

VITOR OLIVEIRA DIAS

**REALISMO JURÍDICO, APLICAÇÃO NO SISTEMA JUDICIÁRIO
BRASILEIRO**

CURSO DE DIREITO – UniEVANGÉLICA

2019

VITOR OLIVEIRA DIAS

**REALISMO JURÍDICO, APLICAÇÃO NO SISTEMA JUDICIÁRIO
BRASILEIRO**

Projeto de monografia apresentado ao Núcleo de Trabalho Científico do curso de Direito da UniEvangélica, como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do prof. M.e. Antônio Alves de Carvalho.

ANÁPOLIS – 2019

VITOR OLIVEIRA DIAS

**REALISMO JURÍDICO, APLICAÇÃO NO SISTEMA JUDICIÁRIO
BRASILEIRO**

Anápolis, _____ de _____ de 2019.

Banca Examinadora

Prof. M.e Antônio Alves de Carvalho

Professor Orientador

RESUMO

Este trabalho visa analisar e compreender a existência do realismo jurídico enquanto meio de operabilidade do direito. Consiste portanto como meio de solução de demandas judiciais e criação do Direito, baseados em critérios tais cuja capacidade catalizadora merece destaque. O Brasil hodierno, a globalização e a realidade social, na busca da solução de macro e micro lides que perduram longo período, solicitam meios de solução mais efetivos e práticos. Os traços de compreensão objetivam desde o surgimento da doutrina pragmatista enquanto filosofia, passando pela formação do realismo jurídico e suas bases, evidenciando-o tanto nos Estados Unidos da América como as recentes influências práticas na República Federativa do Brasil. Postos frente a frente os sistemas jurídicos de naturezas diversas, extraem-se as conclusões imediatas e as recentes assunções sistemáticas. Observa-se então que o juiz exerce papel vital enquanto legislador e ser-humano, bem como o campo dos precedentes, não olvidando o modo como leis e normas estão dispostas na seara do realismo jurídico.

Palavras chave: *Common Law. Civil Law. Pragmatismo. Hard Cases. Realismo Jurídico norte-americano. Realismo Jurídico brasileiro. Precedentes. Constitucional.*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	02
CAPÍTULO I – REALISMO JURÍDICO	03
1.1 Sociologismo Jurídico.....	03
1.2 Pragmatismo filosófico norte-americano.....	05
1.3 <i>Common law</i> e <i>Civil law</i>	08
CAPÍTULO II – A EVOLUÇÃO DO REALISMO JURÍDICO	13
2.1 Benjamin Natan Cardozo, Oliver Wendell Holmes JR.: O Direito como experiência.....	13
2.2 O Realismo Jurídico contemporâneo de Charles Beard.....	18
2.3 O papel do juiz na visão do Realismo Jurídico.....	19
CAPÍTULO III – REALISMO JURÍDICO E DIREITO BRASILEIRO	23
3.1 Jus naturalismo, Jus positivismo e o culturalismo jurídico.....	23
3.2 A Presença do Realismo Jurídico no Brasil.....	26
3.3 O Realismo Jurídico nos Últimos <i>Hard Cases</i> da sociedade brasileira.....	29
CONCLUSÃO	33
REFERÊNCIAS	34

INTRODUÇÃO

O Trabalho monográfico a seguir visa compreender o Realismo Jurídico no mundo do Direito. Busca investigar as bases desta doutrina jurídica, suas principais teses e autores, bem como respectivas implicações práticas. Busca se ater à operabilidade judicial e a composição do sistema realista, fazendo-se ainda análise cronológica do surgimento do tema, e compreensão de como tal matéria surge no cenário brasileiro, abrangendo os séculos XIX, XX e XXI.

Primeiramente, destacaram-se no Realismo Jurídico norte-americano seus formadores aspectos sociológicos, através de Roscoe Pound e aspectos filosóficos, através do Clube Metafísico, dos quais não pode se dissociar. Analisa-se ainda, o conflito prévio entre este e o Formalismo Jurídico, ante o magistério de Christopher Columbus Langdell, sobre o qual aquele é vencedor no contexto exposto e, por último, a diferença entre o *Common Law*, matriz do sistema norte-americano, e *Civil Law*, base do sistema brasileiro.

Na parte central da pesquisa, tratou-se de compreender o Direito como experiência, sendo este um de seus critérios de formação, mediante exposição dos juristas, Oliver Wendell Holmes e Benjamin Natan Cardozo e suas respectivas obras literárias e atuações práticas.

A seguir trata-se da contemporaneidade do Direito, o qual deve se ater às considerações contemporaneamente proporcionais para solução de fatos presentes, através do pioneiro professor e historiador Charles Beard e seu legado de compreensão da historiografia. Ao final preocupa-se em tratar do papel de protagonista do magistrado no mundo do Realismo Jurídico, agindo este com total

responsabilidade no caminho que o julgamento percorre até ser proferido.

Finalmente, passa-se a analisar o Realismo Jurídico no cenário nacional brasileiro, de primo estabelecendo as bases formadoras da sistemática nacional, dentre as quais, jus naturalismo, jus positivismo e culturalismo jurídico. Em seguida, destaca-se a gradativa influência realista experimentada pelo Brasil ao longo do século XX, de modo que não é tema completamente alheio, antes já se tem conhecimento de longa data ainda que apenas como meio de comparação e sugestividade; destacados ainda os recentes movimentos práticos no início do século XX, indicativos de medidas realistas, através da adoção de entendimentos novos e práticas processuais inovadoras.

Conclui-se finalmente, com a análise do julgamento de demandas críticas, denominadas *hard cases*, utilizando-se para tanto de técnicas de Realismo Jurídico, contrapondo-se a este o tradicional e limitado sistema brasileiro. Isto posto, a análise geral nos capítulos supramencionados, mostra o que seja a marcha dialética do Realismo Jurídico brasileiro, os desdobramentos desde sua origem estrangeira até as evidências de sua contemporânea compatibilidade.

CAPÍTULO I - REALISMO JURÍDICO

A sociedade norte-americana no início do século XX, estava acentuadamente marcada por questões raciais herdadas da libertação dos escravos e também pela Guerra de Secessão (1861-1865). É dentro deste contexto que se colocam as questões de ordem teórica e prática, o direito norte americano e sua herança do *common law*, típica de uma sociedade em busca de identidade. Disso decorre o espírito pragmático, voltado para as soluções práticas dos conflitos.

1.1 Sociologismo Jurídico

É a partir do clima de exigências sociais que se produziu a aderência das escolas jurídicas norte-americanas ao sociologismo jurídico, não por uma questão simplesmente teórica, mas também por questões de ordem administrativa. Tais experiências norte-americanas vividas, acabaram por pairar no sistema jurídico brasileiro, uma vez que as duas sociedades enfrentaram e enfrentam situações similares como será visto.

Por excelência, nas escolas norte-americanas impera o sociologismo jurídico pois, a herança empirista herdada dos ingleses pelos americanos, assim como das exigências rápidas de questões sociais, fazem deles pensadores anti-metafísicos. Para Fachini Neto e Tremarin (2016, p. 79):

No campo estritamente jurídico, coube à Escola Sociológica do Direito, que incorporou a filosofia do pragmatismo, capitanear o ataque ao pensamento formalista até então dominante, que nos

Estados Unidos atende, por vezes, pelo nome de *analytical jurisprudence* ou *legal positivism*.

Desta forma os autores explicam que, o formalismo jurídico foi amplamente enfrentado pela Escola Sociológica, pois o caráter mutável e consuetudinário, presentes na sociedade, são critérios de operabilidade do direito.

Cabe ao magistrado, intérprete da consciência social, buscar além de qualquer coisa, resultados socialmente úteis, tornando-se assim um agente social, reafirmando o fato de que o direito não é puramente lógico e longínquo, ao contrário, de primo, sua fonte é a fluidez da sociedade e conjugada a esta sofre as respectivas mutações. Para Fachini Neto e Tremarin (2016, p. 90).

A jurisprudência sociológica nega que o Direito possa ser compreendido sem considerar os fatos e as realidades da vida social humana. Um juiz que deseja cumprir satisfatoriamente sua missão tem que ter um conhecimento íntimo dos fatores sociais e econômicos que modelam o Direito e influem sobre o mesmo.

Os autores nos mostram que, para a linha do sociologismo jurídico, as jurisprudências são fruto da ligação do magistrado com a sociedade e as suas sentenças e decisões são novas engrenagens postas na construção do direito. Posto ainda, um contexto social como o norte-americano temos que, o brasileiro do mesmo modo é resultado de amplo fluxo migratório.

O conglomerado étnico, religioso e cultural faz com que as influências, advindas de tais características, reflitam na psiquê e no comportamento social de cada um desses grupos (católicos ou puritanos, indígenas ou irlandeses). Ora, é falho deste modo aplicar a determinado quadrante social “B”, toda a sistemática e concepção lógica jurisdicional particularmente construída por “A”. Afinal, toda e qualquer produção dedutiva padecerá de influências, de aplicação temerária aos demais.

Justamente pelas questões de ordem prática, em uma realidade de antítese social que vivia os Estados Unidos e pela ausência de uma identidade nacional delineada, além do grupo que se identificava enquanto WASP (*White,*

Anglo-Saxon and Protestant) a adoção de uma sistemática jurídica formalista e planificada não era sociologicamente conveniente e não abrangia a ampla gama de novos cidadãos com diferentes etnias e culturas, dentre as quais, negros, brancos, irlandese, italianos e outros. Apenas na década de 1960 houve o decantamento do sistema jurídico norte-americano, em consequência do contexto social.

A incidência de critérios sociológicos se fez vital, pois pôde provar que o sistema jurídico não é fechado em si mesmo, completo, e que o jurista não é totalmente neutro em relação ao que julga, mas sim engajado e que nesta mesma linha, a aplicação indutiva da lei surte efeitos desejáveis já que esta não advém de uma produção monista, a *contrario sensu*, é fruto da pluralidade que apenas a dinâmica social pode propor.

Um dos Grandes expoentes da *sociological jurisprudence* é o jurista norte-americano, Roscoe Pound (1870-1964) defensor enfático da existência inevitável da sociologia como fator determinante do direito.

De acordo com Godoy (2013), para Pound o direito que está posto é o completo oposto do direito da vida real (*the law in books and the law in action*), ou seja, as leis e conjugados normativos não podem encerrar em si todo o conjunto do comportamento humano. É notável sua defesa da aplicação da psicologia e o estudo da economia como integrantes do direito, tendo estes como sua principal finalidade, a ordem social.

O jurista não defendia que se vivesse em uma realidade livre de leis, muito menos aquela abarrotada por codificações, mas naquela em que o direito deve ser construído em sintonia com os fatos sociais, sendo dele a ideia de que o direito nada mais é do que “engenharia social” de relevante atuação.

1.2 Pragmatismo filosófico Norte-americano

O pragmatismo enquanto filosofia, de acordo com William James, vem da origem grega de “pragma”, que significa ação. Parte da premissa de que, a verdade de uma proposição não é dada por sua coerência lógica, nem por sua

correspondência à realidade (fora do conceito de adequação de conhecimento à realidade), mas é determinada por sua capacidade de produzir algo, de seu funcionamento efetivo.

O pragmatismo desenvolveu-se no final do século XIX, período que compreende o pós Guerra de Secessão (1861-1865), mais precisamente a partir da década de 1870 com as reuniões do chamado “Clube Metafísico”, e sua influência se estende até o início da primeira metade do século XX. Sobre os dualismos perante o pragmatismo, trata Godoy (2013, p.06):

A filosofia não deve apenas evitar os dualismos: razão/experiência, ideal/real, teoria/prática, indivíduo/sociedade, mas combatê-los, já que o conhecimento se dá na continuidade da experiência e não apenas em sua fragmentação. A inteligência investigativa ou pensamento reflexivo é que deve estabelecer essas relações que (re) ligam os objetos naturais.

Do ironicamente chamado “Clube Metafísico”, através do pensamento e obras, estão os ímpares, Charles Sanders Pierce, Oliver Wendel Holmes, tratado à frente, William James e Jhon Dewey, formadores do movimento pragmático, sustentando estes que os problemas metafísicos não tem relevância na ação e na solução de problemas da humanidade, a verdade não tem um contexto universal mas multiversal, está sujeita à produção de resultados, e é circunstancial no tempo e no espaço. Sobre a filosofia do pragmatismo expõe William James (2006, p.51):

O pragmatismo está disposto a tomar tudo, a seguir ou a lógica ou os sentidos e a contar com as experiências mais pessoais e mais humildes. Levará em conta as experiências místicas se tiverem consequências práticas. Acolherá a um Deus que viva no âmago mesmo do fato privado – se este lhe parecer um lugar provável para encontra-lo.

O brilhantismo do pensamento pragmático reside no fato de que, as discussões abstratas e os dualismos filosóficos tomam muito o tempo e as mentes. É muito mais conveniente e tátil que a validade de determinada proposição seja auferida e constatada desde que posta em prática e, por um resultado consequencialista, temos a veracidade ou não de determinada premissa.

Por mais inabalável que seja, da ótica puramente metafísica, a validade apenas é testada na prática. Não se prega um ceticismo total, muito menos empirismo pleno, mas sim comedida razão humana, algo como que um ceticismo moderado ou ainda empirismo reformado, embasado na experiência prática, o que pode ser chamado de uma filosofia da terra média.

O empirismo teve sucesso em sua propagação pelo fato de, ao contrário da filosofia empirista por exemplo, houve durante seu período de surgimento, amplo choque do desenvolvimento tecnológico e desdobramento social (revolução industrial, descobertas científicas, movimentos republicanos) durante o século XIX e início do século XX, lidando imediatamente com questões não antes tratadas, justamente por serem novas ao período.

De acordo com Godoy (2013) se tomarmos o exemplo da fé ao lume do pragmatismo, temos que este desconsidera as questões metafísicas ali inseridas e demais discussões teológicas abstratas, ao contrário assume a questão moral e os resultados que a fé causa no indivíduo.

Deste modo, se o fiel passa a viver melhor em razão da fé, aí está atestada na prática a validade daquela, não tratando dos problemas essenciais, do que a fé reputa como verdadeiro, nem mesmo a verdade teorizada, mas sim do resultado imediato que a dita verdade causa no fiel.

Já Dewey nomeava o pragmatismo como “instrumentalismo”, no entanto não faz abominável distinção ao movimento tal como se desenvolveu até então, preservando os pontos de contato inerentes ao pragmatismo. Por vezes se remetia aos próprios Pierce e James em acréscimo ao que já havia sido estabelecido.

Para Dewey, é temerário afastar o conhecimento da ação e não apenas a experiência *per se* merece consideração, mas todo o conjunto, inclusive tomar o futuro em consideração, remetendo-nos ao conceito construtivista da racionalidade, sempre através da experiência para que, as ações provenientes do raciocínio operado no presente e no passado sejam mais razoáveis no futuro.

Já no campo do conhecimento científico, Dewey afirmava que as experiências já produzidas, suas informações e dados, forneciam o real embasamento para que as hipóteses formuladas fossem novamente reinseridas na verificação prática, a construção contínua e mutável se dava com base no já experimentado.

O pragmatismo se estabeleceu como filosofia dos resultados que sempre tem como ápice o êxito, o método das consequências. O que é verdadeiro e o que é falso assumem importante papel pois é a partir daí que está posto o que é bom e o que é ruim, movidos portando pelo significado pragmático e igualitário de conhecimento e ação.

Apesar de relativamente difuso, pragmaticismo para Pierce, pragmatismo para Wiliam James e instrumentalismo para Dewey, seus pensadores estão interligados antes de mais nada por traços gerais típicos. O fato é que o pragmatismo perdeu campo para escolas de maior rigor de análise da verdade, no entanto gerou e ainda gera impactos sólidos.

1.3 O formalismo jurídico

O formalismo jurídico tem suas origens no positivismo jurídico qual seja, reduz-se o direito à norma posta pelo Estado, desvinculando-o dos costumes e da noção de valor. Seu iniciador foi Immanuel Kant (1724-1804), com a obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* (1797), onde o direito é reduzido à mera coercitividade e exterioridade. Na sociedade americana, o formalismo jurídico foi contestado na primeira metade do século XX.

O movimento formalista norte-americano tem como seu maior expoente, Christopher Columbus Langdell (1826-1906). O “*legal formalism*” enquanto conceito foi estabelecido após o período da 1ª Guerra Mundial, quando havia séria crítica a este pelo movimento antiformalista, proposto pela escola do pragmatismo.

Desde já se estabelece que o formalismo se filia mais a critérios metodológicos de operabilidade do direito. Nos dizeres de López (2001) o formalismo não é propriamente uma doutrina ontológica jurídica, pois não busca

estudar a natureza das entidades jurídicas, mas sim uma doutrina de aplicação do direito. Sendo que, para o formalismo, o direito deve ser tratado com uma ciência autônoma, sendo todo seu material de embasamento encontrado nos livros. Propunha a simples aplicação das normas ao caso concreto, combatendo a discricionariedade excessiva dos atos jurisdicionais, impondo-lhes limites, para que tivessem efeitos vinculados.

O direito enquanto ciência está completo em si mesmo e não necessita de ciências externas para lhe conferir validade, pois todas as variações são encontradas dentro da própria ciência. A partir daí tem-se que é método de aplicação do direito e de construção da ciência jurídica. Acerca da principiologia formalista, pontua Godoy (2013, p.20):

Baseado em estudo de casos, por meio dos quais o professor conduz o aluno a alcançar os princípios que regem as decisões judiciais, o método de Langdell procurava traçar o desenvolvimento dos princípios superiores que regeriam o direito.

A fonte principiológica é o cerne de todas as variantes do sistema jurídico, de onde saem as regras aplicáveis, sendo que relação direta das normas com os princípios afasta a apreciação de casos com base na coleção empírica de casos. Dos casos já decididos particularmente, extraem-se conceitos gerais e comuns àquela situação.

Do excerto extrai-se a ideia de que, para a metodologia formalista, existem princípios supremos que precisam ser identificados, não existem lacunas a serem preenchidas, a dedução evidencia a certeza jurídica, o sistema se alimenta.

Elimina-se desde já o que é meramente material e particularizado, e aprecia-se analiticamente, dentro de um universo de casos, pontos genéricos, similares, reforçando o caráter indutivo a ser extraído dos “case books” mais precisamente aqueles de natureza privada.

O formalismo de Langdell não se ocupava de matérias processuais ou atividades legislativas, mas sim das regras e textos sentenciados pelos julgadores, a

atividade de julgar proferindo sentenças, apesar disso formalistas posteriores ampliaram a análise do formalismo. Em ponto de destaque, daqui vem a utilização de precedentes como meio de solução de casos, deduzindo a partir da chamada jurisprudência de conceitos, soluções a casos futuros. Encerra o direito em si, a predeterminação de como agir o magistrado, lastreado com princípios e construções lógicas. Sobre o julgador formalista expõe López (2001, p.15):

Se llama formalista al juez u operador jurídico que habitualmente aplica los conceptos y reglas del derecho en su sentido tradicional, considerando que tales conceptos y reglas siguen siendo jóvenes y válidos para las nuevas situaciones¹.

No caso do formalismo jurídico no sistema brasileiro, é aplicado majoritariamente, afinal todo o compilado legal gira em torno dessa sistemática. Do mesmo lado estão os julgados proferidos, voltados sempre para a estrita observância de princípios e regras jurídicas, obediente à metodologia formalista.

Por um lado a rigidez da lei visava dar segurança a um Estado fragmentado, por religião e cores, no entanto ainda que garantisse a efetiva aplicação do direito, partindo exclusivamente da norma posta, cometia desajustes em relação a outros grupos sociais. Seria como colocar uma camisa pequena em um gigante, não está nu, mas ineficazmente vestido.

Criticado pela escola do pragmatismo, o formalismo foi combatido justamente por possuir essa característica de metodologia geral pois, conforme se sabe, cada caso possui particularidades que nem sempre a natureza profética do formalismo pode suprir. Por mais previsíveis que as ações humanas sejam, ficam abertas novas possibilidades de ação jurisdicional para a solução de conflitos e demandas.

No entanto o método socrático de Langdell e o estudo do direito através dos “*case books*” ainda hoje é utilizado nas universidades norte-americanas, o que não se distancia da realidade brasileira onde o estudo de casos e jurisprudências

¹ Chama-se formalista o juiz ou operador jurídico que habitualmente aplica os conceitos e regras do direito em seu sentido tradicional, considerando que tais conceitos e regras seguem sendo jovens e válidos para as novas situações.

tem se tornado habitual, inclusive através de publicações jurídicas que tratam de temas específicos através de compilados jurisprudenciais.

1.4 Common law e Civil law.

Para compreensão dos sistemas jurídicos, antes de tudo, é necessário compreender a existência e significado de dois sistemas mundialmente predominantes quais sejam o *common law* o *civil law*, aquele predominante nos Estados Unidos, herdado da Inglaterra e este em países da Europa Continental e da América Latina.

O *civil law* sofre influência direta do Direito Romano, mais precisamente da tradição Romano-Germânica e desponta em meados dos séculos XII e XIII, quando após descobertas dos compilados Romanos, estes foram estudados e reordenados. Logo em seguida a Revolução Francesa teve forte peso na medida em que preconizou a transferência de poder para o povo e após o período surge amplo movimento de codificação. Acerca do *civil law*, pontua com Soveral e Migliavacca (2017, p.216):

Num primeiro momento resta evidente que a *civil law* estava atrelada à lei enquanto fórmula essencial ao ordenamento jurídico - decorrência direta dos ideais da Revolução Francesa - direcionando a conduta judicial unicamente enquanto aplicadora dos comandos legais.

A atividade legislativa assume papel de protagonismo uma vez que cabe aos legisladores a criação de leis, a base do arcabouço jurídico de tal sistema e ao judiciário cabe o papel coadjuvante de aplicador das leis. O *civil law*, assim como o *common law* por métodos diferentes, busca através do cumprimento irrestrito da lei, a segurança jurídica e um sistema jurídico coerente dotado de harmonia.

Notável é o fato de que para o *civil law* a segurança jurídica repousa mais na norma posta e sua previsibilidade das ações humanas, de outra sorte, para o *common law* a segurança jurídica repousa mais no entendimento pacificado das decisões judiciais ao julgar casos idênticos.

Para o sistema do *common law* os casos já julgados constituem lastro jurídico que alimenta o sistema, anteriormente através dos costumes e atualmente através das jurisprudências, não sendo conveniente dizer que tal sistema é consuetudinário pois o exercício da jurisdição leva em consideração espectros maiores. De acordo com Soveral e Migliavacca (2017, p.216):

No sistema da *common law* revela-se ímpar a noção de precedentes, ou seja, as decisões judiciais compõem um maior grau de relevância ao ordenamento. Neste sistema, prevalece a noção de julgados e jurisprudência para composição do direito. E, desta forma, entende-se que um conjunto de decisões proferidas em um mesmo sentido sobre casos parecidos são capazes de conferir certeza e previsibilidade ao direito.

A partir do sistema de precedentes e da atuação protagonista do poder judiciário o *common law* se manifesta em toda sua capacidade como sistema que não vincula o magistrado obrigatoriamente à lei, ao contrário lhe confere dentro de seus limites de atuação autonomia de decisão.

Para uma nação como a norte americana a aplicação do *common law* se mostra eficaz na medida em que, por se tratar de um país de proporções continentais, e ampla variedade étnica e religiosa, como citado alhures, entra em sintonia com esta mesma complexidade. Diferente, por exemplo, é a realidade brasileira, cujas decisões de *civil law* por vezes geram disparidades.

CAPÍTULO II - A EVOLUÇÃO DO REALISMO JURÍDICO

O movimento realista, subsequente à escola sociológica, continuou por rebater fortemente a doutrina formalista que ainda permeava o meio jurídico norte-americano. Fruto das transformações decorrentes da segunda metade do século XX, é a partir da década de 1930 que atingiu seu ápice, intensificando-se a discussão e predileção pelo movimento realista, seja para linhas mais radicais ou mais progressistas. Por ter integrantes que não concordavam plenamente entre si, mas mantinham o cerne do movimento intacto, nunca pode se chamar de “escola realista”, o que não impediu a garantia de resultados comuns.

2.1. Benjamin Natan Cardozo, Oliver Wendel Holmes Jr: O Direito como experiência

Benjamin Natan Cardozo (1870-1938) figura como importante ente protagonista da doutrina pragmatista, filho de imigrantes, de origem judaica sefardita, vem de família onde a carreira jurídica não era estranha, ao contrário, era filho do magistrado Albert Cardozo, acusado de corrupção no exercício de suas funções, o que fez com que Benjamin quisesse afastar de si a assombrosa mácula paterna.

Os intuitos de o fazerem se mostraram de grande e incomparável sucesso, pois a medida com que se observa o desempenho de Cardozo tem-se primoroso contato com seu pensamento. Substituto de Oliver Wendell Holmes Jr. na Suprema Corte norte-americana em Washington, constata-se seu elevado intelecto pragmático.

A exemplo do que já fora tratado em linhas volvidas, cabe aqui mencionar que Benjamin sempre remete a figura humanizada que o juiz desempenha, longe do exercício do ditado legalista, como considerava Montesquieu. O temperamento do magistrado-homem, junto à diversidade de abordagens de um mesmo caso, faz com que além de figurarem como legisladores na medida do possível, formem um sistema jurídico que represente toda a nuance social.

Para tanto, cabe desde já invocar a inigualável obra escrita por Natan Cardozo, "*A natureza do processo judicial*" (1921). Para Cardozo muito mais que discutir quais critérios devem fundamentar uma decisão judicial, está o fato de que a maior complexidade está em julgar situações que por vezes sequer eram teor de lei.

Deste modo, o juiz legisla sobre as lacunas, aqui chamadas de "*tags*", para que assim aplique qual seria o entendimento legal, caso este existisse. Ocorre que apenas a experiência, manifesta, por exemplo, pelo sistema de precedente e pela prática jurídica do juiz, está hábil a enfrentar quaisquer novas situações postas ante ao judiciário. Sobre isso pontua Benjamin Natan Cardozo (2004, p.105):

A aquiescência a esse método baseia-se na crença de que, quando o Direito deixa de cobrir uma situação pela inexistência de uma regra anterior, não há nada para fazer exceto pedir a algum arbitro imparcial que declare aquilo que homens justos e razoáveis, cientes dos hábitos de vida da comunidade e dos padrões da justiça e retidão, prevalentes entre eles, deveriam fazer em tais circunstâncias, sem quaisquer regras, a não ser as do costume e da consciência, para regular sua conduta. O sentimento é de que em nove de cada dez causas, se não mais, a conduta de homens honrados não teria sido diferente se a norma incorporada na decisão tivesse sido anunciada previamente por uma lei escrita.

As lacunas preenchidas geram, a partir da gênese da solução do problema, o que se entende como precedente. Não que este método transmita

insegurança jurídica como talvez possa parecer, mas que, justamente por estar seguro de sua atuação no mundo, agir efetivamente na realidade e decidir de modo balizado e consciente, o juiz enxerga não sua vontade, mas sua submissão ao decidir.

A atividade legislativa surge neste contexto não puramente de um criacionismo, mas uma descoberta. O juiz a medida que atua, ainda que diante de precedentes anteriores, deve pautar-se naquilo socialmente em voga. Não é causa peculiar uma vez que, os critérios objetivos e subjetivos não são desvinculados, ao contrário, estão umbilicalmente interligados e diretamente proporcionais.

Por vezes, pode parecer que o sistema do *common law* atribui ao magistrado o caráter de decidir a seu bel prazer, no entanto, este crasso erro mitiga o real sentido de que, o juiz decide para aquilo considerado pela comunidade, amparado ainda por precedentes, dando-nos o significado da experiência nesta quadra.

Anula-se, deste modo, qualquer especulação de que se trata de meio amador e malogrado de decidir e, ao dizer que a conduta não teria sido diferente caso lei houvesse, evidencia o fato de que o sistema não se encerra sobre si mesmo mas que a experiência, seja da dinâmica social ou da experiência da prática jurídica, por sobre considerações sociológicas, eivam a sistemática jurídica pragmatista. Acerca da existência de um legislador-juiz pontua Cardozo (2004 p.83):

Com efeito cada qual está legislando dentro dos limites de sua competência. Não há dúvidas de que os limites para o juiz são mais estreitos. Ele legisla apenas entre lacunas. Ele preenche as brechas da lei. Não se pode demarcar num mapa o quanto ele pode avançar sem ultrapassar os limites dos interstícios. Ele deve descobrir isso por si mesmo a medida de adquire senso de adequação e proporção que vem com os anos de hábito na prática de uma arte.

Deve-se, portanto, considerar que para este sistema, a norma é o regente do sistema jurídico. Para o *civil law* a norma é o espírito da lei, e deste modo pode-se dizer que para o *common law*, é o espírito dos precedentes homologados. Isto posto, observa-se que a experiência tem poder superior ao que se pode imaginar,

cabendo inclusive reconsiderar normas e até mesmo princípios, caso estes não garantam provisão justa da tutela almejada.

Não existem prescrições detalhadas de como o juiz deve julgar, que fazem da aplicação da jurisdição ato arraigado às solenidades, ao contrário, investiga-se situação em que o juiz com determinada liberdade, mediante a lei que já existe, a compreensão sociológica e, se houver, os casos semelhantes já julgados, possa sensivelmente suprir a tutela postulada.

Alinhavado a isto está a razão de que, seja ante causas familiares ou aquelas novas demandas nunca antes enfrentadas, a mutabilidade social sempre exigirá movimento à frente, capaz de despir-se daquilo que um dia foi considerado entendimento pacífico acerca de algum assunto, amputando normas e princípios ou ainda fazendo regra aquilo que fora exceção.

Isso pode parecer estranho, pois, tratando-se do *civil law*, a reconsideração de princípios e normas é processo por vezes catastrófico mas, à medida que se torna inteligível que o *common law* não parte de um arcabouço preestabelecido, se torna compreensível a dinâmica que a experiência pode causar. Ao considerar Monroe Smith, Cardozo dispôs em sua obra (2004 p.12):

Cada nova causa é uma experiência; e, se a norma aceita que parece ser aplicável produz um resultado que parece ser injusto, a norma é reconsiderada.

Em reforço à compreensão de toda a sistemática que trata o Direito como experiência, o ápice deste entendimento está a pioneira e célebre didática do predecessor de Benjamin Natan Cardozo na Suprema Corte, aquele que talvez seja o mais renomado jurista norte-americano, Oliver Wendell Holmes Jr. (1841-1935).

O grande jurista, famoso por seus votos vencidos, expunha em todos seus julgamentos seus mais claros entendimentos acerca do Direito enquanto ferramenta a partir da experiência. O título de "*great dissent*" se deu muito mais como mérito do que como desacerto de seus posicionamentos, justamente por

prever forte avanço subsequente na jurisprudência americana. Sobre a experiência pontua Fachini Neto e Tremarin (2016, p. 94, apud MINDA, Gary, 2001, p.33 - 34):

Influenciado por John Dewey, William James e Charles S. Peirce, Holmes concebia o direito como experiência, e que o conhecimento do mundo somente é possível por meio da experimentação. Segundo ele, o Direito é “constituído por práticas contextuais, situadas, radicadas nos costumes e nas expectativas condividas”. Defendia a opinião de que ‘a continuidade com o passado não é um dever, mas somente uma necessidade.

Integrante do denominado “*clube metafísico*”, como mencionado alhures, Holmes se pauta pela consideração de que o direito deve ser desvinculado da comparação sinônima de moral, bem como evitar aplicação demasiadamente histórica ao entendimento judicial, a menos que seja para contextualização e compreensão da formação geral de uma norma.

É interessante notar ainda, a aversão de Holmes a tudo que seja estritamente lógico e proveniente de silogismos, o que apenas seriam disfarces para a correta provisão judicial. Olhando mediante a ótica pragmaticista tem-se que, Oliver Wendell atribuiu conteúdo ao caminho anti-formalista, fazendo com que as discussões do clube metafísico e as considerações em seus votos vencidos atinjam, até os dias de hoje, o mundo real.

Para Holmes, era de vital importância que um juiz ao julgar deveria estar em plena sintonia com a realidade social da comunidade, sendo de bom alvitre que conhecesse assuntos que não se limitassem ao âmbito legalista, mas que os operadores do direito tivessem conhecimento de economia, política e demais áreas das ciências sociais. De imediato, é possível apreender este entendimento na festejada obra “*The Common Law*”, escrita por Holmes em 1881, pontuando o autor já nas primeiras páginas (Holmes, 2011, p.05):

The life of the law has not been logic: it has been experience. The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy, avowed or unconscious, even the prejudices which judges share with their fellow-men, have had a good

*deal more to do than the syllogism in determining the rules by which men should be governed.*²

O conjunto de fatores contextualizados mostra que, para o Holmes a experiência é uma questão pedagógica central, superando em muito as inferências lógicas que abduzem as mentes, atidas ao estudo metafísico, teorias de laboratório ou vãs discussões que sequer tomam parte do mundo real. O Direito portanto não se baseia na virtualidade.

2.2. O Realismo Jurídico contemporâneo de Charles Beard.

Avançando na temática pragmatista, tem-se ainda o elevado magistério do professor e historiador norte-americano Charles Beard (1874-1948). Se até então a perspectiva anti-formalista pairava em predominância sob a ótica de juristas e das cortes, Beard traz inovadora visão sobre a história do direito e as influências das análises seccionadas da matéria.

Graças à icônica obra de Charles Beard, “*Uma Interpretação Econômica da Constituição dos Estados Unidos*” (1913), foram abertas as portas da análise historiográfica da Constituição norte-americana, de modo que fossem deixadas de lado considerações romantizadas acerca da mesma.

Para Beard, não é viável analisar a história do direito a partir de pontos romantizados e melancólicos, ao contrário, do passado nada se aprende, desmistificando o conceito de que o direito se trata de uma evolução histórica, cujas bases se fundam em uma abstração de espírito superior.

É a partir daqui que se passa a compreender a didática do historiador dentro do pragmatismo jurídico. Ao contestar a forma como a análise historiográfica da história do direito deve ser feita, pondo de lado a questão evolucionista, observa-

² A vida do Direito não tem sido a lógica, mas sim a experiência. As necessidades sentidas da época, as teorias políticas e morais predominantes, as intuições sobre o interesse público – confessadas ou inconscientes, inclusive os preconceitos que os juízes compartilham com seus concidadãos, têm tido muito mais influência que o silogismo na determinação das normas pelas quais os homens devem ser governados.

se que na verdade tudo que pode ser gerado de um âmbito jurídico, sofre na realidade de influências contemporâneas ao que se produz. Acerca disso, Godoy (2012 p. 13):

Para Beard, quando a Suprema Corte decidia sobre questões de interesse direto da população, esta deve ser compelida a votar, anuindo ou discordando da decisão, que fora produzida por seres humanos, detentores de interesses e preconceitos, representantes de grupos de pressão, de lobbies e de conjuntos específicos, circunstância que se mascara com o ramerrão da neutralidade e da cientificidade.

Fica inteligível que, para o historiador a implicações que existem e influências que são perceptíveis, e devem ser consideradas, na realidade são fruto de questões contemporâneas. A primorosa obra de Beard mostra que antes de qualquer melisma inócuo, que se usa para interpretar a Constituição norte-americana, estão em primeira e mais importante ordem, as questões políticas e econômicas.

Os vários pontos de vista geraram interpretações que, na realidade eram impressões presentes de dados pretéritos, subservientes à tola tradição e impressões particulares de autores e escolas, emitindo valores pessoais, sem sequer considerar a cosmovisão dominante no período de ondem provém determinada colocação. Conforme Godoy (2012 p.13):

Beard também despertou de sono dogmático próprio, lembrando que a descoberta de que os pais da constituição percebiam que os conflitos em torno do texto constitucional eram efetivamente disputas de interesse econômico, fora o maior choque de sua vida.

As questões postas à apreciação de um juiz, desta forma, sofrem inevitavelmente influências pessoais do julgador, de modo que o jogo de interesse seja por vezes impresso na decisão judicial. É duvidoso deste modo, buscar embasar uma decisão puramente em tradições jurídicas ou princípios seculares. Olvida-se pela prática, análise crítica e consciente da realidade jurídica contemporânea.

Fazer com que operadores do Direito consigam enxergar os reais motivos econômicos, políticos, sociais e demais é fundamental para não apenas interpretar o passado de forma correta mas também, fazer do Direito sistema operante na atualidade, levando em conta tudo que seja atual e que imediatamente gere impacto a nível coletivo.

O realismo não se reduz a conceitos preestabelecidos mas é um mundo de possibilidades, a partir do mistério do vir a ser algo, a potencialidade. É aqui que reside o caráter profético da contemporaneidade, conscientes do presente, devidamente críticos do passado sob seus próprios efeitos e preparadores do futuro.

2.3. O papel do juiz na visão do Realismo Jurídico

Discorridos os pontos fundamentais que estão adjacentes ao intelecto pragmático, está posto o indivíduo protagonista da matéria, verdadeiro “*pontifex*” que estabelece o elo entre o mundo real e as considerações pragmatistas. De antemão evidenciada está a figura do juiz. Como esposado em linhas volvidas, não mero sujeito componente do sistema, mas, o magistrado-homem, a quem está confiada a tarefa de atualizar o direito.

Observa-se que, para o movimento realista, o juiz possui importante papel criador do Direito, claro que a situação criacionista não se dá *per si*, mas leva em conta fatores abrangentes e partir daí considera os efetivos e impactos que as decisões podem causar no mundo real. Acerca deste ponto dispõe Fachini Neto e Tremarin (2016 p. 118 e 119):

Outra grande contribuição, especialmente do realismo jurídico, foi chamar a atenção para a necessidade do jurista em geral – e do magistrado em particular – de levar em consideração as consequências das soluções jurídicas alvitradas ou das decisões tomadas. Ou seja, não bastaria ao magistrado montar um abstrato silogismo logicamente coerente. Tão importante quanto isso era prestar atenção às reais consequências da decisão, já que o Direito deveria estar permanentemente comprometido com determinadas finalidades sociais.

Não se trata de meramente dizer o direito, se trata de porquê dizê-lo, em

quais circunstâncias e sobre quais efeitos. O juiz enquanto criador diário, não está apto a somente fazer o que lhes está recomendado ou seguir o que rezam manuais prontos, ao contrário, é no exercício diário da profissão, captar, processar e emitir o direito.

É justamente o teor humano que está sob análise do movimento pragmatista, seja em correntes mais conservadoras ou as mais progressistas, está pacificado o entendimento de que, o magistrado está apto a produzir julgados que não sejam atos vinculados ao legalismo formal.

O dinamismo destes magistrados está evidenciado a partir do ponto em que, os fatos têm poder incomparavelmente superior à norma posta de modo que, o normativismo para um juiz realista, se torne acessório. As normas não validam os julgados, mas estes validam os precedentes. Acerca dispõe Fachini Neto e Tremarin (2016 p. 110):

O que o caracteriza o movimento é um método peculiar de focar os problemas jurídicos. Os pensadores realistas consideram o direito mais como um corpo de decisões judiciais do que como um corpo de normas. Afirmam que as regras jurídicas tem uma influência relativamente pequena sobre as decisões dos juizes, destacando enfaticamente a importância do elemento humano no processo judicial – como os preconceitos, os instintos herdados, a opinião pública, bem como as fraquezas, as qualidades de caráter e a bagagem cultural dos juizes.

Os juizes então, na prática de fazerem o direito e darem conteúdo ao sistema do qual participam, observam de modo detalhado que suas decisões seguem o que será tido como certo, certeza essa advinda anteriormente de seus próprios conceitos sendo que, para compreender o movimento realista precisa-se inevitavelmente compreender a atividade dos juizes.

Eles não se valem de máximas ou brocardos jurídicos de tradição secular ou sujeição histórica, formam por sua vez um todo, corpo sólido, classe organizada que não está preocupada em fazer seu papel para a proteção do Direito em si, mas para fazer o Direito de si. Clara oposição aos sistemas legalistas.

Para que as normas tenham real efetividade, devem antes disso passar pelo crivo do julgador, de modo que caso assim não ocorra serão meras considerações virtuais, hipóteses inúteis, previsões esquecíveis. Existindo ainda determinada vertente atrelada às estritas considerações pessoais do juiz, temperamentos e personalidade ao emitir julgamento.

Entender a mente do magistrado realista é entender como funciona e opera o movimento realista. As apreensões de um juiz tem inclusive, o poder de fazer com que antes que ele exprima uma decisão em dispositivo, já tenha feito considerações dentro de sua mente acerca do direito que contempla.

O exercício mental, desempenhado por um juiz, tem grande validade para compreender como determinada causa será julgada. No sistema brasileiro um pequeno exemplo disso, é a fama atribuída a determinados magistrados, seja pela benevolência ou pela irredutibilidade com que decidem, ainda que dentro de um país cujo sistema adotado é claramente o *civil law*. Sobre tal ponto versa Fachini Neto e Tremarin (2016, p. 110):

Para os realistas, os juízes primeiramente decidem e depois aperfeiçoam modelos de dedução lógica. Neste contexto, os juízes decidem de acordo com o que os fatos provocam em seus ideários, e não em função de regras gerais que levariam a resultados particulares.

O interessante do juízes realistas é que, como exposto, eles ao estarem diante de determinada situação postulada, a analisam e já emitem julgamento ainda que dentro de si mesmo, feito isso é que passam a amparar suas decisões, surge desta forma o precedente.

Em sistema oposto, o juiz estaria sujeito à vontade da lei, de modo que ao se deparar com determinada demanda, se preocupe antes de mais nada se o caso se enquadra na lei preexistente e está previsto em arcabouço jurídico, sendo a operabilidade jurídica reduzida. Para o realismo isso não ocorre uma vez que, por parâmetros mínimos, o que não significa que sejam deficitários, seja possível a apreciação do juiz.

Ao emitir seu julgamento, objetivando decisão correta e que considera ampla gama de fatores, tem-se que os fatos são os reais dirigentes do entendimento judicial, validando a participatividade seja das partes, dos juízes ou dos fatos geradores de decisão.

CAPÍTULO III - REALISMO JURÍDICO E DIREITO BRASILEIRO

O Brasil herda o *civil law*, portanto a herança romanista se manifesta já a partir das ordenações afonsinas e manuelinas. Estas estão eivadas do jus naturalismo cristão, humanista e renascentista, porém as ideias jus positivistas fazem parte da filosofia jurídica brasileira, sobretudo a partir da República, mais precisamente, a partir da escola de Recife. A seguir tem-se a introdução da teoria tridimensional do direito, erigida por Miguel Reale, já no século XX, impactando não

somente o Brasil, mas também o restante do mundo ocidental. Neste capítulo abordaremos todas as implicações jurídicas e filosóficas da sistemática brasileira.

3.1 Jus naturalismo, Jus positivismo e o culturalismo jurídico

Para compreender exatamente o campo sob o qual se instala a observação desejada, tem-se que para tanto estão influentes determinadas correntes jurídico-filosóficas predominantes num determinado sistema jurídico. Não se mostra como uma corrente absoluta, pois ante à diversidade de uma sociedade como a brasileira, não existe um absoluto influenciador, ao contrário, existe a diversidade de pensamentos.

Faz parte da gênese filosófico-jurídica brasileira o jusnaturalismo ocidental e, sobre este entende-se aquele que teve origem grega remontada ao século VIII a.C, quando passa a ser desenvolvida a *polis* grega, ou seja, o local de atuação do cidadão grego, *zoon politikon*. Apesar de, ao longo dos séculos ter sofrido gradações e variações, manteve intacto o cerne da matéria pregada.

Para o jusnaturalismo, existem basicamente o que se entende por direito natural, aquele que é o parâmetro para tudo que a partir deste possa surgir. Não nega a existência da norma posta, mas de qualquer modo esta deve estar referenciada ao direito natural. Deste modo, de acordo com Bedin (2014):

É possível definir o Direito Natural como uma doutrina jurídica que defende que o direito positivo deve ser objeto de uma valoração que tem como referência um sistema superior de normas ou de princípios (direito ideal) que lhe condicionam a validade. Em consequência desta definição, é possível identificar as seguintes características na doutrina do Direito Natural:

- a) a legislação em vigor deve ser analisada a partir de determinados conteúdos superiores;
- b) estes conteúdos possuem como fonte uma determinada categoria universal e imutável (ideal de justiça);
- c) estes conteúdos devem sempre prevalecer sobre as disposições formais da legislação em vigor.

A norma que está posta, deste modo deve estar submetida previamente ao que se entende pela valoração de uma sistemática superior, abstrata que não pode ser desafiada. E neste primeiro momento, quando da manifestação na polis grega, tem-se o chamado jusnaturalismo cosmocentrista pois, para a sistemática grega, todas as coisas obedecem ao sistema organizacional do *cosmos*, submetidos à lei de natureza cósmica.

Todas as áreas de atuação, para os gregos, são obedientes à contemplação cósmica, manifesta através da filosofia e cultura por exemplo. Deste modo o Direito Romano sofre influência direta do jusnaturalismo grego. Mais adiante o mesmo direito Romano segue outra face do mesmo jusnaturalismo grego, com a adoção do estoicismo de Zenão de Cítio (333 a.C. – 263 a.C.), abandonando questões metafísicas e adotando a razão como norteador dado pela ética.

Já durante a Idade Média, partir da queda do Império Romano do Ocidente, observa-se o surgimento do que seja o jusnaturalismo teocêntrico, por considerar Deus, o início de toda o naturalismo. Como grande expoente tem-se Santo Tomás de Aquino (1225 – 1274), que considerava que o Direito e a justiça humanas nada mais devem ser reflexos do que aquelas provenientes do Criador.

Mais adiante, na era moderna, importante se faz a menção ao importante papel de Hugo Grocio (1583 – 1645) e sua obra, *De Iure Belli ac Pacis* de 1625, trazendo pioneiramente a racionalidade jurídica. Traz para o mundo real as implicações do Direito, e não considera aquilo que advém de abstração.

No Brasil, o jusnaturalismo surge com o Realismo Aristotélico-Tomista, cujo destaque se dá para Tomás de Antônio Gonzaga (1744 – 1810), em sua obra, *Tratado de Direito Natural*, Félix de Avelar Brotero (1744 – 1828) e José Soriano de Souza (1833 – 1895). Claramente de origem Escolástica, retorna-se para a concepção Medieval de jusnaturalismo, pois mediante larga e predominante influência portuguesa, de linha notadamente católica, o trabalho de jesuítas, por

exemplo, fez com que a difusão da doutrina teocêntrica implicasse até os dias de hoje a noção de que o Criador ainda é o gerador de toda lei.

O sistema brasileiro sofre também, influência do juspositivismo, ou seja, tudo que deva ser digno de consideração em determinado sistema deve antes de mais nada, estar positivado, todas as normas estão postas, sendo este o critério de validade do Direito. Teve seu desenvolvimento a partir do século XIX, e se estendeu até o século XX.

É destacável, neste período, a Escola do Recife, claramente contrapondo a tudo que fosse de origem puramente jusnaturalista, até então predominante, como esposado alhures, tendo como protagonista Sylvio Vasconcelos da Silveira Ramos Romero (1851 – 1914), balizado pelo método sociológico. Acerca desta escola, em ato de clara contestação, pontua Adeodato (2003, p.15):

Nas bases filosóficas, é comum a ideia de que o absoluto seria incognoscível e, portanto, proscrito dos dados científicos, devendo a metafísica se basear na observação da experiência.

Importante destacar ainda o chamado Culturalismo Jurídico, desenvolvido por Miguel Reale (1910 – 2006), cujas principais obras são, Fundamentos do Direito (1940), Filosofia do Direito (1953) e Teoria do Direito e do Estado (1940). Basicamente para esta concepção de Teoria tridimensional do Direito, tem-se a existência de fato (questão sociológica), valor (questão axiológica) e norma (questão normativa), devidamente conjugadas.

O culturalismo jurídico de Miguel Reale, vai de encontro ao que tradicionalmente se estabeleceu no meio jurídico brasileiro, que por sua vez segue a tradição dos colonizadores. O Direito não está estanque mas vibrantemente dinâmico e de acordo com a realidade da sociedade em que está inserido.

O valor, fato e norma são respectivamente, a vida prática, as leis e jurisprudência e os fatores sociais, históricos e culturais. Deste modo é visível que, ainda hoje, a teoria tridimensional do Direito impacta a realidade brasileira, presente na vida de juízes e tribunais, procuradores e da sociedade civil.

3.2. A presença do Realismo Jurídico no Brasil

O Brasil enquanto nação plenamente constituída, para alcançar o patamar em que se encontra, evidenciou diversos cenários dentro dos quais pode-se identificar um ponto vital, qual seja, a diversificação étnico - cultural. As dimensões continentais fizeram com que, assim como a nação norte-americana, o Brasil recebesse amplo fluxo migratório. De mesmo modo, sabe-se que o sistema brasileiro encontra-se em constante estado de evolução e, deste modo, encontra-se em fase de mudança, que felizmente busca no realismo jurídico, fundamentos ainda que se tratando de sistema que segue o *civil law*.

As questões debatidas em outras ocasiões, em contexto americano, sempre afligiram a nação brasileira nas devidas proporções e, de igual modo, não pode ser sonegada a história do Brasil a partir do âmbito jurídico. Como agir dentro de um país onde a diversidade étnico cultural é pujante, e onde as mais diversas demandas são pleiteadas?

O Realismo Jurídico no cenário nacional não se restringe às últimas décadas mas, ao contrário, flerta desde muito tempo os ideais realistas, ainda que somente agora tomasse devidamente lugar no contexto jurídico nacional. O campo de debate remonta à era Vargas (1930 – 1945) e, acerca disso pontua Garcia Neto (2008, p. 86):

Assim como a *Columbia Law Review* e a *Harvard Law Review*, haviam se tornado importante meio de difusão do embate de principais autores do pensamento jurídico norte-americano, as revistas jurídicas brasileiras, como a *Revista Forense*, tornaram-se importantes centros de debate sobre as reformas legislativas da Era Vargas.

Os primeiros expoentes, do que possa ser identificado como a fase embrionária do Realismo Jurídico brasileiro são; Francisco Campos (1891 – 1968), na discussão acerca da concorrência entre o contencioso administrativo e judicial; Oliveira Vianna (1883 – 1951), no conflito de poder entre o Executivo e Legislativo, quanto à organização da Justiça do Trabalho; Francisco Sá (1862 – 1936), no Estudo da relação entre Judiciário e Executivo sob a ótica realista americana e, com destaque, Alípio Silveira, em sua obra *O fator político-social na interpretação das leis* de 1946.

Interessante é notar que, Silveira busca justamente umas das bases do sistema americano, a *sociological jurisprudence*, para traçar sua linha de pensamento, sobre a aplicação do Direito por determinado regime de poder ancional, se atendo ao papel de interpretar leis dentro das variadas ordens institucionais. Frise-se o momento conturbado à época, sendo conveniente ainda mencionar que o próprio Roscoe Pound escreveu o prefácio e comentou o livro do autor supramencionado.

A fase inicial se dá um momento de incerteza institucional brasileira e, deste modo, recorreu-se à doutrina anti-formalista apenas como critério comparativo e para embasamento de determinados posicionamentos, sem que houvesse implicação prática imediata, mas trazer sugestões a partir da doutrina americana.

Hodiernamente, o realismo jurídico à brasileira se dá forma peculiar, já que não se nega o sistema do *civil law* mas abre caminho para que, cada vez mais, como vem acontecendo, o sistema de *stare decisis* tenha atuação no poder judiciário nacional. A exemplo disso nos remetemos diretamente às cortes de instância extraordinária.

Já em período anterior ao Código de Processo Civil de 2015, nota-se movimento institucional favorável à modernização do códex processualista, abastecido entre outros motivos, pela correção de formalismos desnecessários. A nova onda realista brasileira, agora com implicações práticas efetivas pode ser observada no início do século XXI.

Um sinal dessas primeiras manifestações contemporâneas, pode ser encontrada na decisão monocrática do, à época, Ministro Luiz Fux no Agravo Regimental no Agravo De Instrumento Nº 397.726, onde fora decidido acerca de determinado rigorismo de autenticação documental. (STJ, 2002):

Com respeito ao processo e à administração da justiça, a equação do problema, sem o que será impossível sequer tentar solucioná-lo, passa, no mínimo e necessariamente, pela revisão do procedimento judicial, a fim de simplificá-lo, o que somente será alcançado com a abolição de todo formalismo desnecessário e de toda burocracia dispensável. O que disse Roscoe Pound a propósito do common law, também é possível dizer do processo civil brasileiro: o procedimento judicial é arcaico, urge modernizá-lo, adequá-lo ao progresso da ciência, compatibilizá-lo com as exigências da sociedade em que vivemos.

O posicionamento adotado, dá sinal das primeiras manifestações contrárias ao rigor excessivo, ganhando cada vez mais espaço princípios como o formalismo moderado, a instrumentalidade das formas, aplicações simétricas, analógicas, interpretações modificadas, uniformização de jurisprudências, dentre outros. Mediante análise cronológica, é observado ainda, o movimento favorável à consideração jurisprudencial, comumente definido como entendimento pacificado.

Dentro das avançadas mudanças no início do século XXI, um grande marco para a nutrição de tendências realistas surge com o advento do novo Código de Processo Civil e, em seu bojo, o denominado IRDR (Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas), técnica processual para julgamento em bloco de demandas em massa, cumprindo importante papel para dar praticidade ao sistema jurídico nacional.

Assevera Lameiro (2017) que, sob a ótica dos artigos 976 e seguintes, do Código de Processo Civil, o novel instituto do IRDR visa garantir entendimento vinculado sobre questões controversas, assumindo a doutrina brasileira termos próprios do sistema de *common law*. Atentos sempre ao fato de que o realismo

tropical não se manifesta, ainda, como paradigma jurídico, mas com manifestações cada vez menos em caráter minoritário.

3.3. O Realismo Jurídico nos últimos *Hard Cases* da sociedade brasileira

Por *hard cases*, entendem-se aqueles de relevante impacto social cujas implicações transbordam o legalismo *per se*. Casos difíceis na melhor tradução literal, significam basicamente, demandas que de certa forma levam em consideração os impactos sociais que determinada decisão pode gerar, em determinado contexto. Ocorre que, a solução de *hard cases* em um sistema de *common law* não é tão cataclísmica quanto aqueles nascidos em *civil law*.

Entre estas considerações, e destacado o contexto jurídico nacional, tem-se que, o realismo jurídico supera barreiras e implica em novos caminhos para a decisão de demandas complexas, e que de certa forma podem olvidar o interesse coletivo face ao desejo auto protecionista da legislação positivada, típico do sistema *civil law*. Cabe ressaltar ainda que, todas as vezes que determinada demanda é discutida em sua legalidade, recorre-se às instancias extraordinárias para julgamento devido.

No Brasil, a corte responsável pelo julgamento de demandas de cunho constitucional é o Supremo Tribunal Federal, o que já basta pois as decisões ainda que de controle difuso, em sede deste tribunal, tem gerado também efeitos *erga omnes*. Da solução de tais demandas, volta-se imediatamente a questões principiológicas constitucionais para discussão da matéria. Frise-se que o Realismo Jurídico não chegou ao Brasil em sua plenitude, superando princípios por exemplo, mas nos dá eventos de natureza realista.

As discussões pairam deste modo pela constitucionalidade ou não de leis e normas constitucionais ou infraconstitucionais expressas, ainda que em sentido contrário ao que se demanda. A razão de ser destas demandas é justamente o fato de que a valoração, manifestada por exemplo, através de princípios constitucionais, resta ameaçada. Rememora-se desde já que, para o Realismo Jurídico norte-

americano, até os princípios, desde que destituídos de seu poder de valor inicial fundamental, podem ser superados se não estiverem em sintonia com a contemporaneidade.

Exemplificadas tais pontuações, passa-se a analisar as manifestações realista no âmbito do Supremo Tribunal Federal. De primo pode-se observar a discussão jurídica acerca do aborto e as condições de sua prática sendo que, em determinado momento, coube ao Supremo decidir aquilo que se chamou de “antecipação terapêutica do parto de feto anencefálico”. Alegou-se a atipicidade do fato para tal caso e demais questões principiológicas e, discorridas calorosas discussões acerca da matéria, em determinado ponto do julgamento nota-se o posicionamento legalista do Ministro Ricardo Lewandowski conforme Barroso (p.28 2012):

A divergência foi inaugurada pelo Ministro Ricardo Lewandowski, que concluiu não ser possível ao STF estabelecer uma nova hipótese de isenção de pena, para além das hipóteses já expressamente disciplinadas pelo Código Penal. O Ministro afirmou que a lei teria sido clara, de modo que não seria possível afrontar sua expressão literal a pretexto de dela extrair conteúdo em conformidade com o texto constitucional, sob pena de indevida atuação como “legislador positivo”.

O posicionamento notadamente legalista permite observar que, o apreço à letra da lei supera a importância do contexto. Reféns da taxatividade, os endêmicos positivistas não enxergam a dinâmica social. Contrariamente a isso, a corte acabou por decidir em maioria de votos sendo que, por 08 votos a 02, julgou-se procedente pedido, declaratório de inconstitucionalidade da interpretação que prevê o aborto clínico de feto anencefálico como conduta tipificada no Código Penal.

Superou-se deste modo, pela interpretação de um contexto social, contemporâneo e tecnológico que a estrita subserviência aos dispositivos legais podem perpetuar situações avessas ao valor de grande estima de determinada sociedade. Deste mesmo modo tem-se a genial atuação do à época Juiz Federal, Sérgio Moro, em decisão que retirou o sigilo da interceptação telefônica do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, conforme 5006205-98.2016.4.04.7000/PR (2016 p. 03):

Como tenho decidido em todos os casos semelhantes da assim denominada Operação Lavajato, tratando o processo de apuração de possíveis crimes contra a Administração Pública, o interesse público e a previsão constitucional de publicidade dos processos (art. 5º, LX, e art. 93, IX, da Constituição Federal) impedem a imposição da continuidade de sigilo sobre autos. O levantamento propiciará assim não só o exercício da ampla defesa pelos investigados, mas também o saudável escrutínio público sobre a atuação da Administração Pública e da própria Justiça criminal. A democracia em uma sociedade livre exige que os governados saibam o que fazem os governantes, mesmo quando estes buscam agir protegidos pelas sombras.

O fundamento versou eloquentemente sobre a necessidade de se preservar princípios e interesses de ordem coletiva, que superam em muito, sobre qualquer aspecto, os preciosismos legais ou processuais. Pondo em análise comparada logo à frente na mesma decisão, o juiz reconhece a privacidade de informações íntimas em sede de interceptação telefônica, no entanto, se tal consideração ameaça o interesse público e a administração pública, pode ser afastado.

A decisão supramencionada inova em vários aspectos e dentre estes, além da gramática de fácil interpretação, utilizar como fundamento o caráter e as implicações sociológicas das decisões. É inegável a existência de direito positivado que cerca determinada matéria jurídica, mas não merecer ser colocado em risco um bem maior e coletivo face àquele, pois para o bem é possível abstrair normas-princípio constitucionais que lhe atribuam validade, e em conflito devem prevalecer estas.

Os atuais julgados brasileiros tendem a cada vez mais buscar indutivamente meios jurídicos que deem embasamento à solução de casos difíceis, talvez se chegue a tangenciamento tal, em que, assim como preleciona a doutrina pragmata, determinadas aplicações ou princípios jurídicos não tenham mais espaço. As manifestações realistas/pragmatistas, que em outro período foram buscadas apenas como fonte de estudo comparado, surgem nos últimos anos como implicações práticas e efetivas, abrindo caminho cada vez mais claro para um eficaz sistema de precedentes.

CONCLUSÃO

O Realismo Jurídico se torna cada vez mais contemporâneo e real no Brasil, compreender suas teses e fundamentos é essencial para que, cada vez mais esteja-se preparado para enfrentamentos novos que demandem maior praticidade. A partir do momento em que é aplicado no sistema nacional gera a partir daí um mundo novo de possibilidades.

O cenário atual favorece e necessita a adoção de medidas tais que invoquem o caráter dinâmico do Direito. Apesar de ter bases diversas do sistema norte-americano, prova-se ser possível a incorporação da matéria à realidade jurídica que se vive, haja vista a complexidade de situações face ao já estabelecido e já não tão engessado sistema nacional.

Detectar as novas formas já atuantes é compreender como o Realismo tem espaço no mundo e como opera. A visão captada desde sua formação, manifestação e adaptação faz situar em que condições se dão os novos rumos do judiciário brasileiro de modo que, a sintonia entre este e a sociedade pode ser alcançada através do tema de estudo.

Apesar do histórico de insegurança jurídica, o Brasil pode cada vez mais atrair para si métodos eficazes de solução de conflitos e demandas, adaptando e extraindo o melhor da sistemática realista. O confronto estabelecido se aproxima daquele enfrentado um dia pela sociedade norte-americana e tende a se constituir como futuro do Direito, se mostrando ainda plenamente compatível, abandonando legalismo e estimando precedentes, dadas as devidas proporções.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **O Positivismo Culturalista da Escola do Recife.** Revista Novos Estudos Jurídicos. Pernambuco, v, 8, n.2, p.303-326, maio/ago. 2003.

BARROSO, Luis Roberto. **Supremo Tribunal Federal, direitos fundamentais e casos difíceis**. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n.19, jan./jun. 2012.

BEARD, Charles. **An Economic Interpretation of the Constitution of the United States**. New York: Free Press, 1986.

BEDIN, Gilmar Antônio. **Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIJUÍ**. Rio Grande do Sul, Ano XXIII, nº 42, p.245-251, jul./dez., 2014.

BRASIL. **Novo Código de Processo Civil Brasileiro**. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 30 abr. 2019.

CARDOZO, Benjamin Natan. **A Natureza do Processo Judicial**. São Paulo. Martins Fontes, 2004.

13ª VARA FEDERAL DE CURITIBA. **Despacho/Decisão, pedido de quebra de sigilo de dados e/ou telefônico nº 5006205-98.2016.4.04.7000/PR**. Juiz: Sérgio Moro. Prolação: 16/03/2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/decisao-levantamento-sigilo.pdf>. Acesso em 19 abr. 2019.

FACCHINI NETO, Eugênio; TREMARIN WEDY, Ana Paula Martini. *Sociological Jurisprudence* e Realismo Jurídico – A filosofia jurídica norte-americana na primeira metade do século XX. **Revista da AJURIS** – Porto Alegre, v. 43, n. 140, Junho, 2016.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. As influências extrajurídicas sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal**, Brasília, vol. 38, p. 95-112, 2012. Disponível em: <http://revista.pg.df.gov.br/index.php/RJPGDF/article/download/23/9>. Acesso em: 02 mai. 2019.

GARCIA NETO, Paulo Macedo. **A influência do Realismo Jurídico Norte-Americano no Direito Constitucional Brasileiro**. Faculdade de Direito de São Paulo, 2008. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-27022012-165826/pt-br.php>. Acesso em: 07 dez. 2018.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Introdução ao Realismo Jurídico Norte-Americano**. 1. ed. Brasília: edição do autor, 2013.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. O realismo jurídico norte-americano, a tese de Charles Beard e a experiência constitucional internacional contemporânea. **Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário**, v. 2, n. 1, Jan/Jun, 2007 Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDIET/article/view/4478/2787>. Acesso em 05 dez. 2018.

HERNÁNDEZ, José López. **Anuario de Filosofía del Derecho**. Universidad de Murcia. Págs. 267-299. Núm. XVIII, Enero 2001. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/257666.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2018.

HOLMES JR., Oliver Wendell. **The Common Law**. University of Toronto Law School: Typographical Society, 2011.

JAMES, William. **Pragmatismo**. 1. ed. São Paulo: Martin Claret, 2005.

LAMEIRO, Vinícius Silva do. **A influência das antigas teses do Realismo Jurídico na atualidade do direito brasileiro**. Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2017.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

NOJOSA, Zenacleide Costa. **A evolução do Jusnaturalismo e sua relação com o Direito Positivo**. **Revista do Ministério Público do Estado do Ceará. Ano VII, Número 1, Semestral, 2015.**

SOVERAL, Raquel Tome; MIGLIAVACCA, Luciano de Araujo. **A Segurança Jurídica: um enfoque nos sistemas da Civil Law e Common Law**. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/roj0xn13/q99td847/LQu3j0762tFunLv5.pdf>.

STJ. **Agravo Regimental do Agravo de Instrumento: AgRg no AG Nº 397.726 - SP (2001/0082487-4)**. Relator: Ministro Luiz Fux. DJ: 25/06/2002. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/decisooes/doc.jsp>. Acesso em: 20 abr. 2019.