

O REALISMO JURÍDICO: O DISCURSO JURÍDICO E A APREENSÃO DA REALIDADE PONTUAL

Mônica Sette Lopes*

“Os filósofos apenas interpretaram o mundo variadamente; é preciso, porém, mudá-lo. - Die Philosophen haben die Welt nur verschieden interpretiert; es kommt aber darauf an, sie zu verändern”

Karl Marx

SUMÁRIO: 1. Realismo: os limites da palavra. 2. O realismo escandinavo. 2.a. Axel Hägerström (1868-1939). 2.b. Vilhelm Lundstedt (1882-1955). 2.c. Karl Olivecrona (1897-1980). 2.d. Alf Ross (1899-1979). 3. O realismo americano. 3.a. Karl Llewellyn (1893-1962). 3.b. Jerome Frank (1889-1957). 4. Conclusão

RESUMO

O que é o realismo? Ele tem alguma importância para o direito hoje?

A resposta a estas perguntas exige uma viagem através dos principais autores das escolas escandinava e americana.

Esta é a proposta deste trabalho.

ABSTRACT

What is realism? Does it have any relevance in today's law?

The answer to these questions demands a research of the main Scandinavian and American realistic authors.

This is the aim of this work.

* Juíza do Trabalho. Titular da 12ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte. Professora-Adjunta dos cursos de graduação e de pós-graduação da FDUFG. Doutora em Filosofia do Direito.

1. Realismo: os limites da palavra

Começar um trabalho sobre o realismo jurídico com uma passagem de *Karl Marx* (1818-1883) – na verdade aquela que está inscrita em sua lápide – pode não ser uma boa idéia. Mas ela se justifica porque este movimento do pensamento humano, mesmo quando voltado para o mundo do direito, só pode ser compreendido quando situado numa certa confluência de tempo e de espaço. Neste sentido, não há como desprezar a influência da problemática que levou à obra de *Marx*, entre outras que inseriram a questão social como fator dominante das preocupações humanas, e, num contraponto, à obra de *Sigmund Freud* (1856-1939), que inseriu a questão psicológica, ordenadamente, neste mesmo âmbito.

Carl Friedrich inicia um artigo sobre direito e história com a afirmativa de que o direito é história congelada¹.

A visibilidade do realismo, nos primórdios do século XX, não acena apenas para as questões do direito. Ela espalha-se como uma tendência do pensamento que alcança variadas dimensões da cultura. Por isto ela seria um corte, congelado, de uma gama considerável da problemática jurídica, apropriável naquele período e, de certa forma, passível de absorção ainda hoje.

No capítulo em que se analisa o realismo nas artes no período entre guerras, é reproduzida uma definição de *Brecht* em discussão com *Lukacs*:

“Realismo não é uma mera questão de forma (...). A realidade muda; para representá-la, os modos de representação também devem mudar”².

As teorias construídas para explicar o direito e os institutos-fenômenos jurídicos podem ser compreendidas como fórmulas de descrever uma realidade: aquela que circunda o funcionamento do direito como mecanismo de prevenção e de solução de conflitos.

No entanto, trata-se esta de uma realidade que é mutável sob inúmeras perspectivas. Ela muda como muda a sociedade, sob o prisma dos modos

1 “Law is frozen history” – FRIEDRICH, Carl Joachim. Law and history. In: FRIEDRICH, 1984, p. 233. Para facilitar a leitura e tornar mais direto o entendimento, as citações foram traduzidas para o português, optando-se ainda por não reproduzir a versão original a fim de dar maior leveza ao texto.

2 FER, BATCHELOR, WOOD, 1998, p. 264.

de produção, das reflexões político-econômicas, das contingências sociais e porque o microcosmos em que se dilui a vida de cada pessoa, como pólo da definição de interesses e das relações com as contingências conflituais, é incontível e imprevisível.

Isto justifica, numa grande medida, as preocupações e as opções pelo realismo naquele específico momento.

Paul Cuche, mesmo sem perder o elo metafísico, aponta que a diferença entre o realismo jurídico e o conceitualismo, talvez devesse partir da compreensão do que seja *realidade*³. Ainda que se entenda de modo predominante que as principais escolas realistas sejam a escandinava e a americana, não se pode deixar de relevar o fato de que o princípio do século XX trouxe esta noção para o campo das discussões jurídicas em frentes muito mais alargadas. Para citar apenas um nome pode-se referir a *Leon Duguit* (1859-1928) que, em toda sua obra, usa como palavra-chave o realismo somado à finalidade social e ao solidarismo. Sua abordagem parte das idéias de sujeito jurídico, direito subjetivo e personalidade jurídica, em relação às quais ele rechaça o caráter meramente metafísico⁴.

O realismo jurídico aproximava-se de outras versões de realismo com o uso leigo do termo, mas implicava, do ponto de vista da técnica jurídica ou do pensamento jurídico, uma reação a métodos de compreensão do direito que não consideravam alguns aspectos de instabilidade do sistema, especialmente aqueles ligados ao conceitualismo (contra o que reagia o realismo escandinavo) e à não consideração da força criadora do juiz. (contra o que reagia do realismo americano)⁵.

Por meio dele se expressou uma revolta contra o formalismo no período entre guerras. O intento comum das teorias jurídicas é compreender e reforçar o caráter criativo da atividade do juiz, que foi objeto das preocupações da Jurisprudência dos Interesses, do Movimento do Direito Livre entre outras correntes relevantes do pensamento jurídico posterior à segunda metade do século XIX⁶.

O grande fator de irradiação das idéias realistas é a experiência jurídica, vista aqui como o delineamento efetivo do encontro da normação abstrata

3 CUCHE, 1935, p. 85.

4 Cf. CUCHE, 1935, p. 85-6 e HESPANHA, 1998, p. 204-5.

5 TARELLO, 1962, p. 2.

6 Cf. CASTIGNONE, 1974, p. 21-2 e CASTIGNONE, 1995, p. 273-91.

com o fato da vida e mesmo com a inserção definitiva do próprio direito como um *fato da vida*.

Com toda a equivocidade, a expressão *realismo jurídico* evoca a direção da concretude. Por isto o papel da lógica operacional do juiz ganha tanta relevância⁷. Ela constitui um dos pontos de maior projeção do direito sob a perspectiva do enquadramento e da visibilidade reais e dos limites de efetiva interpretação da norma jurídica.

Massini atenta para esta clara tendência quando aponta como sendo característica fundante do realismo clássico

“situar o jurídico no campo da *praxis*, do prático. (...) Todo o processo do prático, consiste no obrar concreto e circunstanciado; toda a ordem da *praxis* se encaminha a lograr esse último resultado, que é o objetivo e fim imediato que dá razão de ser a todas as realidades que conformam um determinado âmbito do operável”⁸.

Os problemas da *praxis* revolvem feridas não cicatrizadas, que seria muito mais fácil esconder debaixo de ataduras brancas e higienicamente conservadas.

No entanto, quando se pretende conhecer uma determinada faixa da vida ou como *as realidades conformam um determinado âmbito do operável* é essencial que todos os aspectos problemáticos sejam trazidos à luz. Por isto, para mudar o direito é preciso mais do que simplesmente interpretá-lo. É preciso conhecê-lo onde seus caminhos se estrangulam, onde ele não funciona exatamente como se pretenderia a partir de uma análise meramente conceituadora.

Os sintomas da ineficiência do direito estão cada vez mais visíveis na reação das pessoas à insuficiência das formulações jurídicas para conter o conflito.

Os realistas anteviam este desgaste no princípio do século XX e puseram em evidência algumas das faces mais agudamente problemáticas do direito.

7 Cf. MASSINI, 1978, p. 126-37 e RECASENS SICHES, 1963, v. 2, p. 619.

8 Cf. MASSINI, 1978, p. 123.

O realismo partiu da representação de uma sociedade que tinha uma assimilação jurídica sistematicamente construída em que o direito, sob o plano do conhecimento, tinha matrizes determinadas, mas principalmente em que se percebia já uma organização normativa centralizada – baseada na codificação ou em um sistema de precedentes montada pela voz do Estado-juiz – que até cento e cinquenta anos antes não se projetava com tamanha proeminência. Ele é posterior ao Código de Napoleão de 1804 e ao BGB e às formulações teóricas da Escola da Exegese, na França, da Escola História e dos Pandectistas, na Alemanha, da Jurisprudência Analítica, na Inglaterra. Nas suas raízes estavam o direito ocidental sedimentado por uma tendência de ampla centralização codificadora ou pela necessidade de organização do manancial dos precedentes.

Por isto, *Hernandez Gil* ressalta a existência de várias escalas de normativismo em que pode se encaixar o realismo que, contrariando a versão formalista do *kelseniano*, valoriza o aspecto material da norma jurídica⁹.

Assim quando se fala em pragmatismo¹⁰ quer-se significar uma versão que abarca os padrões normativos naquela perspectiva concentradora. Não se trata de procurar uma visibilidade para além das balizas do fluxo da ordem jurídica, mas de procurar compreender, a partir da experiência, algumas nuances ou detalhes que são relevantes para dissecar os processos de interpolação concreta do direito com a vida.

Os aspectos formais do sistema normativo são analisados sob o prisma de sua *operacionalidade*, partindo de algumas questões pontuais: Por que alguns aderem ao sistema normativo e outros não? Qual a diferença entre o conhecimento das estruturas jurídicas pelos juristas e pelos leigos? Qual é o caminho que o juiz percorre para chegar à decisão? Que tipos de padrão lógico estão envolvidos no conhecimento do direito e no processo de aplicação da norma ao caso concreto?

A opção deste pequeno estudo é por traçar alguns dos principais itinerários seguidos pelas duas mais relevantes linhas do pensamento realista, que são a escandinava e a americana.

A principal crítica que se faz, simultaneamente, a ambas às escolas é quanto a um certo exacerbamento das colocações, ao fato de que parecem

9 Cf. HERNANDEZ GIL, 1973, p. 105-7.

10 Cf. FIKENTSCHER, 1975, p. 273 et seq.

querer destruir concepções que já se encontravam assentadas e, com isto, trazem uma esfera muito grande de instabilidade e/ou de incerteza para os cânones ligados à compreensão teórica do direito.

Pode ser.

O que se percebe, porém, cortados talvez os excessos, é que o realismo jurídico põe o dedo em algumas feridas graves do direito.

É verdade que eles não conseguiram curá-las, mas o enfrentamento daquelas questões continua na ordem do dia das questões problemáticas para o direito.

2. O realismo escandinavo

Ao iniciar uma retrospectiva sobre a evolução da ciência do direito nos países nórdicos, *Jorgensen* chama atenção para a similitude das línguas e do direito na região, assim como para os vários períodos de interação ou de vinculação política na história deles¹¹. Outro dado importante é que eles não foram afetados pelo sistema romano na mesma extensão da Europa continental. Assim, mesmo no final do século XVIII, em que a idéia de um direito natural racional e duradouro movia o coração dos juristas, *Ørsted*, comparável a nomes como *Blackstone* (1723-1780), *Pothier* (1699-1772) e *Savigny* (1779-1861), preocupava-se com um sistema de direito natural que considerasse o uso que se poderia fazer das práticas das Cortes¹², ou seja, a interação entre teoria e prática¹³ constituía um fator significativo para a exposição dos cânones de certeza e de segurança no plano do conhecimento jurídico.

Não se pode desprezar, porém, a influência, no pensamento escandinavo, da tendência abstrator, formalista ou conceitualista que dominava consideravelmente a Europa do século XIX. O realismo escandinavo pode ser considerado como uma reação à concepção idealista personificada na Suécia por *Boström*¹⁴.

11 JØRGENSEN, 1976, p. 506-7.

12 Cf. JØRGENSEN, 1976, p. 507-8. O autor afirma que, apesar da relação pessoal havida entre ele e *Savigny*, enquanto o segundo se referia à história, *Ørsted* referia-se à vida real: "Mas enquanto *Savigny* se referia à história, *Ørsted* se referia à vida real. Pode ter sido uma vantagem para a posteridade que ele não chegou a exercer atividades acadêmicas, por consequência passou toda a sua vida em importantes trabalhos práticos. Seus muitos livros sobre todos os aspectos do direito permaneceram assistemáticos, mas, em compensação, muito influenciados pelas considerações advindas da experiência prática" – JØRGENSEN, 1976, p. 508.

13 JØRGENSEN, 1976, p. 509. Cf. ainda COING, 1993, p. 63-4.

14 STRÖMHOLM, VOGEL, 1975, p. 6-10.

Cuche enfatiza a incompatibilidade que leva à revisão realista no que concerne ao direito, sem prejuízo da permanência de uma certa inserção conceitualista:

“Mas acontece às vezes que o trabalho da técnica se isola da vida e deixa de se apoiar no real. A certos momentos, a racionalidade jurídica aplicável aos elementos técnicos se desenvolve abstratamente numa atmosfera de pura lógica fechada a qualquer pensamento de finalidade; a racionalidade sobre as coisas significantes, os elementos técnicos são então utilizados e combinados como notações algébricas.”¹⁵

A história do direito revela com muita clareza o tangenciamento constante das duas posições. A tendência à abstração e a tendência à concreção podem ser comparadas a um *cabo de guerra* como forças antagônicas a puxar as formulações teóricas para um lado ou outro. A vivência constante desta ambivalência, porém, não significa que a solução ou que o *melhor lado* seja um ou outro. Na verdade, para o direito interessam concomitantemente ambas as perspectivas. A dificuldade é dimensionar o alcance e a interferência de cada uma.

Os realistas tentam isto buscando um certo distanciamento dos fenômenos jurídicos. É como se eles os analisassem de fora.

O direito, então, deve ser visto como fato. Um fato que está lá, complexamente urdido, cheio de inferência e de interferências com sua prospecção dinâmica. Um fato que se insere na realidade cultural e viva dos povos em linhas que não se caracterizam pela previsibilidade.

Daí porque o fixam como um mecanismo social. O funcionamento desta *máquina*, como se verá, envolve a busca da raiz psicológica e social que está na origem das estruturas que armam os institutos jurídicos. Envolve ainda a exclusão do elemento valorativo, com resguardo da pura descrição, como explicação ou como fonte de sustentação *a priori* do sistema jurídico¹⁶.

Por isto, eles rechaçam a visão jusnaturalista e, também, a visão positivista. No dizer de *Guido Fassò* havia a rejeição

15 CUCHE, 1935, p. 100.

16 Cf. CASTIGNONE, 1974, p. 20 e FASSÒ, 1979, p. 239.

“não apenas do jusnaturalismo, mas também do positivismo normativista e formalista, de que não aceitaram o método de elaboração dos conceitos jurídicos fundamentais. (...) É típica do realismo escandinavo a concepção do Direito como fenômeno psíquico coletivo, consistente em considerar que existem direitos subjetivos e deveres como algo distinto da realidade empírica. (...) A força vinculante do Direito, afirmam eles, tem uma realidade apenas como idéia da mente humana, pelo que os direitos subjetivos e os deveres jurídicos são poderes e obrigações imaginárias que fora da mente dos homens não corresponde a nada”¹⁷.

A crítica ao jusnaturalismo tinha como principal suporte os desdobramentos de índole metafísica. A idéia de justiça, por exemplo, é entendida como um juízo de valor que carece de preenchimento e que não se pode encontrar como uma dado próprio da realidade empírica.

A crítica ao positivismo jurídico baseia-se em que eles não teriam conseguido enfrentar os problemas reais do direito porque eles teriam se liberado apenas

“na expressão da linguagem mas não na substância daqueles conceitos jusnaturalistas que não obstante havia declarado querer banir em nome da ciência”¹⁸.

A tentativa de organizar científica e peculiarmente o direito, a que se dedicaram os positivistas, com suas construções, não teria logrado o enfrentamento das questões que constituem o verdadeiro entrave para o conhecimento adequado e para o regular funcionamento da *máquina jurídica*.

Outra preocupação recorrente é com o problema da validade¹⁹, focado sob a perspectiva do sistema na visibilidade do fenômeno normativo e sob a perspectiva dos conceitos que se constróem a partir deste sistema.

Os principais nomes são *Hägerström*, *Lundstedt* e *Olivecrona* (Escola de Upsala), *Alf Ross* e *Jørgen Jørgensen* (Escola de Copenhagen), *Naess* e *Ofstad* (Escola de Oslo), *Kaila*, *Lehtinen* e *Brusiin* (Escola finlandesa)²⁰.

17 FASSÒ, 1979, p. 239.

18 Cf. CASTIGNONE, 1974, p. 20.

19 STRÖMHOLM, VOGEL, 1975, p. 53-4.

20 Cf. RECASENS SICHES, 1963, v. 1, p. 303.

Aqui faz-se a opção por uma visita à obra de *Hägerström*, de *Lundstedt*, de *Olivecrona* e de *Alf Ross*, por sua representatividade.

a) Axel Hägerström (1868-1939)

Fundador da Escola de Uppsala²¹, ele vê o direito positivo como um sistema de regras estatais que assegura vantagem aos indivíduos. A sua crítica toma por referência a dificuldade do estabelecimento de nexos concretos com a realidade a partir da estrutura conceitual montada para explicar o direito. Para ele, por trás de todo este aparato está

“uma idéia de poderes supra-sensíveis de caráter mágico e, portanto, uma idéia falsa, sendo os conceitos de que se serve a ciência entidades *místicas* ou *metafísicas* às quais não corresponde nenhuma realidade”²².

Mais uma vez, os vínculos voltam-se para a definição do que seja a realidade e do como se chegar a conhecê-la. Toda a sua formulação teórica está destinada a encontrar a objetividade no processo de conhecimento²³.

A apreensão do que representa esta confronto com a realidade, no pensamento de *Hägerström*, exige se considere uma noção geral de sua *tese da realidade* lançada em *Das Prinzip der Wissenschaft. Eine logisch-erkenntnistheoretische Untersuchung. I. Die Realität* e reforçada, com maior aprimoramento formal em *Selbstdarstellung*. Segundo *Silvana Castignone*, ela consiste na afirmação do dualismo sujeito-objeto:

“no ato cognoscivo o sujeito tem contato não apenas com uma modificação da própria consciência, com também com o objeto, com uma realidade diversa do sujeito propriamente.”²⁴

Para ele, então, a realidade

“enquanto identidade consigo mesma é precisamente um conceito válido em si, e, por conseqüência, *realidade* pode ser descrita ou como identidade consigo mesma, ou como *aquilo que é definido*”²⁵.

21 Cf., especialmente sobre o autor, CASTIGNONE, 1974, p. 25-92.

22 FASSÒ, 1979, p. 240. Cf. ainda STRÖMHOLM, VOGEL, 1975, p. 20-4.

23 Cf. CASTIGNONE, 1974, p. 28.

24 CASTIGNONE, 1974, p. 9-10 e ainda p. 26-28.

25 STRÖMHOLM, VOGEL, 1975, p. 25.

Nas palavras de *Hägerström* “a verdade de um juízo coincide com a determinação e não-contrariedade de seu conteúdo”²⁶.

A afirmativa é sintetizada por *Silvana Castignone* com a seguinte ponderação:

“um juízo, verdadeiro em si mesmo, pode ser posto em cheque (*falsificato*) quando inserido numa área mais complexa e será falso quando entre em contradição com os elementos constitutivos do juízo mais amplo. Conexa com a questão da não-contrariedade está aquela da *possibilidade real*.”²⁷

Tome-se para identificar as possibilidades de projeção desta idéia de *Hägerström* um exemplo contundente tirado do confronto de um juízo que é corriqueiramente emanado. Diz-se que a distinção entre a norma jurídica e a moral está na forma como ela é imposta. A norma jurídica caracterizar-se-ia pela heteronomia e a moral pela autonomia. A primeira teria sua exigibilidade imposta independentemente da aceitação pelos destinatários e a segunda estaria vinculada ao processo de interiorização de cada um. A afirmativa é verdadeira, uma vez que a incidência da norma jurídica dá-se independentemente de sua aceitação.

No entanto, isto faz nascer para o direito um problema: e quando o destinatário não a aceita?

A falseação do juízo, então, impõe a necessidade da análise de uma possibilidade com a qual não se poderia contar.

As respostas àquela pergunta podem ser várias, mas elas costumam sair pela tangente, ou seja, é mais fácil optar pela linha de abstração e dizer que isto não importa ou que isto é uma questão que a sociologia do direito deve estudar.

O que se constata, porém, é que a não aceitação do direito é um dado real que se revela na prática das mesas de audiência e das execuções. Muito da sobrecarga protelatória embute uma vontade deliberada de *não-cumprir-a-lei* e, como uma agravante, pode-se já estar falando da lei definida em sua concreção máxima, ou seja, da lei formulada individualmente na sentença para um dado caso-conflito.

26 CASTIGNONE, 1974, p. 33.

27 CASTIGNONE, 1974, p. 33.

Por isto é que esta necessidade de falseação a partir de juízos mais amplos e mais rentes com a realidade constitui uma face importante do processo de conhecimento.

Nesta mesma perspectiva, as idéias de espaço e de tempo são essenciais para a identificação da realidade, assim como a presença do empirismo para dar sentido às proposições²⁸.

Para Hägerström, se não há a vinculação com dados da realidade está-se às voltas com o uso errado da linguagem, a falsa objetivação do sentimento, com resíduos de crenças místicas ou mágicas, superstição²⁹. Os desdobramentos disto para o direito estão em que ele deve ser considerado um fato da realidade, percebido empiricamente.

No entanto, para o direito, a percepção empírica pode envolver a abordagem de outros tempos e de outros lugares, a busca de definição comparativa dos modos de atuação do direito. O fato de Hägerström haver se embrenhado no estudo do direito antigo, especialmente do Direito Romano, é relevante principalmente para a definição do “valor operativo da palavra”³⁰, na linha de Orestano, fixando-se que “a palavra era uma força que se materializava em algo real e tinha um poder constitutivo de efeitos, de modificações e de criações seja na esfera mais propriamente religiosa seja naquela social ou jurídica”³¹.

Este aprofundamento fez com ele percebesse elos do direito daquele tempo que vão além da simples técnica ou mesmo de uma busca essencialmente racional:

“Hägerström quer mostrar que o *ius civile* era um sistema de regras para adquirir poderes sobrenaturais, já que todos os antigos atos jurídicos, como a *mancipatio*, a *stipulatio* etc. eram atos mágicos”³².

É este o apoio para sua crítica ao direito natural e ao positivismo.

O direito natural é apontado como hábito de pensar (*habitude de penser*). A sua assimilação dar-se-ia como

28 Cf. CASTIGNONE, 1974, p. 14, HERNANDEZ GIL, 1945, p. 298, STRÖMHOLM, VOGEL, 1975, p. 27-8.

29 Cf. CASTIGNONE, 1974, p. 14 e FASSÒ, 1979, p. 239.

30 FARALLI, Carla. Diritto e magia. In: PATTARO, 1982, p. 69.

31 FARALLI, Carla. Diritto e magia. In: PATTARO, 1982, p. 69.

32 OLIVECRONA, 1968, p. 26.

“uma idéia de direito ou de justiça que constitua uma base tacitamente aceita do direito positivo, mas que escape à observação e se subtraia, enquanto princípio dado *a priori*, à razão humana”³³.

A crítica aos positivistas do século XIX e início de XX (*Austin, Jhering* (1818-1892), *Bergbohn* (1849-1927), *Jellinek* (1851-1911) e *Zittelman* (1852-1923)³⁴) baseia-se em que o modo como absorvem o direito representa

“a obra de mediação entre a velha concepção do direito, como realidade supra-sensível, objeto de intuição racional, e a nova concepção do direito como comando ou manifestação de vontade, com sua pretensão à positividade e à cientificidade, é feita mediante a utilização de noção ainda metafísica, sobretudo a de vontade”³⁵.

De acordo com *Castignone*, os fundamentos desta crítica seriam: a) ausência de uma fantasmagórica vontade do Estado; b) o direito aplicado pelos juízes não se identifica com a vontade do legislador histórico, mas é uma expressão de sua própria vontade (da vontade do juiz); c) ainda que o direito se identificasse com a vontade de alguém, tendo em vista a natureza específica do ato volitivo, não seria possível qualquer aplicação sem o processo de passagem da volição geral (a lei) para a individual (a sentença); d) crítica ao caráter metafísico de noções como a de direito subjetivo³⁶.

Quando *Hägerström* faz suas críticas ele olha além do direito posto nos livros, quer se considerem os *livros-de-leis*, quer que se considerem os *livros* em que se condensa a teoria. Ele vê o distanciamento de todas estas manifestações de vontade daquelas que poderiam realmente explicar o direito. Quando se define, por exemplo, o que seja sujeito de direito não se absorvem os processos tormentosos para a definição de quando a norma se pontua numa determinada pessoa.

A incognoscibilidade dos valores está na raiz das objeções que faz a idéias como a de justiça entre outras que se situam na linha metafísica que se insere nos campos de conhecimento do direito. Por isto, ele diz:

33 STRÖMHOLM, VOGEL, 1975, p. 48-9.

34 Cf. CASTIGNONE, 1974, p. 53.

35 Cf. CASTIGNONE, 1974, p. 54.

36 Cf. CASTIGNONE, 1974, p. 55-6.

“Mas no fato de que alguma coisa seja, não está nunca deduzido o que ela deve ser”³⁷.

A mesma linha de abordagem é usada no que concerne às noções de direito subjetivo e do “fato *psíquico de sentir obrigado*”³⁸ ou na base psicológica da ameaça.

A realidade do direito e sua assimilação sem os percalços dos elos ditos *fantasmagóricos* far-se-ia a partir da consideração dos fenômenos da *psiqué*. Assim para *Carla Faralli*, ele

“fixa como contexto último e privilegiado do real a dimensão empírica, espaço-temporal, e, no entanto, admite ainda uma realidade *psicológica* e *fantástica*. O dever ser é irreal e uma sua ciência, conseqüentemente, impossível. Mas enquanto o dever ser possa ser resolvido como produto da *psiqué* e da fantasia humana, ele será real e será possível uma ciência que o indague como produto da mente humana; a pesquisa sociológica, psicológica e histórica absorve esta função. O direito é uma realidade como é uma realidade a magia, ainda que não sejam reais as entidades concebidas como reais no pensamento jurídico, assim como não são as imaginadas no pensamento mágico.”³⁹

Não há dúvida de que o direito se insere como uma parte sólida do quadro da realidade. No entanto, não se pode ter dele uma visão fantasmagórica. A sua dinâmica é conturbada e, por isto, perturba uma montagem teórica que deixe de lado as formas como assenta a sua inserção na realidade. A pesquisa é histórica, é psicológica, é sociológica e pode envolver tantos campos quantos forem os feixes de atração da norma jurídica.

Às vezes, a voz de uma testemunha na sala de audiências diz mais sobre o conhecimento do direito e sobre suas faixas de ruptura do que um livro que ensine o que são as provas.

b) Vilhelm Lundstedt (1882-1955)

*Lundstedt*⁴⁰ pode ser considerado o discípulo mais direto de *Hägerström* e talvez o mais explosivo e controvertido. Quando se trata do exacerbamento das concepções, é aqui que ele se revela de modo mais contundente.

37 A frase é extraída de *Hägerström* e citada por CASTIGNONE, 1974, p. 17.

38 RECASENS SICHES, 1963, v. 1, p. 304.

39 FARALLI, Carla. Diritto e magia. In: PATTARO, 1982, p. 6-7.

40 Cf. sobre o autor, em especial CASTIGNONE, 1974, p. 93-140.

A crítica à metafísica e ao positivismo, naquilo em que tem de vinculação conceitual, estão presentes na sua obra e o nexos com outras escolas concomitantes pode ser percebida, notadamente no que se refere à preocupação com o dado social. No entanto, esta pertinência e/ou conexão com outras correntes não é assimilada por ele, como enfatiza *Jørgensen*:

“assunção de que toda a ciência jurídica anterior estava equivocadamente baseada em uma base ideológica e que em lugar disto se refere à utilidade pública como o instrumento por meio de que as questões podem ser postas, é em grande medida relacionada com a “Freirechtsschule” alemã e com o realismo americano, apesar de Lundstedt negar qualquer outra influência além da de Hägerström”⁴¹.

Segundo *Hernandez Gil*, a concepção de *Lundstedt* considera o seguinte:

“A vida transcorre sob a ação permanente da aparência jurídica e se impõe seu respeito. O não jurista, mais pelo sentimento que pela reflexão, adquire a convicção de que é protegido pelo poder da aparência: falem de *direitos* e de *deveres*, mas estas palavras não fazem mais do que designar certas situações de fato. Ao contrário, as concepções dos juristas são mais complicadas; não consideram os fatos tal como são em realidade, mas os fazem substituir pelas *noções jurídicas* (propriedade, obrigação, responsabilidade delitual), que conformam todo um mundo. Os juristas chegam a seu conhecimento através das ciências jurídicas e pelo que elas ensinam, sem descobrir nas noções outra realidade que não seja a de ser produto do espírito dos próprios cientistas; sem dar-se conta de que tais noções não devem ser mais do que conseqüências ideológicas de fatos reais.”⁴²

Um estudante de direito que se dedique atentamente às aulas e que estude todos os pontos a partir da leitura minuciosamente da lei e da melhor doutrina não estará imunizado do susto. E este susto pode vir das situações mais corriqueiras. Na Justiça do Trabalho, a novidade representada pela

41 JØRGENSEN, 1976, p. 515.

42 HERNANDEZ GIL, 1945, p. 298-9.

dedução de pretensão a danos morais e patrimoniais traz para a cena processual histórias variadíssimas, que se debatem por todas as áreas da vida humana, com absoluta imprevisibilidade. Em todos os casos, é necessário medir a realidade para estabelecer se há o dano e, havendo, estabelecer o valor da indenização. Da câmera de vídeo posta por alguns dias no interior do banheiro masculino à testemunha, do sexo feminino, que afirma ter sido compelida, dada à falta de instalações sanitárias, à fazer suas necessidades fisiológicas num copo plástico atrás do balcão de uma agência bancária, tudo isto, mesmo com uma talvez repulsiva proximidade do escatológico, está na sombra da realidade jurídica. Tudo isto constitui o que o direito é, o fato jurídico por sua excelência dinâmica.

Os fatos reais confrontam os fatos jurídicos em sua composição ideológica com um vigor maior do que a ciência está preparada para assimilar.

Aqui cabe uma importante contribuição de *Lundstedt* para a compreensão dos fatores de distanciamento do direito de seus destinatários que se percebe na realidade de hoje. Trata-se da idéia de *termos vagos* ou *empty labels* (rótulos vagos)⁴³. Sem perder a contextualização com a idéias motrizes de espaço e tempo⁴⁴, os conceitos jurídicos são criticados pelo vazio que seria preenchido com a vocação ideológica. Para usar uma expressão atual, eles seriam *slogans* impulsionados por versões variadas de atuação de veículos de *media*. Por isto, ele diz que tudo seria

“pura imaginação. Não existe justiça. Tampouco existe *dever ser* objetivo, e em conseqüência, tampouco se dá um direito objetivo, isto é, preceito jurídico. Deste modo, toda ideologia jurídica – incluindo as faculdades e os deveres, a licitude e a ilicitude – se dissolve em humo. Certamente que detrás da ideologia jurídica existem algumas realidades. Mas isto também é superestrutura formada acima de realidades edificadas sem um controle empírico, ou seja, na imaginação. Em geral, me referirei a ditas realidades com as expressões coletivas *mecanismo jurídico* ou *máquina jurídica*”⁴⁵

43 Cf. CASTIGNONE, 1974, p. 104.

44 Cf. RECASENS SICHES, 1963, v. 1, p. 305.

45 LUNDSTEDT, Vilhelm. El derecho y la justicia: una crítica ao empleo de la variación de la justicia. Trad. Roberto J. Venengo. In: MONCADA et al., 1957, p. 161.

Os escritórios de advocacia estão cheios destas feições de realidade que são engendradas a partir da *máquina jurídica*. O tempo pode ser um exemplo contundente. É muito comum que o cliente procure o advogado e, ainda que saiba não ter razão, queira *ganhar tempo*. A partir daí abre-se toda uma estrutura de construções processuais que vão sendo usadas uma após outra para construir uma *idéia-de-tempo* que não existe como realidade na vida, mas que se revolve nos cânones da *imaginação* jurídica como um espaço que passa a integrar a vida como se fosse uma realidade em si.

Na justificação deste procedimento, não está a idéia de justiça. Mas ele existe como mais um dado problemático que decorre do direito em sua especificidade e nos centros psíquicos de vontade dos vários agentes (partes, advogados, juízes) constitui uma fonte de tensão que não pode ser resolvida no plano dialogal simples. Na maioria das vezes, o seu esgotamento só decorre da exaustão do tempo.

O caráter acientífico da ciência jurídica e a irrealidade dos padrões que se colocam na comunicação diária pela linguagem do direito torna, portanto, bastante razoável a sua referência a uma *máquina jurídica*. A inexistência de direitos e de obrigações que levam à dificuldade no tratamento científico de palavras como justiça, ilicitude, culpa, responsabilidade, fariam surgir um outro mundo com um *funcionamento peculiar e com mecanismos especificamente construídos*, que deveria se submeter a uma análise para além dos limites específicos da conceituação pela linguagem.

Os aspectos essenciais da construção dogmática do direito seriam transportados para a *consciência humana* a partir da crença na existência dos direitos. Isto significaria que:

“Ele crê poder constatar que os efeitos da máquina jurídica são transformados pelos erros, na consciência dos homens, numa crença na existência, independente desta máquina, de direitos à posse de coisas ou pretensões em relação aos devedores, que têm a seu turno a obrigação de se comportar de um modo determinado.”⁴⁶

46 STRÖMHOLM, VOGEL, 1975, p. 59.

Mas se é assim que se coloca a questão é preciso abrir margem para definir que tipo de especulação e/ou de conhecimento seria possível pelo direito. Uma vez que tudo se resolveria no plano da ideologia ou da imaginação e isto deveria ser rechaçado como suporte para o conhecimento, qual seria o caminho?

Segundo *Recasens Siches*:

“Uma vez que se recusou toda ideologia e imaginação jurídica, o que se deve estudar é o fato das *motivações* reais na elaboração dos conteúdos jurídicos e na manutenção das leis”⁴⁷.

A idéia de *motivação real* leva a um outro desdobramento que é a concepção da subjetividade extrema dos juízos de valor, entre os quais do juízo de justiça⁴⁸. Uma motivação baseada na idéia de justiça, como um assentamento valorativo, não teria, sob a perspectiva da realidade, um ponto de apoio sólido.

Por isto, *Guido Fassò* afirma que, segundo *Lundstedt*, as normas jurídicas:

“não possuem nem sequer realidade, já que os juízes, ainda que se sirvam de proposições verbais preexistentes, de fato decidem com base em regras formuladas por eles mesmos à vista da utilidade social (que eles entendem de modo pessoal).”⁴⁹

A crítica ao juízos de valor tem uma dimensão⁵⁰, que pode ser percebida na voz do próprio *Lundstedt*:

“Os juízos de valor distinguem-se dos juízos propriamente ditos, porque são juízos dependentes do *sentimento*, em uma direção positiva ou negativa da pessoa que faz o juízo. Um exame puramente teórico, que somente estabeleça fatos – um exame complementarmente isento de toda influência emocional – nunca pode conduzir a um juízo sobre o deve ser feito, de que alguém é culpado ou de que algo é justo. Os conceitos de *dever ser*, *culpa* e *justiça* seriam, em outros

47 RECASENS SICHES, 1963, v. 1, p. 305.

48 Cf. CASTIGNONE, 1974, p. 100-3 e 140.

49 FASSÒ, 1979, p. 240.

50 Cf. STRÖMHOLM, VOGEL, 1975, p. 81-2.

termos, totalmente incompreensíveis para uma pessoa carente de sentimentos, se é que um ser tal, uma pura máquina de pensar, existisse.”⁵¹

É assim que ele se opõe ao que chama de *ideologia da justiça* por seu caráter não científico, mas na esteira de *Castignone*:

“enquanto é uma ideologia de certo tipo, que reflete os interesses particulares e individualistas perigosos para a vida social: daí vem sua proposta da teoria da utilidade social (*social welfare*), que vem a ser uma enunciação realística de quais valores sociais para cuja tutela a máquina do direito (*machinery of law*) foi criada”⁵².

Ele é criticado por *Alf Ross* por sua aplicação muito geral da utilidade pública⁵³. Talvez seja exatamente neste ponto - a necessidade de estabelecer na utilidade social um suporte para todo seu pensamento - que ele próprio deslize para a metafísica e perca a direção originária.

Com toda sua recalcitrância, havia em *Lundstedt* um pequeno veio de otimismo quando ele acredita que a noção de finalidade social poderia restaurar os cânones de certeza.

A dificuldade está em que o *social* não é tampouco um padrão unívoco, porque ele abrange grupos que têm interesses muitas vezes antagônicos.

O sentimento do socialmente adequado, focado em sua perspectiva de *utilidade social*, representa mais uma versão dos pólos de incerteza para o direito.

c) Karl Olivecrona (1897-1980)

Também discípulo de *Hägerström*, *Olivecrona* precisou, com mais eficiência, a questão do caráter imaginário e fictício dos conceitos. Ocupou-se da análise dos efeitos das normas sobre os destinatários dela e de seus desdobramentos psicológicos⁵⁴. As normas, portanto, podem ser vistas para além de sua idéia de *dever ser*. Neste sentido, ele

51 LUNDSTEDT, Vilhelm. El derecho y la justicia: una critica ao empleo de la variación de la justicia. Trad. Roberto J. Venengo. In: MONCADA *et al.*, 1957, p. 165.

52 Cf. CASTIGNONE, 1974, p. 95.

53 JØRGENSEN, 1976, p. 515.

54 Cf. sobre o pensador, especialmente CASTIGNONE, 1974, p. 141-207 e STRÖMHOLM, VOGEL, 1975, p. 64-8.

“não rechaça a categoria das normas. O que sustenta é que elas e o direito como um todo pertencem a este mundo; ao mundo dos fatos”⁵⁵.

No entanto, um dos aspectos principais de seu trabalho é a crítica à idéia de uma força vinculante do direito, porque ela se basearia em entidades que considera místicas⁵⁶, inclusive naquelas de índole psicológica, como na expressão de *Castignone*:

“Na realidade, à palavra *devernão* corresponde nada de concreto: mas a crença na existência do dever como algo objetivo, como uma qualidade real de certos comportamentos tornou-se um dos principais mecanismos psicológicos para permitir a manutenção da sociedade e o funcionamento das normas morais e jurídicas”⁵⁷.

Os padrões de comportamento impostos pelo direito (*patterns of behavior*) fixariam “as linhas de conduta que constituem o elemento ideal (imaginativo) da regra jurídica”⁵⁸ que ele chama de *ideatum* em que se distinguem dois elementos: o *requisitum* (a representação da situação na qual se deve encontrar a pessoa que espera cumprir a ação imposta) e *agendum* (representação da ação propriamente)⁵⁹.

Esta distinção ressalta a ambigüidade dos planos de existência do direito. De um lado, a esfera abstrata de incidência do padrão normativo, de outro, sua assimilação pelo agente.

A absorção do conceito geral envolve uma adesão psicológica e também a possibilidade do emprego da força, absorvida pelo direito⁶⁰.

A necessidade de análise do espaço deixado para a discricionariedade do juiz constitui, por conseguinte, outro aspecto importante quando se trate de conhecer o direito como um fato⁶¹, notadamente porque o direito se estrutura em normas que contêm modelos de conduta para o exercício da força⁶². Isto tem um papel importante na ótica de *Olivecrona*:

55 Cf. HERNANDEZ GIL, 1973, p. 106.

56 Cf. CASTIGNONE, 1974, p. 143.

57 Cf. CASTIGNONE, 1974, p. 159.

58 Cf. CASTIGNONE, 1974, p. 153.

59 Cf. CASTIGNONE, 1974, p. 153-4. Cf. ainda RECASENS SICHES, 1963, v. 1, p. 305-7.

60 Cf. OLIVECRONA, 1967, p. 105 *et seq.*

61 RECASENS SICHES, 1963, v. 1, p. 311.

62 FASSÖ, 1979, p. 241.

“A força nunca pode ser abolida das relações humanas. Mas pode ser monopolizada e canalizada, tornando-se assim, não apenas inócua, mas positivamente útil (do ponto de vista de nossas valorações correntes). A força é semelhante ao fogo: em liberdade é um elemento destrutivo para o homem; em sujeição é necessária para a vida.”⁶³

O juiz é um sujeito criador dos limites para a incidência da forma. Por isto, ele comenta o realismo americano principalmente o problema da predição e o papel das palavras⁶⁴. O sentido do direito deve ser antecipado pelo destinatário e para se situar em relação a este ponto, ele considera

“o direito como um imperativo isolado ou um sinal de obediência”⁶⁵.

A função das palavras ou dos sinais é instrumental e, daí, a afirmação de que “words are tools”⁶⁶, ou seja, *palavras são ferramentas* deve ser compreendida em consonância com a idéia de *palavras ocas*. Ele vale-se, como ponto de comparação, da idéia do valor do dinheiro. Para usar a mesma comparação de *Olivecrona*, a palavra *dolar*, indicativa do padrão monetário americano, não tem significação alguma, a não ser que se considere o seu sentido no plasmar de uma realidade em razão da força monetária que lhe foi atribuída. É uma palavra que tem função técnica. Poder-se-ia usar, numa metáfora de acepções bastante curiosas, o padrão monetário brasileiro. Estabelecer as várias realidades do *real* seria um processo envolvendo instrumentalidades e formulações com vocação técnica bem definida que talvez levassem *Olivecrona* a paragens que ela não imaginara, já que usou como padrão para comparação apenas o ascético *pfening*.

As palavras apropriadas pelo direito são vistas por eles no mesmo enfoque, ou seja, como *performative utterances – expressões realizadoras*⁶⁷ em referência a *J. L. Austin*:

“com as expressões realizadoras no campo do direito, ostensivamente realizamos a criação de direitos e de deveres,

63 OLIVECRONA, Karl. *El derecho como hecho*. Trad. Roberto J. Venengo. In: MONCADA et al., 1957, p. 239.

64 Cf. OLIVECRONA, 1968, p. 17-20.

65 JØRGENSEN, 1976, p. 515-6.

66 CASTIGNONE, 1974, p. 202-3

67 OLIVECRONA, 1968, p. 38. Cf. CASTIGNONE, 1974, p. 159 e 198-9.

relações e propriedades jurídicas. Direitos e deveres são estabelecidos mediante contratos; o direito de propriedade se transfere. Se constitui uma sociedade que é devidamente registrada; ela se converte em pessoa jurídica. (...) Por conseguinte se supõe que as expressões realizadoras jurídicas têm um efeito criador.”⁶⁸

Para mais adiante concluir:

“Se a linguagem jurídica é julgada por sua aparência, será interpretada como uma linguagem que reflete uma realidade. Mas esta realidade não é parte do mundo dos fatos conhecidos através dos sentidos, da memória ou da indução. É uma realidade de uma ordem superior. Apesar disto, toda tentativa de apreender esta realidade supra-sensível conduz ao fracasso.

Por conseguinte, é necessário um enfoque crítico no que diz respeito à linguagem jurídica. O propósito primário da linguagem jurídica não é refletir mas plasmar a realidade. Com este fim se utilizam palavras que têm um sentido emotivo, palavras que incitam à ação e palavras com uma função técnica.”⁶⁹

O direito como fato teve sua primeira edição no ano de 1939, ou seja, no período que mais imediatamente antecedeu a 2ª Grande Guerra. A instabilidade política e econômica dos anos 30 certamente influenciou o modo como o direito foi percebido por *Olivecrona*.

Há um risco de levar-se o pragmatismo longe demais e de esquecer dos pontos de sustentação, dos princípios retores de tutela que exigem uma visão mais abrangente dos processos formadores da norma. Segundo *Jørgensen* isto seria atingido pela

“adequação de construção e de sistematização como um meio de controle da racionalidade legal assegurando a conquista consistente da hierarquia de valores geralmente aceitos. Consideração pelos fatores pragmáticos e pela justiça concreta não devem ser descartados (...) Realismo não deve permitir o desenvolvimento de um realismo sem princípios”⁷⁰.

68 OLIVECRONA, 1968, p. 39. Cf. ROSS, Alf. Grandeza y decadencia de la doctrina de las expresiones realizativas. Trad. Eugenio Bulygin, Ernesto Garzón Valdés. In: ROSS, 1997b, p.93-115.

69 OLIVECRONA, 1968, p. 58.

70 JØRGENSEN, 1976, p. 519.

Admitir-se que o direito se forma por acumulação de idéias poderia, à primeira vista, representar um risco: o de que não se tenha uma baliza ou uma referência para a contenção das idéias o que tornaria admissível qualquer tipo de visualização concreta. Se o direito só é definido no campo da realidade, abre-se o flanco para que, num determinado tempo ou lugar, ele possa desbordar bases historicamente assentadas⁷¹.

Segundo *Olivecrona* o ponto de partida é uma questão de conservação de idéias:

“Na realidade o direito de um país compõe-se de uma imensa massa de idéias concernentes à conduta humana, as quais se vão acumulando graças à obra conjunta de inúmeros colaboradores. Estas idéias são expressas nestes autores mediante a linguagem imperativa especialmente através da legislação formal e da mesma forma são conservadas nos textos legislativos.”⁷²

A pergunta que deve ser feita quando se cogite do risco propiciado por uma abordagem que privilegie a concreção talvez seja: qual é a verdadeira eficácia que o direito mostra para conter as forças do mal? Se se permite a adoção de uma linguagem tão maniqueísta pode-se formular uma pergunta mais direta: Das guerras de todos os tempos, passando pelo século de guerra global, às guerras travadas no mundo do tráfico no Rio de Janeiro, na semana santa de 2004, que certeza de paz pode ser trazida pelo direito, como agente solitário?

E mais: qual é a utilidade para o direito ou para a ciência que o tem como objeto o não se considerar as falhas e as rupturas em seu sistema linear de prevenção e de solução de conflitos?

Por um lado, há a certeza de que o direito constitui o melhor repositório da força, a mais eficiente forma de garantir a segurança no convívio social. Por outro lado, há certeza de que ele não constitui um herói solitário que montado em seu cavalo branco é capaz de dissipar os conflitos com um simples abanar do peso da palavra escrita em um texto de lei.

⁷¹ A leitura de *Eichmann em Jerusalém*: um relato sobre a banalidade do mal, de *Hannah Arendt*, é essencial para a compreensão dos riscos e da extensão deste fator que está incrustado na operacionalidade do direito – cf. ARENDT, 1999.

⁷² OLIVECRONA, 1967, p. 37-8.

Apenas para assentar bases problemáticas iniciais, toda experiência humana envolve o jogo dos interesses e os riscos do poder. O direito engole as diferenças e as vai processando entre digestão plena e processo de incessante ruminação. O fato, objetivamente visível na face de cada conflito individual, é que os interesses deixam sempre a sua marca em qualquer fase da elaboração normativa.

O governante vocifera na televisão sobre a necessidade de reforma do judiciário. Ele é capaz de bater violentamente a mão na mesa. Mas por trás disto pode estar mais do que a vontade de resolver problemas práticos que impedem o fluxo mais ágil dos processos. Por trás disto certamente não está a vontade de fazer com que as ações propostas por particulares contra o Estado corram com mais ligeireza.

Por trás de cada lei há muitas coisas e não apenas a vontade benevolente de chegar à justiça.

Olivecrona sabia disto:

“Por outro lado, a idéia sobre a justiça pode vir diretamente influenciada pela propaganda, até em oposição aos interesses realmente existentes. (...) Na verdade, os detentores do poder conseguem com muita habilidade apropriar-se do direito no sentido metafísico e a fazer dele uma sombra do direito positivo”⁷³.

O direito, em todas as suas manifestações (das normativas de variados níveis às doutrinárias) pode ser usado para encobrir a realidade que brota da vida e que expõe nos conflitos. Todas as formas de expressão do direito culminam por amoldar a seu modo a realidade e por criar, em consequência, uma realidade peculiar, um fato específico que se volta para o mundo da vida e nele interfere.

d) Alf Ross (1899-1979)

De um modo grosseiro, pode-se dizer que o mais interessante na obra de *Alf Ross* é a fusão da influência do normativismo *kelseniano* e dos variados influxos do realismo escandinavo que o antecederam.

Segundo *Hernandez Marín*, o problema para *Ross* seria “conciliar o refuto da distinção entre *Sein* e *Sollen* com a posição inicial, em particular

⁷³ OLIVECRONA, 1967, p. 141.

com a idéia da especificidade do conhecimento jurídico⁷⁴, cuidando então de uma relação de coordenação entre um método dedutivo e um método indutivo⁷⁵.

Para isto, ele tratou da influência da dogmática, que deveria continuar a subsistir:

“mas concebida como uma ciência da realidade, como uma ciência que estuda a norma jurídica não como entidade lingüística abstrata que fala de direitos e obrigações jurídicas, mas como fatos psico-lingüísticos, constituindo um setor da consciência jurídica integrado na ciência do direito, a qual, no seu conjunto, é uma ciência da realidade, uma ciência do comportamento humano.”⁷⁶

O comportamento humano, naquilo em que guarda relevância para o direito, vai além da norma jurídica, porque ela não existe sem a sua intercepção com o mundo dos fatos. Os exemplos podem ser prosaicos.

Tome-se, mais uma vez, a idéia de reparação de danos. Não há doutrinador ou estudante de direito que não perceba o que seja a necessidade de reparar o dano causado. De um ponto de vista conceitual, cada um dos elementos que integram o instituto estão vivos na esfera das conjecturas conformadoras de um padrão normativo.

O ponto problemático é exatamente a variação do comportamento humano, porque só se definirá o que seja dano a partir da análise da especificidade de uma situação. Do mesmo modo, só a partir dela se poderá especificar o valor da indenização.

Um caso singelo pode servir de exemplo.

Uma empregada, digamos que ela se chame Maria, propõe uma reclamatória pleiteando as verbas rescisórias. A empresa apresenta defesa alegando que a dispensa fora por justa causa. A falta grave: a exuberante Maria não se continha diante dos colegas incitando-os a se relacionar com ela de modo mais íntimo. Como se tratava de uma empresa de ônibus, com inúmeros empregados do sexo masculino, seria possível imaginar a convulsão

74 HERNANDEZ MARÍN, R. Diritto e scienza. In: PATTARO, 1982, p. 178.

75 HERNANDEZ MARÍN, R. Diritto e scienza. In: PATTARO, 1982, p. 193-4.

76 HERNANDEZ MARÍN, R. Diritto e scienza. In: PATTARO, 1982, p. 208.

que isto causava. Como vítimas de Maria foram apresentados vários nomes e entre eles o de José. Terminada a instrução ficou provada a alegação da empresa. Maria era da *pá-virada*.

Passado algum tempo, vem a ação de José. Apontado como uma das vítimas de Maria, sua vida transformara-se no inferno com sua mulher e ele alegava que a conduta da empresa, sua empregadora, lhe estava causando danos e pedia a indenização. O fato era claramente detectável: apesar de haver sido designado, a prova no processo de Maria não continha qualquer referência a José. O dano, neste caso, poderia quase ser presumido dadas as circunstâncias e a fixação da indenização deveria ser de tal ordem a possibilitar uma reconciliação de José com sua mulher. Assim, o juiz estipulou o valor da indenização no equivalente a uma lua-de-mel de cinco dias, num hotel e em condições compatíveis com o *status* de José.

Esta é uma minúscula amostragem de como o conceito é vazio se não é preenchido pelo fato da vida consubstanciado na imprevisibilidade do comportamento humano.

Por isto, Ross valoriza uma observação do direito que se faça através de uma ciência jurídica de *sententia ferenda*, por meio da

“análise da jurisprudência dos tribunais para responder à questão de saber se é possível de achar ali princípios e regras, que teriam, de fato, a função de guiar o juiz, que deve se encaminhar para as regras gerais para a solução *in casu*”⁷⁷

A produção judicial não pode ser considerada como sendo *o direito* ou *todo o direito*, mas ela é o repositório mais vistoso do modo como o direito funciona. Por isto, o conhecimento do direito não prescinde da análise problematizante dos caminhos que o decisão judicial perfaz.

Esta afirmação, na obra de *Alf Ross*, só pode ser concebida com a certeza de que há uma miscegenação entre as fontes do direito, que constitui, portanto, um fenômeno complexo:

“*Todas as interpretações são feitas com certo propósito*, isto é, motivadas por certos interesses práticos. A crença em uma interpretação objetiva se relaciona com o fato de que a certeza ou a incerteza que caracterizam a *decisão* em vários casos

⁷⁷ STRÖMHOLM, VOGEL, 1975, p. 80-1.

foram confundidas com uma certeza ou incerteza teóricas, quando na realidade esta situação com respeito à sentença depende do caráter cooperativo e pronunciado dos móveis associados e dos interesses práticos, ou de seu vago e/ou contraditório caráter. Se crê que a *dúvida* na qual se encontra às vezes o investigador é de tipo teórico e pode ser resolvida de modo lógico, mas na realidade a dúvida é de uma natureza que pode ser associada com qualquer decisão prática, e só pode ser *solucionada* pelos vagos e/ou contraditórios motivos acertados numa sentença ou numa determinação. É de particular importância assinalar que a interpretação eleita nunca pode ser separada dos interesses práticos associados com as diversas interpretações possíveis.⁷⁸

Todo juiz sabe que é muito comum procurar coligir a prova da forma mais minuciosa, permitir às partes o mais amplo e exauriente exercício do contraditório, fomentar a busca de informações e, ainda assim, chegar-se na hora solitária em a sentença é lavrada sem saber o que aconteceu e como aconteceu, ou sem saber como ordenar a hipótese de fato controvertido ao padrão normativo que se quer ver aplicado.

Este exemplo corriqueiro, que a experiência de advogados e de juízes demonstra, sinaliza para a certeza de que, como diz *Ross*, na maioria dos casos a dúvida não está ligada a situações que possam ser resolvidas por uma lógica que enquadre linearmente as variáveis. Esta decisão prática é *solucionada* por motivos que podem ser acertados a partir de parâmetros vagos e/ou contraditórios.

A idéia da validade do direito não se destaca de uma análise do comportamento dos juízes inclusive em situações de ambigüidade. Isto tem relevância na concepção de *Ross*:

“A efetividade em que se *verifica* a validade do Direito (...) está constituída pelo comportamento real dos juízes, não pelo dos cidadãos”⁷⁹.

Este não é, portanto, um problema processual.

78 ROSS, 1997a, p. 165-6.

79 FASSÒ, 1979, p. 243.

Ele está raiz do direito se se considera que as normas devam ter uma certa previsibilidade e que elas devam pautar comportamentos. As fontes do direito, que são os canais de expressão destes padrões de conduta, participam desta linha de incertezas e de riscos.

A preocupação com as fontes do direito move um dos primeiros trabalhos de *Alf Ross*⁸⁰, num período em que sua influência de *Kelsen* era mais acentuada do que a dos realistas, e pode ser considerado o tom para uma evolução de pensamento que se seguiu, partindo sempre da observação do Direito como realidade. De acordo com *Hernandez Gil*, “é o ser, albergando, ao mesmo tempo, o fato e o valor”⁸¹.

O direito circunda o mundo dos fatos a partir de um espectro amplo, porque ele

“é concebido ao mesmo tempo como um fenômeno susceptível de observação no mundo dos fatos, e como uma norma obrigatória no da moral ou dos valores; ao mesmo tempo como algo físico e metafísico, como empírico e *a priori*, como real e como ideal, como algo que existe e algo que vale, como um fenômeno e uma proposição”⁸².

Esta polarização das matrizes formuladoras do conhecimento do direito transfere-se, naturalmente, para o mundo das palavras.

As preocupações de *Ross* envolvem as questões conceituais como acontecia com seus antecessores. Um exemplo muito interessante disto é seu livro denominado *Tû-tû*. Ali, ele analisa a experiência lingüística e de contenção de comportamentos de uma tribo, os Aisat-naf, da Ilhas Noisuli, no Pacífico do Sul, conhecida como um dos povos mais primitivos do mundo.

Segundo os esquemas costumeiros de regulação daquele povo, quem cometia a infração entrava na dimensão de *tû-tû*, concebida como uma espécie de força ou vínculo perigoso que recaía sobre o culpado e ameaçava toda comunidade com o desastre:

“Os enunciados que incluem a palavra *tû-tû* parecem aptos a atingir as duas funções principais da linguagem: prescrever e

80 Cf. ROSS, 1999.

81 Cf. HERNANDEZ GIL, 1973, p. 107

82 ROSS, 1997a, p. 15.

descrever, ou, para ser mais explícito, expressar ordens ou regras e fazer afirmações sobre fatos”⁸³.

A simples menção do termo *tû-tû* já estava tão carregada de inflexões que seria capaz de gerar os efeitos projetados por meio da tradição. Bastaria dizer:

“- Você está tû-tû.”

Assim se alcançariam as várias dimensões reais do direito, da norma à sanção.

O autor faz a análise da força e do vazio da palavra *tû-tû*, comparando-a à idéia de *direito subjetivo*, e conclui que ela pode ser tirada de cena que não alterará nada e conclui:

“o conceito de direito subjetivo é um instrumento para a técnica de representação que serve exclusivamente para fins sistemáticos, e que em si não significa nem mais, nem menos do que *tû-tû*”⁸⁴.

Esta é uma preocupação recorrente dos realistas e pode ser identificada em outros trabalhos de *Ross*. Ao cuidar do significado de *expressões realizadoras (performative utterances)* na obra de *J. L. Austin*, ele afirma que:

“a ordem jurídica autoriza a pessoa competente, ou as pessoas competentes, a liberar com suas palavras as forças que movem a máquina jurídica, a realização de um ato jurídico, pode parecer algo mágico: as palavras criam o efeito que nomeiam.”⁸⁵

A simples pronuncia das letras F-G-T-S pode ter um significado especial para aqueles que recebem a carga emotiva do que elas significam. Trata-se de uma palavra que cria um efeito. Recolhê-lo ou não, liberá-lo ou não, fazer acordo com a empresa para levantar-lhe os depósitos ainda que não se afigurem na realidade os pressupostos, ver nele uma poupança que pode ser retirada numa eventualidade, ainda que contra os ditames da lei: tudo isto são conjecturas que a ordem jurídica carregou para a vida real. Tudo isto são efeitos como o *tû-tû*.

83 ROSS, 1976, p. 9.

84 ROSS, 1976, p. 42.

85 ROSS, Alf. Grandeza y decadencia de la doctrina de las expresiones realizativas. Trad. Eugenio Bulygin, Ernesto Garzón Valdés. In: ROSS, 1997b, p. 114. Veja a sua referência à idéia de justicia - ROSS, 1977, p. 273.

Não é surpresa, portanto, que *Ross* use a teoria dos jogos como matriz para o entendimento dos mecanismos do direito⁸⁶.

Ele desenvolveu ainda outros pontos caros para os realistas, como a noção de validade. Assim, após falar do condicionamento recíproco entre as idéias de temor e respeito, por um lado, e de força e de validade, por outros, *Ross* conclui:

“Um ponto de vista realista não vê o direito e o poder como coisas opostas. Se por poder social entendemos a possibilidade de dirigir as ações de outros homens, então o direito é um instrumento de poder, e a relação entre os que decidem o que há de ser o direito e aqueles que estão submetidos a ele, é uma relação de poder. O poder não é algo que se encontra *detrás* do direito, mas algo que funciona como meio do direito. O problema que em termos metafísicos é formulado como uma pergunta sobre as relações externas entre o direito e a força, é na realidade uma questão concernente à relação entre o temor e o respeito como motivos que integram as relações de poder político-jurídicas.”⁸⁷

As opções a que o direito obriga estão na esfera de todos os agentes emissores de normas e das pessoas sobre cujas vidas elas incidem. A conexão delas com a realidade e a participação delas nesta realidade constitui a tônica dos realistas escandinavos e também dos americanos. *Ross* fixa nexos entre o realismo americano e o escandinavo na obra *Hacia una ciencia realista del derecho: crítica del dualismo en el derecho*⁸⁸. A proximidade entre a problemática de que cada uma das escolas é muito grande.

3. O realismo americano

O realismo americano, assim como o escandinavo, constitui uma reação que se forma a partir de teorias de “inspiração pragmática e sociológica” ou de “orientação não metafísica e não lógico-formalista”⁸⁹. Pode-se tomar uma linha diretora da distinção de *Roscoe Pound* (1870-1964) entre *direito-em-livros* (*law in books*) e *direito-em-ação* (*law in action*)⁹⁰. Mas

86 Cf. a crítica a esta opção em GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Realismo sociológico-jurídico. In: GARCÍA MAYNEZ, 1999, p. 112-20.

87 ROSS, 1977, p. 57.

88 ROSS, 1997a, p. 11.

89 FASSÒ, 1979, p. 223.

90 Cf. FASSÒ, 1979, p. 224.

o desenvolvimento não pára nele e vai beber na fonte teórica e pragmática dos grandes juízes e pensadores americanos que são *Oliver Wendel Holmes* (1841-1935) e *Benjamin Cardozo* (1870-1938). Esta seria a versão embrionária do movimento⁹¹, que teve sua grande expressão na procura de como agem os juízes em que se empenharam *Karl Llewellyn* e *Jerome Frank*⁹².

O processo que leva à formulação da sentença é a fonte de maior preocupação destes autores. Daí vem a importância da discussão que travam em torno da lógica silogística, porque a sentença, na verdade, encerraria não apenas um, mas “*diversos silogismos*”⁹³. O grande vislumbre de seu pensamento será a concepção de que, na versão de *Hernandez Gil*, nos caminhos do conhecimento, o silogismo funciona mais como “um modo de explicar a sentença do que de fazê-la”⁹⁴.

Em Holmes se dá o descortínio do direito como quase-profecia⁹⁵. Esta posição não pode ser destacada da principal característica de sua personalidade e de sua história como juiz: o fato de que foi um dos maiores agentes do dissenso como juiz da Suprema Corte americana⁹⁶. O conceito de predição avulta aqui como um dado de grande importância⁹⁷, porque a antecipação do comportamento do juiz, do modo como vai amoldar os vários vértices da situação constitui um enigma que o destinatário da incidência da ordem jurídica deve estabelecer para poder pautar seu comportamento. Quando esta afirmação vem de um juiz cujos posicionamentos se caracterizavam como inovadores, por sua vocação para a tutela social, está-se certamente injetando ingredientes ainda mais conturbadores no quadro.

Benjamin Cardozo dá em sua obra⁹⁸ um destaque considerável à atuação do juiz naquilo que ela tem de absoluto e duradouro e naquilo que ela tem de relativo e de efêmero, como pontos importantes para a compreensão do direito. Sua exposição é franca e pontuada das máximas que a experiência pessoal com o exercício da atividade judicante lhe autorizam.

91 Cf. RECASENS SICHES, 1963, v. 2, p. 621, TARELLO, 1962, p. 35-8.

92 Cf. HERNANDEZ GIL, 1973, p. 108.

93 Cf. HERNANDEZ GIL, 1973, p. 109.

94 Cf. HERNANDEZ GIL, 1973, p. 113.

95 É sua a colocação literal: “entendo por direito as profecias acerca do que os tribunais farão em concreto, nada mais, nada menos” - HOLMES, 1959, p. 19.

96 Cf. HOLMES, 1975, p. 5 *et seq.*

97 Cf. COING, 1993, p. 240.

98 Cf. CARDOZO, 1956.

Na raiz da obra dos realistas americanos está uma reação à jurisprudência analítica de *Austin* (1790-1859), especialmente nas faixas que ela tinha de exacerbado dogmatismo, na medida em que criticam a concepção mecânica do silogismo⁹⁹ e aos seus desdobramentos que seriam os de situar o direito além da experiência humana, crítica atribuída por *Recasens Siches* a *Jerome Frank*. Eles teriam desenvolvido as idéias de *John Chipman Gray* (1835-1915) que cuida dos limites da interpretação pelo juiz e a distingue da linha *circumspecta* da lei¹⁰⁰. Para os realistas haveria a necessidade de distinguir o que o juiz “estabelece nas sentenças e o que ele decide efetivamente”¹⁰¹, o que importa não é o que o juiz diz, mas o que ele faz.

Há questões específicas do direito americano nos anos 20 que desaguaram nas soluções formuladas nos anos 30 pelo realismo jurídico, segundo *Tarello*. Não se pode dizer que elas discrepem da linha problemática fundamental do direito de todos os tempos que se transfere da idéia de estabilização para a de mobilidade, como aliás definira *Pound* na afirmação de que o direito “deve ser estável, contudo, não pode permanecer imutável”¹⁰².

Mas, pontualmente, naquele momento histórico, em que as questões sociais sofriam os efeitos de uma situação econômica calamitosa que leva o mundo a um abismo¹⁰³, estas dificuldades do direito poderiam ser enfocadas sob dois prismas. O fator quantitativo poderia ser definido pela existência de quarenta e sete jurisdições estaduais e de decisões incompatíveis, fragilizando a eficácia da regra do *stare decisis*¹⁰⁴. O fator qualitativo estaria ligado às mudanças nas linhas de “equilíbrio jurídico”, notadamente à vista das mudanças sociais e históricas¹⁰⁵.

É bom notar que, em seu trabalho *A evolução do direito*, *Benjamin Cardozo* se refere a um projeto de consolidação organizado por grandes juristas como um vetor da solução do problema da instabilidade do sistema por estes fatores qualitativos e quantitativos¹⁰⁶. A história demonstra que a obra não foi concretizada e que o direito americano continua seu percurso arriscado e multivalente.

99 Cf. RECASSENS SICHES, 1963, v. 2, p. 621-2, TARELLO, 1962, p. 26-8.

100 TARELLO, 1962, p. 32-5

101 RECASSENS SICHES, 1963, v. 2, p. 622.

102 Esta é a máxima que abre o texto de *Benjamin Cardozo* em torno da necessidade de busca de maior certeza para o direito americano chamado *A evolução do direito* – cf. CARDOZO, 1956.

103 Cf. HOBSBAWN, 2000, p. 90-112.

104 TARELLO, 1962, p. 11.

105 TARELLO, 1962, p. 11-13.

106 CARDOZO, 1956, p. 109-18.

De todo modo, da complexidade do quadro é de ser perceber que as idéias de certeza e de dissenso são a tônica das concepções teóricas.

Por isto, talvez os olhos se tenham voltado tão agudamente para a figura do juiz e para o processo que nele se revela de elaboração normativa. A possibilidade de segurança pelo direito e de previsibilidade das decisões do juiz são focadas através da noção de predição e sua importância¹⁰⁷.

É nesta faixa que se situa a interessante idéia de *hunch*¹⁰⁸, como uma expressão da vocação intuitiva que representaria o processo de assimilação do direito e dos fatos pelo juiz. A tradução da palavra, que é uma gíria do inglês americano, não pode ser feita com o uso simplista do termo *intuição*, que não capta a leveza da versão original. A idéia de um saber antecipado e que, portanto, não pode ter seu percurso inteiramente previsto ou definido deve ser considerada. Por isto, seria mais adequado fazer uma fusão das palavras *palpite* e *estalo*, para construir uma idéia mais clara do que pretendem expressar os autores. O juiz tem um *palpite* e com ele constrói sua motivação. O juiz tem um *estalo* e ele atua no momento em que conduz a instrução processual ou em que procura meios eficientes para proceder à execução do devedor. Quem julga, sabe que estas noções não podem ser desprezadas. Na sua precariedade, como explicação de um fenômeno, assenta-se a precariedade efetiva dos caminhos para explicar como se dá o conhecimento no juiz. Esta pode ser uma afirmação avassaladora. Objetivamente, o que interessa, é que ela não pode ser desconsiderada quando se pretende falar com seriedade do direito.

Esta ligação da atividade do juiz à imprevisibilidade do *hunch* é uma das fontes de críticas a eles feitas, notadamente pela inserção no sistema teórico de um claro fator de instabilidade. Estes excessos dos realistas são expostos pela voz de *Roscoe Pound* e, por mais assustador que isto possa parecer, por *Kantorowicz* (1877-1940), o nome mais proeminente do controvertido Movimento do Direito Livre (*Freierechtbewegung*), em viagem aos Estados Unidos no ano de 1933.

O criticismo acentua a concepção de existência de uma interferência exagerada do dado psíquico do juiz¹⁰⁹. Este é um enfoque próprio daqueles

107 Cf. CUETO RÚA, 2000, p. 25-34.

108 TARELLO, 1962, p. 12

109 Cf. HERNANDEZ GIL, 1973, p. 109-123.

tempos e está aí a obra de outros autores como a do alemão *Isay*¹¹⁰ para não nos provar mentirosos. A indagação em todas estas hipóteses há de se voltar contra os excessos e contra uma dimensão de imobilidade e/ou perenidade e/ou totalidade que é maléfica para a análise de todos os métodos de conhecimento do direito.

Os principais nomes do realismo americano são *Underhill Moore*, *Herman Oliphant*, *Walter Cook*, *Karl Llewellyn*, *Charles Clark* e *Jerome Frank*¹¹¹. Há nomes menos conhecidos como o de *Bingham* que, na linha de *Llewellyn* e de *Frank*, acreditava na importância dos fatos para a compreensão do que seja o direito¹¹². Ainda que não se possa, porém, estabelecer entre eles uma consonância ou uma unidade nos métodos e na linha condutora dos pensamentos, os une a crítica ao formalismo¹¹³.

Como vetores mais destacados, serão abordados os enfoques de *Karl Llewellyn* e de *Jerome Frank*.

a) Karl Llewellyn (1893-1962)

Em *Bramble Bush*, *Llewellyn* dirige-se aos estudantes de direito e pretende levá-los a conhecer o que é o direito. Mas ele sabe que não é possível defini-lo em linhas estanques e conceitualmente exaurientes. Por isto, ele não definia o direito, caracterizava-o¹¹⁴.

Seguindo a mesma temática, ao explicar os porquês de não haver se preocupado detidamente com uma idéia de justiça ao definir as instituições cheienes e seus mecanismos de solução e de prevenção de conflitos, em outra de suas importantes obras, ele pontua:

“Os filósofos que tratam de uma sociedade particular em um dado momento de sua história podem bem hesitar em qualificar de *direito* o que não se encaixe com sua própria noção de justo, por receio de que ao lhe dar um nome objetivo, eles não lhe confirmam um estatuto. A análise sociológica deve ao contrário ver a instituição jurídica do modo como ela é: o resultado da eterna combinação entre o interesse e a justiça; um mecanismo sobre o qual, uma vez estruturado, o interesse e a justiça

110 Cf. FIKENTSCHER, 1975, p. 274.

111 Cf. RECASENS SICHES, 1963, v. 2, p. 620-1.

112 Cf. RECASENS SICHES, 1963, v. 2, p. 636-7.

113 Cf. FASSÒ, 1979, p. 224.

114 FRIEDRICH, 1984, p. 261.

continuem a atuar; mas um mecanismo que, simultaneamente, num momento dado, é aquele que ele é, uma figura delicadamente esculpida e viçosa ou um edifício craquento que ameaça ruir. (...) Sua obra nos trabalhos do direito não é solitária, ela é a obra dos *seres humanos* que o utilizam. Isto significa que ela conhece sempre as contribuições e que ela se remodela constantemente. Ela é refeita pelo trabalho que os homens atingem para fabricá-la, e refeita pelas tradições que eles desenvolvem quando a utilizam – servindo um interesse ou servindo a justiça, ou ainda a um e outra.”¹¹⁵

Pontuar-se o direito como obra dos seres humano é atribuir-lhe a necessária mobilidade. Por isto, nesta caracterização importa o direito como ele e não apenas as regras de papel¹¹⁶.

O caminho tomado pelo juiz na definição do que seja o direito de cada caso é tão relevante, principalmente no sistema americano em que ele tem um papel efetivo na formação do teor normativo integral da ordem jurídica. Este é, segundo *Llewellyn*, um modo de ver o direito na constante renovação problemática que a cena real envolve. Em suas palavras, é um modo de *see-it-fresh*, de vê-lo na sua constante renovação seja como a figura delicadamente esculpida e viçosa, seja como um edifício craquento que ameaça ruir¹¹⁷.

A visão deste edifício, em vias de destruição, pode parecer negativa. No entanto, quando se ouve o clamor das ruas, insatisfeitas com o modo como o direito realiza seus desígnios, com uma idéia de impunidade que é construída a partir de uma visão parcial dos problemas, a imagem da desintegração chega a ser tentadora.

Isto também é renovação, ou seja, isto constitui uma fonte de pressão para que aqueles que lidam com o direito em suas variadas esferas saiam a campo para procurar soluções mais condizentes com os pontos que o estão estrangulando.

O ponto de partida de *Llewellyn*, para o alcance de uma maior visibilidade da realidade de operações do direito, é a obra de *Holmes*:

115 LLEWELLYN, HOEBEL, 1999, p. 275.

116 Cf. RECASENS SICHES, 1963, v. 2, p. 623-6.

117 FIKENTSCHER, 1975, p. 285-6.

“Aquilo que conta não são as normas jurídicas, mas a sociedade, a qual se dá a própria ordem a si mesma, e não a recebe do Direito a não ser numa parte mínima. Em relação ao Direito, como havia ensinado Holmes, isto é apenas aquilo que os juízes farão no que concerne às controvérsias”¹¹⁸.

A dimensão de solução de conflitos pelo juiz é comparada com a das comunidades primitivas de um modo agudamente dilacerador de expectativas conceituais puras e cheio de inferências no que concerne à múltipla dimensão da realidade. A discussão é posta numa cena cheia de exemplificações:

“Que garantia nós temos para assumir que mesmo o sistema judiciário isoladamente (não estou cuidando da jurisdição administrativa) atua como unidade? Olhamos para nossas cortes superiores e encontramos suas palavras muito distante dos seus *fazeres*. (...) Em cada etapa juízes menos enaltecidos, em cada etapa mais deles: será que podemos supor que a habilidade média é também inferior? Será que podemos supor que outros fatores se somam para fazer mover as rodas, como o de que as regras das cortes caem mais e mais na inefetividade; que a correlação entre correia e engrenagem conduzem a máquina a caminhos estranhos e insuspeitos? Ignorância, preconceito, acidentes da experiência, favores, indolência, até mesmo corrupção: quanto, com que freqüência, quando e onde? A que distância o sistema dos procedimentos se situa das regras e dos resultados? Mas *por seus frutos nos o conheceremos*. O direito é, para a comunidade, o que o direito faz.”¹¹⁹

Isto significa que, mais do que uma noção estática e conceitual, o direito se revela sob o prisma de sua operacionalidade e de sua atuação concreta. O direito é, para a comunidade, o que o direito *faz*. E, por isto, quando se quer conhecê-lo é importante saber *como, onde, de que modo, quando e porque* ele faz, porque o direito não se destina à comunidade dos que sabem do direito, mas a todos os que estão ou vivem num certo espaço territorial.

118 FASSÒ, 1979, p. 225.

119 LLEWELLYN, 1977, p. 90-1.

A investigação jurídica deve olhar com suspeita a afirmação de que os efeitos regras são aqueles mesmos por ela enunciados e que os fatos reais são mesmo produzidos a partir delas. Daí a necessidade de busca do conhecimento dos efeitos reais¹²⁰, como uma quase obsessão.

Um exemplo talvez seja a questão dos precedentes. *Friedrich* discorre sobre a obra de *Llewellyn* e, em especial, sobre este tema. Sugere que para ele, a análise da tendência a seguir e a não seguir o precedente que se dá tanto no direito americano como no direito alemão¹²¹. Ainda que ele considere a solução dada por *Llewellyn* incompleta, ela chama a atenção para o grande enigma que é o processo de formação da decisão e o modo como o juiz escolhe a direção a ser tomada: uma escolha que acontece em qualquer sistema porque ela se impõe sempre que o agente da edição normativa, em qualquer escala, é defrontado com o fato em perspectiva conflitual e pontuado da diversidade dos interesses.

A discussão, no sistema brasileiro da questão das súmulas vinculantes, insere-se exatamente neste ponto, em que a análise deve ir muito além do saber se a vinculação é estabelecida com o sistema romano-germânico ou o sistema anglo-americano¹²².

Esta é a deixa para a introdução da palavra *hunch* na obra de *Llewellyn* e para se tentar empreender a busca de seu significado no processo de elaboração normativa. É preciso definir se se trata mesmo de uma manifestação intuitiva e do como ela se revela. Se é um *palpite*, o que o move?

Llewellyn o diz naquela exposição destinada a estudantes:

“Agora este *hunching* não é uma questão de adivinhação. (...) Uma *boa palpilogia (hunch-power)* é um resultado de bom senso, imaginação e *muito* conhecimento. Quanto *mais* conhecimento do que as cortes fazem, mais aperfeiçoado (*skilful*) o palpite (*hunch*). Quanto *melhor a qualidade* do conhecimento, quanto mais abertos os olhos para a compreensão dos casos, mais aperfeiçoado o palpite (*hunch*).”¹²³

120 Cf. RECASENS SICHES, 1963, v. 2, p. 624

121 FRIEDRICH, 1984, p. 172-3. Cf. LLEWELLYN, 1977, p. 81.

122 Como não há aqui espaço para um detalhamento maior das nuances sugeridas pelo tema, cf. LOPES, 2002, p. 517-539.

123 LLEWELLYN, 1977, p. 98. Deve-se observar que a tradução aqui fez-se com alguma licença poética.

Para se compreender o que seja o juiz, como figura representante do Estado que tem o papel dirimir conflitos, é preciso partir da noção comezinha de que ele é uma pessoa. Isto significa, com toda a aparente obviedade da afirmação, que ele tem uma história pessoal que envolve sua formação psíquica, social, educacional e até mesmo uma capacidade maior ou menor para a apreensão dos fatos, uma capacidade maior ou menor para uma conduta correta. Os juízes representam a diversidade das pessoas em geral: eles podem ser simpáticos ou carrancudos, podem ter habilidades variadas de inteligência, podem ser mais ou menos honestos. O fato é que eles carregam tudo isto para a decisão.

Não se pode dizer de modo simplista que cada processo constitui a exposição de todos estes elementos caracterizadores do juiz.

Pode ser que o juiz mais inteligentes e sagaz, no momento de instrução de um determinado processo, tenha deixado escapar o *hunch* e não tenha percebido aquela pergunta que, feita à testemunha, deixaria clara uma contradição esclarecedora dos fatos.

Este *palpite* é portanto algo mais complexo do que uma voz a soar nos ouvidos do juiz para indicar-lhe o caminho. Ele é, às vezes, um estalo que faz com que ele veja na prova e na sua intersecção com a norma, algo que até aquele momento tenha passado despercebido.

O fato é que esta habilidade vem da experiência, da atenção e de uma vocação psíquica. Ela pode existir em graus. Ela pode se revelar em cada processo de uma forma. E pode ser que ela sequer se revele aqui ou ali. Pode ser que um determinado processo tenha sido tratado com tanta displicência pelos envolvidos que os dados relevantes se tenham escondido e ele agora sobrenade ao sabor do acaso.

Esta miscelânea que envolve o processo de interpretação é um dado essencial da realidade do direito.

b) Jerome Frank (1889-1957)

Pode-se começar a falar sobre *Jerome Frank*, com uma informação fundamental: ele foi juiz¹²⁴. Só esta experiência pode justificar o fato de ele dizer o que diz e como diz. Pode haver em suas colocações algo de excessivo, de exagerado. Mas aparando as arestas, o essencial está ali. O

124 RECASENS SICHES, 1963, v. 2, p. 629.

modo como o juiz descobre a vida e faz a sua interceptação com o sistema jurídico-normativo não segue uma linha reta. Ali estão também as peripécias do angustiante processo de interpretar fato e norma.

Não há dúvida de que a predição é uma idéia motriz da estrutura do direito¹²⁵.

No entanto, a imprevisibilidade está na ordem do sistema e o desconhecimento é um fardo que todo juiz carrega pesadamente sob seus ombros.

A figura do *hunch* volta aqui com força total:

“a sentença do juiz não é previsível, não sendo fruto de racionalização, mas de palpites (*hunches*), pelos quais o juiz chega à própria decisão às vezes antes de haver procurado desenvolvê-la; por isso, a fé na certeza do direito como elemento de segurança em relação à previsibilidade é infundada”¹²⁶.

Esta afirmação pode parecer aterradora, mas ela deve ser posta em contexto.

Às vezes, a experiência de julgar muitos casos similares faz com que o juiz tenha um pré-juízo em relação ao entendimento de uma determinada questão. Por isto, ele pode ter este *palpite* antecipado e se não houver uma atuação pronta do advogado ou se ele próprio não atentar para a especificidade da situação, conseqüências nefastas podem se instaurar.

Esta a afirmação guarda maior pertinência quando se considera o mundo repetitivo que a era dos computadores impôs. Petições iniciais de computador são respondidas por defesas de computador e solucionadas por sentenças de computador. Recursos de computador são interpostos e ficam à espera de acórdãos de computador. Esta é uma constatação dramática que revela uma face da realidade que não poderia ser antevista por *Jerome Frank*.

Não se pode querer enfrentar a questão com a emissão de um juízo de valor: isto é terrível.

125 Cf. ROSS, 1997a, p. 77-8.

126 FASSÒ, 1979, p. 225. Cf., ainda, FRIEDRICH, 1984, p.262-4.

Isto é um fato que, com suas variadas versões e extensões, sempre ocorreu no mundo do direito, que não é sequer um privilégio dos nossos contemporâneos.

A incerteza passa a ser um objeto de conjecturas, um ponto a ser analisado para se conhecer o que ele – o Direito – significa.

Por isto, *Recasens Siches* enfatiza:

“muito da incerteza do direito não é apenas um acidente infeliz, não é o resultado de uma deficiência ou de uma falta, mas, ao contrário, tem um imenso valor social”¹²⁷.

E se pergunta o porquê da necessidade de ocultação deste fato que é tão relevante para a compreensão do próprio direito (ocultam-no juízes, professores, advogados etc.) e conclui que isto se trata de “uma miopia”¹²⁸.

O objetivo de *Jerome Frank* é analisar a realidade jurídica tal como ela é, notadamente em seu momento de individualização e tomando a perspectiva do juiz como sujeito-intérprete que expressa a concretude:

“o direito efetivo se aperfeiçoa, adquire realidade, não pela virtude exclusiva das regras abstratas, mas pela ação de seres humanos concretos. Segundo Frank, a personalidade do juiz é realmente o fator central. Seja qual for a reação que a observação da realidade produza em nós, o certo é que a realidade é assim”¹²⁹.

A vocação para a concretude abarca o *esforço racionalizante do juiz* e as dificuldades que eles sentem de expressar as razões reais de seus juízos de fato. Mas é preciso destacar as características peculiares do processo de racionalização juiz. E ele o faz:

“Por causa da artificialidade inerente às racionalizações *ex post facto*, analíticas, lógicas, de suas *coraçoadas* (“corazonadas”) ou *gestalts*, alguns juízes de primeira instância consideram pior do que inútil a exigência de que tornem públicos os fundamentos de fato. A posição destes juízes faz recordar a velha história do juiz veterano que aconselhava um colega

127 RECASENS SICHES, 1963, v. 2, p. 629.

128 RECASENS SICHES, 1963, v. 2, p. 629.

129 RECASENS SICHES, 1963, v. 2, p. 634, devendo-se conferir a ainda nas p. 632-3

novato que nunca desse as *razões* de suas sentenças, porque os fatos provavelmente seriam sempre corretos, mas as *razões* seriam comumente equivocadas.”¹³⁰

O juiz não vivencia a prova. Ele é um narrador de imagens. Ele reproduz a impressão que as provas deixaram nele, avaliando os seus efeitos. Por isto, a idéia de que ele é, na verdade, uma testemunha do testemunho das testemunhas¹³¹.

Nesta faixa está situada a mais significativa dimensão de sua discricionariedade. É uma discricionariedade sobre os fatos que não seria regulável:

“Como esta “discricionariedade sobre os fatos” é especialmente “não regulável” e seu modo de atuar escapa a todo escrutínio, a “lealdade profissional” não entra virtualmente controle sobre seu exercício. Apesar disto, esta discricionariedade é exercida cada vez que um litigante deduz uma questão de fato controvertida e chama testemunhas a depor oralmente a seu favor”¹³².

Ela não envolve apenas testemunhas, ainda que a oralidade de sua expressão seja um campo vasto para a interpretação e a reconstrução de cenários de vida. A análise de elementos de prova que têm uma circunscrição de mobilidade menor - como documentos, fechados no âmbito da expressão escrita, e laudos periciais, envoltos no enovelamento da técnica - são exemplos de faixa em que também atua a imposição criativa do juiz para definir, em sua perfectibilidade, a cena fática.

Não se trata sequer de uma autorização formal dada pela ordem jurídica, que o juiz carrega nas mãos como um salvo-conduto ou como um pedido de desculpas por sua interferência em algo que deveria ser diferente. O juiz cria o fato em razão de uma força inexorável que não dá a ele outra opção se ele quer trabalhar. O juiz preenche a norma de conteúdo, onde ela o expõe de modo aberto, porque só assim ele pode efetivamente decidir.

Por isto, é bom ouvir *Jerome Frank* e seus exageros:

130 FRANK, 1999, p. 95-6.

131 Cf. RECASENS SICHES, 1963, v. 2, p. 636.

132 FRANK, 1999, 77.

“Em lugar de passar por contrabando nas sentenças a aplicação discricionária das normas – para que se acomodem aos casos individuais – através da dissimulada porta traseira da determinação dos fatos, bem poderíamos revisar a maioria de nossas normas para que abertamente confirmem esta discricionariiedade. (...) A maioria das normas seria então francamente reconhecida como o que agora realmente são em muitos casos: guias gerais que devem ser ajustados a circunstâncias particulares de cada caso.”¹³³

Às vezes é preciso não apenas julgar as cortes, mas julgar também todos os modos de expressão teórica do direito.

4. Conclusão

Não há dúvida de que estas versões do realismo jurídico podem ser consideradas manifestações extremadas de *anticonceitualismo*. No entanto, elas buscam o encontro da justiça a partir da consideração de variáveis que estão mais próximos da vida real do direito¹³⁴.

Se se quer modificar a realidade pelo direito, é preciso interpretá-la em toda sua extensão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

- ARENDDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Cia. das Letras, 1999.
- CARDOZO, Benjamin N. *A natureza do processo e a evolução do direito*. Trad. e notas de Leda Boechat Rodrigues. São Paulo: Nacional de Direito, 1956.
- CASTIGNONE, Silvana. *Diritto, linguaggio, realtà: saggi sul realismo giuridico*. Torino: G.Giappichelli, 1995
- CASTIGNONE, Silvana. *La macchina del diritto: il realismo giuridico in Svezia*. Milano: Comunita, 1974.
- COHEN, Felix S. *El metodo funcional en el derecho*. Trad. de Genarro R. Carrio. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1935.
- COING, Helmut. *Grundzüge der Rechtsphilosophie*. 5. Aufl. Berlin: Walter de Gruyter, 1993.

133 FRANK, 1999, p. 107.

134 Cf. FASSÓ, 1979, p. 225-6.

- CUCHE, Paul. *Conferences de philosophie du droit: le mirage du droit naturel, les postulats metaphysiques du positivisme juridique, realisme et conceptualisme juridiques-critique du concept de la personnalite morale*. Paris: Dalloz, 1928
- CUETO RÚA, Julio César. *Una visión realista del derecho: los jueces y los abogados*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.
- FASSÒ, Guido. *Historia de la filosofía del derecho*. Trad. José F. Lorca Navarrete. Madrid: Piramide, 1979, v. 3.
- FER, Briony, BATCHELOR, David, WOOD, Paul. *Realismo, racionalismo, surrealismo: a arte no entre-guerras*. Trad. Cristina Fino. São Paulo: Cosac & Naify, 1998.
- FIKENTSCHER, Wolfgang. *Methoden des Rechts: in vergleichender Darstellung*. Tubingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1975, v. 2.
- FRANK, Jerome. *Derecho e incertidumbre*. Trad. Carlos M. Bidegain. Mexico: Fontamara, 1999
- FRIEDRICH, Carl Joachim. *The philosophy of law in historical perspective*. 2. Ed. Chicago: The University of Chicago Press, 1984.
- GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. *Positivismo juridico, realismo y iusnaturalismo*. 3. ed. Mexico: Fontamara, 1999.
- HARRISON, Charles, FRASCINA, Francis, PERRY, Gill. *Primitivismo, cubismo, abstração: começo do século XX*. Trad. Otacílio Nunes. São Paulo: Cosac & Naify, 1998.
- HERNANDEZ GIL, Antonio. *Metodologia del derecho*. Madrid: Editorial de Derecho Privado, 1945.
- HERNANDEZ GIL, Antonio. *Metodologia del derecho*. Madrid: s. ed., 1973, v. 3.
- HESPANHA, António Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. 2. ed. Lisboa: Europa-América, 1998.
- HOBSBAWN, Eric. *A era dos extremos*. Trad. Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- HOLMES, Oliver Wendell. *La senda del derecho*. Trad. de Carlos A. Garber. Prologo de Carlos Maria Bidegain. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1959.
- HOLMES, Oliver Wendell. *Opinioni dissenzienti*. Trad. di Carmelo Geraci. Milano: Giuffre, 1975.
- HOLMES, Oliver Wendell. *The Common Law*. Boston: Little, Brown, [s.d.].
- JØRGENSEN, Stig. Legal science during the last century: the Nordic countries. In: ROTONDI, Mario (Org). *La science du droit au cours du dernier siècle*. Padova: Cedam, 1976, p.503-19.

- LLEWELLYN, Karl N. *Belleza y estilo en el derecho*. Trad. y prologo por Jose Puig Brutau. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1953.
- LLEWELLYN, Karl N. *The Bramble Bush: on tour law and its study*. New York: Oceana, 1977.
- LLEWELLYN, Karl N., HOEBEL, E. Adamson. *La voie Cheyenne: conflit de jurisprudence dans la science primitive du droit*. Trad. Louis Assier-Andrieu. Paris: LGDJ, 1999.
- LOPES, Mônica Sette. Os precedentes e o sistema: a realidade e os mecanismos de solução de conflitos. *Revista Trabalhista*. Rio de Janeiro, Forense, a. 1, v. 4, out./nov./dez. 2002, p. 517-539.
- MASSINI, Carlos Ignacio. *Sobre el realismo jurídico: el concepto de derecho, su fundamento, su concrecion judicial*. Prologo de German J. Bidart Campos. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1978.
- MONCADA, L. Cabral de, BRANDÃO, José, VILANOVA, José, LUNDSTEDT, Wilhelm, OLIVECRONA, Karl. *El hecho del derecho*. Buenos Aires: Losada, 1957.
- OLIVECRONA, Karl. *Il diritto come fatto*. A cura di Silvana Castignone. Milano: Giuffrè, 1967.
- OLIVECRONA, Karl. *Lenguaje jurídico y realidad*. Trad. de Ernesto Garzon Valdes. Neunos Aires: Centro Editor de America Latina, 1968
- PATTARO, Enrico (Org.). *Contributi al realismo giuridico*. Milano: Giuffrè, 1982.
- RECASENS SICHES, Luis. *Panorama del pensamiento jurídico en el siego XX*. Mexico: Porrúa, 1963.
- ROSS, Alf. *Logica de las normas*. Trad. por Jose S. P. Hierro. Madrid: Editorial Tecnos, 1971.
- ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. 4. ed. Trad. por Genaro R. Carrio. Buenos Aires: EUBEDA, 1977.
- ROSS, Alf. *Direttive e norme*. Trad. di Mario Jori. Milano: Comunita, 1978.
- ROSS, Alf. *Tû-Tû*. Trad. de Genaro R. Carrio. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1976.
- ROSS, Alf. *Hacia una ciencia realista del derecho: critica del dualismo en el derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997a.
- ROSS, Alf. *El concepto de validez y otros ensayos*. Mexico: Fontamara, 1997b.
- ROSS, Alf. *Teoria de las fuentes del derecho: una contribución a la teoría del derecho positivo sobre la base de investigaciones histórico-dogmáticas*. Trad. José Luis Muñoz de Baena Simón, Aurelio de Prada

