

GIOVANY DE JESUS TORRES

**A INFLUÊNCIA DO REALISMO JURÍDICO NORTE-AMERICANO NA
JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA**

CURSO DE DIREITO – UniEVANGÉLICA

2019

GIOVANY DE JESUS TORRES

**A INFLUÊNCIA DO REALISMO JURÍDICO NORTE-AMERICANO NA
JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA**

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

GIOVANY DE JESUS TORRES

**A INFLUÊNCIA DO REALISMO JURÍDICO NORTE-AMERICANO NA
JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA**

Anápolis, _____ de _____ de 2019.

Banca Examinadora

Prof. M.e Antônio Alves de Carvalho

Professor Orientador

RESUMO

Este trabalho analisa a influência do Realismo Jurídico norte-americano sobre a jurisprudência brasileira em geral, este que se apresenta como uma forma pragmática de resolver com agilidade as demandas da sociedade em ritmo de globalização. A influência do Realismo Jurídico norte-americano se faz presente em todos os aspectos operacionais do direito brasileiro, fazendo-se presente em inúmeros julgamentos no âmbito das cortes superiores, mostrando sua eficácia por um lado e a capacidade de resiliência do próprio sistema nacional. Não obstante o fenômeno comum do ativismo judicial em que o legislativo perde força, mas não competência. Verifica-se uma indeterminação no campo jurídico, porém atribui competência ampla ao magistrado com exaltação do direito jurisprudencial, algo estratégico para sociedades complexas como a brasileira, inserida dentro de um contexto global. Também, observa-se o fenômeno da decisão judicial não somente no campo jurídico, mas também no campo psíquico, com o neurodireito.

Palavras-chave: Realismo Jurídico norte-americano. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
CAPÍTULO I – REALISMO JURÍDICO NORTE-AMERICANO	03
1.1 A Reação ao Formalismo Jurídico	03
1.2 O pragmatismo Norte-Americano.....	04
1.3 O pensamento de Wendell, Cardozo e Beard.....	06
CAPÍTULO II – AS BASES FILOSÓFICAS DO DIREITO BRASILEIRO	10
2.1 O Positivismo	10
2.2 O Jusnaturalismo	14
2.3 A Teoria Tridimensional do Direito	17
CAPÍTULO III – A INFLUÊNCIA DO REALISMO JURÍDICO NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA ATUAL	20
3.1 O Realismo norte-americano no Brasil.....	20
3.2 O Realismo Jurídico em julgamentos do Supremo Tribunal Federal	23
3.3 Proposta: Compatibilidade ou Incompatibilidade?.....	24
CONCLUSÃO	28
REFERÊNCIAS.....	29

INTRODUÇÃO

O Trabalho monográfico a seguir procurou analisar o Direito sob o prisma do Realismo Jurídico norte-americano. Pretendeu verificar as principais teses elaboradas pelos autores que formataram uma visão pragmática e sociológica do Direito, sobretudo no ato do julgamento. Portanto, sob o aspecto consequencial do Direito. Fez-se ver a necessidade de uma dinâmica nova do Direito em uma época de complexidade e celeridade social, como aquelas dos séculos XX e XXI, e da função estratégica do juiz.

No 1º capítulo, destacaram-se os aspectos históricos e teóricos do Realismo Jurídico norte-americano em seu confronto com o Formalismo Jurídico, através dos autores Oliver Wendell Holmes Jr., Benjamin Cardozo e Charles Beard, onde ficou claro a necessidade de se adaptar o Direito às demandas de uma sociedade extremamente pluralista e liberal.

No 2º capítulo, tratou-se de uma análise mais abrangente sobre as duas grandes visões ocidentais sobre o Direito: o juspositivismo e o jusnaturalismo. O jusnaturalismo que fica suas raízes na Grécia e Roma, e, chaga até os dias atuais através do antropocentrismo e nacionalismo modernos, expressos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 10 de dezembro de 1948. E o juspositivismo que se consolida a partir da formação dos estados modernos até nossos dias, dando ênfase ao estado como única fonte do Direito.

No 3º capítulo, verificou-se a influência do Realismo Jurídico norte-

americano no sistema jurídico brasileiro, principalmente no âmbito dos tribunais superiores, assumindo a forma de julgamentos políticos como o Mensalão. Assim como as antinomias entre o *commow-law* o *civil-law*, com o conseqüente crescimento do ativismo judicial. Conclui-se finalmente que não há estrita incompatibilidade entre o Realismo Jurídico norte-americano com o sistema jurídico brasileiro, trata-se de uma questão hermenêutico-estratégico diante de uma sociedade globalizada que exige respostas rápidas a questões nacionais e internacionais.

CAPÍTULO I – REALISMO JURÍDICO NORTE-AMERICANO

De acordo com Godoy (2013), o Realismo Jurídico norte-americano se desenvolveu no início do século XX. Essa escola de pensamento jusfilosófica foi influenciada pelo Pragmatismo. Constitui-se como uma reação ao Formalismo Jurídico. Neste capítulo serão abordados aspectos gerais sobre tal escola.

1.1 A Reação ao Formalismo Jurídico

O Realismo Jurídico norte-americano é marcado pela tensão entre o Formalismo Jurídico, que reinava em todo ordenamento jurídico Norte-Americano até o século XX, e o Pragmatismo, que atribuía o sentido do Direito como um conjunto de soluções práticas, retirando toda sua essência metafísica, ou seja, especulativa.

O Formalismo Jurídico (*legal formalism*) influenciou o Direito Norte-Americano desde o fim da Guerra Civil (1861-1865), e baseia-se no Positivismo Jurídico de John Austin (1790-1859) e no Utilitarismo de Jeremy Bentham (1748-1832).

O maior representante do Formalismo Jurídico norte-americano foi o jurista Christopher Columbus Langdell (1826-1906), considerado o criador da ciência jurídica norte-americana, estabeleceu o chamado “método socrático” como metodologia de ensino, para ele o Direito deveria ser tratado e estudado como uma ciência e que todo seu material de estudo estaria contido nos livros impressos.

O sistema jurídico de Langdell estabeleceu a força máxima dos “precedentes” para a compreensão e resolução de qualquer lide, consolidando o chamado “sistema de jurisprudência mecânica” (GODOY, 2013).

Hernández (2001, p. 2) sintetiza as principais características do sistema formalista de Langdell:

Segundo este modelo (o formalista) um sistema jurídico deve possuir 3 (três) características:

1) O direito deve ser formal, pois deve produzir resultados per se, sem qualquer influência material externa. Por isso, o direito deve estar claramente determinado, de maneira que as decisões jurídicas sejam derivadas através da simples aplicação das normas à realidade fática, não existindo qualquer intervenção discricionária por parte do aplicador. 2) O direito é um sistema, um todo coerente, composto de conceitos e princípios abstratos, a partir dos quais as regras aplicadas são deduzidas de maneira lógica. 3) O direito é um sistema autônomo, cujos princípios e normas procedem integralmente de fontes jurídicas e não de áreas externas, como a filosofia, a moral ou a política econômica, cujas tendem a estar sujeitas a controvérsias sociais¹. (tradução livre)

Sobre as influências históricas do pensamento Formalista, verifica-se em Godoy (2013) que: “Percebe-se no realismo jurídico uma hostilização perene à teorização sistemática, típica do modelo alemão e do direito de índole romana”.

Entende-se através da citação do autor que, a principal crítica dos autores realistas ao Formalismo Jurídico é o caráter normativista que o direito norte-americano possuía, com ampla influência positivista. No Formalismo Jurídico, o magistrado, ao decidir, não deve interpretar ou valorizar (juízo axiológico) a norma, deve ele simplesmente aplicar ao caso concreto a norma adequada.

1.2 O Pragmatismo Norte-Americano

A palavra pragmatismo vem do grego *pragmatikos*, que tem raiz nos termos *pragma* (negócios, atos civis) e *prassein* (fazer, agir). É um pensamento

¹ Según dicho modelo, un sistema jurídico debe tener tres cualidades: 1) El derecho debe ser formal, por lo que debe producir resultados desde sí mismo, sin consideraciones materiales extrajurídicas. Para ello, el derecho ha de estar claramente determinado, de manera que las decisiones jurídicas deriven de la simple aplicación de las normas a los hechos, sin que intervenga en ningún caso la discrecionalidad judicial. 2) El derecho es un sistema, un todo coherente, compuesto por conceptos y principios abstractos, de los cuales se deducen de una manera lógica las reglas aplicables. 3) El derecho es un sistema autónomo, cuyos principios y normas proceden íntegramente de fuentes jurídicas y no de ámbitos externos, como la filosofía, la moral o la política económica, que además suelen estar sujetos a polémicas sociales.

filosófico com ênfase nas consequências práticas das ideias. Foi desenvolvida a partir das ideias de Charles Sanders Peirce (1839-1914), William James (1842-1910) e John Dewey (1859-1952). O direito norte-americano foi moldado pelo pensamento pragmático principalmente a partir do fim da 1ª Guerra Mundial (1914-1919).

O Realismo Jurídico norte-americano é constituído integralmente pelos pressupostos da filosofia pragmática, esta que foi a única contribuição genuinamente americana à Filosofia (GIACOMUZZI, 2005).

O pragmatismo, que gerou o Realismo Jurídico, surgiu como uma reação ao pensamento Formalista representado por Langdell. Sua principal tese é afirmar que a verdade de uma proposição não depende de sua coerência lógica ou de sua correspondência com a realidade efetiva, mas com a produção de algo, no campo do direito com a resolução prática dos conflitos.

O ordenamento jurídico norte-americano outrora extremamente positivista, dado a influência Formalista, o que gerava graves distorções sociais, devido a falta de adequação entre a realidade e a aplicação normativa. O pragmatismo transformou a concepção de se pensar o direito norte-americano, centralizando na figura do juiz o poder de criar o direito.

O caso *Lochner v. New York* foi o pioneiro para a reação antiformalista, julgado em 1905, a Suprema Corte julgou inconstitucional uma lei do Estado de *New York* que impunha um limite máximo de 10 (dez) horas diárias na jornada de trabalho dos padeiros, argumentando que a liberdade contratual não podia ser alcançada pela regulação Estatal. Oliver Wendell Holmes Jr., então juiz da Suprema Corte, foi um dos poucos contrários a tal posição, e em seu voto histórico revela os fundamentos que o Realismo Jurídico viria a adotar em suas teses.

Em sua origem, o pensamento pragmatista teve como expoente Charles Sanders Peirce, que na visão de Godoy (2013, p.38):

[...] Charles Sanders Peirce é o primeiro referencial conceitual, na medida em que relativizou a verdade, a lógica e a metafísica. Peirce protagonizou o antiessencialismo filosófico que informou o realismo jurídico nos Estados Unidos.

O pensamento de Peirce é marcado por uma crítica brutal à metafísica e no uso de recursos retóricos. Admite que o pragmatismo é uma reação anti-intelectualista, apresentando-se como regra de lógica e não como metafísica. (GODOY, 2013).

John Dewey foi o responsável por conceituar o pragmatismo como sinônimo de um pensamento prático, útil e funcional. Seu pensamento era apoiado nas ideias de Peirce e James. De formação filosófica, associou o pensamento pragmatista à busca pela felicidade humana, atribuindo ao pensamento um valor estético. (GODOY, 2013).

William James critica fortemente o pensamento metafísico por sustentar discussões intermináveis e sem utilidade. O pragmatismo se sobrepõe ante as questões metafísicas por se preocupar unicamente com a realidade fática de forma objetiva. Para James, o pensamento pragmático de amolda perfeitamente à cultura norte-americana. (GODOY, 2013).

Para James o pensamento pragmático é o que melhor entende a verdadeira acepção da “verdade”. Conceitua que a verdade é uma propriedade de certas ideias, que significa um acordo com a realidade. Tanto os pragmáticos quanto os formalistas concordam nesse ponto, no entanto há uma tensão entre as concepções de “acordo” e “realidade” (JAMES, 2005). E, ainda, questiona:

O pragmatismo, por outro lado, faz a sua pergunta habitual. ‘Supondo-se que uma ideia ou crença seja verdadeira’, diz, ‘que diferença concreta, sem sendo verdadeira, fará na vida real de alguém? Como será compreendida a verdade? Que experiências serão diferentes daquelas que prevaleceriam se a crença fosse falsa? Qual, em suma, é o valor em caixa da verdade, em termos experimentais?’ (2005, p. 112-113)

A indagação do autor revela o ponto de partida do pensamento pragmatista, que considera o significado da verdade somente quando observada sua consequência prática para a vida real.

1.3 O Pensamento de Wendell, Cardozo e Beard

Oliver Wendell Holmes Jr. (1841-1935), Benjamin Nathan Cardozo (1870-1938) e Charles Austin Beard (1874-1948) são os mais importantes juristas de

tradição Realista do direito norte-americano. Cada qual possui sua singularidade e importância para o pensamento jurídico como um todo, exercendo influência até os dias atuais.

Wendell foi nomeado Juiz da Suprema Corte Americana pelo então presidente Franklin Delano Roosevelt (1882-1945), exercendo a função de 1902 até 1942. Diante de sua atuação na Suprema Corte, ficou conhecido como o “*The great Dissenter*” por expressar suas opiniões e votos sempre em oposição à maioria de seus colegas, combatendo principalmente o Formalismo Jurídico.

Na visão de Godoy (2013, p. 58), Wendell:

[...] É indiscutivelmente o maior nome do pensamento jurídico norte-americano, ao qual imprimiu percepções e soluções práticas e pragmáticas, distanciando-se de problemas conceituais e metafísicos que marcavam (e marcam) o pensamento jurídico europeu.

A validade da citação do autor é exemplificada na análise dos votos e opiniões emitidas por Wendell durante sua atuação na Suprema Corte. Casos polêmicos e de difícil resolução marcaram sua atuação como magistrado.

O pensamento de Wendell é sistematizado dentro de suas principais obras: *The Common Law* e *The Path of The Law*. Em ambas, Wendell expõe os principais pontos de seu pensamento jurídico, principalmente sua aversão ao Formalismo Jurídico, com a adoção estrita do Pragmatismo Jurídico.

Em clara contraposição ao Formalismo Jurídico, Wendell expõe que o Direito deve ser entendido em consonância com a realidade social, indo na contramão de todo pensamento Formalista que apregoava a lógica como ponto fundamental nas decisões judiciais. Para Wendell o Direito não é lógica, é experiência (GODOY, 2013).

Na visão de Garcia Neto (2008, p.78), sobre a imensa influência de Holmes:

De um modo geral, Oliver Holmes deixaria duas importantes heranças para a próxima geração de juristas: (i) de um lado, a ruptura com o modelo da Corte *laissez faire*; (ii) de outro, sua crença

no papel dos tribunais como principais definidores do direito, o que pode ser resumido por uma conhecida frase de seu texto *The Path of The Law*: 'as profecias do que os tribunais farão de fato, e nada mais pretencioso, são o que eu considero como lei'.

Com tal excerto, o autor evidencia a ruptura que Wendell realizou na visão norte-americana do direito, retirando o caráter positivado rígido da norma. Os tribunais assumiriam a posição de criadores do Direito.

Cardozo foi Juiz da Suprema Corte Americana de 1932 até 1938 indicado pelo Presidente Herbert Clark Hoover, substituiu a vaga de Oliver Wendell Holmes Jr. Sua principal obra foi "*The Nature of the Judicial Process*", onde expôs seu pensamento pragmático e propôs uma interpretação flexível da Constituição Americana, em uma radical contraposição ao Formalismo Jurídico.

Fachini Neto e Tremarin Wedy (2016, p. 85) afirmam:

[...] Cardozo afirmava que a sentença não representa apenas um processo de revelação do Direito, mas também – em grau considerável – um processo de criação. O juiz interpreta a consciência social e a concretiza em suas decisões, mas, ao assim fazer, também contribui para formar e modificar a consciência que interpreta. Concordava com os postulados essenciais da escola sociológica e do pragmatismo filosófico ao qual se vinculava, no sentido de ver no Direito uma ciência que possuía relação íntima com os fatos e realidades da vida social, bem como o fato de o Direito ser um produto das forças sociais e não uma mera decorrência do poder formal do soberano.

A citação desses autores revela o Pragmatismo Jurídico entronizado no pensamento de Cardozo, principalmente ao estabelecer o juízo axiológico que o magistrado deve fazer diante do caso concreto. Sua visão do Direito também era antagônica ao Formalismo Jurídico. Para Cardozo, o Direito de viés Formalista se desligava completamente da realidade social.

Em sua referida obra, Cardozo observa que ao elaborar uma sentença, é possível que vários princípios possam entrar em colisão, levando a diferentes formas de decisão para cada caso concreto. Expõe que a atitude do juiz diante do processo deve ser criativa, no sentido de que caso a situação não se enquadre nos pressupostos jurídicos, deve o magistrado observar os efeitos socioeconômicos de sua decisão.

Outro ponto importante de seu pensamento diz respeito à sua posição sobre a liberdade de pensamento, que apregoa ser a condição fundamental para o exercício de todas as demais liberdades (FACCHINI NETO; TREMARIN WEDY, 2016). O caso paradigma para sua defesa a liberdade de pensamento foi o *Palko v. Connecticut* (1937), afirmando que a liberdade de pensamento é a maior forma das liberdades.

Beard (1986) foi um dos grandes expoentes do pensamento realista, causou polêmica com sua reavaliação histórica sobre os “*founding fathers*” (pais fundadores) dos Estados Unidos. Sua principal e mais influente obra de cunho realista foi “*An economic Interpretation of the Constitution of the United States*”, publicada em 2013.

Possuía a visão de que para se compreender a história do direito, de nada adiantaria aprender sobre o passado (GODOY, 2013) evidenciando o extremo de seu pensamento pragmatista. Beard qualificou a Constituição norte-americana como um documento prioritariamente econômico (GODOY, 2013), no sentido de que existia interesses econômicos ligados aos criadores da Constituição, reforçando a tese principal de seu pensamento de que o poder segue a propriedade.

De acordo com Godoy (2013, p. 101-102):

Charles Beard pode ser inserido no planisfério conceitual do realismo jurídico, em sentido historiográfico, na medida em propugnou, e demonstrou exaustivamente, a impossibilidade de se divorciar a história do direito de seus fatores determinantes, que se localizam na economia e na política

A formação historiográfica de Beard influenciou toda sua obra, considerava errônea a percepção de que o direito seria resultado de uma evolução contínua. Observou que existem diferentes visões de se ver a história, pautando-se em motivos ideológicos e culturais de cada escritor.

CAPÍTULO II – AS BASES FILOSÓFICAS DO DIREITO BRASILEIRO

De acordo com Adeodato (2003), até o século XIX o pensamento jusfilosófico brasileiro era baseado no espiritualismo aristotélico-tomista (jusnaturalismo). A partir deste mesmo século, surge a chamada “Escola do Recife”, movimento intelectual juspositivista iniciado na Faculdade de Direito daquele Estado. Na metade do século XX Miguel Reale introduz o Culturalismo Jurídico que irá influenciar toda a jurisprudência brasileira, com reflexos no exterior. Neste capítulo serão abordados aspectos gerais sobre as principais bases filosóficas do direito brasileiro.

2.1 O Jusnaturalismo

O pensamento jurídico brasileiro foi grandemente influenciado pelo jusnaturalismo. O jusnaturalismo remonta a Grécia antiga e foi sendo aprimorado no decorrer dos séculos, passando por várias vertentes e adequando-se à cultura jurídica de determinada nação. O ponto de partida do jusnaturalismo é a existência de um “direito natural”, este que possui validade em si mesmo e estabelece limites para todos os outros direitos (BARROSO, 2001).

Bedin (2014, p. 246), define e caracteriza o direito natural:

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.

De acordo com a pontuação de Bedin, observa-se que o jusnaturalismo assumiu postulados científicos de firme validade, principalmente na sua característica transcendente. O direito natural assume também a forma de uma doutrina estática e abstrata, não dando à autoridade estatal a legitimidade para alterar seus postulados.

Historicamente, a noção de direito natural surge no período grego denominado de “Antiguidade Clássica” (século VIII a.C. até ao século 467 d.C.), este que representa a gênese do pensamento jusfilosófico ocidental. Para os jusnaturalistas são admitidas duas ordens de legalidade: uma natural e outra posta pela autoridade estatal, consideram também o direito natural como anterior e superior àquele positivo.

A concepção ocidental de direito natural inicia-se na antiguidade grega, principalmente com a ascensão da *polis* (Cidade-Estado) como centro de cultura e saber. Nesse período, destacam-se as contribuições dos Pré-Socráticos (VII – V a.C.), dos sofistas, de Platão (428 a.C. – 348 a.C.), de Aristóteles (384 a.C. – 322 a.C.) e os estoicos (séc. III a.C.). A abordagem jusnaturalista será transmitida ao Direito Romano, pelos estoicos. Pensadores como Epicteto (55 – 135), Cícero (106 – 43 a.C.), Sêneca (4 a.C. – 65 d.C.), Marco Aurélio (121 – 180) e Ulpiano (150 – 223), foram exímios estoicos.

O jusnaturalismo é anterior às doutrinas filosóficas de Platão e Aristóteles, evidência é que já no século V a.C., Sófocles (494 – 406 a.C.) na tragédia Antígona, descreve o confronto entre o direito natural e a ordem estabelecida pela *polis*, conflito que permanece hodiernamente. Essa fase é denominada de “jusnaturalismo cosmocêntrico”, por expressar a contemplação do *cosmos* em que a filosofia e cultura grega se inspiraram: existe uma harmonia cósmica, regida pelas leis de Cronos, que deve refletir na ordem social; macrocosmo e microcosmo. Como já

mencionado, todo o Direito Romano está estribado no jusnaturalismo grego.

Em um segundo momento, o jusnaturalismo cosmocêntrico, iniciado pelos gregos, atingiu seu esplendor com a influência dos estoicos. O *jusnaturalismo estoicista* foi fundado por Zenão de Cítio (333 a.C. – 263 a.C.) e influenciou fortemente o Império Romano até sua queda. A filosofia estoica foi marcada pelo abandono da filosofia metafísica de Aristóteles, para focar-se em questões de cunho ético. Os estoicos identificavam as leis da natureza como as próprias leis da razão, afirmando que como sendo racional, o homem deve viver de acordo com as leis da natureza, pois sua razão natural lhe confere a habilidade de diferenciar o justo do injusto, reconhecendo assim as leis naturais (STEUDEL, 2007).

O pensamento estoicista coloca a própria definição de Justiça atrelada às leis naturais. Afirmam que somente haverá justiça quando a vontade humana se dirigir para os fins da natureza, que são em sua essência bons e justos, pois o verdadeiro direito é aquele em que se fundamenta sobre as ideias morais, inatas ao homem, e não por vontades arbitrárias (STEUDEL, 2007).

SteuDEL (2007, p.3) enfatiza que o jusnaturalismo de cunho estoico obteve maior florescimento no pensamento romano ante o pensamento grego; tal proposição é entendida com a distinção jurídica dos romanos entre o *jus civile* e o *jus gentium*:

Assim, há o *jus civile*, o direito próprio do Estado Romano, aplicado aos cidadãos romanos, que gozavam do *status civitatis*, e o *jus gentium*, o direito das gentes, destinado aos estrangeiros e plebeus, o direito comum a todos os homens, algo de tão incontestavelmente (naturalmente) exigível que nem aos estrangeiros poderia ser negado.

A citação da autora exemplifica o alcance ético em que os romanos, baseando-se no jusnaturalismo estoico, encontraram em seu sistema jurídico. Diferentemente dos gregos, os romanos consideravam os estrangeiros e os plebeus como sujeitos de direito, *status* que dentro do sistema da *polis* grega era impossível de ser alcançado a tais classes.

Durante a Idade Média (476 – 1453 d.C.) que se iniciou com a queda do Império Romano do Ocidente e terminou com a conquista de Constantinopla pelos

turco-otomanos, o jusnaturalismo encontrou seu esplendor na civilização construída pelo catolicismo, esta que influenciada imensamente pela cultura hebraica e greco-romana. Essa fase é denominada de “jusnaturalismo teocêntrico”, justamente por considerar a divindade (o Deus judaico-cristão) como o autor de toda ordem natural.

Nojosa (2015), citando Maria Helena Diniz, sintetiza o jusnaturalismo teocêntrico medieval:

[...] o bem, no sentido do valor ou da conveniência a certos fins, é inerente à natureza humana. Portanto, o jusnaturalismo dos escolásticos concebia o direito natural como um conjunto de normas ou de primeiros princípios morais, que são imutáveis, consagrados ou não na legislação da sociedade, visto que resultam da natureza das coisas e do homem, sendo, por isso, apreendidos imediatamente pela inteligência humana como verdadeiros (DINIZ, 2006, p. 37).

Da citação da autora, é visível a influência do jusnaturalismo cosmocêntrico grego no direito medieval, principalmente em considerar os princípios morais os norteadores de todo o direito, em clara contraposição ao juspositivismo estatal antes representado pela *polis* grega, estabelecendo a superioridade do direito natural ao direito positivo.

O jusnaturalismo teocêntrico considera Deus como sendo o autor do Direito e o homem como mero promulgador. O direito medieval encontrou inspiração em Santo Tomás de Aquino (1225 – 1274), que considerava a Justiça e o Direito Divino (*lex aeterna*) como fundamentos eternos do direito.

O jusnaturalismo moderno se consolida a partir da formação dos estados modernos, com os conceitos de territorialidade, soberania e povo; sobretudo a partir do tratado de Westfalia (1468), com o fim da Guerra dos Trinta Anos. A obra que estabelece os marcos do jusnaturalismo moderno é aquela de Hugo Grocio (1583 – 1645): *De Iure Belli ac Pacis* de 1625. Se estabelece nessa obra os princípios da laicidade e da racionalidade jurídica. Grande parte do jusnaturalismo moderno terá também sua sustentação nas teorias contratualistas de Thomas Hobbes (1588 – 1679), John Locke (1632 – 1704) e Jean-Jacques Rousseau (1712 – 1778), e se concluirá com as ideias de Immanuel Kant nas obras *Metafísica dos Costumes* e

Paz Perpétua. Em todos esses autores está contida a ideia da não necessidade de fundamentar o Direito em um princípio transcendente, seu princípio é imanente ao homem na sua pura racionalidade e autonomia. Ocorrerá a total separação entre Direito e Moral.

No contexto brasileiro, o jusnaturalismo foi desenvolvido por meio da chamada escola do Espiritualismo Aristotélico-Tomista, que teve como principais expoentes Tomás de Antonio Gonzaga (1744 – 1810) em sua obra *Tratado de Direito Natural*, Félix de Avelar Brotero (1744 – 1828) e José Soriano de Souza (1833 – 1895). Com ampla influência da Escolástica, escola filosófica medieval baseada em Aristóteles e São Tomás de Aquino, enxergavam o Direito tal como postulado pelo jusnaturalismo teocêntrico, confirmando que Deus é a origem precípua de toda lei natural.

Tal escola de pensamento foi entronizada dentro do pensamento jurídico brasileiro em suas raízes, principalmente por ter sido introduzida durante a colonização e amplamente difundida nas academias posteriormente. Através do amplo trabalho pedagógico dos jesuítas, com o apoio de Portugal, o jusnaturalismo foi difundido em terras brasileiras em amplo espectro, persistindo seus postulados no ordenamento jurídico inclusive até os dias atuais.

1.2 O Juspositivismo

Etimologicamente, a palavra juspositivismo (*jus*: direito, *positus*: colocar, por e *tivus*: relação ativa ou passiva) designa que a norma jurídica deve ser *posta*, ou seja, positivada, encontrando legitimidade nas autoridades que possuem poder político para impô-la e aplica-la.

Os principais teóricos do pensamento juspositivista foram Hans Kelsen (1881 – 1973), Norberto Bobbio (1909 – 2004), Herbert Lionel Adolphus Hart (1907 – 1992) e Joseph Raz (1939).

O juspositivismo é uma concepção filosófica do Direito que tem suas raízes na modernidade com o surgimento do Estado nacional. Sua principal

característica é admitir como único direito válido aquele positivado pelo Estado e a exclusão da justiça do campo e conteúdo das normas. Grosso modo, a teoria juspositivista admite o direito como fato social e como norma e/ou também somente como norma.

A doutrina positivista é inserida na passagem da Idade Moderna para a Idade Contemporânea, dentro do contexto das codificações dos textos legais, gerando assim um progressivo esquecimento e até mesmo banimento do direito natural dentro dos ordenamentos jurídicos (AMARAL; GIGANTE, 2009).

Amaral e Gigante (2009, p.14), discorrem acerca dos efeitos causados pelo positivismo jurídico no modo de enxergar o Direito:

A partir de agora, é o homem quem faz as suas próprias leis. E faz isso de acordo com as suas escolhas e não segundo um direito previamente existente, o qual ele deve descobrir e quedar-se submetido, submisso. O direito ganha, com a novidade do juspositivismo, sua mais plena autonomia.

A citação dos autores evidencia o rompimento do viés transcendente em que o direito estava atrelado na Idade Média, com o jusnaturalismo teocêntrico, e que com a negação brutal a qualquer direito previamente constituído. Agora, o direito torna-se autônomo, sem quaisquer influências externas, colocando-se a Norma como o ponto de partida de toda discussão jurídica.

Zanon Junior (2012) disserta, em síntese, a respeito das mais importantes características do juspositivismo, baseando-se nos escritos de Norberto Bobbio: 1) as normas jurídicas são proposições prescritivas, ou seja, um conjunto de palavras cujo significado visam influenciar o comportamento humano; 2) o positivismo jurídico é desenvolvido sob a ótica do ordenamento como um todo (nomodinâmica) ao invés de se centralizar nas normas individualmente consideradas (nomoestática), refletindo que mediante a compreensão das partes pelo todo e vice-versa, os problemas do direito podem ser melhor enfrentados; 3) em relação à Unidade do ordenamento jurídico, existe uma séria dificuldade em se estabelecer critérios para tal, devendo-se adotar o critério da construção progressiva do Direito de Kelsen (pirâmide hierárquica); 4) quanto à coerência do ordenamento jurídico, a principal

dificuldade ocorre quando duas ou mais normas manifestam incompatibilidade entre si, e assim não podem coexistir harmonicamente dentro do mesmo ordenamento jurídico, sob pena de graves inseguranças jurídicas, é o caso das antinomias. Portanto, o Direito deve conter mecanismos que permitam a resolução de tais antinomias, mediante exclusão dos preceitos conflitantes.

Destaca-se dois mecanismos frequentemente utilizados: o da *lex posterior derogat legi inferiori* (lei posterior derroga lei anterior) e o da *lex specialis derogat legi generali* (a lei especial revoga a lei geral); e 5) no tocante à completude do ordenamento jurídico, deve-se existir uma norma que regule cada caso concreto, para que a ordem jurídica não apresente lacunas;

No Brasil o positivismo jurídico desenvolveu-se por volta de 1860 até o começo do século XX com um movimento intelectual iniciado na Faculdade de Direito de Recife, surgindo assim a chamada Escola do Recife. Surgiu como uma contraposição ao espiritualismo aristotélico-tomista, de cunho jusnaturalista. O principal teórico do positivismo brasileiro é o jurista Sylvio Vasconcelos da Silveira Ramos Romero (1851 – 1914).

Quanto às influências externas ao pensamento positivista no Brasil, encontra-se nomes como Jeremy Bentham (1748 - 1832), Rudolf von Ihering (1818 - 1892), Herbert Spencer (1820 - 1903), Augusto Comte (1798 - 1857), Immanuel Kant (1724 - 1804) e Edward von Hartmann (1842 - 1906).

O positivismo de Romero não encontrou amparo no positivismo ortodoxo, mas se preocupou em delimitar o Direito se utilizando do método sociológico, conforme ensina Adeodato (2003, p. 3):

Em termos de filosofia, talvez por não ter a mesma inclinação metafísica de Tobias, Sylvio Romero permanece mais fiel ao pensamento de Herbert Spencer e ao fim da vida inclina-se para as teorias de Le Play, 'em termos de método sociológico'. Sylvio era mais ligado ao evolucionismo de Spencer como corrente filosófica, se bem que sua maior preocupação não fosse a filosofia e sim a busca de tipos básicos que possibilitassem a explicação dos fenômenos sociais brasileiros, servindo a filosofia apenas de ponto de partida na procura da resposta a esta questão sociológica e epistemológica fundamental. Neste ponto foi grande e inovador.

O pensamento de Romero, amplamente influenciado pelo positivismo sociológico de Spencer, inovou no sentido de trazer em bojo a análise do fato social como fundamental para se entender o fenômeno jurídico. Também se verifica, conforme aduz Clóvis Beviláqua (1859 – 1944), que a Escola do Recife, foi a princípio um movimento literário e poético, depois, filosófico e crítico, e, enfim, jurídico (ADEODATO, 2003).

A Escola do Recife, conforme ensinamento de 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”. O autor explica a base filosófica positivista em que a Escola do Recife se apoiou, em clara oposição aos preceitos do jusnaturalismo. Consideravam que a realidade empírica seria a única viável para a compreensão correta do fenômeno jurídico. Outrossim, a metafísica, tão priorizada no direito natural, deve ser subserviente à realidade empírica, e, portanto, à norma.

1.3 A Teoria Tridimensional do Direito

A Teoria Tridimensional do Direito ou Culturalismo Jurídico foi desenvolvida pelo jusfilósofo brasileiro Miguel Reale (1910 – 2006) constituindo-se como uma escola jusfilosófica genuinamente brasileira. As principais obras, e aquelas em que sua teoria foi mais bem desenvolvida, são Teoria do Direito e do Estado (1940), Fundamentos do Direito (1940) e Filosofia do Direito (1953).

A Teoria Tridimensional do Direito consiste na associação de 3 (três) concepções do Direito: a sociológica (fato), a axiológica (valor) e a normativa (norma). Assim, o fenômeno jurídico é composto pela conjugação dialética entre essas três dimensões, dentro de um processo histórico-cultural.

Reale (2002, p. 509), expõe a conjugação dialética de sua doutrina de forma sintética:

Eis aí, portanto, através de um estudo sumário da experiência das estimativas históricas, como os significados da palavra Direito se

delinearam segundo três elementos fundamentais: o elemento *valor*, como intuição primordial; o elemento *norma*, como medida de concreção do valioso no plano da conduta social; e, finalmente, o elemento *fato*, como condição da conduta, base empírica da ligação intersubjetiva, coincidindo a análise histórica com a da realidade jurídica fenomenologicamente observada.

De acordo com a citação do autor é possível entender que para a compreensão do fenômeno jurídico na história da humanidade, deve-se analisá-lo de acordo com uma determinada evolução histórica. Expõe que os 3 elementos fundamentais do Direito (valor, norma e fato) são a chave para que o fenômeno jurídico de determinada sociedade possa ser compreendido dentro de uma perspectiva universal. O elemento valor é constituído dentro de uma perspectiva axiológica, sendo a primeira manifestação do fenômeno jurídico. O elemento norma, como segunda manifestação, é a consecução dos fins em que determinado valor de uma sociedade se manifesta, com caráter objetivo e com o fim de ordenar a conduta dos membros da sociedade. Por fim, o elemento fato, terceira manifestação, que é a conjugação dos outros dois elementos, se caracteriza na observação da verdadeira aplicação do fenômeno jurídico ante à sociedade como um todo, momento em que se observa a ação do fenômeno jurídico no plano pragmático.

Reale (2002, p. 509) delinea o principal pressuposto de sua Teoria Tridimensional do Direito:

Encontraremos sempre estes três elementos, onde quer que se encontre a experiência jurídica: fato, valor e norma. Donde podemos concluir, dizendo que a palavra *Direito* pode ser apreciada, por abstração, em tríplice sentido, segundo três perspectivas dominantes:

- 1) o Direito como valor do justo, estudado pela filosofia do Direito na parte denominada Deontologia Jurídica, ou, no plano empírico e pragmático, pela Política do Direito;
- 2) o Direito como norma ordenadora da conduta, objeto da Ciência do Direito ou Jurisprudência; e da Filosofia do Direito no plano epistemológico;
- 3) o Direito como fato social e histórico, objeto da História, da Sociologia e da Etnologia do Direito; e da Filosofia do Direito, na parte da Culturologia Jurídica.

O autor, em sua citação, expressa o sentido da palavra Direito em acordo com a própria experiência jurídica já desenvolvida nas sociedades humanas, alcançando também seu sentido etimológico. A palavra Direito é definida

harmonicamente em 3 (três perspectivas). O Direito como *valor* é instrumentalizado com base nos conceitos de Moral e Justiça ou baseado na experiência e na ordem prática. O Direito como *norma* é observado na sistematização das leis e precedentes (jurisprudência), com a finalidade de ordenar a conduta dos jurisdicionados, observando-se assim seus fundamentos lógicos. O direito como *fato* abrange as perspectivas sociológica e histórica, analisando-se a influência cultural no sistema jurídico em análise.

O tridimensionalismo jurídico de Miguel Reale traz em seu bojo uma contraposição explícita à tradição jurídica brasileira, herdada principalmente de Portugal, influenciada pelo idealismo e pelo positivismo jurídico (CARVALHO, 2015). Para o autor o direito não se constitui como um fenômeno estático, mas sim puramente dinâmico, fruto da experiência cultural de cada nação. E que, portanto, se adequa em consonância com evolução cultural de determinada sociedade.

O pensamento jurídico de Reale é inovador, não somente no âmbito nacional mas também internacional, por se apresentar como uma visão de se observar o fenômeno jurídico alheia às concepções hegemônicas: o jusnaturalismo e o juspositivismo. Ao ultrapassar essas duas escolas de pensamento jusfilosófico, Reale as absorve dentro de seu próprio sistema, colocando-as em conflito uma com outra. A doutrina de Reale influencia o Direito Brasileiro hodiernamente, orientando não somente os magistrados no momento de aplicarem o Direito ao caso concreto, mas também os Tribunais, os membros do *Parquet*, demais juristas e a visão jurídica da população como um todo.

CAPÍTULO III – A INFLUÊNCIA DO REALISMO JURÍDICO NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA ATUAL

O Realismo Jurídico norte-americano tem influenciado o ordenamento jurídico brasileiro gradualmente, com ênfase nas decisões exaradas pelos tribunais superiores. É na seara das cortes superiores, tanto em decisões colegiadas quanto em decisões monocráticas, principalmente no Supremo Tribunal Federal, que as teses do Realismo Jurídico norte-americano são amplamente utilizadas. Ante sua compatibilidade ou incompatibilidade com o direito brasileiro, urge a necessidade de analisar sua relação nos âmbitos cultural, econômico e político.

3.1 O Realismo Jurídico Norte-Americano no Brasil

A estrutura judiciária brasileira, como na maioria dos países desenvolvidos, é sistematizada na hierarquia entre diversos órgãos, cada qual com suas respectivas competências e atribuições. O judiciário brasileiro, em ordem hierarquicamente decrescente é composto pelos seguintes órgãos: a) Supremo Tribunal Federal (STF), seu *múnus* primordial é a interpretação da Constituição, é composto por Ministros e decidem o direito através de Decisões Monocráticas ou Decisões Colegiadas (acórdãos); b) Superior Tribunal de Justiça (STJ), responsável por interpretar de forma uniforme as leis infraconstitucionais, é composto por Ministros e decidem o Direito através de Decisões Monocráticas ou Decisões Colegiadas (acórdãos); c) demais Tribunais de Justiça (TJ) ou Tribunais Regionais Federais (TRF), responsáveis por reanalisar as decisões dos magistrados singulares, é composto por Desembargadores e decidem o Direito através de Decisões Monocráticas ou Decisões Colegiadas (acórdãos); d) Juízes Singulares,

constituem a base do Poder Judiciário, são responsáveis por trazer o direito ao caso concreto. A Constituição Federal Brasileira de 1988 em seus artigos 92 a 126 descreve minuciosamente as atribuições do Poder Judiciário Brasileiro (BRASIL, 1988).

Historicamente, o Brasil se constitui como um sistema jurídico baseado no *civil-law*, este que se baseia na plena observância das normas e princípios positivados, não conferindo autonomia ao magistrado em sua atuação jurisdicional. No entanto, o sistema jurídico brasileiro está sendo amplamente influenciado pela tradição *common-law* e principalmente pelo realismo jurídico norte-americano, este fenômeno é conhecido como *anglização* ou *commonização* (HEIL; STAACK, 2017).

No âmbito das decisões dos magistrados singulares, embora a eles o princípio do Livre Convencimento Motivado seja garantido, a atuação jurisdicional aos moldes do realismo jurídico norte-americano é ínfima. Verifica-se através da jurisprudência, votos em decisões monocráticas/acórdãos e opiniões pessoais, que é nas cortes superiores (TJ/TRF, STJ e amplamente no STF) em que a influência do realismo jurídico norte-americano é plenamente observada, em outras palavras, existe uma discricionariedade do aplicador do direito, nos âmbitos citados, em suas decisões, fato este que acaba por influenciar os demais membros de todos os tribunais superiores do judiciário brasileiro.

Destaca-se, com o olhar voltado às leis infraconstitucionais, que embora lenta e tardia, ante à destacada morosidade e inaptidão, o sistema jurídico brasileiro absorveu alguns conceitos do Realismo Jurídico norte-americano, com ênfase no instituto do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), que se apresenta como verdadeira influência do *commow-law* no direito brasileiro (LAMEIRO, 2017).

Medina (2017, p. 1025) assim define o instituto:

Trata-se de instituto *sui generis*: plasma-se como incidente, não sendo recurso, nem ação; não serve, diretamente, ao interesse dos litigantes (embora também estes possam pedir sua instauração), mas

à concretização da isonomia e da segurança jurídica, evitando instabilidade e proporcionando previsibilidade.

Da citação do autor, entende-se que o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas adveio com a finalidade de integrar o ordenamento jurídico brasileiro como um todo, reduzindo qualquer insegurança jurídica sobre determinado assunto, proporcionando um entendimento pacificado de aplicação do direito. Tal instituto é claramente inspirado nas teses do *commow-law*.

O artigo 976 do Código de Processo Civil Brasileiro estabelece o cabimento do incidente:

É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;

II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. (BRASIL, 2015, *online*)

Com ênfase no inciso II do artigo supracitado, é claramente visível a aplicação das teses Realismo Jurídico norte-americano principalmente aquela em que o magistrado deve observar os efeitos socioeconômicos de sua decisão, a fim de evitar desigualdades.

Um contundente exemplo da aplicação dos preceitos do Realismo Jurídico norte-americano se encontra em uma decisão monocrática do Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Gilmar Mendes, na Medida Cautelar no *Habeas Corpus* nº 167.832/2019 do Estado do Paraná. Nesta decisão, o Ministro superou a Súmula nº 691 do Supremo Tribunal Federal (STF), determinando a suspensão da execução da pena do condenado. No contexto jurídico uma “súmula” é entendida como uma síntese jurisprudencial de interpretação de determinado assunto, com a finalidade de orientar as decisões dos juízes. A Súmula nº 691 do Supremo Tribunal Federal (STF) assim preceitua:

Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do relator que, em *habeas corpus* requerido a tribunal superior, indefere a liminar.

No caso concreto, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) havia negado a liminar suscitada pela defesa do condenado, no entanto o Ministro Gilmar Mendes desconsiderou a aplicação da referida súmula e impediu a execução da pena (BRASIL, 2019).

Ao observar o comportamento jurisdicional do Ministro, observa-se cristalina autonomia e modulação do Direito ante o caso concreto, possuindo a faculdade de análise crítica do resultado de sua decisão, não se conformando com a positividade jurídica, fatos que são preceituados pelas teses do Realismo Jurídico norte-americano.

3.2 O Realismo Jurídico em julgamentos do Supremo Tribunal Federal

No âmbito dos tribunais superiores brasileiros, principalmente no STF, é que as teses do Realismo Jurídico norte-americano são observadas. Inúmeros são os julgamentos que explicitam tais teses, destacando-se o recente julgamento do “Mensalão”, considerado um divisor de águas na atividade jurisdicional brasileira.

O icônico “Mensalão” foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 2012, através da Ação Penal nº 470. Tratava-se de um esquema de corrupção política, envolvendo membros de todas as esferas do Governo e particulares, efetivado através da compra de votos de parlamentares do Congresso Nacional do Brasil. Tratou-se de um caso juridicamente complexo que alcançou grande mobilização social e política. Neste julgamento o Supremo Tribunal Federal mudou sua própria concepção de julgar, adotando uma postura mais conservadora que resultou na redução de garantias processuais aos acusados (OLIVEIRA, 2012). Esta mudança de paradigma fora essencial devido à longa morosidade e manobras protelatórias ocorridas dentro da instrução processual, necessitando assim de instrumentos eficazes de combate a criminalidade, que foram aplicação de algumas teses do Realismo Jurídico norte-americano.

Na seara do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Petição Inicial nº 3.388 de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, algumas teses do Realismo Jurídico norte-americano, principalmente acerca da hermenêutica jurídica, foram

utilizadas para garantir a demarcação contínua da terra indígena Raposa Serra do Sol aos indígenas nela habitantes (PASSOS, 2009).

Passos (2009) define a atuação do ministro relator com agudez:

[...] com todo o raciocínio usado na decisão em prol da demarcação contínua da terra indígena Raposa Serra do Sol, o Ministro Carlos Ayres Britto atuou, mesmo que de forma velada, nos moldes do Realismo Jurídico norte-americano proposto pelo moderado Karl Llewellyn, pois procurou precisar as indeterminações semânticas de vários conceitos com raciocínios próprios sem se ater estritamente às normas jurídicas, mas sempre de forma a explicitar os objetivos inerentes a essas normas, pois, como já foi dito em outra oportunidade, esses objetivos (segundo o Realismo Jurídico moderado, no que tange à discricionariedade do juiz) é que fundamentam a interpretação, interpretação que é atividade preliminar embasadora para a construção de toda decisão judicial que se enquadre num Estado Democrático de Direito.

A citação da autora revela-se pertinente ao demonstrar que o ministro em seu voto, procurou se evadir de qualquer interpretação plenamente positivista das normas que regem o assunto: os artigos 231 e 232 da Constituição Federal Brasileira (BRASIL, 1988). Assim, procurou interpretar os dispositivos em acordo com a realidade social e política dos alvos de sua decisão, garantindo às tribos a manutenção de seu direito. Esclarece que no Realismo Jurídico o magistrado possui ampla discricionariedade para decidir, construindo sua decisão judicial a partir de uma interpretação sistemática das normas com o Estado Democrático de Direito.

3.3 Proposta: Compatibilidade ou Incompatibilidade?

As teses do Realismo Jurídico norte-americano são compatíveis com grande parte do ordenamento jurídico brasileiro, principalmente pelo fato desse sistema considerar não somente a norma como uma positivação plena, mas também o direito como um fenômeno precipuamente social e político, que deve corresponder com a adequação plena entre a decisão dos julgadores e a realidade social, econômica e política daqueles que serão afetados.

No entanto, tal compatibilidade deve possuir firmes alicerces culturais para que não seja usada somente como instrumento do poder estatal. Assim, para

que os preceitos do Realismo Jurídico norte-americano sejam utilizados no Brasil, em larga escala, deve-se buscar uma adaptação cultural em todas camadas sociais da população, para que não haja distorções graves ante à imensa insegurança jurídica que a radical mudança de um paradigma jurídico possa causar à nação.

A crescente aplicação das teses realistas no Brasil é justificada pelo anseio social de justiça, conceito almejado por todas as sociedades globais. A Operação Lava-Jato e o icônico julgamento do Mensalão alcançaram expressões sociais jamais vistas na história do país, despertando na população um anseio por justiça, que é principalmente realizada por meio da aplicação normativa.

É correto afirmar que as teses realistas colocam o magistrado como o centro, aquele indivíduo que criará e amoldará o direito ante o caso concreto, portanto deve-se analisar como o magistrado pensará antes, durante e depois de aplicar a norma à realidade, é a denominada “influência extrajurídica” (FERNANDES, 2012). Tal realidade é analisada no campo do neurodireito, envolvendo as grandes áreas da Psicologia e do Direito, além de alcançar outras áreas do conhecimento, explicita Fernandes (2012, p. 13), que: “Nesse cenário, as ciências não-jurídicas, como a ciência política, a antropologia e sociologia jurídicas e até mesmo a neurociência têm tentado contribuir para o estudo dos fatores extrajurídicos que ascendem sobre a tomada de decisão judicial”.

A citação do autor contribui para entender as várias possibilidades dimensionais de análise das teses do Realismo Jurídico norte-americano, alcançando o conceito da “influência extrajurídica”. Ao formular sua decisão, o magistrado não somente se baseia em normas pré-constituídas, mas vale-se de todos campos do conhecimento humano para que sua decisão seja refletida dentro da realidade fática.

O estudo do neurodireito é uma ferramenta essencial para se entender o entrelaçamento entre o Direito e a Psicologia, e assim compreender quais são as influencias mentais no ato de decidir do magistrado.

Côrtes e Oliveira (2016, p. 17-18), colocam em evidência o papel das emoções e intuições, que influenciam a Moral, no ato de decidir do juiz:

No processo de tomada de decisão, em especial na decisão judicial, parece importante a tentativa de compreender o papel que desempenham as emoções e as intuições. Mais ainda, se se quer entender como acontece a decisão de um juiz, não como uma figura etérea, mas como ser vivente no mundo, com suas particularidades e valores, é preciso compreender melhor essas intuições e as fundações morais que as guiam. Até porque o juiz é inevitavelmente um membro de uma determinada cultura que compartilha valores e ideais e aos quais todos se sentem de alguma forma impelidos.

As autoras, de modo incisivo, entendem que as emoções e intuições devem ser compreendidas para que a decisão judicial também o seja, pois o magistrado é um ser dotado de valores pré-concebidos que acabam por influenciar suas decisões. Destacam a importância cultural como sendo a ordenadora de todo juízo axiológico feito pelo magistrado.

Expondo com clareza as inúmeras nuances influenciadoras no ato de decidir do magistrado, a autora ainda pontua que “a conduta, inevitavelmente, pode ser canalizada inconscientemente. Há juízes que, sem explicação confessada são irredutíveis em condenar sempre ou nunca condenar. São cativos de sentimentos ou emoção levados a um alto grau de intensidade, sobrepondo-se à lucidez e à razão, que reduzem sobremaneira o acervo de independência necessário para produzir um julgamento isento” (ANDRIGHI, 1997).

A citação revela a necessidade de uma séria reflexão que o magistrado deve observar antes de exarar qualquer decisão, para que esta não produza resultados infrutíferos ou injustos. Ainda, Andrighi (1997, p.2), expõe acerca da imensa dificuldade em que o magistrado se encontra ao sentenciar:

É certo que no ato de sentenciar não há como fazer evadir todo o sentido crítico que são prescritos pela concepção individualista. E, considerando, no ato de aplicar a lei ao caso concreto pode o julgador colocar, diante de lacunas que devem ser preenchidas por interpretação pessoal, preconceitos e pré-compreensões sobre determinados assuntos, necessário se faz investir todo o potencial de esforço para que a parcela de fatores pessoais não venham nunca interferir e nem prevalecer no ato de julgar.

A autora explicita que em diversas ocasiões a norma não é bastante para trazer ao caso concreto a sua devida solução, possuindo o juiz a faculdade de decidir utilizando-se de questões pessoais, que nada mais são do que o seu

entendimento acerca de diversas áreas do conhecimento como a sociologia, a política e a economia, vindo de encontro com a principal tese do Realismo Jurídico norte-americano, que é a de que o magistrado deve sempre observar os efeitos socioeconômicos de sua decisão.

Enfim, nesse contexto de mudança paradigmática, as teses realistas ganharam largo espaço ante o formalismo excessivo do sistema jurídico brasileiro, consolidado pelo *civil-law*, este que gerava grandes insatisfações para a solução dos novos problemas jurídicos. Deve-se observar o *modus operandi* do sistema jurídico norte-americano antes de sua importação ao Brasil, para evitar graves inseguranças e distorções jurídicas.

CONCLUSÃO

Compreender as teses do Realismo Jurídico norte-americano verificando suas novidades teórico-práticas e confrontando-as com o sistema jurídico brasileiro, questão fundamental para compreender as implicações e resultados dos grandes julgamentos que utilizaram suas teses no Brasil.

Sabendo-se que a sociedade atual sob a égide da globalização econômica e informacional gerou um amplo acesso ao mundo do direito por parte de todos os seguimentos da sociedade, o que exige rapidez nas decisões. Decorre desse fenômeno a exigência pragmática e o papel decisivo do juiz como o criador do direito.

Na abordagem do Realismo Jurídico norte-americano, as leis servem na medida de referenciais, porém cabe à prudência do juiz, a sorte própria daqueles que serão atingidos pelos efeitos da decisão, de forma direta ou indireta.

Apesar dos modelos diferentes: *commow-law* e *civil-law*, o Realismo Jurídico norte-americano demonstra a sua capacidade de envolver ambos pela sua efetividade social, o que lhe dá respeitabilidade no âmbito jurídico contemporâneo.

Mesmo preconizando a insegurança jurídica e o conseqüente ativismo judicial, o Brasil vêm se adaptando a este novo *modus operandi* da aplicação do Direito, o que implica em um aprofundamento em princípios estratégicos por parte dos magistrados e tribunais.

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.

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.

AMARAL, Sérgio Tibiriçá; GIGANTE, Rodrigo Duarte. **Jusnaturalismo e Juspositivismo**: uma análise crítica. Revista Jurídica da Toledo de Presidente Prudente. São Paulo, v.14, p. 162-184, novembro, 2009.

ANDRIGHI, Nancy. **A minha pré-compreensão do ato de julgar**. 24 dez. 1997. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79058495.pdf>. Acesso em 01 mai. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. **Revista da EMERJ**, v.4, n.15, 2001.

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.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 30 abr. 2019.

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.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar no **Habeas Corpus** nº **167.832/PR**, Relator: Ministro Gilmar Mendes. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/gilmar-mendes-suspende-execucao-prisao.pdf>. Acesso em: 01 mai. 2019.

CARDOZO, Benjamin Nathan. **The Nature of the Judicial Process**. New Haven/London: Yale University Press, 1991.

CARVALHO, José Maurício de. **A Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale**. Revista Estudos Filosóficos, Universidade Federal de São João del-Rei, Minas Gerais, nº 14, p.201-212, 2015.

CÔRTEZ, Pamela de Rezende. OLIVEIRA, Thaís de Bessa Gontijo de. **O Realismo Jurídico e a naturalização do direito**: evidências das fundações morais em julgamentos jurídicos. Teorias do Direito e Realismo Jurídico, Curitiba, vol. 2, n. 2, jul./dez. 2016, p. 107-126. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/322620473_O_Realismo_Juridico_e_a_Naturalizacao_do_Direito_Evidencias_das_Fundacoes_Morais_em_Julgamentos_Juridicos. Acesso em: 08 mai. 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: 05 dez. 2018.

GIACOMUZZI, José Guilherme. As Raízes do Realismo Americano – breve esboço acerca de dicotomias, ideologia, e pureza no Direito dos USA. **Direito e Justiça**, ano XXVII, vol. 31, n. 2, 2005.

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.

HEIL, Danielle Mariel. STAACK, André Luiz. O Realismo Jurídico norte-americano e sua influência argumentativa nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista Raízes Jurídicas, Curitiba**, vol. 9, n. 1, jan./jun. 2017, p. 83-104. Disponível em: <http://ojs.up.com.br/index.php/raizesjuridicas/article/view/453>. Acesso em: 01 mai. 2019.

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, Oliver Wendell Jr. **The Common Law**. New York: Barnes and Nobel, 2004.

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.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de Direito Processual Civil Moderno**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Supremo está entre o legalismo e o realismo jurídico. **Revista Consultor Jurídico**, out. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-out-20/diario-classe-supremo-entre-legalismo-realismo-juridico>. Acesso em: 09 mai. 2019

PASSOS, Ágatha Gill Barbosa. A demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol. Um estudo hermenêutico com base no voto do ministro Carlos Ayres Britto. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2087, 19 mar. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12484/a-demarcacao-da-terra-indigena-raposa-serra-do-sol>. Acesso em: 01 mai. 2019.

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

STEUDEL, Adelângela de Arruda Moura. Jusnaturalismo Clássico e Jusnaturalismo Racionalista: Aspectos Destacados para Acadêmicos do Curso de Direito. Universidade Estadual de Ponta Grossa. **Departamento de Direito do Estado**, págs. 43-52, jun., 2007. Disponível em: <http://www.revistas2.uepg.br/index.php/sociais/article/viewFile/2809/2094>. Acesso em 31 de mar. de 2019.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Positivismo Jurídico de Bobbio. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, Ano 17, nº 3339, 22, 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/22461>. Acesso em: 4 abr. 2019.