

ÁLVARO ANTÔNIO PATRIOTA DA SILVA

FILOSOFIA DO DIREITO: O REALISMO JURÍDICO

CURSO DE DIREITO – UniEVANGÉLICA

2020

ÁLVARO ANTÔNIO PATRIOTA DA SILVA

FILOSOFIA DO DIREITO: O REALISMO JURÍDICO

Monografia apresentada ao Núcleo de Trabalho de Curso da UniEVANGÉLICA, como exigência parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Antônio Alves de Carvalho.

ANÁPOLIS – 2020

ÁLVARO ANTÔNIO PATRIOTA DA SILVA

FILOSOFIA DO DIREITO: O REALISMO JURÍDICO

Data: Anápolis, _____ de _____ 2020.

Banca Examinadora

RESUMO

O objetivo deste trabalho é compreender a evolução do Realismo Jurídico desde suas bases filosóficas enquanto pragmatismo, até sua aceitação por parte dos juristas. Em primeiro momento buscamos entender a formação do pragmatismo filosófico, a única contribuição dos norte-americanos para a filosofia até o momento, foram estudados seus autores bem como o contexto de seu surgimento. Compreendendo as bases filosóficas do Realismo partimos ao estudo dos autores do Realismo norte-americano e suas contribuições para o ordenamento jurídico mundial. Para melhor compreender como se deu a propagação do Realismo Jurídico no Brasil, foi necessário entender o contexto histórico do país na época e a similaridade com o contexto dos Estados Unidos fator que influenciou a sua aceitação em nosso país, e por último é feita uma análise do futuro do direito no mundo globalizado e as possíveis contribuições da filosofia realista na aplicação do direito.

Palavras-chave: Realismo Jurídico. Jurisprudência dos Conceitos. Insegurança Jurídica. Pragmatismo Filosófico. Realismo Jurídico brasileiro.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
CAPÍTULO I – O REALISMO JURÍDICO	03
1.1. O pragmatismo.....	03
1.2. Jurisprudência dos conceitos	07
1.3. O formalismo jurídico	10
CAPÍTULO II – AUTORES DO REALISMO JURÍDICO	13
2.1. Oliver Wendell Holmes Jr	13
2.2. Benjamin Nathan Cardozo	17
2.3. Jerome New Frank	22
CAPÍTULO III – O REALISMO JURÍDICO NA CONTEMPORÂNEIDADE	25
3.1. Insegurança Jurídica	25
3.2. O Realismo Jurídico no Brasil	27
3.3. O Realismo Jurídico na globalização	31
CONCLUSÃO	35
REFERÊNCIAS	37

INTRODUÇÃO

O objetivo desse trabalho é compreender o que é o Realismo Jurídico e sua aplicabilidade no direito tanto no Brasil como no mundo. Com o intuito de melhor compreender essa filosofia do direito busca-se compreender como se deu sua formação e o seu contexto, para isso é necessário entender a filosofia pragmática, que é a base filosófica do Realismo Jurídico norte-americano.

O pragmatismo é a única contribuição fidedigna dos norte-americanos para com a filosofia, influenciado pelas teorias de Charles Darwin inicialmente surgiu como crítica ao racionalismo cartesiano. Caracteriza por sua postura antimetafísica, e por ser contra princípios abstratos e formalistas, pouco se importando com a veracidade de uma ideia e sim com os resultados que práticos que dela partirem.

Alguns de seus principais autores foram, William James que é reputado por muitos como o maior divulgador do pragmatismo, Charles Sanders Peirce e Oliver Wendell Holmes Jr., eles foram um dos responsáveis pela criação do clube metafísico de Boston, local onde ocorreram muitas discussões que contribuíram para a formação do pragmatismo bem como do Realismo Jurídico.

Analisa-se também o conflito entre jurisprudência dos conceitos e do formalismo jurídico com a filosofia realista, esta que criticava a padronização do direito por meio da racionalidade e também a historicidade e ao positivismo formalista, indo à oposição logicamente aos dois temas supracitados.

Na segunda parte do trabalho o objetivo é estudar os autores do Realismo Jurídico, os aspectos que influenciaram a sua criação, e a inserção do Realismo no

ordenamento jurídico norte-americano, com ênfase em seus principais autores sendo eles: Oliver Wendell Holmes Jr., Benjamin Nathan Cardozo e Nathan Roscoe Pound.

Holmes sendo talvez o principal representante da filosofia realista, e também um dos juristas mais famosos e respeitado do Estados Unidos, foi um grande contribuinte para a divulgação do tema, colocou em prática suas ideias ficando conhecido como prolatador de votos vencidos, por ser fiel a seus ideais.

E na última parte, para se compreender o Realismo Jurídico no Brasil foi feita uma análise do contexto no qual o país se inseria, e também o contexto do país que criou esta filosofia, visto que, ambos os países passavam por crises, problemas sociais, instabilidade financeira e demais problemas, compreendemos então que a similaridade de ambos os contextos contribuiu para a aceitação de alguns juristas brasileiros a alguns ideais que mais se aproximavam do Realismo, apesar de na época não terem sido colocado em prática no Brasil, uma visão mais dinâmica do direito e preocupada com a economia e a questão influenciou posteriormente a legislação brasileira.

Ao final entendemos como poderá ser o direito no mundo globalizado, tendendo-se a formação de uma legislação internacional, visto que a globalização acabara por alterar o modo como funciona a economia mundial bem como os negócios são feitos.

Devido à complexidade da sociedade a uma tendência no aumento de insegurança jurídica, devendo o poder judiciário se adaptar para assim melhor resolver suas demandas, entendemos que o Realismo Jurídico pode ser de grande utilidade no direito global, devido a sua dinamicidade e interpretação mais flexível, e também a integração do direito a outras matérias do campo do saber defendida por seus autores, como por exemplo a economia que hoje não mais se separa do direito.

CAPÍTULO I – O REALISMO JURÍDICO

O realismo jurídico representa uma das principais contribuições norteamericanas para o pensamento jus filosófico do Séc. XX. A base filosófica desse movimento de alcance global é o pragmatismo.

1.1 O pragmatismo

O pragmatismo é um movimento filosófico surgido nos Estados Unidos da América, caracterizado pela sua postura antimetafísica, antiformalista e contra quaisquer princípios abstratos e dogmas no campo das ciências.

O pragmatismo é o pano de fundo filosófico do realismo jurídico norteamericano. Não se preocupa em investigar como as pessoas pensam. Não se questiona por que motivos as pessoas pensam. Por que precisaríamos saber algo que já fazemos naturalmente? Segundo os pensadores ligados ao pragmatismo, perde-se muito tempo com questões do pensamento, de pequeno resultado prático (MENAND, 1997).

É uma doutrina filosófica genuinamente norte americano, sendo a única contribuição fidedigna dos norte americano à prática filosófica ocidental, centrado na ideia de que a verdade não é aquilo que acreditamos ser, e sim aquilo que adotamos para admitir como tal.

Antropologicamente o pragmatismo consegue expressar com fidelidade o estilo de vida norte americano, seu modo de pensar, e suas características particulares no campo da filosofia, é um pensamento filosófico com destaque nas

consequências práticas das ideias.

Em linhas gerais, o pragmatismo abandona modelos tradicionais de objetividade, verdade e racionalidade, promovendo niilismo e ceticismo que subvertem a democracia liberal, a cogitarmos de imagem crítica para com essa corrente do pensamento norte-americano (MENAND, 1997).

Para tal doutrina, a veracidade de uma proposição não deve ser avaliada pela sua coerência lógica ou simplesmente pela sua fundamentação em princípios abstratos e eloquentes, uma proposição para ser considerada verdadeira e eficaz depende de seus resultados práticos.

Insiste-se que a busca do conhecimento decorre da suposição dos resultados que a apreensão de suposta verdade pode nos garantir. Para William James, a verdade seria determinada pelas condutas que promove e pelas atitudes que inspira. Por isso, o significado concreto das proposições filosóficas consiste na resposta que se dá a uma desejada e planejada consequência particular (MENAND, 1997).

Seus principais representantes foram William James (Nova Iorque, 11 de janeiro de 1842 – Tamworth, 26 de agosto de 1910) Oliver Wendell Holmes Jr. (Boston, 8 de março de 1841 – Washington, D.C., 6 de março de 1935) Charles Sanders Peirce (Cambridge, 10 de setembro de 1839 — Milford 19 de abril de 1914) e Chauncey Wright (10 de setembro de 1830 – 12 de setembro de 1875).

O pragmatismo foi influenciado pelas teorias de Charles Darwin e inicialmente surgiu como um método para criticar a racionalidade do modo cartesiano, sendo criado nos meios acadêmicos inicialmente de Harvard e chegando a Nova York e Chicago posteriormente, sendo então, considerada filosofia nacional.

Os principais nomes do pragmatismo como William James (professor em Harvard à época), Oliver Wendell Holmes Jr. (juiz da suprema corte norte americana) Charles Sanders Peirce (cientista e filósofo) Chauncey Wright (filósofo) além de outros, criaram um grupo de discussões intitulado The Metaphysical Club, O

Clube Metafísico, suas discussões aconteciam em Boston e Cambridge no início da década de 1870.

James será reputado como o maior divulgador do pragmatismo, Holmes como o maior nome da sociologia jurídica e Peirce como o fundador da teoria dos signos, que também será explorada na Europa, especialmente com Saussure (KUKLICK, 2001).

Em tais reuniões eram discutidos temas que mais tarde atrairia os olhos da sociedade, de juristas, pessoas influentes, intelectuais das mais variadas disciplinas e até mesmo correntes ideológicas opostas, que eram seduzidos principalmente pela resolução prática de problemas substancialmente teóricos.

Em 1898 William James utilizou a expressão *pragmatismo* pela primeira vez enquanto ministrava uma aula em Berkeley, essa personificação bem como outras como *instrumentalismo* e *pragmaticismo* conseguem expressar perfeitamente o cerne especulativo de tal movimento.

Inverte-se a lógica convencional que até então pretendia esclarecer o comportamento humano, a partir do desenvolvimento das ideias. Para o pragmatismo, não agimos porque temos ideias; temos ideias porque precisamos agir, e agimos de acordo com os fins que perseguimos (MENAND, 2001).

O pragmatismo reconhece nossos limites cognitivos frente a uma análise e compreensão do universo, não se preocupando em descobrir a verdade nua e crua, admitindo então de certa forma nossa ignorância e preocupando com o que de fato é refletido e o resultado disso em nossa sociedade.

Para maior esclarecimento podemos utilizar a questão da fé religiosa, o pragmatismo se abstrai de uma análise mais profunda e essencial, não questionando se determinada crença é verdadeira ou não, focando somente no desfecho que determinada doutrina nos expõe assumindo como verdadeiro o reflexo disso no mundo em que habitamos. Ainda em campo epistemológico, se queremos o conhecimento de algo, devemos localizar esse conhecimento e seus resultados no

mundo real.

A partir de textos de Peirce, um estudioso do movimento lembra-nos que quando dizemos que algo é duro, nos referimos a algo que quebra o vidro, que resiste a colisões, e assim identificamos os efeitos práticos do que se concebe como a característica do detentor do qualificativo de dureza. Assim, esse qualificativo não é percepção abstrata, imaginária, metafísica, ou mesmo enunciado de uma essência. Trata-se da soma de tudo o que os objetos duros realmente representam na vida real (MENAND, 1997).

Para o pragmatismo a filosofia desvia de seu caminho quando tentam deduzir princípios universais, quando na verdade deveria estar focada no efeito que tais proposições ditas verdadeiras causam em nós, sobretudo as de aspecto morais.

Sendo assim a fé é justificada se trazer benefícios seja para a pessoa que nela deposita seja para com as outras que com ela convive, admitindo nossa incapacidade de uma avaliação mais profunda sobre tal matéria, não se interessando pela verdade, e sim pelo resultado que tal verdade nos submete.

Verdade seria o nome que se dá ao que é útil e bom, no sentido de ser definido como válido. Voltando-se ao problema de fundo teológico acima identificado, não se questiona se a existência de Deus pode ser comprovada. Questionam-se os efeitos práticos que essa crença possa exercer sobre as pessoas, particularmente tomada. Para o pragmatismo, se esperarmos por prova absoluta referente à existência de Deus, iria esperar a vida toda; assim, critério prático orientaria a opção, que qualifica a fé (MENAND, 1997).

Além do simples questionamento quanto a essencialidade de determinada questão, seria mais inteligível a aceitação dos resultados práticos que tal tema reproduz, sejam eles bons ou ruins, justos ou injustos eles são no sentido literal da palavra a única verdade a que temos acesso, fora do campo especulativo a aceitação se mostra mais eficiente do que a utopia que habita em cada um de nós.

Ampliando-se o raciocínio e os contornos do problema, o pragmatismo admite que não possa esperar pela prova absoluta de alguma coisa. Nossas

decisões seriam apostas em relação ao que o mundo é hoje, e no que imaginamos que o mundo será amanhã (MENAND, 1997).

Somos agentes de nossos destinos (MENAND, 2001). O que produzimos no mundo, a cultura, é mera resposta para nossa condição de vida; geramos cultura exatamente como produzimos dióxido de carbono (MENDAND, 2001). Nossa crença é mera fé em nossa habilidade individual e em nosso poder criativo (MENAND, 1997).

O pragmatismo exige um pensamento direto, efetivo, rápido, rejeitando uma postura de idolatria para com a vida, justificando assim sua aceitação como filosofia nacional norte americana, esta que foi adequada na ética capitalista e na pré-destinação calvinista.

Assim, em termos mais específicos, não é a resposta que vem do estímulo. Só há estímulo porque já existe a resposta. Do mesmo modo, não há o indivíduo e depois a sociedade, porque não há indivíduo sem sociedade (MENAND, 2001).

1.2 Jurisprudência dos conceitos

A Jurisprudência dos Conceitos foi a inserção do Direito a uma organização mais metódica e científica sobre os conhecimentos e práticas do ramo, em comparação as demais matérias da ciência mais notáveis e já constituídas, em conveniência aos procedimentos da lógica formal, hierarquicamente de acordo com os arquétipos de um sistema piramidal.

A Jurisprudência dos Conceitos também ficou conhecida como Pandectismo, Puchta utilizara o termo Pandectas como título de sua principal obra, termo que foi expandido por seus adeptos, logo, assim ficaria conhecido o método de sistematização do Direito idealizado por Puchta.

Contemporaneamente, o termo 'jurisprudência' designa genericamente o conjunto das decisões autoritativas ou precedentes judiciais dentro de um sistema legal determinado. No século XIX, porém, 'jurisprudência' significava, especialmente na Alemanha, o

estudo dos elementos fundantes e constitutivos de um dado sistema legal, enquanto a totalidade do conhecimento jurídico. O conhecimento ou ciência do Direito se orientava prevalentemente pelo enunciado legal e não pelas decisões proferidas. É neste contexto que se constituiu a Jurisprudência dos Conceitos como esforço de formatação científica do Direito (NASSER; MARÇAL, 2009, p. 7136).

O termo jurisprudência vem do latim *jus* (justo) e *prudentia* (prudência), hodiernamente o termo jurisprudência no mundo jurídico nos remete ao conceito de conjunto de decisões e interpretações judiciais proferidas por um determinado tribunal que servem para orientar os juízes em outros casos semelhantes ou que tenham algumas peculiaridades em comum e que a lei seja omissa em sua resolução, para isso o poder judiciário recorre a entendimentos precedentes proferidos por outros tribunais para formar o seu entendimento.

O significado do termo “jurisprudência” para os germânicos, datados do século XIX, já nos mostra o que viria a ser a jurisprudência dos conceitos, a necessidade de compreensão de como se instituiu determinado ordenamento jurídico nos remete a carência daquele período em abstrair o direito das demais matérias atribuindo - o – lhe o valor de uma ciência.

O jurista alemão integrante da Escola Histórica do Direito, Georg Friedrich Puchta (Cadolzburg, 31 de agosto de 1798 – Berlim 8 de janeiro de de 1846) considerado o criador da Jurisprudência dos Conceitos, foi aluno de Hegel e Savigny que influenciaram o seu pensamento principalmente com a ideia central da sistematização do direito.

Não seguiu exclusivamente o processo prático-discursivo hegeliano de construção do conteúdo conceitual e nem adotou simplesmente o modelo organicista de Savigny. Associou, porém, as referidas abordagens de seus mestres à estratégia lógica da abstração retomada e desenvolvida por Christian Wolff, conforme apontam Wieacker (1996) e Zippelius (2003). Como consequência, o sistema desenvolvido por Puchta é articulado nos moldes da abstração lógicoformal, mas, ao contrário do que tradicionalmente se anuncia, sua teoria não se resume a isto. (NASSER; MARÇAL, 2009, p. 7138).

Valorizando a tradição e os costumes jurídicos, Puchta não se limita a apresentar uma padronização do direito apenas através da racionalidade, se

posicionando contra tendências dedutivas formuladas apenas pela lógica e impostas como verdadeiras e universais, sendo essencial uma avaliação eximia do direito, de como ele se revela da forma mais autêntica possível em seus institutos, preocupava-se na relação que tal lógica têm com a historicidade jurídica e com os costumes.

É que o conteúdo dos conceitos que integram o sistema é constituído a partir da realidade vivida, histórica e social, dos institutos e práticas do Direito. Sua pretensão foi, portanto, desenvolver uma Ciência do Direito – ou Jurisprudência, à época – estruturada na construção não apenas formal, mas histórico-formal dos conteúdos conceituais do Direito (NASSER; MARÇAL, 2009, p. 7138).

Servindo tanto para a compreensão do regime jurídico e das leis existentes, bem como de princípio norteador para as matérias que não existem ou que ainda não foram tratadas.

Friedrich Carl von Savigny (Frankfurt am Main, 21 de fevereiro de 1779 – Berlim, 25 de outubro de 1861) foi o maior representante da Escola Histórica do Direito influenciando o direito Alemão e outros movimentos como a Jurisprudência dos Conceitos, além de ter sido padrinho intelectual de Putcha.

A organização do Direito por Savigny inicialmente se deu pelas fundações forenses do domínio e do matrimônio e ele tinha como objetivo organizar os institutos e práticas do Direito através de um sistema uno e racional.

A unidade do sistema, então, é assegurada não pela relação lógica de subsunção de conceitos específicos a partir de um conceito mais geral, mas pela irreduzível relação de todos os elementos constitutivos do sistema em questão com esse centro fundado em si próprio enquanto unidade (LARENZ, 1997).

Outro grande expoente da escola pandectista foi o juríco alemão Bernhard Windscheid (Düsseldorf, 26 de julho de 1817 – Leipzig, 26 de outubro de 1892), discordando de seus mestres quanto a eficácia do método utilizado, pois segundo ele havia uma lacuna tanto na interpretação das normas quanto em seu conteúdo na resolução dos casos.

Tornando a Jurisprudência dos Conceitos mais preocupada com a praticidade e a realidade do mundo jurídico, permitindo ao judiciário certa adequação de determinada norma considerada arcaica ao período atual, já que foi legislada em outro contexto histórico, tudo isso é claro dentro dos limites impostos pelo legislador.

Windscheid exige que o intérprete se coloque no lugar do legislador e execute o seu pensamento, para o que deve tomar em consideração quer as circunstâncias jurídicas que foram presentes no seu espírito quando ditou a lei [...] (LARENZ, 1997, p.36).

1.3 O formalismo jurídico

O formalismo jurídico é uma das características marcante do jus positivismo, em que o direito se identifica com a lei posta, desconsiderando seu conteúdo e sua dimensão axiológica. Tal postura culmina com a Teoria Pura de Kelsen, ou seja, o Normativismo.

A teoria pura do direito idealizada por Hans Kelsen teve como objetivo a codificação científica do saber jurídico, eliminando a metafísica jusnaturalista, alforriando deste campo do saber premissas advindas de outras matérias, especificando assim as normas codificadas. Afastando também do método analítico tanto a moral quanto os valores.

O filósofo político Norberto Bobbio (1995) aponta o nascimento do conceito positivista com o início do estado moderno em que há uma monopolização da concepção jurídica, sucedendo o pluralismo do período medieval em que o direito era constantemente disposto pelo povo, através dos costumes.

Essa trajetória, marcada pela secularização do Estado - ruptura entre religião e estado - acabara por alterar a forma como o direito era projetado, sendo tal função agora exclusiva do estado o que nas palavras do mencionado autor seria o “dogma da onipotência do legislador”. O Estado laico então corrobora para o desmembramento dos poderes, ao controle comunitário através da codificação de regulamentos coletivos e abstratos, e ao estabelecimento da imparcialidade do poder judiciário, assim nesse cenário há o predomínio do positivismo.

Contemporâneo de Kelsen o positivismo jurídico germânico estabelecido pela escola histórica de Savigny e conceituado através da jurisprudência dos conceitos, de Putsch, que almejava a sistematização do direito preservando suas origens sociais e históricas, o positivismo jurídico alemão teve forte influência no pensamento de Kelsen.

Rejeitava o dualismo metodológico que segundo ele era sincretismo, sempre considerando a necessidade de uma sistematização do direito, de forma unitária e autônoma, seguindo tal raciocínio veio a proposição de um monismo metodológico que suprimindo toda apreciação valorativa de ordem moral ou ética ou proveniente de outras matérias do conhecimento, trataria de um só desígnio, o direito positivo.

Hans Kelsen condena todo direito que não seja proveniente de normas positivadas pelo Estado, resguardando a estruturação de um saber jurídico exclusivamente científico (COELHO, 2001). O próprio idealizador da teoria salienta:

A teoria pura do Direito é uma teoria do Direito positivo – do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É teoria geral do Direito, não interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais. Contudo, fornece uma teoria da interpretação. [...] Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como ele deve ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito. [...] Quando a si própria se designa como 'pura' teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. (Kelsen, 2012: p.1)

Como se pode verificar pelas próprias palavras de Kelsen, a sua pretensão é aquela de um positivismo extremado que, pela primeira vez no ocidente reclama a exclusão da dimensão jurídica de todos os elementos não jurídicos. Transformando o Direito em ciência pura segundo o modelo almejado pelo neo positivismo da Escola de Wiena. Representa também o coroamento de várias tentativas de tratar o Direito de forma científica.

CAPÍTULO II – AUTORES DO REALISMO JURÍDICO

O Realismo Jurídico tem data e lugar marcado quanto a sua origem: XX e América do Norte. Representa uma reação ao formalismo jurídico presente no poder judiciário norte-americano do final do século XIX e das primeiras décadas do século XX. Adaptou-se ao common law e, atualmente expandiu-se também para aqueles países do civil law. Enquanto a experiência norte-americana foi além de suas fronteiras, aquele escandinavo ficou restrito aos países nórdicos.

2.1 Holmes

No dia 8 de março de 1841 na cidade de Boston, Massachusetts nascia o que viria a ser um dos maiores juristas da história dos Estados Unidos, Oliver Wendell Holmes Jr. figura importante para os norte-americanos não só no mundo jurídico, pois atuou diretamente junto aos integrantes do Clube Metafísico de Boston na criação da filosofia pragmática.

Além de jurista era filósofo e atuou como advogado, professor e pesquisador na Universidade de Harvard antes de ser indicado à Suprema Corte do Estado de Massachusetts onde dedicou 30 anos de sua vida, no período de 1902 a 1932.

Como era costume em sua família estudou direito em Harvard, mas antes de iniciar sua trajetória acadêmica participou ativamente da guerra civil norte-americana servindo como tenente, esteve em campos de batalhas, foi ferido, preso e sofreu muito com a guerra, o que de certa forma modelou sua personalidade, e influenciou em sua desconfiança com a natureza humana.

Considerado por muitos inclusive grandes personagens do mundo jurídico norte-americano como o maior expoente do direito nacional, bem como da filosofia do direito, virou celebridade o que não era comum entre os juízes da época.

Preocupava-se com a maneira que o direito deveria ser estudado por alunos e advogados, na concepção de Holmes, a maneira mais efetiva de se entender o direito é conhecer e compreender como os juízes tomam suas decisões, sendo então função do advogado pressagiar como determinado juiz julgara o caso em questão.

Conforme podemos observar nesse trecho de seu livro *The Path of the Law*:

Quando estudamos direito não estamos tratando de um mistério, porém de uma profissão muito conhecida. Estudamos o que devemos buscar ao falarmos com um juiz, ou como aconselhar as pessoas de modo que elas evitem problemas e fiquem distantes dos tribunais. A razão pela qual o direito é uma profissão, os motivos pelos quais as pessoas paguem advogados que as representem junto aos juízes, reside no fato de que em sociedades como a nossa o comando da força pública está concentrado em juízes, que movimentam toda força do Estado, se necessário, para o implemento das decisões judiciais. As pessoas querem saber sob quais circunstâncias e até onde elas correm riscos de se encontrarem em face do que é muito mais forte do que elas, e conseqüentemente isso se torna um negócio a resolver, quando tal perigo é fonte de temor. O objeto de nosso estudo, então, é previsão, é a previsão da incidência da força pública como instrumento das cortes de justiça (HOLMES, 1992, p.160).

Sendo o Estado a força maior, e os juízes de certa maneira a representação e a aplicação de tal força, os advogados devem estudar de tal maneira que consigam prever como funciona esta máquina, como ela decide, como ela se justifica, para fornecer ao particular a sua reação situação diante do conflito.

Defendia uma maior liberdade na interpretação constitucional, compreendendo que a sociedade vive em constante mutação, conflitos temporais sempre ocorrerão, o que era considerado efetivo e correto num determinado período, em outra época pode ocasionar conflitos em vez de resolve-los.

Para ele as leis são a representação da realidade social de uma determinada sociedade, onde os mais fortes e favorecidos demandam sobre os menos afortunados na camada social.

Era apaixonado pelo direito, sobretudo o norte-americano, recusou ofertas de emprego, se mantendo fiel a sua paixão, patriota idolatrava o direito norte-americano conforme se pode observar em suas próprias palavras:

Eu venero o direito, especialmente o nosso modelo jurídico [o norte-americano], que reputo como um dos mais vastos produtos da mente humana. Ninguém sabe melhor do que eu o incontável número de grandes intelectos que tem se dedicado em melhorar ainda mais esse modelo jurídico não se trata de um sonho hegeliano, porém uma parte da vida dos homens. Mas pode se criticar também aquilo que se reverencia (HOLMES, 1992, p. 173).

Apoiava que o profissional do direito estudasse outras áreas do campo do saber principalmente aquelas interligadas ao direito, e criticava a especialização somente na matéria jurídica, isso porque fatores globais, econômicos, entre outros, influenciam direta ou indiretamente na vida da população, e sucessivamente no modo como o direito deve se adaptar para melhor resguardar o direito e a efetividade da justiça.

Para ele os juízes utilizavam da lógica para fundamentar suas decisões que já haviam sido tomadas baseadas em suas opiniões pessoais, é famosa sua citação de que os juízes primeiro decidem e depois encontram uma justificativa coerente para explicar sua decisão.

[...] A preparação de advogados é um treinamento em lógica. Os processos de analogia, separação e dedução são aqueles nos quais o advogado se sente com maior familiaridade. A linguagem das decisões judiciais é basicamente uma linguagem lógica [...] Porém a certeza lógica é uma ilusão e certamente não é marca do destino humano. Por detrás da lógica reside um juízo de relativo valor e importância, referente a leis e teses que estão competindo, marcando com frequência um julgamento desarticulado e inconsciente [...] Pode se dar para qualquer conclusão uma forma lógica. Pode-se sempre se encontrar uma condição implícita em um determinado contrato. Mas, por que essa específica condição foi escolhida? (HOLMES, 1992, p. 167).

Utilizou o pensamento de Landgell que outrora fora diretor de Harvard,

para criticar o formalismo jurídico, afirmando que a decisão judicial não pode ser somente a utilização de precedentes como proveito na resolução de outros casos, pois cada caso em si detém suas particularidades.

Como solução requisitava que os juízes fossem mais práticos em suas decisões deixando de lado a lógica e a formalidade, se atentando mais a realidade particular de cada caso e almejando sempre que as decisões tenham consequências efetivas, pois se não o fossem de nada serviriam.

Pragmático refutava veneração a historicidade, para ele devemos voltar ao passado somente para buscar aquilo que venha servir para uma melhor efetividade do direito. Outro ponto que também era defendido por ele era que os atuantes da área estudassem economia, preocupava com as classes mais baixas e por vezes defendia os trabalhadores.

É o que podemos observar nesse trecho de sua obra:

Devemos tomar cautela para com as ciladas da reverência ao passado. Devemos nos lembrar que nosso interesse no passado reside tão somente nas luzes que eventualmente ele poderia jogar em nosso presente. Eu espero o tempo em que o papel protagonizado pela história na explicação dos dogmas do direito seja muito pequeno, e ao invés de uma pesquisa ingênua, deveríamos gastar nossas energias nos fins que buscamos e na indagação as razões pelas quais desejamos tais fins. Um passo nesse sentido dá-se com a recomendação para que todo advogado estude economia. O presente divórcio entre as correntes da economia política e da teoria do direito parece-me uma prova do quanto ainda devemos progredir em nossos estudos de filosofia. No presente estado da economia política, de fato, aproxima-se de novo da história [...] porém na verdade se exige que sopesemos os objetivos das leis que temos, os meios para que possamos conquistá-los, bem como os custos que tudo isso envolve. Aprendemos que para que possamos obter algo devemos abrir mão de outras coisas. Nos ensinam que devemos comparar as vantagens que obtemos com as desvantagens decorrentes daquilo que perdemos. Devemos saber bem o que fazemos quando escolhemos (HOLMES, 1992, p. 174).

Holmes era um homem a frente de seu tempo, fazia indagações e reflexões que demorariam anos a serem colocadas em práticas no mundo jurídico norte-americano, como podemos observar nesse trecho em que critica a difusão da economia com o Direito na época.

Sendo o Direito e todos os demais profissionais envolvidos os responsáveis por assegurar a equidade seja no ramo do direito privado ou no ramo do direito público, é necessária a compressão das demais matérias que interferem nessas relações.

2.2 Benjamin Nathan Cardozo

Benjamin Nathan Cardozo nasceu em Nova Iorque em 1870, foi um advogado e jurista norte-americano e também atuou como juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos por um período de 6 anos sendo indicado pelo Presidente Herbert Hoover no ano de 1932, o curioso é que Benjamin Nathan Cardozo ocuparia a vaga que antes era de um outro famoso juiz pátrio, ninguém menos que Oliver Wendell Holmes.

Seu pai Albert Cardozo também atuou no mundo jurídico, sendo juiz da Suprema Corte de Nova Iorque, o curioso é que ele foi afastado do cargo por suspeita de corrupção, fato que de certa maneira assombrou a carreira de Benjamin Nathan Cardozo, ele estava sempre a zelar por sua reputação devido a mancha no passado no nome de sua família, causado por seu pai no judiciário norte-americano.

Estudou direito na universidade de Columbia e iniciou sua carreira jurídica como advogado, e se destacou atuando como tal, soube fazer boas amizades no meio jurídico, o que certamente lhe favoreceu seu caminho na magistratura.

Benjamin Nathan Cardozo é inserido na Suprema Corte dos Estados Unidos em um período que o país passava por uma grande recessão econômica, afim de sanar os prejuízos e restabelecer a ordem na economia o então presidente da época Franklin Delano Roosevelt aprova diversas medidas que logo ficariam conhecidas como *New Deal*.

Essa mudança na legislação permitiria uma maior intervenção do Estado na economia e na vida da população, o Estado utilizaria medidas sociais com o intuito de tirar as pessoas da miséria e restabelecer a ordem econômica, para conseguirem sair da recessão. E Cardozo se tornou uma figura muito importante na

consolidação do Realismo Jurídico, o *New Deal* acabou fazendo com que o poder judiciário pudesse interferir mais na vida dos norte-americanos, o que foi bastante aproveitado por Cardozo.

Sua afeição com o plano se deu pois ele também apoiava uma maior flexibilização da interpretação constitucional e também com as medidas sociais que deveriam ser adotadas por tal plano, era um período novo e para isso eram necessárias algumas mudanças.

Cardozo via no direito um instrumento a ser usado para satisfação da ânsia popular, a satisfação de nossas necessidades, não permitindo, portanto, a sua utilização para os mais poderosos e afortunados terem vantagens.

Pragmático, afirmava que o juiz ao tomar uma decisão, de certa maneira até inconsciente, era influenciado por todas as suas crenças e filosofia de vida, enfatizando que a personalidade do magistrado pode interferir com grande impacto suas decisões.

Nesse trecho Cardozo cita William James, outro nome muito importante da filosofia pragmática norte-americana, para explicar seu ponto de vista a respeito da interferência da personalidade do juiz nas decisões:

Somos lembrados por William James em substancial passagem de suas aulas sobre o pragmatismo, que cada um de nós possui verdadeiramente uma subjacente filosofia de vida, até mesmo aqueles de nós para quem são desconhecidos os nomes e as noções de filosofia. Há em todos nós uma tendência, chame isso de filosofia ou não, que nos confere coerência ao nosso pensamento e às nossas ações. Os juízes não conseguem escapar desse fato que ocorre com todos os mortais (CARDOZO, 1991, p.12)

Cardozo escreveu um livro intitulado: *A Natureza do Processo Judicial- The Nature of the Judicial Process*, demonstrando profundo conhecimento sobre o pensamento jurídico de sua época, através desse livro Cardozo busca expandir o conhecimento a respeito do Realismo Jurídico norte-americano.

Para ele a atividade judicial se adaptava de acordo com as necessidades

e com a situação atual da sociedade. O que a certo tempo era considerado uma boa medida, uma decisão correta, pode perecer, se ao longo dos anos deixar de ser efetiva, se com o passar do tempo demonstrar ser inútil ou até prejudicial deixará de ser utilizada.

Da mesma maneira um trabalho bem feito por um juiz, que se mostra efetivo pode vir a ser duradouro e até servir como parâmetro, ou como base para decisões futuras, para Cardozo o Direito se adequa por si só, eliminando aquilo que não lhe convém e mantendo o que se mostra como correto e verdadeiro.

Em sua linguagem simples, mas bastante explicativa, podemos observar sua opinião sobre o trecho acima:

O trabalho de um juiz é em um sentido duradouro e em outro sentido é efêmero. O que é bem feito e bom por si mesmo vai durar. O que é cheio de erros certamente vai perecer. O bom trabalho judicial permanece como uma das fundações sobre a qual as novas estruturas serão construídas. O mau trabalho judicial será rejeitado e relegado ao laboratório dos anos. Pouco a pouco a velha doutrina é minada. Com regularidade as intromissões são tão graduais que seus significados são de início obscuros. Finalmente, descobrimos que os contornos da paisagem têm se modificado, que os velhos mapas devem ser deixados de lado e que o campo deve ser mapeado de novo (CARDOZO, 1991, p. 178).

Apesar de admitir que quando um juiz faz um bom trabalho no presente, este esta indiretamente contribuindo para o futuro do judiciário no sentido de que este trabalho poderá influenciar outros, Cardozo criticava a utilização de precedentes.

A mera utilização de precedentes para casos gerais em casos particulares, de acordo com Benjamin Nathan Cardozo gera certa imparcialidade na decisão do juiz, visto que esse utilizaria de sua própria consciência e de seus valores em sua tomada de decisão.

Portanto a lacuna deixada na lei acarretaria prejuízo ao poder judiciário:

[...] quando ao direito é deixada uma situação não alcançada por uma regra jurídica pré-existente, não há nada a ser feito a não ser contar

com um árbitro imparcial que declarará o que deverá ser feito por homens justos e razoáveis, que conhecem os hábitos e costumes da vida em comunidade, e que parâmetros de justiça e de negociação justa prevalecerão, o que deverá ser feito nessas circunstâncias, a partir de regras que não o costume e a consciência que guia essas condutas. A sensação que se tem é que em nove casos entre dez a conduta de razoáveis não seria diferente do comportamento previsto pela lei, se norma existisse (CARDOZO, 1991, p. 143).

Para ele com a multiplicidade de casos, e as diversas opções que um juiz tem para tomar sua decisão, na maioria das vezes a ideologia, a personalidade ou a filosofia de vida de um juiz é que mais influencia o magistrado a tomar sua decisão.

Porém é justamente esse conflito de pensamentos que contribui para a formação de um direito obstinado e inseparável, o resultado dessa pluralidade de pensamentos gera equilíbrio se sobrepondo aos elementos individuais, conforme podemos observar no seguinte trecho:

A excentricidades dos juízes compensam as diferenças que há entre eles. Um determinado juiz olha para os problemas a partir de um ponto de vista histórico, outro sob um prisma filosófico, um terceiro a partir da utilidade social; um deles é formalista, outro é latitudinário, um deles tem medo da mudança, outro é insatisfeito com o presente; a partir do atrito de diversas mentes alcança-se algo que tenha constância e uniformidade bem maiores do que seus componentes individuais (CARDOZO, 1991, p. 177).

Para Cardozo a função do juiz vai além de ser apenas julgador, com menos liberdade é claro que o legislador, Cardozo entende que o juiz também é criador de normas.

Comparando as funções do legislador e do magistrado no que se diz respeito a criação de normas, Cardozo entende que ambos pecam em seus posicionamentos, faltando transparência e firmeza.

Em seu posicionamento Cardozo preza que tanto os juízes quanto os legisladores apelem para uma fonte de conhecimento mais empírica, voltada para o estudo e a reflexão a partir de suas experiências vistas, na que talvez seja a mais antiga escola, a vida.

Nesse trecho fica bem claro a importância que essa função extra que o magistrado tem na atividade judicial, mesmo que de forma limitada, e como os juízes e os legisladores podem tornar a sua função mais efetiva:

Se perguntarmos como um interesse deve se sobrepor ao outro [entre legisladores e juízes], eu posso apenas responder que o juiz deve obter seu conhecimento do mesmo modo que o legislador obtém o seu, a partir da experiência, do estudo e da reflexão; em poucas palavras, a partir da vida mesmo. A escolha de método, o peso de valores, precisam ao fim ser guiados por considerações de ambos. Cada um deles está legislando nos limites de suas competências. Não há dúvida de que os limites dos juízes são mais estreitos. O juiz só legisla onde há lacunas. Ele preenche os espaços vazios que há na lei [...] Não obstante, nos limites entre os espaços livres, os precedentes e as tradições, as escolhas se movimentam com liberdade que marca a ação como criativa. O direito que se aplica não é encontrado, ele é feito. O processo, sendo legislativo, exige a sabedoria do legislador (CARDOSO, in FISHER III, 1993, p. 177).

2.3 Nathan Roscoe Pound

Nathan Roscoe Pound nasceu no dia 27 de outubro de 1870 em Lincoln no estado de Nebraska, e faleceu no dia 30 de junho de 1964, iniciou sua vida acadêmica estudando botânica na Universidade de Nebraska, matéria na qual posteriormente obteve título de Ph D.

Seu pai Stephen Bosworth Pound era advogado e o influenciou a iniciar seus estudos em direito em Harvard, porém Nathan Roscoe Pound nunca chegou a receber um diploma de direito.

Fato que não o impediu de posteriormente se tornar reitor em uma das mais importantes faculdades de direito dos Estados Unidos, a Escola de Direito de Harvard, cargo que ocupou durante mais de 20 anos, influenciando diversas gerações de professores e alunos.

Porém antes de iniciar sua brilhante carreira no meio acadêmico, Roscoe Pound, estagiou no escritório de seu pai enquanto ainda era apenas um estudante de direito, no entanto prezava mais pela filosofia do direito do que a própria prática do direito.

Era extremamente crítico com as práticas dos juristas de seu tempo e de sua pátria, bem como dos legisladores do direito, que segundo ele eram incompetentes e completamente arcaicos.

Para Pound o direito ensinado nos livros se divergia do verdadeiro direito, aquele que era realmente colocado em prática na vida real, utilizando como justificativa o fato de que o direito dos livros ainda se prendia a dogmas errôneos, arcaicos o que tornava sua compreensão equivocada comparada ao que estava sendo posto em prática na época.

Para ele era função dos profissionais do direito, os advogados, realizar uma melhor adequação do direito posto em prática com o direito da literatura, como podemos observar nesse trecho:

É missão dos advogados fazer com que o direito da vida real se aproxime do direito dos livros. Não mediante espasmos fúteis contra a inexistência de normas, e nem por exortações eloqüentes para que se obedeça ao direito tal como ele é, porém por fazer com que o direito dos livros seja tal que o direito da vida real possa a ele se adequar, colaborando para que se obtenha um modo rápido, barato e eficiente de que se aplicar o direito (POUND, in FISHER III, 1993, p. 44).

Como outros pensadores e adeptos do realismo jurídico e do pragmatismo filosófico, Pound indicava o estudo de outras matérias para uma maior compreensão e efetividade no meio jurídico, tais como economia e sociologia.

Não entendia o Direito como uma matéria autônoma, independente de outras matérias, pelo contrário, para entender e aplicar o direito de forma correta é necessário um conhecimento que vai além do mundo jurídico. Fielmente realista, combatia o entendimento dogmático do direito, visto que as sociedades estão sempre em mutação:

Não nos tornemos monges do direito. Não deixemos que nossos textos normativos ganhem foros de santidade e que sejam considerados como todos os textos sagrados. As palavras escritas continuam, permanecem, porém os homens se transformam. Sejam as leis de Manu ou de Zaratustra ou de Moisés, ou a 14ª emenda à

constituição norte- americana [...] ou a última regra jurídica do estado de Oklahoma, todas as leis tratam da mesma estória (POUND, in FISHER III, 1993, loc.cit.).

Como diversos juristas e pensadores do direito norte-americano de sua época, Roscoe Pound admirava com fervor e paixão as decisões de um famoso juiz, que influenciou e até hoje influencia o judiciário norte-americano, ninguém menos que Oliver Wendell Holmes Jr.

Nesse trecho Pound além de demonstrar fascínio a determinado voto de Holmes, ainda configura o que na sua opinião deve ser o realismo jurídico, com um pensamento voltado ao lado humano e social do poder judiciário:

O movimento sociológico na filosofia do direito, o movimento que defende o pragmatismo como uma filosofia jurídica, o movimento que prega que se ajustem princípios e doutrinas jurídicas às condições humanas que devem governar ao invés de princípios e teoremas supostos, o movimento que coloca o fator humano em um ponto local central, relegando a lógica a seu lugar verdadeiro, como um instrumento, tem pouco se manifestado ainda nos Estados Unidos. Talvez o voto vencido do Juiz Holmes no caso *Lochner v. Nova Iorque* seja a melhor exposição do que temos (POUND, in FISHER III, 1993, p. 31).

Pound é considerado um dos fundadores do Realismo Jurídico, defendia um judiciário que com mais ênfase no clamor popular, sendo esse poder essencial para o funcionamento da democracia, e uma aplicação do direito mais pragmática, Pound também foi o fundador do movimento da Jurisprudência Sociológica.

Criticava o formalismo e a chamada jurisprudência mecânica, que generalizava os casos, utilizando de precedentes, dogmas do direito, para solucionar casos que mereciam um olhar atento e novo devido as suas particularidades.

No período em que era reitor, Pound ficou conhecido por ser exigente com seus alunos, disciplina e cobrança faziam com que grande parte de seus alunos não se formassem. No ano de 1929, foi nomeado pelo Presidente Herbert Hoover, como um dos principais membros da Comissão Wickersham, que monitorava a aplicação da lei.

Refutava uma interpretação do direito jusnaturalista, e metafísica, entendendo que essas posições jusfilosófica já se encontravam ultrapassadas, e por isso agora necessitavam ser revistas.

E uma de suas maiores contribuições para o pensamento jusfilosófico norte-americano, que perdura até os dias atuais, é a ideia de que o direito ensinado nos livros é totalmente diferente do direito posto em prática nos tribunais, ou seja, o direito da vida real.

CAPÍTULO III – O REALISMO JURÍDICO NA CONTEMPORÂNEIDADE

Sendo o realismo jurídico uma escola jus filosófica norte americana, suas teorias e práticas se espalharam por toda Europa e também América latina, tendo seus defensores no Brasil. Porém, uma das críticas mais contundentes ao realismo jurídico é a da insegurança jurídica, pois as principais Nações ocidentais pertencem ao civil Law.

3.1 Insegurança Jurídica

Apesar de não ser o objetivo principal desse estudo é necessário entender o que é insegurança jurídica, a maneira mais simples de chegar a tal compreensão é entender o significado de seu antônimo, que é o princípio ou valor da segurança jurídica.

Para tal, basta se valer do sentido literal da palavra segurança, que nada mais que é a ausência de perigo e incertezas, estabilidade, e ausência de temor. Portanto compreende-se por segurança jurídica, uma atuação estável e previsível do Poder Judiciário.

No Estado democrático de Direito a segurança jurídica é considerada um elemento essencial para o seu ideal funcionamento, essa estabilidade na atuação do Estado serve tanto para garantir a liberdade e os direitos da população, como para justificar a necessidade do Estado em nossas vidas, seria, portanto, uma prova de eficiência da atuação estatal, um valor que o Estado tem de nos provar. No ordenamento jurídico pátrio, o princípio da segurança jurídica é considerado como

direitos e garantias fundamentais, o que está expresso no preâmbulo e no *caput* da Constituição Federal de 1988.

Um dos requisitos fundamentais para garantir a segurança jurídica, é uma estabilidade e coerência nas decisões tomadas por juízes em casos semelhantes, é bastante comum a utilização de precedentes e jurisprudência para que isso possa ser garantido, isso acaba gerando uma certa mecanização do judiciário, que ao observar semelhanças em determinadas demandas, já toma sua decisão baseada em decisões pretéritas.

No presente estudo podemos observar que essa generalização do direito em casos vistos como semelhantes, é grande motivo de crítica para os adeptos do Realismo Jurídico.

Diversos autores do Realismo Jurídico salientaram a importância da consideração de cada caso, sendo necessário tomar cuidado ao analisá-los, pois, cada caso tem suas particularidades, e nem sempre o que deu certo e foi considerado justo para um será considerado para outro.

O Realismo Jurídico como qualquer movimento ideológico ou filosófico tem seus opositores, que utilizam como uma das principais justificativas de seu posicionamento, essa instabilidade que o Realismo Jurídico pode causar no ordenamento jurídico.

Considerando que um verdadeiro juiz realista, é capaz de abandonar os precedentes e até mesmo as jurisprudências consolidadas em determinada matéria, se notar que tal entendimento não é o mais eficiente e correto a ser utilizado em questão.

Pois para ele o que importa é o real funcionamento da justiça e eficácia do direito, não o compreendendo apenas como um instrumento utilizado para manter o funcionamento do Estado, e sua reputação perante a população.

Mesmo sabendo que é importante a confiança do povo para com o Poder Judiciário, entretanto tal meio será alcançado através de sua real eficácia e

satisfação da população, e não através de uma ilusão que nos é dimensionada através das aparências.

Uma das teses aduzidas pelos realistas é de que a insegurança jurídica ou judicial, em que ocorre a judicialização do Direito por parte tanto pelo judiciário como pelos magistrados, não consiste em um problema fundamental devido a dinamicidade da sociedade atual.

Outra tese bastante alegada é de que as leis postas são estáticas frente uma sociedade que reclama a celeridade de suas demandas e isso não estaria ferindo, necessariamente o pacto constitucional dos freios e contrapesos, pois a insegurança jurídica está a serviço dos cidadãos em suas demandas por justiça.

3.2 O Realismo Jurídico no Brasil

Para compreendermos o Realismo Jurídico no Brasil, é necessário voltar ao contexto histórico e cultural da nação e do poder judiciário no período em que tal filosofia dava os seus primeiros passos nos debates políticos, e conseqüentemente no ordenamento jurídico brasileiro, é também de grande importância compreender o contexto do país que originou a filosofia realista, os Estados Unidos da América, visto que os dois países passavam por momentos similares, fato que influenciou a absorção do conhecimento jurídico norte-americano por alguns influenciadores pátrios da época.

Na virada do século até o final da década de 1930 a Suprema Corte norte-americana atingiu sua supremacia, defendendo interesses liberais sendo na maioria das vezes desfavorável a políticas intervencionistas, principalmente relacionado às questões sociais.

O processo de urbanização e a tentativa de elevar a economia propiciou o aumento da desigualdade social e da pobreza no período entre 1900-1920, o que fez com que debates e conflitos sociais aumentassem, a insatisfação da classe trabalhista bem como de alguns movimentos críticos da época contribuiu para a criação de organizações sindicais, e também o surgimento de movimentos

ideológicos e políticos voltados mais para a questão da realidade social.

A preocupação com a questão social não era uma realidade apenas dos norte-americanos, era um problema global, e a crítica contra o liberalismo se tornava cada vez mais comum.

Em 1929 ocorre a quebra da bolsa de valores de Nova York, evento que fortificou a crítica contra o liberalismo, e colocou em dúvida a eficiência do capitalismo, somente depois com a criação do *new deal*, é que o Estado passa a se preocupar e tomar medidas sociais para controlar a desigualdade social.

Conforme podemos observar nas palavras de Garcia Neto (2008, p.27):

A questão social era o problema que instigava a reflexão da burocracia estatal de todos os países que haviam iniciado o processo de industrialização. Esse fenômeno ampliava-se na medida em que era lançada a segunda revolução industrial com o modelo taylorista/fordista de produção e a questão social passava a ser percebida como uma externalidade negativa desse processo. Apesar de terem obtido resultados políticos bastante distintos do ponto de vista da preservação do Estado democrático de direito, tanto a Era Vargas¹⁹ quanto o New Deal, significaram o fortalecimento da proteção social e da regulação da economia e da relação entre indústria e trabalho.

O Brasil nesse período passa pela queda da República Velha, e após o golpe de 1930, os intelectuais do país tentavam entender e esclarecer o que era o Brasil.

Alguns intelectuais defendiam um nacionalismo que não aderisse a costumes e ideias estrangeiras, enquanto outros defendiam uma identidade brasileira forte, porém que poderia aderir a ideias estrangeiras e adapta-las caso fosse eficaz e necessário, nesse cenário surgia o movimento antropofágico na arte, que defendia uma arte genuinamente brasileira, e aberta a influência estrangeira.

Essa tendência não alcançou apenas a arte e outros movimentos intelectuais da época, o pensamento jurídico também se formou numa tentativa de entender o Brasil de uma forma antropofágica, e os juristas brasileiros foram beber

das teorias norte-americanas, numa tentativa de entender e encontrar soluções para sair da crise que também enfrentava.

Diante disso esses juristas adeptos da antropofagia jurídica criticavam o liberalismo, o formalismo e o individualismo, e apoiavam um direito voltado mais para a questão social, sendo necessário para alcançar tal meio, tornar a hermenêutica judicial menos formalista, mudando assim a sua estrutura. E assim surgia o realismo no Brasil.

Oliveira Vianna e Alberto Torres foram um dos primeiros influentes políticos da sociedade brasileira a se mostrarem adeptos de algumas ideias que mais se aproximavam do realismo norte-americano, apoiavam uma interpretação e execução do direito mais aberta a outras disciplinas do campo do saber, tais como economia, sociologia e psicologia.

Alberto Torres (1865-1917) formado em direito, foi um político brasileiro muito importante na ordem jurídica brasileira apesar de não ser muito reconhecido, o seu papel foi fundamental na propagação dos ideais realista no país, era contra o liberalismo e grande crítico da Constituição de 1891.

O seu pensamento era totalmente contrário a ideologia de um famoso jurista pátrio, Rui Barbosa (1849-1923), um dos maiores colaboradores da Constituição de 1891, adepto do liberalismo, defendia a propriedade privada e liberdade contratual, acerca disso pontua Garcia Neto (2008, p.91):

Ademais, Rui Barbosa defendia que, na relação contratual, deveria haver a primazia da autonomia da vontade. Foi em defesa dessa doutrina da liberdade contratual, que Rui Barbosa argumentou no Senado, em 1898, contra a reapresentação de um projeto sobre a regulação do trabalho rural, baseando-se na intangibilidade do contrato. A regulamentação de serviços de qualquer ordem, segundo ele, implicaria a diminuição da liberdade individual, constringendo de forma incompatível o trabalho livre. De acordo com o jurista, qualquer forma de regulamentação constituiria inclusive nova forma de escravidão, pois significaria o retorno a um regime em que não havia liberdade de celebração de contratos de trabalho, nem eram as partes consideradas iguais.

Alberto Torres era contra a transplantação direta de instituições estrangeiras no meio jurídico brasileiro, segundo ele não se pode transplantar instituições de outros países em um país como o nosso em que os costumes, a cultura e outras peculiaridades são totalmente diferentes, da realidade dos demais.

Esse era o seu fundamento para as críticas da Constituição de 1891, que segundo ele era mero plágio de outras estrangeiras, ele também criticava a forma como ela era interpretada.

Um dos seguidores mais notáveis de Alberto Torres foi Oliveira Vianna (1883-1951), Vianna também criticava a constituição de 1891, e a ausência da participação popular na vida política.

No período de 1920 a 1930 o debate sobre conflitos sociais ganhava destaque no mundo todo, com o capitalismo em crise, o liberalismo e o individualismo passaram a ser ainda mais indagados, e os meios jurídicos começam a se atentar mais aos problemas sociais da sociedade.

No Brasil não era diferente a população começara a utilizar mais os tribunais demandando sobre direitos sociais, o que intensificou os debates acerca do tema, fazendo com a questão social fosse o principal tema das discussões jurídicas.

O que contribuiu para a inserção do realismo em nossa cultura jurídica, pois os brasileiros adeptos se identificavam com o pensamento dos realistas norte-americano no qual diz respeito ao liberalismo e a autonomia de vontade contratual, conforme podemos observar nas palavras de Garcia Neto (2008, p.99):

Nas questões envolvendo as relações de trabalho, muitos autores brasileiros compartilhavam as críticas do realismo jurídico norte-americano contra o *laissez-faire* e a interpretação liberal da autonomia da vontade para os contratos que regulavam as relações de trabalho. Lembra-se aqui de que as relações de trabalho eram reguladas no Brasil por meio de contratos de locação de serviços. Desse modo, as críticas dos realistas norte-americanos contra a decisão da Suprema Corte no caso *Lochner*, bem como as defesas das políticas sociais do *New Deal*, foram recebidas e antropofogizadas pelo pensamento jurídico brasileiro. Nessa pauta, Louis Brandeis, ministro da Suprema Corte norte-americana e ex

advogado de sindicatos e associações trabalhistas, tornou-se um importante autor para alguns juristas brasileiros. Tanto Oliveira Vianna, membro do governo, como João Mangabeira, membro da oposição, buscavam nos votos de Brandeis inspiração para seus argumentos sobre a reformulação da regulação das relações de trabalho no Brasil.

O cenário nacional aclamava por mudanças e é nesse contexto que o corporativismo toma força como solução, e com a revolução de 1930, o corporativismo é instaurado no país durante a era Vargas, o corporativismo foi defendido tanto pela esquerda como a direita, inclusive o já citado autor Alberto Torres também defendia essa medida.

Conforme o observado as similaridades entre o contexto brasileiro e norte-americano foram de grande importância para a chegada do Realismo Jurídico no Brasil, crises financeiras, a industrialização e o aumento nas demandas por direitos sociais, fez com que os juristas contemporâneos se atentassem mais ao fim social da lei, as semelhanças fizeram com que tais juristas enxergassem nos ideais, mesmo que não completamente, do Realismo Jurídico, colocando assim nos debates jurídicos nacionais a filosofia realista.

3.3 O Realismo Jurídico na globalização

O termo globalização pode conter diversos significados, a depender de qual área do saber está analisando tal tema, seja ela geografia ciências sociais, economia.

Porém podemos defini-la como sendo a incorporação de determinados elementos da cultura de uma nação, seja na economia ou até nos costumes, por outra nação. Com o avanço da tecnologia, as relações interpessoais se modificaram bruscamente, os meios de comunicação com a chegada da internet possibilitaram uma maior liberdade as pessoas na hora de se comunicarem, ocorrendo uma internacionalização das relações.

A respeito disso conceitua Adyr Garcia Netto (2007, pg.18):

Globalização é palavra comumente utilizada para designar o aprofundamento da inter-relação entre indivíduos de nações diferentes, seja no âmbito comercial ou em qualquer atividade humana, intensificado pela escalada sem precedentes da tecnologia nas últimas décadas, especialmente nas áreas da comunicação e do transporte, impossibilitando a identificação de um país somente pela sua hegemonia cultural.

Essa transmutação de costumes entres as nações ultrapassa as fronteiras continentais, a população migra a outros países em busca de melhorias, empresas estão cada vez mais envolvidas em negócios internacionais, e o atual modelo da economia mundial gera uma dependência maior entre um país e outro.

Esses avanços acabam por gerar demandas no meio jurídico, o qual, deve se adaptar, uma legislação mais abrangente e integralizada entre esses países, é apontada como uma possível solução na melhoria e eficiência dos tribunais nas resoluções das demandas.

Nesse sentido os ideais do Realismo Jurídico podem se mostrar como uma possível solução aos problemas futuros e já existentes, por oferecer uma maior dinamicidade do direito, que segundo seus autores, pode e deve se adaptar as circunstâncias atuais, principalmente numa sociedade que está em constante mudança, como nos tempos atuais.

Outro fator que nos leva a acreditar ser o Realismo Jurídico de grande importância no cenário global jurídico, é a interdisciplinaridade na interpretação da lei defendida por seus adeptos, o atual modelo econômico nos mostra como um abalo na economia mundial pode influenciar a vida das pessoas.

Para evitar a desigualdade e até mesmo por caráter humanitário, a justiça é cada vez mais utilizada no controle em relação à economia, o direito, portanto, passa a se integralizar cada vez mais com essa matéria, e como podemos observar nesse trabalho fora defendido pelos autores do realismo.

A transposição de costumes e cultura, muitas vezes provocada através da migração da população para outros locais, outro fator influenciado pela globalização, também acaba por influenciar em como o judiciário deve agir, nesse caso um direito

com visão em matérias como antropologia, sociologia, podem ajudar esses países a resolver a lides.

No mundo pós-guerra, é que começam a ocorrer as primeiras convenções e tratados internacionais. Essas medidas foram as primeiras tentativas de se fazer um direito internacional, já como efeito da globalização, depois da segunda guerra mundial, grande parte da matéria discutida nesses encontros era sobre economia, já podia se notar uma grande preocupação com a questão econômica mundial, abrindo assim um maior espaço para a integralização do direito e economia.

Interessante notar como os autores do Realismo Jurídico mesmo naquela época já se mostravam futuristas com relação a suas ideias, principalmente em suas críticas a abstração do direito dos demais campos do saber, tornar o direito científico, e desintegrado de outras matérias no cenário atual seria um retrocesso.

A necessidade de interferência na economia por parte do judiciário é uma realidade, que não pode ser ignorada por questões ideológicas, a respeito disso pontua Adyr Garcia Netto (2007, pg.33):

Embora os preceitos capitalistas e neoliberais que motivam o impulso da modernidade e do processo de globalização, e com eles o progresso e o desenvolvimento que todos dependem, exijam liberdade e interferência mínima do Estado, é importante lembrar que pela natureza humana, não há atividade empresarial isenta das paixões que possam desviar sua conduta e instigá-la a abusar do poder econômico e deteriorar as relações sociais.

A preocupação dos realistas com a eficiência do judiciário, bem como, com as questões de ordem social, também, podem ser utilizadas no cenário do direito global, é fácil perceber como essas indagações levantadas a tanto tempo ainda se encaixam e como o direito tem evoluído mais para essa linha de pensamento, que busca um maior desenvolvimento social, qualidade e não quantidade.

Conforme podemos observar os efeitos da globalização são vastos, as coisas ficam cada vez mais complicadas, tanto na economia, política, meio ambiente e demais matérias envolvidas.

Essa maior complexidade acaba por afetar o funcionamento do poder judiciário, como acontece nas demais instituições, as demandas se tornam cada vez mais complexas, o que acaba por gerar maior instabilidade jurídica.

Essa análise profética pode desmascarar aqueles que criticam o Realismo Jurídico, com o intuito de preservar a segurança jurídica, visto que, segundo eles o Realismo Jurídico acaba por causar insegurança jurídica.

Porém, basta fazer uma análise mais profunda do direito global, para percebemos que devido à complexidade da sociedade atual é esperado que instabilidade jurídica se instaure, pois, independente da natureza do sistema jurídico esse fato fará cada vez mais parte da sociedade.

CONCLUSÃO

A formação do Realismo Jurídico ainda como filosofia pragmática nos mostra o caminho que viria a ser tomado pelo movimento buscando cada vez mais uma maior praticidade nas resoluções da lide, hoje depois de tanto tempo que se iniciou essa linha de pensamento, mais do que nunca necessitamos ser práticos e adaptáveis, pois a globalização acelera o processo de mudança.

No Brasil apesar de não termos nenhum representante fidedigno do movimento realista, podemos observar que importantes juristas do passado aderiram as ideias que muito se aproximavam do Realismo Jurídico norte-americano, adaptando as no cenário nacional, e até hoje por ora vemos alguns representantes do judiciário se aderindo a uma ideia de direito mais dinâmico e volúvel, preocupado com a questão da ordem social e distribuição de renda.

No que diz respeito ao futuro da filosofia realista, é de se esperar que esta passe a ser muito utilizada. O fenômeno da globalização implicará uma grande mudança para o direito global, já hoje podemos observar uma maior complexidade na sociedade que é logicamente refletida no direito.

Esse aumento na complexidade das demandas pode ser resolvido se o direito for um pouco mais dinâmico, maleável, capaz de se adaptar a situações peculiares que fogem do senso comum, o que mostra que o Realismo Jurídico ainda tem muito a oferecer, tanto no direito brasileiro como no direito internacional.

m que pese a insegurança jurídica seja um caso a se preocupar, a eficiência do direito deve prevalecer à necessidade do Estado de justificar a sua atuação.

Um dos efeitos da globalização é justamente o aumento da insegurança jurídica, fato este que ocorrera independente do regime adotado, a verdade é que são tempos de adaptação, e o direito também deve evoluir enfrentando suas dificuldades em nome sempre do bem comum.

REFERÊNCIAS

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

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: 5 jun. 2020.

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

COELHO, João Fernando de Oliveira. **O formalismo jurídico, o neoconstitucionalismo e o anti formalismo dialógico - decisões judiciais e políticas públicas**. Rio de Janeiro: 2015.

COSTA, Alexandre Araújo. **Judiciário e interpretação: entre Direito e Política**. Pensar, Fortaleza, v. 18, n. 1, p. 9-46, jan./abr. 2013.

FERREIRA NETTO, Adyr Garcia. **O direito no mundo globalizado: Reflexos na atividade empresarial**. 2007. 134 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual de Londrina.

GALVÃO, Marcelo Lavocat. **A insegurança jurídica dos efeitos vinculantes das decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária/ Marcelo Lavocat Galvão**. Orientador: Heleno Taveira Torres, São Paulo, 2014. 186 fls. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, 2014.

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/tde27022012-165826/pt-br.php>. Acesso em: 07 jun. 2020.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy. **Introdução ao Movimento *Critical Legal Studies***. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

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

HOLMES JR., Oliver Wendell. **The Essential Holmes**. Chicago: Chicago University Press, 1992.

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

IOCOHAMA, Celso Hiroshi. Acesso À Justiça E (In)Segurança Jurídica: O Conhecimento E A Determinação Dos Direitos No Sistema Brasileiro. **AJURIS**, Porto Alegre, v. 45, n. 144, p. 155-182, jun./2018. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-AJURIS_n.144.05.pdf.

Acesso em: 10 jun. 2020.

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

MOROSINI, Fábio. **Globalização e Direito: Além da metodologia tradicional dos estudos jurídicos comparados e um exemplo do Direito Internacional Privado**. Brasília, v. 43, n. 172, p. 119-133, dez./2006. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/93265/Morosini%20F%c3%a1bio.pdf?sequence=5&isAllowed=y>. Acesso em: 10 jun. 2020.

NASSER, Paula Maria Cury; MARÇAL, Antônio Cota. **Uma releitura da escola da jurisprudência dos conceitos à luz do pragmatismo contemporâneo**. Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2339.pdf.

POUND, Roscoe. **Liberdade e Garantias Constitucionais**. São Paulo: Ibrasa, 1976

POUND, Roscoe. **An Introduction to Philosophy of Law**. New Brunswick e London: Transaction, 1998.

ROCHA, Paulo Sergio. **Evolução histórica da teoria hermenêutica: do formalismo do século XVIII ao pós-positivismo**. Lex Humana (Petrópolis, nº 1, 2009, p. 77).