

VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

**TEORIAS DA JUSTIÇA, DO DIREITO, DA DECISÃO,
DA ARGUMENTAÇÃO E DO REALISMO JURIDICO**

ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA

JURACI MOURÃO LOPES FILHO

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 - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

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

T314

Teorias da justiça, do direito, da decisão, da argumentação e do realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line]
organização CONPEDI

Coordenadores: Juraci Mourão Lopes Filho; Rogerio Luiz Nery Da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-917-9

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

Tema: A pesquisa jurídica na perspectiva da transdisciplinaridade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Teorias da justiça. 3. Argumentação e realismo jurídico. VII Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

TEORIAS DA JUSTIÇA, DO DIREITO, DA DECISÃO, DA ARGUMENTAÇÃO E DO REALISMO JURIDICO

Apresentação

O Conpedi - Conselho Nacional das Pós-Graduações em Direito, consolidando sua atuação proativa em favor do avanço da pesquisa na área jurídica, assim como em outras tantas que lhe são correlatas, tais como a filosofia do direito, a sociologia do direito, a antropologia, a economia, a criminologia, hospedou e coordenou, por intermédio do VII Encontro Virtual do Conpedi, entre os dias 24 a 28 de junho de 2024, mais uma histórica e produtiva rodada de apresentação de trabalhos científicos e dos consequentes debates acadêmicos, com vistas à construção coletiva do conhecimento jurídico. Espaçados ao longo dos cinco dias, mais de mil trabalhos, entre artigos científicos e painéis, que se viram distribuídos segundo sua pertinência temática, em cerca de quase uma centena de grupos de trabalho (GTs) com vasta diversidade temática, muito justamente com o evento intitulado: “A PESQUISA JURÍDICA NA PERSPECTIVA DA TRANSDISCIPLINARIDADE”. Contextualizado em momento de intensa carga de trabalho pedagógico pelo iminente encerramento do semestre de trabalho, com generalizada carência de tempo e recursos para viagens, a iniciativa do Conpedi veio garantir efetividade à pesquisa acadêmica, pela adoção do modelo virtual, o qual viabilizou o encontro de qualidade com o necessário contraste de ideias, sem a necessária logística de um evento presencial. Nem por isso, a estrutura mobilizada e disponibilizada se fez simples; ao contrário, o ferramental disponibilizado pelo Conpedi permitiu com que todos se reunissem com absoluta eficiência e produtividade. Ao Professor-doutor Juraci Mourão Lopes Filho, do Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS) e ao Professor-doutor Rogério Luiz Nery da Silva, da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), foi atribuída a honrosa tarefa de conduzir os trabalhos do GT 59 - TEORIAS DA JUSTIÇA, DO DIREITO, DA DECISÃO, DA ARGUMENTAÇÃO E DO REALISMO JURIDICO I, cujos trabalhos se dividiram em dois blocos, segundo a matriz teórica adotada ou pelo núcleo do objeto de pesquisa. O primeiro bloco contou com os seguintes trabalhos: 01. A distinção entre normas primárias e secundárias de Herbert Hart, de autoria de Talissa Maciel Melo; 02. A perspectiva moral nos fenômenos sociais: uma análise da agressão moral na violência à luz da teoria de John Rawls, de autoria de Ana Luiza Crispino Mácola, José Claudio Monteiro de Brito Filho e Homero Lamarão Neto; 03. O direito humano à felicidade: uma análise do livro “Desigualdade reexaminada”, de Amartya Sen, de autoria de Helíssia Coimbra de Souza e José Claudio Monteiro de Brito Filho; 04. O direito natural como base metafísica em contraponto ao realismo jurídico, de autoria de Francisca Cecília de Carvalho Moura Fé e Wilson Franck Junior; 05. Globalização e pluralismo constitucional: uma análise dos âmbitos

sociais parciais e os sujeitos constitucionais, de autoria de Érico Antonio Pereira Santos, Leonel Severo Rocha e Bianca Neves de Oliveira; 06. O ODs nº 5 da ONU, raça, gênero e reparação histórica: da possibilidade de implementação de ações afirmativas no corpo docente da Universidade de São Paulo, de autoria de Danilo Henrique Nunes, Lucas de Souza Lehfeld e Neide Aparecida de Souza Lehfeld; 07. Promoção de direitos e garantias fundamentais através das dimensões do poder e da participação popular, de autoria de Leonardo Jose Diehl e Adriana Fasolo Pilati. O segundo bloco constou de trabalhos com concentração nas temáticas da prestação da jurisdição em si, seus limites e variações, como a judicialização, o ativismo judicial e a desjudicialização, o interpretativismo e as mutações, a partir dos seguintes trabalhos: 08. Pluralismo jurídico e justiça comunitária: a busca pela solução dos conflitos e o fomento estatal, de autoria de Lucas Manito Kafer e Renata Almeida da Costa; 09. Os limites da mutação constitucional: a delicada questão entre os limites estabelecidos ao STF na sua missão de julgar e o papel reservado ao legislador, de autoria de Eid Badr, Sarah Clarimar Ribeiro de Miranda e Natalia Marques Forte Badr; 10. O princípio da responsabilidade judicativa como chave de leitura para as teorias da decisão judicial, de autoria de Aline de Almeida Silva Sousa; 11. Teoria da Integridade de Ronald Dworkin e o ativismo judicial brasileiro: uma análise do recurso especial nº 1874222 do Superior Tribunal de Justiça, de autoria de João Augusto Pires Mendes e Alberto de Moraes Papaléo Paes; 12. Judicialização da política e diálogo institucional: a legitimação do poder judiciário enquanto detentor da última palavra na garantia dos direitos fundamentais sob a ótica da teoria do diálogo institucional, de autoria de Sara Barros Pereira de Miranda, José Elias Gabriel Neto e Igor Barros Santos; 13. Judicialização e desjudicialização: compreensão da simbiose dos fenômenos na busca pela efetividade do acesso à justiça frente à insuficiência do judiciário e legislativo, de autoria de Erika Araújo de Castro, Clarindo Ferreira Araújo Filho e Danilo Rinaldi dos Santos Júnior; 14. Revisitando a jurisdição: análise da disfuncionalidade do ativismo judicial na perspectiva da unidade do direito como sistema social, de Cassius Guimaraes Chai, Tuane Santanatto Nascimento Santos e Isadora Silva Sousa. Na oportunidade da condução dos trabalhos, pode-se testemunhar a dedicação dos autores, desde a meticulosidade da preparação das pesquisas ao rigor na liturgia analítica e à criatividade das integrações cognitivas. Seguro de cumprir o papel articulador de iniciativas de fomento à pesquisa jurídica, o Conpedi nos autoriza a oferecer ao prezado leitor o compartilhamento dos ricos conteúdos versados. Desejamos uma excelente leitura!

Professor-doutor JURACI MOURÃO LOPES FILHO, do Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS), Coordenador do Mestrado Acadêmico em Direito da Unichristus. Doutor em Direito Constitucional (UNIFOR), Mestre em Direito e Desenvolvimento (Universidade

Federal do Ceará - UFCE), pós-graduado em Direito Processual Civil (Universidade Federal do Ceará - UFCE), graduado em Direito (Universidade Federal do Ceará - UFCE), Procurador do Município de Fortaleza-CE e advogado OAB-CE.

<http://lattes.cnpq.br/0257488574733726>

Professor-doutor ROGÉRIO LUIZ NERY DA SILVA, da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Pós-doutor em Direito e Ciência Política (Université de Paris X - França), Doutor em Direito Público e Evolução Social (UNESA), doutorando em Filosofia do Direito (Universität zu Kiel – Alemanha), Mestre em Direito e Economia (UNIG), posgraduação em Jurisdição Constitucional (Universidad Castilla-La Mancha – Espanha) pós-graduado em Educação (UFRJ), graduado em Direito (UERJ), advogado OAB-RJ.
<http://lattes.cnpq.br/1275400369932551>

O DIREITO NATURAL COMO BASE METAFÍSICA EM CONTRAPONTO AO REALISMO JURÍDICO

NATURAL LAW AS A METAPHYSICAL BASIS IN CONTRAST TO LEGAL REALISM

Francisca Cecília de Carvalho Moura Fé ¹
Wilson Franck Junior ²

Resumo

Este estudo é motivado pela necessidade de entender a fundamentação das leis e a aplicação da justiça em diferentes sistemas jurídicos e políticos. O contraste entre o Direito Natural e o Realismo Jurídico oferece uma janela para explorar como as leis são interpretadas, justificadas e aplicadas em diversas sociedades. Além disso, a pesquisa visa elucidar como as teorias do direito influenciam as práticas governamentais e judiciais, impactando a proteção dos direitos humanos e a administração da justiça. A pesquisa tem como base metodológica uma abordagem qualitativa, utilizando o estudo detalhado de fontes acadêmicas, textos filosóficos e jurídicos que discutem Direito Natural e Realismo Jurídico. Apesar das críticas do Realismo Jurídico, o Direito Natural oferece invariavelmente uma base ética valiosa para a legislação e jurisprudência, propondo um padrão de moralidade que transcende as circunstâncias variáveis e muitas vezes partidárias da tomada de decisão judicial. Espera-se que o estudo destaque a necessidade de uma síntese entre os ideais universais do Direito Natural e as realidades pragmáticas reconhecidas pelo Realismo Jurídico, promovendo um equilíbrio entre ética e adaptabilidade nas práticas legais contemporâneas.

Palavras-chave: Direito natural, Realismo jurídico, Metafísica, Lei natural, Ética

Abstract/Resumen/Résumé

This study is motivated by the need to understand the foundation of laws and the application of justice in different legal and political systems. The contrast between Natural Law and Legal Realism provides a window to explore how laws are interpreted, justified, and applied across various societies. Additionally, the research aims to elucidate how legal theories influence governmental and judicial practices, impacting the protection of human rights and the administration of justice. The research is based on a qualitative approach, utilizing a detailed study of academic sources, philosophical and legal texts discussing Natural Law and Legal Realism. Despite the criticisms from Legal Realism, Natural Law invariably offers a

¹ Doutoranda em Direito Público (UNISINOS), bolsista CAPES/PROEX; Mestranda em Filosofia (UFRGS); Mestra em Direito (UFPI).

² Doutor e Mestre (PUCRS). Pós-doutorando em Direito (UFPI), bolsista CAPES/FAPEPI no projeto "Patógenos emergentes, reemergentes e resistentes: aspectos zoonóticos, jurídicos e de remediação ambiental. E-mail wilsonfranckjunior@gmail.com

valuable ethical basis for legislation and jurisprudence, proposing a standard of morality that transcends the variable and often partisan circumstances of judicial decision-making. The study is expected to highlight the need for a synthesis between the universal ideals of Natural Law and the pragmatic realities recognized by Legal Realism, promoting a balance between ethics and adaptability in contemporary legal practices.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Natural law, Legal realism, Metaphysics, Natural law, Ethic

1 INTRODUÇÃO

O estudo do direito frequentemente oscila entre perspectivas que enfatizam fundamentos metafísicos e abordagens que focam na realidade prática das leis. A concepção de Direito Natural, que considera a existência de direitos e leis universais inerentes à condição humana, tem sido um pilar da filosofia jurídica desde Aristóteles e foi fortemente revigorada durante o Iluminismo. Em contraponto, o Realismo Jurídico, emergindo no século XX, principalmente nos Estados Unidos, desafia essa visão, argumentando que a lei é moldada por forças sociais e práticas judiciais, e não apenas por princípios universais. Este contraste entre o idealismo do Direito Natural e o pragmatismo do Realismo Jurídico justifica uma análise aprofundada, pois revela tensões fundamentais sobre como concebemos a lei e sua função na sociedade.

Para explorar esse contraste, a pesquisa adotará uma abordagem qualitativa, utilizando análise comparativa da literatura filosófica e jurídica que aborda tanto o Direito Natural quanto o Realismo Jurídico. Serão examinados textos chave, desde os escritos de Tomás de Aquino até os trabalhos contemporâneos de Hans Kelsen e Alf Ross, para entender como cada perspectiva molda a interpretação e aplicação do direito. Complementarmente, análises de casos judiciais emblemáticos que refletem a aplicação de cada teoria também serão incorporadas para ilustrar como essas ideias operam na prática.

O objetivo geral deste estudo é analisar como o Direito Natural e o Realismo Jurídico oferecem fundamentos distintos para a compreensão e aplicação do direito, e como cada um pode influenciar a prática jurídica contemporânea. De maneira mais específica, a pesquisa visa: (i) elucidar os principais conceitos e argumentos do Direito Natural e do Realismo Jurídico; (ii) examinar como essas teorias foram aplicadas em decisões judiciais históricas; e (iii) avaliar a relevância dessas perspectivas no contexto jurídico atual, especialmente em questões de direitos humanos e legislação internacional.

A relevância desta pesquisa reside na sua capacidade de fornecer uma compreensão mais profunda dos fundamentos filosóficos que guiam as decisões jurídicas. Em um momento em que questões globais complexas, como direitos humanos e justiça ambiental, estão cada vez mais no centro das atenções, compreender as bases filosóficas do direito torna-se crucial. Através deste estudo, espera-se contribuir para o debate sobre como as leis devem ser formuladas e interpretadas em uma era globalizada e diversificada.

Ao final, esta investigação buscará contribuir para a literatura jurídica, oferecendo novas perspectivas de como diferentes escolas de pensamento podem influenciar a elaboração de políticas e a prática jurídica. Além disso, espera-se que o estudo possa servir como recurso para educadores jurídicos, estudantes de direito e legisladores, fornecendo-lhes uma análise robusta das implicações práticas das teorias do Direito Natural e do Realismo Jurídico. Assim, este trabalho não apenas enriquecerá o entendimento acadêmico, mas também informará práticas aplicadas, contribuindo para o desenvolvimento de um quadro jurídico mais eficaz e equitativo.

2 FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS E HISTÓRICOS DO DIREITO NATURAL

O Direito Natural é uma doutrina filosófica e jurídica que postula a existência de direitos e normas inerentes à natureza humana, discerníveis através da razão e independentes das leis escritas ou das convenções sociais. Essa teoria fundamenta-se na crença de que certos direitos e morais são universais e eternos, e não produtos de uma criação humana específica. Historicamente, a teoria do Direito Natural desempenhou um papel central no desenvolvimento de sistemas legais e filosóficos, influenciando profundamente pensadores desde a Antiguidade Clássica até o Iluminismo.

Desde Aristóteles, que diferenciou as “leis naturais” das “leis convencionais”, o Direito Natural foi evoluindo e adquirindo novas interpretações. Durante a Idade Média, esta concepção foi especialmente integrada à teologia cristã por pensadores como São Tomás de Aquino, que argumentou que o Direito Natural é um aspecto da lei divina, pois todas as leis, à medida que refletem a razão correta, derivam da lei eterna (*Summa Theologica*, II, q.90, art. 2). Segundo Aquino, as leis naturais são aquelas que a razão humana pode derivar da natureza do ser humano, enquanto a lei divina é aquela revelada por Deus. Essa fusão de teologia com filosofia natural fez do Direito Natural uma pedra angular na elaboração de conceitos jurídicos e éticos no Ocidente.

O florescimento do Direito Natural continuou na modernidade com filósofos como John Locke, que no século XVII, considerou a vida, a liberdade e a propriedade como direitos naturais fundamentais. Locke argumentou que o governo deve ser construído com base no consentimento dos governados e destinado a proteger esses direitos naturais. Suas ideias foram tremendamente influentes, especialmente na formulação da Declaração de Independência dos Estados Unidos e outros documentos fundacionais da democracia liberal.

No entanto, a validade e a aplicabilidade do Direito Natural foram amplamente questionadas com o advento do positivismo jurídico no século XIX, que defendia que a lei é um conjunto de normas estabelecidas pelo homem, sem qualquer conexão necessária com valores morais pré-existentes. Este debate ainda persiste, mostrando a divisão entre aqueles que acreditam na existência de um fundamento moral inerente ao direito, e aqueles que veem a lei como uma construção social sujeita às mudanças históricas e culturais.

A base metafísica do direito refere-se aos princípios filosóficos e teóricos fundamentais que sustentam a compreensão e aplicação do direito em uma sociedade. Esses princípios metafísicos são geralmente considerados transcendentais, ou seja, eles existem além das leis físicas observáveis e são acessíveis através da razão e da reflexão filosófica. A metafísica do direito busca identificar e explicar as bases essenciais e imutáveis sobre as quais o direito e a justiça devem ser construídos, fornecendo uma estrutura estável para as flutuações das normas jurídicas temporais.

Kant, na sua obra *Princípios Metafísicos da doutrina do Direito*, reconhecia a existência de direitos naturais, concebidos como originários de uma base de princípios a priori, que independem de formulação objetiva para estabelecer uma proteção proibitiva contra interferências externas (Kant, 2014). Ele propôs, entretanto, uma distinção entre direitos naturais e direitos inatos. Segundo Kant, existiria somente um direito inato, o direito à liberdade. Este direito inato à liberdade é visto como fundamental e universal, constituindo a base sobre a qual todos os outros direitos jurídicos devem ser construídos e compreendidos.

Kant entendia que os direitos naturais são aqueles derivados diretamente da razão humana e não dependem de leis ou convenções externas para serem reconhecidos. Estes direitos, por serem apriorísticos, emanam diretamente de princípios lógicos e éticos que são universais e necessários. A distinção que ele faz entre direito natural e direito inato é crucial: enquanto os direitos naturais podem abranger uma gama de direitos derivados da aplicação da razão prática em contextos diversos, o direito inato à liberdade é singular e absoluto, servindo como a base fundamental da moralidade e da lei (Kant, 2014).

Essa concepção reflete o imperativo categórico, que afirma que as ações devem ser guiadas por princípios que possam ser universalizados sem contradição. Neste contexto, o direito à liberdade é inerente a cada indivíduo e deve ser respeitado por todos, formando a pedra angular do seu sistema ético e jurídico. Segundo Kant, esse direito à

liberdade implica não apenas a liberdade de agir, mas também a proteção contra coerções injustas, tanto de outros indivíduos quanto do Estado (Kant, 2014).

Portanto, a abordagem kantiana ao direito natural e inato é profundamente enraizada em sua filosofia moral, que coloca a autonomia e a capacidade de autolegislação racional como fundamentos da ética e do direito. Este entendimento não apenas influenciou profundamente o pensamento jurídico subsequente, mas também continua a ser um ponto de referência crucial para debates contemporâneos acerca dos direitos humanos e liberdades fundamentais.

Juristas contemporâneos como Kelsen (1979), influenciado pelo kantismo, categorizam a doutrina do direito natural como uma doutrina idealista-dualista do direito, cuja característica primordial é considerar a natureza como a origem das normas do direito ideal, ou seja, do direito justo. Kelsen afirma que, ao se reconhecer a existência de um direito natural instituído por uma entidade divina, conclui-se que os direitos subjetivos são inerentes ao ser humano e possuem um caráter sagrado; conseqüentemente, seria impossível para o direito positivo conferir ou revogar esses direitos aos indivíduos, cabendo-lhe unicamente o papel subsidiário de protegê-los e garantir sua observância (Kelsen, 1979). Assim, “sem o direito natural, o direito positivo não tem o pressuposto necessário de existência” (Hervada, 2006).

No entanto, para a teoria hegeliana, a crença firmemente arraigada de que, no âmbito das questões humanas, é possível identificar um direito e dever definidos e absolutos, origina-se da percepção da indiferença formal ou do absolutamente negativo (Hegel, 2007). Este último, embora exista concretamente dentro desta esfera, é em essência, mas, por ser meramente em essência, revela-se vazio. Não contém em si nada de absoluto, exceto se considerarmos a pura abstração como tal — uma noção completamente desprovida de conteúdo da unidade (Hegel, 2007).

Hegel apresenta a tensão entre concepções abstratas de direito, como as encontradas no direito natural, e a aplicação prática dessas noções, como observado no direito positivo. Ele discute a ideia de que os princípios absolutos do direito podem parecer fixos e concretos, mas, quando examinados mais de perto, revelam-se vazios ou puramente abstratos na prática das relações humanas. Esta ideia ressoa com o debate entre o Direito Natural e o Realismo Jurídico. Enquanto o Direito Natural sustenta a existência de direitos e deveres absolutos e universais, derivados da própria natureza e acessíveis através da razão, o Realismo Jurídico argumenta que o direito é moldado por condições sociais e práticas e, portanto, é mais relativo do que absoluto.

Assim, crítica fundamental hegeliana ao Direito Natural: a preocupação de que, embora possa se apresentar como um sistema de princípios absolutos e universais, na realidade, esses princípios podem não ter um conteúdo prático ou aplicável específico, tornando-se abstrações vazias. Isso reflete uma das principais críticas feitas pelos realistas jurídicos, que veem o direito como algo que deve evoluir em resposta às circunstâncias mutáveis e às necessidades humanas, ao contrário de ser fundamentado em princípios imutáveis e possivelmente desconectados da realidade.

Hegel vê o direito natural como algo historicamente contingente e em constante desenvolvimento. Ele argumenta que o direito evolui através do processo histórico e cultural, refletindo a progressão do Espírito (Geist) em direção a maior liberdade e autoconsciência. Sua tese pode refletir como verdadeira influência aos que defendem o realismo jurídico.

Apesar desses desafios, o Direito Natural continua a ser uma teoria significativa no estudo da filosofia do direito. Ele ressurgiu em discussões modernas sobre direitos humanos, onde muitos argumentam que certos direitos são “naturais” no sentido de serem universais e fundamentais para a dignidade humana. Essa visão sugere que, independentemente das leis específicas de cada país, existem certos direitos que todos os seres humanos possuem, simplesmente em virtude de serem humanos, uma noção que é um eco direto dos princípios do Direito Natural.

3 FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS E HISTÓRICOS DO REALISMO JURÍDICO

António Manuel Hespanha (1982), renomado jurista e historiador, propõe uma abordagem inovadora para estudar a história do direito, articulando quatro linhas de força essenciais: (i) considerar a história do direito como algo além da mera sucessão de leis, reconhecendo as dinâmicas e contextos que transcendem os textos legais; (ii) enfatizar a análise do impacto prático de correntes doutrinárias específicas na vida jurídica de suas respectivas épocas, valorizando a influência real dessas doutrinas sobre as práticas judiciais e administrativas, em detrimento de meros critérios de inovação ou originalidade intelectual; (iii) promover um combate ao jurisdicismo, que muitas vezes isola o direito dos contextos sociais e culturais em que está inserido, defendendo uma visão do direito como fenômeno intrinsecamente ligado aos fatos sociais e moldado por estes; e (iv) assegurar uma autonomia, ainda que relativa, da história das instituições jurídicas frente à história social geral, argumentando que, embora profundamente interligadas, as trajetórias do desenvolvimento legal e social podem e devem ser analisadas sob

perspectivas que respeitem suas particularidades e contribuições únicas para a compreensão da sociedade. Esses princípios, segundo Hespanha, são fundamentais para uma compreensão mais profunda e contextualizada do direito, permitindo uma interpretação mais rica e matizada de sua evolução ao longo do tempo.

A partir das considerações acima, torna-se necessário compreender a divisão histórica do direito norte-americano proposta por Grant Gilmore em três eras distintas, cada uma refletindo as mudanças sociais, políticas e legais significativas da época. A compreensão dessas eras oferece uma perspectiva valiosa sobre a evolução do direito nos Estados Unidos.

A Era do Descobrimento, de 1787 a 1860, que começa com a ratificação da Constituição dos Estados Unidos e estende-se até o início da Guerra Civil Americana (Gilmore, 2014). Durante este período, o direito norte-americano foi predominantemente moldado pela exploração e estabelecimento de novas formas de governança e organização social. A constituição e o desenvolvimento de um sistema legal federal refletem um tempo de otimismo e de formação de uma identidade nacional, onde os direitos fundamentais e a estrutura do governo foram definidos e consolidados.

A Era da Fé, de 1860 a 1914, que abrange o período da Guerra Civil até o início da Primeira Guerra Mundial (Gilmore, 2014). Um tempo marcado pela reconstrução pós-guerra e pelo crescimento industrial massivo. A fé nas instituições americanas foi fortalecida durante este período, com uma crença crescente no direito e nas instituições como meios para resolver desigualdades e promover justiça social. As emendas constitucionais que aboliram a escravidão e as decisões da Suprema Corte que moldaram a relação entre o estado e o indivíduo são exemplos de como o direito refletiu e moldou as esperanças e os ideais da sociedade.

Por fim, Era da Ansiedade, de 1914 até os dias atuais, que se iniciou com a Primeira Guerra Mundial e mantém-se na atualidade, esta era é caracterizada por uma complexidade crescente na sociedade e no direito, acompanhando os rápidos avanços tecnológicos e as mudanças globais (Gilmore, 2014). O século XX e o início do XXI foram marcados por guerras, crises econômicas e desafios ambientais que levaram a um aumento da regulamentação e a um questionamento mais profundo acerca do papel do direito e das instituições na resolução de conflitos e na proteção dos direitos humanos. Esta era reflete um período de incertezas e questionamentos quanto à capacidade do direito de acompanhar as mudanças sociais e garantir justiça.

Logo no início da Era da Ansiedade, nas décadas de 1920 e 1930, emergiu um movimento crítico conhecido como Realismo Jurídico. Esse movimento desafiou diretamente a abordagem de Christopher Columbus Langdell, que havia estabelecido o método do caso em Harvard em 1870 (Ferreira, 2012). Langdell defendia que o direito poderia ser estudado e aplicado com a mesma precisão científica que as ciências naturais, utilizando casos judiciais como principal meio de ensino e aprendizagem. Os realistas jurídicos criticaram esse método por várias razões.

Primeiramente, eles questionaram a eficácia do método do caso como técnica pedagógica, argumentando que ele não necessariamente preparava os estudantes para a prática real do direito, pois focava demasiadamente na abstração e na aplicação de precedentes sem considerar adequadamente o contexto mais amplo ou as consequências práticas das decisões judiciais. Além disso, os realistas jurídicos rejeitaram a noção de que o direito é uma ciência que pode ser deduzida de maneira puramente lógica a partir de casos anteriores (Ferreira, 2012).

Portanto, o Realismo Jurídico representou uma crítica dual: era tanto uma crítica ao método de ensino de Langdell quanto a sua concepção de que o direito funcionava como uma ciência. Esse movimento enfatizava a necessidade de entender o direito como um fenômeno vivo, que interage com a sociedade e é influenciado por fatores sociais, econômicos e éticos. Assim, esse movimento crítico novo propôs uma visão mais pragmática e menos idealizada do direito e da educação jurídica, influenciando profundamente o desenvolvimento subsequente do pensamento jurídico.

Gilmore observa que o colapso da jurisprudência Langdelliana ocorreu entre as duas guerras mundiais, não instantaneamente, mas como um processo gradual onde os princípios antigos foram questionados e novos moldes começaram a formar-se. Ele compara essa transição à sobrevivência do espírito do Direito Romano através da Igreja Católica, após a queda do Império Romano, indicando que, embora a forma possa mudar, certos princípios fundamentais persistem (Gilmore, 2015).

Na perspectiva dessa corrente, as decisões judiciais são influenciadas principalmente pelos efeitos que os fatos têm sobre as ideologias dos juízes, e não estritamente pelas regras gerais do direito (Grubba; Monteiro, 2018). Neste caso, a intenção era de que as decisões refletiriam uma resposta mais direta aos fatos apresentados do que às leis aplicáveis. Dessa forma, o resultado final de um julgamento é frequentemente o produto de uma variedade de fatores, incluindo as ideologias do magistrado e aspectos de sua personalidade, ao invés de ser uma consequência exclusiva

da aplicação de uma norma jurídica (Grubba; Monteiro, 2018). Conforme apontado por Godoy (2013, p. 15), o realismo jurídico propôs-se a questionar e a deslegitimar as teorias jurídicas dominantes, caracterizadas por sua abordagem formalista e objetiva, propondo, em contrapartida, uma abordagem jurisprudencial com fundamentação filosófica mais robusta, mais esclarecida e mais alinhada com as realidades complexas e dinâmicas emergentes.

Assim, o realismo jurídico parte do pressuposto de que a avaliação de um caso pode variar significativamente dependendo da interpretação semântica adotada, e enfatiza que a personalidade do juiz desempenha um papel crucial em suas decisões (Grubba; Monteiro, 2018). Além disso, a sociologia reconhece os juízes como indivíduos com personalidades distintas, moldados por determinantes sociais e que julgam baseados nos valores culturais e sociais vigentes em sua época. Nesse contexto, o realismo jurídico confronta o formalismo jurídico, que preconizava uma abordagem mecânica à jurisprudência. Para os realistas, a justiça nunca é neutra, objetiva ou isenta de influências, refutando a possibilidade de uma aplicação desapassionada da lei (Grubba; Monteiro, 2018).

A influência do realismo americano alcançou a Dinamarca por meio de Alf Ross, foi um importante proponente do Realismo Jurídico, particularmente dentro da tradição do realismo jurídico escandinavo. Nascido na Dinamarca, Ross foi influenciado tanto pelo realismo jurídico americano quanto pelas correntes filosóficas predominantes na Europa, como o positivismo lógico. Sua abordagem ao realismo jurídico focava na descrição do direito como ele é praticado, em oposição a como deveria ser, enfatizando a análise empírica das leis e de suas funções sociais. Entretanto, o realismo escandinavo é distinto de outras escolas jurídicas devido ao seu compromisso com uma abordagem empírica rigorosa e à sua incorporação de uma análise filosófica mais aprofundada, contrastando com o pragmatismo do realismo jurídico norte-americano.

Em suas obras, Ross critica o formalismo e o idealismo no estudo do direito, propondo uma visão mais pragmática e científica. Para ele, as leis não devem ser vistas apenas como mandatos morais ou comandos abstratos, mas como fenômenos sociais que possuem consequências reais e observáveis. Ademais, a validade de uma norma jurídica não derivaria de qualquer fundamento metafísico, mas de sua aceitação e eficácia dentro do contexto social onde é aplicada.

A obra principal de Alf Ross, na qual ele desenvolve sua abordagem realista da ciência jurídica, representa, primordialmente, um manifesto contrário ao dualismo

prevalente nas teorias jurídicas contemporâneas. Este dualismo se articula na distinção entre realidade e validade, concebidas como aspectos distintos do direito, embora logicamente interrelacionados. Segundo Ross, essa dicotomia conduz a uma metodologia em que o direito, enquanto objeto de estudo, é simultaneamente percebido como um fenômeno passível de observação empírica no mundo dos fatos e como uma norma de caráter obrigatório no domínio moral e dos valores (Ross, 1961). Essa abordagem reflete resquícios de teorias metafísicas que, de acordo com Ross, teriam servido mais para ofuscar do que para esclarecer o verdadeiro processo de criação, imposição e aceitação do direito.

Esta crítica de Ross visa superar as limitações impostas por tais dualismos, visto que eles obscureceriam a compreensão pragmática e funcional do direito como uma construção social que é tanto influenciada quanto influenciadora das práticas sociais. Ao desafiar essa visão dualista, Ross propõe uma perspectiva unificadora que busca integrar a análise empírica das práticas jurídicas com uma compreensão normativa das leis, enfatizando a interação dinâmica entre a eficácia prática do direito e sua fundamentação normativa.

Além disso, Ross enfatiza a necessidade de uma abordagem que reconheça o direito não apenas como um conjunto de normas a serem seguidas, mas como um fenômeno social que deve ser estudado através de suas manifestações concretas e suas implicações na vida social (Ross, 1961). Esta perspectiva está alinhada com sua crítica à metafísica no direito, argumentando que a teorização excessivamente abstrata e desconectada das realidades práticas pode levar a uma compreensão distorcida do papel e da função do direito na sociedade.

Portanto, a contribuição de Ross para a teoria do direito consiste em um chamado para uma análise mais integrada e menos fragmentada do direito, que considera suas dimensões empíricas e normativas como partes de um todo coerente. Esta abordagem não só ilumina os processos reais pelos quais o direito é criado e aplicado, mas também promove um entendimento mais completo e contextualizado do direito dentro da estrutura social mais ampla.

4 OS PROBLEMAS E A CRISE DO REALISMO JURÍDICO

Conforme apresentado anteriormente, a base metafísica do direito natural defende que existem verdades fundamentais acerca da justiça e da moralidade que são acessíveis por meio da razão humana. Esses princípios são considerados válidos independentemente

das circunstâncias ou convenções sociais. Por exemplo, John Finnis, em *Natural Law and Natural Rights*, articula como o direito natural busca fundamentar os direitos e deveres humanos em uma natureza humana comum, o que proporciona uma base estável para a crítica de leis injustas e práticas governamentais arbitrárias.

Por outro lado, o realismo jurídico, como detalhado por Oliver Wendell Holmes Jr., em *The Path of the Law*, compreende que a lei é o que os juízes decidem, sugerindo que as decisões legais são fortemente influenciadas por fatores externos às normas jurídicas formais. Os realistas acreditam que entender o direito exige um olhar para as ações e comportamentos dos aplicadores da lei, não apenas para textos legais abstratos.

Essa divergência fundamenta um confronto ideológico significativo entre as duas escolas. O direito natural pode contrapor o realismo jurídico ao argumentar que este último pode levar a uma forma de cinismo jurídico onde a lei perde seu aspecto de justiça intrínseca e transforma-se meramente em um instrumento de poder. Como Lon Fuller discute, em *The Morality of Law*, o direito natural oferece um critério externo para avaliar a justiça das leis, critério este que falta no realismo jurídico.

Além disso, o direito natural oferece uma resposta ao problema da indeterminação legal e ao voluntarismo judicial que são criticados por teóricos realistas. Ao se apegar a princípios universais, o direito natural busca orientar a interpretação e aplicação das leis de maneira que respeite a dignidade e os direitos fundamentais do indivíduo, algo que é menos enfatizado no realismo jurídico. Esta perspectiva é reforçada por Ronald Dworkin, em sua obra *Law's Empire*, onde ele defende que os princípios morais devem influenciar a interpretação da lei, contrariando a visão realista de que a interpretação deve ser guiada principalmente pela tradição e pela autoridade judicial (Dworkin, 1986).

Hespanha (1982) critica a visão que isola o direito de seu contexto social. No debate entre Direito Natural e Realismo Jurídico, essa crítica é central. O Direito Natural defende que existem fundamentos éticos e universais que devem guiar o direito, enquanto o Realismo Jurídico aduz que o direito é moldado por e responde aos fatos sociais. Assim, ambos os campos podem ser vistos como respostas ao jurisdicismo, embora de maneiras distintas.

Entretanto, para os realistas, o conhecimento é por natureza provisório e relativo, refletindo uma visão de que as verdades legais e éticas estão sujeitas a mudanças conforme novas evidências surgem e novos contextos são considerados. Esta abordagem empírica sublinha a crença de que o entendimento do direito deve evoluir com base em observações concretas e não em princípios absolutos.

Em contraste, os absolutistas defendiam que a razão humana tem a capacidade de identificar princípios universais de justiça através de uma análise filosófica rigorosa da realidade (Purcell Jr., 1969). Eles argumentavam que a lógica dedutiva não apenas prova a veracidade de certas proposições, mas também guia a aplicação correta dessas verdades em situações práticas específicas (Purcell Jr., 1969). Para os absolutistas, esses princípios universais não só fundamentam, mas também conferem certeza demonstrável a todo o conhecimento ético, oferecendo uma base sólida e imutável para o entendimento e a aplicação do direito (Purcell Jr., 1969).

Assim, a distinção entre realistas e absolutistas revela um debate profundo quanto à natureza do conhecimento e da verdade no direito: enquanto os realistas enfatizam a adaptabilidade e a contingência do conhecimento jurídico baseado na realidade observável, os absolutistas valorizam a estabilidade e a certeza derivadas de princípios éticos e legais considerados universalmente válidos e eternamente aplicáveis.

H.L.A. Hart, um influente filósofo do direito e principal proponente do positivismo jurídico, ofereceu críticas substanciais ao realismo jurídico, que se centram principalmente na precisão, clareza e função das leis dentro de um sistema jurídico. O realismo jurídico, ao enfatizar excessivamente o papel dos fatores sociais e comportamentais na tomada de decisões judiciais, negligencia a importância das normas jurídicas estabelecidas e da estrutura legal formal (Hart, 2009).

Primeiramente, Hart criticou o realismo jurídico por sua tendência a subestimar a importância das regras legais como guias claros e estáveis para a ação. Pois, ao focar na maneira como as decisões são efetivamente tomadas pelos juízes, que podem incluir considerações pessoais ou políticas, o realismo jurídico falha em reconhecer que as leis devem servir como padrões de conduta previsíveis e compreensíveis para todos os cidadãos (Hart, 2009). Para Hart, essa previsibilidade é fundamental para a integridade do sistema legal e para a manutenção da ordem social, permitindo que as pessoas planejem suas ações e entendam as possíveis consequências legais dessas ações.

Além disso, Hart destacou a fragilidade do realismo jurídico em sua abordagem sobre a indeterminação do direito. Ele desafiou a noção de que as decisões legais são meramente o resultado de preferências subjetivas dos juízes, argumentando que muitas áreas do direito são de fato governadas por regras bem definidas e amplamente aceitas (Hart, 2009). Hart propôs que o papel dos juízes não é apenas criar um novo direito de maneira *ad hoc*, mas interpretar e aplicar o direito existente dentro do quadro de regras e

princípios estabelecidos, o que confere ao direito um grau significativo de objetividade e coerência, ao contrário do que sugerem os realistas jurídicos.

Essas críticas de Hart ao realismo jurídico são parte de seu argumento maior a favor de uma compreensão mais formal e estruturada do sistema legal, onde as leis são vistas tanto como instrumentos de controle social quanto como mecanismos para a resolução de disputas, com base em princípios claros e objetivos. Isso, segundo Hart, não apenas fortalece a autoridade da lei, mas também protege contra a arbitrariedade e promove a justiça, equilibrando a necessidade de flexibilidade judicial com a demanda por certeza legal.

Em 1931, Roscoe Pound publicou um texto no qual criticava vigorosamente o movimento realista. Nesse escrito, Pound focava principalmente em dois aspectos que ele considerava problemáticos nas propostas de Llewellyn, um dos principais teóricos do realismo jurídico (Ferreira, 2012). Primeiramente, Pound contestava a ênfase dos realistas na aplicação de métodos de pesquisa empírica ao estudo do direito. Para ele, tal abordagem poderia desviar o foco das estruturas teóricas e principiológicas tradicionalmente valorizadas no campo jurídico. Em segundo lugar, criticava a utilização de conceitos psicológicos para analisar o comportamento individual dos magistrados, alegando que isso poderia levar a uma compreensão reducionista e subjetiva das decisões judiciais (Ferreira, 2012).

Pound expressava preocupação de que o realismo jurídico, ao desafiar as regras e princípios estabelecidos por Langdell — que enfatizavam uma abordagem mais formalista e doutrinária do direito —, estava sendo demasiadamente radical. Ele via o movimento realista como uma ruptura potencialmente perigosa com as convenções jurídicas estabelecidas, que poderia comprometer a integridade e a previsibilidade do sistema legal.

Além disso, Pound percebia as propostas do realismo jurídico como excessivamente progressistas para a época (Ferreira, 2012). Sua crítica refletia uma tensão entre a tradição e a inovação no direito, destacando um ceticismo em relação à capacidade de novas metodologias para respeitar e preservar os princípios jurídicos fundamentais. A posição de Pound ilustra uma resistência significativa dentro da comunidade jurídica contra a reformulação radical proposta pelo realismo jurídico. Ele defendia uma abordagem mais cautelosa e gradualista à evolução do direito, preocupado com as implicações de uma adoção apressada de métodos empíricos e análises

psicológicas que, em sua visão, poderiam erodir a base conceitual e principiológica sobre a qual o direito estava construído.

5 CONCLUSÃO

A abordagem do direito natural, com sua ênfase em princípios éticos consistentes e universais, pode ser vista como um antídoto para a arbitrariedade judicial e a manipulação política da lei, problemas que o realismo jurídico, inadvertidamente, pode permitir. Ao fornecer uma base metafísica para o direito, o direito natural assegura que as decisões jurídicas sejam ancoradas não apenas nas realidades práticas e contingentes destacadas pelo realismo jurídico, mas também em um conjunto de princípios éticos que buscam promover a justiça e o bem comum.

A adoção de princípios de uma justiça natural pode contribuir significativamente para a estabilização do sistema jurídico, pois oferece fundamentos claros e bem definidos para a interpretação e aplicação das leis. Esta abordagem reduz a possibilidade de interpretações legais extremamente variadas, que podem resultar da visão mais flexível e subjetiva encorajada pelo realismo jurídico. Assim, ao invés de depender excessivamente do discernimento individual dos juízes, o sistema legal baseado no direito natural apoia-se em uma estrutura ética profundamente enraizada que serve como guia para todas as decisões judiciais.

Além disso, a perspectiva do direito natural fortalece o respeito pelos direitos humanos fundamentais, oferecendo uma barreira robusta contra as violações que podem ser legitimadas por leis injustas, criadas sob a influência de poderes políticos ou de interpretações judiciais enviesadas. Ao insistir que certos direitos e deveres transcendem as ordens legislativas e administrativas locais ou momentâneas, o direito natural preserva a dignidade humana contra os caprichos da política e as variações da jurisprudência.

Esta abordagem não só promove uma governança mais justa e equitativa, mas também incentiva uma visão de legalidade que é universal e inclusiva. Ao fazer isso, o direito natural pode oferecer uma resposta aos desafios nas relações internacionais, onde a interação entre diferentes sistemas jurídicos e culturas muitas vezes resulta em conflitos legais que requerem soluções fundamentadas em princípios universalmente reconhecidos.

No entanto, a implementação prática do direito natural enfrenta desafios, especialmente na necessidade de interpretar e aplicar princípios abstratos a situações concretas. Isto exige um equilíbrio cuidadoso entre a adesão aos fundamentos éticos e a consideração das circunstâncias específicas de cada caso. A educação jurídica e a

formação contínua dos magistrados desempenham papéis cruciais neste processo, assegurando que os princípios do direito natural sejam compreendidos e incorporados de maneira efetiva na prática jurídica.

Portanto, enquanto o realismo jurídico oferece uma perspectiva acerca da natureza pragmática e muitas vezes politizada do direito, a abordagem do direito natural com sua base em princípios éticos universais e consistentes oferece um contraponto necessário. Ela proporciona um quadro jurídico mais estável e previsível, o que é essencial para a proteção dos direitos fundamentais e para a promoção de uma sociedade justa e ordenada.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. v. I, parte II, Suplemento, 2ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1986.

FERREIRA, Daniel Brantes. Realismo jurídico norte-americano: origem, contribuições e principais autores. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 40. 2012. Disponível em: <http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/163> Acesso em 13 abr. 2024.

FINNIS, John Mitchell. **Natural law and natural rights**. Oxford: Oxford University Press, 1980.

FULLER, Lon L. **The morality of law**. 2 ed. New Haven; London: Yale University Press, 1969.

GILMORE, Grant. **The Ages of American Law**. Connecticut: Yale University Press, 1977, Second Edition, 2014.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Introdução ao realismo jurídico norte-americano**. Brasília: A. S. d M. G. G., 2013.

GRUBBA, Leilane Serratine; MONTEIRO, Kimberly Farias. Realismo jurídico Norte-Americano E Realismo jurídico Escandinavo: O Problema Da metafísica. **PrismaJ**, 17, 272-292, 2018. Disponível em: <https://www.redalyc.org/journal/934/93458829003/93458829003.pdf> Acesso em 26 abr. 2024.

HART, Herbert L.A. **O Conceito de Direito**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Sobre as maneiras científicas de tratar o direito natural**. São Paulo, SP: Loyola, 2007.

HERVADA, Javier. **O que é o direito? A moderna resposta do realismo jurídico.** São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006.

HESPANHA, António Manuel. **História das Instituições: Épocas Medieval e moderna,** Coimbra, Almedina, 1982.

KANT, Immanuel. **Princípios metafísicos da doutrina do direito.** São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

KELSEN, Hans. **A justiça e o direito natural.** Coimbra: Armênio Amado, 1979.

PURCELL JR., Edward A. **American Jurisprudence between the Wars: Legal Realism and the crisis of Democratic Theory in The American Historical Review,** Vol. 75, nº 2, 1969.

ROSS, Alf. 1961. **Hacia una Ciencia Realista del Derecho: Crítica del Dualismo en el Derecho.** Buenos Aires, Abeledo-Perrot.