

A MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS: ENTRE O REALISMO E A PRAGMÁTICA JURÍDICA

Eduardo Chagas Oliveira
Universidade Estadual de Feira de Santana
echagas@uefs.br

RESUMO: Uma decisão judicial decorre necessariamente da aplicação da norma? A complexidade da indagação aparentemente simples que propomos se traduz pela própria noção de raciocínio analítico que orienta a lógica formal e, por sua vez, concede sentido à ideia de aplicabilidade do silogismo judiciário. Ora, um silogismo consiste em uma forma de raciocínio cujo fundamento da conclusão se pauta na dedução, ou seja, uma vez assumida a verdade contida nas premissas, somos compelidos a aceitar a conclusão. Seguindo este entendimento, desenvolvemos nossa pesquisa procurando perquirir uma resposta para o questionamento supracitado. Trata-se de uma questão de natureza epistemológica que resvala nos campos da hermenêutica jurídica, da filosofia do direito e da teoria das normas.

PALAVRAS-CHAVE: Realismo; Pragmática; Positivismo.

ABSTRACT: Is a judgment a strict consequence of the implementation of the rule? The complexity of this apparent simple inquiring that we propose is translated into the notion of analytical thinking that guides the formal logic and, in turn, it provides sense to the idea of applicability of the legal syllogism. A syllogism is a form of thinking in which the foundation for a conclusion is based on deduction, that is, once it's assumed the truth of the premises, we are compelled to accept the conclusion. Following this understanding, we've developed our research looking for an answer to the question above. This is a question of epistemological nature that slips into the fields of the legal interpretation, the legal philosophy and the theory of norms.

KEY-WORDS: Realism; Pragmatics; Positivism.

Dispomos de bons indícios para sustentar o entendimento de que as decisões judiciais não encontram fundamento exclusivo em premissas que sejam indiscutivelmente verdadeiras, motivo pelo qual uma investigação cuidadosa acerca do realismo jurídico norte-americano (sob a égide das ideias de Jerome Frank) e das teorias pragmáticas da argumentação jurídica (influenciadas pelas ideias de Chaïm Perelman) ajudam a demover a pretensão de asepsia axiológicas apregoadas pelo positivismo jurídico. É possível que uma resposta negativa à questão suscitada deponha contra o entendimento que sustenta uma cientificidade do direito. De qualquer modo, essa condição não destituiria a relevância deste campo do conhecimento para a esfera das humanidades.

As decisões judiciais são legitimadas por um ideal de razão que se conforma ao sentimento de justiça compartilhado pelos indivíduos. Entretanto, o problema da justificação do Direito não está associado ao justo ou ao injusto. Trata-se de uma questão mais fluida, a saber: perceber se uma decisão judicial decorre, necessariamente, da aplicação de uma norma a um caso concreto. Entendemos que, sendo o juiz detentor de um poder que lhe é conferido pela sociedade, o regime democrático exige a prestação de contas do modo como ele o exerce. Esse procedimento, se opera pelo pressuposto da motivação das decisões judiciais que, no ordenamento jurídico pátrio, encontra-se amparado pelo princípio da obrigatoriedade de fundamentação das decisões, disposto no artigo 93, IX, da Constituição da República Federativa do Brasil.

A referida fundamentação é um exercício da razão prática, ante o desejo de que corresponda a uma operação

lógica rigorosa, orientada pela imparcialidade dos juízos e alicerçada em deduções constringentes. Diversos autores se detiveram na tarefa de explorar a questão da justificação sob diversos prismas. Alguns propõem, inclusive, abordagens qualificadas, como no caso de Luís Recaséns Siches, por exemplo. Outros, de menor visibilidade, mas não menos influentes no âmbito jurídico, propuseram entendimentos de significativa relevância. Tal é o caso de investigadores contemporâneos como Victoria Iturralde (Universidad del País Vasco), Lorenzo Peña (CSIC), Maria Cristina Redodo (CONICET) e Rafael Hernández Marin (Universidad de Murcia).

A fórmula ideal, que prevê a adoção do procedimento dedutivo nas decisões judiciais, promove um sentimento de segurança e certeza. Ocorre, entretanto, que as decisões em conformidade com o “silogismo judiciário” tendem a oferecer algo que está além das premissas que se lhe concedem suporte. Em outras palavras, podemos dizer que existem componentes exteriores às premissas que servem, igualmente, ao juiz na motivação das suas decisões. Trata-se dos juízos de valor, que habitualmente estão associados ao relativismo e à arbitrariedade das escolhas.

As teorias pragmáticas da argumentação jurídica, contudo, propuseram a criação de uma Lógica dos Juízos de Valor, capaz de motivar as decisões. Conforme essa perspectiva, ao adotar um posicionamento — uma decisão — seria possível apoiar a escolha com base em um critério racional e não-arbitrário. A compreensão dos domínios da racionalidade, concebida no escopo de uma ampliação do campo do racional,

englobaria um componente habitualmente descartado do seletivo nicho da razão: a razoabilidade. Esse posicionamento adotado pelas teorias pragmáticas suscitadas, encontra amparo no critério da razoabilidade esboçado nas ideias de Luís Recaséns Siches. Para este, a insuficiência ou inadequação da Lógica formal (matemática) ao tratar problemas práticos, como os da interpretação do Direito, exigia o desenvolvimento de outra Lógica, capaz de fornecer ferramentas para tratar de problemas de natureza prática.

A impossibilidade de conceder aos problemas jurídicos um tratamento compatível com a Lógica formal se dá pelo fato de que tais problemas são impregnados de conteúdos axiológicos, pela sua própria natureza. Essa impossibilidade, contudo, não implica na “ilogicidade”, tampouco na “irracionalidade” das decisões judiciais. A ineficiência dos “silogismos judiciais”, conforme o modelo sugerido pela vertente positivista do Direito, traduziria a necessidade de utilização de uma lógica distinta: a lógica do razoável, que é uma lógica dos conteúdos.

O razoável é uma noção de conteúdo variável que precisa ser entendido em um domínio mais abrangente, abarcando desde o campo histórico até o social. Neste sentido, a razoabilidade alcança um sentido lógico, uma vez que se considera razoável aquilo que está condicionado por circunstâncias espaciais e temporais (sentido histórico), bem como depende do campo em que se aplique a noção (sentido lógico), porque há de se entender como razoável aquilo que, em cada caso, existe em função da aplicação do conceito.

O Realismo e a Pragmática Jurídica

A expressão pragmatismo possui a sua matriz semântica fincada no verbete grego *pragma*, que indica um fato oriundo do mundo real, uma ocorrência capaz de promover resultados significativos. Em outras palavras, trata de algo particular cujas implicações estão diretamente relacionadas ao mundo concreto. Em Roma, a palavra *pragmaticus* designava alguém cujas habilidades no âmbito jurídico permitia a condução de oradores e juristas no campo da propedêutica discursiva. Cabia ao pragmático, portanto, a função de instruir os oradores na composição dos argumentos e na tarefa de eleger criteriosamente os pressupostos essenciais para a estruturação da peça oratória a ser exibida a um auditório específico.

O pragmático orientava a preparação do raciocínio, estudando a escolha das ideias e compondo um encadeamento lógico e ordenado, em torno do qual se conduzia a formulação conceitual de um pensamento ao outro. Por este motivo, nos escritos jurídicos latinos, como no Código de Teodósio¹ (438 d.C.), um conjunto destacado de procedimentos práticos relativos às atividades realizadas no seio da comunidade era designado como “*sanções pragmáticas*”. Percebe-se, assim, que o termo possui um estreito elo com a elaboração de procedimentos mentais, bem como se associa à prática jurídica, sem manter qualquer distanciamento da sua etimologia.

No mundo contemporâneo, apesar de ter sido utilizado por Charles Sanders Peirce², em “Como tornar as nossas ideias claras”(1878), o termo pragmatismo foi inserido na doutrina filosófica por uma publicação de William James³,

em 1898. Com esta designação Peirce buscava construir uma teoria segundo a qual se procura “determinar o significado real de qualquer conceito, doutrina, proposição, palavra ou outro signo”.⁴ Pelas configurações e objetivos de Peirce, ele próprio declarou preferir a utilização do termo *pragmaticismo*, em lugar de *pragmatismo*, por conta das aplicações concedidas ao termo por William James e Schiller⁵. Com essa escolha, Peirce desvincula sua doutrina da acepção kantiana de “prática”, porque esta última se refere a esfera da moral, campo no qual não existe espaço para a experiência. Sua teoria, entretanto, é uma proposta experimentalista que se divide em dois segmentos distintos e bem demarcados: o *pragmatismo metodológico* e o *pragmatismo metafísico*. O primeiro deles é uma construção teórico-metodológica acerca do significado, desenvolvida para analisar o significado das proposições, enquanto o segundo implica diretamente na elaboração de uma teoria da realidade e da verdade, predominante na obra de James e Schiller. Neste sentido, a verdade é vista como uma relação concernente à experiência humana.

O termo *realismo*, tal como os conceitos filosoficamente mais relevantes, é polissêmico e carregado de sentido. Poderíamos elencar uma dezena de acepções habitualmente aceitas pelos mais renomados autores e intérpretes da história do pensamento ocidental⁶. Preferimos, contudo, centrar na compreensão que entende o realismo como uma doutrina que separa o ser do pensamento. Assim sendo, o realismo equivale a uma teoria que defende a independência ontológica no tocante ao pensamento, estabelecendo que o ser não pode ser derivado deste último — o pensamento —

tampouco exprimir-se exaustivamente em termos lógicos. De certo modo, corresponde a um ideal de oposição entre real e inteligível que resvala na compreensão de que os dados do mundo que não são passíveis de cognoscibilidade estão sujeitos ao campo da irracionalidade. Seguir essa linha de entendimento no tocante ao realismo equivale, por assim dizer, à sustentação dos pares antagônicos que emergem da tradição filosófica ocidental.

No campo jurídico e, em especial, nos domínios da filosofia do direito, os termos realismo e pragmatismo assumem contornos diferenciados e precisam ser vistos à luz da sua aplicação, uma vez que fazem referencia a uma corrente do pensamento que possui ampla tradição e notoriedade no âmbito do conhecimento jurídico norte-americano⁷. Na verdade, os termos são complementares e sustentam as bases de uma escola do pensamento jurídico cujo principal enfoque consiste no problema da interpretação jurídica, distanciando-se da tradição filosófica de Harvard. Entretanto, apesar do distanciamento, importantes pensadores da esfera do direito se associaram aos pressupostos do pragmatismo de Peirce para a construção da Teoria do Direito que passaria a ser designada como realismo/pragmatismo jurídico. Dentre esses ícones destacam-se, sobretudo, Oliver Wendell Holmes⁸, Roscoe Pound⁹ e Nathan Benjamin Cardozo¹⁰. Cabe ao primeiro, inclusive, a expressiva máxima que serve de orientação à vertente pragmática do pensamento jurídico:

A vida do direito não tem sido a lógica; tem sido a experiência. As necessidades sentidas em cada época, a moral e as teorias políticas dominantes, as intuições

da política pública expressas ou inconscientes, mesmo os preconceitos que os juízes partilham com os seus concidadãos têm contado mais do que o silogismo na determinação das leis pelas quais os homens devem ser regidos. O direito incorpora a história do desenvolvimento duma nação ao longo de muitos séculos e não pode ser tratado como se contivesse apenas os axiomas e as regras dum livro de matemática. Para sabermos o que ele é temos de saber o que ele foi e o que ele tem tendência a ser no futuro. (HOLMES apud HAACK, 2007, p.1)¹¹

Ao destacar que “a vida do direito não é a lógica, mas a experiência”, Holmes abre um flanco para se pensar o Direito como algo dinâmico, mutável e diretamente influenciado pela vida social. Fortemente contaminado pelas teorias evolucionistas de Darwin¹², procurou sustentar o Direito como uma engrenagem da vida social, na qual existe uma constante luta pela sobrevivência e pela ocupação dos espaços, exigindo uma adaptação dos indivíduos para o processo de contínuo ajuste. Nesta perspectiva, sua teoria tende a rejeitar o idealismo ético¹³ e o jusnaturalismo europeu¹⁴, bem como o formalismo jurídico edificado por John Austin¹⁵ que, posteriormente, seria consagrado pelas ideias de Hans Kelsen¹⁶ na formulação da Teoria Pura do Direito. Seu entendimento consiste na defesa de um direito incapaz de ser reduzido a categorias meramente lógicas, uma vez que se encontra impregnado de elementos oriundos do mundo concreto, donde emergem os fatos da vida dos indivíduos e da coletividade. Por este motivo, Holmes, amparado pelas ideias remanescentes do pragmatismo de

Peirce, defenderá a adoção de um método experimental para as investigações no campo do Direito. A defesa deste posicionamento reitera a sua postura evolucionista e darwiniana, na medida em que aproxima o Direito das ciências naturais, em vez de se deixar guiar por elementos abstratos (metafísica) ou absolutos (analítica) associados à concepção de justiça.

Em *La via del Diritto* (1897), Holmes afirma que o Direito não passa de uma previsão daquilo que será executado pelas Cortes, motivo pelo qual destaca:

Na Inglaterra e nos Estados Unidos (...) os tratados e os estatutos que contam até seiscentos anos e a cada ano aumentam em algumas centenas (...) folhas sibilinas encerram as esparsas profecias do passado acerca dos casos sobre os quais recairá a espada da justiça, folhas que foram apropriadamente chamadas de oráculos do Direito. O significado mais importante e quase total de qualquer novo esforço do pensamento jurídico consiste em tornar mais precisas tais profecias e generalizá-las num sistema corrente.¹⁷

As ideias de Holmes convergem para a edificação de uma teoria interpretativa do direito, que concede especial importância para os elementos extraídos das relações sociais. Assim sendo, o Direito se posiciona alheio aos ideais éticos e jusnaturalistas de caráter imutável, uma vez que o juiz é responsável pelo ajuste da norma aos fatos particulares, com vista à realização efetiva do direito e, por conseguinte, a promoção da justiça. Nasce, assim, uma tradição pragmática (hermenêutica) do direito que influenciará decisivamente autores como Pound, Cardozo e Frank.

Roscoe Pound constrói uma teoria que se estrutura a partir da dicotomia entre *Law in Action* e *Law in the Books*. No primeiro caso — *Law in action* — está o direito socialmente eficaz, aquele que se produz evolutivamente sem cristalizações abstratas, em contraponto ao *Law in the Books* que implica no direito formalmente vigente. A teoria de Pound se opõe à proposta desenvolvida por Christopher Langdell¹⁸, que buscou a formalização do Direito de *Common Law* reduzindo-lhe a alguns princípios extraídos de casos emblemáticos, de caráter exemplar. A estratégia dos *case-method*¹⁹, no sentido proposto por Langdell, corrompe o espírito do *Common Law*, que prevê a extração dos princípios normativos da *ratio* dos precedentes (em sentido amplo), e não especificamente de casos paradigmáticos. Pound defende que os juízes deveriam privilegiar os interesses envolvidos em um caso, imergindo nos fatos e interagindo com a realidade concreta para confrontar a situação com a jurisprudência e poder extrair suas conclusões a partir de uma cosmovisão pautada nos entendimentos que se produzem evolutivamente, em vez de pensar a partir de cristalizações instituídas conforme o tecido de formas jurídicas abstratas. Por este motivo,

O realismo jurídico criticava o formalismo jurídico, a tendência do direito de se reputar como ciência, o objetivismo, a utilização da lógica e a busca da certeza jurídica. Defendeu-se o relativismo da verdade e ponderou-se que juízes carregam para as decisões suas idiossincrasias, que são determinadas pelo entorno cultural no qual vivem. O direito é definido como a

possibilidade de se fazer previsão segura de como o judiciário lidará com os casos que julga. Entre seus principais defensores destaca-se Charles Beard²⁰, historiador do direito, que por meio de obra muito bem pesquisada denunciou o romantismo que envolvia a concepção inicial da constituição norte-americana.²¹

Amparado pela tradição empirista de matriz inglesa e contrapondo-se diametralmente ao formalismo exacerbado, o realismo jurídico, alicerçado nas ideias do pragmatismo americano de Peirce, James e Dewey, propiciou um novo modo de perceber o direito. Cabe ressaltar, entretanto, que apesar dos grandes expoentes intelectuais norte-americanos que inspiraram o “movimento”, o realismo jurídico também encontrou significativas contribuições em ideias remanescentes de pensadores escandinavos como os suecos Karl Olivecrona²², Vilhelm Lundstedt²³ e o dinamarquês Alf Ross²⁴.

Olivecrona procurou inserir o elemento psicológico na dinâmica dos procedimentos do mundo jurídico, intercalando-o entre a obrigação e a sanção que se lhe corresponde nos casos de transgressão. Corrobora este entendimento as ideias de Lundstedt que percebe o direito como uma máquina cujas engrenagens correspondem aos mecanismos psicológicos de assimilação das normas, associados ao sistema de previsões e funções institucionais capazes de ajustar o indivíduo a um padrão de conduta. No fim das contas, trata-se de uma estrutura que necessita atingir o campo de entendimento do indivíduo, ditando-lhe padrões de comportamento, introjetando-lhe limitações no campo de atuação e delimitando ou circunscrevendo os domínios da sua liberdade.

Alf Ross, no entanto, seguindo os ditames da mesma corrente de pensamento, procura atenuar a interferência da *psique* individual na força vinculante do Direito. Deste modo, modaliza o entendimento de que esta força nasce da predisposição humana em conceder validade, existência e eficácia a entes meramente abstratos — inteligíveis, no sentido de que existem unicamente no intelecto do indivíduo — como a obrigação de cumprir o preceito normativo, por exemplo. Para consubstanciar sua proposta, Ross dicotomiza as obrigações em jurídicas e morais, concedendo-lhes âmbitos de atuação diferenciados. Assim sendo, a primeira estaria associada ao fato de que as normas jurídicas consistem em um conjunto de regras efetivamente seguidas por uma sociedade. As obrigações morais, em contrapartida, estariam vinculadas a motivações pessoais (ideológicas, culturais etc.), que não teriam interferência ou implicariam em sanções diretas na coletividade caso fossem transgredidas. Numa concepção kantiana, essas obrigações corresponderiam àquelas convicções cujo valor inequívoco individual se mostra insuficiente para que eu possa querer que elas passem a valer com a mesma intensidade e rigor fora de mim. Nas palavras de Kant:

Uma crença (das Föwahrhalten) é um fato de nosso entendimento suscetível de repousar em princípios, mas que exige também causas subjetivas na mente de quem julga. Quando é válida para alguém, pelo menos na medida em que este tem razão, seu princípio é objetivamente suficiente e a crença se chama convicção. Se ela só tem fundamento na natureza particular do sujeito, chama-se persuasão. A persuasão é uma mera

aparência, porque o princípio do juízo que está unicamente no sujeito é tido como objetivo. Por isso um juízo desse gênero só tem um valor individual e a crença não se pode comunicar.²⁵

Esta vinculação entre as normas e o sistema de crenças, sustenta a interferência dos juízos de valor na motivação das decisões judiciais, em detrimento da ideia de um silogismo judiciário que se sustenta a partir da subsunção do fato à norma, conforme apregoador por alguns teóricos do positivismo jurídico. Não ocasionalmente, Jerome Frank²⁶, inspirado pela doutrina psicanalítica, sustentará que a crença na infalibilidade de norma consiste na satisfação de uma necessidade intrínseca aos indivíduos: o sentimento de segurança²⁷. Somos conduzidos por um impulso emocional que nos compele a buscar a condição de imunidade ante aos perigos e inconsistências das decisões. Enquanto crianças, temos uma crença incondicional na suposta segurança que nos é concedida pelos nossos pais. Quando nos tornamos adultos, desprovidos deste sentimento de segurança, realizamos a transposição daqueles atributos infalíveis, que originalmente creditávamos aos nossos pais, para o sistema normativo, pois acreditamos encontrar no Direito um substituto para a figura paterna idealizada na infância.

Em síntese, o esforço das correntes que se amparam nos pressupostos do realismo ou do pragmatismo jurídico consiste em sustentar que as decisões judiciais não se amparam exclusivamente em elementos formais, mas sofrem interferência do campo da práxis²⁸. Nossa interpretação está situada no limite desta mesma discussão. No entanto,

buscaremos nas teorias contemporâneas da argumentação jurídica, algumas interpretações possíveis para mostrar como a discussão acerca da motivação das decisões judiciais está situada entre os *juízos de fato* e os *juízos de valor*.

NOTAS

¹ O Código de Teodósio (Codex Theodosianus) consiste em uma coletânea de leis (Constituições desde Constantino) que ficou conhecida por consolidar uma jurisdição para sustentar a perda dos direitos de cidadania e defender impedimentos legais à parcela judaica da população do Império. Alarico, por exemplo, promoveu a edição de uma coletânea de leis retiradas do Código de Teodósio que foi denominada Breviário de Alarico (Breviarium Alaricianum) (Cf. FELDMAN, Sergio Alberto. A Monarquia Visigótica e a Questão Judaica: “Entre a Espada e a Cruz”. Saeculum: Revista de História. N.17. João Pessoa, jul./Dez., 2007. Para maior detalhamento a respeito desta temática, convém consultar FELDMAN, Sergio Alberto. “De cives romani a nefariam sectam: a posição jurídica dos judeus no Codex Theodosianus”. Revista da Sociedade Brasileira de Pesquisa Histórica, Curitiba, SBPH, v.21, 2001, p.7-16).

² Charles Sanders Peirce (1839-1914), pensador caracterizado pela sua excentricidade e de pouco reconhecimento acadêmico no seu contexto, dedicou-se à produção intelectual com grande afinco e pode ser considerado um dos responsáveis pelo desenvolvimento do pragmatismo. Conforme entendimento do filósofo William James, Peirce foi um pensador original cuja obra representa “lampejos de luz deslumbrante sobre um fundo de escuridão tenebrosa”.

³ William James (1842-1910), adotou um estilo propriamente americano de pensamento. Sua filosofia consiste no esforço de colocar o pensamento ao alcance do homem comum. Com estilo rebuscado, encarnado em seu vernáculo agressivo, escrevia com destacada elegância, concedendo destaque à sua filosofia do pragmatismo. Formado em medicina, iniciou os seus estudos no campo das

Humanidades através da Psicologia, tendo migrado, posteriormente, aos estudos da Filosofia. Conforme seu entendimento, a Psicologia deriva da Metafísica. Esta, por sua vez, implica no esforço humano de pensar as coisas com clareza, enquanto a Filosofia deveria ser vista simplesmente como uma reflexão sobre “coisas da maneira mais abrangente possível”. (Cf. JAMES, W. **Some Problems of Philosophy**, p.125 apud DURANT, Will. **História da Filosofia**. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p.462)

⁴ PEIRCE, 1990, p.193-194.

⁵ Johann Cristoph Von Friedrich Schiller (1759-1805) foi um entusiasta da Revolução Francesa e defendia a necessidade de educar o homem para a liberdade. Seguindo os passos de Immanuel Kant, entende que o homem é dominado pelos desejos, paixões e inclinações materiais. Tais condições, contudo, não lhe extrai a autonomia da vontade, tampouco a obediência à lei moral e formal. Resgatar a harmonia entre o homem e o mundo, traço característico dos gregos antigos, consiste na tarefa da filosofia de Schiller, que alguns consideram romântica e outros designam como sentimental. (Cf. ABRÃO, Bernadete Siqueira. **História da Filosofia**, 1999, p.334)

⁶ Autores como Nicola Abbagnano (1998), Andre Lalande (1996) e José Ferrater-Mora (1994) trazem, associados ao verbete em questão, uma grande quantidade de acepções para a correta aplicação do termo. Essa variedade se desloca desde a associação ao termo ao idealismo platônico, apresentado em seus principais diálogos, até o realismo transfigurado de Spencer. Destaque para o comentário de Lalande (1996) acerca das indicações de Jules Lachelier (1832-1918), Emmanuel Leroux (1883-1942), Cesare Ranzoli (1876-1926) e Isaac Benrubi (1876-1943).

⁷ Pouco conhecido no Brasil, porque confundido com a tradição jurídica supostamente refratária à nossa, o realismo jurídico norte-americano não é assunto que tem preocupado a indagação jusfilosófica brasileira. Ainda somos reféns da filosofia analítica, da metafísica alemã, do fundacionismo francês e do incipiente constitucionalismo português. É lugar comum a associação do entorno cultural dos EUA com o Imperialismo que matiza o capitalismo daquele país e com produtos midiáticos de consumo. Por isso o descaso para com o pensamento substancialmente denso que buscamos resgatar ou, antes, incentivar seu estudo. (GODOY, 2007, p.48-64).

⁸ Oliver Wendell Holmes Jr. (1841-1935) foi renomado professor de Direito Constitucional em Harvard (1870-1873) e juiz da Suprema Corte do Estado de

Massachusetts (1822-1902) até ser nomeado pelo presidente Roosevelt para a Suprema Corte dos Estados Unidos (1902-1932), onde se destacou pela aplicação prática de suas teorias na construção de seus votos. (Cf. ALSCHULER, A.W. *Law without values: the Life, Work and Legacy of Justice Holmes*, 2000 apud GIUSTI, Ernesto. In: BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: UNISINOS, 2006, p.448-450)

⁹ Roscoe Pound (1870-1964), jurista prático de grande expressão no pensamento jurídico norte americano, jamais se graduou em Direito. Botânico por formação, recebeu orientação jurídica no seio da família, cujo patriarca era importante juiz no estado de Nebraska. Exerceu a advocacia após ser admitido no *Bar Exam* e tornou-se professor (1910-1937) e diretor da Faculdade de Direito de Harvard (1916-1936), onde se aproximou do Pragmatismo de Peirce. (Cf. HULL, N.E. *Roscoe Pound and Karl Llewellyn: searching for na American Jurisprudence*. Chicago: University of Chicago Press, 1997).

¹⁰ Nathan Benjamin Cardozo (1870-1938), filho de imigrantes judeus de Londres, ocupou cargos na magistratura desde a Suprema Corte do Estado de Nova Iorque até a Suprema Corte dos Estados Unidos, por indicação do presidente Herbert Hoover. Neste percurso, fez prevalecer uma preocupação com a interferência direta dos fenômenos sociais na atividade social, condicionando a elaboração e, sobretudo, a aplicação das normas. Apesar de ser considerado um dos principais expoentes da Teoria Sociológica do Direito, suas idéias estão diretamente relacionadas ao pragmatismo jurídico de matiz hermenêutica. (Cf. GIUSTI, Ernesto. *Nathan Benjamin Cardozo*. BARRETO, Vicente de Paulo. **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: UNISINOS, 2006, p.119-121)

¹¹ 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, 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. The law embodies the story of a nation's development through many centuries, and it cannot be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics. (HOLMES 1881, 1995, p.115 apud HAACK, 2007, p.1)

¹² Charles Darwin (1809-1882), biólogo de reconhecida relevância, responsável pela publicação de “A Origem das Espécies”, defendeu suas idéias de inigualável

importância para o desenvolvimento das Ciências Naturais: a da evolução biológica e da seleção natural, ambas quase unanimemente aceitas no âmbito acadêmico-científico. Suas idéias indiretamente influenciaram teorias empíricas em outros campos do conhecimento, dentre os quais a esfera jurídica.

¹³ Existem três correntes destacadas do pensamento idealista, representadas pelas idéias de Fichte, Schelling e Hegel, respectivamente. Estes filósofos desenvolveram linhas distintas de entendimento acerca do idealismo pautadas no pensamento de Immanuel Kant, que nas suas Críticas dedicou-se ao problema do saber, ao problema do agir e ao problema do prazer. Assim Fichte desenvolve o idealismo ético inspirando-se na Crítica da Razão Prática; Schelling desenvolve o idealismo estético inspirando-se na Crítica do Juízo; Hegel desenvolve o idealismo lógico inspirando-se na Crítica da razão Pura. O entendimento de idealismo que apresentamos neste contexto se aproxima das concepções que, segundo Bottomore, [...] vê a realidade como constituída, ou dependente, do espírito (finito ou infinito) ou idéias (particulares ou transcendentais); o idealismo histórico entende as idéias ou a consciência como agentes fundamentais ou únicos da transformação histórica; o idealismo ético projeta um estado empiricamente infundado ('superior' ou 'melhor') como uma maneira de julgar ou racionalizar a ação. (Cf. BOTTOMORE, Tom. Dicionário do Pensamento Marxista. Rio de Janeiro: Zahar, 199, p.183 apud CORREA, Gilvane Gonçalves. Ensino Seriado: Fundamentos históricos e filosóficos. História e Perspectivas. Uberlândia (42): 315-363, Jan./Jun. 2010).

¹⁴ A corrente jusnaturalista européia possui forte influência na formação do pensamento político-filosófico dos séculos XVII e XVIII, marcando decisivamente as principais constituições liberais e, sobretudo, a Declaração sobre os direitos do homem e do cidadão (1789).

¹⁵ John Austin (1790-1859) figura na história do pensamento jurídico como um dos mais importantes representantes do positivismo legal. Sua versão do positivismo jurídico, entretanto, difere significativamente daquela esboçada por autores como Jeremy Bentham e Hans Kelsen, na medida em que Austin não nega que existam leis naturais que sejam objetos de investigação da ética. (ARAÚJO, Marcelo de. BARRETO, Vicente de Paulo. **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: UNISINOS, 2006)

¹⁶ Hans Kelsen (1881-1973) nasceu em Praga, quando a região da Tchecoslováquia pertencia ao Império Austro-Húngaro. Embora seja reconhecido pela

repercussão do Positivismo Jurídico edificado sob as bases da sua Teoria Pura do Direito, iniciou seus escritos acadêmicos com um estudo acerca da Doutrina Política de Dante Alighieri (1905). Sofreu forte influência de intelectuais como Leo Strisower, Herman Cohen, Eduard Bernatzik e Adolf Mentzel, mas ganhou notoriedade pela teoria amparada no trabalho dos positivistas lógicos que convergiam na releitura do kantismo. (Cf. OLGUIN apud METALL ALADAR, Rudolf. **Hans Kelsen**: vida y obra. México: UNAM, 1976).

¹⁷ HOLMES Jr., O.W. *La Via del Diritto*. In: GERACI, C (org.) *Opinioni dissenzienti*. Milão, 1975, p.255-256 apud PALOMBELA, Gianluigi. **Filosofia do Direito**. São Paulo. Martins Fontes, 2005, p.206.

¹⁸ Christopher Columbus Langdell (1826-1906) é considerado um vetor do formalismo jurídico. “Dirigiu por muitos anos a Harvard Law School. Para Langdell, o Direito é ciência e deveria ser estudado do mesmo modo como se estudam as ciências naturais. O veículo para a realização deste projeto seria o método do case Law. 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 ainda hoje é o método das Faculdades de Direito dos Estados Unidos”. (GODOY, 2007, p.48-64).

¹⁹²⁰ Essa metodologia foi desenvolvida em Harvard a partir de 1870 por Christopher Columbus Langdell. Tinha-se como meta reivindicar-se a respeitabilidade científica e acadêmica dos estudos jurídicos. Langdell aumentou a duração do curso para três anos, passou a exigir curso superior já concluído para candidatos, estabeleceu rigoroso modelo de exames, determinou ampliação da biblioteca e contratou professores jovens com dedicação exclusiva. Consagra-se um enfoque formalista do Direito. O *case-method* parte de prévia determinação de pesada carga de leitura para os alunos. A freqüência das aulas é precedida de intenso estudo. O aluno vai preparado. Decisões judiciais são rigorosamente lidas, estudadas, digeridas. Há sabatina em todas as aulas. Professores torturam, assustam, humilham os alunos. (FARNSWORTH, E.Allan. *An Introduction to the Legal System of the United States*. New York: Ocean, 1996, p.19). Alguns estudantes escondem-se. Sentam-se nas últimas filas (Back-benching) ou pedem formalmente (por bilhetes depositados na mesa do professor antes do início da aula) para não serem argüidos (no-hassle pass). Os lugares que os alunos ocupam na sala, nos auditórios, são escolhidos no primeiro dia de aula. Os estudantes marcam seus nomes em diagrama, que

ficará em posse do professor. As secretarias (registrars) enviam fotografias dos alunos aos professores. Esses têm na mesa, ao lado dos livros, nome, fotografia e localização do aluno. O controle é absoluto. O *case-method* é implementado ao lado do método socrático (socratic method). São as perguntas feitas pelo professor, que socraticamente dirige a aula. O nome vem da prática da filosofia grega, imortalizada nos diálogos de Platão, que nos pintou um Sócrates que perguntava o tempo todo, desconcertando os seus interlocutores. Era a chamada maiêutica, o parto das idéias, pelo qual Sócrates obtinha opiniões, que em seguida comentava, ridicularizava, motejava. (Cf. GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Direito e Educação Jurídica nos Estados Unidos. Revista Sequencia, n.48, jul/2004, p.29). Há, contudo, autores que notavam apenas os aspectos positivos do método. Como assinala Almeida Júnior: “O *case method* é, como nota George Clark, o método de laboratório aplicado ao estudo das ciências jurídicas e sociais, e, por isso, um método verdadeiramente positivo e inteiramente adequado a banir o verbalismo do ensino universitário. Foi tal método recebido com desdém pelos legalistas que o haviam estudado segundo os métodos antigos, mas, bem depressa, os fatos vieram demonstrar a superioridade da educação dos juristas por ele instruídos, e da sua eficácia resultou a sua generalização”. (Cf. ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. O Ensino do Direito. Revista da FGV, v.2, n.2, jul./dez. 2006, p.206).

²¹ Charles Beard (1874-1948) entendia que “a historia do direito era realista no sentido de que nada se aprende do passado. Projetamos no pretérito nossas preocupações presentes, reinterpretao a historia freqüentemente, a partir dos pontos de vista que detemos no momento em que fazemos historia. Afastou-se de historiografia piegas e romântica, que tanto prejudica a compreensão do direito, porque baseada na falsa percepção de que o direito seria resultado de evolução e constatou que a construção da historia do direito é concepção discursiva, e pode se perceber em seu modo de ler e de escrever”. Neste sentido, suas idéias o aproximam de Antonio Hespanha, Walter Benjamin e Michel Foucault. (GODOY, 2007, p.48-64).

²² (GODOY, 2007, p.48-64).

²³ Knut Hans Olivecrona (1897-1980) foi professor na Universidade de Lund, na Suécia, e tem sua obra reconhecida como um dos pilares sobre os quais se

firmaram as análises dos discursos jurídicos e da realidade. Apesar de algumas críticas que recaem sobre o seu trabalho, não se discute o mérito acadêmico das suas ideias para o âmbito das discussões teóricas acerca da ciência jurídica. Afinal, é através dele que o “realismo escandinavo se tornou influente no pensamento e no campo da formação jurídica, em grande parte do século XX”. (Cf. LOS ANGELES, Miguel Espinosa de. Consideraciones en torno a la obra *Lenguaje Juridico y Realidad* de Karl Olivecrona. *Revista Internauta de Practica Juridica* Datos Fuente: 2004, [14]).

²⁴ Anders Vilhelm Lundstedt (1882-1955) pertenceu ao núcleo-piloto do realismo escandinavo, juntamente com Hägerström, Olivecrona e Ross, procura transformar a Teoria do Direito numa ciência totalmente empírica, embasada em fatos concretos, evidentes e totalmente observáveis a partir da realidade material. Neste sentido, Graça Neto, citando Olivecrona, salienta que “é difícil descrever o trabalho de Lundstedt. Ele ataca veementemente as ideias de direitos e deveres como sendo supersticiosas. No caso de um direito, ele diz, a realidade existente é apenas uma posição favorável desfrutada de fato por uma pessoa como conseqüência do funcionamento da máquina jurídica”. (Cf. OLIVECRONA, Karl. *The Legal Theories of Axel Hägerström and Vilhelm Lundstedt* apud GRAÇA NETO, Antônio. *Uma visualização da teoria de Aleksander Peczenik e da sua inserção no cenário contemporâneo da Filosofia do Direito*. **Videre**. Dourados, MS, ano 1, n.2, jul./dez. 2009, p.135-160).

²⁵ Alf Niels Ross (1899-1979) foi docente da Faculdade de Direito de Uppsala (Suécia) e Copenhague (Dinamarca). Discípulo de Axel Hägerström (1868-1939) e aluno de Hans Kelsen, que o iniciou no campo de investigação da jusfilosofia, tornou-se conhecido, sobretudo, por estabelecer a orientação filosófica da Escola de Uppsala, juntamente com outros expoentes do Realismo Jurídico, como Vilhelm Lundstedt e Karl Olivecrona. Embora recusasse a filiação ao Positivismo Jurídico, costuma ser associado a esta vertente do pensamento, ainda que suas ideias tendam a convergir para o esboço de uma concepção sociológica do Direito. (Cf. KRETCHMANN, Angela. Alf Ross. In: BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: UNISINOS, 2006, p.741)

²⁶ Cf. KANT, I. **Critique de la raison pure**. Paris: Alcan, 1927, p.634 apud OLIVEIRA, Eduardo Chagas. *Persuasão e Convencimento na Teoria da Argumentação Perelmaniana*. **Chaïm Perelman**: Direito, Retórica e Teoria da Argumentação. Feira de Santana: NEF/UEFS, 2004, p. 73.

²⁷ Jerome New Frank (1889-1957), filósofo do Direito norte-americano, ocupou, por nomeação do presidente Roosevelt, a condição de juiz no “United States Court of Appeals for the Second Circuit”. Considerado um juiz altamente competente, adotava posições consideradas liberais no tocante aos direitos civis. Seu trabalho de maior relevância conceitual é “Law and the Modern Mind”, obra na qual destaca a interferência de elementos psicológicos nas decisões judiciais. Tal posicionamento crítico permitiu o desenvolvimento de “Courts on Trail”, onde procura destacar a falibilidade do processo judicial, em virtude das incertezas que perpassam a análise do magistrado.

²⁸ Cf. FRANK apud BODENHEIMER, **Teoria del Derecho**, p.363.

²⁹ Cf. ITURRALDE, Victoria. *Justificacion judicial y valoraciones*. **Isegoria**, n.35,jul./dec. 2006, p.207-220.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ABRÃO, Bernadete Siqueira. **História da Filosofia**. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *O Ensino do Direito*. **Revista da FGV**, v.2, n.2, jul./dez. 2006.

BARRETO, Vicente de Paulo. **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: UNISINOS, 2006.

BODENHEIMER, Edgar. **Teoría del Derecho**. México: Fondo de Cultura Económica, 1994.

CORREA, Gilvane Gonçalves. Ensino Seriado: Fundamentos históricos e filosóficos. *Historia e Perspectivas*. Uberlândia (42): 315-363, Jan./Jun. 2010.

COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica**. Brasília: UNB, 2008. (Tese de Doutorado)

DURANT, Will. **História da Filosofia**. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

FARNSWORTH, E.Allan. **An Introduction to the Legal System of the United States**. New York: Ocean, 1996.

FELDMAN, Sergio Alberto. *A Monarquia Visigótica e a Questão Judaica: “Entre a Espada e a Cruz”*. **Saeculum: Revista de História**. n.17. João Pessoa, jul./Dez., 2007.

FELDMAN, Sergio Alberto. *“De cives romani a nefariam sectam: a posição jurídica dos judeus no Codex Theodosianus”*. **Revista da Sociedade Brasileira de Pesquisa Histórica**, Curitiba, SBPH, v.21, p.7-16, 2001.

FERRATER-MORA, José. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Loyola, 1994.

FRANK, Jerome. **Law and the Modern Mind**. New York: Anchor Books, 1930.

GIUSTI, Ernesto. *Nathan Benjamin Cardozo*. BARRETO, Vicente de Paulo. **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: UNISINOS, p.119-121, 2006.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito e Educação Jurídica nos Estados Unidos*. **Revista Sequencia**, n.48, p.29, jul/2004.

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, p.48-64, 2007.

HAACK, Susan. *Onlogic in the Law*: “Something, but not All”. **Ratio Juris**. v.20, n. 1, p.1-31, March, 2007.

HULL, N.E. **Roscoe Pound and Karl Llewellyn**: searching for na American Jurisprudence. Chicago: University of Chicago Press, 1997.

ITURRALDE, Victoria. *Justificación judicial y valoraciones*. **Isegoria**, n.35, p.207-220, jul./dec. 2006.

LALANDE, Andre. **Vocabulário Técnico e Crítico de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

LOS ANGELES, Miguel Espinosa de. *Consideraciones en torno a la obra Lenguaje Jurídico y Realidad de Karl Olivecrona*. **Revista Internauta de Practica Juridica Datos Fuente**: 2004, [14].

METALL ALADAR, Rudolf. **Hans Kelsen**: vida y obra. México: UNAM, 1976.

OLIVECRONA, Karl. *The Legal Theories of Axel Hägerstrom and Vilhelm Lundstedt* apud GRAÇA NETO, Antônio. *Uma visualização da teoria de Aleksander Peczenik e da sua inserção no cenário contemporâneo da Filosofia do Direito*. **Videre**. Dourados, MS, ano 1, n.2, p.135-160, jul./dez. 2009.

OLIVEIRA, Eduardo Chagas. *Persuasão e Convencimento na Teoria da Argumentação Perelmaniana*. **Chaïm Perelman: Direito, Retórica e Teoria da Argumentação**. Feira de Santana: NEF/UEFS, 2004.

PALOMBELA, Gianluigi. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PEIRCE, Charles Sanders. **Escritos Coligidos**. São Paulo: Abril Cultural, 1990.