

**ACERCA DO REALISMO JURÍDICO COMO UM MÉTODO  
PARA A PESQUISA JURÍDICA**

**CONCERNING THE LEGAL REALISM AS A METHOD  
FOR JURIDICAL RESEARCH**

Lorena Freitas<sup>1</sup>

Enoque Feitosa<sup>2</sup>

**Resumo:** Este artigo objetiva propor uma opção metodológica para a pesquisa jurídica a partir do ponto de vista do realismo jurídico. Para tanto, a primeira parte apresenta o realismo jurídico como movimento com inspiração pragmática. O pragmatismo como filosofia é a expressão das ideias de Charles Sanders Peirce, William James e John Dewey. Nesse sentido, o realismo jurídico pode ser compreendido como uma dimensão jurídica das ideias pragmáticas. A segunda parte argumenta que uma metodologia realista é uma forma de estudar o direito sem referência central a idealismos. Assim, uma pesquisa baseada no realismo jurídico se caracteriza pelo ceticismo e tem como foco o comportamento judicial no ínterim da criação judicial pelo Judiciário.

**Palavras-chave:** Realismo jurídico; Metodologia; Decisão judicial.

**Abstract:**

This article aims purpose a methodological option to juridical research by legal realism point of view. Therefore, the first part present the legal realism as movement with pragmatismal inspiration. The pragmatism as philosophy is expression by Charles Sanders Peirce, William James and John Dewey's ideas. Thus, the legal realism can be comprehended as a juridical way of pragmatic ideas. The second part intents argument that a legal realistic methodology is a form to study the law without main reference to idealisms. Then, a research based on legal realism characterized by skepticism and has as focus the judicial behavior of judicial decision-making in Courts.

**Keyword:** Legal realism; Methodology; Judicial decision.

---

<sup>1</sup> Professora Adjunta CCJ/ UFPB; Coordenadora do Programa de Pós-graduação em Ciências p. 71.

<sup>2</sup> “Let us not pretend to doubt in philosophy what we do not doubt in our hearts”, cf. PEIRCE, Charles Sanders. Some Consequences of Four Incapacities. *In: Journal of Speculative Philosophy* 2. Disponível em < <http://www.cspeirce.com/menu/library/bycsp/conseq/cn-frame.htm> >. Acesso: Ago. 2014. Ver também: PEIRCE, Charles Sanders. Col. Os Pensadores. São Paulo: Abril cultural, 1980, p. 71.

## **I - O realismo jurídico como objeto de pesquisa**

O objeto de pesquisa neste artigo é o Realismo Jurídico. Todavia seu objetivo é didático-metodológico, pois ao tempo que trata teoricamente do realismo jurídico americano, pontuando os principais equívocos que confundem a compreensão deste movimento herdeiro do pragmatismo filosófico americano, persegue como eixo central uma preocupação de propor uma uniformização metodológica acerca do que pode ser tido como pesquisa referenciada no realismo.

Sendo a didática um campo da pedagogia preocupado com a reflexão e análise do processo de ensino e aprendizagem, logo, da docência como um todo, a preocupação é didática enquanto pretensão de conhecer melhor a realidade educativa ao tempo em que procura intervir sobre a realidade que se estuda. Assim, o artigo tem uma pretensão descritiva-explicativa, porém, ao elaborar uma proposta de percepção do realismo como apto para compreensão dos institutos jurídicos, isto é, um ponto de partida para se pesquisar em Direito, o artigo se define sobremaneira pela característica metodológica.

Para efeitos da argumentação aqui a ser desenvolvida, método é compreendido como o caminho, isto é, como se procede para atingir determinado objetivo, já metodologia é a forma como se pode pensar esse(s) método(s), de forma que se faz como linguagem de segunda-ordem ou meta-linguagem.

Falar de uma metodologia realista significa aqui perceber as características teóricas do realismo na forma como se pode problematizar e pensar os institutos jurídicos com vista as suas consequências práticas, na lição da máxima peirceana.

No plano da justificativa, digo, o porquê do realismo jurídico como objeto de estudo, revela-se o ponto que inspirou a ideia desta artigo o qual se assenta no que podemos chamar de uma certa confusão existente na doutrina sobre a relação entre pragmatismo filosófico, pragmatismo lingüístico, realismo jurídico americano, realismo escandinavo e jurisprudência sociológica, além de termos mais atuais como ativismo judicial e judicialização que alguns aproximam equivocadamente do realismo.

O cerne dubitativo está na proximidade entre estes. Além do ponto em comum, à exceção do realismo jurídico escandinavo, de terem um mesmo berço na sociedade norteamericana. A tese de que tal filosofia pragmática no campo jurídico adquiriu uma autonomia a ponto de se poder identificar um movimento jusfilosófico – o realismo jurídico norteamericano – é pouco versada pelos autores.

Nas palavras de Alf Ross, ao tratar do realismo de Cardozo, destaca a postura mais prudente do próprio Realismo ao falar de Cardozo em relação a alguns excessos dos demais teóricos de mesma inspiração, como se lê: “Benjamin Cardozo não aprova os excessos do realismo, mas aceita a ideia fundamental que está em conceber que o juiz contempla na tomada de decisão um vasto e pouco preciso conglomerado de princípios, regras, costumes, usos e padrões morais, prontos para serem incorporados numa decisão conforme certo processo de seleção a ser praticado por ele e que se estes elementos estiverem estabelecidos de sorte a justificar, com razoável certeza, a previsão de que encontrarão o respaldo do tribunal no caso de sua autoridade ser questionada, então o juiz dirá que são direito”.<sup>3</sup>

Desse modo o fluxograma abaixo pretende estabelecer os liames de continuidade entre a teoria e a prática do pensamento realista bem como as interações com o pragmatismo clássico: *Pragmatismo filosófico* → *Pragmatismo jurídico* → *Realismo jurídico americano: relativismo como crítica ao formalismo jurídico*.

Veja-se em Cardozo, ademais, para destacar o caráter descritivista do realismo, que suas ideias centrais (pluralismo metodológico e o elemento subconsciente) que se articulam nas conferências de 1920 em Yale ratificam uma perspectiva realista de se perceber o direito a partir de inspiração pragmática, o que se expressa numa característica descritivista e não prescritivista quanto ao direito.

## **II - O realismo jurídico americano como herdeiro do pragmatismo filosófico**

Para tratar do realismo jurídico norte-americano e do pragmatismo, um primeiro corte epistemológico se faz necessário que diz respeito à própria filosofia pragmática. A pretensão de discutir o campo de aplicação dessa filosofia no direito padeceria de incompletude se antes não se percebesse o movimento maior e que lhe dá sustentáculo, qual seja, o pragmatismo filosófico.

Não é aqui o propósito estudar os meandros lingüísticos em que a pragmática se desenvolve, mas tão-somente o campo da Filosofia e da Filosofia do Direito.

Esta vertente da filosofia prática,<sup>4</sup> dado que sua principal característica é a de “se reivindicar como uma filosofia da ação”.<sup>5</sup>, tem caráter genuinamente estadunidense, deitando suas raízes na própria história dos EEUUA<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> ROSS, Alf. **Direito e justiça**. 2.ed. São Paulo: EDIPRO, 2007, p. 100.

<sup>4</sup> O termo entrou em uso por ocasião do debate recente, resultante da recepção do neo-aristotelismo, acerca das teorias éticas e políticas designa a retomada de intuições da filosofia prática aristotélica, recorrendo-se ao saber

Filosoficamente o pragmatismo constitui um dos alicerces culturais da nova mentalidade americana pós-guerra civil, é natural, portanto que tenha exercido igualmente papel relevante na reformulação do sistema jurídico, particularmente no que concerne ao chamado realismo jurídico norte-americano. Desenvolveu-se, pois, a partir de alguns ensaios clássicos, de autoria de Charles Sanders Peirce, de William James, de John Dewey e de Oliver Wendell Holmes Jr.<sup>7</sup>, juiz da suprema corte norte-americana, precursor do realismo jurídico e representante do pragmatismo no ambiente forense.

O pragmatismo é fundamentalmente uma teoria do conhecimento que visa a dar uma resposta à pergunta “Como se dá o conhecimento?”<sup>8</sup>

Pode-se dizer que Cardozo inspirou-se numa pergunta semelhante, questionando como se dá o conhecimento jurídico nos tribunais tomando conhecimento não no sentido de ciência estritamente, mas como aquisição do saber/ conhecimento/ experiência acerca do que é direito.

O texto que inaugura e inspira o movimento intitula-se *Como tornar claras as nossas idéias*, escrito por Peirce em 1878. No artigo tem-se a máxima de que “a ação do pensamento é exercida pela irritação da dúvida, e que cessa quando se atinge a crença; de modo que a produção da crença é a única função do pensamento”.<sup>9</sup> Aduz ainda que: “A função global do

---

prático tal como Aristóteles o definiu em relação ao seu objeto. A reabilitação da filosofia prática se desenvolve sob a influência de textos como Verdade método (Gadamer) e Vita activa (Arendt), cada um a seu modo, estes contribuíram para a redescoberta da concepção aristotélica de saber prático, desembocando na década de 70 passada com a discussão da atualidade dos problemas da racionalidade prática e seu aspecto mais significativo é a reabilitação da inteligência prática (ou *fronesis*). Fora toda referência a Aristóteles é possível encontrar na história dos sistemas de saber a permanência constante de um saber chamado filosofia prática – ainda que não compareça tal divisão explícita - dividida em ética, economia e política, distinta da filosofia puramente teórica, metafísica por exemplo. Cf. VOLPI, Franco. Filosofia prática. In: Monique Canto-sperber (org.). **Dicionário de ética e filosofia moral**. São Leopoldo: Unisinos, v. 1, 2003, p. 642-648. Ainda sobre esta racionalidade prática, outro possível desdobramento desta tese é explorando o referencial habermasiano ao debater que num ambiente ideal, as decisões poderiam ser tomadas num contexto de racionalidade discursiva. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007, vol. 1, *passim*.

<sup>5</sup> FEITOSA, Enoque. **Direito e Humanismo nas Obras de Marx no período de 1839-1845**. Dissertação de Mestrado. Recife: UFPE, 2004, p. 154. Neste sentido pode-se argüir uma aproximação entre pragmatismo e marxismo na medida em que ambas têm como preocupação central se voltar à prática, bastas lembrar a 11ª tese: “Os filósofos têm apenas interpretado o mundo de maneiras diferentes; a questão, porém, é transformá-lo”, cf. MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. Teses sobre Feuerbach (11ª tese). In: **A ideologia alemã**. São Paulo: Centauro, 2005, p. 124.

<sup>6</sup> Alexis de Tocqueville já advertia que, o estudo da política se inicia com uma investigação das condições sociais de cada nação, que esta é o produto de um fato e que se nós quisermos nos tornar familiarizados com a legislação e os hábitos de uma nação devemos começar pelo estudo de suas condições sociais. Cf. TOCQUEVILLE, Alexis de. **Democracy in América**. New York: Mentos books, 1960, p. 49; JASMIN, Marcelo Gantus. História e retórica política. In: **Alexis de Tocqueville**: A historiografia como ciência da política. 2.ed. Belo Horizonte/ rio de Janeiro: UFMG/ IUPERJ, 2005, p. 243 ss.

<sup>7</sup> REGO, George Browne. Considerações em torno do pragmatismo e da filosofia jurídico-pragmática de Oliver Wendell Holmes Jr. In: **Anuário dos cursos de pós-graduação e direito da UFPE**. N. 17. Recife: Ed. Universitária UFPE, 2007, p. 41 ss.

<sup>8</sup> SHOOK, John. **Os pioneiros do pragmatismo americano**. Rio de Janeiro: DP&A, 2002, p. 11.

<sup>9</sup> “The action of thought is excited by the irriation of doubt, and ceases when belief is attained; so that the

pensamento consiste em produzir hábitos de ação [...]. Então chegamos ao que é tangível e concebivelmente prático como sendo a raiz de qualquer distinção real do pensamento [...] e não há distinção de significado por mais fina que seja que não consista numa possível diferença da prática”.<sup>10</sup>

Assim, o significado de um conceito está nas suas conseqüências práticas, nas possibilidades de ação que ele define, do que podemos concluir que a clareza de uma idéia reside na sua utilidade.

James acabou trazendo polêmica quando em *The will to believe* propõe um ensaio sobre a justificação da fé. Na verdade o problema surgido não foi exatamente ao fazer esta justificativa, mas a forma que ela tomou, que em síntese apertada pode ser simplificada na idéia de que é melhor acreditar em deus frente às danosas conseqüências práticas de uma descrença se por acaso deus existir.<sup>11</sup>

Desta forma James acaba por promover uma alusão do pragmatismo ao utilitarismo, associação esta que rigorosamente não corresponde à essência do método pragmático, mas que, todavia, não deixa de ser-lhe elemento característico.

O pragmatismo no direito teve sua primeira representação com Oliver Wendell Holmes Jr. e é dele o mais famoso aforismo jurídico norte-americano, que nos dá conta de que o direito não é lógica, é experiência.<sup>12</sup>

Por pragmatismo jurídico delimita-se a expressão da perspectiva compartilhada por Oliver Holmes, Roscoe Pound e Benjamin Cardozo, principalmente, de que a lei não seria um processo de deduções de decisões corretas dos princípios jurídicos estabelecidos, mas, antes, um contínuo processo ou adaptação experimental de tomada de decisão em determinados casos, numa tentativa de chegar a soluções que sejam corretas apenas no sentido de que realmente funcionaram no contexto social em que agiram.<sup>13</sup>

Evidencia-se aí uma crítica implícita ao programa da Exegese e ao formalismo jurídico então predominante, que viam, fundamentalmente, o processo de formação da

---

production of belief is the sole function of thought”. PEIRCE, Charles Sanders. **How to make our ideas clear**. Disponível em <<http://www.peirce.org/writings/p119.html>>. Acesso em 17/5/05, p. 3 de 12.

<sup>10</sup> “the function of thought is to produce habits of action [...]. Thus, we come down to what is tangible and conceivably practical, as the root of every real distinction of thought [...] and there is no distinction of meaning so fine as to consist in anything but a possible difference of practice”. PEIRCE, Charles Sanders. **How to make our ideas clear**. Disponível em <<http://www.peirce.org/writings/p119.html>>. Acesso em 17/5/05, p. 5 de 12.

<sup>11</sup> JAMES, William. **A vontade de crer**. São Paulo: Loyola, 2001, p. 49-50.

<sup>12</sup> “The life of the law has not been logic: it has been experience”. Cf. HOLMES, Oliver Wendell. **The path of law and the common law**. New York: Kaplan, 2009, p. 31; LATORRE, Angel. **Introdução ao Direito**. Coimbra: Almedina, 1979, p. 175.

<sup>13</sup> LLOYD, Denis. **A idéia da lei**. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 267.

decisão como mera operação silogística na qual uma relação puramente reflexiva entre norma abstrata e caso concreto é quem produziria, dedutivamente, a decisão.

Contextualmente, o pragmatismo jurídico é uma escola da teoria do direito que nasceu nos EUA no início do século XX tendo por principal característica o esforço de aplicar a tradição filosófica do pragmatismo ao problema da interpretação jurídica.<sup>14</sup>

No âmbito do direito o pragmatismo fez suas primeiras incursões por meio daquilo que ficou conhecido como o realismo jurídico do próprio Holmes, além dos demais citados, Roscoe Pound e Benjamin Cardozo. O termo realismo jurídico é utilizado para descrever a teoria e a prática desses juristas devido à resistência que demonstraram ao formalismo excessivo da tradição jurídica americana.

Para os pioneiros do juspragmatismo norte-americano as instituições jurídicas deviam ser realistas quanto às necessidades sociais que têm por objetivo saciar, só assim as decisões jurídicas estariam mais próximas da comunidade.

Ainda que não seja preocupação deste estudo, mas resta citar que contemporaneamente, o pragmatismo jurídico é representado por Richard Posner, Thomas Grey, Daniel Farber e Martha Monow, que procuram fazer uma atualização do realismo jurídico nos seus primórdios.

Posner argumenta que o eixo comum do juspragmatismo são três elementos complementares; a) desconfiança dos instrumentos metafísicos de justificação ética, b) a insistência de que a verdade de uma proposição deve ser testada por suas conseqüências, e c) a insistência que projetos políticos, éticos e jurídicos sejam avaliados e julgados por sua conformidade com as necessidades humanas e sociais e não por critérios ditos objetivos e impessoais.<sup>15</sup>

Com base no dito, ser pragmatista ao analisar o direito significa considerar que as teorias se tornam impraticáveis quando o seu grau de abstração é excessivo.

Assim, o realismo jurídico seria um movimento doutrinário de cunho anti-metafísico que se desenvolveu nos EUA e países escandinavos e situa-se na linha de concepções que rechaçam a jurisprudência mecanicista da escola da Exegese e se caracteriza por um ceticismo frente às normas e conceitos jurídicos.

---

<sup>14</sup> EISENBERG, José. Pragmatismo jurídico. In: **Dicionário de filosofia do direito**. Vicente de Paulo Barretto (org). São Leopoldo/ Rio de janeiro: Unisinos / Renovar, 2006, p. 656-657.

<sup>15</sup> POSNER, Richard A. **Cardozo**: A study in reputation. Chicago and London: The University of Chicago, 1990, *passim*; FERREIRA, Fernando Galvão de A. Realismo jurídico. In: **Dicionário de filosofia do direito**. Vicente de Paulo Barretto (org). São Leopoldo/ Rio de janeiro: Unisinos / Renovar, 2006, p. 700.

Esse ceticismo é uma forma de reação contra a atitude de um legalismo normativista. Assim o realismo não se limitou apenas em dizer que as normas jurídicas não são dotadas de virtudes prévias assinaladas pelo formalismo jurídico. E quanto à sua a atitude anti-metafísica, acima mencionada, tal postura o leva, segundo alguns autores, a buscar constituir uma ciência empírica do direito voltada a descrever a realidade jurídica.<sup>16</sup>

Acerca desta concepção sobre a pretensão científica do realismo, se assim se puder considerar, é – em certa medida – contrária à tese aqui defendida. Defende-se neste trabalho que, ainda que o ceticismo seja uma característica fundamental do realismo, este cariz não significa, todavia, que o realismo se pretenda como uma escola ou teoria!

Neste mesmo sentido, Karl Llewellyn em resposta a carta para Roscoe Pound é direito e objetivo ao dizer que não há uma escola realista, mas um movimento.<sup>17</sup>

Em razão desta consideração exposta é que o entendimento neste trabalho é que o realismo jurídico revela-se como uma metodologia do direito, e esta percepção é signatária do entendimento assente no pragmatismo filosófico que se propõe como um caminho para assentar disputas metafísicas.<sup>18</sup> E é neste sentido - de ser uma metodologia - que se pode compreender a pretensão científica do realismo.

Enfim, o pragmatismo jurídico, na medida em que herda do pragmatismo filosófico uma rejeição aos dualismos, rechaça igualmente o puro decisionismo como o outro extremo do legalismo.

Enquanto o legalismo exegeta enfatiza o legislador e desprivilegia o julgador que seria apenas a boca da lei, é correto perceber que o realismo acentua o papel judicante. Todavia, é exagero assemelhar o realismo ao decisionismo, pois este último sim é quem concebe o direito como fruto exclusivo da arbitrariedade do julgador, ao passo que para o realismo o direito é fruto não da arbitrariedade, mas da discricionariedade do julgador.

---

<sup>16</sup> FERREIRA, Fernando Galvão. Realismo Jurídico. In: BARRETO, Vicente (coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo/ Rio de Janeiro: Unisinos/ Renovar, 2006, p. 701-702.

<sup>17</sup> “There is no school of realists. There is, however, a *movement* in thought and work about law. The movement, the method of attack, is wider than the number of its adherents...” LLEWELLYN, Karl. Some realism about realism: Responding to Dean Pound. In: FISHER, William; HORWITZ, Morton; REED, Thomas. **American legal realism**. New York: Oxford University, p. 1993, p. 72.

<sup>18</sup> Ainda que autores como Cornelis de Waal, na esteira do próprio James tragam a menção à método, isto é, não utilizem a expressão metodologia, mas sim método para identificar o pragmatismo. Todavia, de acordo com as noções de método, metodologia e metódica detalhadas por João Maurício, a tese considerou mais adequada a terminologia metodologia que significaria um caminho ou meta-linguagem que se perfaz a partir da linguagem-objeto (ou método). Sobre os três níveis retóricos e distinções entre metódica, metodologia e método, ver: ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional: Sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 6, 35-39, 142; Sobre a conexão de pragmatismo como método, destaca-se o tópico, dentro do capítulo 1: “Método, não teoria”, onde argumenta que o pragmatismo é um método para fazer filosofia e não uma teoria filosófica. Cf. WAAL, Cornelis de. **Sobre pragmatismo**. São Paulo: Loyola, 2007, p. 22 ss.

Assim, o realismo concebe que direito é o que o juiz diz que é direito, mas não faz de forma irracional e sim a partir da moldura normativa, - esta é uma das teses específicas aqui defendida - que no caso do realismo é enfatizado com o apego ao precedente (vale ressaltar que o realismo jurídico se referencia no sistema do *common law*).

É comum se confundir as teorias realistas com o decisionismo na medida em que a versão americana do movimento enfatizou o elemento psicológico, ou seja, a influência dos elementos subconscientes na construção da decisão.

O **decisionismo** vai se diferenciar do realismo, pois para este último não é qualquer decisão que vale, esta concepção caracteriza o primeiro e daí deriva sua irracionalidade.

A perspectiva hermenêutica dos decisionistas é oriunda dos Estados totalitários, v.g. leia-se Nazismo, em que o Estado ao estabelecer o direito não poderia admitir oposição e nenhum indivíduo dentro dele teria autonomia. A fonte de todo direito não é o comando enquanto comando, mas a autoridade ou soberania de uma decisão final que vem tomada junto com o comando. A ênfase concedida ao problema da decisão em Carl Schmitt na filosofia política fez com que o seu pensamento viesse a ser indissociado da ideia de decisionismo.<sup>19</sup>

O realismo entende o direito como aquilo que decidem juízes e tribunais, tendo em vista suas crenças, ideologias, idiossincrasias etc. Fundamental é perceber, todavia, que eles decidem em um determinado contexto e tal é aquilo que pode ser justificado normativamente, portanto, o realismo se subsume na ideia de moldura, logo, eu posso decidir o que quiser, desde que justifique normativamente.

A questão aqui é - e o realismo jurídico norte-americano coloca bem isso - *como as decisões são tomadas!* Para os realistas decide-se e depois se justifica.

Para os normativistas - como herdeiros mais próximos da tradição positivista, decide-se por meio do leque de opções dadas a partir da moldura normativa (e, neste mesmo sentido, os realistas diriam: “eu justifico pelo leque de opções da moldura”).

A distinção é apenas quanto à forma de justificação e os caminhos de chegar à decisão.

Eis que, pois, a confusão entre realismo e decisionismo se desfaz quando vemos que o elemento psicologista no realismo é forma de chamar a atenção para a natureza do processo judicial como sendo “uma infusão”<sup>20</sup> na qual se agrega ao precedente (elemento normativo)

---

<sup>19</sup> MACEDO JR., Ronaldo Porto. Carl Schmitt. In: **Dicionário de filosofia do direito**. Vicente de Paulo Barretto (org). São Leopoldo/ Rio de Janeiro: Unisinos / Renovar, 2006, pp. 755-757.

<sup>20</sup> Termo caro ao pensamento de Cardozo: “Some principle, however unavowed and inarticulate and



outros elementos inarticulados, até inconscientes, valores que Benjamin Nathan Cardozo identifica como sendo a natureza do processo judicial, daí a razão do título de sua principal obra.

Talvez a melhor forma de considerar a relação entre decisionismo e realismo seja tomar aquele como uma “sub-escola” do realismo.

Esta principal corrente no realismo jurídico é a que tem origem nos EUA, na década de 1920 e teve como expoentes Karl Llewellyn, Benjamin Nathan Cardozo e Jerome Frank, ambos influenciados por John Gray e por Oliver Wendell Holmes Jr., concebem direito como aquilo que é aplicado nos tribunais. A realidade jurídica assim se fundaria na conduta efetiva dos juízes, sendo decisivo o estudo de como agem, independentemente do que declaram.

O realismo jurídico americano foi influenciado por duas correntes doutrinárias: jurisprudência analítica e a jurisprudência sociológica – esta segunda principalmente desenvolvida por Roscoe Pound.

A influência da **jurisprudência analítica** é considerada por alguns autores como decisiva para um certo renascimento do pragmatismo nos EEUUA.<sup>21</sup> Quando se reflete no que, durante vários decênios, foi a audiência de um William James ou de um John Dewey, fica-se espantado com o recuo que as suas idéias conheceram logo depois da Segunda Guerra Mundial. As circunstâncias são, no entanto, relativamente claras. Cronologicamente, o recuo do pragmatismo acompanhou a ascensão do pensamento analítico no mundo anglo-saxônico, a crescente influência que então exerceram as idéias de Frege, Moore, Russell e Wittgenstein e mais particularmente o desenvolvimento do empirismo lógico originário do Círculo de Viena.<sup>22</sup>

A influência da filosofia analítica sobremaneira marca os anos 50 e 60 , período que viu “o empirismo lógico oriundo do Círculo de Viena guindar-se a uma posição filosófica e academicamente dominante”<sup>23</sup>, assim o empirismo lógico constituirá nos EEUUA o componente principal do movimento analítico em filosofia.

O fator decisivo que promove o resgate do pragmatismo pelas mãos da filosofia analítica é identificado com “o espírito de abertura e de discussão que presidiu às relações que

---

subconscious, has regulated the infusion”. CARDOZO, Benjamin Nathan. **The nature of judicial process**. New York: Dover, 2005, p. 7.

<sup>21</sup> Tese defendida por Frederic Kellogg especialmente no curso proferido no PPGD/ FDR/ UFPE, organizado pela autora juntamente com os professores Enoque Feitosa e George Browne. KELLOGG, Frederic. **Oliver Wendell Holmes Jr.:** Legal theory and judicial restraint. Reading for lecture. N.3. chapters 1-3. S.n.: Mimeo, 2008, p. 30 ss.

<sup>22</sup> COMETTI, J. P. **Filosofia sem privilégios**. Coimbra: ASA, 1994, p. 9.

<sup>23</sup> Idem, p. 61.

o pragmatismo e o empirismo lógico primeiramente estabeleceram foi um dos eclipses fundamentais das idéias pragmatistas”.<sup>24</sup>

Carnap conta em autobiografia que o clima intelectual americano lhe parecera muito mais favorável a concepções científicas como as do Círculo e nas suas palavras o pragmatismo não representava uma opção filosófica fundamentalmente estranha às idéias daquele.<sup>25</sup>

Esta impressão encontra uma confirmação histórica no intercâmbio que teve lugar entre filósofos que como Morris pertenciam ao movimento pragmatista e os principais representantes do positivismo lógico.

Sobre tais relações entre filosofia analítica e realismo jurídico e em que a primeira teria contribuído para o "ressurgir" do segundo, pode-se considerar que a filosofia analítica contribui para a crítica da metafísica (e da filosofia em geral) ao afirmar, Wittgenstein à frente, que a maioria dos problemas filosóficos são "falsos problemas", que seriam resolvidos pela compreensão do caráter convencional da linguagem, de suas vaguezas e ambigüidades.

Note-se que tal crítica cabe à filosofia do direito como um todo, visto que boa parte dos problemas dela - dualismo ser x dever-ser, caráter prévio da essência do direito etc, são mal entendidos lingüísticos, na medida em que se considera que estas discussões não querem dizer nada.

O realismo jurídico “corre por fora” disso, ao considerar que o modo como decidem juízes e tribunais não é um problema de direito - mesmo que o direito não o reconheça ou não compartilhe desta visão realista - mas um dado de fato: é assim que os juízes agem influenciados por elementos subscientes.

E na mesma esteira de Cardozo que acertou, ao afirmar que isso independe deles terem autorização<sup>26</sup>, esta obra não pretende provar quais elementos subscientes são estes – esta é uma prova impossível!<sup>27</sup> e não é a pretensão.

Daí que há uma aproximação maior entre realismo jurídico e jurisprudência sociológica, pois ela trata essas questões como dados de fato e os analisa sociologicamente e não em termos de filosofia jurídica.

---

<sup>24</sup> Idem, 61-62.

<sup>25</sup> Idem, p. 62.

<sup>26</sup> “I am not concerned to inquire whether judges ought to be allowed to brew such a compound at all. I take judge-made-law as one of the existing realities of life”. CARDOZO, Benjamin Nathan. **The nature of judicial process**. New York: Dover, 2005, p. 6.

<sup>27</sup> Como destacou prof. Torquato Castro em arguição oral no exame de qualificação desta tese, ocorrida em 13 out. 2009, PPGD/UFPE.

O emprego do termo realista significa a recusa da teoria oficial do *common law* segundo a qual o juiz não cria direito e sim aplica regras pré-estabelecidas. Este ceticismo dos realistas em relação às normas também evolui para um ceticismo quanto aos fatos.

Em relação às questões de fato (tanto quanto à prova e sua qualificação) a forma como são tratados na sentença podem não coincidir com o que aconteceu, implicando que a escolha da norma jurídica assume uma característica de justificação *a posteriori*, ou seja, “da conclusão tomada com fundamento na íntima convicção do magistrado. Daí que para o realismo americano a certeza do direito só existiria plenamente se os juízes fossem seres estereotipados”.<sup>28</sup>

### III – Do Criticismo realista como elemento para uma metodologia

Tal crítica reflete no campo do direito uma das preocupações centrais do pragmatismo filosófico, qual seja seu caráter relativista quanto à concepção dos fatos, sem que isso o leve nem a um solipsismo e nem a um ceticismo extremado quanto à existência de um mundo externo.

Tal relativismo vai denotar um ceticismo, mas não um irracionalismo quanto à forma de conceber a atividade judicial. São céticos os realistas por abandonarem pressupostos - pilares incondicionados - para pensar o fundamento do direito e, nesse sentido, há uma crítica contundente a toda forma de jusnaturalismo. Todavia, como convictos juspositivistas, os realistas também não recaem nem no legalismo da Escola de Exegese nem no decisionismo<sup>29</sup>, pois que, ao considerarem que direito é o que os juízes dizem que é direito não abandonam o parâmetro normativo<sup>30</sup>, ou seja, não se afastam da adesão ao precedente (inegabilidade dos pontos de partida).

---

<sup>28</sup> FERREIRA, Fernando Galvão. Realismo Jurídico. In: BARRETO, Vicente (coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo/ Rio de Janeiro: Unisinos/ Renovar, 2006, p. 700-702.

<sup>29</sup> Rorty chega a se referir à rejeição aos dualismos como uma pretensão característica do pragmatismo concentrada em desmascarar os dualismos. Diz: “a movement which has specialized in debunking dualisms dualisms and in dissolving traditional problems created by these dualisms”. Cf. MARGOLIS, Joseph. **Reinventing Pragmatism: American Philosophy at the end of the twentieth century**. New York: Cornell University press, 2002, p. 17.

<sup>30</sup> “Adherence to precedent must then be the rule rather than the exception if litigants are to faith in the even-handed administration of justice in the courts”. CARDOZO, Benjamin Nathan. **The nature of judicial process**. New York: Dover, 2005, p. 121-122; “The true view, as I submit is that the law is what the Judges declare; that statutes, precedents, the opinions of learned experts, customs and morality are the sources of the law”. GRAY, John Chipman. **The nature and sources of the law**. In: FISHER, William; HORWITZ, Morton; REED, Thomas (edt.). **American Legal realism**. New York: Oxford University Press, 1993, p. 34-38.

O intrínseco viés pragmático do realismo será analisado a partir dos pioneiros do pragmatismo filosófico. Charles Sanders Peirce, John Dewey e William James são, pois, os pontos de partida quanto ao que falaram direta ou indiretamente no concernente à lógica da tomada de decisão e aos elementos psicológicos nela envolvidos.

Aqui é fundamental fazer um esclarecimento prévio quanto à ênfase e/ou delimitação desta tese na questão do papel do juiz. Entende-se que a discussão é extensiva a o papel do decisor como um todo, todavia, o realismo tem seu foco de preocupações direcionado para o juiz mesmo<sup>31</sup>.

É neste sentido que aqui se tende a abordar com uma certa tônica a figura do juiz mais do que a do decisor como um todo.

Quanto às características do realismo na sua versão norte-americana tem-se como pontos centrais o psicologismo e a crítica ao formalismo jurídico. Tais elementos são temas fundamentais nos expoentes desta corrente, dentre os principais destacando-se Oliver Wendell Holmes Jr. e Benjamin Nathan Cardozo.

Todavia, a pretensão de analisar tal corrente jusfilosófica na sua ênfase nos elementos subconscientes que permeiam a tomada de decisão se fará por meio de um problema de partida. Este pode ser sintetizado na seguinte questão: É o realismo jurídico americano uma expressão do pragmatismo filosófico?

A partir desta problemática central, e refletindo exatamente o objetivo geral aqui perseguido que é situar o realismo jurídico de forma diversa de um irracionalismo decisionista pelo qual “qualquer decisão vale”, tem-se alguns desdobramentos que também podem ser expostos como problemáticas conexas refletindo os objetivos secundários, a saber:

Pode-se considerar o realismo como um pragmatismo jurídico, entendido assim não como mais uma teoria sobre o direito, mas como um método voltado para a práxis jurídica?

Tal método - expressão primeira da abdução peirceana e que ganha forma explicativa na definição de James<sup>32</sup> – pode se ilustrar numa certa crítica ao “ensimesmamento” do direito, assim uma postura que rejeita as ilusões referenciais ou idealismos no direito? Serviria o realismo para pensar a prática concreta do direito, leia-se a tomada da decisão, ou melhor, haveria uma lógica da tomada de decisão?

---

<sup>31</sup> Sobre este foco do realismo norte-americano, ver: POUND, Roscoe. **Justiça conforme a lei**. 2.ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1976, p. 90.

<sup>32</sup> “The pragmatic method is primarily a method of settling metaphysical disputes that otherwise might be interminable”. JAMES, William. **Pragmatism**. Philosophical classics. New York: Dover, 1995, p.18.

A problemática ilustrada nestas questões tem por propósito investigar como o psicologismo da tese realista se instrumentaliza como meio para uma crítica ao formalismo jurídico.

A pertinência deste debate para a literatura jurídica pátria, a partir de um referencial teórico americano, não obstante a compreensão inevitável do contexto e da realidade do *common law* no qual o debate se deu, se justifica sobremaneira se verificamos o foco de principais debates atuais no papel do poder judiciário, temas como judicialização da política, ativismo judicial, o papel das Cortes, vê-se como se destaque a relevância do debate realista, pois a linguagem dos realistas é voltada para estes, talvez inclusive porque a maioria estava diretamente ligada à magistratura, além do que se preservou como um todo a expressão “juízes”, mas ao falar destes a discussão se estende e alcança inegavelmente qualquer decididor.

Os grandes nomes desta escola, embora conceituados juristas acadêmicos, direcionaram predominantemente suas ações no sentido de desenvolverem atividade profissional ligada à práxis do direito. No caso de Holmes e Cardozo, estes foram, inclusive, juízes da Suprema Corte Americana.

Assim, é uma teoria com um nítida vocação prática, de forma que pode ser percebida como espécie do gênero teoria da decisão. Por tudo isto, ainda que nossa tradição teórica esteja doutrinariamente focada no paradigma das teorias da norma (alusão à dicotomia Teorias da norma vs. Teorias da decisão), perceber suas críticas e contraposições não deixa de ser uma forma de aprimorar o próprio referencial e, assim, percebemos as contribuições que o realismo pode trazer para a compreensão do sistema jurídico pátrio.

No presente artigo a preocupação metodológica está em reclamar a coerência com o critério da máxima pragmática de percepção dos efeitos práticos concebíveis de um conceito, de forma que a pragmática de uma pesquisa jurídica está em verificar sua utilidade prática, assim é que o foco das atenções está nos caldeirões dos tribunais como se referia Cardozo.

Entendemos que há duas possibilidades dentro deste referencial, de pesquisas com decisão judicial:

a) *Se quer testar uma tese teórica a partir de decisões*, ex: se há aplicabilidade de uma categoria de algum destes autores, como a concepção de verdade em Peirce ou James para explicar determinada atividade jurisprudencial. Nessa opção as decisões são trazidas como argumento paradigmático, assim, para construir e embasar a fundamentação;

b) Outra opção está em *testar uma tese empírica*, digo, parte-se de um caso concreto, uma decisão ou aplicabilidade de um parecer etc e vai se recorrer às *categorias teóricas destes autores pragmáticos para fundamentar o corpo argumentativo do trabalho*.

#### **IV – Considerações finais**

Então, a questão que se coloca é a de saber se há compatibilidade - ou não - entre o controle judicial da legislação e a democracia enquanto forma de exercício de poder.

Aqui, não deve se temer em “nadar contra a corrente do senso comum jurídico”, quando se trata de enfrentar questões complexas ao invés de, como é de costume, seguir o último modismo acadêmico, rótulos e denominações assemelhadas que pululam na academia e desaparecem tão rapidamente quanto surgiram. Assim, a vantagem de “nadar contra a corrente” consiste, nesse terreno, em se afastar dos modismos efêmeros, ao tempo em que não se pretende querer inventar coisas tão singulares quanto esdrúxulas.

O paradigma realista, diversamente do decisionismo e/ou ativismo, não coloca em segundo plano o processo democrático, como se este fosse forma destituída de conteúdo e, em seu âmago, não guardasse valores. Ao, pretensamente, “desformalizar” o direito, o que essa tendência faz nada mais é - como aponta um estudo recente - que “minar a concentração da soberania na base, distribuindo-a no topo”<sup>33</sup>, com o que a auto-reprodução do Direito torna-se mero lugar-comum.

Como consequência - e o realismo jurídico nada tem a ver com isso, na medida em que não respalda teoricamente tal posicionamento - vivemos, no país, uma crise de legitimidade da política institucionalizada com o que resulta numa intensificação - quantitativa e qualitativa - de questões de legislação que são levadas para o âmbito judicial, com o que se tem uma restrição do debate dado que boa parte do que é posto nessa outra esfera são questões políticas - isto é, aquelas que competiriam especificamente, na democracia, aos atores cuja competência é a de produzir normas gerais - o legislador.

Essa forma de decisionismo ou ativismo judicial pouco tem a ver com o realismo jurídico - este se pretende descritivo do que acontece nos tribunais, aquele é claramente prescritivo, recomenda e valora positivamente tal posicionamento do judiciário, ainda que sob as mais variadas e “nobres” considerações: leniência, despreparo, corrupção ou um *mix* desses

---

<sup>33</sup> SANT’ANNA, Lara Freire Bezerra. *Judiciário como guardião da Constituição: democracia ou guardiania* (dissertação). Aracaju: UFS, 2013.

e de outros fatores que faz do judiciário uma espécie de superego de uma sociedade órfã, na feliz expressão da cientista política alemã Ingeborg Maus<sup>34</sup>.

Um – o realismo – tem pretensões científicas, descreve uma realidade -, o outro – o ativismo – é uma ideologia, seu fundamento são crenças. Pelo que, trata-se, de um ponto de vista interno ao realismo, de trabalhar com uma explicação histórico-social para essa exacerbação ativista-decisionista (repita-se, estranha ao realismo) que, em forma e conteúdo significa ignorar as “regras do jogo”.

Note-se que o caráter dogmático<sup>35</sup> da tecnologia jurídica, consubstanciada em exigências tais como aquelas pelas quais a argumentação, a interpretação e aplicação do direito e a obrigatoriedade de decidir, sempre deve ocorrer com referência a algum texto normativo, em geral oriundo da atividade legislativa, é aqui – no âmbito decisionista – amplamente ignorada e acaba por confundir as circunstâncias modernas nas quais funciona o próprio direito com o fato de que quem adota tal prática – juízes e tribunais - não podem ser questionados (e quando o são, isso caracterizaria uma atividade sociológica, política, filosófica, mas nunca jurídica) – os fatos recentes de nossa história de ativismo, notadamente nas instâncias superiores do judiciário só demonstram o que estamos a afirmar.

E tal não é uma postura “inovadora” ou “retificadora” em relação a tradição realista. Na verdade, esse campo teórico se coloca claramente em relação a um problema caro à democracia e com incidências na teoria geral e na filosofia do direito, qual seja, as relações entre os poderes, a teoria da legislação e o papel do judiciário, acerca do qual descreve o que ocorre nos caldeirões dos tribunais, sem pretender prescrever que tal ou qual modo de agir é bom e deve ser seguido por todos ou pela maioria e com a coragem intelectual de combater o bom combate e nadar contra a corrente sem medo de ser tachada de defender posições “fora de moda”.

É questionando esse compêndio de crenças e preconceitos “anti-realistas” que permeiam o chamado mundo jurídico, e no qual a ilusão principal é aquela pela qual o viés que caracteriza o âmbito jurídico, em tempos recentes, é que o ativismo judicial tudo pode, pelo qual tal esfera pode operar de forma autônoma em relação aos seus pressupostos da democracia a qual se define, centralmente, enquanto poder popular (*demos* = povo) e cuja

---

<sup>34</sup> MAUS, Ingeborg. O judiciário como superego da sociedade. In: **CEBRAP**: novos estudos, nº 58. São Paulo: CEBRAP, novembro 2000, p. 183-202.

<sup>35</sup> Note-se que o uso do termo “dogmático”, no que se refere ao direito, nada tem de inocente e visa, notadamente no âmbito do ensino e reprodução desse saber, inculcar a idéia de que as chamadas “verdades jurídicas” são eternas, imutáveis e inquestionáveis.

delegação não incluiu, classicamente, e nem inclui hoje, a criação de direito novo ou interpretações tão “elásticas” que afrontem as normas postas.

Como alguém já observara agudamente, toda forma é (e será sempre, há que se acrescer), forma de um determinado conteúdo. Se a imparcialidade é só forma e nunca o conteúdo do direito e se o processo fosse não mais que uma forma carente de conteúdo, suas formalidades careceriam de qualquer valor.<sup>36</sup>

A questão central é que esse conteúdo é vertido, fundamentalmente, por quem legisla e não por quem não tem atribuição para isso. E se é isso que ocorre, é uma questão descritiva (e que deve ser socialmente combatida), mas se prescrever que é isso que deve ocorrer já é uma atitude que fere a própria ideia de democracia e nada tem a ver com a formulação teórica do realismo.

## Referências

CARDOZO, Benjamin Nathan. **The nature of judicial process**. New York: Dover, 2005.

COMETTI, J. P. **Filosofia sem privilégios**. Coimbra: ASA, 1994.

EISENBERG, José. Pragmatismo jurídico. *In: Dicionário de filosofia do direito*. Vicente de Paulo Barretto (org). São Leopoldo/ Rio de Janeiro: Unisinos / Renovar, 2006.

FEITOSA, Enoque. **Direito e Humanismo nas Obras de Marx no período de 1839-1845**. Dissertação de Mestrado. Recife: UFPE, 2004.

FERREIRA, Fernando Galvão de A. Realismo jurídico. *In: Dicionário de filosofia do direito*. Vicente de Paulo Barretto (org). São Leopoldo/ Rio de Janeiro: Unisinos / Renovar, 2006.

GRAY, John Chipman. The nature and sources of the law. *In: FISHER, William; HORWITZ, Morton; REED, Thomas (edt.). American Legal realism*. New York: Oxford University Press, 1993.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007, vol. 1.

HOLMES, Oliver Wendell. **The path of law and the common law**. New York: Kaplan, 2009.

JAMES, William. **Pragmatism**. Philosophical classics. New York: Dover, 1995.]

---

<sup>36</sup> MARX, Carlos. “La ley sobre los robos de leña”. *In: Escritos de juventud*. México: Fondo de Cultura, 1987, p. 281-282. Ali, Marx assinala que “a imparcialidade é só forma, nunca o conteúdo do direito e se o processo for não mais do que forma carente de conteúdo tais formalidades [do processo] careceriam de valor visto que toda forma é sempre forma de um conteúdo”.



\_\_\_\_\_. **A vontade de crer**. São Paulo: Loyola, 2001.

JASMIN, Marcelo Gantus. História e retórica política. *In: Alexis de Tocqueville: A historiografia como ciência da política*. 2.ed. Belo Horizonte/ rio de Janeiro: UFMG/ IUPERJ, 2005.

KELLOGG, Frederic. **Oliver Wendell Holmes Jr.:** Legal theory and judicial restraint. Reading for lecture. N.3. chapters 1-3. S.n.: Mimeo, 2008.

LATORRE, Angel. **Introdução ao Direito**. Coimbra: Almedina, 1979.

LLEWELLYN, Karl. Some realism about realism: Responding to Dean Pound. *In: FISHER, William; HORWITZ, Morton; REED, Thomas. American legal realism*. New York: Oxford University, p. 1993.

LLOYD, Denis. **A idéia da lei**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. Teses sobre Feuerbach (11ª tese). *In: A ideologia alemã*. São Paulo: Centauro, 2005.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. Carl Schmitt. *In: Dicionário de filosofia do direito*. Vicente de Paulo Barretto (org). São Leopoldo/ Rio de Janeiro: Unisinos / Renovar, 2006.

MARGOLIS, Joseph. **Reinventing Pragmatism:** American Philosophy at the end of the twentieth century. New York: Cornell University press, 2002

MAUS, Ingeborg. O judiciário como superego da sociedade. *In: CEBRAP: novos estudos*, nº 58. São Paulo: CEBRAP, novembro 2000.

PEIRCE, Charles Sanders. Some Consequences of Four Incapacities. *In: Journal of Speculative Philosophy* 2. Disponível em <<http://www.cspeirce.com/menu/library/bycsp/conseq/cn-frame.htm>>. Acesso: Ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Col. Os Pensadores. São Paulo: Abril cultural, 1980.

\_\_\_\_\_. **How to make our ideas clear**. Disponível em <<http://www.peirce.org/writings/p119.html>>. Acesso em 17/5/05, p. 3 de 12..

POSNER, Richard A. **Cardozo:** A study in reputation. Chicago and London: The University of Chicago, 1990.

POUND, Roscoe. **Justiça conforme a lei**. 2.ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1976.

REGO, George Browne. Considerações em torno do pragmatismo e da filosofia jurídico-pragmática de Oliver Wendell Holmes Jr. *In: Anuário dos cursos de pós-graduação e direito da UFPE*. N. 17. Recife: Ed. Universitária UFPE, 2007.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. 2.ed. São Paulo: EDIPRO, 2007.

SANT'ANNA, Lara Freire Bezerra. Judiciário como guardião da Constituição: democracia ou guardiania (dissertação). Aracaju: UFS, 2013.

SHOOK, John. **Os pioneiros do pragmatismo americano**. Rio de Janeiro: DPeA, 2002.

TOCQUEVILLE, Aléxis de. **Democracy in América**. New York: Mentos books, 1960.

VOLPI, Franco. Filosofia prática. *In*: Monique Canto-sperber (org.). **Dicionário de ética e filosofia moral**. São Leopoldo: Unisinos, v. 1, 2003.

WAAL, Cornelis de. **Sobre pragmatismo**. São Paulo: Loyola, 2007.