

Como os juízes julgam?

Reflexões sobre o Realismo Jurídico

Pedro Felipe de Oliveira Santos¹

1. Introdução

Embora em momentos históricos diferentes, a superação do formalismo e do silogismo como ferramentas principais de interpretação da norma jurídica e de construção da decisão judicial foi uma ruptura presente tanto nos sistemas jurídicos de tradição civilista (a exemplo do Brasil), como nos sistemas jurídicos do *common law* (a exemplo dos Estados Unidos e da Inglaterra). No entanto, os rumos adotados a partir de então pelos estudos de teoria do direito no Brasil e nos Estados Unidos foram bem distintos.

O primeiro buscou soluções no âmbito da própria hermenêutica filosófica, por meio da reformulação do conceito de interpretação com base na filosofia da linguagem. A interpretação passa a ser referida como um processo de aproximação entre o intérprete e a norma jurídica, em busca da compreensão do correto e único sentido que ela projeta objetivamente.

Por sua vez, o segundo rendeu-se ao realismo jurídico, uma perspectiva anti-positivista e anti-formalista que refundou a teoria do Direito no *common law* e influenciou definitivamente a prática jurídica a partir de então, notadamente no que tange ao modo de encarar o papel do julgador (em sua tarefa de julgar).

O presente trabalho tem o objetivo de apresentar os principais postulados do realismo jurídico e as transformações que essa escola tão pouco estudada no Brasil provocou no pensamento jurídico do *common law*. Num contexto em que os diversos sistemas jurídicos paulatinamente se aproximam e mutuamente se influenciam (a título de exemplo, vide a adoção de um sistema de precedentes vinculantes no Brasil, inspirado no *common law*), torna-se oportuno apresentar algumas reflexões que essa

¹ Juiz Federal do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Graduado em Direito pela Universidade de Brasília. Pós-graduado em Direito Internacional Público pela *The Hague Academy of International Law*. Mestrando em Direito pela Universidade de Harvard.

escola provocou sobre a atividade de julgar, a fim de também endereçá-las à nossa comunidade jurídica.

Ressalte-se que este trabalho não pretende defender ou criticar a escola do realismo, mas simplesmente trazer reflexões tão comuns em outros sistemas jurídicos, mas pouco exploradas academicamente no Brasil.

2. As raízes históricas do realismo jurídico

Até o início do século XX, o pensamento jurídico do *common law* balizou-se na referência ao Direito como uma ciência claramente inspirada na matemática. O professor Christopher Columbus Langdell (1826-1906), reitor da Harvard Law School de 1870 a 1895, e responsável pela introdução do estudo prático de precedentes como ferramenta básica de ensino, costumava comparar o direito à geometria.

Segundo ele, na geometria, a confecção das regras e a sua aplicação aos problemas concretos demandariam meras operações lógicas, baseadas no raciocínio dedutivo. Embora princípios basilares da geometria constituíssem postulados que não poderiam ser estabelecidos por meio da lógica (eram adquiridos por meio da experiência), uma vez que o estudioso dessa ciência os apreendesse, todas as regras restantes poderiam ser logicamente extraídas. A geometria nada mais seria do que a descoberta do sentido de seus próprios postulados, por meio de um processo de análise lógica.

O direito seria como a própria geometria. Uma vez estabelecidos os princípios basilares norteadores de cada um de seus ramos (Contratos, Responsabilidade Civil etc.), as regras respectivas poderiam ser derivadas por meio de uma operação lógica, formando um conjunto coerente, sistêmico e unitário de normas (LANGDELL, Preface, 1879). Segundo Kronnan, descrevendo o pensamento de Langdell, não haveria no Direito nenhum conteúdo além do que as suas próprias normas determinassem, ao tempo em que também não haveria no Direito nenhum conteúdo que não pudesse ser expresso em termos normativos. Ademais, um caso que aparentemente veiculasse uma questão nova e não disciplinada por nenhuma regra, na verdade, não descortinaria uma lacuna jurídica, mas decerto a necessidade de que alguma proposição jurídica fosse suficientemente melhor detalhada, por mecanismos da lógica formal, para

fins de alcançar a regra aplicável² (KRONNAN, 174, 1993). Assim, a aplicação do direito demandaria simples operações de silogismo e de subsunção, balizadas primordialmente em raciocínios dedutivos a partir da norma ao caso concreto.

No entanto, ainda no final do século XIX, vozes denunciaram a inaptidão da perspectiva do *direito como ciência lógica* para representar fidedignamente a realidade e a dinâmica da experiência jurídica. Igualmente, denunciou-se o esgotamento do modelo silogístico-formal como o método exclusivo e adequado para a interpretação e para a aplicação das normas.

Ainda em 1897, em artigo publicado na *Harvard Law Review*, o então Juiz da Suprema Corte de Massachusetts Oliver Holmes³ criticou a visão formalista do Direito. Para ele, a “certeza” que a rigidez do método lógico-formal aparenta oferecer seria uma ilusão, na medida em que a roupagem do raciocínio lógico poderia ser utilizada para impor qualquer tipo de conclusão previamente estabelecida. Assim, os julgamentos nada mais seriam do que campos de batalha entre diversas normas jurídicas, no âmbito dos quais as decisões judiciais poderiam inevitavelmente incorporar as preferências do julgador em dado tempo e espaço. Ademais, para ele, as decisões judiciais refletiriam, consciente ou inconscientemente, as circunstâncias sociais, políticas e culturais que conformam o *background* do julgador⁴ (HOLMES, 466, 1897).

Nesse sentido, muito mais que um sistema balizado na razão, ou um conjunto de regras extraídas por meio do método lógico dedutivo, a partir de princípios

² “There is nothing more to the law than what they state, nothing in the law that cannot be stated in their terms, and if a cause should arise that appears to present a novel issue, that is only because the relevant propositions have not yet been worked out in sufficient detail”.

³ Holmes foi nomeado Juiz da Suprema Corte Americana em 1902 e exerceu essa função até 1932.

⁴ “The training of lawyers is a training in logic. The processes of analogy, discrimination, and deduction are those in which they are most at home. The language of judicial decision is mainly the language of logic. And the logical method and form flatter that longing for certainty and for repose, which is in every human mind. But certainty generally is illusion, and repose is not the destiny of man. Behind the logical form lies a judgment as to the relative worth and importance of competing legislative grounds, often an inarticulate and unconscious judgment, it is true, and yet the very root and nerve of the whole proceeding. You can give any conclusion a logical form. You always can imply a condition in a contract. But why do you imply it? It is because of some belief as to the practice of the community or of a class, or because of some opinion as to policy, or, in short, because of some attitude of yours upon a matter not capable of exact quantitative measurement, and therefore not capable of founding exact logic conclusions. Such matters really are battle grounds where the means do not exist for determinations that shall be good for all time, and where the decision can do no more than embody the preference of a given body in a given time and place” (HOLMES, 466, 1897).

éticos ou de axiomas socialmente admitidos, o direito seria exatamente o conteúdo das decisões judiciais ou a própria avaliação que os tribunais fariam dos fenômenos sociais⁵.

Essa conclusão, um tanto extremista sob a perspectiva do paradigma formalista, ainda dominante à época, embasa o principal legado de Holmes à tradição jurídica norte-americana: a atenção dos estudos jurídicos deveria ir além das regras e do silogismo; seria mandatório analisar como os juízes decidem.

Em suma, Holmes baliza a sua crítica ao pensamento formalista em três postulados essenciais: a) o processo decisório é criativo e discricionário; b) o direito não é um conjunto autossuficiente de normas, mas uma ferramenta interdisciplinar que deve ser utilizada para fins de avanços sociais; c) sempre que necessário, o Juiz deve consultar as demais ciências sociais, especialmente a economia, para balizar os seus entendimentos.

Quanto a esse último ponto, cabe contextualizar que o final do século XIX também é marcado pela afirmação das ciências sociais (economia, sociologia, antropologia, psicologia, entre outras). Por sua vez, essa ruptura paradigmática do direito, que assume uma função interacionista, não é mera coincidência, mas sim resultado direto da influência das transformações do pensamento científico à época no próprio campo jurídico.

3. Surgimento, ascensão e postulados do realismo jurídico

Inspirado nas ideias de Holmes, o realismo jurídico, como o mais amplo movimento refundacional do direito na tradição jurídica norte-americana, surgiu na

⁵ Para ilustrar a sua crítica, Holmes apresenta a famosa caricatura do *homem mau* (*bad man*), um cidadão que não teria o hábito de respeitar as leis. Segundo o jurista, o *homem mau* não se importa necessariamente com o conteúdo das regras abstratamente estabelecidas ou com os preceitos morais que logicamente as embasam, mas decerto está interessado em saber as consequências materiais de seus atos (em outras palavras, os juízes avaliarão negativamente a sua conduta? Será aplicada alguma sanção a ele? Como os tribunais julgarão as violações cometidas às regras?). Assim, o Direito, muito além das normas, também abarca as previsões (ou profecias) sobre o conteúdo das decisões judiciais: “*Take the fundamental question, what constitutes the law? You will find some text writers telling you that is something different from what is decided by the courts of Massachusetts or England, that it is a system of reason, that it is a deduction from principles of ethics or admitted axioms or what not, which may or may not coincide with the decisions. But if we take the view of our friend the bad man we shall find that does not care two straws for the axioms or deductions, but that he does want to know what the Massachusetts or English courts are likely to do in fact. I am much of his mind. The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law*” (HOLMES, 461, 1897).

Columbia Law School no final dos anos de 1920 e alcançou máxima expressão na Yale Law School alguns anos mais tarde.

Embora inúmeros juristas se auto-intitulem realistas, é importante advertir que se trata de um movimento amplamente heterogêneo, abarcando trabalhos de diferentes matizes políticas. No entanto, o traço comum entre os realistas estava no viés claramente anti-formalista e na oposição à concepção do Direito como ciência lógica, nos termos enunciados por Christopher Columbus Langdell. Para os realistas, esse modelo foi incapaz de oferecer um real entendimento do que o direito é e do que o direito deve ser.

Os primeiros trabalhos acadêmicos dessa escola dirigiram-se à desconstrução do formalismo. *Law and the Modern Mind* (1930), de Jerome Frank, é o livro mais marcante desse período inicial e apresenta uma comparação entre as duas visões.

Para Frank, a visão tradicional e formalista resume o Direito a um corpo completo e limitado de normas, apenas sujeito a alterações pelos agentes legislativos expressamente autorizados para tal mister. Nesse sentido, o juiz assumiria uma função meramente passiva, atuando como um oráculo e pronunciando o direito. Nesse paradigma, o juiz não criaria o direito; as suas decisões seriam meramente uma reprodução do direito. Ademais, o *overrule* (instituto originário do *common law*, consistente na rejeição de um precedente para a obtenção de uma nova solução vinculante) não consistiria na criação de uma nova regra, mas sim no reconhecimento de que o julgamento anterior teria incorrido em erro, prontamente corrigido pelo tribunal⁶.

Frank critica essa visão, afirmando que o juiz cria e modifica o direito. Mais ainda, o postulado de que o direito pode ser inteiramente extraído da lógica seria uma

⁶ “The conventional view may be summarized thus. Law is a complete body of rules existing from time immemorial and unchangeable except to the limited extent that legislatures have changed the rules by enacted statutes. Legislatures are expressly empowered thus to change the law. But the judges are not to make or change the law but to apply it. The law, ready-made, pre-exists the judicial decisions. Judges are simply ‘living oracles’ of law. They are merely the speaking law. Their function is purely passive. They are but the mouth, which pronounces the law. [...] Judicial opinions are evidence of what law is; the best evidence, but no more than that” (FRANK, 32, 1930).

mera ilusão advinda de um “infantil desejo de se obter um universo fixo e controlado, livre do acaso e dos erros típicos da falibilidade humana”⁷.

As críticas mais contundentes apresentadas por Frank à visão de Langdell resumem-se a duas características típicas do modelo geométrico: a autossuficiência e a impossibilidade do exercício de escolhas.

O primeiro ponto enfatiza que a experiência e a interação com outros saberes são elementos primordiais para a construção do Direito. As regras jurídicas, *per si*, não seriam autossuficientes, ao passo que a ideia de extração dedutiva exprimiria erroneamente a noção de que o conteúdo do Direito seria apriorístico e atemporal, quando, segundo os realistas, as circunstâncias temporais, históricas e políticas seriam condicionantes inevitáveis da vivência jurídica. Nesse ponto, ressaltou-se a importância das demais ciências sociais para a confecção do Direito.

O segundo ponto representa a crítica mais contundente de Frank. Para ele, o modelo de Langdell sofre por limitar as oportunidades de escolha que um jurista tem ao analisar um caso concreto. A geometria tem como princípio basilar a necessidade de alcance de uma resposta correta única para cada problema. Como já afirmado, essa solução é extraída por meio de um processo lógico dedutivo, circunstanciado pelos princípios gerais e pelas regras estabelecidas, como elementos limitadores da atuação do matemático. Qualquer solução divergente da resposta oferecida pela lógica é considerada incorreta.

No entanto, para os realistas, seria impossível aplicar essa mesma prescrição à ciência jurídica. Se há apenas uma resposta correta para cada problema, como classificar um voto vencido em um julgamento? Não traria ele uma visão igualmente abraçada pela norma? Um voto vencido não constituiria o Direito, mas simplesmente um erro cometido pelo julgador que dissente?

O fundamento basilar do realismo jurídico reside na noção de que, ao contrário da geometria, que não admite possibilidade de escolhas entre opções válidas, a riqueza do fenômeno jurídico assenta-se no espaço de liberdade encontrado entre as normas balizadoras de um caso concreto, a permitir ao julgador se deparar inevitavelmente com diversas opções a serem aplicadas para solucionar a questão jurídica. Para os realistas, decidir é escolher entre opções válidas, e não buscar a

⁷ Para Frank, “the essence of the basic legal myth or illusion is that law can be entirely predictable. Back of this illusion is the childish desire to have a fixed father-controlled universe, free of chance or error due to human fallibility” (FRANK, 34, 1930).

resposta correta para cada problema. O postulado da única opção correta para cada questão jurídica seria uma falácia e esconderia a riqueza da vivência da experiência jurídica.

Assim, para essa nova escola, as decisões dos juízes inevitavelmente abarcam elementos de suas experiências pessoais e são o resultado de escolhas discricionárias. Experiência e discricionariedade não são apenas compatíveis com o ato de julgar; mais do que isso, estão entre as suas condições essenciais⁸.

Assimilar essa visão realista do ato de julgar não significaria abrir as portas para o anarquismo judicial, mas decerto uma oportunidade para tratar as idiosincrasias e as nuances da experiência jurídica como realmente elas ocorrem. Assim, para os realistas, descortinado esse contexto anti-formalista, os juízes se confrontam com dois grandes desafios: primeiro, esforçar-se em direção a um entendimento consciente sobre os seus próprios preconceitos e concepções, que inevitavelmente moldam as suas percepções e são aptos a influenciar as suas deliberações; segundo, abandonar o mito da certeza, outrora inscrito no próprio mito do poder, encarando o mundo com maturidade e sem ilusões sobre a dinâmica e as incertezas da experiência jurídica⁹.

Para Jerome Frank, a autoconsciência do juiz sobre os seus preconceitos e concepções é o valor central do ato de julgar, pois o provoca a analisar, a reconsiderar e a operacionalizar formas de afastar tais condicionantes no processo de decisão (FRANK, 42, 1930).

Por sua vez, Karl Llewellyn, em artigo publicado na Harvard Law Review (*Some Realism about Realism*), resumiu os principais postulados da escola realista (LLEWELLYN, 1931, 39):

- a) O direito é um processo em constante movimento, constituindo uma ferramenta com finalidades sociais, e não um fim em si mesmo;
- b) Julgar implica criar direito;

⁸ Segundo Anthony Kronnan, “first, the decisions of a judge inevitably draw upon his experiences in a way that judgments of a geometer do not. And second, they are always the result of a series of discretionary choices that have no counterpart in the science of geometry” (KRONNAN, 189, 1993).

⁹ “Self-understanding of this sort in turn enhances one’s ability to tolerate the painful indeterminacies of adult life, and of adjudication in particular, and leads to greater spiritual maturity. [...] Liberated by his self-understanding, the mature judge stands ready to meet the real, and unavoidable, tragedies of life. [...] this is all that one may hope for, and all that human responsibility can ever mean, for judges and for everyone else” (KRONNAN, 193, 1993).

c) A sociedade está sempre em transformação numa velocidade maior do que o direito, de modo que esse último deve constantemente ser reexaminado, com vistas a se verificar se as normas jurídicas ainda se encaixam aos fins sociais;

d) As normas em abstrato são inaptas para fornecer todos os parâmetros do comportamento judicial efetivo; é preciso observar diretamente como os juízes decidem os casos;

e) As decisões judiciais precisam também ser avaliadas sob a perspectiva dos efeitos que produzem na sociedade;

f) Se o método dedutivo não resolve as questões jurídicas, mas apenas evidencia os efeitos de uma dada premissa; e se diversas premissas juridicamente válidas competem entre si e permitem o alcance de diversas conclusões igualmente válidas, a escolha a ser realizada pelo juiz no ato decisório (dentre as diversas opções possíveis) ultrapassa a análise jurídica e também passa a ser justificada politicamente. Afinal, a análise jurídica exerce uma função importante inicial, ao condicionar quais as premissas (regras) que podem ser adotadas pelo Juiz, mas não é suficiente para justificar integralmente o ato decisório. Em outras palavras, a análise jurídica é inábil para fornecer ao julgador a resposta exata para o problema, mas apenas é capaz de fornecer as várias alternativas válidas. Portanto, o ato decisório em si (ou seja, a escolha da premissa que regerá o caso concreto, ou a escolha da alternativa pelo juiz) precisa também ser justificado politicamente.

Em suma, para os realistas, direito é a soma indissociável e complementar de dois fatores: normas jurídicas e política. Afinal, as normas jurídicas, por si, são insuficientes para a construção de um sistema coerente e integrado, pois há um espaço considerável de indeterminação e, portanto, de discricionariedade judicial, que apenas pode ser resolvido por critérios e escolhas políticas.

Essa noção vai ao encontro da mesma definição que Holmes, ainda em 1881, adotou para o direito: “A vida do Direito não tem sido lógica: tem sido experiência. As necessidades percebidas em cada época, as teorias morais e políticas prevalentes, as intuições política, conscientes ou inconscientes, até mesmo os preconceitos que os juízes compartilham com os seus pares têm tido uma relevância

maior do que o silogismo para a construção das normas pelas quais os homens são governados”¹⁰ (HOLMES, 1891, 46).

4. Análise crítica do realismo jurídico: o legado para o pensamento jurídico

A escola do realismo refundou as bases do pensamento jurídico do *common law* ao, (i) descortinar o problema da indeterminação jurídica e da discricionariedade judicial, bem como da inevitável influencia de elementos não-jurídicos na formação da convicção do magistrado; e (ii) chamar a atenção da comunidade jurídica para a necessidade de problematizar concretamente o ato de julgar (decidir), por meio de um estudo acadêmico sistemático e reflexivo, inclusive sob a perspectiva dos próprios juízes. Seus postulados se impregnaram na cultura jurídica e permanecem influentes, consistindo atualmente em truísmos reverberados nos livros de doutrinas e nas decisões judiciais. Todas as escolas de pensamento jurídico posteriores (ainda que contrárias) evidenciam traços dos postulados realistas.

A sua influência considerável não poupou o realismo jurídico de muitas críticas. Juristas contrários a essa escola denunciaram que a visão realista ampliava excessivamente o poder do Juiz e não oferecia standards adequados de decisão, de modo a legitimar a atuação judicial ativista e violadora dos princípios de separação de poderes.

Não obstante os reconhecidos excessos da teoria realista, é importante ressaltar que mesmo os seus críticos admitiram que a questão da discricionariedade judicial era uma circunstância inegável na experiência jurídica, havendo discordâncias apenas quanto ao seu nível e ao modo como ela deveria ser trabalhada pelos juízes.

Um dos grandes críticos do realismo foi o positivista britânico H. L. A. Hart, professor da Universidade de Oxford e um dos maiores jusfilósofos do século XX. Hart resgatou a noção de direito como um sistema de regras jurídicas. Balizado em elementos da filosofia analítica e influenciado pela filosofia de Ludwig Wittgenstein e seu giro linguístico, elaborou uma sofisticada teoria para explicar

¹⁰ Tradução livre para: “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” (HOLMES, 1891, 46).

analiticamente a estrutura do Direito, que, segundo ele, seria formado basicamente por normas primárias (standards de comportamento para a sociedade), e por normas secundárias (standards de autorização para a produção de novas regras e de alteração de regras pré-existentes, de aplicações de sanções e de reconhecimento da validade do sistema jurídico).

Hart rechaçou que a teoria jurídica devesse focar sua análise primordialmente no conteúdo das decisões judiciais. Segundo ele, o cerne do conceito do direito encontra-se em suas próprias regras e no reconhecimento que a sociedade tem sobre elas, e não estritamente nas decisões das cortes ou no ato de julgar.

Por outro lado, é visível que Hart formulou a sua teoria positivista com concessões à teoria realista. Em diversas passagens de seu livro, Hart aceita a ideia de que decidir é um ato de escolha entre diversas opções possíveis (regras e premissas igualmente válidas que competem entre si e podem ensejar soluções válidas distintas), de modo que existiria, de fato, uma faixa de incerteza no ato decisório. No entanto, para ele, essa indeterminação não se apresenta em nível e em intensidade tal como enunciam os realistas, bem como também não se evidencia em todos os casos, mas em hipóteses limítrofes – chamadas por ele de *borderlines*:

Não há dúvidas de que as cortes molduram os seus julgamentos para dar a impressão de que as suas decisões são necessariamente consequências de regras predeterminadas cujo significado são fixos e claros. Em casos simples, isso é possível; mas na maioria dos casos, nem as leis nem os precedentes permitem apenas uma única resposta. Nos mais importantes casos, há sempre uma escolha. O juiz deve escolher entre significados variados do texto de uma lei ou entre variadas interpretações de um precedente. [...] Todas as regras tem uma penumbra de incerteza na qual o juiz deve escolher entre alternativas¹¹.

Apesar de ter admitido a ideia de indeterminação e de múltiplas respostas às questões jurídicas, Hart tentou minimizá-la em sua teoria, tratando-a por um viés menos radical. No entanto, apesar de reconhecer e de minimizar a discricionariedade judicial, não apresentou qualquer solução sobre como essa questão deve ser trabalhada pelo juiz.

¹¹ Tradução livre para: “No doubt the courts so frame their judgments as to give the impression that their decisions are the necessary consequence of predetermined rules whose meanings are fixed and clear. In very simple cases this may be so; but in the vast majority of cases that trouble the courts, neither statutes nor precedents in which the rules are allegedly contained allow of only one result. In most important cases there is always a choice. The judge has to choose between alternative meanings to be given to the words of a statute or between rival interpretations of what a precedent amounts to” (HART, 2012, p. 12).

Por sua vez, Ronald Dworkin, um dos maiores críticos de Hart, e também um dos jusfilósofos de destaque do século XX, também foi claramente influenciado pela teoria realista. Mais alinhado ao jusnaturalismo, Dworkin apresentou uma teoria ainda mais sofisticada, ao afirmar que a estrutura do Direito compreenderia mais do que regras: o sistema jurídico também compreenderia princípios éticos e ideais que guiam os juízes na construção de suas decisões, ainda que não estejam eles expressamente previstos nos textos legais (DWORKIN, 1977, 25).

Perceba-se que ele constrói a ideia de força normativa de princípios morais tendo como base exatamente a indeterminação e a incompletude das regras jurídicas, enunciada pelos realistas, numa tentativa de oferecer standards a serem trabalhados pelos próprios juízes no espaço vazio da discricionariedade judicial. Assim, ao passo que, para os realistas, o direito seria constituído por regras somadas a critérios políticos (em sentido genético), para Dworkin o direito seria constituído por regras somadas aos princípios morais. Trata-se da tentativa de construção de um sistema jurídico unitário e íntegro, formado apenas por elementos que detenham força normativa. Igualmente, Dworkin minimiza a o postulado das respostas múltiplas. Para ele, a interação entre regras e princípios que competem entre si, embora descortine ao julgador variadas alternativas de resposta, não impede o alcance de uma resposta adequada ao caso concreto (embora não tenha ele afirmado que se trate de uma resposta definitiva e universal, tal como enunciam os formalistas).

No entanto, a sua teoria falha ao deixar de explicar coerentemente quais são exatamente os princípios morais a serem adotados pelos juízes e como tais princípios devem ser manejados ou balanceados para a produção da decisão judicial. Nesse sentido, embora tenha apresentado uma excelente tentativa de solução das críticas apresentadas pelos realistas ao funcionamento da experiência jurídica, percebe-se que, mesmo que se adote a força normativa dos princípios éticos, o terreno de indeterminação e o perigo do decisionismo (críticas dirigidas aos realistas) não são eliminados.

Dworkin também volta a atenção para a atuação dos magistrados e das cortes, negligenciada por Hart em sua teoria. Nesse ponto, embora crítico, também foi ele influenciado pela teoria realista:

Na Inglaterra e nos Estados Unidos, entre outros países, as decisões judiciais também afetam um grande número de pessoas [além das próprias partes do processo], porque o direito se torna frequentemente aquilo que os juízes dizem o

que ele é. As decisões da Suprema Corte Americana, por exemplo, são importantes nesse sentido. Esse tribunal tem o poder de ultrapassar até as mais democráticas e populares decisões de quaisquer órgãos do governo se seus juízes acreditarem que elas são contrárias à Constituição e, portanto, tem a última palavra em se e como os Estados devem executar homicidas ou proibir abortos ou requisitar padres nas escolas públicas [...]. Quando decidiu, em 1954, que nenhum Estado poderia segregar a população em distintas escolas públicas, consoante a sua etnia, a Suprema Corte levou a nação à mais profunda revolução social que uma instituição pública poderia ter provocado.
[...]

Considerando que importa analisar como os juízes decidem, também importa analisar o que eles pensam sobre o que o direito é [...]¹².

Por fim, cabe mencionar brevemente as duas principais escolas inspiradas no realismo que se desenvolveram nas últimas décadas: o *Law and Economics* e o *Critical Legal Studies*.

Law and Economics (ou Análise Econômica do Direito) desenvolveu-se a partir dos anos 60 e envolve uma abordagem multidisciplinar entre o Direito e a Economia, consistente na aplicação da teoria microeconômica para a análise dos institutos jurídicos. Subdivide-se em duas perspectivas. A primeira, de natureza descritiva, adota a análise econômica para verificar o efeito das normas jurídicas e das decisões judiciais no comportamento das pessoas. A segunda, de natureza normativa, estabelece recomendações sobre como as normas devem ser delineadas e sobre como os juízes devem se influenciar por argumentos econômicos. As pedras de toque da Análise Econômica do Direito são a eficiência e o bem-estar social. Todas as avaliações e as recomendações (descritivas e normativas) se direcionam a gerar estímulos que ampliem a eficiência das relações jurídicas e o bem-estar social. Dentre os seus expoentes atuais, encontram-se Steven Shavell (Universidade de Harvard), Richard Posner (Universidade de Chicago) e Robert Cooter (Universidade de Berkeley).

Por outro lado, o *Critical Legal Studies* também remonta à década de 60, mas apresenta um viés mais crítico e esquerdista. Esse movimento adotou a visão anti-formalista do realismo e desenvolveu uma série de estudos sobre as mais diversas

¹² Tradução livre para: “In Britain and America, among other places, judicial decisions affect a great many other people as well, because the law often becomes what judges say it is. The decisions of the United States Supreme Court, for example, are famously important in this way. That Court has the power to overrule even the most deliberate and popular decisions of the departments of government if it believes they are contrary to the Constitution, and it therefore has the last word on whether and how the states may execute murderers or prohibit abortions or require prayers in the public schools, [...]. When the Court decided in 1954 that no state had the right to segregate public schools by race, it took the nation into a social revolution more profound than any other political institution has, or could have, begun. [...] Since it matters in these different ways how judges decide cases, it also matters what they think the law is” (DWORKIN, 1986, 2-3).

pautas jurídicas vigentes nas últimas décadas (feminismo, racismo, indígenas, direitos humanos, encarceramento etc.). Trata-se de um grupo acadêmico ainda influente, especialmente na Universidade de Harvard (Professores Roberto Mangabeira Unger, Duncan Kennedy, Mark Tushnet, entre outros).

5. Conclusão

Pouco estudada no Brasil, a escola do realismo jurídico representou uma ruptura do paradigma do formalismo e apresentou importantes reflexões sobre o ato de julgar. Não imune a críticas, especialmente pelo radicalismo de alguns de seus representantes e pela acidez da análise realizada sobre o modelo teórico até então dominante, essa escola enraizou-se na cultura do *common law* e marcou em definitivo todas as construções teóricas posteriores, estivessem com ele alinhadas ou não, justamente porque trouxe reflexões contundentes (e desconhecidas até então) sobre a realidade da atividade de julgar. O realismo trouxe à mesa de discussões o problema da indeterminação jurídica e da discricionariedade judicial, bem como da inevitável influência de elementos não-jurídicos na formação da convicção do magistrado. Além disso, chamou a atenção da comunidade jurídica para a necessidade de problematizar concretamente o ato de julgar (decidir) sob a perspectiva dos magistrados.

Sabe-se que a superação do formalismo no modelo jurídico brasileiro, especialmente a partir da década de 90, em um contexto neoconstitucionalista e pós-positivista, tomou rumos diferentes. A teoria hermenêutica vigente, embora admita que o Juiz crie o Direito ao decidir o caso concreto, baliza-se na ideia de resposta única e racional para cada problema jurídico, rechaça (ou minimiza) a discricionariedade judicial e, por fim, rejeita a ideia de que a política (em sua dimensão genérica) possa interagir com o direito no ato de julgar. Por esse pensamento dominante, decidir é construir (ou encontrar, ou formular, a depender da vertente) a única resposta correta para cada questão jurídica, formulada por um julgador que consegue se despir completa e automaticamente de suas preconcepções ao exercer o seu mister em busca do sentido objetivo da norma.

Enquanto a teoria do direito dos países de *common law* decidiu incorporar as reflexões do realismo jurídico, para, uma vez assimilado o problema, procurar entender e regular o terreno pantanoso da indeterminação jurídica e da inevitável discricionariedade judicial (produzindo conhecimento sobre essa questão de grande

relevância), o atual estado da arte no Brasil ainda parece rechaçar a ideia de problematizar a atividade de julgar sob um viés mais realista e interdisciplinar.

Guardadas as devidas distinções entre os modelos de *common law* e de *civil law* (as quais tornam-se cada vez menores devido ao processo de globalização jurídica), alguns questionamentos despretensiosos se impõem para a posteridade (e com os quais encerro este trabalho, numa tentativa de provocação ao leitor): Se a indeterminação jurídica detectada nos sistemas de *common law* também existe em nosso sistema, como analisá-la e regulá-la concretamente, sem permitir que se avance para o anarquismo judicial e para o decisionismo? Como as críticas da escola realista nos ajudam a refletir sobre o ato de julgar? Temos refletido adequada e realisticamente sobre o ato de julgar, inclusive sob a perspectiva do juiz? O nosso estado da arte da teoria do direito problematiza efetivamente a prática judicial e oferece respostas adequadas a essas questões? Ou será que ainda estamos sob o mito da certeza?

Bibliografia

- BURNHAM, William. *Introduction to the Law and Legal System of the United States*. 4. ed. 2006.
- DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Harvard Press: Cambridge, 1977.
- DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Harvard Press: Cambridge, 1986.
- FRANK, Jerome. *Law and the Modern Mind*. Transaction: Cambridge, 1930.
- HART, H. L. A.. *The Concept of Law*. Clarendon Press: Oxford, 1972.
- HOLMES JR, Oliver Wendell. *The Common Law*. In American Legal Realism. Harvard Press: Cambridge, 1881.
- HOLMES JR, Oliver Wendell. *The Path of Law*. In 10 Harvard Law Review. Harvard Press: Cambridge, 1897.
- KRONNAN, Anthony. *The Lost Lawyer*. Harvard Press: Cambridge, 1993.
- LANGDELL, CC. *A Selection of Cases on the Law of Contracts*. Harvard Press: Cambridge, 1879
- LLWELLYN, Karl Llewellyn. *Some Realism about Realism*. In 44 Harvard Law Review. Harvard Press: Cambridge, 1931.
- SHAVELL, Steven. *Foundations of Economic Analysis of Law*. Harvard Press: Cambridge, 2004.
- UNGER, Roberto. *The Critical Legal Studies Movement*. Verso: Cambridge, 2013.

