’Amato para negar o Realismo como movimento legítimo – o que demandaria outro foco de estudo, vamos apenas citar sua conclusão de forma que fique demonstrado que há alguns argumentos que vão contra o ideal Realista:

“If law professor started the movement of legal realism, they should be the first to disavow it along with its debilitating effect upon the judiciary’s perception of the law. This essay has shown that legal realism was founded on a mistake, one that can be corrected by reinterpreting Holme’s prediction theory.¹¹ All the implications of that mistake can, and should, be reversed”. (D’AMATO, 2009, p. 19–20).

Feita essa ressalva, passa-se a analisar agora o Realismo como interpretação teórica jurídica e seus três possíveis desdobramentos.

5. Interpretações teóricas do Realismo Jurídico

Distanciando-se da análise histórica, esta parte do artigo tentará entender as bases teóricas relevantes dos realistas para o Direito. Antes, porém, cabe fazer uma ressalva. É claro que as visões aqui expostas não têm o condão de serem unificadoras. Isso significa que nem todos os realistas endossam as mesmas teses. Existiram realistas, por exemplo, que nunca entenderam o Realismo como teoria do Direito, e outros que nunca levantaram a hipótese do Realismo como visão instrumental para finalidades sociais. Não obstante, existem muitos teóricos que não são realistas e que endossam algumas dessas teses. Por exemplo, a visão instrumental do direito como transformador social é a tese central dos seguidores do *law and development*. Muito da teoria da decisão judicial (principalmente a visão extremada subjetivista

¹¹ Aqui o autor refere a famosa passagem em “the path of law”, que muito é associada ao pensamento realista “*the prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law*” (HOLMES, 1897)

e niilista de Jerome Frank) poderia ser associada também aos *Critical Legal Studies*. Tamanaha (2014, p. 1–2) também tem sido bastante enfático em deixar claro que as diferentes visões existentes dentro do realismo não foram compartilhadas por todos os realistas.

Cada autor que interpreta o movimento tenta fazer sua própria sistematização. Não será feita aqui uma revisão exaustiva sobre cada autor moderno, por ora é apenas importante trazer a existência da pluralidade de interpretações. No caso da interpretação de Brian Leiter (2002), por exemplo, existe um núcleo duro do realismo (*core claim*) que é compartilhado entre todos os realistas. Para Leiter, este núcleo seria a *indeterminação* do Direito e da Racionalidade Jurídica. Isso significa que o direito *não é o único* fator levado em consideração para uma decisão judicial. Mas também não significa um ceticismo total em relação ao direito (como a visão deturpada atual parece fazer crer). Esta é exatamente a visão que Llewellyn mesmo fez questão de enfatizar:

“Do I suggest that the “accepted rules”, the rules the judges say that they apply, are without influence upon their actual behavior? I do not. I do not even say that, sometimes these “accepted rules” may not be a very accurate description of the judges’ actual behavior. What I say is that such accuracy of description is rare. The question is how, and how much, and in what direction, do the accepted rule and the practice of decision diverge?” (LLEWELLYN, 1930, p. 444)

Brian Leiter continua sua interpretação do realismo dividindo-os em categorias. Apesar de trabalhar a maior parte de seu artigo com apenas duas categorias (a ala sociológica e a ala idiossincrática), entendemos que na verdade sua sistematização é mais ampla, com quatro categorias. A primeira classificação que Leiter oferece é uma Posição Descritiva do Realismo (como os juízes decidem) vs. Uma Posição Normativa do Realismo (como os juízes deveriam decidir). A Posição Descritiva é então subdividida em Ala Sociológica (*Sociological Wing*) e Ala Idiossincrática (*Idiosyncratic Wing*). Já a Posição Normativa é subdividida em Ala proto-posneriana e Ala do quietismo normativo. Abaixo, na Tabela 2, o pensamento do autor sintetizado.

Tabela 2 - Síntese de Brian Leiter. Fonte: Elaborado pelos autores, baseado em LEITER, 2002

| Posição Descritiva do Realismo (como os juízes decidem) | | Posição Normativa do Realismo (como os juízes deveriam decidir) | |
|---|--|---|-----------------------------------|
| <u>Ala Sociológica</u> | <u>Ala Idiossincrática</u> | <u>Ala Proto-Posneriana</u> | <u>Ala do Quietismo Normativo</u> |
| <i>Oliphant, Moore, Llewellyn, Felix Cohen</i> | <i>Jerome Frank e Joseph Hutcheson</i> | <i>Holmes e Felix Cohen</i> | <i>Llewellyn e Frank</i> |

| | | | |
|--|--|---|--|
| Fatores Sociais Influenciam as decisões judiciais em padrões. Pode haver previsibilidade | Fatores psicossociais internos aos juízes dificultam qualquer tentativa de previsão | Juízes devem decidir como legisladores (ao invés de supor que sigam uma racionalidade jurídica) | É perda de tempo dizer que os juízes deveriam fazer. |
|--|--|---|--|

Núcleo Duro: Direito e racionalidade jurídica são indeterminados

Em poucas palavras, dentro da Posição Descritiva do Realismo, a *Ala Sociológica* clama que fatores sociais externos influenciam as decisões, tornando-as padrões previsíveis. Assim, apesar de concordarem que muitos fatores psicossociais são essenciais para a decisão, em teoria esses fatores poderiam ser ‘calculados’ e poderia haver certa previsibilidade nas decisões judiciais. Filiam-se a esta ala Oliphant, Moore, Llewellyn e Felix Cohen.

Já a *Ala Idiossincrática*, com uma visão mais cética, acreditava que fatores internos aos juízes era o que determinava a decisão, e como cada juiz possui uma personalidade e uma maneira de pensar diferente, era impossível qualquer previsão, chegando a uma quase aleatoriedade nas decisões judiciais. Filiam-se a esta Ala, Jerome Frank e Joseph Hutcheson.

Em relação a uma Posição Normativa, isto é, como o Realismo acreditava que os juízes deveriam decidir, a *Ala Proto-Posneriana* (o nome talvez seja autoexplicativo) acreditava que os juízes deveriam decidir como legisladores e avançar em questões políticas econômicas e sociais, uma vez que o Direito é indeterminado. Entre os que se filiavam a esse pensamento estão Holmes e Felix Cohen.

Já a ala do *Quietismo Normativo* acreditava que seria perda de tempo dizer o que os juízes deveriam fazer, haja vista que quem decide o que os juízes fazem são os próprios juízes, sendo inútil dizer a eles para fazê-lo de outra forma. Jerome Frank e Llewellyn são representantes dessa ala.

Em síntese, essa é a sistematização de Brian Leiter sobre o aspecto teórico do realismo jurídico. Entretanto, outro autor que analisa o aspecto teórico, Tamanaha (TAMANAHA, 2008) traz uma abordagem diferente. Para o autor, o realismo pode ser encarado sob seu aspecto cético (*skeptical aspect*), ou pelo aspecto *rule-bound*¹². Na verdade, apesar dessas duas possibilidades, Tamanaha é a favor de uma terceira visão, que seria uma visão balanceada do realismo (*balanced sense*), uma espécie de amálgama entre as duas visões mais extremas.

¹² Optou-se por não traduzir o termo “rule-bound” pois poderia perder o sentido original. O termo “rule-bound” traz a ideia de que o direito está preso (*to bind*) às regras, não podendo ser o primeiro separado do segundo.

Tabela 3 - Síntese de Brian Tamanaha. Fonte: Elaborado pelos autores, baseado em TAMANAHA, 2008

| Aspecto Cético | Aspecto <i>Rule-Bound</i> |
|--|---|
| O Direito possui falhas, limitações e abertura interpretativa. Por essa razão, os juízes algumas vezes tomam decisões manipulando as regras jurídicas, influenciados por sua própria visão moral e política, bem como por motivos pessoais | As Regras jurídicas podem funcionar; os juízes podem aplicar a lei. Há fatores práticos, sociais e institucionais que forçam os juízes a julgarem de acordo com a lei. Pode haver, dessa forma, previsibilidade das decisões baseada no direito. Esse aspecto, entretanto, nunca é atingido de forma perfeita |

Visão Balanceada: Uma visão realista deverá balancear esses dois aspectos. Assim, o aspecto *rule-bound* pode funcionar de forma satisfatória, mas sempre tendo em vista os desafios anunciados pelo aspecto cético.

Segundo o *Aspecto Cético* (que é historicamente atribuído a Frank), o Direito não depende de regras e as decisões judiciais dependem apenas das escolhas feitas pelos juízes. Este aspecto é bastante semelhante à Ala Idiossincrática exposta por Leiter. Já o *Aspecto Rule-Bound* estabelece que as regras jurídicas são fundamentais e exercem pressão para que as decisões dos juízes sigam uma certa racionalidade jurídica. Claro que esse aspecto, para os Realistas, não é observável no mundo real. Tamanaha então propõe uma *Visão Balanceada*, bastante parecida com a Ala Sociológica de Leiter. Através dessa Visão Balanceada, entende-se que as decisões judiciais são abertas à interpretação, mas que o direito exerce uma pressão e influência consideráveis sobre o juiz.

Como foi dito anteriormente, a visão que é adotada neste artigo é uma divisão entre Realismo Histórico e Realismo Teórico. Este último, subdividido em: Realismo como Visão Instrumental do direito; como Teoria da Decisão Judicial; e, por fim, como Teoria do Direito. Passaremos, então, a análise da primeira subdivisão do Realismo Teórico: o Realismo como Visão Instrumental do Direito.

6. Realismo Teórico: visão instrumental do Direito

A noção instrumental do Direito, segundo a qual o Direito é ferramenta para atingir certas finalidades não surgiu com os realistas, nem se limitou a eles. Entretanto, não se pode

negar que uma das contribuições mais importantes alcançada por eles foi a distinção entre “formalismo” e “instrumentalismo”¹³.

Como bem coloca Singer (1988), o realismo seria uma forma de instrumentalismo ou funcionalismo, uma vez que os realistas originários buscaram entender as regras jurídicas em termos de suas consequências sociais. Para melhor compreender como o direito funciona no mundo real, eles tentaram unificar o direito e as ciências sociais, acreditando que com isso poderiam reformar o sistema jurídico e alcançar eficiência e justiça social (SINGER, 1988, p. 468–469). Apesar de concordarmos com a ideia geral, cabem alguns comentários. Nem todos os realistas tentavam entender as regras jurídicas em termos de “consequências sociais”. O movimento era fragmentado e várias teses distintas eram defendidas por distintos grupos. O instrumentalismo, assim como outras bandeiras dos realistas não era unânime. Além disso, os realistas estavam mais preocupados com o instrumentalismo das decisões judiciais e do ensino legal do que causa e consequências das regras – isso porque, para alguns realistas mais extremados (e Jerome Frank é o exemplo clássico), as regras não determinavam a decisão dos juízes. Assim, para Jerome Frank, cético quanto as regras jurídicas na própria decisão judicial, não faria sentido entendê-las como úteis e como instrumento de justiça social.

Mas não se pode negar o instrumentalismo como essência do realismo jurídico. Aliás, o instrumentalismo foi uma bandeira hasteada que trouxe muito apelo ao movimento, como bem coloca Llewellyn em seu *Some Realism about Realism: Responding to Dean Pound*:

They [Realists] view rules, law as means to ends; as only means to ends; as having meaning only insofar as they are means to ends. They [Realists] suspect, with law moving slowly and the life around them moving fast, that some law may gotten out of joint with life. This is a question in first instance of fact: what does law do, to people, or for people? In the second instance, it is a question of ends: what ought law to do to people, or for them? (LLEWELLYN, 1931, p. 1223)

Felix Cohen, um dos autores realistas, escreveu um popular artigo sobre a abordagem funcional, que pode ser entendida também como instrumental (*Transcendental nonsense and the functional approach*). Para Cohen (1935), uma abordagem instrumental traz melhores resultados do que a abordagem tradicional.

Por exemplo, na religião, uma abordagem instrumental faria com que houvesse um distanciamento de comparações entre dogmas religiosos ou na gênese e evolução da religião, em direção a um estudo das consequências das várias religiões para a motivação humana. As

¹³ A distinção aqui é apenas no sentido teórico, uma vez que ainda não era clara para os realistas o termo “instrumentalismo” (QUEVEDO, 1985, p. 119)

perguntas que o instrumentalismo faz para as religiões é: Como mudará a vida das pessoas? Que comportamentos determinada religião vai despertar e que comportamento vai desencorajar? Na antropologia, como outro exemplo, melhor do que classificar e descrever as peculiaridades humanas, a abordagem instrumental tentaria traçar as consequências sociais dos costumes, crenças, rituais, das artes. Nas ciências políticas, deixa a ciência de ser apenas formal, e busca entender as motivações psicológicas e as consequências dos atos políticos. (COHEN, 1935, p. 831–832).

Para Cohen, a abordagem instrumental sempre pondera as consequências. De forma que, para questões clássicas – e notavelmente teóricas – do Direito, como por exemplo, *qual a natureza das regras jurídicas e a natureza do Direito?* as consequências devem sempre ser analisadas. Mas qual seria uma consequência de uma definição jurídica teórica ser formulada de uma forma ou de outra? Tome-se como exemplo a definição de que o “Direito é a concretização das decisões judiciais” (como alguns realistas acreditavam). Então, conceitos jurídicos como *contrato, responsabilidade, personalidade*, todos deveriam ser definidos como resultado de decisões concretas dos tribunais. Há aqui, portanto, uma consequência prática – nem que seja apenas a de direcionar os estudantes de Direito a buscarem seus conceitos nas decisões judiciais. Desse modo, Cohen acreditava que uma definição do direito poderia ser apenas *útil* ou *inútil* (e não verdadeira ou falsa). Numa análise instrumental do que seria uma “definição” ideal do direito, deve-se buscar a consequência, ou utilidade dessa definição (veja que ideal aqui não trata de uma definição única, uma vez que a análise funcional não busca monopolizar a definição de direito, mas apenas em dizer se uma definição é útil ou inútil). Ora, a utilidade preponderante de uma definição qualquer é uma delimitação do objeto definido visando reduzir os riscos de uma potencial confusão sobre o que é esse objeto. Não apenas isso, mas a ambiguidade que será reduzida a respeito do objeto definido deve ser menor do que a ambiguidade na definição por si mesma. Se isso é verdade, e considerando que a linguagem é ambígua e sempre sujeita a confusões de maior ou menor grau, uma definição útil seria aquela que traz uma redução dos riscos de uma confusão sobre o objeto maior do que a sua própria ambiguidade. Em outras palavras, uma definição útil do que é Direito deverá sempre tentar trazer respostas sobre o que é o Direito de maneira que não traga ambiguidades quanto ao que se quer dizer com as palavras da definição.

Dessa forma, uma das definições realistas de que o *Direito é o que os tribunais decidem* não levantaria muitas ambiguidades (talvez levantasse a questão sobre o que seria um tribunal ou o que seria uma decisão, mas estas são ambiguidades não muito expressivas). Considere-se agora, uma outra definição de Direito, *como sendo a regra de conduta civil*

prescrita pelo poder supremo em um Estado, ordenando o que é certo e proibindo o que é errado. A confusão e ambiguidade que este conceito de direito traz faz com que o esforço em entendê-lo (e as diversas teorias que aí podem ser inseridas) seja tão grande que usá-lo torna-se totalmente inútil. Teóricos poderiam abstrair, nessa definição, muitas teorias e conceitos que são absolutamente irrefutáveis – e qualquer refutação seria uma ‘briga’ interpretativa que não teria fim e não traria nenhuma consequência prática desejável. Cohen, em seu artigo, entra a fundo sobre as inconsistências desta definição provando linha por linha que a primeira definição do Direito (Direito é o que os tribunais decidem) é superior à segunda, não por ser mais verdadeira, mas por permitir que advogado, juízes, estudantes possam tanto entender melhor o fenômeno jurídico como criticá-lo de maneira mais crítica. Afinal, como criticar o que nem se pode entender com certa clareza? (COHEN, 1935, p. 834–844).

O instrumentalismo realista também teve reflexos na teoria do ensino jurídico. Autores como Llewellyn, Cook, Pound, Holmes, Bigelow e Lewis, dentre outros, merecem destaque por tentar conceber a ideia de um estudo científico do direito (TAMANAH, 2014, p. 36). Para alcançar esse objetivo, segundo os Realistas, as escolas de Direito não deveriam apenas ensinar doutrina jurídica, mas sim duas outras perspectivas ignoradas: (i.) uma perspectiva teórica do direito como uma instituição social; e (ii.) pesquisa e ensino empíricos, aplicando técnicas qualitativas e quantitativas para um melhor entendimento do que é o direito na realidade. Aliás, essas duas perspectivas são as duas principais bandeiras do chamado *Novo Realismo Jurídico*¹⁴, que é um movimento recente que tenta compatibilizar o pensamento realista para o mundo atual. O problema é que, como pontua Tamanaha (2014), para que possa florescer uma pesquisa empírica decente, muito investimento em tempo e treinamento deve ser dispendido. No Brasil, infelizmente, ainda estamos, no geral, distantes de pesquisa empírica de qualidade na área jurídica.

7. Realismo Teórico: Teoria da Decisão Judicial

Como os juízes decidem os casos difíceis? Essa talvez tenha sido uma das perguntas que tem trazido os maiores debates na filosofia do direito nos últimos tempos. E por mais que a questão tenha sido discutida, tem-se a impressão de que a contribuição realista é a de ceticismo e negação do direito. Ou, pelo menos, de que a decisão judicial não deveria ser foco do Direito e caberia muito mais à psicologia, às ciências sociais ou à economia estudá-la. De maneira

¹⁴ Para um melhor entendimento sobre o Novo Realismo Jurídico, vide Erlanger *et al.*, (2006); e Miles; Sunstein, (2008)

alguma dessas assertivas estão corretas. O pensamento realista não foi ‘destrutivo’ para as teorias correntes, mas trouxe elementos novos que contribuíram para o debate. Isso se deve, principalmente, ao fato dos realistas, em sua maior parte, não desejarem conceituar o que *é* o direito, mas apenas como *funciona* o direito.

Segundo Tumonis (2012, p. 1366), o Realismo foi a mais controversa e importante teoria sobre decisão judicial na história. A questão central que o realismo coloca, em relação a uma teoria da decisão judicial é: as decisões se valem de raciocínios jurídicos? Até que medida? O modo como os fatos se apresentam não seria mais relevante para um juiz do que o modo como as regras jurídicas se apresentam? Essa tensão, que pode ser denominada entre o formalismo (regras jurídicas) e o realismo (fatos) existe até os dias de hoje e qualquer discussão que prescindia de um dos dois elementos será incompleta (TUMONIS, 2012, p. 1362).

Em linhas gerais, segundo este autor, são duas as atividades que um juiz realiza ao julgar (julgamento em sentido amplo), segundo os realistas: a primeira é que os juízes tomam uma decisão prévia a respeito dos casos que lhes são postos, antes mesmo de analisar as regras jurídicas. Esse prévio julgamento usualmente se baseia em fatores que não são jurídicos, como concepção pessoal de justiça, ideologias, classe social das partes, dentre outros. Tomada já a decisão, os juízes então buscam no direito uma justificativa plausível para sua decisão. E isso é possível pela natureza aberta e contraditória do direito. Essas duas etapas (a do pré julgamento e a da busca por uma justificativa no direito) podem inclusive ser realizadas inconscientemente pelo julgador.

Deve ser ressaltada a diferença aqui, entre uma sentença (ou voto, ou qualquer documento escrito pelo juiz no sentido formal) e a verdadeira decisão judicial. Para os realistas, escrever uma sentença não é o mesmo que tomar uma decisão pelo juiz que a profere. Apesar de poderem ser etapas coincidentes, geralmente a decisão é uma etapa prévia a sua sentença. Não apenas isso, mas o raciocínio levado a cabo para se tomar uma decisão não reflete no que é efetivamente escrito pelo juiz em sua sentença.

Com essa teoria reputada como verdadeira, identifica-se, então quais são os verdadeiros *inputs* para que uma decisão jurídica seja tomada. A utilidade disso é que, ao se pensar que os únicos *inputs* são o direito e os fatos, uma teoria com caráter científico sobre decisão judicial torna-se incompleta. Adicionando outros *inputs* externos como ideologias, classes sociais, julgamentos anteriores do mesmo juiz, dentre outros, a hipótese é que a previsão sobre um julgamento será menos aleatória. Se uma teoria pode prever de maneira mais satisfatória do que a mera aleatoriedade, pode-se dizer então que estamos diante de uma teoria com maior caráter de cientificidade.

Em suma, apesar de o realismo ter desnudado o fato de que juízes não decidem de forma sistemática conforme o direito, mas sim de acordo com uma miríade de fatores, a contribuição realista traz, em última instância, mais segurança jurídica e previsibilidade. Uma teoria que diz que a previsão de uma decisão judicial é difícil em razão dos fatores x, y e z, é melhor do que uma que supõe que a decisão judicial segue parâmetros e racionalidades próprias do direito, mas que não consegue explicar porque os juízes decidem como eles decidem.

8. Realismo Teórico: Teoria do Direito

Para que o Realismo seja considerado também uma teoria do – e sobre o – direito, a premissa básica é saber se o realismo consegue responder, de maneira satisfatória, a seguinte pergunta: “*o que é o direito?*”. Para essa tarefa, iremos fazer uma analogia com três casos.

Imagine um primeiro caso em que um empreendedor decide abrir uma empresa de esportes e aventura que irá oferecer para seus clientes a prática de *rafting* e canoagem em um rio bastante perigoso. Junto com toda a documentação necessária para abrir a empresa, ele decide buscar um advogado para saber se, caso aconteça alguma lesão ou morte acidental, quanto ele será obrigado a, no máximo, indenizar. Ele então mostra todos os protocolos e certificações de segurança, sinalizando a seu advogado que irá cumprir todos os requisitos e procedimentos exigidos para evitar acidentes. O advogado analisa a lei e os julgamentos semelhantes e estima que, para este tipo de negócio, uma condenação máxima pode chegar ao valor de R\$X. Dessa forma, aconselha-o prudentemente que poupe este valor (ou faça um seguro) para um potencial evento adverso. O empreendedor, em seus pensamentos, convence-se então de que o Direito enuncia que: “*Em caso de um acidente com morte, seguindo os protocolos P de segurança, a vítima será provavelmente indenizada em R\$X*”.

Imagine agora um segundo caso em que o mesmo empreendedor, já está com seu negócio aberto e faturando. Imagine também que ocorreu um acidente fatal de um cliente durante uma das sessões de *rafting* oferecida por nosso empreendedor. Ele é acionado judicialmente e condenado a pagar R\$2X, não cabendo mais recursos. O empreendedor, em seus pensamentos, convence-se de que o Direito, na verdade, enuncia que, “*Em caso de acidente com morte, seguindo os protocolos P de segurança, a vítima será indenizada em R\$2X*.”

Agora, em um terceiro caso, imagine que na mesma empresa de *rafting* seja realizado um campeonato anual. Os competidores descem toda a extensão do rio, cronometrando o tempo. É vencedor aquele que descer o rio em um menor tempo. Suponhamos que em um primeiro

momento, não haja nenhum árbitro para marcar o tempo, os pontos e declarar o vencedor. Os próprios competidores, baseado nas regras, fazem a contagem de pontos e declaram o vencedor. Suponhamos, agora, em um segundo momento, um árbitro seja adicionado para fazer a contagem de pontos e declarar o vencedor. É correto então dizer “o resultado do campeonato é o que o árbitro disse”? Mas e na primeira situação, sem árbitros, não existirá vencedores e nem regras do jogo, uma vez que não há árbitro para decidir?

Note que o primeiro exemplo enuncia: “*O direito é a previsão do que será decidido nos tribunais*”. O segundo exemplo diz: “*O direito é o que efetivamente os tribunais decidem*”. O terceiro exemplo, em linhas gerais, diz: “*O direito não depende de uma decisão judicial, ele existe independente de previsões ou juízes decidindo*”. Os dois primeiros casos (e, portanto, os enunciados de estabelecem que o Direito é a previsão ou a realidade das decisões dos tribunais) podem ser associados ao pensamento realista. O último caso e enunciado é uma crítica que Hart faz à teoria da predição das decisões. (HART, 2009, p. 184). Para Hart, é temerário deixar na mão daquele que decide, ou seja, para os tribunais, a decisão de uma “discrecionabilidade irrestrita” sobre o que seja o direito.

Não apenas isso, mas Hart também reconhece que, em muitos casos possa haver interesse em se conhecer “*qual o direito sobre determinado assunto*”. Neste caso, poderá também haver uma previsão cautelosa a ser feita. Mas a conclusão não deve ser aquela que os realistas chegaram (de que o direito é a previsão do que será decidido nos tribunais). A visão realista da teoria da previsão parte dos pressupostos corretos mas chega às conclusões erradas. O que se depreende desta situação da busca por uma previsão é que se sabe que os tribunais irão buscar as normas jurídicas para decidir determinado caso, de forma que essa atividade de “previsão” não pode ser o direito em si, mas sim a previsão sobre quais normas jurídicas os tribunais irão basear suas decisões. Prever uma decisão, nada mais é do que olhar para o direito, da mesma forma que os tribunais o fazem. Os tribunais não olham para as previsões, mas sim para o Direito. Ou seja, para Hart, é importante que normas e previsões não são iguais e não podem ser confundidas.

Para Leiter (LEITER, 2002), a crítica de Hart causou um efeito devastador na teoria realista. Mas mesmo assim a crítica é incompleta. Isso porque Hart não adentra sua crítica em dois tipos de ceticismos entre os realistas. Para Leiter, os realistas podem ser (i.) céticos-conceituais e (ii.) céticos-empíricos. Os céticos conceituais são aqueles que rejeitam a simples afirmação de que atos oficiais (como a promulgação de leis, por exemplo) fazem parte do direito. Ou seja, é a visão extrema que nem mesmo leis fazem parte do direito. Nos exemplos dados neste capítulo, referem-se aos dois primeiros casos – “o direito é a previsão do que será

decidido nos tribunais” ou “o direito é, efetivamente, o que os tribunais decidem”. Para Leiter, é muito fácil derrubar o argumento cético-conceitual realista, uma vez que, se eles estão corretos, e o direito é a previsão do que um juiz irá decidir, então um juiz de última instância, para saber qual é o direito aplicável a um caso, deveria fazer a seguinte pergunta sem sentido: “o que eu prevejo que eu vou decidir sobre esse caso?”. Claramente não é isso que um juiz faz.

Mas os realistas também podem ser *céticos-empíricos*, isto é, aqueles que acreditam que as regras jurídicas podem não fazer muita diferença em um julgamento. Note-se que há uma diferença aqui. Para os céticos-conceituais, as regras não fazem parte do direito, enquanto para os céticos-empíricos as normas jurídicas podem ter pouca influência nas decisões judiciais, mas elas fazem parte do direito.

O ponto de Leiter é que, apesar da devastadora crítica de Hart, apenas um dos realistas era cético-conceitual (apenas Felix Cohen). Assim, de certo modo, Hart critica todo o movimento realista, com base no pensamento de apenas um deles (que nem mesmo é citado por Hart). Os realistas, na verdade, não eram filósofos e a previsão do direito que faziam era muito mais para entender como as regras jurídicas funcionavam na prática (veja que eles acreditam que as regras jurídicas existam), do que para entender o *conceito de direito*. Os realistas não queriam desenvolver uma teoria filosófica sobre o direito, mas apenas entender como o direito afetaria o trabalho dos advogados e de seus clientes que, assim como os primeiros dois casos do empreendedor do rafting, estão, em última análise, interessados em saber qual será a decisão última dos tribunais. Assim, para Leiter, “o que alguém quer saber sobre o direito é o que de fato os tribunais irão decidir (...) isso é tudo que o direito importa para o cliente, e tudo que o direito importa para o advogado aconselhando seu cliente”. (LEITER, 2002, p. 28).

O que se depreende é que, na verdade, os realistas americanos não estavam muito interessados no debate filosófico sobre o conceito de direito. Ao contrário do que acontecia contemporaneamente no realismo escandinavo, em que seus autores eram grande parte filósofos por formação, os realistas americanos eram muito mais práticos e viam o direito com uma visão instrumental e não como fim em si mesmo. É evidente, portanto, que não se pode dizer que os realistas estavam errados na sua negação cética sobre o que era direito, porque nenhum (ou quase nenhum) deles negava propriamente o direito, mas apenas eram céticos quanto ao papel do direito nas decisões judiciais.

9. Conclusões

O Realismo jurídico foi um movimento complexo e difícil para ser entendido em sua completude. Acreditamos, porém, que uma sistematização correta deva distinguir entre duas abordagens, que muitas vezes são confundidas entre si pelos autores que se propõem a estudá-lo: uma abordagem histórica e uma abordagem teórica, como aquela realizada neste trabalho. Isso porque o Realismo foi tanto foi um movimento que surgiu como reação a uma determinada situação histórica pré-existente nos Estados Unidos, como também inaugurou, ou pelo menos consolidou, um pensamento mais prático e instrumental sobre as decisões tomadas nos tribunais. Por fim, teorizou sobre o direito de maneira geral.

Portanto, a contribuição trazida pelo presente artigo foi uma sucinta exposição do que foi o realismo em suas origens históricas – como reação ao formalismo e também como fruto do acaso do encontro e amizade entre acadêmicos na década de 1930 – e o que foi o realismo em suas contribuições teóricas – que traz uma visão instrumental do direito, uma teoria de decisão judicial e até mesmo contribuições teóricas sobre o que é o direito.

Referências

ALEXANDER, GS. Comparing the two legal realisms - American and Scandinavian. *The American journal of comparative law*, p. 131–174, 2002..

AMATO, Anthony D. The Limits Of Legal Realism. *Northwestern University School of Law Working Papers*, 2010.

ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARBER, NW. Legal Realism, Pluralism, and their Challengers. *University of Oxford Legal REsearch Paper Series*, n. 76, p. 1–24, 2012.

CARDOZO, Benjamin Nathan. *The Nature of the Judicial Process*. New Haven: Yale University Press, 1921.

CLARK, Charles E. Walter Wheeler Cook. *Illinois Law Review*, v. 38, p. 341–344, 1944.

COHEN, FS. Transcendental nonsense and the functional approach. *Columbia Law Review*, v. XXXV, 1935..

D'AMATO, Anthony. Legal Realism Explains Nothing. *Washington University Jurisprudence Review*, v. 1, p. 1–20, 2009.

DAGAN, Hanoch. The Realist Conception of Law. *University of Toronto Law Journal*, v. 57, n. 3, p. 607–660, 2007.

DANZIGER, Shai; LEVAV, Jonathan; AVNAIM-PESSO, Liora. Extraneous factors in judicial decisions. *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, v. 108, p. 6889–6892, 2011.

ENGLE, Eric. Fake Revolution: Understanding Legal Realism, The. *Washburn LJ*, v. 47, p. 653–674, 2007.

ERLANGER, HS *et al.* Is It Time for a New Legal Realism? *Wisconsin Law Review*, 2006..

FERREIRA, Daniel Brantes. *Realismo Jurídico Norte-Americano : Uma contribuição para o ensino jurídico*. 2011a. 175 f. PUC-Rio, 2011.

FERREIRA, Daniel Brantes. Realismo jurídico norte-americano: origem, contribuições e principais autores. *direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br*, p. 6–33, 2011b.

GARVIN, D. Making the Case: Professional Education for the World of Practice. *Harvard Magazine*, v. 106, n. 1, p. 56–65, 2003.

GODOY, AS de Moraes. *Introdução ao Realismo Jurídico Norte-Americano*. 2013.

Disponível em:

<http://www.justocantins.com.br/files/publicacao/20131031094506_introducao_ao_realismo_juridico_norte_americano.pdf>. Acesso em: 6 jul. 2014.

GREEN, MS. Legal Realism as Theory of Law. *Wm. & Mary L. Rev.*, v. 46, n. 6, 2004.

GULATI, Mitu; GEORGE, TE; MCGINLEY, A. The New Old Legal Realism. *Northwestern University Law Review*, v. 105, n. 2, p. 689–736, 2011..

HART, HLA. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

HOLMES, Oliver Wendell. *The Common Law*. Londres: Macmillan & Co., 1882.

HOLMES, Oliver Wendell. The Path of the Law. *Harvard Law Review*, v. 10, p. 457–478, 1897.

HULL, NEH. Reconstructing the Origins of Realistic Jurisprudence: a prequel to the llewellyn-pound exchange over legal realism. *Duke Law Journal*, v. 1989, p. 1302–1334, 1990.

KOZINSKI, Alex. What I ate for breakfast and other mysteries of judicial decision making. *Loyola of Los Angeles Law Review*, v. 26, p. 993–999, 1992.

LEITER, Brian. American legal realism. *U of Texas Law, Public Law Research Paper*, n. 042, 2002.

LEITER, Brian. Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered*. *Ethics*, v. 111, n. 2, p. 278–301, 2001.

LEITER, Brian. Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence. *Tex. L. Rev.*, v. 267, 1997..

- LLEWELLYN, Karl N. A Realistic Jurisprudence - The Next Step. *Columbia Law Review*, v. 30, n. 4, p. 431–465, 1930.
- LLEWELLYN, Karl N. Some realism about realism: Responding to Dean Pound. *Harvard Law Review*, v. 1, p. 1222–1264, 1931.
- MILES, TJ; SUNSTEIN, CR. The new legal realism. *The University of Chicago Law Review*, v. 372, n. December, 2008.
- MOORE, Underhill; CALLAHAN, Charles. Law and Learning Theory: A Study in Social Control. *Yale Law Journal*, v. 53, p. 1–136, 1943.
- QUEVEDO, Steven M. Formalist and Instrumentalist Legal Reasoning and Legal Theory. *California Law Review*, v. 73, n. 1, p. 119, 1985.
- SCHAUER, Frederick; STREET, John F Kennedy; HALL, Weil. The Convergence of Rules and Standards. n. January, 2001.
- SINGER, Joseph William. Legal Realism Now. *California Law Review*, v. 76, p. 465, 1988.
- TAMANAH, Brian Z. Legal Realism in Context. *Washington University in St. Louis School of Law*. [S.l: s.n.], 2014.
- TAMANAH, Brian Z. Understanding Legal Realism. *Tex. L. Rev.*, p. 731–785, 2008.
- TUMONIS, Vitalius. Legal Realism & Judicial Decision-Making. *Jurisprudence*, v. 19, n. 4, p. 1361–1382, 2012.