

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

WILLIAM HAMILTON LEIRIA

**O JUIZ E O SOBERANO:
UMA POSSÍVEL INTERSECÇÃO ENTRE O REALISMO JURÍDICO
ESTADUNIDENSE E O DECISIONISMO DE CARL SCHMITT**

Florianópolis/SC

2018

William Hamilton Leiria

**O JUIZ E O SOBERANO:
UMA POSSÍVEL INTERSECÇÃO ENTRE O REALISMO JURÍDICO
ESTADUNIDENSE E O DECISIONISMO DE CARL SCHMITT**

Trabalho de Conclusão do Curso de Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a. Jeanine Nicolazzi Philippi

Florianópolis/SC

2018

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

LEIRIA, William Hamilton

O juiz e o soberano : Uma possível intersecção entre o
realismo jurídico estadunidense e o decisionismo de Carl
Schmitt / William Hamilton LEIRIA ; orientadora, Jeanine
Nicolazzi PHILIPPI, 2018.

114 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) -
Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências
Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2018.

Inclui referências.

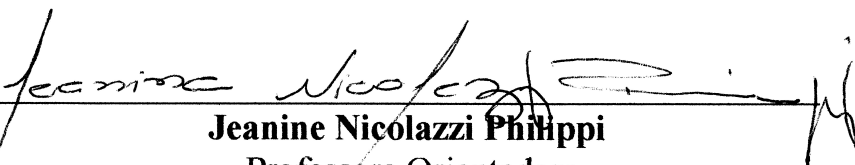
1. Direito. 2. Realismo jurídico. 3. Decisionismo. 4.
Common law. 5. Carl Schmitt. I. PHILIPPI, Jeanine
Nicolazzi. II. Universidade Federal de Santa Catarina.
Graduação em Direito. III. Título.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO


TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “*O juiz e o soberano: uma possível interseção entre o realismo jurídico estadunidense e o decisionismo de Carl Schmitt*”, elaborado pelo acadêmico **William Hamilton Leiria**, defendido em 07/12/2018 e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

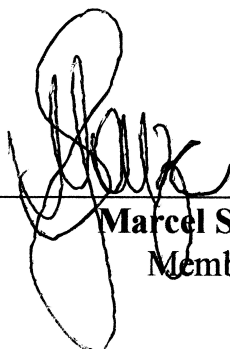
Florianópolis, 07 de dezembro de 2018



Jeanine Nicolazzi Philippi
Professora Orientadora



Melissa Mendes de Novais
Membra de Banca



Marcel Soares de Souza
Membro de Banca



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno: William Hamilton Leiria

RG: 4.924.111 - SSP/SC

CPF: 092.738.209-13

Matrícula: 14101543

Título do TCC: *O juiz e o soberano: uma possível interseção entre o realismo jurídico estadunidense e o decisionismo de Carl Schmitt*

Orientadora: Jeanine Nicolazzi Philippi

Eu, William Hamilton Leiria , acima qualificado, venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido.

Florianópolis, 07 de dezembro de 2018.

Assinatura manuscrita de William Hamilton Leiria, escrita em tinta preta sobre uma linha horizontal.

William Hamilton Leiria

*Aos meus pais,
juizes sérios.*

AGRADECIMENTOS

Sou grato a tudo aquilo que contribuiu para que eu fosse quem sou.

Em primeiro lugar, agradeço à minha família pelo suporte em toda minha vida, principalmente nos últimos cinco anos. À minha mãe, Lourdes, pelo exemplo de comprometimento e de ética. Ao meu pai, Nelson, pelo apoio incondicional, por sempre acreditar em mim. À Priscila, pela amizade e cumplicidade eternas, pela distância presente, e agradeço acima de tudo pela irmandade, muito mais que um vínculo de sangue.

Agradeço pela oportunidade de estudar na Universidade Federal de Santa Catarina, local onde construí laços afetivos e políticos e me formei enquanto pessoa e acadêmico.

À professora Jeanine Nicolazzi Philippi, pelos valiosos ensinamentos desde os momentos iniciais do curso, por ser inspiração de uma academia séria. Por todos os momentos que ocupou na minha graduação, como professora, tutora, orientadora desta pesquisa e de monitoria. Agradeço, sobretudo, pela influência sobre meu futuro profissional.

Ao PET - Direito - UFSC, por tudo que me ensinou e por todos quem conheci. Pelo grande orgulho de ter sido parte da história do Programa, principalmente em um de seus momentos mais críticos. Local onde verdadeiramente aprendi sobre a extensão do significado de universidade pública, gratuita e de qualidade e sobre a importância de sua defesa.

À Milena Barbi, pelos conselhos e consolos, pelas conversas e risadas e pelos aprendizados ao teu lado. Pela pessoa incrível que é e pela felicidade em ser seu amigo.

Ao Eduardo Contini, pela parceria acadêmica, pelas conversas, trocas e ajudas que possibilitaram este trabalho. Especialmente, pelo companheirismo diário e pela amizade.

À Vitória Kilpp, pelas aventuras; à Fernanda Ceccon, pelo carinho; ao Yan Kaliei, pelo absurdo. Aos amigos Andrey Kilkamp, Pedro Paulo Fabbri, Savio Nardelli e Ana Galvan, pelos momentos de descontração e por aceitarem minha ausência no último ano. Ainda, ao Wagner Zanotto e à Ana Beatriz, pela possibilidade de novas amizades no final do curso.

Para além da universidade, agradeço à Juana Ghisleri e à Marina Sganzerla, que apesar da distância nunca deixaram de ser amigas. À Marina, novamente, e à Mariana Pöpper, por um certo jantar em 2013, depois do qual decidi me mudar para Florianópolis.

Por fim, à Clara Padiã, por tudo que construímos e construiremos. Por me ter ensinado o amor, que pela sua grandeza e magnitude não pode ser transposto em palavras. Amor puro e sublime, a ser unicamente *sentido*. Que transborde.

*Em Los Angeles, diante do juiz que submete a exame
Os que buscam tornar-se cidadãos dos Estados Unidos
Apresentou-se um taverneiro italiano. Após séria preparação
Prejudicado no entanto por seu desconhecimento da nova língua
Respondeu no exame à pergunta:
O que significa a Emenda nº 8? com hesitação:
1492. Desde que a lei exige que os candidatos conheçam a língua
Ele não foi aceito. Retornando
Após mais três meses gastos em estudos,
Mas ainda prejudicado pelo desconhecimento da língua
Foi-lhe colocada a seguinte pergunta: Quem foi
O general vencedor da Guerra Civil? Sua resposta foi:
1492. (Dita alegremente, em voz alta). Novamente, foi mandado embora
E, retornando uma terceira vez, respondeu ele
A uma terceira pergunta: De quantos anos é o mandato
do Presidente?
Novamente com: 1492. Então
O juiz, que simpatizara com o homem, percebendo que ele não poderia
Aprender a nova língua, perguntou-lhe
Como ganhava a vida, e soube: trabalhando duro. Assim
No seu quarto comparecimento fez o juiz a seguinte pergunta:
Quando foi o descobrimento da América? E baseado em sua resposta correta
1492, concedeu-lhe a cidadania.
(Berthold Brecht, “O juiz democrático”)*

RESUMO

O presente trabalho se propõe a fazer uma análise de duas teorias do direito desenvolvidas na primeira metade do século XX. De um lado, o realismo jurídico estadunidense e, de outro, o decisionismo de Carl Schmitt. Assim, o problema que orientou a pesquisa foi a possibilidade ou não de fazer uma aproximação entre tais teorias. A hipótese, confirmada ao fim do trabalho, foi de que é possível comparar o realismo jurídico e o decisionismo a partir do foco dado por ambas as teorias ao elemento da decisão, judicial para o primeiro e soberana para o segundo. A fim de confirmar a hipótese, recorreu-se a documentação bibliográfica, dando primazia a textos primários, no idioma original. Utilizou-se o método de abordagem indutivo para construir a pesquisa. O objetivo principal foi, então, encontrar e apresentar os pontos de tais teorias que tornassem a aproximação plausível e válida, sem prejudicar qualquer uma delas. Os objetivos específicos foram analisar os principais pontos da *common law*, a fim de verificar no seio de qual tradição se insere e desenvolveu o realismo jurídico; apresentar o positivismo jurídico e o formalismo jurídico, com o intuito de compreender em que medida o realismo jurídico é visto como parte de um positivismo jurídico, mas ao mesmo tempo se contrapõe a certas características positivistas; apresentar o pensamento realista desde seus primórdios até sua versão mais extrema; apresentar o pensamento decisionista elaborado por Carl Schmitt; e, por fim, traçar o paralelo entre tais teorias, buscando descobrir se é, também, o realismo um decisionismo. Os marcos teóricos principais da pesquisa foram Oliver Wendell Holmes, Benjamin Cardozo, Karl Llewellyn, Jerome Frank e, certamente, Carl Schmitt. Ao fim do trabalho, pôde-se confirmar a hipótese, visto que a decisão judicial dos juristas realistas apresenta certas características encontradas na decisão soberana do jurista alemão, como a infalibilidade e a desvinculação de uma normatividade que a regule. Ainda assim, afirmar que o realismo jurídico é um decisionismo mostrou-se impróprio. Já em Jerome Frank, em específico, pôde-se encontrar fortes tendências decisionistas voltadas para uma supremacia judicial. A importância da pesquisa mostra-se, sobretudo, por apresentar, ao menos nos Estados Unidos, uma origem do aumento do poder decisório dos juízes, bem como sua ligação a uma ideia de direito excepcional.

Palavras-chaves: realismo jurídico; decisionismo; Carl Schmitt; *common law*; exceção.

ABSTRACT

The present work intends to analyze two theories of law developed in the first half of the twentieth century. On the one hand, the American Legal Realism and, on the other, Carl Schmitt's Decisionism. Thus, the problem that guided the research was the possibility or impossibility of approximating both theories. The hypothesis, confirmed at the end of the work, was that it is possible to compare the Legal Realism and the Decisionism from the focus given by those theories to the element of decision, judicial to the first and sovereign to the second. In order to confirm the hypothesis, it was used bibliographic documentation, giving priority to primary texts, in the original language. The inductive approach method was used to construct the research. The main objective was then to find and present the points of such theories that would make the approximation plausible and valid, without harming any of them. The specific objectives were to analyze the main points of the common law, in order to verify within which tradition is inserted and developed Legal Realism; to present legal positivism and legal formalism, in order to understand the extent to which Legal Realism is seen as part of a legal positivism, but at the same time opposes certain positivist characteristics; to present realistic thinking from its beginnings to its most extreme version; to present the decisionist thinking developed by Carl Schmitt; and, finally, to draw the parallel between such theories, trying to find out if Legal Realism is also a form of decisionism. The main theoretical landmarks of the research were Oliver Wendell Holmes, Benjamin Cardozo, Karl Llewellyn, Jerome Frank and certainly Carl Schmitt. At the end of the work, the hypothesis could be confirmed, since the judicial decision of the realists presents certain characteristics found in the sovereign decision of the German jurist, such as the infallibility and indetermination. Still, to assert that legal realism is a decisionism proved to be inappropriate. In Jerome Frank, in particular, one could find strong decisionist tendency toward judicial supremacy. The importance of research is mainly due to the exposure, at least in the United States, of the origin of an increase in the decision-making power of the judges, as well as its link to an idea of exceptional law.

Keywords: Legal Realism; decisionism; Carl Schmitt; common law; exception.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1. RAÍZES: OS FUNDAMENTOS DO REALISMO JURÍDICO	4
1.1 Common law e positivismo jurídico: aproximações e incompatibilidades	4
1.2 O caminho do direito, o caminho do realismo	17
1.3 Cardozo, entre extremos.....	28
2. REALISMO JURÍDICO: A DECISÃO CRIADORA DO DIREITO	41
2.1 Do fermento: a ascensão	42
2.2 Da controvérsia: o próximo passo	49
2.3 Teorias realistas do direito.....	62
3. DECISIONISMOS ENTRE O JUIZ E O SOBERANO	72
3.1 A decisão soberana	72
3.2 É o realismo um decisionismo?	83
CONSIDERAÇÕES FINAIS	105
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	110
ANEXO I	114

INTRODUÇÃO

Vivemos tempos obscuros. Desde o ano de 2013, este país vem sendo dilacerado de forma cada vez mais brutal. A revolta das ditas elites contra uma ínfima diminuição da desigualdade social nos anos anteriores esgarçou o tecido social, levando-o às últimas consequências. O governo da presidenta Dilma Rousseff foi substituído por uma Ponte para o Passado por meio de um golpe orquestrado a fim de estancar a sangria da Operação Lava Jato. O presidente ilegítimo Michel Temer foi agraciado oportunamente e colocou em prática as vontades neoliberais do mercado. Ao fim de todo o processo, a chancela do Judiciário. Do golpe até as eleições de 2018, o Brasil continuou sendo arrastado rumo ao abismo, perante o qual nos deparamos agora com horror crescente do fascismo. O processo de *impeachment* rasgou a Constituição da República; a reforma trabalhista, a Consolidação das Leis Trabalhistas; a prisão do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, a Constituição, mais uma vez, e o Código de Processo Penal. A todo momento, *decisões* colocam em xeque a ordem democrática, embora as instituições estejam funcionando normalmente, conforme a atual presidenta do Tribunal Superior Eleitoral, ministra Rosa Weber. Há alguns anos vemos o Supremo Tribunal Federal dando a palavra final sobre assuntos eminentemente políticos, desafiando o próprio ordenamento jurídico brasileiro. Nesse acordo com o Supremo, com tudo, temos um golpe permanente em curso, cujas vestes são togas.

O presente trabalho, à uma primeira vista, não trata de nenhuma das questões supracitadas. Em *O juiz e o soberano*, pretende-se realizar uma intersecção entre uma teoria do direito desenvolvida na primeira metade do século passado nos Estados Unidos da América com uma outra, mais conhecida, trabalhada por um famoso jurista alemão, no entreguerras. Refere-se ao realismo jurídico e ao decisionismo de Carl Schmitt. Diante da atual conjuntura nacional, parece anacrônica, senão meramente estranha, uma pesquisa, realizada no Brasil, que se furte de nosso tempo e espaço presente. De todo modo, pretende-se, ainda que pretensiosamente, que seja um trabalho de todo *contemporâneo*, como diria Giorgio Agamben. Isto é, uma pesquisa que fuja da cegueira branca do presente e mostre, justamente através de sua intempestividade, as trevas dos tempos de hoje.

Tempos esses em que se “*caminha a passos largos para a common law*” – nas palavras do ex-Ministro da Suprema Corte brasileira, Teori Zavascki – e nos quais o estado de exceção deixou de ser instrumento para estabelecer a normalidade para se tornar técnica de

governabilidade moderna. Um olhar atento, então, para as origens do aumento do poder decisório do juiz e dos fundamentos do estado de exceção se mostra mais necessário do que, a princípio, pode se pensar. Esse é, precisamente, o propósito dessa pesquisa ao voltar os olhos ao elemento chave que se contrapõe à norma, suspendendo-a: a decisão. O problema que orienta o presente trabalho, então, é a possibilidade de cruzar o realismo jurídico com o decisionismo de Carl Schmitt a partir da decisão, judicial, de um lado, e soberana, doutro. O método que se seguiu no transcurso da pesquisa foi o indutivo, tomando por técnica análise bibliográfica, principalmente, de fontes primárias.

Assim, buscou-se no primeiro capítulo perquirir as raízes do realismo jurídico. Para tanto, analisou-se os fundamentos da tradição jurídica da *common law*, seu funcionamento e principais institutos. Em seguida, inseriu-se o realismo jurídico como uma teoria do direito nascente no seio de tal tradição, de forma que se baseia, essencialmente, em um direito jurisprudencial. Ao passo que o realismo jurídico surge como uma contraposição ao *formalismo jurídico*, intentou-se, ainda, retomar diversas concepções de formalismo comumente atribuídas ao direito, bem como de positivismo jurídico, corrente em certa medida atrelada ao formalismo. Contrapôs-se, então, o realismo jurídico ao positivismo jurídico a fim de verificar o ponto de inflexão entre tais teorias. Por fim, apresentou-se o realismo jurídico como um herdeiro do pragmatismo jurídico, desenvolvido pelo ministro da Suprema Corte Oliver Wendel Holmes Jr. e por seu sucessor Benjamin Nathan Cardozo. O pensamento de tais autores chegou a um limite, ao se inserir no pensamento jurídico progressista do pré-Primeira Guerra Mundial. De toda forma, duas bases do realismo já estão lá: o ceticismo e o poder do juiz de agir em contrariedade à Lei.

No segundo capítulo, na esteira das sementes lançadas pelos dois juristas anteriores, analisou-se o desenvolvimento do pensamento jurídico progressista pós-guerra, culminando no surgimento do realismo jurídico, em 1930. Para tanto, partiu-se do caso *Lochner vs. New York*, no qual Holmes proferiu voto dissidente, e da influência do jurista Roscoe Pound em Cardozo para averiguar o crescimento do fermento realista. Perpassou-se, entre os anos de 1918 e 1930, pelas universidades de Yale – berço do realismo –, com o pensamento de Arthur Corbin e Walter Cook, e de Colúmbia, com suas discussões curriculares e crise da reitoria. Foi esse o terreno preparado para se desenvolver, então, a controvérsia realista entre Karl Llewellyn e Roscoe Pound, com um troca de artigos sobre o novo movimento que surgiu nas

escolas de direito. Discutiu-se, no último tópico do capítulo, três teorias do direito que se podem extrair do realismo jurídico: da negação das regras, da profecia e da decisão. Apresentou-se, então, essa última enquanto o núcleo do realismo jurídico.

Por fim, separou-se o terceiro e último capítulo em duas seções. Na primeira, abandonou-se, momentaneamente os Estados Unidos, a fim de voltar os olhos ao velho continente, onde se analisou o pensamento do jurista alemão, Carl Schmitt. Há que se dizer que, diante do propósito desta pesquisa, focou-se no elemento da decisão soberana, que, apesar de sua indissociabilidade da soberania e da exceção, é mais interessante para o prosseguimento do trabalho com a segunda seção. Nessa, buscou-se responder se *É o realismo jurídico um decisionismo?*; pergunta formulada diante do foco na decisão, em detrimento da norma, dado pelo realismo jurídico, apesar de se voltar para o centro, não os extremos do direito, tal qual faz Schmitt. Para além disso, encontrou-se tanto no pensamento desse jurista quanto naquele dos realistas outros elementos comuns de interessante comparação, como a recusa da mitológica separação entre direito e política e a recusa de um normativismo vazio como núcleo do direito. Ambas as negações levam, conseqüentemente, ao direito como uma ordem operada por pessoas reais e, portanto, às decisões de tais pessoas.

Seja ou não o realismo um decisionismo, espera-se que a aproximação seja suficiente para evidenciar os perigos de um aumento do poderio judiciário. Em terras brasileiras, os sintomas são vários. A modulação de efeitos no controle de constitucionalidade, as súmulas vinculantes, o dito sistema de precedentes instituído pelo Código de Processo Civil de 2015, bem como diversos julgados esparsos e outros particularmente paradigmáticos, como as já citadas sentenças do *impeachment* e da prisão do ex-presidente Luiz Inácio. Depara-se, cada vez mais, com a judicialização da política e com a juridicização da vida, isto é, com a redução da política ao debate entre ou, melhor, à decisão de onze *pessoas*, não deuses, que tocam todos os assuntos da vida humana, agraciando ou punindo.

1. RAÍZES: OS FUNDAMENTOS DO REALISMO JURÍDICO

Nada nasce do deserto. Sem lançar as mãos à terra, não se descobre como algo pode ter florescido. É impossível efetivamente apreender a complexidade de algo sem perquirir suas origens, suas bases e pressupostos.

A compreensão do realismo jurídico estadunidense não é diferente. Embora se possa afirmar que tenha surgido com a publicação do artigo “*A realistic jurisprudence – The next step in*” de Karl Llewellyn, em 1930, o terreno já vinha sendo preparado para tanto há, pelo menos, 40 anos. Tomar esse artigo como ponto de partida seria admitir, justamente, que essa corrente teórica desenvolvida nos Estados Unidos da América surgiu do nada.

Três são as questões necessárias de se levarem em conta a fim de que se possa efetivamente analisar o realismo jurídico estadunidense: *de onde?*, *contra o quê?* e *do que ele surge?*. As perguntas em alguma medida se entrelaçam, é verdade; de toda forma, separa-se-as por uma razão de cunho metodológico.

As duas primeiras perguntas serão tratadas no primeiro tópico deste capítulo. Esse *onde* se refere a um lugar apenas em certa medida. O realismo jurídico, sendo uma corrente que se desenvolveu nos Estados Unidos da América, é fruto da tradição jurídica da *common law*. Então, embora a árvore tenha crescido nesse país, pode-se afirmar que suas raízes mais profundas estão na Inglaterra. O *contra o quê* é, ao menos aparentemente, mais simples. A *teoria do direito*¹ realista emerge como contraposição ao que de uma forma bastante genérica se denominou formalismo jurídico e, por consequência, ao positivismo jurídico.

Quanto ao *do quê*, que poderia ser melhor traduzido em *de quem*, mas não *com quem*, busca-se respondê-lo no segundo e terceiro tópicos do presente capítulo ao se trabalhar com o pensamento de Oliver Wendell Holmes Junior e Benjamin Nathan Cardozo, dois autores que promoveram uma revolta contra o formalismo jurídico, abrindo espaço para um maior poder criativo do juiz.

1.1 *Common law* e positivismo jurídico: aproximações e incompatibilidades

Um pressuposto básico para compreensão do realismo jurídico é o fato de os Estados Unidos da América serem um país pertencente à tradição jurídica da *common law*. Intenta-se,

¹ Buscará se elucidar que os ditos *realistas* não pretendiam formular uma teoria do direito, mas apresentar tão-somente um modo de analisar o fenômeno jurídico.

assim, um deslocamento geográfico temporário para a Inglaterra, país no qual surgiu e se desenvolveu primeiramente essa tradição jurídica, afim de levantar algumas características básicas dos ordenamentos jurídicos dessa família. Como salienta René David, um estudo apropriado da *common law* começa, necessariamente, pelo estudo do direito inglês, visto que a história dessa tradição – é preciso levar isso em conta –, até o século XVIII, corresponde à história do direito inglês.²

Pode-se dizer – embora sem exagerar esse fato, visto que todo direito se apresenta como fruto de uma realidade histórico-social – que o direito inglês possui um caráter eminentemente histórico. David argumenta que, ao contrário do que comumente se pensa, o direito inglês não é um direito consuetudinário.³ Embora na época de formação da *common law* o costume tenha exercido papel importante, a ideia do costume geral imemorial do reino – que seria o próprio fundamento do *direito comum* – é uma ficção. A *common law* foi elaborada, na verdade, conforme a razão. Segundo Edward Coke, a *common law* é, em última instância, a *razão*. Não qualquer uma, mas a dos juízes, preocupados em edificar um sistema coerente de direito.⁴ Muito mais que consuetudinário, a *common law* se apresenta como um direito racionalmente construído pelos juízes.

Trata-se, portanto, de um direito jurisprudencial, isto é, de elaboração judiciária. Os juízes declaram o direito e as decisões judiciais têm força de lei. A fim de garantir um corpo jurídico com um mínimo de sistematização e coerência, que assegurasse um sentimento de justiça à população, entendeu-se, na época de formação e desenvolvimento da *common law*, que as decisões anteriores deveriam auxiliar na decisão de novos casos.⁵ Surge, então, a regra do precedente (*rule of precedent*), que na primeira metade do século XIX – como fruto de uma tendência legalista – se consolidou com a doutrina do *stare decisis* – explicada pelo adágio *stare decisis et non quieta movere*: que se continue com as coisas decididas e não se

² DAVID, René. *Os grandes sistemas do Direito contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 351. Para se aprofundar no surgimento e no desenvolvimento da *common law*, cf. a mesma obra, páginas 355-380.

³ Vê-se com Bobbio que John Austin vai no mesmo sentido. Para o jurista inglês, há três fases da lei histórica do desenvolvimento do direito: uma moralidade positiva, o direito judiciário e o direito legislativo. O direito judiciário, por sua vez, também comporta três momentos: um direito judiciário de fundamento consuetudinário (ou seja, “os juízes adotam e fazem valer como direito as próprias normas da moralidade positiva”), posteriormente se dá um fundamento científico, culminando na criação judiciária do direito. In: BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006. p. 112-113. Interessa aqui especialmente que o direito propriamente dito não é consuetudinário. Pode, quando muito, ter um fundamento no costume. Como direito, no entanto, valem somente aqueles costumes recepcionados pelo juiz.

⁴ DAVID. op. cit. p. 439-441.

⁵ LUNDMARK, Thomas. *Charting the divide between common and civil law*. New York: Oxford University Press, 2012. p. 347.

mova nas quietas.⁶ Conforme essa doutrina, a *legal rule* (regra de direito) se encontra na *ratio decidendi* (ou *holding*) de um caso passado, isto é, em seu fundamento. Assim, o direito é jurisprudência.

Isso não significa, entretanto, que não haja lei (em sentido estrito) no direito anglo-saxão, tampouco que ela ocupe um papel de pouca importância. David afirma, inclusive, que a lei não pode mais ser considerada uma fonte secundária do direito.⁷ Enquanto obra de um parlamento, a lei deve ser respeitada. A questão é que a regra contida no ato legislativo – que estabelece as diretrizes gerais do direito e as exceções ao *direito comum* – somente é de fato incorporada ao corpo do *direito* quando interpretada e aplicada pelo juiz, e na forma e medida que se deu a interpretação e a aplicação.⁸ O critério de valoração de uma norma jurídica que prevalece na *common law* é, então, o da eficácia, ou seja, o problema de a norma ser ou não efetivamente seguida pelos seus destinatários, entre os quais estão incluídos os juízes, que devem aplicá-la.⁹

A regra de direito da tradição jurídica anglo-saxã não é colocada em um nível superior, geral e abstrato, como a lei na família romano-germânica, contudo ao “nível do caso concreto em razão do qual, e para cuja resolução, ela foi emitida”.¹⁰ Assim como a lei, a *ratio decidendi* de uma decisão anterior somente se configura como regra de direito à medida que interpretada e aplicada a um novo e presente caso concreto. Nas palavras de Lenio Streck e Georges Abboud, a identificação, validação e posterior aplicação da regra jurídica – do precedente – perpassa por “intenso debate e atividade interpretativa”, não havendo, portanto, qualquer atividade meramente “mecânica ou subsuntiva na solução de casos” análogos ou não.¹¹ Logo, o sistema de precedentes de nenhuma forma engessa o ordenamento jurídico; pelo contrário, flexibiliza-o – o que é considerado, justamente, uma das vantagens da *common*

⁶ DAVID. op. cit. p. 428.

⁷ Lenio Streck ilustra essa questão, por exemplo ao afirmar que nos Estados Unidos, fala-se em *staturification* do direito, em alusão ao termo *statute*, que significa lei em sentido formal. Cf. STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 3. ed. rev. atual. de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2015. (Coleção O Que é Isto? – 3). p. 29.

⁸ DAVID. op. cit. p. 415-434.

⁹ Norberto Bobbio levanta outros dois critérios de valoração de uma norma jurídica: a justiça e a validade. O autor diz que “se insistimos sobre a distinção e a independência dos três valores, é porque julgamos prejudicial sua confusão e, sobretudo, consideramos que não se pode aceitar outras teorias que não fazem esta distinção claramente, e tendem, ao contrário, a reduzir ora um, ora outro dos três aspectos, aos outros dois”, caindo em um reducionismo. Dentre as teorias reducionistas, Bobbio inclui o positivismo e o realismo jurídicos; esse, em especial, na sua vertente estadunidense. In: BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 3. ed. rev. Bauru (SP): EDIPRO, 2005, especificamente o Capítulo II - Justiça, validade e eficácia.

¹⁰ DAVID. op. cit. p. 408-409.

¹¹ STRECK; ABOUD. op. cit. p. 50.

law –, diante dos métodos de superação ou não-aplicação de um precedente, como *distinguishing*, *overruling*, *overriding*. Esse direito jurisprudencial se apresenta, então, como um direito casuístico (*case law*).

A *common law* se manifesta, portanto, como um direito essencialmente prático. O grande jurista dessa tradição é, como se viu, o juiz, cuja função é administrar a justiça do caso concreto; é aquele que teve sua formação não na universidade, mas nos próprios tribunais. A universidade, inclusive, ocupa um papel de menor relevância na *common law*, ou ao menos na Inglaterra, do que nos direitos romano-germânicos. O direito inglês – tipicamente contencioso – foi elaborado e se ordenou nos quadros do próprio processo. Uma sistematização do direito, e por consequência sua codificação – enquanto obras da lógica e de uma racionalização do fenômeno jurídico –, nunca se mostraram como verdadeira possibilidade. A atenção dos juristas estava, pelo contrário, no procedimento judicial; não tanto na justiça quanto em sua administração. O foco na atividade judiciária faz que o principal meio para conhecimento do direito sejam as compilações das decisões judiciárias, os *reports*, que citavam as principais decisões dos juízes.¹²

Não obstante a reduzida importância que teve a universidade na vida do direito inglês, algumas obras da doutrina ajudam em sua compreensão e, de uma forma mais geral, da *common law*. Em *Institutes of the Lawes of England* (1628-1642), Edward Coke defende a *common law* dos ataques de Thomas Hobbes em prol de um direito emanado do soberano.¹³ Também, a obra de William Blackstone, os *Commentaries on the Laws of England* – que descreveram o direito inglês na segunda metade do século XVIII, época de apogeu da *common law* –, é especialmente relevante, tendo em vista que fixou os quadros não só do direito inglês, mas do que se entendia, genericamente, como *common law*. Assim, os *Commentaries* facilitaram a expansão dessa tradição e sua recepção pelos Estados Unidos da América.¹⁴

Com a independência estadunidense, não se podia falar ainda propriamente de um direito nacional. O único direito conhecido pelos pós-revolucionários era o direito inglês. Não havia nos Estados Unidos qualquer literatura jurídica ou *reports*. Assim, o direito estadunidense teve como únicas fontes, em seus primeiros anos, as decisões dos tribunais

¹² DAVID. op. cit. p. 376, 404-411.

¹³ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*. op. cit. p. 34.

¹⁴ DAVID. op. cit. p. 376-377.

ingleses e as obras de Coke e Blackstone. Nesse sentido, Grant Gilmore entende ser irrelevante falar de um direito estadunidense antes dos anos 1800.¹⁵ Em razão disso, o corte histórico desta pesquisa é a partir do século XIX, mas, especialmente, o primeiro terço do século XX.

Feito o trajeto entre Inglaterra e Estados Unidos da América, traçando algumas das bases da tradição da *common law*, considera-se respondida a pergunta do *onde* levantada páginas atrás. Desconsiderando as particularidades do *direito comum*, seria possível pensar que o realismo jurídico é plenamente viável em um país de direito romano-germânico, ensejando importações teóricas impróprias. A outra questão que se busca responder neste tópico é o *contra o quê*. Como se disse, o realismo jurídico se contrapõe genericamente ao formalismo jurídico, e, em certa medida, também ao positivismo jurídico.

As expressões *formalismo jurídico* e *positivismo jurídico* carregam uma polissemia tal que um ataque indiscriminado contra o que representam é vão e inócuo. Por formalismo jurídico, pode-se entender teorias diversas: da justiça, do direito, da ciência e da interpretação; por positivismo jurídico, uma abordagem específica do fenômeno jurídico, uma teoria do direito e uma ideologia. Formalismo e positivismo jurídico são muitas vezes usados como sinônimos. Embora haja uma aproximação entre eles, concordar com tal uso seria cair em outro reducionismo vazio. As concepções de formalismo não se implicam necessariamente, assim como o *approach* positivista do direito não implica a teoria positivista do direito e essa não pressupõe o positivismo enquanto ideologia.¹⁶ Conquanto nem um nem outro sejam o escopo do presente trabalho, cumpre-se esmiuçar os conceitos para compreender a crítica realista e seus limites.

Diz Bobbio que toda a tradição jurídica ocidental esteve marcada pela distinção entre o direito natural e o direito positivo. No decurso da história, o pêndulo ora pendeu para um, ora para outro. O positivismo jurídico – aqui em um sentido amplo – surge de um desses momentos de valorização do direito positivo e de *descrença* no natural. Esse movimento, mostra o autor, se tornou possível diante do forte ataque ao direito natural desferido pelas correntes históricas do direito desenvolvidas na Alemanha, particularmente com Gustavo Hugo e Friedrich Carl von Savigny. Floresceu posteriormente, como positivismo

¹⁵ GILMORE, Grant. *The Ages of American Law*. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 2014. E-book. Sem paginação. Introdução, III.

¹⁶ BOBBIO, Norberto. *Jusnaturalismo e positivismo jurídico*. 1. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2016. p. 101-132.

propriamente dito, na França, com a codificação napoleônica e a escola da exegese, e na Inglaterra, com as doutrinas de Jeremy Bentham e John Austin.¹⁷

Enquanto uma ideologia, o positivismo jurídico defende a teoria da obediência da lei. A lei é a lei. Bobbio afirma que não se deveria falar em positivismo jurídico para se referir a essa corrente, que não é científica, mas moral. Um termo mais apropriado seria positivismo ético.¹⁸ Extrai-se dessa ideologia uma teoria *formal* da justiça conhecida comumente como legalismo. Assim, ao positivismo como ideologia liga-se o formalismo ético. A justiça do direito é reduzida à sua validade, o seu aspecto meramente formal; ignora-se, então, qualquer consideração sobre o conteúdo da norma ou sua finalidade.¹⁹ A consequência lógica desse reducionismo é a compreensão da justiça (ou do direito, visto que passam a ser uma e mesma coisa) como força. Assim, seria “preciso resignar-se a aceitar como justo o que agrada ao mais forte, uma vez que o soberano, se não é o mais justo entre os homens, certamente é o mais forte”.²⁰

De qualquer forma, a concepção da lei positivada enquanto medida do justo e do injusto não é facilmente encontrada entre os positivistas²¹ e este não é o ponto de inflexão entre o positivismo e o realismo jurídico. Nada impede, no entanto, de se pensar uma concepção legalista de justiça a partir da perspectiva de um direito jurisprudencial: algo como o precedente é o precedente ou, ainda, a decisão é a decisão, devendo-lhe cumprimento irrestrito. Se reduzir a justiça à (validade da) lei faz com que o direito seja a força do soberano, reduzi-la à decisão faz com que seja a força do juiz. Retoma-se essa questão no terceiro capítulo deste trabalho.

Neste momento, são mais interessantes os aspectos de abordagem e teórico do positivismo jurídico.

¹⁷ Para se aprofundar no desenvolvimento histórico do positivismo jurídico, ver a primeira parte de BOBBIO, N. *O positivismo jurídico...* op. cit. p. 15-127.

¹⁸ *Ibidem.* p. 133.

¹⁹ *Idem.* *Jusnaturalismo e positivismo jurídico.* op. cit. p. 103-106.

²⁰ *Idem.* *Teoria da norma jurídica.* op. cit. p. 61.

²¹ Bobbio indica Thomas Hobbes como um positivista ético. (Ib. p. 60) Vale lembrar que para o autor inglês lei é a palavra daquele que por direito tem poder de mando sobre os demais, isto é, o soberano; e justiça é o cumprimento dos pactos. O contrato social que fundou o Estado-Leviatã, o grande deus mortal submisso apenas ao deus imortal, criou também o soberano e concedeu-lhe poder legislativo. Assim, a lei civil é fruto do pacto, de forma que seu cumprimento configura justiça e seu descumprimento, injustiça. A lei deve ser cumprida enquanto tal. Há, entretanto, um limite ao respeito a ela, que provém também do pacto. A função do Estado é garantir uma vida pacífica aos súditos. Se a lei contraria o próprio fundamento do pacto, ou se a lei ordena que o súdito se mate – o que, por consequência, também viola o pacto –, a obediência às leis não é mais exigível. Assim, o que se tem, na verdade, é muito mais uma concepção convencionalista do que legalista de justiça. Cf. HOBBS. *Leviatã.* Tradução Rosina D'Angina. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012. p. 123-176.

O primeiro problema não se refere a uma metodologia de pesquisa, isto é, a instrumentos e técnicas, mas à delimitação de um objeto de estudo.²² O positivismo jurídico, de fato, não surge tanto de um momento de descrédito do direito natural quanto do esforço de tornar o estudo do direito em uma ciência, que se presta a objetivamente descrever uma realidade. Logo, o objeto da ciência jurídica somente pode ser – e aí está o recorte – aquele que se apresenta na realidade histórico-social, o direito que *é*, o direito como um *fato*, não como um valor: em síntese, um direito cuja vigência possa ser factual e objetivamente identificada. Assim, não se preocupa tanto com seu conteúdo quanto com sua forma.²³

A objetividade do jurista ou do cientista jurídico se dá pela abstenção de qualquer juízo de valor sobre o direito. Rechaça-se, assim, toda e qualquer metafísica que permeie o direito com valores subjetivos ora para estabelecer-lhe uma finalidade, como justiça ou bem comum, ora para sujeitar-lhe a validade ao cumprimento de certos ideais. O direito natural, cuja juridicidade não pode ser verificada pelos fatos, fica excluído, então, do objeto da ciência jurídica por manifestar valor: um direito ideal a ser alcançado. Isso não significa, no entanto, rejeitar a qualidade de direito ao direito natural, ideal ou racional ou dizer que o único direito existente é o positivo. Trata-se apenas de uma escolha metodológica: a delimitação do objeto da pesquisa em decorrência da vigência verificável do ordenamento jurídico.²⁴

A partir dessa perspectiva, qualquer teoria do direito que adote esse *approach*, isto é, que tome como seu objeto unicamente o direito positivo, entendido aqui como o conjunto de normas de vigência factualmente verificável, é uma teoria do direito positivista.²⁵ Essa afirmação vale não só para o normativismo, mas também para o realismo jurídico. Em princípio, esse seria tal qual aquele uma teoria antijusnaturalista ou anti-ideológica, no sentido de que não formula juízos de valor sobre o direito, nem lhe interessa seus conteúdos, mas tão-somente os procedimentos para produção da norma jurídica, ou seja, sua *forma*. Essa

²² BOBBIO. *Jusnaturalismo e positivismo jurídico*. op. cit. p. 130.

²³ Idem. *O positivismo jurídico*. op. cit. p. 135-138.

²⁴ Idem. *Jusnaturalismo e positivismo jurídico*. op. cit. p. 132-134.

²⁵ Ibidem. p. 133-134.

característica, denominada por Bobbio de formalismo jurídico²⁶, seria comum tanto ao normativismo quanto ao realismo.²⁷ Aceita-se essa afirmação por ora, verificando-a posteriormente. Não obstante, se ao menos preliminarmente o realismo jurídico partilha desse formalismo, não pode ser a ele que se contrapõe. Prossiga-se.

A adoção do *approach* positivista não é suficiente, entretanto, para explicar o que se entende por positivismo jurídico enquanto uma teoria do direito. De fato, esse toma somente o direito positivo como objeto de estudo, porém vai além ao negar a qualidade jurídica ao direito natural. Falar em direito positivo passa, então, a ser um pleonasma à medida que todo direito é positivo.²⁸ O positivismo jurídico é, portanto, a teoria que afirma ser direito o conjunto de normas postas e feitas valer por autoridade competente no âmbito do Estado. A partir desse conceito, retira-se dois elementos centrais do positivismo jurídico, quais sejam, o formalismo jurídico e o imperativismo, isto é, o direito como um comando do soberano por meio do qual se concede direitos e se determina deveres.

Observa-se, ainda, que o conceito de direito está ligado ao Estado. Norma jurídica é norma estatal, visto que diante do monopólio estatal da força – e, deveras, esse é um dos fundamentos do positivismo jurídico – somente o Estado pode fazer valer uma norma. Tem-

²⁶ O marco teórico desta parte do trabalho é, como se vê, a obra do jurista italiano Norberto Bobbio. O autor publicou diversas obras em torno do positivismo jurídico. Talvez a mais conhecida seja o curso do ano acadêmico de 1960-1961, publicado posteriormente sob o título de *O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito*. Bobbio salienta no prefácio da reimpressão italiana de 1996, traduzida para o português e publicada pela editora Ícone, que o texto permanece tal qual em sua primeira edição. Em escritos posteriores, reunidos na coletânea *Jusnaturalismo e positivismo jurídico*, de 1965, Bobbio apresenta pequenas contradições em relação a *O positivismo jurídico*, principalmente no que tange às intersecções entre os possíveis significados de formalismo e de positivismo jurídicos. Na coletânea de 1965, o autor afirma que ao modo positivista de se aproximar do estudo do direito não se relaciona a concepção alguma de formalismo e que a ideia de direito como forma estaria ligada à teoria positivista do direito; no curso de 1960 e 1961, o autor trabalha o formalismo jurídico no capítulo acerca do positivismo enquanto abordagem avaliativa do direito, fazendo entender que lhe seria intrínseco, mas o relaciona também a duas teorias do direito específicas, o normativismo e o realismo jurídico. Em razão da curta distância temporal entre os escritos, é difícil afirmar se o autor correu em contradição ou reviu seu ponto de vista. De todo modo, entende-se aqui que o formalismo jurídico, modo de entender o direito como forma independente de seus conteúdos, seria um limiar entre o *approach* positivista e a teoria do direito positivista, tanto em sentido *lato* quanto *stricto*. De fato, conceito de formalismo jurídico se relaciona ao modo de se aproximar do direito, mas também se adequa perfeitamente com a teoria positivista do direito. Pode-se somente concluir aqui que o autor tenha realizado uma análise incompleta da temática na coletânea de 1965.

²⁷ Idem. *O positivismo jurídico*. op. cit. p. 142-145.

²⁸ Ibidem. p. 26.

se, então, a definição do direito em função da ideia de coação, ou seja, a teoria da coatividade²⁹: somente é direito aquilo que se faz valer pela coação (estatal).³⁰

As características até aqui levantadas traçam a fronteira entre o que se pode chamar de positivismo jurídico em sentido amplo e positivismo jurídico em sentido estrito. As duas principais correntes do positivismo jurídico são, como se viu, o normativismo e o realismo. O primeiro é comumente típico dos sistemas jurídicos de tradição romano-germânica e o segundo se desenvolveu, especialmente, nos Estados Unidos da América, país herdeiro da *common law*; enquanto o primeiro se revela como um positivismo jurídico em sentido estrito, sendo os dois termos muitas vezes usados indistintamente, o segundo é um positivismo somente em um sentido amplo. O direito no realismo jurídico, de fato, é posto por uma autoridade competente estatal, o juiz; e essa teoria, ao menos em princípio, defende também a separação entre direito e moral e vê o fenômeno jurídico a partir de sua forma, isto é, adota o formalismo jurídico.

O ponto de inflexão entre esses dois positivismos que lhes implica classificações diversas é, então, as demais características ordinariamente atribuídas ao positivismo jurídico *stricto sensu* consubstanciadas nas teorias do ordenamento, da legislação e da interpretação mecanicista, não adotadas pelo realismo jurídico.³¹

Por teoria do ordenamento jurídico, entende-se a visão de que o direito, constituído por uma pluralidade de normas, compõe um sistema unitário completo.³² A coerência e completude do ordenamento – a recusa da existência de antinomias jurídicas e de lacunas do direito –, bandeiras do movimento codificador, são postas em xeque pela própria tradição da

²⁹ Bobbio explica que a teoria da coatividade foi reformulada por autores modernos, como Hans Kelsen e Alf Ross. O direito passa a ser visto, então, não mais como normas que se fazem valer pela força (coação estatal), mas normas que regulam o uso da força. Quem, quando, como e em que quantidade se valerá ou poderá se valer da força. A resposta para *quem* é, salvo exceções como legítima defesa, o Estado. Bobbio ressalta que essa revisão da teoria da coatividade, definindo direito como *conjunto de normas que regula o uso da força*, ou seja, definindo o direito em função de um conteúdo específico, poderia parecer, ao menos, abrir mão do formalismo jurídico. De todo modo, a questão precisa para o autor ser ainda melhor explorada. Ibidem. p. 155-159. Para este trabalho basta o que Bobbio denominou de teoria clássica da coatividade, isto é, o direito como normas que se fazem valer pela força, visto que era a concepção majoritária à época do realismo jurídico estadunidense.

³⁰ Ibidem. p. 131-132, 147 et seq.

³¹ Deve-se salientar que tal *ponto de inflexão* não é absoluto. Pretende-se aqui apenas comparar o realismo jurídico com uma versão extrema do positivismo jurídico, que adotaria todos os pontos trazidos por Norberto Bobbio. Não se ignora que juristas positivistas como, por exemplo, Kelsen e Hart não adotaram todos tais pontos sem deixarem de ser positivistas. Tais autores não comungaram da teoria da interpretação e aplicação mecanicista da lei. Kelsen entendia que mesmo na sentença do juiz havia um mínimo de criação do direito e Hart advogava a teoria da moldura aberta, dentro da qual o juiz tinha uma margem de discricionariedade para criar direito. In: KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009; HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

³² BOBBIO. *Teoria do ordenamento jurídico*. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2011. p. 48.

common law, antes mesmo que o realismo jurídico possa fazê-lo. Allan Hutchinson afirma que as críticas de Jeremy Bentham à família jurídica anglo-americana foram vistas pelos *common lawyers*³³ como elogios: de fato, o direito não é completo, nem organizado, nem certo; sua flexibilidade e constante evolução não são sua fraqueza, mas sua força.³⁴

A teoria da legislação – a qual sustenta a supremacia da lei ante as outras fontes do direito³⁵ – compromete todo o edifício da *common law*, tradição de direito jurisprudencial, em que a lei somente traça as diretrizes gerais. Uma teoria nascente no seio dessa tradição tal qual o realismo, certamente, vai de encontro a uma concepção de direito como *sub specie legis*.

A teoria positivista das fontes do direito vai um pouco além: diz que a lei é a única fonte de qualificação jurídica, sendo todas as demais, e aqui interessa a decisão judicial e os precedentes, fontes de conhecimento. Na realidade, tanto o direito legislativo quanto o judiciário permitem o conhecimento do direito. A distinção entre eles está na origem da juridicidade: enquanto a da lei lhe é inerente, a decisão depende de outra fonte que lhe qualifique. Essa fonte de qualificação é sempre a lei.³⁶ Assim, toda decisão do juiz pressupõe uma regra anterior posta pelo legislador.

Se esse é o fundamento técnico-jurídico da limitação do poder do juiz, o fundamento político é outro. Essa doutrina, cuja origem está na formação dos Estados modernos, centraliza a produção do direito na figura do legislador soberano. A justificativa filosófica foi dada por autores contratualistas, como Thomas Hobbes e Jean-Jacques Rousseau. Tem-se então a via absolutista e a liberal: o ponto de chegada é o mesmo, porém por caminhos diferentes.³⁷ Tanto um quanto outro têm uma polêmica com os juízes de seu tempo histórico. Pode-se dizer que a raiz comum da contenda é a falta de segurança no Judiciário.

O inglês, na verdade, é um crítico da *common law* como um todo. Ademais, escreve em uma Inglaterra dilacerada por guerras religiosas – eis o estado de natureza. É preciso um Leviatã para pôr fim a isso, e o Estado soberano somente pode proteger seus súditos de uma morte violenta com o monopólio da força e do poder normativo.³⁸ Um direito de produção judiciária, então, contraria esse projeto. O príncipe deve ser também o legislador. Os juízes

³³ Juristas da *common law*. A expressão *lawyer* pode significar tanto advogado (*attorney*) quanto jurista (*jurist*). Uma tradução mais adequada talvez fosse *operador do direito*, aquele que em um sentido amplo *opera* a máquina jurídica.

³⁴ HUTCHINSON, Allan C. *Evolution and the common law*. New York: Cambridge University Press, 2005. p. 3.

³⁵ BOBBIO. *O positivismo jurídico*. op. cit. p. 132.

³⁶ *Ibidem*. p. 161-166.

³⁷ *Ibidem*. p. 38-39.

³⁸ *Ibidem*. p. 34-37.

não produzem Lei (direito), porque “*law, properly, is the word of him that by right hath command over others*”³⁹. Direito é a palavra do soberano – e dessa definição formalista extrai-se que Hobbes foi o primeiro positivista.⁴⁰

Rousseau, por sua vez, viveu o *ancien régime* no Século das Luzes. A crítica liberal ao absolutismo foi também um ataque ao Judiciário da época, cujos cargos, ocupados principalmente pela nobreza, podiam ser vendidos ou herdados. A desorganizada multiplicidade de jurisdições e de fontes de direito – costume e equidade, direito romano e canônico, direito real e comercial – permitia aos juízes um alto grau de discricionariedade na aplicação do direito. A supremacia da lei, então, é um limite à arbitrariedade judicial. Para além disso, em Rousseau, a lei, dada a si mesmo por um povo soberano por meio de seus representantes, é uma expressão da vontade geral, sempre reta e direcionada ao bem comum.⁴¹

Se por um lado, o projeto absolutista⁴² não podia mais ser frutífero em um país que, desde o século XIII, com a assinatura da *Magna Carta*, via no Judiciário um freio ao poder do monarca, por outro, o Iluminismo influenciou fortemente a Revolução Francesa e suas ideias foram cristalizadas na *Declaração de direitos do homem e do cidadão* de 1789 e na Constituição francesa de 1791. Enquanto a Declaração repete o conceito de lei rousseauiano, a Constituição, que atribui à Nação a soberania, determina que a magistratura se compõe de juízes eleitos pelo povo, sendo vedado o seu exercício por membros do legislativo e pelo Rei. Proíbe também que o Judiciário interfira no Legislativo, não podendo suspender a execução das leis.

³⁹ HOBBS, Thomas. *Leviathan*. New York: Oxford University Press, 1998. p. 106. Grifou-se. Preferiu-se aqui o original em razão do duplo significado contido na palavra *law*. Uma tradução para o português traz: “a lei, propriamente dita, é a palavra de quem, por direito, tem o poder de mando sobre os demais”. Idem. *Leviatã*. op. cit. p. 130.

⁴⁰ Ao mesmo tempo, Carl Schmitt vê em Thomas Hobbes o exemplo clássico da corrente decisionista do direito. Nesse sentido, a decisão do soberano de fundar uma ordem estável, isto é, de eliminar o estado de natureza e fundar o Estado, é o fundamento de todo o direito. A questão será retomada em momento apropriado.

⁴¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2005.

⁴² Importante salientar que a crítica à *common law* na Inglaterra não se deu somente no âmbito da teoria absolutista de Hobbes. Na seara democrática, Jeremy Bentham (em severa contraposição a William Blackstone) e John Austin defenderam a superioridade do direito legislativo e a necessidade de codificação em seu país.

Diante da supremacia da lei, o juiz deveria, então, somente aplicá-la, não interpretá-la. O famoso juiz-boca-da-lei: o juiz não cria direito, mas somente o declara⁴³ *conforme* a lei posta pelo soberano. Está-se diante da teoria da interpretação mecanicista. A atividade do juiz é essencialmente lógico-sistemática, cabendo-lhe uma aplicação silogística do direito, em que a premissa maior é sempre a lei. Bobbio identifica aí um outro significado para formalismo jurídico, que aqui se denominará formalismo hermenêutico. Fala-se em interpretação formal do direito, sendo formalista toda concepção de direito que “atribui ao juiz apenas o poder declarativo da lei vigente, sem o poder de criar direito novo”.⁴⁴

A limitação do poder do juiz não advinha somente dos positivistas e dos críticos da *common law*. Blackstone, por exemplo, glorificava a *common law*, cuja origem entendia ser imemorial. Kunal Parker entende que essa imemoriabilidade não traduz uma identidade do direito passado com o presente; pelo contrário, apresenta o direito como um produto humano, não natural, passível de alterações. A função do juiz é, então, construir as pontes entre o passado e o presente, calibrando os costumes fixados em precedentes para o presente e o futuro. Assim, Blackstone também defendia que o juiz não criava, mas somente declarava o direito, corrigindo erros e adaptando velhas fórmulas a novos fins.⁴⁵

Por fim, antes de se prosseguir, resta um comentário quanto ao formalismo científico. Para Bobbio, diz-se científico pois se refere a uma determinada maneira de fazer ciência do direito, qual seja, não a explicação do mundo físico ou humano, mas a construção de um sistema. Uma ciência jurídica formal visa à formação do sistema jurídico, no sentido de que classifica e conceitua juridicamente fatos, atos, relações e institutos. Uma tal forma de se fazer ciência não se propõe como única forma possível de conhecimento jurídico, mas apenas revela os problemas estruturais do direito, distinguindo-os dos problemas sociológicos, históricos, psicológicos.⁴⁶ Não se propõe, então, a dizer a Verdade, certa e imutável, de forma

⁴³ Esta polêmica, se o juiz cria ou declara direito, marcará profundamente toda a teoria do direito, principalmente nos países de tradição anglo-saxã. Mais recentemente, tal questão vem marcando o direito da família romano-germânica. Isso fica claro, no Brasil, a partir do fenômeno do neoconstitucionalismo. Tal ponto foge aos limites do presente trabalho. No decorrer dessa pesquisa, especialmente, no próximo capítulo, ficará claro que o realismo jurídico vê o juiz como um criador do direito. Contrapondo-se à dicotomia declaração-criação, Ronald Dworkin entende que a questão não é tão relevante como a primeira vista pode parecer. De fato, a partir de sua teoria interpretativista do direito, em que esse é construído tal qual um romance em cadeia, o juiz a todo momento cria e declara o direito, mantendo-se coeso e coerente com o que foi estabelecido anteriormente. *In*: DWORKIN, Ronald. *Império do direito*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

⁴⁴ BOBBIO. *Jusnaturalismo e positivismo jurídico*. op. cit. p. 118.

⁴⁵ PARKER, Kunal M. *Common Law, History, and Democracy in America, 1790–1900: Legal Thought before Modernism*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 57-62.

⁴⁶ BOBBIO. *Jusnaturalismo e positivismo jurídico*. op. cit. p. 113-116.

que, arremata o autor, “censurar pesquisas estruturais por serem formais é como censurar um cavalo por ser equino”⁴⁷, visto que “a tendência à formalização é própria de qualquer pesquisa que se coloca como ciência rigorosa”⁴⁸.

A figura mais significativa do formalismo científico nos Estados Unidos da América foi professor e o primeiro reitor (*dean*⁴⁹) da faculdade de direito da Universidade de Harvard (1870-1895), Christopher Columbus Langdell. O foco do jurista foi, justamente, a construção de um sistema jurídico para que o direito, que é uma ciência, possa ser estudado na universidade. Para tanto, bastava a existência de material impresso, visto que a biblioteca é para os juristas o que os laboratórios são para os químicos e físicos.⁵⁰ É nesse sentido que Langdell editará e implementará no sistema de ensino jurídico de Harvard seus *case books*, isto é, coletâneas dos casos mais relevantes de cada matéria, que dominaram fortemente o estudo do direito em todo o país.

Esse é o pano de fundo do pensamento jurídico estadunidense do século XIX. Se é contra (parte d’) isso que o realismo jurídico surge, resta descobrir, antes de se prosseguir com o realismo propriamente dito, quais foram as bases para que essa corrente possa ter se desenvolvido. É nesse sentido que se retoma dois juristas que com seus escritos lançaram os alicerces para a edificação do realismo jurídico: Oliver Wendell Holmes Jr. e Benjamin Cardozo.

Os dois viveram os Estados Unidos do quarto final do século XIX e do inicial do século XX. Marcaram profundamente o direito estadunidense, se não toda a *common law*. Fizeram-no tanto com seus escritos, entre os mais cultuados da história do pensamento jurídico angloamericano, quanto com seus julgados. Ambos foram ministros da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, tendo Cardozo sucedido Holmes.

A época partilhada por esses juristas foi marcada por profundas modificações políticas, econômicas e sociais. Acabaram-se a escravidão (declarada) e a guerra civil. O país cada vez mais se industrializava e urbanizava. No campo do direito, a *common law*, incapaz de responder a essas modificações, representava as forças conservadoras na disputa entre

⁴⁷ Ibidem.

⁴⁸ Ibidem. p. 124.

⁴⁹ A tradução mais apropriada para o termo seria *decano* ou *deão*. Embora opte-se, aqui, por reitor, seguindo a maioria das traduções, é preciso levar em conta que o cargo se refere unicamente à Faculdade de Direito. No Brasil, equivaleria ao diretor da faculdade, ou diretor do centro. O reitor da universidade, nos Estados Unidos, é o *president*.

⁵⁰ LANGDELL, Christopher Columbus apud PARKER, Kunal. op. cit. p. 252.

laissez faire e democracia social. É nesse contexto que se desenvolve a *revolta contra o formalismo*.⁵¹

1.2 O caminho do direito, o caminho do realismo

Pode-se dizer que Oliver Wendell Holmes Jr., *associate justice*⁵² da Suprema Corte dos Estados Unidos da América entre os anos 1902 e 1932, considerado por muitos um dos maiores juristas estadunidenses⁵³, é o pai do realismo jurídico. A afirmação não é bem precisa. As obras mais importantes do magistrado – *The Common Law* e *The Path of the Law* – são de 1881 e 1897, respectivamente, época em que não se falava ainda em uma jurisprudência⁵⁴ realista. Isso se deu somente em 1930 com Karl Llewellyn. Ainda assim, Holmes, ao recusar à lógica o protagonismo na vida do direito e ao transferi-lo à experiência, abre as portas a um caminho realista.

O pensamento do jurista estadunidense é, muitas vezes, ambíguo e, de certa forma, instável: dos primeiros aos últimos escritos, Holmes mudou de posição diversas vezes. Busca-se, nesta seção, mostrar as consistências e contradições do autor consigo mesmo. De toda forma, preliminarmente, pode-se afirmar que o autor se propõe a retirar toda a carga mítica do direito, que para ele se traduz em moralidade e logicidade.

Rompe-se, assim, com toda uma tradição que se vinha formando na *common law* talvez desde a publicação de *Institutes of the Lawes of England*, de Sir Edward Coke, passando pelos *Commentaries*, de Blackstone. O direito, diz Holmes, não é um mistério, mas uma profissão.⁵⁵ A racionalidade formal-metafísica não é o fundamento do direito, de forma

⁵¹ A expressão, cunhada por Morton G. White, designa um pensamento antiabstracionista, historicista e organicista cultural. Ou seja, o antiformalismo buscava explicações para os fatos na história, auxiliando-se de outras ciências sociais que aquela primariamente sobre estudo. Conforme o autor, esse movimento se contrapôs aos empiristas utilitaristas ingleses, como Jeremy Bentham, John Stuart Mill e John Austin, que, ironicamente, não se mostravam *empíricos* o suficiente. White vê como representantes dessa *revolta* Dewey, James Harvey Robinson, Veblen e, no campo do direito, Holmes, que viria a influenciar uma geração de juristas. WHITE, Morton G. The Revolt Against Formalism in American Social Thought of the Twentieth Century. In: *Journal of the History of Ideas*, vol. 8, no. 2, 1947, p. 131–152.

⁵² Equivalente a Ministro do Supremo Tribunal Federal.

⁵³ O levantamento de Arnaldo Godoy indica significativos juristas que tinham Holmes em alta estima. Especialmente Cardozo e Llewellyn, que também serão objeto de estudo nesse trabalho. Cf. GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. O realismo jurídico em Oliver Wendell Holmes Jr. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 43, n. 171, jul. 2006. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/92825>>. Acesso em: 25 jun. 2018. p. 93

⁵⁴ O termo aqui é empregado no sentido que a palavra possui na língua inglesa. *Jurisprudence* não designa o corpo de decisões coerentes e sistematicamente organizadas, mas equivale à expressão *teoria do direito* em português.

⁵⁵ HOLMES, Oliver Wendell. *The Path of the Law*. Auckland: The Floating Press, 2009. p. 3. Originalmente publicado em *Harvard Law Review*, vol. 10, no. 8, 1897, p. 457–478.

que esse não pode ser um fruto da razão ou da imemorabilidade dos costumes, que se apresenta muito mais como metafísica do que como histórica. De fato, ele propõe uma separação entre direito e moral, de forma que se pode afirmar que adota o *approach* positivista do direito.

A um só tempo, Holmes também se distancia de Bentham e de Austin, os quais, para eles, são demasiadamente abstratos. Além disso, também não poderia aceitar o conceito de direito de Austin como um comando do soberano, visto que se o juiz declara o afirmado pelo soberano, ele não cria direito.⁵⁶

Quanto à lógica, seu principal alvo é o reitor da faculdade de direito de Harvard, Christopher Columbus Langdell. Se isso já não é claro o suficiente com a publicação de *The Common Law*, em 1891, onde afirma sua mais consagrada frase, “a vida do direito não tem sido lógica, mas experiência”⁵⁷, a polêmica fica cristalina ao se observar que, na verdade, a frase fora originalmente publicada em uma *review*⁵⁸ à segunda edição de *Selection of cases on the law of contracts*, de Langdell. Neste curto texto de 1880, Holmes afirma, ainda, que todo o esforço do reitor quanto ao direito se resume à “integridade lógica do sistema como um sistema”⁵⁹, de forma que ele seja “talvez, o maior teólogo jurídico vivo”⁶⁰.

Kunal Parker, professor da faculdade de direito da Universidade de Miami, explica que tanto o pensamento de Holmes quanto o de Langdell foram marcados pelas teses de Herbert Spencer e de Charles Darwin e sobre elas se construíram.⁶¹ Se para Langdell os livros continham a melhor fonte de conhecimento jurídico existente, isso não significava uma a-historicidade em seu pensamento. O fato de que Langdell, em suas coletâneas de decisões, trouxesse também entendimentos superados mostra efetivamente um caráter histórico do direito. Para além disso, lógica e história estariam intimamente conectadas no pensamento do autor. Ao mesmo tempo que a lógica reinava sozinha no campo dos princípios gerais do direito, por vezes a história intervinha contingentemente na esfera da primeira; e, ainda, Langdell reconhecia, diz Parker, que certos aspectos do direito poderiam ser explicados por nada além da história.⁶² Em termos evolucionistas: com o passar do tempo, o direito,

⁵⁶ WHITE. op. cit. p. 134.

⁵⁷ HOLMES, Oliver Wendel. *The common law*. São Bernardino: Holmes Press, 2016. p. 1. Tradução livre. Original: “The life of law has not been logic: it has been experience.”

⁵⁸ Idem. Book notice. In: *American Law Review*, vol. 14, 1880, p. 233-235.

⁵⁹ Ibidem. p. 234. Tradução livre.

⁶⁰ Ibidem. Tradução livre.

⁶¹ PARKER. op. cit. p. 251.

⁶² Ibidem. p. 252-259.

enquanto uma “vida”, cresce, se desenvolve, varia, sobrevive. Essa ideia está presente e amplamente reconhecida em Holmes, mas também em Langdell. No prefácio da *Selection of cases on the law of contracts*, o reitor afirma que “cada uma dessas doutrinas chegou ao seu estado atual lentamente; em outras palavras, é um crescimento, estendendo-se em muitos casos ao longo de séculos”⁶³.

O objetivo de Langdell era, como se viu, transformar o direito em uma ciência rigorosa e apresentar um método valioso para se ensiná-la e aprendê-la na universidade. Com seu formalismo científico não se propôs, então, a dizer qualquer Verdade imutável, que cristalizasse todo o direito. Pelo contrário: como indica Justin Zaremby, Langdell inspirava os alunos a analisar cuidadosa e criticamente as opiniões judiciais, buscando os princípios jurídicos (seculares) nos argumentos dos juízes. Os juristas assim formados poderiam, então, verificar em que medida o direito estava sendo propriamente aplicado, assim como em que medida era bom, válido ou útil para a sociedade.⁶⁴

Gilmore considera Langdell um homem estúpido com uma ideia incorreta – a de que o direito é uma ciência. Para o historiador do direito, o reitor seria o símbolo perfeito do que ele chama de Era da Fé.⁶⁵ A fé do reitor somente poderia ser na Ciência e na razão, contudo de forma alguma uma fé cega. Talvez o maior *pecado* de Langdell tenha sido ser um jurista positivista. De fato, o autor: 1) vê o direito como posto por uma autoridade competente estatal, o juiz; 2) defende a separação entre direito e moral; 3) adota o formalismo jurídico, ou seja, vê o direito a partir de sua forma, as decisões e os precedentes judiciais, independentemente de seu conteúdo – fato que não exclui a avaliação desse direito em momento posterior enquanto uma atividade da filosofia do direito; e 4) adota o imperativismo, isto é, entende que são “todos os deveres originários de comandos do Estado”⁶⁶. Sua situação, certamente, piora ao *comungar* do formalismo hermenêutico e sobretudo do científico, ou seja, ao sistematizar o direito em um sistema fechado separado da política e da moral, no qual os juízes devem aplicar os princípios legais descobertos por meio da lógica e da constante evolução dos precedentes.⁶⁷ Foi censurado por ser equino.

⁶³ LANGDELL apud *ibidem*. Tradução livre.

⁶⁴ ZAREMBY, Justin. *Legal realism and American law*. New York: Bloomsbury, 2014. p. 3-5.

⁶⁵ GILMORE. op. cit. Sem paginação. Capítulo 3, item I.

⁶⁶ LANGDELL apud ZAREMBY. op. cit. p. 7.

⁶⁷ ZAREMBY. op. cit. p. 5-10.

Essa digressão langdelliana será importante no decorrer do trabalho. Por ora, um último comentário sobre o reitor da *Harvard Law School*. A historicidade de sua lógica foi reconhecida em seu próprio tempo não só por seus partidários, como James Barr Ames e Joseph Henry Beale, mas também pelo próprio Holmes.⁶⁸ Esse afirma, em *review* à primeira edição (1871) da *Selection*, que o arranjo cronológico dos casos traçado por Langdell, por vezes exageradamente detalhado, ilustra, como nada mais pode, os significados, a extensão e os limites de uma doutrina.⁶⁹ Ademais, há que se afirmar que Holmes se utilizou, também, do método de ensino langdelliano em sua breve passagem como professor em Harvard.⁷⁰

O porquê da abrupta mudança no pensamento do jurista não é claro, porém, de todo modo, com o livro de 1891, Holmes, ignorando seu primeiro escrito, desenvolve a ideia apresentada na *review* à segunda edição da obra de Langdell. Ele se propõe a apresentar uma visão geral da *common law*, o que não se pode fazer unicamente com a lógica. Seria, portanto, impossível captar a essência do direito nos livros, visto que o direito não é uma ciência dura. Silogismos em muito pouco determinam as regras pelas quais um povo deve reger sua vida, não se podendo tratar o direito como se contivesse apenas os axiomas e corolários de um livro de matemática. Não, o direito é mais que isso; novamente, a vida do direito tem sido experiência.⁷¹

Segundo Edward White⁷², a experiência holmesiana é o conjunto de forças justapostas que, contrárias à lógica, modelam o direito, como “a moral e as teorias políticas prevalecentes, as intuições de políticas públicas, conscientes ou inconscientes, e até mesmo os preconceitos compartilhados pelos juízes com seus pares”⁷³. Mas, sobretudo, a experiência traduz, ao contrário da lógica – voltada para o passado –, a historicidade do *presente*, necessária para compreender o direito. Com efeito, o autor elabora uma engenhosa articulação entre passado, presente e futuro ao falar do que chama de “paradoxo da forma e substância no desenvolvimento do direito”⁷⁴. Posto que o autor somente traga a expressão uma vez no

⁶⁸ PARKER. op. cit. p. 254-257.

⁶⁹ HOLMES. Book notice. In: *American Law Review*, vol. 5, 1871, p. 540.

⁷⁰ MENAND, Louis. *The Metaphysical Club: A Story of Ideas in America*. 1. ed. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2001. Edição do Kindle. s/p. Conferir capítulo 13, seção 2.

⁷¹ HOLMES. *The common law*. op. cit. p. 1.

⁷² WHITE, G. Edward. *Justice Oliver Wendell Holmes: law and the inner self*. New York: Oxford University Press, 1993. p. 153.

⁷³ HOLMES. op. cit. loc. cit. Tradução livre.

⁷⁴ *Ibidem*. p. 21. Tradução livre. Original: “the paradox of form and substance in the development of law.”

corpo de *The common law*, no final do primeiro capítulo, a ideia – que lhe é original⁷⁵ – marca sua obra como um todo, desde sua primeira página. Se por um lado, o direito se apresenta como substância, a saber, o resultado das “necessidades sentidas do tempo”, expressão que traduz a ideia de *cultura*; por outro, como forma, visto que “incorpora a história do desenvolvimento de uma nação através dos séculos”.⁷⁶ Assim, somente levando em consideração o paradoxo que se pode se compreender o que o direito verdadeiramente *é*, ou seja, deve-se levar em conta sua forma, aquilo que o direito *foi*, e sua substância, o que ele tende a se *tornar*.⁷⁷

Holmes retrata, pois, o direito como em constante desenvolvimento, sem nunca alcançar a consistência. O direito, afirma, “está constantemente adotando novos princípios da vida em uma ponta e mantendo antigos princípios da história na outra, que ainda não foram absorvidos ou descartados. Somente se tornará inteiramente consistente quando deixar de crescer.”⁷⁸ Em outro ataque a Langdell, o autor entende ser esse o porquê de se estar fadado ao fracasso quando se observa o direito apenas por seu viés formal. É a partir dessa afirmação que se atribui a Langdell uma visão do direito como princípios eternos, ao contrário de Holmes e sua visão histórica e evolucionista.⁷⁹

⁷⁵ Edward White salienta que, conquanto o jurista fora considerado um revolucionário por suas ideias, na verdade, o paradoxo da forma e substância é uma das poucas articulações terminantemente originais de Holmes. WHITE, G. Edward. op. cit. p. 149. É consenso, inclusive, que o autor deixou, muitas vezes, de citar suas fontes para lhe angariar maior crédito por seus escritos. Cf. Ibidem. p. 152; RABBAN, David M. *Law's history: American legal thought and the transatlantic turn to history*. 1. ed. New York: Cambridge University Press, 2013. p. 216-218. Cf. também abaixo nota 78.

⁷⁶ HOLMES. op. cit. p. 1.

⁷⁷ Ibidem.

⁷⁸ Ibidem. p. 22. Tradução livre. Original: “The truth is, that the law is always approaching, and never reaching, consistency. It is forever adopting new principles from *life* at one end, and it always retains old ones from history at the other, which have not yet been *absorbed* or *sloughed off*. It will become entirely consistent only when it ceases to *grow*.” Grifou-se.

⁷⁹ Essa é outra ideia que Holmes desenvolve sem citar apropriadamente suas fontes. Como se viu, o pensamento do jurista é marcado pela evolucionismo de Spencer e Darwin, embora tenha afirmado que nunca leu a obra de nenhum dos dois, mas que o pensamento *estava no ar*. PARKER. op. cit. p. 260. Essa afirmação se comprova pela linguagem biológica utilizada em toda obra. Em especial, na passagem supracitada, Holmes se vale dos termos *vida*, *crescer* e *absorvido* e da expressão verbal *sloughed off*, *descartado*, composta pelo verbo *slough*, que significa tanto desmembrado quanto descamado (tal qual as peles das cobras). Para além disso, pode-se rastrear influência de Henry Maine e, especialmente, de Friedrich Carl von Savigny. Tanto Edward White, quanto David Rabban, identificam esse débito teórico de Holmes. WHITE. op. cit. loc. cit.; RABBAN. op. cit. loc. cit. Sobre Savigny, Bobbio explica que o jurista compôs a escola histórica do direito, corrente que se desenvolveu na Alemanha romântica do século XIX. O historicismo jurídico, marcado por uma visão conservadora do mundo, adotou uma concepção trágica da história, que dá grande valor ao passado e à tradição. Contrapôs-se ao jusracionalismo, vendo o direito não como uma obra da razão, mas da história. Assim, não há um único direito imutável e eterno, mas tantos direitos quanto há homens (ou Estados). O costume configura, então, a principal fonte do direito, em contraposição à lei, característica das sociedades em decadência. O direito poderia ser encontrado nos costumes dos povos originários, que se desenvolvem lentamente, formando as instituições da sociedade. Bobbio apresenta, ainda, a escola histórica do direito como aquela que, apesar de ter preparado o terreno para o positivismo em decorrência de sua oposição ao jusnaturalismo, foi a base histórica para as correntes sociológicas e realistas do direito. Cf. BOBBIO. *O positivismo jurídico*. op. cit. p. 51-53.

Diante desse direito eternamente inconsistente, deve-se consultar não aquelas doutrinas abstratas, estáticas, cheias de proposições genéricas, mas a história e as *theories of legislation*⁸⁰ existentes.⁸¹ Se a primeira confina o direito em estruturas formais aceitáveis, as segundas lhe fornecem as forças para mudança.⁸² Primeiro o passado, depois o futuro. E logo se verá que esse é muito mais revelador que aquele.

O uso da história por Holmes é, na verdade, ambíguo. O passado, isto é, a história permite tão-somente compreender a forma e o maquinário do direito. Para ele, deve-se evitar dois erros: ignorar a história ou exigir muito dela; supor que as coisas sempre foram como são ou imaginar que sempre foram completamente diferente. O limite do passado é a explicação de um conceito ou a interpretação de uma regra.⁸³

Diz que o recurso aos tomos antigos de *reports* dos tribunais é *principalmente* histórico, como se dissesse meramente. Não só é um erro se assustar pelo sempre crescente número de tomos de jurisprudência que preenchem as prateleiras de bibliotecas e tribunais, bem como é uma preocupação vã. Ademais, todo o corpo do direito já fora reafirmado em cada jurisdição nos tempos de hoje, de forma que bastaria recorrer aos *reports* atuais de um único tribunal; de fato, trata-se de uso *meramente* histórico: esses tomos são somente os *oráculos da lei* e em suas páginas não há nada senão *profecias*.⁸⁴

Na tarefa de livrar o direito de toda mítica, cada vez mais Holmes liga qualquer ideia de lógica à teologia e, portanto, à falsidade. Se antes afirmou que o crescimento do direito é histórico, que sua forma e maquinário dependem de seu passado, agora afirma que é lógico. Holmes ironicamente assevera que oficialmente toda decisão segue silogisticamente precedentes existentes. A aplicação meramente lógico-subsuntiva de precedentes, contudo, está fadada à confusão e ao fracasso em razão dos precedentes *sobreviventes*. Holmes, mais uma vez se utilizando de linguagem biológico-evolucionista, explica que o uso de muitos

⁸⁰ A expressão pode ser traduzida tanto por teorias da legislação, quanto por teorias *políticas*. Edward White ressalta que no final do século XIX a palavra *legislation* se aproximava do significado contemporâneo de *policy* (política) e que era rotineiramente contrastada com *law* (direito). WHITE, G. Edward. op. cit. p. 152.

⁸¹ HOLMES. op. cit. loc. cit.

⁸² WHITE. op. cit. p. 153.

⁸³ HOLMES. op. cit. p. 2.

⁸⁴ Idem. *The path of the law*. op. cit. p. 4-5.

precedentes é tal qual o da clavícula de um gato, a saber, inútil. Precedentes *sobrevivem* muito depois de que seu uso se esvaiu e seu fundamento se perdeu.⁸⁵

A preocupação de Holmes é que, ao se percorrer o *caminho do direito*, não se caia em duas armadilhas que o cercam.⁸⁶ A primeira se refere aos limites do direito, ou seja, à necessidade de separação do direito da moralidade, à qual o autor dedica algumas páginas de sua obra. Ele defende que a mistura das linguagens moral e legal traz grandes problemas que dificultam a delimitação do que é o direito. Chega a dizer que expurgar toda palavra de significado moral da linguística jurídica, como direito, dever, negligência, *malice*⁸⁷, seria um grande ganho em clareza de pensamento, embora implicasse a perda de uma boa parte da história e da grandiosidade das associações éticas.⁸⁸ Ele, entretanto, se contradiz. Enquanto tenta desativar a segunda armadilha, que trata das forças que determinam o conteúdo e o desenvolvimento do direito, acaba por cair na primeira.

Para se compreender o que, em última instância, o direito é, deve-se analisá-lo em separado da moral, embora ele seja “a testemunha e o depositário externo de nossa vida moral”⁸⁹. Assim, reconhecendo o papel da moralidade na determinação do direito, mas metodologicamente os separando, Holmes partilha de um positivismo jurídico. Dos quatro pontos levantados para classificar Langdell como um positivista, ainda que em sentido amplo, quais sejam, a separação entre direito e moral, a estatalidade do direito, o formalismo jurídico e o imperativismo jurídico, Holmes aparentemente só não acata este último. Com efeito, já se viu que o jurista foi um crítico de Austin. Como um defensor da *common law*, certamente não se pode supor que adotaria as teorias da legislação e da completude e coerência do ordenamento.

⁸⁵ Idem. *The common law*. p. 21. O jurista, que deve essa ideia à obra *Primitive Culture* de Edward Burnett Tylor, devidamente citado no corpo do texto, faz uma analogia com as clavículas dos gatos, que não têm razão de continuar existindo, assim como certos precedentes *sobreviventes*. Parker explica, quase que tautologicamente, que sobrevivente é aquele que inexplicavelmente vive, devendo estar morto. Equipara-se à categoria *fóssil vivo* de Darwin. PARKER. op. cit. p. 260.

⁸⁶ HOLMES. *The path of the law*. op. cit.. p. 16.

⁸⁷ Em inglês, *malice* significa tanto malícia quanto dolo.

⁸⁸ Ibidem. p. 6-16.

⁸⁹ Ibidem. p. 7. Tradução livre. O autor diz, ainda, que seguir o direito tende a fazer dos cidadãos homens bons. No original: The law is the witness and external deposit of our moral life. Its history is the history of the moral development of the race. The practice of it, in spite of popular jests, tends to make good citizens and good men.

De todo modo, é por meio da separação do direito e da moral que Holmes recorre ao *homem mau*⁹⁰: que tem tanta razão para se preocupar com o uso da força pública contra si quanto o homem bom; que, conquanto desconsidere os regramentos éticos, teme a multa e a prisão. Ou seja, o direito não diferencia os bons dos maus; pelo menos *aparentemente*.

Pode-se supor uma influência kantiana em Holmes⁹¹ ao pensar a distinção do homem mau e do homem bom no que tange ao direito. Para Immanuel Kant, o direito permite até que um povo de demônios, desde que racionais, conviva pacificamente. Embora as disposições internas deste povo sejam contrárias à lei, respeita-se-a a fim de garantir a liberdade externa de cada um.⁹² O homem mau se preocupa somente com as consequências materiais de seus atos⁹³, isto é, quer ver protegida sua liberdade externa. Assim, quando segue a lei, age conforme o dever. O homem bom, no entanto, adequa sua conduta à lei por encontrar nela ou fora dela – nas sanções da consciência – motivos para tanto.⁹⁴ O homem bom age por dever; ele reconhece a lei como sua lei.

Logo, se se busca conhecer apenas o que é, efetivamente, o direito, deve-se vê-lo tal qual o homem mau, que com o conhecimento jurídico pode *prever* as possíveis sanções para suas condutas. Assim, mesmo que alguns digam que o direito não se resume ao decidido pelas cortes, é tão-somente com isso que o homem mau se preocupa. O direito, para Holmes, é só isso: “as profecias do que os tribunais, de fato, *farão*”^{95,96}

A forma, que é lógica, e a exclusão da moral, que é metodológica, não são suficientes para compreender o direito. Somente se pode chegar ao fim desse percurso analisando a substância do direito.

A substância do direito corresponde ao que em cada época se entende por conveniente. Uma regra é estabelecida pelos costumes, pelas crenças ou pelas necessidades de

⁹⁰ No original, *bad man*. A expressão é algumas vezes traduzida por *bandido* ou *fora da lei*, o que não é adequado. O autor está tratando de uma questão eminentemente moral, e essas expressões parecem confundir o direito e a moral em um ponto que o autor está tentando, justamente, separar. O *bad man* é aquele que não se importa com as regras éticas, que obrigam somente *in foro interno*. Em outras palavras, ele se importa somente com as consequências externas de suas condutas, que somente podem ser impostas pelo Estado. Ele é mau, mas pode ser que aja conforme a lei, não podendo, portanto, ser classificado como bandido ou fora da lei.

⁹¹ Embora Holmes desconfiasse do racionalismo metafísico, é sabido que leu obras de Kant, entre elas a *Doutrina do direito*. Cf. WHITE, Edward. op. cit. p. 520. Arnaldo Godoy afirma, ainda, que Holmes atribui a Kant e a Hume o despertar de um sono dogmático. Cf. GODOY. op. cit. p. 104.

⁹² KANT, Immanuel. *A Paz Perpétua*. In: KANT. *A Paz Perpétua e Outros Opúsculos*. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2013. p. 158-159.

⁹³ HOLMES. *The path of the law*. op. cit. loc. cit.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ *Ibidem*. p. 9. Tradução livre. Grifou-se.

⁹⁶ *Ibidem*. p. 7-9.

um tempo. Forma e substância se entrelaçam da seguinte maneira: a causa que originou a regra desaparece ou é esquecida, mas a regra em si permanece, é uma sobrevivente. Dá-se-lhe um novo fundamento que a reconcilia com o presente, adaptando-a a novas situações. Nesse processo de dar novos conteúdos a formas antigas, é questão de tempo até que a forma também se modifique, adequando-se a seu novo significado.⁹⁷ Trata-se, assim, de uma constante *evolução*. O desenvolvimento do direito não é natural, é histórico, e como tal tem seus agentes, os juízes.

A relação entre forma e substância é, então, paradoxal porque, parafraseando Carl Schmitt, a forma nada prova, a substância comprova tudo. O ponto *decisivo* está na evolução substancial do direito porque, para Holmes, pode-se dar a qualquer conclusão uma forma lógica, contudo – e mais importante – por trás de toda forma lógica há o *juízo* do valor e da importância de motivos político-legislativos (*legislative*)⁹⁸ concorrentes.⁹⁹

Assim, o fundamento substancial do direito é, em última instância, político. Se Langdell estabeleceu com seu sistema fechado os limites entre direito e política, Holmes rompeu todos os limites. O pragmatismo de Holmes fica evidente ao comparar o direito a um dragão. É preciso primeiro retirá-lo de sua caverna, isto é, desmistificá-lo, ver o que há por trás de sua forma. E esse é único uso que a história merece ter: lançar uma luz sobre o presente. Aqueles que tiverem coragem de ir tão longe descobrirão, em algum lugar do passado, que as razões de uma lei existir estão na necessidade dos reis, nos pressupostos de uma classe dominante. Somente com esse conhecimento que se pode matar ou tornar útil o *dragão*.¹⁰⁰ E o sangue que alimenta esse dragão – ou, nas palavras de Holmes, “a raiz secreta por meio da qual o direito obtém todo o suco da vida” – são, verdadeiramente, as considerações, muitas vezes ocultas, dos juízes sobre o quem entendem ser conveniente à comunidade.¹⁰¹

A argumentação de Holmes leva a crer que é o papel dos juízes *tornar útil* o direito. Para ele, a inconsciência e a falta de articulação dos motivos e fundamentos de uma decisão são, na verdade, fruto da falha dos magistrados de reconhecerem seu dever de pesar as vantagens sociais de seus julgamentos.¹⁰² A pretensão do autor é, justamente, tornar esse

⁹⁷ HOLMES. *The common law*. op. cit. p. 1-4.

⁹⁸ Cf. nota 80.

⁹⁹ HOLMES. *The path of the law*. op. cit. p. 18.

¹⁰⁰ *Ibidem*. p. 24.

¹⁰¹ *Idem*. *The common law*. op. cit. p. 21-22.

¹⁰² *Idem*. *The path of the law*. op. cit. p. 21.

processo consciente. Se os juízes não exercem seu poder e seu dever de atualizar o direito às necessidades sentidas do tempo é por puro conservadorismo e amor ao passado. Trata-se, portanto, de um direito voltado para o futuro. E o homem do futuro, diz Holmes, não é aquele que se utiliza da história, mas da estatística e da economia, por meio das quais se pode considerar e pesar os fins da legislação, os meios de alcançá-los e seus custos.¹⁰³

Assim, o ideal holmesiano é uma ciência do direito que não se interesse tanto pelo que os tribunais fizeram, mas pelo que farão.

O conceito de direito de Oliver Wendell Holmes Jr. revela com clareza o caráter contencioso típico do direito da tradição da *common law*. O direito só é relevante à medida que discutido nos tribunais, sendo focado no procedimento judicial. Para além da litigiosidade, fica evidente, também, a importância do critério da eficácia na valoração da norma, como se argumentou na seção anterior. Sobretudo, apresenta-se o fenômeno jurídico a partir de uma perspectiva liberal, visto que a preocupação com o direito se dá a fim de garantir a liberdade de cada um, prevendo quando a força pública pode incidir sobre o indivíduo. “*Quando posso agir sem que sobre mim recaia uma sanção?*”: essa é a única questão do direito. De fato, Holmes inicia *The path of the law* afirmando que ao se estudar o direito se estuda um ofício, cujos profissionais – os advogados – são pagos para descobrirem quando ou se a força pública dos tribunais incidirá sobre seus clientes.¹⁰⁴

Se em um momento inicial o autor diz que nas páginas dos livros não há direito, mas meras profecias, afirma posteriormente que o próprio direito é também uma profecia. De qualquer forma, pode-se supor uma diferença de cunho temporal entre o que mostram os livros e os tribunais. Aqueles somente indicam como esses *já* agiram. Recorrer aos primeiros pode ser útil, contudo deve-se reconhecer a limitação da história. Ainda que Holmes se proponha a “seguir precedentes, assim como dar-lhes uma boa razão”¹⁰⁵, o que já foi feito pode ser refeito e desfeito. E a tarefa do juiz é garantir que não se siga um direito por mera imitação cega de um passado cujo fundamento fora esquecido, mas dar-lhe um novo fundamento apropriado ao tempo presente.

De outra forma: a distinção aristotélica entre ato e potência pode ser útil para compreender a questão. A profecia dos livros é ato – está pronta e acabada. Uma vez

¹⁰³ Ibidem. p. 33.

¹⁰⁴ Ibidem. p. 3.

¹⁰⁵ Idem. *The common law*. op. cit. p. 22.

concretizada, ela se tornou história. Incorre no risco, inclusive, de ser generalizada por alguém. A profecia dos tribunais é uma potência. Pode vir a ser este ou aquele ato. Pode se realizar e pode não. A incerteza é fundamental na compreensão do direito. Esse não é simplesmente aquilo que os tribunais fazem, mas uma predição do que farão (e também do que não-farão).

O direito é uma ilusão; e o ceticismo acerca do fenômeno jurídico é um primeiro passo ao realismo jurídico. O estudo do direito é, na realidade, uma atividade de profecia, de *vaticínio*, especificamente, de “predição da incidência da força pública através da instrumentalidade das cortes”¹⁰⁶. Assim, os *lawyers* em pouco diferem dos *sacerdotes* de que Tocqueville falou.¹⁰⁷ Se à época da publicação de *De la démocratie en Amérique* os juristas eram como sacerdotes de uma ciência oculta, com os ataques à ciência e à forma perpetuados por Holmes, passam a ser os profetas ou oráculos de um futuro incerto. Se Gilmore apresentou Holmes, juntamente com Langdell, como símbolo da Era da Fé, somente pode ser porque fé e ceticismo muitas vezes andam juntos.

Tivesse Holmes parado sua análise do direito nos limites e na forma, seria possível, de fato, afirmar que foi um positivista. O comando do soberano é substituído pelo do juiz e tem-se o imperativismo. As decisões judiciais se fazem valer pela força e tem-se a coatividade. Holmes, no entanto, não parou. Quando fala sobre a substância do direito, as *necessidades sentidas do tempo*, o formalismo e a separação entre direito e moral ficam prejudicadas.

Holmes não submete a juridicidade de uma regra a uma finalidade ou a um conteúdo específicos. Na sua definição de direito, de fato, não há nada senão forma. A questão é que para ele é muito mais relevante se preocupar com o fundamento e a verdadeira finalidade das regras. Trata-se do primeiro passo rumo a um “ceticismo iluminado”¹⁰⁸. O próximo passo no

¹⁰⁶ Ibidem. p. 6. Tradução livre. Original: “the prediction of the incidence of the public force through the instrumentality of the courts.”

¹⁰⁷ Alexis de Tocqueville, em *De la démocratie en Amérique*, no capítulo “Do que tempera nos Estados Unidos a tirania da maioria”, afirma que a autoridade dos juristas é o maior freio aos abusos da democracia. Que esses homens, que adoram as formas e a ordem, quando ocupam um lugar elevado na sociedade, são eminentemente conservadores e antidemocráticos. Tocqueville afirma que é nos Estados Unidos e na Inglaterra que se pode ver com mais clareza o caráter aristocrático dos juristas, visto que, em última instância, adotam a tradição da *common law*. Em razão do amor pelo o que é regular e legal, diz o autor: em razão dos precedentes. Afirma, então, que não há nada mais obscuro e nada separa mais os juristas do povo do que um sistema de precedentes; que os juristas estadunidenses e ingleses são tais quais os sacerdotes do Antigo Egito, os únicos intérpretes de uma ciência oculta. TOCQUEVILLE, Alexis de. *De la démocratie en Amérique*. Paris: Institut Coppet, 2012. p. 263-267.

¹⁰⁸ HOLMES. *The path of the law*. op. cit. p. 24.

caminho do direito é se perguntar sobre o valor e a utilidade das normas. A tarefa do jurista é, então, possibilitar a reforma do direito. Holmes ultrapassa, assim, a fronteira imaginária entre a teoria e a filosofia do direito, mas não só.

A política do direito, diz Kelsen, é o campo em que se pergunta *como deve ser feito o direito?*.¹⁰⁹ A essa pergunta Holmes tem uma resposta clara: todas as regras deveriam se referenciar articulada e definitivamente a um fim que promovem. Somente quando os fins do direito forem claramente declarados que se pode ter um sistema mais racional e civilizado.¹¹⁰ À medida que em Holmes o momento de aplicação e de produção do direito são concentrados na figura do juiz, a fronteira que se rompe é, na verdade, entre ciência e política jurídica.

Por essa razão que a separação entre direito e moral é meramente metodológica: serve unicamente para aprender e entender o direito.¹¹¹ Esse é o limite de seu positivismo. Já no campo da política, da *função legislativa das cortes*, direito e moral não estão mais separadas. E a moral que determina o direito não é uma moral absoluta, a qual por sua metafísica Holmes nega, ou uma moral majoritária do povo, visto que, como Tocqueville falou, o direito serve para pôr freios à tirania da maioria. A moral é, em última instância, a dos juízes, como Coke já afirmara similarmente séculos antes. Entre outras coisas, silogismos em muito pouco determinam o futuro dos homens quando comparados aos preconceitos que os juízes compartilham entre si.

1.3 Cardozo, entre extremos

Justice Holmes deixou a Suprema Corte em 1932 e três anos depois, a vida. Seu legado, entretanto, é extenso. Dentre os vários juristas influenciados por sua obra, pode-se citar, imediatamente, Benjamin Nathan Cardozo, quem inclusive ocupou sua cadeira no tribunal federal estadunidense. A relevância de Cardozo no pensamento jurídico norte-americano antecede, assim como a de Holmes, seu ingresso na corte superior. Para essa pesquisa, utiliza-se de dois escritos do autor: *The nature of the judicial process* e *The growth of the law*, ambos originalmente proferidos como palestras na *Yale University*, respectivamente, em 1921 e 1923. O caminho para o realismo jurídico, aberto por Holmes, continua, agora com mais vigor.

¹⁰⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. op. cit. p. 1.

¹¹⁰ HOLMES. op. cit. loc. cit.

¹¹¹ *Ibidem*. p. 7.

Cardozo é o representante perfeito da nascente Era da Ansiedade, de que Grant fala. Trata-se de uma ansiedade contra a fé cega no formalismo do período anterior. A característica desse momento, no qual florescerá o realismo jurídico, é a contraposição às visões rígidas, formais e fechadas em si do direito. Intenta-se retomar o florescimento do direito, típico da Era do Descobrimento, anterior à da Fé.¹¹²

Nesse sentido, pode-se dizer, na verdade, que Cardozo ocupa um limiar entre fé e ansiedade. Se por um lado, o jurista e magistrado ainda tem um amor pela forma, acaba por ajudar a destruí-la. O marco de sua obra é um embate entre liberdade e restrição do poder dos juízes. O que se propõe a ver aqui é como a balança tende mais ao lado da liberdade, ou, talvez, da licenciosidade.

A pergunta de partida de Cardozo é, aparentemente, simples: *como julgam os juízes?*. O autor indica que os magistrados normalmente não conseguem descrever com facilidade o próprio trabalho, isto é, julgar. Assim, a proposta do jurista é desvendar como essa “estranha mistura que se prepara diariamente no caldeirão dos tribunais”¹¹³ – a decisão judicial – vem à tona.¹¹⁴

É irrelevante, para ele, pensar se se deve ou não permitir que os juízes preparem tal mistura, visto que “a lei criada pelos juízes é uma das realidades da vida”¹¹⁵, a qual se pode criticar ou elogiar: “o processo está aqui para ficar”¹¹⁶. As afirmações contundentes deixam claro, desde logo, o posicionamento do autor: é um defensor ferrenho do direito enquanto *common law* e, em particular, dessa enquanto produto do trabalho dos juízes. De todo modo, pode-se reconhecer nessas ideias iniciais, desde já, uma separação entre o direito que é e o que deveria ser. Cardozo está preocupado tão somente o primeiro. Para além disso, há aí também um formalismo jurídico. Como poderá se perceber, não é possível dizer que o magistrado foi um positivista, mas alguns dos elementos positivistas estavam ali presentes.

A chave para entender o pensamento de Benjamin Cardozo é ver sua obra como uma tentativa de balancear a liberdade e a restrição do juiz no momento do julgamento. É entre extremos que Cardozo pretende se posicionar: liberdade e restrição, culto ao passado e exaltação do presente, a negação de todo o direito e a aceitação desse como princípios

¹¹² GILMORE. op. cit. s/p. Capítulo 1, item IV, e capítulo 4, item II.

¹¹³ CARDOZO, Benjamin Nathan. *A natureza do processo judicial*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 2.

¹¹⁴ Ibidem. p. 1-2.

¹¹⁵ Ibidem. p. 2.

¹¹⁶ Idem. *The growth of the law*. New Haven: Yale University Press, 1940. p. 135.

universais e eternos, ceticismo e certeza, costume e lei. O autor, na realidade, não está tão interessado no que seria a Verdade do direito, mas com os efeitos práticos que uma decisão judicial pode produzir. É na esteira do pragmatismo filosófico de William James e jurídico de O. W. Holmes que a doutrina de Cardozo é desenvolvida: “a filosofia jurídica da *common law* é, no fundo, a filosofia do pragmatismo”.¹¹⁷

O autor entende que na maioria dos casos com os quais se defronta um juiz não há liberdade desse para criação do direito.¹¹⁸ Quando o caso está regulado pela Constituição ou por uma lei, certificada a correspondência, o juiz dá a busca por encerrada: seu dever é obedecer. O mesmo é válido quanto aos precedentes: não há espaço para criação do juiz se há um precedente imediatamente aplicável, uma vez que *stare decisis* é a regra, não a exceção, do direito.¹¹⁹

Por outro lado, defende que a regra do precedente seja flexibilizada. Se, diante da vagueza da lei, é nos precedentes que se inicia o trabalho do juiz, uma aplicação subsuntiva e acrítica de decisões passadas não permite a evolução do direito e, tampouco, o cumprimento de sua finalidade. Para Cardozo, é impossível percorrer um caminho sem que se saiba onde ele levará o caminhante. Assim, o juiz deve sempre considerar as consequências de sua decisão.¹²⁰ Exigindo, então, uma flexibilização do direito que é a fim de alcançar um direito que deveria ser, evoluído e de acordo com sua finalidade, o positivismo jurídico de Cardozo não se sustenta por muito tempo.

De todo modo, o que fica claro é que a decisão não é uma obra do destino, não está pré-determinada, mas é fruto de *uma escolha do juiz*. Os motivos obscuros que a fundamentam, portanto, não resistem a uma análise adequada.¹²¹ Conforme Cardozo, na ausência de lei ou precedente, cabe ao juiz, a fim de completar as lacunas do direito, optar pela utilização de um entre quatro métodos distintos: o método da filosofia, o da evolução, o da tradição e o da sociologia. Os três primeiros se referem, respectivamente, ao uso da lógica, da história, do costume da comunidade como fontes do direito. O último deles, o método da sociologia, traz a força da *justiça*.¹²² Pode-se pensar que nos dois primeiros há maior restrição do juiz e nos dois últimos maior liberdade.

¹¹⁷ Idem. *A natureza do processo judicial*. op. cit. p. 74.

¹¹⁸ Idem. *The growth of the law*. op. cit. p. 60.

¹¹⁹ Idem. *A natureza do processo judicial*. op. cit. p. 5-9, 21, 108-110.

¹²⁰ Ibidem. p. 10, 74, 111.

¹²¹ Idem. *A natureza do processo judicial*. op. cit. p. 2-3.

¹²² Ibidem. p. 18.

Os métodos em questão não são apenas ferramentas do juiz no decurso do processo judicial, mas formas de manutenção e de evolução do direito. Assim, para entender quando um método prevalecerá sobre o outro, isto é, a fim de vislumbrar como o direito se desenvolve, é preciso compreender, de fato, o que é o direito.

Antes de se submeterem ao império do direito os homens se guiavam por uma moralidade positiva. Em certa medida, ainda o fazem nos espaços vazios deixados pelas lacunas da lei. Seguem princípios e agem sem que haja a determinação e a sanção de um julgamento ou de uma lei.¹²³ Antes do direito, então, o costume. Cardozo, entretanto, afirma que o poder do costume enquanto fonte do direito foi exagerado em tempos idos. O costume que faz direito é, na realidade, um costume de decisão judicial, não de prática popular. Ou seja, é a aplicação reiterada de princípios da moralidade positiva pelos tribunais, *criaturas* cujo poder vem da soberania do Estado, que faz o direito.¹²⁴

Eis a força do costume: *formar* a conduta para que posteriormente seja forjada em lei. Diz Cardozo: “A vida cria os moldes da conduta, que algum dia será estabelecida como lei. A lei preserva os moldes, que adquiriram forma e contorno a partir da vida”.¹²⁵ O costume, fundamento do método da tradição, deve unicamente determinar se houve adesão ou desvio de um princípio.¹²⁶

Vê-se, assim, que o direito quando baseado nos costumes surge, na verdade, a partir dos tribunais. Antes de um primeiro julgamento sobre determinado tema não se pode dizer que havia um princípio pré-estabelecido que exigisse sua aplicação ou ampliação. A regra ou o princípio jurídicos que resolvem esse caso inédito e não regulado pela lei são formulados pelos juízes ou tribunais no momento da aplicação, dando-lhes potência, justamente, por esse processo de criação.¹²⁷ Se o surgimento desse novo princípio se deu com base no costume, diz-se que o juiz seguiu o método da tradição.¹²⁸ Como se disse, esse método confere maior liberdade ao juiz. Sobre ele nada mais precisará ser dito.

Não há nada de natural no direito, sua criação é humana. Para além disso, com Cardozo, vê-se que a origem do direito é estatal: a lei do parlamento ou a decisão do juiz. O

¹²³ Idem. *The growth of the law*. op. cit. p. 33.

¹²⁴ Idem. *A natureza do processo judicial*. op. cit. p. 42; *The growth of the law*. op. cit. p. 49.

¹²⁵ Idem. *A natureza do processo judicial*. op. cit. p. 45.

¹²⁶ Ibidem. p. 44.

¹²⁷ Idem. *The growth of the law*. p. 39.

¹²⁸ Esse uso dos costumes revela a prevalência do elemento da eficácia na doutrina de Cardozo, embora a justiça enquanto critério de valoração também desempenha aqui, como se discutirá em breve, papel importante. Cf. nota n. 9.

direito, contudo, não se resume a nenhuma dessas manifestações. De um lado, “o direito é algo mais que a lei”¹²⁹, do outro, “algo mais que uma sucessão de julgamentos isolados os quais perdem sua força como direito assim que as controvérsias que lhe deram origem foram resolvidas”.¹³⁰ Novamente, está-se entre dois extremos: a negação do julgamento enquanto momento criativo do direito e a liberdade irrestrita do juiz para criar o direito conforme sua vontade. Em suas obras, Cardozo dá maior ênfase ao direito como mais que julgamentos isolados, deixando a lei em sentido formal em segundo plano. Seguem-se, aqui, os passos do autor.

Duas são as problemáticas imediatas de se aceitar o direito como meros julgamentos isolados, vinculantes apenas entre as partes: i) o poder legislativo absoluto do juiz; e ii) a negação de todo direito. De alguma forma, ambas estão imbricadas. Se não há nada além de sua própria decisão limitando o juiz, ele é absolutamente livre para criar o direito. Na verdade, seria tal qual o soberano de Hobbes, que não limitado pelo direito, está acima dele, moldando-o conforme sua vontade. Nessa hipótese, sendo a sentença do soberano inapelável, soberano seria aquele juiz cuja decisão é final. Retoma-se esse argumento no terceiro capítulo da pesquisa. Reconhecer o direito como uma sucessão de julgamentos isolados, paradoxalmente, implica a negação do direito, à medida que o direito existe e vigora unicamente no momento do julgamento: inexistente antes e perde sua força depois. Assim, direito seria contingência: pode se realizar, pode não, pode ser dessa ou daquela forma.

Cardozo segue Holmes e o pragmatismo. Defende um relativismo e um ceticismo, mas sem cair em um niilismo jurídico, que contraria a própria essência do direito, isto é, a uniformidade serena e imparcial na gerência dos negócios humanos.¹³¹ “Nada é estável. Nada é absoluto. Tudo é fluído e mutável”.¹³² Na negação do absoluto e da estabilidade, há a afirmação de uma existência ao menos duradoura. O direito existe: suas modificações são graduais e forjadas majoritariamente por juízes.¹³³

Esse “algo mais” do direito, para além da lei e da decisão, é um corpo geral de doutrina e tradição, do qual são retirados os princípios e regras que determinam os

¹²⁹ Ibidem. p. 32. Tradução livre. Original: “We do not need to spend pages in an attempted demonstration that *Gesetz* is not coterminous with *Recht*, that *la loi* is narrower than *le droit*, that law is something more than statute.”

¹³⁰ Ibidem. p. 36-37. Tradução livre. Original: “Law is something more than a succession of isolated judgments which spend their force as law when they have composed the controversies that led to them.”

¹³¹ Idem. *A natureza do processo judicial*. op. cit. 22.

¹³² Ibidem. p. 16.

¹³³ Ibidem. p. 14-15.

juízes. Esse *corpo*, ao mesmo tempo, garante ao direito uma existência duradoura e limita a liberdade dos juízes, uma vez que há em si um elemento coercitivo, devendo ser aplicado.¹³⁴

Quando há um elevado grau de certeza acerca da aplicação dos princípios emanados desse *corpo* de doutrina e tradição, diz Cardozo, então, que o direito existe. Há, também, um direito incerto quando a aplicação dos princípios gerais é duvidosa. E, ainda, diz-se que não há direito quando não se pode ter qualquer certeza acerca da aplicação. Nesse último caso, abre-se as portas para a criação judicial do direito, um ato de livre criação.¹³⁵

Holmes se faz, uma vez mais, presente: o tríplice conceito de direito de Cardozo, baseado na gradação da certeza quanto à aplicação, na verdade, somente separa em três o conceito profético de seu antecessor na Suprema Corte. Se, em um primeiro momento, a concepção de Cardozo parece alargar a de Holmes, à medida que traz para além da decisão do juiz ou do tribunal um corpo de princípios que confere maior certeza às profecias do que os tribunais farão; após uma análise mais aprofundada, vê-se que Cardozo flexibiliza a regra do precedente e relativiza o próprio corpo de princípios do direito, o que Holmes não faz.

Esse ceticismo se revela na afirmação de Cardozo em *The nature of the judicial process*: “Eu buscava a certeza [...], fui me resignando com a incerteza, pois passei a considerá-la inevitável. Passei a ver que o processo em seus níveis mais elevados, não é descoberta, mas criação”.¹³⁶ Dois anos depois, com *The growth of the law*, o autor retira por completo a lógica da certeza do direito, substituindo-a pela da probabilidade.¹³⁷

Ainda se vê, aqui, direito como vaticínio, porém há sempre a possibilidade de que a previsão malogre êxito. É dever dos tribunais aplicar a lei, os precedentes e, sobretudo, os princípios e regras do corpo do direito. Não obstante, uma corte tem o poder de abalar o que parecia inabalável. Ela pode reverter suas decisões e revogar seus princípios, “pode ignorar ou aplicar erroneamente regras estabelecidas em decorrência de descuido ou ignorância ou, em raras ocasiões, corrupção”.¹³⁸

¹³⁴ Idem. *The growth of the law*. op. cit. p. 37.

¹³⁵ Ibidem. p. 37-44.

¹³⁶ Idem. *A natureza do processo judicial*. op. cit. p. 123.

¹³⁷ Idem. *The growth of the law*. p. 33. Original: “[...] law, like other branches of social science, must be satisfied to test the validity of its conclusions by the logic of probabilities rather than the logic of certainty.”

¹³⁸ Ibidem. p. 43. Tradução livre. Original: “The court may reverse itself, and unsettle what seemed settled. It may ignore or misapply established rules through carelessness or ignorance or in rare instances corruption.”

Cardozo, a todo momento, tenta mostrar o juiz como um homem livre e amarrado por toda parte. O juiz seria escravo, não dos próprios caprichos e apetites, mas daquilo que para Rousseau faz o homem ser livre, do direito. A liberdade selvagem do juiz se apresenta justamente em seu poder de transgredir a lei. Conforme Cardozo¹³⁹, “os juízes têm, é claro, o poder, embora não o direito”, de ignorar o comando a lei ao proferir a sentença e de transpor os limites dos precedentes e do costume à inovação judicial. Trata-se de abuso de poder: transgressões ao direito, que ensejam punição ou afastamento da jurisdição.

Por outro lado, a decisão do juiz, mesmo que fruto de abuso de poder, de erro flagrante ou de ignorância dos princípios do direito, é vinculante até revertida por meio de apelação.¹⁴⁰ Sobre julgamentos viciosos da Suprema Corte, e portanto inapeláveis, Cardozo faz-se silente. O autor se esquivava da questão, retirando-lhe a importância. Para ele, é irrelevante se a decisão é baseada em erro ou qualquer outro vício para caracterizá-la como direito. A decisão de um tribunal será sempre direito, em razão de sua coercitividade, isto é, do fato de que as agências do governo irão executá-la.¹⁴¹ Perguntar-se se os juízes são, de fato, os mais aptos para interpretar, declarar e criar o direito é vão: a tarefa precisava ser feita por alguém e a Constituição a atribuiu aos juízes.¹⁴²

Seguindo o discurso biológico-evolutivo que marcou sua época, Cardozo afirma que o direito está em constante *crescimento*. Está claro que esse crescimento é operado pelo juiz, embora ainda não se vislumbre como se dá tal operação – como julgam os juízes. Se tudo que cresce o faz em alguma direção, eis o elemento que falta para compreensão da questão: a finalidade, o fim do direito.

Foge o autor, assim, de duas concepções extremas do direito que, destituídas de finalidade, podam o juiz do poder criativo: uma baseada em princípios fixos e imutáveis, na qual não há nada a se criar; outra baseada em decisões como destinos isolados, em que cada criação é um fim em si mesmo. Com a primeira, tem-se a apoteose da *stare decisis*, com a

¹³⁹ Ibidem. p. 95.

¹⁴⁰ Idem. *The growth of the law*. op. cit. p. 40. Original: “The ruling might involve an abuse of power, or flagrant error, but the judgment, unless reversed upon appeal, would, none the less, be binding upon the parties, and express the law for them.”

¹⁴¹ Ibidem. Original: “With this possibility before us, with the power residing in the court to nullify all our predictions, why do we, none the less, declare with assurance that this case is still to be accepted as a statement of the law? We do so because the observation of recorded instances almost without number induces a belief which has the certainty of conviction that the rule will be acted on as law by the agencies of government.”

¹⁴² Idem. *A natureza do processo judicial*. op. cit. p. 99.

outra, tem-se direito como contingência.¹⁴³ Entre esses dois extremos¹⁴⁴, direito, então, é um “corpo de regras, princípios e padrões que, em suas extensões a novas combinações de eventos, devem ser classificados, selecionados, moldados e adaptados em subordinação a um fim”.¹⁴⁵

Ao inserir um *fim* no conceito de direito para garantir sua constante evolução em direção a ele, Cardozo assegura o poder criativo do juiz, que é responsável por manter o curso do direito na direção correta. Assim, as perguntas *Qual é o fim do direito?* e *Como os juízes julgam?* se entrelaçam, uma vez que não se pode responder uma ignorando a outra.

Como se disse, os juízes se utilizam dos métodos da filosofia, da evolução, da tradição e da sociologia para julgar. Cada um deles se guia por uma força. Sobre o método da tradição, que incorpora a força do costume, já se falou o suficiente. Para Cardozo, esses métodos não são fins em si mesmos, mas meios para realização do fim do direito. Nesse sentido, cada método pode ser mais adequado em algum tipo de situação ou para determinado ramo do direito. Não há um método supremo, superior a todos os demais.¹⁴⁶

O método da filosofia dá primazia à progressão lógica do direito. Mantém o presente em coerência com o passado. A utilização desse método garante uma aplicação analógico-subsumtiva da lei e dos precedentes ao caso em questão. Como se disse, *stare decisis* é a regra operativa do direito, de forma que a obediência aos precedentes nunca pode ser a exceção. Somente assim pode a comunidade acreditar na imparcialidade dos tribunais. Seria absolutamente intolerável, diz o autor, que as decisões mudassem, semana após semana, conforme a composição dos tribunais.¹⁴⁷ Nesse sentido, Cardozo diz que o método da filosofia é, no mínimo, o “herdeiro presuntivo”, de forma que “um pretendente ao título terá de abrir seu caminho à força”.¹⁴⁸

¹⁴³ Idem. *The growth of the law*. op. cit. p. 54-55.

¹⁴⁴ Cabe ressaltar que Cardozo impropriamente identifica a primeira tendência com Blackstone e a segunda com Austin, proponde-se, novamente, como uma terceira via. Como se viu anteriormente nesse capítulo, Blackstone defendia a *common law* como fruto do costume, mas de forma alguma a julgava imutável. O papel do juiz era, para ele, justamente, fazer a ponte entre passado e presente, ajustando o direito. Austin, por sua vez, é um representante do positivismo jurídico na *common law*. Entendia ser o direito legislado superior ao judicial, cabendo ao juiz aplicar a lei escrita nos casos concretos. Por outro lado, também defendia o respeito ao sistema de precedentes, que sistematizavam as interpretações do juízes acerca da lei ao longo do tempo. Assim, não se pode falar, a partir de Austin, de um direito que se esgota em si mesmo no momento da decisão.

¹⁴⁵ Ibidem. p. 55. Tradução livre. Original: “Between these two extremes we have a conception of law as a body of rules and principles and standards which in their extensions to new combinations of events are to be sorted, selected, moulded, and adapted in subordination to an end.”

¹⁴⁶ Ibidem. p. 66, 75.

¹⁴⁷ Idem. *A natureza do processo judicial*. op. cit. p. 18-22, 111.

¹⁴⁸ Ibidem. p. 19.

Por outro lado, não se pode considerá-lo o método mais importante, visto que frequentemente é sacrificado. Por mais que a coerência lógica seja um bem do direito, ela não é o bem supremo. Considerá-la assim seria ceder a uma paixão da forma pela forma, cuja consequência é uma estagnante reprodução do passado. Um bom uso da lógica é aquele que reconhece suas limitações, seja diante da ausência de lei ou precedente, seja diante de uma pluralidade de princípios aplicáveis. Cada princípio, levado ao extremo pela lógica, aponta para um caminho, mas a lógica sozinha não indica qual é o melhor caminho para se atingir o fim do direito. Assim, nesses casos, ou mesmo em outros, quando a mera aplicação de uma norma consolidada contraria o fim do direito, o método da filosofia é sacrificável. Nunca, porém, sem boa razão: é preciso uma razão suficiente, normalmente relativa à história, ao costume, à *política* ou à *justiça*, para que, abalando “o que parecia inabalável”, não se caia em injustiça.¹⁴⁹

Com o método da evolução, cuja força é a da história, Cardozo segue, basicamente, o que já fora afirmado por Holmes: “o efeito da história é elucidar o caminho da lógica”¹⁵⁰, ao passo que a coerência história e a coerência lógica se remetem ao passado, seja com um costume, uma norma ou um precedente anterior. Bastante aqui já se falou do papel da história no direito. Mais interessante, agora, é a análise das razões de política e de justiça que permitem o sacrifício da lógica. Ao inserir essas duas variáveis na equação do direito, Cardozo rompe as barreiras da filosofia e da teoria do direito e da ciências jurídica e política, adotando uma concepção de direito absolutamente não-positivista. Eis aí o método da sociologia.

Embora Cardozo afirme que uma “tentativa de fazer justiça absoluta em cada caso isolado impossibilitaria o desenvolvimento e a manutenção de normas gerais”¹⁵¹, contrariando a essência do direito, assevera também que o método da sociologia expressa a força da justiça social que, em sua época, vem se sobrepondo às da lógica, da história e do costume. Não se trata, portanto, de uma justiça individual, mas coletiva: a justiça *social* é a força que melhor atende o *fim* – a causa última – do direito, *o bem-estar da sociedade*.¹⁵²

Para entender, por fim, como os juízes julgam, é preciso descobrir o que determina a *escolha* do juiz por um método ou outro, uma vez que nenhum deles é per si superior aos

¹⁴⁹ Ibidem. p. 10-31.

¹⁵⁰ Ibidem. p. 35.

¹⁵¹ Ibidem. p. 12.

¹⁵² Ibidem. p. 46.

demais. A escolha deve sempre se orientar para garantia do fim do direito, o bem-estar da sociedade. Mais dois questionamentos se lançam, assim, na equação: o que é, afinal, esse bem-estar? E, se ele é garantido por meio do direito, por que o é por meio do juiz e não do legislador, representante eleito do povo?

À primeira pergunta Cardozo reconhece que não há resposta simples e fácil. Bem-estar é, deveras, um termo amplo, podendo abarcar muitos significados. Deslocando-se a ênfase do conteúdo do direito para seus efeitos, o autor vislumbra uma resposta. É pela promoção da justiça e da utilidade geral que se garante o bem-estar.¹⁵³ Dessa forma, tudo a que o autor se limitou foi incluir duas variáveis indeterminadas ao igualmente indeterminável conceito de bem-estar.

Cardozo revê, então, seu conceito de direito para permitir compreender o verdadeiro conteúdo de seu fim. Direito não é meramente um corpo de normas subordinado a um fim, mas a “expressão das convicções do presente, não das convicções do passado”¹⁵⁴; é “uma expressão da moralidade costumeira”.¹⁵⁵ Os padrões predominantes da justiça, da utilidade, do bem-estar, da moral são encontrados na “vida da comunidade”¹⁵⁶, descobrindo-se o espírito do povo a que se destina o direito.¹⁵⁷ Essa busca, diz Cardozo, é feita da mesma forma pelo juiz e pelo legislador. É, justamente, aí que se encontram essas duas figuras, pois quando se busca um princípio jurídico na vida não se está mais declarando o direito, mas o criando, legislando.¹⁵⁸ Passa-se, assim, à segunda pergunta.

Infere-se dessa argumentação que o ato de legislar é aquele que promove, ao atentar-se aos padrões predominantes da comunidade, o seu bem-estar. Para Cardozo, tanto o juiz quanto o legislador, de fato, legislam, cada um dentro de seus limites, sendo os do primeiro muito mais estreitos que os do segundo. Aos juízes cabe legislar apenas nas lacunas, o que frequentemente não há. A atividade legislativa, no entanto, é a mesma para os dois atores: deve ser objetiva, não se baseando na subjetividade do sujeito, mas nas exigências da vida social.¹⁵⁹

¹⁵³ Idem. *A natureza do processo judicial*. op. cit. p. 51-53.

¹⁵⁴ Idem. *The growth of the law*. op. cit. p. 104.

¹⁵⁵ Idem. *A natureza do processo judicial*. op. cit. p. 76.

¹⁵⁶ Ibidem.

¹⁵⁷ Idem. *The growth of the law*. op. cit. loc. cit.

¹⁵⁸ Idem. *A natureza do processo judicial*. op. cit. p. 76, 83.

¹⁵⁹ Ibidem. p. 83-94.

Parece, assim, à primeira vista, que o bem-estar é garantido tanto pelo juiz quanto pelo legislador. Os juízes julgam, então, como se legisladores fossem, buscando a utilidade e a justiça. O processo judicial legislativo seria *excepcional*, não havendo uma usurpação das funções do outro Poder. Entretanto, ao mesmo tempo que a exceção é muito mais reveladora que o caso normal, essa dita exceção pode se mostrar, na verdade, como regra.

O “mistério da mudança e do movimento”¹⁶⁰ do direito estaria resolvido: o direito é dado pela lei; em suas lacunas, legisla o juiz. Na ausência de lacunas, cabe ao juiz simplesmente obedecer o que seus antecessores, sejam seus pares ou os legisladores, estabeleceram. É o que estabelece a regra do precedente.

Não é essa a solução que vislumbra Cardozo. De forma alguma, entende, cabe ao juiz unicamente a reprodução mecânica da lei e dos precedentes: *stare decisis* não está na Constituição.¹⁶¹ Se os homens de hoje tivessem sua vida regulada unicamente pelas leis e decisões passadas, seriam governados pelos mortos. Assim, a legislação não é apta o suficiente para ser o principal meio de crescimento do direito.¹⁶² É preciso, na vida cotidiana, algo mais que um corpo rijo e velho de regras; é preciso um “sistema mais flexível”.¹⁶³

A *flexibilização* do direito se dá pela relativização da regra do precedente. Cabe, também, ao juiz a adaptação contínua do direito às condições variáveis da sociedade. Para o autor, não se trata de usurpação, tampouco de inovação. Esse é apenas o procedimento da *common law*, que rege muito mais a vida da comunidade que a lei formal.¹⁶⁴ Afinal, como se viu, o direito é a expressão do presente, não do passado. A constante evolução do presente exige a constante evolução do direito.

Para o crescimento do direito rumo ao seu *fim*, é preciso que as regras, até mesmo aquelas mais estabelecidas, sejam revisadas – por adaptação ou por revogação – quando inconsistentes com as finalidades que o direito serve. Essa “limpeza de antigas manchas da peste” pode ser feita por lei ou por decisão. Os juízes devem fazê-la, mas quando relutantes ou incapazes, recorre-se ao legislador.¹⁶⁵

Afirmou-se, há pouco, que o juiz tem o poder, mas não o direito, de ignorar o comando da lei. Isso não é inteiramente verdade. Se por um lado, Cardozo afirma que o juiz

¹⁶⁰ Idem. *The growth of the law*. op. cit. p. 143.

¹⁶¹ Ibidem. p. 132.

¹⁶² Idem. *The growth of the law*. op. cit. p. 133.

¹⁶³ Idem. *A natureza do processo judicial*. op. cit. p. 85.

¹⁶⁴ Idem. *The growth of the law*. op. cit. p. 136-137.

¹⁶⁵ Ibidem. 120.

deve se subordinar ao exposto pela legislatura, não podendo anular ou perverter a lei por estar convencido de sua incorreta axiologia;¹⁶⁶ por outro, defende o controle jurisdicional de constitucionalidade, um “poder restritivo do judiciário”¹⁶⁷ que estabiliza e racionaliza o julgamento legislativo nos casos em que a legislatura ultrapassou os limites de sua autoridade. Os tribunais, ao exercerem esse poder dito contramajoritário, fazem serem ouvidas as vozes daqueles que, sem suas manifestações, seriam silenciados.¹⁶⁸ Para o autor, deve-se manter esse poder a cargo dos tribunais, desde que eles o exerçam “com consciência dos *valores sociais* e com *flexibilidade* para adaptar-se às mudanças nas *necessidades sociais*”.¹⁶⁹

A limitação do poder dos juizes, que Cardozo argumenta a todo momento¹⁷⁰, em última instância, é meramente aparente. Se o juiz deve buscar na vida, na moralidade costumeira, na experiência os valores e as necessidades sociais, da mesma forma que o legislador, o que há, aqui, é uma contraposição de um e outro. De um lado, o direito legislado é superior à *common law*, do outro, o juiz tem o poder de invalidar a lei para adequá-la à sua correta interpretação da Constituição. Se ambos legislam, qual das leis prevalece? Qual deles, o juiz ou o legislador, têm a palavra final sobre o direito?

A questão é verdadeiramente *política*. Em última instância, direito e política estão intimamente ligados, e Cardozo reconhece isso. Assim, é significativo que a resposta *realista* a essas perguntas não venha do próprio autor, um jurista; pelo contrário, ele cede a palavra a um *político* de seu tempo, cuja percepção da realidade, a seu ver, era profunda e brilhante. Em sua mensagem de 8 de dezembro de 1908 ao Congresso dos Estados Unidos, diz o presidente Franklin Delano Roosevelt:

*Os principais legisladores de nosso país talvez sejam, e muitas vezes são, os juizes, pois é neles que assenta a autoridade final. Toda vez que interpretam contratos, propriedades, direitos adquiridos, o devido processo legal e a liberdades, eles necessariamente convertem em lei partes de um sistema de filosofia social; e, como essa interpretação é fundamental, eles direcionam todo o processo de criação das leis. As decisões dos tribunais sobre questões econômicas e sociais dependem de sua filosofia econômica e social; e, para o progresso pacífico de novo povo durante o século XX, estaremos principalmente em débito com esses juizes que defendem uma filosofia econômica e social do século XX e não uma filosofia há muito superada, produto ela própria de condições econômicas primitivas.*¹⁷¹

¹⁶⁶ Ibidem. p. 94-95.

¹⁶⁷ Idem. *A natureza do processo judicial*. op. cit. p. 67.

¹⁶⁸ Ibidem.

¹⁶⁹ Ibidem. p. 68. Grifos nossos.

¹⁷⁰ Ibidem. p. 63, 64, 79, 80, 83, 88, 95, 100, 103, 128.

¹⁷¹ ROOSEVELT, Franklin Delano apud ibidem. p. 127. Grifos nossos.

Roosevelt não só responde a pergunta ora aqui lançada sobre a autoridade final do direito, mas também o questionamento inicial de Cardozo acerca de como os juízes julgam: com base em suas filosofias econômicas e sociais. O direito depende, então, da ideologia de cada juiz, sobretudo da ideologia dos Ministros da Suprema Corte, cuja decisão colegiada é inapelável.

A verdade do direito, então, é que, por mais que se debata e cuidadosamente se pondere sobre a aplicação de um princípio ou de outro, sobre a prevalência da lógica, da histórica, do costume, da utilidade ou da justiça, nunca se chegará a uma certeza. Diante dessa *guerra civil* entre uma ou outra concepção de certo e errado, somente uma *maldição* pode pôr fim a toda problemática.¹⁷² A maldição da escolha, uma *decisão*. Se antes se afirmou que o fim do direito estava entrelaçado com a maneira que os juízes julgam é somente porque, em última instância, são eles que *decidem* o que é o *bem-estar da sociedade*.

¹⁷² CARDOZO. *The growth of the law*. op. cit. p. 80, 104, 140.

2. REALISMO JURÍDICO: A DECISÃO CRIADORA DO DIREITO

Tratar do realismo jurídico homogeneamente é tarefa difícil, senão impossível. As controvérsias ao seu redor são inúmeras. Referem-se aos seus adeptos, às suas alegações e, inclusive, à sua própria classificação. As teses do realismo jurídico são polêmicas e alvos de muitas críticas e más interpretações. Ainda, discute-se se o realismo jurídico foi, de fato, uma teoria do direito, uma técnica ou um movimento.

O termo realismo jurídico veio à tona pela primeira vez com a publicação de *A realistic jurisprudence – the next step*¹⁷³ em 1930, no entanto, como bem se viu, suas bases já foram lançadas desde Holmes. Embora haja autores que consideram que entender Karl Llewellyn é entender o realismo jurídico, e vice-versa,¹⁷⁴ outros entendem que o debate entre esse e Roscoe Pound trouxe mais perdas do que ganhos na compreensão da polêmica realista.¹⁷⁵ De fato, tomar os escritos de Llewellyn como ponto de partida seria supor que o autor falava por uma unidade, o que contrariaria suas próprias advertências ao afirmar que não se pode falar de um grupo de realistas, mas apenas de um *movimento* realista.¹⁷⁶ É entendendo o realismo jurídico como um continuação da *revolt against formalism* que se pode chegar a seu núcleo duro.

O realismo jurídico surgiu, inicialmente, como uma crítica ao ensino jurídico vigente nas universidades dos Estados Unidos à época. Embora o foco desta pesquisa seja tratar do movimento enquanto uma teoria do direito, mostra-se inviável separar uma questão da outra. O próprio fundamento do realismo jurídico é a não-separação entre teoria e prática. Assim, ao passo que os juristas buscavam apresentar uma ciência do direito que espelhasse a verdadeira prática jurídica, elaboraram, também, teorias do direito. Analisa-se, aqui, as críticas e proposições de alguns autores classificados como realistas quanto ao ensino jurídico a fim de captar, nas entrelinhas, um entendimento homogêneo quanto ao que entendem por direito.

A tarefa não é tão simples, uma vez que a expressão realismo jurídico (*legal realism*) é usada indistintamente para abarcar diversos autores, em sua maioria professores de direito

¹⁷³ LLEWELLYN, Karl. A Realistic Jurisprudence -- The Next Step. In: *Columbia Law Review*, vol. 30, n. 4, 1930, p. 431–465.

¹⁷⁴ TWINING, William. *Karl Llewellyn and the Realist Movement*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. Edição do Kindle.

¹⁷⁵ HORWITZ, Morton J. *The Transformation of American Law, 1870-1960: The Crisis of Legal Orthodoxy*. New York: Oxford University Press, 1992. s/p. Edição do Kindle. Posição 2726, 2743.

¹⁷⁶ LLEWELLYN, Karl. Some Realism about Realism: Responding to Dean Pound. In: *Harvard Law Review*, vol. 44, n. 8, 1931, p. 1234, 1235, 1238, 1256.

das universidades de Yale e Colúmbia durante os anos 1920 e 1930, cujos pensamentos eram muitas vezes distintos e contraditórios entre si. Acima de tudo, sem incorrer no erro de generalização, é seguro afirmar que o realismo expressou muito mais um humor intelectual do que um rigoroso conjunto de metodologias ou proposições sobre a teoria do direito.¹⁷⁷

Não obstante, apesar do objetivo desses autores não ter sido elaborar uma teoria do direito – ou sequer conceituar o direito –, seus escritos expressavam opiniões teóricas e filosóficas. Isso revela não a inexistência de uma teoria do direito realista, mas apenas uma desarticulação teórica.¹⁷⁸ Assim, a tarefa que se apresenta é, justamente, reconstruir histórica e teoricamente o movimento. Novamente, essas duas articulações estão imbricadas, sendo aqui separadas apenas por questões metodológicas.

No primeiro tópico deste capítulo, discorre-se sobre a ascensão do movimento realista, retomando o fio de Holmes e Cardozo a partir da Universidade de Yale para culminar na cisão dos realistas em dois grupos na Universidade de Colúmbia. Em segundo, discute-se a *controvérsia realista*, a partir da troca de artigos e farpas entre Llewellyn e Pound. Por fim, na terceira seção, busca-se articular as concepções de direito presentes nas entrelinhas dos escritos realistas a fim de apresentar as principais contribuições do realismo jurídico à teoria do direito, assim como seus pontos controvertidos, em especial quanto à produção judicial do direito.

2.1 Do fermento: a ascensão

No capítulo anterior, chegou-se a um limite com a explanação do pensamento de O. W. Holmes Jr. e de Benjamin Cardozo. Os autores são normalmente identificados como pré-ou protorealistas. Uma exata classificação é desnecessária. Basta aqui reconhecê-los como juristas que se contrapuseram ao pensamento jurídico clássico (*classical legal thought*), cujo maior representante foi *Dean* Langdell. É nesse sentido que se afirma que Holmes e Cardozo representavam um pensamento jurídico progressista (*progressive legal thought*), encampando a revolta contra o formalismo. Focou-se, principalmente, na teoria do direito dos dois autores, extraíndo-se delas dois dos baluartes do realismo jurídico – a incerteza e a produção judicial do direito. Duas mais questões são relevantes a fim de perceber suas influências no realismo

¹⁷⁷ HORWITZ. op. cit. s/p. Posições 2705-2707.

¹⁷⁸ GREEN, Michael Steven. Legal Realism as Theory of Law. In: *William & Mary Law Review*, vol. 46, n. 6, 2005, p. 1919.

jurídico: o voto dissidente do primeiro no caso *Lochner v. New York* e a marca do pensamento de Roscoe Pound no segundo.

Neste julgamento, discutiu-se a constitucionalidade de uma lei do estado de Nova Iorque que limitava a jornada de trabalho de padeiros em 10 horas diárias e 60 semanais. *Lochner*, o dono de uma padaria que descumpriu a lei, alegou sua inconstitucionalidade por violação da liberdade contratual prevista na décima quarta emenda à Constituição. A maioria da Corte votou pela invalidação da lei, acompanhando o voto de *Justice Peckham*, conforme o qual o poder de polícia do Estado e os regulamentos legislativos não podem invadir direitos garantidos pela lei fundamental.¹⁷⁹

Ao proferir seu voto dissidente, Holmes afirmou que algumas leis correspondiam às convicções e aos preconceitos dos juízes e que algumas não. Isso, no entanto, era irrelevante, visto que a concordância de um juiz sobre determinada matéria não deve interferir no direito (*right*) de a maioria positivar suas opiniões como direito (*law*). Para ele, o caso em questão estava sendo decidido em conformidade com uma teoria econômica com a qual grande parte da população não concorda. A Constituição não traz uma teoria econômica particular, seja um paternalismo estatal ou o *laissez faire*; ela, sobretudo, não traz a teoria de Herbert Spencer. Não, a Constituição é feita para um povo de opiniões fundamentalmente diferentes e é dever da Corte respeitá-las, concorde com elas ou não.¹⁸⁰

Lochner foi considerado o paradigma do pensamento jurídico clássico, em que um direito supostamente natural, apolítico e neutro foi deduzido de uma regra imparcial e autoexecutável.¹⁸¹ Eis o formalismo contra o qual se deu a revolta. Em contraposição ao pensamento clássico surge, então, um progressista (*progressive legal thought*), que pretende mostrar, justamente, o direito em relação com a política. A corrente mais marcante desse foi a jurisprudência sociológica (*sociological jurisprudence*), cujo representante de maior significância foi, tal qual Langdell, reitor da *Harvard Law School*: Roscoe Pound.

Dean Pound propõe que a jurisprudência mecânica seja substituída por uma sociológica, abandonando-se a reprodução mecânica de um passado sagrado. Somente assim que se pode reconectar o direito com a vida e a realidade político-social que o pensamento jurídico clássico havia rompido. A jurisprudência sociológica invoca, então, a fim de garantir

¹⁷⁹ WHITE, G. Edward. *Justice Oliver Wendell Holmes*. op. cit. p. 325.

¹⁸⁰ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

¹⁸¹ HORWITZ. *The Transformation of American Law*. op. cit. s/p. Posições 62-67. Introdução.

o respeito aos *mores*, uma força não-formalista, a da justiça social; um direito não como fim em si mesmo, mas como um meio para um fim justo.¹⁸² Quando Benjamin Cardozo fala do método da sociologia como aquele que busca na moralidade positiva as finalidades do direito é em Roscoe Pound que ele buscou apoio. É sua jurisprudência sociológica que ele está tentando concretizar. Embora Cardozo comumente não seja considerado um realista, pode-se afirmar que o gérmen está ali. É como uma continuação do pensamento jurídico progressista e como uma concretização da jurisprudência sociológica que o realismo deve ser entendido.¹⁸³

As palestras de Cardozo, publicadas posteriormente como *The Nature of Judicial Process* e *The Growth of the Law*, foram pronunciadas na Faculdade de Direito da Universidade de Yale em 1922 e 1923. Entre os anos 1914 e 1931, cinco juristas posteriormente considerados realistas tiveram relações próximas com a universidade: Arthur Linton Corbin, Wesley Newcomb Hohfeld, Walter Wheeler Cook, William Underhill Moore e Karl Llewellyn.¹⁸⁴ Assim, pode-se afirmar que Yale foi o berço do realismo jurídico, razão pela qual é interessante iniciar aqui a presente reconstrução do movimento.

Se a faculdade de direito de Harvard adotou o método langdelliano de ensino, característico pelos *case books*, em Yale, mantinha-se uma metodologia anterior, por meio da qual se buscava conhecer os princípios do direito.¹⁸⁵ Corbin e Cook foram os professores que particularmente contribuíram para alçar a Universidade de Yale a uma posição de destaque e, ao mesmo tempo, dar continuidade aos passos de Holmes e Cardozo, mantendo vivo o *fermento* do realismo.

Para Arthur Corbin, tanto a abordagem de Langdell quanto o método conservador de Yale perpetuavam a desconexão entre prática e teoria. Assim, guiado por uma preocupação pedagógica, Corbin buscou mostrar a ciência do direito em sua relação com a vida. Nesse sentido, a fim de descobrir como o direito verdadeiramente é, o jurista entendia necessário estudar não apenas os princípios gerais retirados dos casos – suas *rationes decidendi* –, mas também os próprios fatos reais dos casos. Somente dessa forma pode-se transpor o abismo

¹⁸² POUND, Roscoe. Mechanical Jurisprudence. In: *Columbia Law Review*, v. 8, n. 8, 1908, p. 605-618.

¹⁸³ HORWITZ. op. cit. s/p. Posição 2716.

¹⁸⁴ TWINING. op. cit. p. 26. Para o autor, adicionando Herman Oliphant à lista, tem-se o núcleo duro do realismo jurídico. Mesmo Jerome Frank é deixado de lado como um *outsider* que não teria feito as principais contribuições para o movimento. Ibidem. p. 461-2. Adota-se, aqui, uma lista um pouco mais ampla e mais maleável dos autores realistas, conforme se verá a seguir. Justin Zarembly critica a resumida lista de autores considerada por Twining por dar atenção excessiva ao lado empírico do realismo jurídico, isto é, aquele que vê o direito como uma ciência social empírica. ZAREMBLY. op. cit. p. xxv.

¹⁸⁵ TWINING. op. cit. p. 27-28.

entre o que é dito sobre o que um juiz faz e o que é realmente feito, uma vez que a decisão judicial é influenciada tanto pelos fatos quanto pelos fundamentos legais, como a lei e o precedente.¹⁸⁶

O direito, para Corbin, não é fruto de uma aplicação dedutiva de princípios, visto que nenhum sistema de justiça humano é eterno. Pelo contrário, o direito, como parte dos *mores* de uma sociedade, está em constante mudança.¹⁸⁷ Assim, o verdadeiro valor e significado de uma regra não está dado *a priori*, mas depende dos fatos concretos da vida nos quais um julgamento se baseia.¹⁸⁸

Vê-se aí uma primeira forma de ceticismo quanto às regras, embora muito menos radical do que aquele a ser encontrado em Jerome Frank. Por esse motivo, não se pode afirmar que Corbin acatava o pensamento de que regras eram mitos.¹⁸⁹ O jurista não negava sua existência, tampouco acreditava ser desejável ou possível excluir do direito toda lógica dedutiva. A partir dos casos concretos, deve-se intentar generalizações para posterior dedução. O processo indução-dedução se dá, no entanto, por meio de um método tentativa-e-erro, pelo qual continuamente se verifica sua viabilidade.¹⁹⁰

Uma tal descrença em princípios abstratos e generalizações absolutas convergiu, então, em um maior foco na pesquisa científica empírica. Vê-se, assim, que apesar da contraposição a Langdell uma semelhança com ele se mantém: a analogia científica, isto é, tratar o direito como uma ciência.¹⁹¹ A mudança se deu apenas quanto ao foco. Se Langdell tratou o direito como uma ciência natural, os realistas o tratam sobretudo como uma ciência social.

¹⁸⁶ TWINING. op. cit. p. 29-32.

¹⁸⁷ Ibidem. p. 27.

¹⁸⁸ CORBIN apud TWINING. op. cit. p. 31. Infelizmente, não se obteve acesso aos textos originais de Arthur Corbin no decorrer dessa pesquisa, motivo pelo qual recorre-se a fontes secundários. Original em *Sixty-Eight Years at Law*, Yale Law Report, v. 20, n. 3, 1965. “[...] the meaning and value of any ‘rule’ or generalization are wholly dependent on the specific items of life experience and observations on which they are based.”

¹⁸⁹ TWINING. op. cit. p. 32.

¹⁹⁰ CORBIN apud KESSLER, Friedrich. Arthur Linton Corbin. In: *The Yale Law Journal*, vol. 78, n. 4, 1969, p. 521. Original em *The law and the judges*, Yale review, 1914: “The fact that generalization based on the cases can never be more than tentative working rules need not seriously disturb either the practicing lawyer or his bargaining client. All our footsteps’ through life are guided by nothing better than tentative working rules. However well settle the rules may be, their application in life is always uncertain.” Também em *Contracts*, § 1331: “This is not to say that attempts at generalization should cease or that the process of logical deduction should be abandoned. It is merely asserted that all generalizations should be regarded as tentative working rules, continually to be tested and reexamined in the light of the sources from which they are drawn: the customs, business practices, feelings and opinions of man – the prevailing mores of the time and place.”

¹⁹¹ TWINING. op. cit. p. 33, 37.

Depois de Corbin, o jurista que deu maior ênfase à analogia científica foi Walter Cook. Na sala de aula, Cook se dedicava a mostrar a seus alunos como uma mesma doutrina era utilizada pelos juízes para fundamentar conclusões opostas. Assim, o jurista negou a *common law* como um corpo de regras e princípios descoberto indutivamente e aplicado dedutivamente.¹⁹² A fim de compreender efetivamente o direito, como ele *opera*, objetivando seu desenvolvimento, deve-se verificar o comportamento de seus operadores. Cook une, então, o direito enquanto uma ciência social com teoria da predição de Holmes, ao afirmar que para o direito interessa saber como certos oficiais do Estado, como juízes e legisladores, se comportaram no passado a fim de prever como se comportarão no futuro. Pode-se afirmar que uma “regra” é uma regra de direito quando a generalização a partir de atuações passadas permite uma correta previsão das atuações futuras dos agentes estatais.¹⁹³

Então, a pesquisa empírica se mostra, para Cook, como o meio efetivo de se conhecer o direito. Um estudo científico do direito parte do postulado fundamental de que as leis humanas, ao contrário das naturais, são dispositivos da sociedade para atingir e garantir as condutas humanas desejáveis. O valor de uma regra só pode ser verificado a partir de sua finalidade e se está apta para alcançá-la ou não.¹⁹⁴ Cook, assim, traz dois dos pilares do realismo jurídico observados anteriormente: a predição de Holmes e o direito como meio para fins específicos de Cardozo.

O trabalho tanto de Corbin quanto de Cook não aparenta ser particularmente original ou trazer tantas inovações para a teoria do direito. De fato, o cerne do pensamento desses autores já fora antecipado por Holmes e Cardozo. Por outro lado, mantiveram o pensamento progressista vivo, tentando concretizar a jurisprudência sociológica. A importância desses professores de Yale na história do realismo jurídico se deu pela reafirmação da incerteza no âmbito do direito, assim como pela preocupação quanto às considerações não-jurídicas subjacentes às decisões judiciais. Para além disso, contribuíram especialmente para a formação de uma ciência empírica do direito, ressaltando as falhas metodológicas de uma visão muito estreita da ciência jurídica, ligada estritamente às bibliotecas. Cook, em

¹⁹² TWINING. *op. cit.* p. 37-38.

¹⁹³ COOK, Walter Wheeler. The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws. *In: The Yale Law Journal*, vol. 33, n. 5, 1924, p. 475-476.

¹⁹⁴ Idem. Scientific Method and the Law. *In: American Bar Association Journal*, vol. 13, n. 6, 1927, p. 308.

específico, cumpriu esse papel não só em Yale, como também na Universidade de Colúmbia e, posteriormente, no Instituto John Hopkins.¹⁹⁵

Se o berço do realismo jurídico foi Yale, Colúmbia protagonizou uma segunda fase do movimento, que se alongou de 1919 a 1933. Nesse meio tempo, a universidade foi palco de discussões curriculares e de uma crise na sucessão da reitoria da faculdade de direito. Ironicamente, quando Karl Llewellyn publica seu artigo fundacional do realismo jurídico, almejando a uma unidade entre seus membros, o movimento já se separara em duas vertentes opostas em decorrência dos acontecimentos em Colúmbia.

A faculdade de direito de Colúmbia possuía, até 1919, um currículo relativamente convencional. Esse cenário começou a mudar com a contratação de Walter Cook para o quadro de professores, uma vez que ele se juntou a William Underhill Moore a fim de introduzir uma nova abordagem de ensino jurídico. Além disso, ambos pressionaram a Faculdade a contratar, também, Herman Oliphant, com quem compartilhavam ideias. Pouco depois da chegada de Oliphant, Cook retornou a Yale, de forma que foram os dois remanescentes que lideraram os acontecimentos subsequentes na universidade.¹⁹⁶

O ceticismo de Moore quanto às regras fez com que se afastasse dos tradicionais campos do direito, como contratos e responsabilidade (*torts*) para focar nos efeitos do direito no comportamento humano. Ao invés de classificar o direito por categorias abstratas, procurou significantes situações fáticas que ensejavam problemas jurídicos. Conquanto Oliphant encampou a mesma abordagem, a maior parte do corpo docente fora descrente, com exceções dos professores mais jovens, como Karl Llewellyn, Hessel Yntema and William Douglas.¹⁹⁷

Um importante aliado foi encontrado na pessoa de Nicholas Butler, presidente de Colúmbia, quando criticou as escolas de direito por suas metodologias excessivamente estreitas e técnicas. Sugeriu, então, uma reavaliação crítica de todos os aspectos do ensino jurídico, de forma a cultivar relações mais vigorosas entre direito, ética e ciências sociais. Foi nesse sentido que, na primavera de 1926, se deu início às discussões curriculares da faculdade.¹⁹⁸

¹⁹⁵ TWINING. op. cit. p. 39-40.

¹⁹⁶ TWINING. op. cit. p. 42.

¹⁹⁷ Ibidem. p. 43-46.

¹⁹⁸ Ibidem. p. 45-47.

Apesar de conduzidas com certo entusiasmo, os debates não se desenrolaram de forma unânime. Duas facções opostas se formaram. Alguns professores, liderados por Oliphant, argumentaram que o principal objetivo da pesquisa científica fosse o direito enquanto um aspecto da organização social. Assim, defendiam um estudo não dogmático do direito, a fim de compreender sua função e de avaliar seu desenvolvimento em contato com a vida real. Outros acreditavam que o treinamento profissional deveria continuar a ser o foco da faculdade, apesar de se guiar por uma abordagem radicalmente diferente. De um lado e de outro, o consenso se deu em uma simpatia pelos ensinamentos de Holmes e de Pound, aceitando que as soluções dos problemas de uma ordem social em mudança não estavam implícitas em regras e princípios elaboradas formalmente a partir de decisões passadas. Concordava-se, portanto, quanto a importância de uma abordagem mais interdisciplinar do direito, que não se limitasse aos materiais jurídicos.¹⁹⁹

As discussões progrediram relativamente bem por um biênio até que a disputa entre os dois grupos se acirrou com a precoce aposentadoria do reitor da faculdade em 1928. Sucedeu-se, então, uma crise a respeito da nomeação de seu sucessor. A primeira facção sustentou a indicação de Oliphant, a segunda de Young Smith. A nomeação desse culminou na resignação daquele, bem como de Yntema, Leon Marshall, Underhill Moore e Douglas. Os dois últimos ingressaram em Yale; os demais se juntaram a Cook em John Hopkins.²⁰⁰

Para Twining, essa cisão, que enfraqueceu significativamente Colúmbia, separou os realistas em dois grupos: os cientistas, defensores da necessidade de pesquisa científica empírica como pré-requisito para integração entre direito e as ciências sociais; e os prudentes (*prudents*²⁰¹), que formaram um grupo menos coeso, mas unido quanto à importância da pesquisa. Para além daqueles que deixaram Colúmbia, Cook – que fundava o Instituto John Hopkins²⁰² – se inclui no grupo dos cientistas. Os prudentes são aqueles que permaneceram em Colúmbia, sob a direção de Young Smith.²⁰³ O principal entre os últimos é um jurista que se passa agora a dedicar maior atenção: Karl Llewellyn.

¹⁹⁹ Ibidem. p. 50-51.

²⁰⁰ Ibidem. p. 52-53.

²⁰¹ O termo, explica Twining, vem do termo *jurisprudence*, isto é, *prudentia iuris*. Ibidem. p. 54.

²⁰² O *Johns Hopkins Institute for the Study of Law* foi um experimento – falho, entre outras razões, pela falta de investimento depois do *crash* de 1929 – de focar em pesquisa científica empírica no campo do direito, unindo três ideias principais: método científico, engenharia social e uma comunidade de professores. Ibidem. p. 60-66.

²⁰³ Ibidem. p. 54-55.

2.2 Da controvérsia: o próximo passo

Embora até o presente momento tenha se falado de realismo jurídico e de juristas realistas, o movimento intelectual que se formava desde 1918 em Yale ainda não possuía um rótulo. Foi Karl Llewellyn que, em uma tentativa de reunir sob uma metodologia coerente e sistemática o pensamento progressista pós-Primeira Guerra Mundial, o batizou, ao falar de uma *jurisprudência realista*.

Graduado em Yale e tendo exercido o magistério tanto lá quanto em Colúmbia, Llewellyn foi discípulo de Hohfeld, Corbin e Cook, presenciou as palestras de Cardozo, participou das discussões curriculares de Colúmbia e foi colega de Underhill Moore, Oliphant, Douglas e Yntema.²⁰⁴ O pensamento do autor sofreu influências, então, de variados juristas que se contrapuseram ao pensamento jurídico clássico. Já com uma certa maturidade, aos seus trinta e sete anos, Llewellyn decide dar o próximo passo. Em 1930, publicou no *Columbia Law Review*, sob o título *A realistic jurisprudence – the next step*, a fala que proferira no ano anterior para a *American Association of Political Science*.

A importância desse escrito é muito mais histórica do que teórica. Considerar o realismo jurídico a partir unicamente dos escritos de Llewellyn significa aceitá-lo como o representante de um movimento unitário. Mesmo que o autor tentara reunir sob um único “-ismo” concepções de diversos autores, por vezes incompatíveis entre si, em nenhum momento ele se mostrou como representante de um grupo. Para ele, a jurisprudência realista não formava uma escola, mas consistia em uma metodologia, um *approach*, partilhada por professores e escolas de diferentes lugares e tempos.²⁰⁵ A leitura tradicional do realismo jurídico – influenciada por Pound²⁰⁶ – desconsidera, normalmente, esse fato, incorrendo em generalizações incorretas ou, por vezes, reducionistas.^{207,208}

²⁰⁴ HORWITZ. op. cit. s/p. Posição 2756. TWINING. op. cit. p. 70, 106.

²⁰⁵ LLEWELLYN. *A Realistic Jurisprudence*. op. cit. p. 454-455. Mais incisivamente, na resposta a Dean Pound: Idem. *Some Realism about Realism*. op. cit. loc. cit.

²⁰⁶ POUND, Roscoe. The Call for a Realist Jurisprudence. In: *Harvard Law Review*, v. 44, n. 5, 1931, p. 697-711.

²⁰⁷ Para Green, Hart e Dworkin são exemplos de importantes teóricos do direito que incorreram no erro de tratar o realismo jurídico unitariamente. Para o autor, analisando a fundo *O conceito de direito e Levando os direitos a sério* ou *Império do direito*, é possível verificar não só que por vezes as críticas de Hart e Dworkin aos realistas não se sustentam, bem como diversas similitudes entre os dois últimos e os realistas. Cf. GREEN, Michael Steven. *Legal Realism as Theory of Law*. op. cit. passim.

²⁰⁸ Sem citar nomes específicos, fazem a mesma crítica: HORWITZ. op. cit. s/p. Posição 2726-2753. TWINING. op. cit. p. 71.

Não obstante, os escritos de Llewellyn – *A realistic jurisprudence* e *Some realism about realism* – trazem alguns pontos comuns de todos os autores considerados realistas. Ademais, a troca de artigos entre ele e o reitor de Harvard conferiu publicidade ao movimento, em decorrência da reputação do segundo. Prossegue-se, então, com uma análise da controvérsia realista, a fim de elucidar certas peculiaridades da *metodologia realista*, bem como para dissipar alguns lugares-comuns do que se pensa ser um movimento uno.

Embora alguns não muito originais, *A realistic jurisprudence* traz uma diversidade de pontos interessantes. O artigo inicia com uma recusa em definir e conceituar o direito. Ainda assim, o direito é colocado como um meio, não como um fim em si mesmo. Llewellyn separa as regras em “de papel” (*paper rules*) e “reais” (*real rules*), tal qual Pound²⁰⁹ fez semelhantemente ao falar de “direito nos livros” (*law in books*) e “direito em ação” (*law in action*); retira o foco do direito das regras para colocar no comportamento, clamando por uma ciência empírica do direito; separa os âmbitos do ser e do dever-ser; traz uma teoria da predição do direito, como Holmes; clama por uma abordagem interdisciplinar do estudo do direito e revela sua relação com a política.

Para Llewellyn, toda conceituação, ao passo que delimita o que se inclui no objeto conceituado, implica uma exclusão de vários outros aspectos que poderiam nele ser incluídos. O autor se recusa a conceituar o direito, justamente, a fim de não excluir de seu âmbito nada que lhe pode ser relevante: “o direito é tão amplo quanto a vida”²¹⁰. Além de exclusões serem sempre arbitrárias, delimitar significa trabalhar nas periferias e Llewellyn se propõe a analisar o foco do direito, o seu ponto de referência.²¹¹

Apesar dessa recusa, a todo momento, Llewellyn traz considerações que tornam possível encontrar um conceito de direito, mesmo que não bem delimitado. Ainda no início do artigo, o autor afirma que, antes de que houvesse uma organização que pudesse ser efetivamente chamada de *política*, antes de haver um Estado, não se poderia compreender uma tal sociedade simples sem se analisar seus mecanismos de controle organizado.²¹² Assim, vê-se, desde logo, que o direito não é natural, mas fruto de uma organização social, objetivando seu controle e sua organização. Nesse sentido, à medida que Llewellyn apresenta

²⁰⁹ POUND. Law in Books and Law in Action. In: *American Law Review*, v. 34, 1910, p. 12-36.

²¹⁰ LLEWELLYN. *A Realistic Jurisprudence*. op. cit. p. 432. Tradução livre. Original: “law is as broad as life.”

²¹¹ Ibidem. p. 431-433.

²¹² Ibidem. p. 431.

uma concepção antijusnaturalista de direito, reconhece-se, preliminarmente, nele um primeiro aspecto do positivismo jurídico – o seu *approach*.

Em seguida, Llewellyn, a partir de uma crítica a Pound, afirma que o foco da ciência do direito ainda está nas regras, cuja autoridade provém simplesmente do fato de estarem firmadas em papéis.²¹³ Influenciado pelo discurso das ciências naturais e da pesquisa empírica de seus antecessores, Llewellyn afirma que regras são principalmente enunciados descritivos, não prescritivos. No direito, entretanto, enquanto mandamentos, elas adotam primariamente a função prescritiva, determinando como um cidadão ou um juiz *deve* se comportar.²¹⁴ Um foco nas regras – ou nos direitos, ou nos princípios – não permite a verdadeira compreensão do direito, visto que elas não descrevem como ele é, mas prescrevem como ele deveria ser. Sendo não mais que palavras em papéis, podem ser cumpridas, total ou parcialmente, ou ignoradas. Assim, Llewellyn observa que as palavras não são tão importantes no estudo do direito como se pensa. Essa cisão entre ser e dever-ser se dá em decorrência do agente que devendo aplicar uma norma a ignora.²¹⁵ Então, muito mais interessante é que o ponto focal das discussões jurídicas seja “a área de contato entre o comportamento judicial (ou oficial) e o comportamento dos leigos”.²¹⁶

Assim, negando qualquer generalização sobre o direito sem que se proceda antes com uma investigação comportamental dos juízes, de outros oficiais do Estado e do povo governado, o que Llewellyn propõe é uma “ciência [puramente] empírica do direito”.²¹⁷ Se para Kant uma tal ciência bela e desprovida de cérebro tem como objeto unicamente a legislação externa de um certo tempo e espaço, para Llewellyn o ponto de referência é o comportamento não só do juiz, mas de qualquer autoridade oficial – e “oficial é o Estado”²¹⁸. O autor, então, apesar de evitar conceituar o direito, deixa claro que ele é fruto de autoridades competentes no âmbito do Estado. Eis o ponto de encontro entre o realismo comportamentalista (*behaviorist*) de Llewellyn e o positivismo jurídico.

²¹³ Ibidem. p. 433-438.

²¹⁴ Ibidem. p. 439.

²¹⁵ Ibidem. p. 442, 444.

²¹⁶ Ibidem. p. 442-443. Tradução livre. Original: “[...] that substantive rights and rules should be removed from their present position at the focal point of legal discussion, in favor the area of contact between judicial (or official) behavior and the behavior of laymen [...]”. Com a palavra *laymen*, ora traduzida por *leigos*, Llewellyn se refere a todo o povo que não exerce função estatal de aplicação ou cumprimento do direito, ou mesmo os oficiais estatais, como os juízes, quando não em exercício de suas funções públicas.

²¹⁷ Ibidem. p. 444.

²¹⁸ Ibidem. p. 456.

Em contraposição às regras de papel, Llewellyn traz as regras reais, que traduzem as práticas das cortes e não são, de forma alguma, regras em sentido próprio. Posto que não seja do desejo do jurista excluir as primeiras do âmbito do direito, reconhecendo-lhes alguma importância, a verdadeira importância está na aplicabilidade e na aplicação delas, isto é, quando se tornam regras reais. Dessa forma, somente se pode acessar as regras reais de antemão por meio de predições. A tarefa, então, do *common lawyer* é prever quando uma norma é letra morta, quando é parcialmente aplicada ou quando é seguida com todo o cuidado. Embora toda prescrição tenha em si um certo elemento descritivo, com frequência predições não se realizam *in toto*.²¹⁹

Abandona-se, assim, uma abordagem prescritiva, descolada da vida real, para se adotar uma outra, descritiva e realista. Esse *approach* realista traz: i) o elemento valorativo da eficácia com toda a força, ao passo que considera o momento da aplicação da regra real como o mais revelador do direito; e ii) um retorno da incerteza no âmbito do direito, ao recuperar a ideia de predição, ligando-o agora com um descritivismo não prescritivo. Uma ciência do direito que aceita como regras apenas descrições da realidade, negando a efetividade do aspecto normativo, é uma negação do direito enquanto um corpo geral. Direito é contingência na mão dos oficiais, podendo se manifestar inclusive de formas díspares entre si.

Nesse sentido, Llewellyn afirma que não há apenas um *Direito*. Realisticamente, ele é “ao menos três, e de forma alguma três-em-um”.²²⁰ Há o direito do juiz, que – embora tenha uma vantagem em decorrência de sua posição de poder – quantitativamente é de menor importância em relação ao direito de outros oficiais do Estado. A ação desses “outros oficiais”, que Llewellyn não explicita quem sejam, toca muito mais os interesses dos leigos que a sentença dos juízes.²²¹ Nem todo cidadão é levado a um tribunal, embora todos tenham suas vidas guiadas pela burocracia estatal. Algumas vezes, inclusive, a “ação administrativa é, para o leigo afetado, a última expressão do direito no caso”.²²²

Dessa afirmação pode-se inferir que: i) Llewellyn reconhece a existência de tantos Direitos diferentes quanto forem os *leigos afetados*, não havendo necessária relação ou

²¹⁹ Ibidem. p. 448, 450, 459.

²²⁰ Ibidem. p. 455.

²²¹ Ibidem. Tradução livre.

²²² Ibidem. Tradução livre. Original: “More often than not, administrative action is, to the layman affected, the last expression of the law on the case. In such a situation, I think it highly useful to regard it as the law of the case.” No original, grifado o trecho: *to the layman affected*. Grifou-se, na tradução, o predicado da oração.

igualdade entre um e outro Direito²²³; e ii) determinante para descobrir o que é o direito é identificar quem detém a última palavra sobre cada caso. Questão semelhante pôde-se encontrar em Benjamin Cardozo. Ele, no entanto, tinha seus olhos voltados exclusivamente para o juiz, ao passo que Llewellyn considera outros *oficiais*. Assim como Cardozo, Llewellyn não trata do papel da Suprema Corte nesse ponto. Com o primeiro, identificou-se um papel de grande relevância dessa na declaração da palavra final sobre o direito; com o segundo, o poder dos magistrados é, de certa forma, relativizado, uma vez que os *outros oficiais* podem deixar de fazer cumprir (*to enforce*) a Lei dos juízes. Tem-se, ao mesmo tempo, uma questão de eficácia e de competência. Apenas “se o que as cortes fazem prevalece em última instância e isso é transposto na prática administrativa”²²⁴, então, tem-se um direito uno. Embora essa unidade seja previsível e desejável, ela é um dever-ser e, por ora, está longe de *ser*.

Quanto à eficácia, Bobbio indica que uma norma eficaz sem ser válida não é jurídica, mas costumeira ou moral. Assim, a questão de prevalecer a eficácia sobre a validade da norma no realismo jurídico é, na verdade, um embate acerca das fontes do direito. Se para o positivismo jurídico *stricto sensu* a lei é única fonte de qualificação, sendo a decisão fonte de conhecimento, para o realismo jurídico ela se apresenta como uma fonte excessivamente *formal*, desconectada da realidade social. Assim, as correntes realistas – encontradas desde Kantorowicz, François Gény e Eugene Ehrlich, até culminar na mais extrema vertente estadunidense – clamam pelo reconhecimento da decisão judicial enquanto uma fonte de qualificação do direito, isto é, um reconhecimento do poder criativo do juiz.²²⁵

A questão com o realismo jurídico estadunidense, pelo menos pelo viés de Karl Llewellyn, é que não se *clama* por esse reconhecimento; pelo contrário, ele *já* o reconhece – afirma que a realidade é assim. É meramente uma questão de fato. Ao contrário de Holmes e Cardozo, que incentivam os juízes a tomarem conhecimento de seu poder criativo e a

²²³ Em *Some realism about realism*, artigo em resposta a Pound, Llewellyn afirma, inclusive, que não se pode falar ampla e genericamente de direito ou de comunidade. O autor apresenta, assim, uma ideia de um direito fragmentário, em que cada parcela da comunidade é afetada por um direito específico. In. Idem. *Some realism about realism*. op. cit. p. 1249.

²²⁴ Ibidem. Tradução livre. Original: “I see no gain whatever, and much loss, from setting up a fictitious unity in the law, when some officials do one thing, some another, and the courts now and again a third. Realistically, the law is then not one, but at least three, and by no means three-in-one. If what the courts do ultimately prevails and is translated into administrative practice, that is that. If such an event is predictable in advance, I find it vastly more useful to think of that event as the emerging unity of the law, which until it happens may be an ought[...], but is not yet the probable law for the ordinary case.”

²²⁵ BOBBIO. *Teoria da norma jurídica*. op. cit. p. 63-68.

utilizarem-no em prol ao bem comum e levando em conta os efeitos de suas decisões, Llewellyn se abstém de prescrições de todo tipo. O jurista vê o realismo como uma *técnica* de análise *real* da realidade. As coisas são tais quais elas são e somente depois de uma verificação detalhada e realista da vida social, depois de uma ciência *descritiva* do direito, que se pode pensar como a vida e o direito *deveriam* ser.²²⁶ Primeiro uma teoria do direito descritiva para então uma filosofia e teoria do direito prescritivas.

Assim, Llewellyn não recusa a possibilidade de se trabalhar com ideais e valores no direito, pensando-se como ele deveria ser. Apenas entende que a ciência do direito não está madura o suficiente para tanto, exigindo-se a troca de ênfase das palavras para as ações. Uma vez feito isso, pode-se observar o “direito enquanto uma *máquina* (uma multitude heterogênea de máquinas) com propósitos, não com valores inerentes”.²²⁷

Essa máquina, então, é operada como meio para fins específicos. Ao contrário de Cardozo, Llewellyn – ciente de que se a máquina é operada por *alguém* – não se pergunta *Qual fim?*, mas “*Cujos meios, para cujos fins?*”.²²⁸ A resposta: os fins da *sociedade*. O autor desconstrói, como seus antecessores, a falsa cisão entre direito e política, mostrando o primeiro como justamente fruto da segunda. Para além disso, apresenta o direito como um meio para garantia dos interesses do grupo dominante; e a política como o embate entre grupos antagônicos objetivando se tornar aquele dominante a fim de tomar o controle da máquina político-jurídica e ter poder sobre os demais. Como um herdeiro do pragmatismo holmesiano, Llewellyn afirma ainda que faz pouca diferença se os fins do grupo que se alçou ao poder são egoístas ou altruístas. Direito é força. Uma força que, apesar de não ser necessariamente democrática, resulta em ações aparentemente voltadas para o bem comum, uma vez que se propõe a representar a todos. Assim, em meio aos interesses particulares das facções opostas, há, no fundo, algum senso de coletividade, caso contrário a sociedade não se manteria unida indefinidamente – e pensar diferente seria loucura.²²⁹

O artigo, assim, se baseou em ideias já encontradas em Holmes, Pound e Cardozo, além de ter sido influenciado pelo pensamento voltado às pesquisas empíricas de

²²⁶ LLEWELLYN. *A realistic jurisprudence*. op. cit. p. 463-464. Original: “It is only in terms of a sound descriptive science of law (or of what is roughly equivalent, a soundly built working art, which takes equal account of conditions) that ideals move beyond the stage of dreams.”

²²⁷ Ibidem. p. 464. Tradução livre. Original: “[...] regarding law as an engine (a heterogeneous multitude of engines) having purposes, not values in itself;”. Grifou-se.

²²⁸ Ibidem. p. 461. Tradução livre. Original: “I have spoken of law as a means: *whose* means, to *whose* end?” Grifos no original.

²²⁹ Ibidem. p. 461-462.

contemporâneos de Llewellyn, como Corbin e Cook. Para Horwitz, seu autor não era, em 1930-1931, mais qualificado que uma série de outros professores de direito para falar de forma homogênea do pensamento jurídico ou de uma teoria do direito estadunidenses.²³⁰ Apesar das fortes críticas a Pound, o artigo por si só não era suficiente para ensejar uma resposta do reitor. A principal ideia do escrito – a diferenciação entre regras de papel e reais –, afinal, baseara-se na distinção entre direito nos livros e direito em ação de Pound.

Se, de fato, o artigo de Pound foi uma *resposta*, o que o incitou a escrevê-la foi a publicação de *Law and the modern mind*, de Jerome Frank, naquele mesmo ano.²³¹ A partir de um viés psicanalítico, Frank tece uma radical crítica ao que chama de “fundamentalismo legal” e a seus caudatários. O direito, para ele, é um substitutivo da religião; e a busca por certeza é sintoma de um pensamento infantil não desvencilhado da figura do pai, incorporado no juiz infalível (*Father-as-Infallible-Judge*).²³² Somente ultrapassando o *mito jurídico básico* (*the basic legal myth*) da certeza e da racionalidade, que se reconhece a completa indeterminação no direito. O direito não é um amontado de regras e princípios para aplicação das cortes. *Todas as decisões são direito*, não havendo nenhum mistério na ciência jurídica além desse.²³³

Frank vê apenas em Holmes – o único jurista completamente maduro – a aceitação irrestrita da incerteza no direito. Desde então, a ciência do direito se depara unicamente com um pensamento infantil: Langdell e Beale, Pound e Cardozo. Todos eles tentaram, em alguma medida, balizar a incerteza do direito e lhe conferir algum grau de racionalidade. Para Frank, isso é absolutamente impossível.²³⁴ Para Twining, Pound foi motivado a tecer comentários sobre o realismo jurídico em razão dos ataques a professores da faculdade de direito de Harvard, de que era *dean*, e à jurisprudência sociológica, da qual era o representante mais ilustre. De um lado e do outro, o escrito de Frank atingia-o diretamente.²³⁵

Nesse contexto, publica Pound *The call for a realist jurisprudence*, em 1931, no *Harvard Law Review*. Certamente, o artigo é de maior relevância histórica que teórica. À época, Roscoe Pound, aos seus sessenta e um anos, era o único jurista norte-americano de

²³⁰ HORWITZ. op. cit. s/p. Posição 2748-2749.

²³¹ Ibidem. Posição 2773-2809. No mesmo sentido, TWINING. op. cit. p. 72-73.

²³² Ibidem. Posição 2818, 2837, 2851, 2857, 2861.

²³³ FRANK, Jerome. *Law and the modern mind*. New York: Routledge, 2017. s/p. Edição do Kindle. Posição 726, 838, 2633.

²³⁴ Cf. ibidem. passim. Especialmente capítulos 6 da parte I, 1 e 7 da parte II e 2 da parte III.

²³⁵ TWINING. op. cit. p. 72.

reputação mundial desde Holmes. Assim, um escrito seu sobre o realismo jurídico foi o que o tornou conhecido na academia.²³⁶ De todo modo, o autor trouxe luz a alguns pontos do novo movimento, bem como obscureceu outros.

Pound esclarece o uso do termo *realismo* em relação ao direito. Os juristas realistas se utilizam da expressão não no sentido técnico-filosófico, mas como fiel aderência à realidade tal qual ela é, não como é imaginada ou desejada.²³⁷ O autor, no entanto, afirma que é impossível pensar uma ciência do direito meramente descritiva, não-prescritiva. Apesar da crítica ao direito ser de extrema importância e de os realistas a realizarem muito bem, uma ciência jurídica não pode se basear, também, unicamente em criticismo. É preciso, ele entende, ver mais no direito que a mera atuação das cortes.²³⁸

Pound, então, intenta reconhecer e sistematizar as principais ideias do realismo jurídico. Nesse sentido, Pound critica o positivismo realista não-normativo, com exacerbado foco no elemento da eficácia. Para ele, os realistas rejeitam toda racionalidade no direito como ilusão. Afastam, assim, a questão do dever-ser do direito, em busca de sua realidade. Entretanto, ao se excluir, justamente, a questão mais complexa da teoria do direito, uma tal teoria realista tem somente uma ilusão da realidade.²³⁹ O autor vê, também, nesse “radical neorealismo”²⁴⁰ uma negação da existência de regras, princípios e doutrinas, uma vez que as decisões judiciais não encontrariam nelas seus fundamentos. Nada sendo mais irreal do que entender o direito como um agregado de determinações particulares, Pound propõe sete pontos para uma teoria realista relativa.²⁴¹

O principal problema do artigo de Pound foi não especificar quem são os realistas. O autor se limita a referi-los como jovens professores de direito. Assim, se o realismo jurídico é tratado de forma genérica, descontextualizada e homogênea, supõe-se que tal atitude se deve a Pound e àqueles que escreveram sobre o assunto baseando-se unicamente nesse artigo. A impossibilidade de generalização, diante da inexistência de uma escola, é o ponto que Llewellyn tenta revelar em *Some realism about realism*.

A resposta a *Dean Pound* é dividida em duas partes: na primeira, Llewellyn busca defender os “realistas” das acusações do reitor; na segunda, o autor traça as verdadeiras

²³⁶ HORWITZ. op. cit. s/p. Posição 2731.

²³⁷ POUND, Roscoe. *The Call for a Realist Jurisprudence*. op. cit. p. 697.

²³⁸ Ibidem. p. 699-700.

²³⁹ Ibidem. p. 698, 703.

²⁴⁰ Ibidem. p. 707.

²⁴¹ Ibidem. p. 707-710.

características comuns desse movimento. Para cumprir seu primeiro objetivo, Llewellyn oferece um lista de vinte professores, ligados principalmente a Yale e Colúmbia. O autor verifica nos escritos desses juristas o rigor dos pontos levantados por Pound, concluindo pela incompreensão do último desse novo fermento no direito.²⁴²

Os nove pontos de partida para compreensão do movimento são, para Llewellyn: i) direito como em constante movimento e como criação judicial; ii) direito como meio para fins sociais; iii) sociedade em constante movimento, a ritmo mais rápido que o direito; iv) temporário divórcio entre ser e dever-ser; v) descrença das tradicionais regras jurídicas; vi) descrença das tradicionais fórmulas prescritivas como principal fator na produção de decisões das cortes; vii) utilidade de agrupar casos e situações legais em categorias mais estreitas; viii) avaliação do direito a partir de seus efeitos; e ix) ataque programático do direito levando em conta todos os pontos anteriores.²⁴³ Llewellyn bem identifica que nenhum desses pontos é particularmente novo, sendo a única novidade do realismo um esforço sistemático de analisar os problemas jurídicos consistentemente, e não apenas ocasionalmente, por meio dessa *metodologia*.²⁴⁴

Llewellyn esmiúça, embora não com profundidade, seus nove pontos. No entanto, como salienta ao decorrer de todo o escrito, não há uma escola ou grupo realista. Não é, portanto, um porta-voz – Llewellyn fala somente por si. O cerne do pensamento do autor já fora trazido em *Realistic jurisprudence*. No escrito posterior, o jurista se limita a repetir alguns pontos e esclarecer outros. Dois, aqui, são particularmente interessantes: i) ao tratar da ação dos corpos administrativos, da regulação legislativa e dos julgados das cortes inferiores, Llewellyn revela quais são os “outros oficiais” que produzem direito; ii) se antes o jurista relacionou direito e política a partir do maquinário estatal, agora mostra a particular proximidade entre essas duas esferas na atuação dos juízes.

A razão para reconhecer os limites da certeza por meio de palavras e deduções é possibilitar um outro procedimento judicial de maior utilidade: uma “*consciente busca, dentro dos limites dados pelo precedente e pela lei, pela decisão sábia*”.²⁴⁵ Em argumento semelhante ao de Cardozo, Llewellyn afirma que diante de uma pluralidade de princípios aplicáveis por

²⁴² LLEWELLYN, Karl. *Some Realism about Realism*. op. cit. p. 1228-1233.

²⁴³ Ibidem. p. 1236-1238.

²⁴⁴ Ibidem. p. 1250.

²⁴⁵ Ibidem. p. 1251. Tradução livre. Original: “*conscious seeking, within the limits laid down by precedent and statute, for the wise decision.*” Grifos originais.

dedução, o juiz que invoca meramente *stare decisis* para decidir apenas se esconde atrás de palavras, fechando seus olhos para os fundamentos e os efeitos políticos de sua decisão. Uma escolha, no entanto, é sempre uma escolha política. Assim, *stare decisis* não é apenas um mecanismo de conservação do direito, mas também de mudança e crescimento.²⁴⁶ Percebe-se, então, que a separação entre o ser e o dever-ser se dá somente para os advogados ou para aqueles que pretendem descobrir o que é o direito, prevendo a atuação estatal, seja jurisdicional ou administrativa. Para os juízes, ao contrário, o ser e dever-ser estão sempre interligados, de forma que a atuação do juiz nunca é meramente jurídica, mas sempre também, e principalmente, política.

O juiz, então, assim como qualquer outro oficial estatal, cria o direito e deve fazê-lo levando em consideração as leis, os precedentes e, principalmente, os fins da sociedade política a que pertence. Por outro lado, as regras de papel não condizem exatamente com o que é de fato posto em prática pelos oficiais e tribunais, visto que os eles têm o poder de aplicá-las parcialmente ou ignorá-las, embora não o dever. Não há certeza de como esses operadores do direito atuarão e somente a partir de uma descrença das regras que se pode, efetivamente, prever como o direito será produzido. À exceção de pequenos detalhes, tem-se aqui uma descrição do pensamento de Llewellyn, mas também de Holmes e Cardozo. O primeiro, sem dúvida, é ovacionado pelos realistas, podendo-se afirmar que todos eles escreveram a partir das frases inaugurais de *The common law*. Ainda assim, nem ele, nem o segundo foram incluídos na lista de Llewellyn.

Para Morton Horwitz, três são as problemáticas advindas da controvérsia realista entre Llewellyn e Pound. A primeira diz respeito a um aparente rompimento entre a jurisprudência sociológica e o realismo jurídico. Ambas as correntes são, na verdade, desenvolvimentos do pensamento jurídico progressista, que almeja a mostrar a relação entre direito e política, escondida pelo pensamento jurídico clássico.²⁴⁷ Certamente, há diferenças entre as correntes pré- e pós-Primeira Guerra Mundial do progressismo legal, contudo pode-se identificar a recusa do raciocínio dedutivo e da limitação do direito a regras nas duas. A título de exemplo, sem dúvida, indica-se Christopher Langdell como um inimigo comum. Assim,

²⁴⁶ Ibidem. p. 1251-1253.

²⁴⁷ HORWITZ. op. cit. s/p. Posição 2741-2742.

mais adequado é pensar o realismo jurídico não como um rompimento com os juristas anteriores, porém, pelo contrário, como sua consequência, como seu *próximo passo*.²⁴⁸

Essa incompreensão, partilhada já à época do desenvolvimento do realismo, leva à segunda problemática: a completa distorção do pensamento realista ao limitá-lo à lista de Llewellyn.^{249,250} Como aqui se observou, as ideias de Cardozo foram essenciais para a construção do movimento. Não obstante, não adentrou o rol de Llewellyn e foi alvo de duras críticas de Frank. Também Pound, por motivos um pouco mais evidentes, foi excluído do grupo. Outros mais seriam aptos para estarem listados como realistas.

A lista parte de atributos mencionados por Pound, como professores jovens de direito, insistência em coleta objetivamente científica de fatos, interesse na psicologia do processo de racionalização, preocupação em como regras e instituições funcionam e deixam de funcionar, e reconhecimento de elementos não racionais no comportamento judicial. Llewellyn fala, ainda, em sua resposta ao reitor, de diversificadas e extremadas posições, além de líderes no crescimento do fermento. Para Twining, o critério utilizado por Llewellyn e Frank²⁵¹ para elaborar o rol de realistas é, de alguma forma, artificial.²⁵²

Horwitz vai além da artificialidade. A lista, entende, revela a inaptidão de Llewellyn de trabalhar com teoria do direito dos Estados Unidos. O realista, basicamente, se limitou a agregar colegas seus em Yale e Colúmbia, alguns dos quais sem proeminência acadêmica já à época. Outros, como Moore, Oliphant, Yntema, Douglas e Cook, configuram, para o autor, o núcleo da lista.²⁵³ Esses priorizaram a relação entre direito e ciências sociais, com foco na

²⁴⁸ Ibidem. Posição 2716.

²⁴⁹ Ibidem. Posição 2744.

²⁵⁰ Compõem a lista (cf. Anexo I): W. Bingham, C. E. Clark, W. W. Cook, A. L. Corbin, W. O. Douglas, J. Francis, J. Frank, L. Green, J. C. Hutcheson, S. Klaus, K. N. Llewellyn, E. G. Lorenzen, W. U. Moore, H. Oliphant, E. W. Patterson, T. R. Powell, M. Radin, W. A. Sturges, L. A. Tulin, H. E. Yntema. In: LLEWELLYN. *Some realism about realism*. op. cit. p. 1257-1259.

²⁵¹ A primeira parte de *Some realism about realism* e sua lista anexa foram produzidas por Llewellyn com assistência de Frank, que não colocou seu nome no trabalho final por ter sido redigido inteira e unicamente pelo primeiro. In: LLEWELLYN. op. cit. p. 1222.

²⁵² TWINING. op. cit. p. 75. LLEWELLYN. op. cit. p. 1224.

²⁵³ Não é coincidência que os juristas considerados por Horwitz o núcleo da lista de Llewellyn em muito se aproximam do que Twining entende como o núcleo duro do realismo jurídico (cf. Nota n. 184). In: TWINING. op. cit. p. 26. Twining foi, também, biógrafo de Karl Llewellyn, reservando-lhe a segunda e maior parte de sua obra utilizada nessa pesquisa. Ele é, justamente, um dos autores que entendem que compreender o realismo jurídico é compreender Llewellyn, e vice-versa. Assim, reduz-se o realismo jurídico a uma concepção muito estreita de uma tecnologia, próxima das ciências sociais empíricas. Discorda-se aqui dessas posições. Utilizou-se sua obra em decorrência de seu grande valor historiográfico. Muito mais interessante é a concepção trazida por Horwitz, que faz contraponto ao reducionismo encontrado em Twining. Quanto aos aspectos relativos à teoria do direito, pouca abordada pelos dois historiadores anteriores, segue-se as linhas traçadas por Leiter e Green, como se verá no tópico seguinte. LEITER, Brian. *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*. New York: Oxford University Press, 2007; GREEN, Michael Steven. *Legal Realism as Theory of Law*. op. cit.

pesquisa empírica, e alguns entre eles apresentaram uma visão ingenuamente comportamentalista do positivismo jurídico. Assim, as críticas de Pound ao realismo jurídico pelo seu positivismo, dogmatismo e reducionismo captaram bem as limitações do trabalho de Llewellyn.²⁵⁴

De fato, as ciências sociais, como economia e psicologia, foram uma forma de minar o formalismo landeglliano, no entanto havia outras frentes de ataque desconsideradas. Como se afirmou, foram ignorados grandes nomes do pensamento progressista pré-Primeira Guerra, como Holmes, Cardozo, Pound, mas também John Chipman Gray, Brandeis, Hohfeld, Learned Hand e Harlan Fiske Stone. O único pensador do pré-guerra a constar na lista foi Walter Bingham, uma figura de pouco destaque. Hohfeld certamente teria sido cotado, no entanto falecera doze anos antes da publicação. A lista foi omissa, também, quanto a alguns economistas e filósofos, os quais combateram a ligação entre um pensamento jurídico ortodoxo e o *laissez-faire*, contrapondo-se às noções de um mercado livre, natural, apolítico e desregulamentado. São exemplos dessa frente Robert Lee Hale, John Dewey, Morris Cohen e Felix Cohen.²⁵⁵

Posto de outra forma, a insuficiência da lista de Llewellyn para definir e delimitar o realismo jurídico se revela a partir da divisão de juristas considerados realistas em dois grupos: os reformistas e os críticos. O ponto de partida deles é o mesmo, a crítica ao pensamento jurídico clássico, entretanto as conclusões são um tanto opostas. Os primeiros veem o formalismo langdelliano como político, apesar de se apresentar como neutro, e tencionam uma ciência jurídica mais avalorativa, verdadeiramente conectada com a realidade. Os segundos também reconhecem o caráter político do direito, contudo não buscam purificá-lo. Pelo contrário, entendem que a política disfarçada pela pretensa neutralidade é uma má política. O intuito, nesse sentido, é direcionar o direito, e seu viés político correlato, para outros fins, ou seja, propunham uma melhoria do sistema jurídico-político.²⁵⁶ São os críticos que elaboram as ideias mais interessantes do realismo jurídico, como a refutação da falaciosa distinção entre direito público e privado e do mercado como uma ordem natural, como Morris e Felix Cohen e Robert Lee Hale.²⁵⁷ O caráter verdadeiramente político do realismo se

²⁵⁴ HORWITZ. op. cit. s/p. Posição 2898-2905.

²⁵⁵ Ibidem. Posição 2924-2934, 3038.

²⁵⁶ Ibidem. Posição 3352-3373.

²⁵⁷ Ibidem. Posição 3100-3183, 3310-3330.

perdeu, no entanto, ao passo que Llewellyn listou, em *Some realism about realism*, apenas realistas reformistas.

Para além disso, uma das contradições do realismo reformista foi ao mesmo tempo clamar por uma visão interdisciplinar do direito, associando-o a outras ciências, como a economia e a psicologia, mas blindá-lo de relações ético-políticas. A estrita separação do ser e do dever-ser, eliminando o carácter normativo do direito, implicou a inexistência de um sistema axiológico pelo qual se poderia valorá-lo. À medida que o único “dever” do direito era se manter fiel à realidade, o realismo jurídico reformista não propugnava avanços sociais, mas exaltava o *status quo*.^{258,259}

Nesse sentido, a terceira problemática levantada por Horwitz, ligada intimamente às anteriores, é o reducionismo de Llewellyn. O esforço do realista em apresentar e definir o novo movimento como uma metodologia sistemática e coerente implicou pouca ênfase nos compromissos políticos dos realistas e uma exaltação de aspectos de uma ciência social avaliativa e comportamentalista.²⁶⁰ A riqueza intelectual e política do realismo foi, assim, roubada – ou, ao menos, escondida – por aquele que pretendeu ostentá-la publicamente.

“O ‘realismo’ tornou-se difuso e diversificado demais para garantir um rótulo único”²⁶¹, afirma Twining, defendendo a impossibilidade de quase qualquer elemento generalizante do movimento. Para ele, o elo comum entre os juristas comumente classificados como realistas – e o autor não traz em sua análise nenhum dos realistas críticos – é apenas a busca por uma alternativa ao *approach* ortodoxo do ensino e da pesquisa jurídicas. Qualquer coisa além disso pode ser “perigosamente enganadora, se não totalmente imprecisa”.²⁶² Assim, recomenda que se analise o realismo jurídico apenas histórica, não analiticamente.

Brian Leiter contesta tal truísmo. Entende que diversos autores usualmente considerados realistas, reformistas e críticos – e.g. Karl Llewellyn, Jerome Frank, Underhill Moore, Felix Cohen, Leon Green, Herman Oliphant, Walter Wheeler Cook e Max Radin –, “endossam a seguinte afirmação descritiva sobre adjudicação: na decisão de casos, os juízes

²⁵⁸ Ibidem. Posição 3373-3394

²⁵⁹ Interessante levar em consideração que a ala reformista deu vazão ao movimento conservador da análise econômica do direito, enquanto o pensamento dos críticos influenciou os “estudos jurídicos críticos” (*critical legal studies*). In: Ibidem. Posição 4324-4349.

²⁶⁰ HORWITZ. op. cit. s/p. Posição 2751, 2915.

²⁶¹ TWINING. op. cit. p. 82. Tradução livre. Original: “[...] ‘realism’ became too diffused and diversified to warrant a single label.”

²⁶² Ibidem. Tradução livre. Original: “[...] dangerously misleading, if not downright inaccurate.”

respondem primariamente ao estímulo dos fatos”.²⁶³ Eis aí o que ele entende pela “reivindicação central” (*Core Claim*) do realismo jurídico. Se há, então, um ponto comum a todos os realistas, é plenamente possível pensar uma teoria do direito realista.

2.3 Teorias realistas do direito

Algumas pistas sobre o realismo jurídico enquanto uma teoria do direito já foram aqui lançadas. Falou-se sobre a teoria da predição de Holmes, da descrença em regras, direitos subjetivos (*rights*) e em um corpo geral que forma o direito e da decisão enquanto criadora do direito. É um erro, entretanto, pensar essas três questões conjuntamente como uma única teoria do direito. Analisando-se atentamente, percebe-se que se trata de três teorias distintas, que não necessariamente se implicam e que tampouco foram partilhadas por todos os autores realistas.

Ainda assim, a teoria partilhada pela maioria dos realistas é aquela da inexistência das regras. É por meio dela que se alcança com mais clareza as teorias da predição e da decisão, inconsistentes, como se verá, entre si. Essa teoria não nega a existência do Direito, mas a obrigatoriedade de sua aplicação. Trata-se muito mais de uma *não-teoria* das regras que de uma teoria do direito, vez que diz pouco mais que o direito é uma ordem não normativa.

Dois são os argumentos encontrados nos escritos realistas que contrariam a existência de regras. O primeiro diz respeito à inexistência de razões objetivas para fazer valer o Direito; o segundo se refere a justificabilidade moral de descumprimento da Lei.^{264,265}

Conforme a primeira premissa, não há nada nenhuma razão objetiva que obrigue os juízes ou lhes sugira conformar suas decisões com o direito. Assim, embora uma lei ou um precedente possa ser considerado direito válido conforme tal entendimento, eles não se consubstanciam em regras, visto que não trazem em si um elemento de cogência. A refutação das regras se dá pelo empirismo-comportamentalista típico dos realistas: pode-se unicamente avaliar as ações de uma pessoa, não as razões que os guiam. Sendo impassível de analisá-las,

²⁶³ LEITER, Brian. *Naturalizing Jurisprudence...* op. cit. p. 16. Tradução livre. Original: “endorses the following descriptive claim about adjudication: in deciding cases, judges respond primarily to the stimulus of the facts.”

²⁶⁴ GREEN, Michael Steven. *Legal Realism as Theory of Law*. op. cit. p. 1958, 1970.

²⁶⁵ Há uma certa contradição aí, contudo lembra-se que nem todos os realistas partilhavam ambos. Para o propósito dessa pesquisa, tal questão não é tão importante, pois o que aqui interessa é a consequência prática de tanto um quanto o outro argumento.

acreditavam simplesmente não existirem. Nesse sentido, não há razões objetivas de qualquer tipo que obriguem um indivíduo a agir de determinada forma.²⁶⁶

O *status* de direito, destarte, não implica sua obediência, de forma que um juiz *pode* – tem o poder de – deixar de o aplicar. Essa questão esteve muito presente no pensamento de Cardozo. O magistrado, entretanto, entendia que *deve-se* aplicar o direito. O dever cardoziano de cumprir a Lei, no entanto, é moral, não jurídico. De fato, para os realistas, o único dever de conformar as ações ao direito somente poderia advir da moralidade. Por outro lado, eles não recusam apenas as regras jurídicas, mas a própria existência de regras que regulem o agir humano, em razão da impossibilidade de se atestá-las empiricamente. Assim, rejeitam também uma *normatividade* moral.

A questão da moralidade encaminha a discussão para o segundo argumento contrário às regras. A existência de uma normatividade moral exige um dever moral de aplicação de *todo* o direito, da totalidade do que se entende por regras. Uma vez que o direito não é um fim em si mesmo, mas um mero meio para consecução de certos fins, a desobediência de certos postulados pode ser moralmente justificada se garantir as finalidades a que se volta o direito.²⁶⁷ Tal argumento se encontra, como visto, em Holmes, Cardozo e Llewellyn, mas também em Frank, ao falar que o juiz, ao criar o direito, deve promover o *bem estar*,²⁶⁸ e em Felix Cohen, para quem a questão de se aplicar o direito é, fundamentalmente, de uma ética utilitária de se causar menos danos.²⁶⁹ Lembrando que, como os realistas estavam comprometidos com reformar o direito, aproximá-lo da realidade, superando fórmulas antigas, caso o juiz se adstringisse a aplicar a Lei *in toto*, ele não poderia cumprir sua função social de atualização do direito e de promoção do bem comum e da justiça social. Pelo contrário, abdicariam de sua autonomia moral.²⁷⁰

Para os realistas, inúmeros podem ser os motivos de um juiz aplicar o direito ou deixar de fazê-lo. Tal pode se dar por prudência ou por medo de uma processo de *impeachment*, por inércia, conservadorismo, preguiça ou hábito, por respeito aos seus predecessores, superiores ou colegas ou por deferência às expectativas do público, por se

²⁶⁶ Ibidem. p. 1920, 1927, 1958.

²⁶⁷ Ibidem. p. 1969-1970.

²⁶⁸ FRANK. op. cit. s/p. Posição 2567.

²⁶⁹ COHEN, Felix. The Ethical Basis of Legal Criticism. In: *The Yale Law Journal*, v. 41, n. 2, 1931, p. 215. Cf. o autor, deve-se comparar os valores da certeza e da previsibilidade com outros valores éticos, verificando a prevalência de qual deles causa menos dano.

²⁷⁰ GREEN. op. cit. p. 1968, 1971.

sentirem moral ou juridicamente obrigados, mesmo que não haja, objetivamente, tal obrigação.²⁷¹ Objetivamente não há razão alguma. Os juízes agem das formas mais variadas possíveis. A questão de porquê, em última instância, é irrelevante. A conformidade ao direito se dá, então, não em decorrência de razões, ou de uma “*entidade misteriosa*”²⁷², mas simplesmente das próprias ações dos magistrados. É uma questão meramente fatural.

Por mais que as *rationes decidendi* das decisões sejam organizadas e generalizadas em livros e descritas como regras, não se encontra neles mais que profecias. Frank, seguindo os passos de Holmes, afirma que descrições como essas podem, quando muito, ajudar os advogados a prever o futuro da decisão judicial, mas elas não têm autoridade e não descreverão necessariamente o comportamento dos juízes e tribunais vindouros. Regras não são direito.²⁷³

O direito, portanto, é uma ordem não-normativa. A ciência jurídica promove unicamente uma descrição da atuação dos juízes e de outros oficiais estatais. Dado tal primeiro passo, pode-se, então, *tentar* prever como agirão. Uma primeira forma, mais crua, da teoria da predição já fora estudada com *Justice* Holmes: direito não é nada mais que “as profecias do que os tribunais, de fato, farão”²⁷⁴. Muito já fora falado, embora de forma pouco sistemática. Não se pode pensar uma única corrente profética do realismo jurídico também. O porquê dessa impossibilidade se revela a partir de uma teoria realista da adjudicação, isto é, de como os juízes julgam. É, exatamente, isso que Leiter analisa ao falar de uma reivindicação central do realismo jurídico.

A reivindicação central, o verdadeiro núcleo do realismo jurídico, é raramente percebida e muito menos radical do que costumeiramente se pensa. A visão do realismo jurídico enquanto um completo ceticismo do direito para além do momento da decisão é um senso comum à moda Jerome Frank (*Frankified Received View*), isto é, que toma a concepção de tal jurista como se fosse a principal do realismo jurídico, sustentada por todos ou pela maioria dos realistas.²⁷⁵

Se de acordo com o *core claim*, os juízes respondem primeiramente ao estímulo de fatos, isto é, de material não-legal; a *Frankified received view* entende que o realismo jurídico

²⁷¹ Ibidem. p. 1959. Alguns desses motivos Green encontra em Frank, outros em Felix Cohen.

²⁷² FRANK. op. cit. s/p. Posição 2588. Tradução livre. Original: “that there is no mysterious entity ‘The Law’”.

²⁷³ Ibidem. Posição 2661-2669.

²⁷⁴ HOLMES. *The path of the law*. op. cit. p. 9. Tradução livre. Original: The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law.” Grifou-se.

²⁷⁵ LEITER. op. cit. p. 17.

é, fundamentalmente, uma teoria descritiva da natureza da decisão judicial, de acordo com a qual o juiz exerce irrestrita discricionariedade a fim de alcançar resultados baseados em seus gostos e valores pessoais, os quais ele esconde com regras e fundamentos legais.²⁷⁶

A maioria dos realistas endossa uma teoria da predição. Embora os realistas sejam descrentes das regras jurídicas, a possibilidade de vaticínio requer que o direito não seja totalmente indeterminado e que autoridades competentes ajam em conformidade com algum tipo de padrão ou postulado. A visão à Frank, ao defender uma total discricionariedade, nega esse tipo de padrão, entendendo que a decisão depende dos fatos do caso e da *personalidade do juiz*. Assim, Leiter divide o realismo jurídico em duas alas – a idiossincrática, de Frank, e a sociológica, de Llewellyn, Moore, Oliphant, Cohen, Radin, entre outros.²⁷⁷

O que difere os dois grupos entre si é a resposta ao questionamento sobre a que tipo de fatos e estímulos responde um juiz ao decidir um caso concreto. Para os sociológicos, o juiz ou aplica normas da cultura comercial prevalecente ou busca a decisão mais socioeconomicamente vantajosa na situação. Assim, as decisões são fruto de fatos psicossociais do Judiciário, dos juízes enquanto um grupo relativamente homogêneo. O oráculo, então, deve voltar seus olhos a, por exemplo, experiências profissionais, opiniões políticas ou histórico acadêmico dos juízes. É de tal forma que Leiter interpreta o lamento de Felix Cohen quanto à inexistência de uma publicação que revele a experiência e os entendimentos políticos, econômicos e profissionais dos juízes: se houvesse tal relação os determinantes de uma decisão poderiam ser identificados, facilitando o processo de predição.²⁷⁸

A reivindicação central mostra, então, um direito em seu centro indeterminado, mas passível de determinação, uma vez que uma sociologia do Judiciário prende seus membros e influencia as decisões. Nesse sentido, para Leiter, o que a corrente majoritária do realismo jurídico de fato aduz é uma teoria descritiva sobre a natureza da decisão judicial, conforme a qual decisões judiciais recaem em padrões sociologicamente determinados, pelos quais juízes alcançam resultados com base em reações (geralmente partilhada entre os pares) aos fatos subjacentes ao caso concreto, para somente então racionalizá-los de acordo com fundamentos e regras legais.²⁷⁹

²⁷⁶ Ibidem. p. 16.

²⁷⁷ Ibidem. p. 25-28.

²⁷⁸ Ibidem. p. 27-29.

²⁷⁹ Ibidem. p. 30.

Holmes e Cardozo, apesar de não serem realistas, se incluíam na ala sociológica, assim como Cook, não citado por Leiter. Os três juristas trazem suas versões da teoria da predição. O pai do realismo não cai em contradições ao falar de profecias, as quais são plenamente possíveis a partir de seu pensamento. O direito, para ele, é marcado pela cultura e a vida presentes, bem como pelos “preconceitos *compartilhados* pelos juízes com seus pares”²⁸⁰. Uma análise dos tribunais permite, assim, descobrir como eles agirão e o que é o direito. Cardozo, por sua vez, insere um elemento a mais na teoria da predição de seu antecessor na Suprema Corte. Falou-se, anteriormente, que ele separou a predição de Holmes em três níveis. O direito existe apenas quando há elevado grau de certeza acerca da aplicação dos princípios do direito.²⁸¹ Pode-se inferir, dessa forma, que há direito quando há uma maior possibilidade de a predição lograr êxito. Se não há direito quando não se pode ter qualquer certeza acerca da aplicação do direito, logo uma decisão absolutamente inesperada não configuraria direito. Supor tal raciocínio em Cardozo pode ser precipitado, mas representa o que Walter Cook desenvolve apenas um ano após a palestra *The growth of law* de Cardozo em Yale. Para Cook, tem-se uma regra de direito quando um enunciado correta e adequadamente descreve as atuações passadas das cortes e prevê suas futuras atuações. Além disso, um tribunal apenas cria direito quando sua decisão for baseada em os novos dados que permitissem futura predição no mesmo sentido.²⁸² Assim, não só nem todas as decisões são direito, como também algumas não-decisões são direito, visto que i) é totalmente previsível que os juízes farão valer não-decisões, como a Constituição e ii) uma decisão completamente imprevisível, como por exemplo contrária a essa mesma Constituição, não configura direito por sua altíssima improbabilidade de se repetir. Para Leiter, Cook apresenta não uma teoria do que os tribunais farão, mas do que eles provavelmente farão.²⁸³ Destarte, somente decisões dentro de uma determinada e determinável margem ou moldura²⁸⁴ são direito.

Para os idiossincráticos, por outro lado, como sugere o nome, a decisão depende do juiz enquanto um indivíduo particular, de suas idiossincrasias – ou seja, de fatores peculiares que marcam os gostos, valores e preferências de cada sujeito.²⁸⁵ Segundo Frank, tais fatores

²⁸⁰ HOLMES. *The common law*. op. cit. p. 1. Tradução livre. Grifou-se.

²⁸¹ CARDOZO. *The growth of the law*. op. cit. p. 37-44.

²⁸² COOK. *The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws*. op. cit. p. 475-477.

²⁸³ GREEN. op. cit. p. 1934, 1994-1996.

²⁸⁴ Há, de fato, uma aproximação entre a teoria da predição realista, entendida de tal forma, e a teoria do direito de Herbert Hart, ao falar da textura aberta dentro da qual o juiz tem uma margem de discricionariedade. Green explora especialmente esse ponto. *In: Ibidem*. p. 1940 et. seq., 1997.

²⁸⁵ LEITER. op. cit. p. 25.

individuais são muito mais determinantes nos julgamentos do que outros descritos como políticos, econômicos ou morais. Juízes, afinal, não são deuses, mas mortais. Como qualquer outro homem, um juiz chega a um entendimento a partir de seus afetos ou animosidades, de seus traços, disposição, preconceitos e hábitos em relação à determinada pessoa ou grupo, levando em conta questões como gênero, aparência física, nacionalidade, profissão, orientação política, raça e orientação sexual.^{286,287} Se Holmes falou dos preconceitos partilhados entre os juízes, Frank deu um passo além ao considerar preconceitos privados e, levando em conta seu viés psicanalítico, muitas vezes ocultos e inconscientes de sujeito.

Para além desse aspecto, a corrente à Frank defende a tese da vontade judicial (*Judicial Volition*), conforme a qual não há correntes que amarrem o processo decisório. Assim, o direito é completamente indeterminável e a decisão absolutamente imprevisível.²⁸⁸ O extremismo de Frank se sobrepôs às ideias muito mais, de fato, *realistas* dos demais juristas ora estudados, creditando-se comumente ao realismo jurídico à ideia de que a decisão depende, por fim, do café-da-manhã dos juízes.²⁸⁹ Novamente, em comparação a Holmes, se ele pretendia mostrar que o estudo do direito era o estudo apenas de uma profissão, não de um mistério, Frank devolveu ao direito uma mítica incompreensível. Seria preciso acessar o inconsciente dos juízes para se descobrir o que é o direito: submetê-los ao divã e divulgar suas confissões.

A partir de Frank, então, uma teoria da predição é inviável. Sendo o juiz completamente livre para decidir de todo modo, em decorrência da inexistência de regras, e julgando não apenas conforme os fatos, mas também em decorrência de suas idiossincrasias, nenhuma predição tem garantia de estar correta. As profecias, assim, não revelam o que é o direito. O cerne da questão é que as profecias são somente palavras ao vento. O direito não está nelas, de fato. Ao contrário, elas apenas auxiliam os não-juízes, ou os não-oficiais, a tentar descobrir o que é o direito, o qual se encontra, em última instância, na decisão.

²⁸⁶ FRANK. *Law and the modern mind*. op. cit. s/p. Posição 2281-2353.

²⁸⁷ Frank, de fato, traz a diferenciação em tais grupos, e os considera relevantes para o momento da decisão. Afirma que o passado do juiz pode tê-lo influenciado de forma positiva ou negativa em relação a certas pessoas. “[...] a racial antagonism which he entertains may be deflected in a particular case by a desire to be admired by some one who is devoid of such antagonism. [...] His own past may have created plus or minus reactions to women, or blonde women, or men with beards, or Southerners, or Italians, or Englishmen, or plumbers, or ministers, or college graduates, or Democrats.” Ibidem. Posição 2285-2291.

²⁸⁸ LEITER. op. cit. loc. cit.

²⁸⁹ HORWITZ. op. cit. s/p. Posição 2815.

A teoria da decisão é a verdadeira teoria do direito do realismo jurídico. Está presente em toda a tradição realista desde Holmes, que a camuflou sob a teoria da predição. Cardozo a adotou também, apesar de suas tentativas de restrição do poder judicial. A crueza da teoria da decisão é, por alguns, escamoteada a fim de torná-la mais palatável à comunidade jurídica, acadêmica, política e à população. Arthur Corbin, por exemplo, em seus principais artigos – *The Law and the Judges* e *Sixty-Eight Years at Law* – traz a ideia de que o juiz tem discricionariedade para criar o direito, apesar de dever julgar em conforme com os costumes do tempo e de ser responsável e criticável por suas decisões.²⁹⁰ Outros não têm tal preocupação, revelando a verdade mais abertamente. Llewellyn definiu o direito com mais veemência e simplicidade em *The Bramble Bush* que em seus outros escritos aqui analisados. Para ele, o que os oficiais do Estado, como juízes, carcereiros, xerifes, “fazem sobre controvérsias é [...] o próprio direito”.²⁹¹ Se Llewellyn atribui a produção do direito a um certo número de autoridades competentes, as quais nunca enumera taxativamente, seus contemporâneos têm olhos unicamente ao juiz. Para Max Radin, o direito também surge ao se determinar a legalidade de um evento passado. A história indica inumeráveis formas de fazê-lo, mas, nos tempos de hoje, descobre-se o direito ao se “convocar o juiz para arbitrar o conflito”.²⁹² De toda forma, no realismo jurídico estadunidense, é Jerome Frank que apresenta o elemento da decisão em sua absoluta nitidez.

A partir da completa indeterminação do direito e da irrestrita liberdade do juiz, a concretude do direito somente é alcançada no caso particular. Assim, o direito não é feito, verdadeiramente, de leis, precedentes, costumes, “regras” ou princípios para aplicação das cortes, mas das próprias aplicações, isto é, das decisões. Assim, sempre que um juiz julga um caso, mesmo que se opondo às suas próprias decisões anteriores, às leis ou a outros precedentes, ele está fazendo direito, de forma que não pode haver uma decisão ilegal ou errada. É o juiz a própria balança da legalidade, da retidão e da justiça. *Todas as decisões são direito e o direito é a própria decisão.*²⁹³

Isso não significa, necessariamente, que o juiz julgará a seu bel-prazer. Ele se inspira nas leis e nos precedentes, nas ditas regras, mas estas fontes do direito apenas compelem por

²⁹⁰ TWINING. op. cit. p. 30.

²⁹¹ LLEWELLYN, Karl. *The Bramble Bush: on our law and its study*. New Orleans: Quid Pro, 2012. p. 12. Esta edição está de acordo com a segunda edição da obra, publicada pelo em 1951, na qual o autor faz uma nota afirmando que tal definição de direito foi, de veras, infeliz.

²⁹² RADIN, Max. Permanent Problems of the Law. In: *Cornell Law Review*, v. 15. n. 1, 1929, p. 10.

²⁹³ FRANK. op. cit. s/p. Posição 2633, 2676.

meio de uma decisão.²⁹⁴ O que Frank afirma, então, é que em tais “regras” há, apenas, *promessas* de aplicação, que por si só, não obrigam ninguém. As fontes do direito são “meramente palavras”²⁹⁵ ao vento. Pode ser que sejam cumpridas por medo ou por glória, mas os juízes não são nem tão generosos nem tão prudentes e a força das palavras é muito fraca para que os homens cumpram seus pactos.²⁹⁶ Hobbes não surge aqui por acaso. Tanto para ele quanto para Frank, as palavras precisam ser feitas valer por uma autoridade. Se com o primeiro tem-se a espada do soberano, com o segundo a decisão do juiz.

A questão, então, é uma de competência. Quem é competente no âmbito do Estado para ditar o direito? Frank busca inspiração em John Chipman Gray. O jurista não era um realista. Foi, na verdade, contemporâneo de Holmes e Pound, tendo falecido antes que se falasse em realismo jurídico. Para Gray, o direito é formado apenas pelas regras aplicadas pelos tribunais e nada mais. Aquelas não aplicadas não são direito. É justamente o ato de aplicação que cria o direito, não que o declara.²⁹⁷ Frank concorda com ele, exceto pelo fato de Gray aceitar a existência de regras, o que o realista vê como resquícios de uma filosofia antiga.²⁹⁸ É nesse sentido que afirma, então, que o direito não é composto pelas regras a serem aplicados pelos tribunais, mas das decisões em si.

Gray, no entanto, coloca um limite à autoridade dos juízes. Para ele, não há liberdade irrestrita para criação da lei, uma vez que os juízes não passam de funcionários do Estado e, assim, estão limitados por seus reais governantes. O jurista não entra nessa questão, que para ele é *fatual*, não *jurídica*. Dentro dos limites dado pelos governantes ou, se os extrapolando, até que seja declarada como ilegal uma sentença, o juiz tem *autoridade final* para dizer o que é o direito. A ele cabe a interpretação e a aplicação das leis e dos precedentes anteriores, de forma que não se pode falar de um direito legislativo e um direito judicial. Apenas o último é, verdadeiramente, direito.²⁹⁹

É nesse sentido que Gray invoca, três vezes, um sermão do Bispo de Bangor, Benjamin Hoadly, pronunciado perante o Rei George I da Inglaterra, em 31 de março de 1717.³⁰⁰ Conforme Bispo Hoadley, “whoever hath an *absolute Authority to interpret any*

²⁹⁴ Ibidem. Posição 2640.

²⁹⁵ Ibidem.

²⁹⁶ HOBBS. *Leviathan*. op. cit. p. 94.

²⁹⁷ GRAY, John Chipman. *The Nature and Sources of the Law*. 2. ed. New Orleans: Quid Pro, 2012. p. 121.

²⁹⁸ FRANK. op. cit. s/p. Posição 2607.

²⁹⁹ GRAY. op. cit. p. 121-122, 125, 171-172.

³⁰⁰ Ibidem. p. 102, 125, 172.

written, or spoken Laws; it is *He*, who is truly the *Law-giver*, to all Intents and Purposes; and not the Person who first wrote, or spoke them.”³⁰¹ Isto é, o verdadeiro legislador é aquele que detém a autoridade absoluta para interpretar qualquer lei escrita ou falada. A frase isoladamente sustenta, em Gray, uma supremacia judicial, dentro dos limites da Constituição.

O sermão, na verdade, trata do Reino de Cristo e do Reino dos Homens e parte do versículo bíblico João, 18, 36, conforme o qual “Disse Jesus: “O meu Reino não é deste mundo.”” Ao passo que a Igreja é o próprio Reino de Cristo, nela – e apenas nela – Ele é Rei, a autoridade final. No Reino dos Homens, aquele que coloca, ao lado da Lei de Cristo, uma Lei igualmente obrigatória, é tal qual Ele, Rei, detendo a autoridade final.³⁰² Assim, tendo em vista que o Reino de Cristo não é deste mundo, não há que se falar de uma Igreja na Terra. De forma que aquele que, no Reino dos Homens, detém interpretação final de suas leis, é Rei, Cristo na Terra. Tem-se aí um *Itio in partes*, uma estrita divisão de competências entre Cristo e rei. Quando *Bishop Hoadly* afirma isso é para conferir autoridade absoluta, terrena e espiritual, ao rei – não ao juiz –, livrando-o da autoridade do Papa enquanto chefe da Igreja. A questão por trás do sermão é, na verdade, o sujeito da soberania: em seu reino, Cristo é soberano; na Terra o é o rei, que pode delegar a interpretação de suas leis, como o faz aos juízes, sem por isso abdicar de seu poder supremo.

Ciente ou não da problemática da soberania, Frank certamente aponta a uma supremacia judicial. A inexistência de regras a se interpretar garante ao juiz que o único direito seja a sua decisão. Possuindo os juízes, ao seu lado, a força pública do Estado, mostram-se eles os verdadeiros “reais governantes”. Frank, então, ao menos ciente da potência do argumento de Bispo Hoadly, parafraseia sua famosa frase, afirmando que quem detiver “a autoridade absoluta para traduzir regras em julgamentos específicos, é ele o verdadeiro legislador para todos os intentos e propósitos, e não as pessoas – sejam legisladores ou outros juízes – que primeiro escreveram ou falaram as regras”.³⁰³ Frank, assim, vê cada juiz como um soberano em si, não estando qualquer juiz limitado por ninguém, nem pelo Parlamento nem pela Suprema Corte. Ainda assim, elevando ao máximo a questão

³⁰¹ HOADLY, Benjamin. *The nature of the kingdom, or church, of Christ: A sermon preach'd before the King, at the Royal chapel at St. James's, on Sunday March 31, 1717*. Ann Arbor, Michigan: University of Michigan Library, 2007. p. 31. Grifos no original. Disponível em <<http://name.umdl.umich.edu/004809919.0001.000>>.

³⁰² HOADLY. op. cit. p. 30-32.

³⁰³ FRANK. op. cit. 2645-2647. Tradução livre. Original: “whoever has an absolute authority to translate rules into specific judgments, it is he who is truly the law-giver to all intents and purposes, and not the persons-be they legislators or other judges—who first Wrote or spoke the rules.”

da autoridade absoluta de cada juiz, diante da recorribilidade das decisões, a palavra final, soberana, estaria na Suprema Corte, desde que tivesse a oportunidade de se manifestar sobre o assunto.

Certamente, as diversas versões da teoria da decisão variam de acordo com o extremismo de cada jurista. Alguns restringem mais o juiz, vendo-lhe preso por certos padrões, outros vem o direito como indeterminado em sua totalidade, adquirindo concretude apenas no julgamento do caso concreto. De uma forma ou de outra, a decisão está aí. Bendito seja o seu fruto, o Direito.

3. DECISIONISMOS ENTRE O JUIZ E O SOBERANO

Do outro lado do Atlântico, na Europa, um outro jurista, contemporâneo aos realistas, lançava, também os olhos para o elemento da decisão. Carl Schmitt não se preocupava, entretanto, com a decisão judicial, mas com a decisão soberana. O intuito deste capítulo é analisar, primeiramente, o pensamento decisionista de Carl Schmitt, suas origens e implicações, a fim de, em seguida, cruzá-lo com a teoria realista da decisão. É preciso afirmar que não se busca, aqui, realizar uma crítica do pensamento do jurista alemão, mas apenas ilustrá-lo a fim de aproximá-lo do realismo jurídico. Busca-se, assim, responder à questão de se o realismo jurídico é também um decisionismo.

3.1 A decisão soberana

A seu próprio modo, Carl Schmitt desenvolve sua própria “revolta contra o formalismo”. O autor se contrapõe ao normativismo defendido por Hugo Krabbe e, posteriormente e com maior vigor, por Hans Kelsen. Tais autores pretendiam, de fato, elaborar teorias do direito, de forma que o debate entre eles se deu a nível conceitual muito superior às discussões entre juristas estadunidenses. A crítica de Schmitt a Kelsen se dá, justamente, em decorrência da disjunção entre sociologia e jurisprudência, entre político e jurídico, abstratamente formulada pelo normativismo.

Kelsen propõe uma teoria *pura* do direito, isto é, uma teoria do direito livre de todos os elementos não-jurídicos. Trata-se de uma escolha metodológica. Assim, busca entender o direito explicado por si mesmo, o que não significa dizer que entendia não ser o direito influenciado por outras ciências ou pela política. Para tal tarefa, Kelsen parte do elemento da norma, jurídico por excelência, elaborando um sistema de imputabilidades sobre normas. Cada norma retira validade de outra imediata e hierarquicamente superior. A última norma válida, por sua vez, obtém sua validade da norma fundamental, um recurso puramente formal, racional, que dá validade a todo o sistema. Tal norma é somente pressuposta, não possuindo em si conteúdo algum. Nesse sentido, a clássica imagem representativa do sistema kelseniano é a pirâmide escalonada de normas, em que cada norma confere legitimação para que uma outra norma, inferior, seja produzida e/ou aplicada. Kelsen reduz, então, o direito à norma válida, ou seja, posta por autoridade competente no âmbito do Estado.

Em um artigo de 1917, *Recht und Macht – Direito e Poder* –, originalmente o primeiro capítulo da *Habilitationsschrift* de Carl Schmitt, encontra-se, desde logo, uma crítica ao positivismo normativista, bem como as características iniciais que marcaram seu pensamento. Nele, o autor traça suas linhas iniciais sobre a distinção entre direito e efetivação do direito. Âmbitos diferentes, falsamente conectados por uma teoria do poder, que reduz o direito a uma questão de fato. Conforme uma tal teoria, o poder de um assassino e o poder do Estado não são em sua substância diferentes, de forma que sempre se remete à questão de um poder capaz de se converter em direito e outro incapaz de tanto.³⁰⁴ O poder está ligado ao mundo do ser, ao passo que o direito está àquele do dever-ser. Surpreendentemente, Schmitt afirma que direito é norma, pensamento abstrato que não pode intervir sobre fatos, e não vontade, cujo âmbito é o ser. O direito, então, não pode ser o sujeito de sua própria efetivação, visto que ele é apenas um mandamento.³⁰⁵ Em um primeiro momento, o direito não está relacionado à sua aplicação, visto que ele continua existente apesar de sua não-aplicação.³⁰⁶ A efetivação do direito, por sua vez, está ligada ao âmbito do ser: trata-se do estado *real* em que se cumpre o dever-ser do direito.³⁰⁷ O problema, conclui Schmitt, “consiste em ligar os dois reinos um ao outro, em mediar o ponto a partir do qual – conservando o primado do direito face ao [sic] poder – se execute sobre o ser uma intervenção no sentido das normas jurídicas”.³⁰⁸

A problemática, para Schmitt, no sistema kelseniano é a inexistência de pessoas reais ou fictícias nesse sistema. Há, apenas, pontos de imputabilidade, sendo o Estado o último deles. É assim que Kelsen identifica direito, ordem e Estado, do que Schmitt discorda completamente. Ele vê em toda a argumentação kelseniana uma interessante mitologia

³⁰⁴ Essa questão é tratada por Hans Kelsen na *Teoria pura do direito*, ao diferenciar a ordem do Direito da ordem de um bando de salteadores. Para ele, é necessário que a ordem seja entendida como globalmente eficaz, isto é, seja reconhecida como uma ordem jurídica por aqueles que fazer parte dela para que ela seja, de fato, uma ordem do Direito. In: KELSEN. *Teoria pura do direito*. op. cit. p. 48-53.

³⁰⁵ Schmitt reafirmará esse tipo de pensamento 17 anos mais tarde, ao publicar *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*. Com sua teoria já melhor desenvolvida, não dirá mais que direito é norma, mas decisão. Sem a mediação entre ser e dever-ser realizado pela decisão é impossível que o direito se efetive em qualquer grau. Assim, “Uma lei não pode se aplicar, operar ou executar. Ela não pode nem interpretar, nem definir, nem sancionar a si mesma; não pode – sem deixar de ser uma norma – designar ou nomear os homens concretos que devem interpretá-la e operá-la.” In: SCHMITT, Carl. *On the three types of juristic thought*. Trad. Josephn Bendersky. Westport: Praeger, 2004. p. 51. Tradução livre.

³⁰⁶ Em argumentação diferente, Schmitt desenvolve a mesma ideia na *Teologia política*. O estado de exceção, como se verá, suspende a norma, sem destruí-la. É precisamente um momento em que o direito é separado de sua aplicação, embora continue existindo.

³⁰⁷ SCHMITT, Carl. *Direito e Poder*. Trad. Alexandre Franco de Sá. In: *Ágora Filosófica*, v. 1, n. 1, 2013, p. 317-330.

³⁰⁸ *Ibidem*. p. 330.

matemática que encobre o fato de que sobre os diversos pontos de imputabilidade não agem normas, mas comandos.³⁰⁹ Em outras palavras, ao contrário do que se infere do normativismo, normas não se autoaplicam. Assim, se o direito, por si só, configura um mandamento abstrato no campo do dever-ser, a efetivação do direito é um comando de um sujeito específico dotado de poder no mundo dos fatos. A questão então é: *quem comanda, quem aplica a norma?*. Os campos de autonomia inconciliável do ser e do dever-ser, do direito e do poder, são paradoxalmente unidos por um elemento, a decisão.

O normativismo, na concepção schmittiana, se mostra como uma teoria do Estado e do direito implausível, ao passo que exige tamanha objetividade no âmbito do direito, que exclui o elemento pessoal do conceito de Estado.³¹⁰ A problemática decorrente é uma recusa da própria soberania. Ela é ou negada, como em Kelsen, ou transposta para o próprio direito, como em Krabbe, mantendo-se ficcionalmente uma pura unidade da ordem jurídica.³¹¹ Isso, no entanto, é impossível, visto que a exclusão do elemento pessoal implica, necessariamente, uma ideia de um direito autoexecutável, no qual um dever-ser cria outro hierarquicamente inferior. Um dever-ser, enquanto uma normatividade, contudo, é destituído de vontade, sendo incapacitado uma atuação no mundo do ser. Ele não *cria*.³¹² Assim, no que tange à sua aplicação, o direito é, necessariamente, remetido a um poder, a uma autoridade – incluída, ainda assim, no âmbito jurídico. Destarte, não se reduz direito a poder, visto que “o poder nada prova ao Direito”;³¹³ mas promove-se uma mediação entre normatividade e facticidade, a fim de se alcançar um estado conforme o direito.^{314,315} É precisamente tal relação que Schmitt desenvolve, em 1922, em *Politische Theologie*, a partir do que ele considera o

³⁰⁹ Idem. *Teologia política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 19-20.

³¹⁰ Ibidem. p. 28.

³¹¹ Ibidem. p. 20-22.

³¹² Idem. *Direito e poder*. op. cit. p. 330. No mesmo sentido, em *Teologia política*. p. 27.

³¹³ Idem. *Teologia política*. op. cit. p. 18.

³¹⁴ Idem. *Direito e poder*. op. cit. p. 328.

³¹⁵ Conforme a interpretação de Alexandre Franco de Sá da obra completa apresentada como *Habilitationsschrift, Der Wert des Staates*, o direito é a própria razão de ser do Estado. Formalmente, ele o antecipa. “Tomado por Schmitt num sentido puramente formal, o direito antecede o poder não como um conjunto de disposições normativas, existentes facticamente, que este mesmo poder tem de observar e respeitar no seu exercício, mas como a forma ou o fundamento do próprio poder que estabelece o direito, ou seja, como a condição formal de possibilidade de que algo como o poder instituinte do direito possa surgir no mundo fenomênico e natural”. In: SÁ, Alexandre Guilherme Barroso de Matos Franco de. *O poder pelo poder: ficção e ordem no combate de Carl Schmitt em torno do poder*. Dissertação de Doutorado em Filosofia. Coimbra: Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, 2006. p. 85. Esse é o sentido das afirmações de Schmitt, encontradas já no primeiro capítulo de tal obra, coincidentes com o artigo *Direito e poder*, ao falar que: “ se o direito se tornar poder, isto é, um simples facto, ele não se poderá elevar, em nenhum lugar, acima da factualidade; [...] não é o direito que é explicado a partir do poder, mas o poder a partir do direito. O poder que é procurado para a definição do direito só se pode ele mesmo compreender a partir de um direito, ele é um tal poder apenas porque o é ‘com direito’.” In: SCHMITT. *Direito e poder*. op. cit. p. 317, 320.

conceito jurídico mais interessante, o de soberania. Esse é o sentido da afirmação: “a vinculação do poder supremo fático e jurídico é o problema principal do conceito de soberania”.³¹⁶

A soberania, para Schmitt, é um poder exercido, e como tal possui um sujeito concreto. Soberano não é o Direito, mas uma pessoa, real ou fictícia. Assim, buscando a mediação entre ser e dever-ser, o jurista percebe que a questão da soberania, não é totalmente jurídica, de forma que não pode ser regulada por uma norma, tampouco absolutamente fática, visto que não se busca igualar o direito à pistola do ladrão. O sujeito da soberania está ao mesmo tempo dentro e fora do direito. Para compreender a situação, o autor volta seus olhos não ao centro do direito, ao caso normal, que nada prova, mas à sua periferia, ao caso extremo, *excepcional*, muito mais revelador.³¹⁷ Schmitt responde, então, a grande questão que orienta sua pesquisa – *Quem é o soberano?* –, desembocando na primeira tese de *Politische Theologie*: “Soberano é quem decide sobre o estado de exceção”.³¹⁸

O famoso conceito schmittiano torna, assim, indissociáveis três elementos – soberania, decisão e estado de exceção. Para os fins desta pesquisa, interessa especialmente o elemento central, por meio do qual, inclusive, se compreende melhor os dois outros. Apesar de, em 1917, Schmitt falar que direito é norma, não há aí necessária contradição com seus escritos posteriores, ao se observá-lo enquanto uma ordem normativa etérea. Em 1922, o autor está mais preocupado não com o direito em si, mas com sua efetivação e possibilidade de efetivação em uma situação normal, de forma que a remissão à decisão é necessária. De fato, para ele, direito e efetivação não podem ser separados: esse é, justamente, o motivo pelo qual o normativismo é uma teoria do direito absurda para o autor. Contraopondo-se, assim, os dois elementos de uma ordem jurídica – norma e decisão –, Schmitt propõe que a primeira não é autônoma, visto que vige apenas no caso normal, homogêneo, no qual há as condições fáticas para sua aplicação conforme os pressupostos legais. Assim, deve-se, para tanto, estabelecer uma ordem, contraposta ao caos, o que se dá somente a partir de uma decisão.³¹⁹

A fundação da ordem não é, para ele, um pressuposto formal, tal qual a norma fundamental ou o contrato social, mas um evento fático, localizado no tempo e no espaço, que ordena e localiza um povo. Esse ato originário de toda ordem é o *nomos*. Trata-se de um ato

³¹⁶ SCHMITT. *Teologia política*. op. cit. loc. cit.

³¹⁷ Ibidem. p. 14-18.

³¹⁸ Ibidem. p. 7.

³¹⁹ Ibidem. p. 13-15.

de legitimidade, não de legalidade, de forma que a despeito da violência se cria o direito.³²⁰ Portanto, de forma que aquela precede a esse, tem-se antes o ser e depois o dever-ser. Antes da possibilidade de vigência de uma norma, há sempre um ato volitivo no âmbito do ser, uma decisão, sendo justamente esse o elemento autônomo do direito. Assim, “a ordem jurídica, como toda ordem, repousa em uma decisão e não em uma norma”.³²¹ Como consequência, tem-se que o político não apenas está ligado ao jurídico, por meio da mediação da soberania, mas acima dele.

Se o *nomos* é um ato ordenador e localizador, o direito é uma unidade entre ordenação e localização. Na gênese do direito, então, está a violência de uma tomada da terra.³²² Como nota Giorgio Agamben, a questão do *nomos* disfarça a doutrina da soberania, assim como mostra sua essência, uma vez que ele é “o princípio que, conjugando direito e violência, arrisca-os na indistinção”.³²³ Para além disso, ressalta o filósofo italiano, há uma proximidade essencial entre *nomos* e estado de exceção, uma vez que a ordenação e a localização específicas mantêm uma zona em que o direito não se aplica.³²⁴

Se a compreensão do direito remete necessariamente àquela da decisão, essa, por sua vez, faz remissão ao estado de exceção. É esse que, para Schmitt, revela com mais clareza a essência decisionista da autoridade estatal. Não se trata de qualquer ordem de necessidade ou estado de sítio; a bem da verdade, não se pode defini-lo precisamente, podendo-se pensá-lo, quando muito, como um caso de extrema necessidade, que coloca em risco a existência do Estado.³²⁵ A impossibilidade de definição implica uma igual impossibilidade de regulá-lo, de estabelecer competências para sua declaração ou limites para sua vigência, visto que o estado de exceção é uma questão da soberania: não é regulada por normas. A competência da soberania não é agir nesse ou neste caso, mas justamente naquele em que não há previsão de competência. Em outras palavras, soberano é “quem é competente quando a ordem jurídica não oferece resposta à questão da competência”,³²⁶ isto é, quem tem o poder ilimitado: o poder de decidir sobre a suspensão da ordem jurídica por meio do estado de exceção. Assim,

³²⁰ Idem. *O nomos da Terra no direito das gentes do jus publicum europæum*. Tradução Alexandre Guilherme Barroso de Matos Franco de Sá et. ali. 1. ed. Rio de Janeiro: Contraponto; Ed. PUC-Rio, 2014. p. 65-78.

³²¹ Idem. *Teologia política*. op. cit. p. 11.

³²² Idem. *O nomos da Terra...* op. cit. p. 37-41, 65-72.

³²³ AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2010. p. 37-38.

³²⁴ Ibidem. p. 42-44.

³²⁵ SCHMITT. *Teologia política*. op. cit. p. 7-8, 14.

³²⁶ Ibidem. p. 11.

novamente o soberano está ao mesmo tempo inserido e excluído do âmbito jurídico. Incluído, porque seus atos são atos jurídicos. É da própria decisão soberana que advém o direito. E, excluído, visto que sua atuação se coloca acima do direito ao passo que pode suspender a Constituição *in toto*.³²⁷

A suspensão do direito não implica sua aniquilação, tampouco o caos. Pelo contrário, suspende-se apenas a ordem jurídica, que continua em vigor, sem ser aplicada, e mantém-se uma outra ordem, a estatal. Assim, “em estado de exceção, o Estado suspende o Direito por fazer jus à autoconservação”³²⁸, momento em que a decisão se apresenta como *absoluta*, desvinculada de qualquer vínculo normativo. A partir de tal afirmação, infere-se que a soberania está identificada com o próprio Estado, os quais se encontrando em risco exigem medidas excepcionais a fim de retomar a normalidade, o meio homogêneo no qual o direito pode ser aplicado. É a exceção, portanto, que mostra o elemento jurídico autônomo da decisão em sua absoluta nitidez, ao passo que nela a norma está absolutamente suspensa, sendo um mero dever-ser não autoaplicável.³²⁹

O tríptico decisão-exceção-soberania “comprova tudo”³³⁰. A partir de tais elementos se compreende que não é necessário ter razão ou direito para criar direito, mas apenas autoridade.³³¹ Nesse sentido, Carl Schmitt encontra em Thomas Hobbes o representante clássico do decisionismo. Para ele, não é o Direito que dá autoridade, mas a própria autoridade do soberano que faz o direito: *Autorictas non veritas facit legem*.³³² Não há, então, critério algum para definir o direito anterior à decisão soberana que funda a ordem, ordenando e localizando um povo. *O direito é fruto da decisão. Eis o decisionismo*.

Não é por acaso que o final do segundo capítulo de *Politische Theologie* chega ao fim ao se invocar Thomas Hobbes. A doutrina decisionista de Schmitt, apesar de se colocar na esteira do contratualista, não se sustenta a partir dele. Ambos os autores colocam o Estado e a soberania – que são uma e mesma coisa – acima do próprio direito. Para que haja alguma racionalidade no sistema schmittiano é preciso perguntar o porquê de a razão do Estado se colocar acima da razão do direito. A resposta com Hobbes é facilmente identificável: deve-se preservar o Estado a todo custo a fim de garantir a proteção dos súditos de uma morte

³²⁷ Ibidem. p. 8.

³²⁸ Ibidem. p. 13.

³²⁹ Ibidem.

³³⁰ Ibidem. p. 15.

³³¹ Ibidem. p. 14.

³³² Ibidem. p. 31.

violenta. O poder ilimitado do Leviatã paradoxalmente encontra um limite, então, na vida dos indivíduos, os quais têm o inalienável direito de se proteger.³³³ Schmitt não pode concordar: o poder soberano é absolutamente supremo. Assim, o autor busca apoio em outro filósofo alemão, Hegel, para quem o poder estatal não deriva de um acordo de indivíduos, visto que nascem, vivem e morrem no âmbito do Estado.³³⁴

Schmitt afasta-se, então, de Hobbes, sugerindo, a fim de justificar sua primeira tese, uma segunda, conforme a qual todos os conceitos da teoria estatal moderna são secularizações da teologia.³³⁵ Levando em conta, ainda, que “o conceito de Estado pressupõe o conceito do político”³³⁶, tem-se que, na verdade, todos os conceitos políticos são secularizações da teologia. É por meio da conjugação das duas teses que se chega à racionalidade de Schmitt. Se o jurídico somente é pensado com remissão ao político, esse exige uma remissão ao teológico.³³⁷ Trata-se, afinal, de uma teologia política.

Há tantas teologias políticas quantas forem as religiões e as formas políticas. A teologia política é, assim, um âmbito essencialmente polimorfo.³³⁸ É preciso, então, saber que Schmitt partilha de uma teologia cristã para compreensão de sua segunda tese. Destarte, o estado de exceção equivale ao milagre, um rompimento com a normalidade por meio de direta intervenção divina.³³⁹ Logo, ao passo que Deus é o agente divino *competente* para realizar um milagre, o soberano o é para instituir o estado de exceção. Não há normatividade que os possa regular, fundando-se eles exclusivamente na decisão inapelável de um e outro, em suas *auctoritas* e *potestas*, os quais não se apresentam separadamente em Schmitt.³⁴⁰

Desenha-se, portanto, uma hierarquia: jurídico sob o político sob o teológico; na qual há, entre cada esfera, uma mediação necessária. O jurídico, como se viu, é mediado pelo político a fim de se efetivar. Da mesma forma, o político exige uma mediação, visto que uma tentativa de autonomizá-lo, ao separá-lo do teológico, acaba por destruí-lo, isto é, tirá-lo seu fundamento. Uma tal autonomia do político implica, igualmente, uma autonomia do teológico. Um acesso imediato ao âmbito teológico é sempre possível, pois é

³³³ Cf. nota n. 21.

³³⁴ SÁ, Alexandre Guilherme Barroso de Matos Franco de. Do Decisionismo à Teologia Política: Carl Schmitt e o Conceito de Soberania. In: *Revista Portuguesa de Filosofia*, T. 59, Fasc. 1, 2003, p. 102-105.

³³⁵ SCHMITT. *Teologia política*. p. 35.

³³⁶ Idem. *O conceito do político*. Lisboa: Edições 70, 2015. p. 41.

³³⁷ SÁ. op. cit. p. 106-107.

³³⁸ SCHMITT. *Teologia política*. op. cit. p. 96.

³³⁹ Ibidem. p. 35.

³⁴⁰ Idem. *On the three types...* op. cit. p. 61.

hierarquicamente superior aos demais, no entanto aquele que o faz se considera o detentor absoluto da verdade, recusando tudo o que se lhe contrapõe, ou seja, torna-se um fanático. A necessidade de uma teologia política – de se manter vinculados os níveis políticos e teológicos – é, portanto, evitar tanto o fanatismo político quanto religioso, que destrói a possibilidade de vida em sociedade, uma vez que se caracteriza pelo combate a toda autoridade e moderação, os quais apenas a própria mediação pode assegurar. Ele, o fanático, nega não só o âmbito teológico terreno, ao passo que recusa a Igreja, enquanto Palavra de Deus, mas também o político, à medida que refuta o próprio Estado.^{341,342}

Para Franco de Sá, a racionalidade do sistema schmittiano se funda, então, em um combate ao fanatismo, possível apenas por meio de um poder soberano ilimitado que conserva o Estado e a mediação político-teológica. Em última instância, é uma defesa do político, que se dá de três formas: a defesa da igreja, o combate ao normativismo e o combate à guerra total.³⁴³

Schmitt – em argumentação semelhante à de Bispo Hoadly, porém com resultados diferentes, em decorrência das teologias diversas partilhadas por ambos – percebe que o Reino de Cristo “não é deste mundo”³⁴⁴. Exige-se, portanto, uma mediação terrena do teológico, que se funda na Igreja e em seu representante supremo, o Papa. Para Schmitt, o Papa é, no âmbito da Igreja, Cristo na Terra. Seguindo os passos de De Maistre, o jurista alemão identifica que o valor da Igreja é infalibilidade de sua decisão final. Sendo o estatal o espelho do teológico, conforme a tese da teologia política, o soberano, no Estado, é igualmente, Cristo na Terra, e sua decisão infalível e inapelável.³⁴⁵ Assim, “o soberano surge como monarca pela graça de Deus e pode, nessa medida, aparecer como o representante da ideia do direito e como a encarnação fática e visível da normalidade jurídica, em si mesma

³⁴¹ SÁ. op. cit. p. 108-111.

³⁴² Em *Teologia política*, tal combate contra o fanatismo se dá a partir da recusa do anarquismo e do ateísmo de Bakunin, verdadeiro inimigo da autoridade. In: SCHMITT. *Teologia política*. op. cit. p. 57-60. Também, afirma Alexandre de Sá, em sua tese de doutoramento, que o triunfo do anarquismo surge, para Schmitt, como uma aniquilação do Ocidente. Afirma que “só a percepção de que o Ocidente se encontraria diante da urgência de um combate último contra a sua total negação, só a percepção de um combate definitivo entre a cultura ocidental (a determinação da vida pela *Bildung*) e a barbárie que radicalmente a rejeita (a negação da *Bildung* pela vida), pode fornecer ao desenvolvimento do pensamento schmittiano, ao longo dos anos 20 e 30, o pano de fundo que o justifica e lhe dá consistência.” In: SÁ, Alexandre Guilherme Barroso de Matos Franco de. *O poder pelo poder: ficção e ordem no combate de Carl Schmitt em torno do poder*. Dissertação de Doutorado em Filosofia. Coimbra: Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, 2006. p. 208.

³⁴³ SÁ. *Do Decisionismo à Teologia Política*. op. cit. p. 108.

³⁴⁴ João, 18, 36. In: Mateus 27, 24 - Versão João Ferreira de Almeida Revista Atualizada (ARA). Disponível em: <http://biblia.com.br/joao-ferreira-almeida-atualizada/joao/joao-capitulo-18/>. Acesso em: 30 de outubro de 2018.

³⁴⁵ SCHMITT. *Teologia política*. op. cit. p. 50.

puramente ideal, que constitui o Estado.”³⁴⁶ Desse modo, “todo governo é absoluto”³⁴⁷ apenas à medida que derivado do teológico, de forma que uma defesa da Igreja é etapa essencial para a defesa do Estado e do político.

O combate ao normativismo se dá, então, em razão de sua tentativa de autonomizar os âmbitos jurídico, político e teológico.³⁴⁸ Essa autonomização se percebe pelo deísmo que lhe é característica, na visão de Schmitt. Uma tal teologia defende a não intervenção de Deus na Terra, de forma que sua consequência teológico-política é: *le roi règne, mais il ne gouverne pas*³⁴⁹. Ou seja, mantém-se o monarca no trono, impossibilitando-o de interferir no governo, nem mesmo no caso extremo, com a declaração do estado de exceção. O político, completamente autonomizado, não se imiscui no jurídico – soberano é o Direito.³⁵⁰ Schmitt adota, nesse sentido, a classificação de Donoso Cortés ao se referir à burguesia como uma classe discutidora, que acredita ser possível chegar à verdade e à resolução de todos os problemas e lutas sociais por meio de uma eterna discussão. Assim, adia-se, sempre uma vez mais, a “chacina sangrenta da decisão”³⁵¹, a própria questão da soberania e, por consequência, do político.^{352,353}

Para além da mediação teológica do político, o que o caracteriza objetivamente, para Schmitt, é a possibilidade da distinção entre amigo e inimigo.³⁵⁴ Esse é sempre um Outro, um estrangeiro, contra o qual há sempre no horizonte a possibilidade de combate de vida e morte em uma guerra.³⁵⁵ Trata-se de um inimigo público – um *hostis* –, o qual não é necessariamente mau, tampouco *deve ser* aniquilado. Pelo contrário, o que o caracteriza é a

³⁴⁶ SÁ. *O poder pelo poder*. op. cit. p. 150.

³⁴⁷ SCHMITT. op. cit. p. 51.

³⁴⁸ SÁ. *Do Decisionismo à Teologia Política*. op. cit. p. 110.

³⁴⁹ “O rei reina, mas não governa.” Schmitt se utiliza dessa fórmula, a partir de Erik Peterson, para criticar o deísmo, bem como a tentativa de Peterson de pôr fim à teologia política. Esse é debate que permeia o escrito *Teologia política II – A legenda da resolução de toda Teologia Política*. In: SCHMITT. *Teologia política*. op. cit. p. 96 et. seq.

³⁵⁰ Ibidem. p. 22, 35, 97, 98.

³⁵¹ Ibidem. p. 57.

³⁵² Ibidem. p. 54-57.

³⁵³ Referindo-se concretamente à realidade da República de Weimar, Schmitt traz o mesmo alerta em *Legalidade e legitimidade*, escrito de 1932. Conclui a obra, criticando a ineficácia de acordos e discussões contraditórias e incoerentes entre si que vinham dilacerando a Constituição. Caso não se reconhecesse as ficções da neutralidade em relação à verdade, ele haveria de se vingar. Como, de fato, o fez no ano seguinte, com a promulgação do *Decreto do Presidente do Reich para a Proteção do povo e do Estado* (em alemão: *Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat*), de Hitler, que instaurou um estado de exceção que duraria 12 anos. In: Idem. *Legalidade e legitimidade*. Tradução de Tito Lívio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 102.

³⁵⁴ Distinção essa que encontra, igualmente, seu referencial teológico cristão em pecadores e redimidos. In: Idem. *O conceito do político*. op. cit. p. 113.

³⁵⁵ Ibidem. p. 50-65.

possibilidade de com ele se firmar um acordo de paz.³⁵⁶ O fanatismo, então, se configura pela recusa absoluta do inimigo, tratando-o como *inimicus*, ou seja, um inimigo privado que é odiado e com o qual não se pode conviver pacificamente.

Paradoxalmente, para Schmitt, o pensamento liberal enseja tal tipo de inimizade *total* ao negar a ideia de guerra. Assim, o liberalismo contorna a essência da política qualificando-a pejorativamente como *política* e assumindo uma falsa neutralidade. Direciona-se sempre para duas esferas heterogêneas e autônomas do político, a economia e a ética, nas quais o combate se apresenta sempre como livre e ilimitada concorrência e eterna discussão. Ademais, ao colocar sempre o indivíduo particular em primeiro plano, frente ao Estado, a obrigação de se submeter a uma luta de vida ou morte se mostra como violência e ausência de liberdade, o que, por sua vez, é sempre essencialmente antijurídico, dada a concepção liberal de Estado de Direito: um Estado de direito privado, cuja finalidade é sempre e unicamente garantir a propriedade privada e sua acumulação.³⁵⁷ Nesse sentido que, dentre os contratualistas, Locke é um grande desafeto de Schmitt. Para além de o inglês defender o direito natural *a priori* à propriedade, incluída nela a vida e os bens, ele defende também a ideia do direito acima do político, em clara contraposição a Hobbes. Em *Politische Theologie*, Schmitt critica a máxima lockeana de que *the Law gives authority*, contrapondo-a à sentença hobbesiana sobre a autoridade ser o fundamento do direito.³⁵⁸

A “soberania” do direito, então, é uma fachada apolítica para os interesses eminentemente político-econômicos da classe burguesa. Ao passo que o Direito não governa um Estado, mas homens o fazem, a ideia de um Estado de Direito “não significa outra coisa senão a legitimação de um *status quo* determinado, em cuja manutenção têm um interesse, obviamente, todos aqueles cujo poder político ou vantagem econômica se estabiliza neste direito”.³⁵⁹ Schmitt considera, nesse sentido, que o emprego das palavras *direito*, *paz*, *ordem* ou *humanidade* tem um sentido verdadeiramente político de encobrir interesses e de desqualificar, deslegitimar ou desmoralizar o opositor. Afinal, são sempre homens que combatem, mesmo que não belicosamente, em nome de tais valores “supremos”.³⁶⁰ Assim, a soberania do direito é somente a soberania daqueles que colocam e moldam o direito; e a

³⁵⁶ Idem. *O nomos da Terra...* op. cit. p. 151-153.

³⁵⁷ SCHMITT. *O conceito do político*. op. cit. p. 123-126.

³⁵⁸ Idem. *Teologia política*. op. cit. p. 31.

³⁵⁹ Idem. *O conceito do político*. op. cit. p. 118-119.

³⁶⁰ Ibidem. p. 119.

evocação da defesa da humanidade não passa de instrumento ideológico de expansões imperialistas. Um e outro argumento, na verdade, servem apenas para recusar ao inimigo a qualidade de homem: “ele é declarado *hors-la-loi* e *hors l’humanité*” de forma que contra ele “a guerra deve ser levada à mais extrema inumanidade”.³⁶¹

O que Schmitt vê aí não é a destruição do Estado e do político, mas o emergir de um Estado total *aniquilador* de tal inimigo total, inumano. De fato, diz que “não se pode erradicar Estado e política e não se despolitizará o mundo”.³⁶² A partir do liberalismo, na verdade, a política foi submetida à economia e essa “se tornou em algo político”³⁶³, apesar de ideologicamente neutra. Assim, o imperialismo burguês não promove a guerra, mas assegura a paz ao destruir tudo o que contrapõe seus interesses. A batalha travada nesse mundo pretensamente neutralizado e despolitizado é, então, uma guerra fanática “convertida, com o empenho da propaganda, numa ‘cruzada’ e numa ‘última guerra da humanidade’”. Assim o requer a polaridade entre ética e economia.”³⁶⁴ Em uma tal guerra absoluta, aniquilável é tudo o que se opõe à economia, por meio de modernos meios violentos ou não de destruição, escondidos por trás de uma justificação ética. Nessa logística, não há preço alto o suficiente para se pagar pelos objetivos desejados. A advertência de Schmitt, então, é que somente ao se manter a distinção amigo-inimigo, por meio da qual se localiza um inimigo *real*, isto é, defendendo a separação entre político e jurídico e político e econômico, que se pode evitar recair em um *inimigo absoluto* e em uma guerra de aniquilação.³⁶⁵

Encontra-se, assim, em Schmitt, uma defesa do âmbito político, mediado pelo teológico, como hierarquicamente superior a outras esferas *terrenas*, como o jurídico, o econômico, o ético e o estético. A ideia de política de Schmitt, então, é marcada pela possibilidade real de combate contra inimigo real, ou seja, de guerra. Somente por meio da defesa da guerra que Schmitt acredita ser possível evitar uma guerra maior, sem precedentes, de destruição mundial. Tal concepção, que visivelmente se contrapõe ao ideal de uma paz perpétua, se direciona principalmente à política externa. Para o autor, o campo intraestatal não é um espaço verdadeiramente político, dada a ordenação – homogeneizante – do povo, por meio da decisão soberana sobre a situação de normalidade ou exceção.

³⁶¹ Ibidem. p. 98-99. As expressões francesas significam, respectivamente, fora-da-lei e fora-da-humanidade.

³⁶² Ibidem. p. 138.

³⁶³ Ibidem.

³⁶⁴ Ibidem. p. 140.

³⁶⁵ Idem. *Theory of the partisan*. Candor, New York: Telos Press Publishing, 2007. p. 94-95.

Schmitt volta seus olhos, então, sempre para as situações extremas, as quais considera particularmente reveladoras de uma situação fática. Em seu pensamento, dois são tais casos excepcionais: a guerra e o estado de exceção. Em seus últimos escritos, o autor toma como objeto de pesquisa especialmente a questão da guerra. Em *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europæum*, Schmitt traça uma trajetória da ideia do âmbito político internacional a partir da guerra no direito das gentes³⁶⁶ nos últimos quatro séculos. Ao fim da obra, o autor observa que, “na economia, a antiga ordem espacial da Terra perdeu sua estrutura”³⁶⁷, abrindo-se espaço, assim, para uma criminalização e proibição da guerra, problemática que anteviu em *Der Begriff des Politischen*, e para a discussão de um novo *nomos* da Terra.³⁶⁸ Já o estado de exceção, enquanto caso extremo-revelador no interior do Estado, é medida necessária a fim de superar tudo aquilo que põe em risco o Estado. Exige-se, então, que se introduza “dentro do Estado e do seu território uma completa pacificação”³⁶⁹, para que se possa praticar a alta política externa. Ao mesmo tempo, uma total pacificação interestatal garante o fim da política no âmbito do Estado, vez que não há mais embate, tampouco decisão amigo-inimigo. A política é reservada ao soberanos entre si. Dentro do Estado, assim, instituído um estado de normalidade, no qual as normas podem ser aplicadas, a decisão soberana abre espaço para uma outra, a judicial.

3.2 É o realismo um decisionismo?

Identificou-se, até agora, que o direito é fruto da decisão, tanto para Schmitt quanto para os realistas. Para o jurista alemão, essa é a essência do decisionismo. Há, certamente, muitas diferenças entre o pensamento desse jurista e daqueles estadunidenses. O mais evidente, em primeiro lugar, é que enquanto o primeiro sustenta a decisão do soberano, os segundos veem no juiz o fundamento do direito. Para que se possa aproximar mais tais decisões e tentar responder a pergunta que intitula o presente tópico, é preciso, antes, se esmiuçar a ideia de decisionismo em Carl Schmitt.

³⁶⁶ Direito das gentes não se confunde em Schmitt com direito internacional. Enquanto o primeiro está ligado com a política o segundo é um instrumento da economia, definindo-o como “uma ordem transnacional do mercado, da economia e do direito dos estrangeiros, cujo âmbito era o mundo inteiro”. *In*: Idem. *O nomos da Terra...* op. cit. p. 254.

³⁶⁷ *Ibidem*. p. 255.

³⁶⁸ *Ibidem*. *passim*.

³⁶⁹ Idem. *O conceito do político*. op. cit. p. 84-85. Grifos originais suprimidos.

Em 1922, quando da publicação de *Politische Theologie*, Schmitt tinha uma certa visão sobre o decisionismo, ligada à autoridade papal. Àquele tempo, o autor distinguia apenas dois tipos de pensamento jurídico, o decisionismo e o normativismo. Em uma segunda edição de tal obra, em 1933, Schmitt acrescenta um terceiro tipo de pensamento: o institucional.³⁷⁰ É nesse sentido que o autor publica, no ano seguinte, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens – Sobre os três tipos de pensamento jurídico –*, no qual ele explora tais concepções de direito, mostrando como cada uma delas considera o seu elemento característico – norma, decisão ou ordem concreta – como o fundamento de todo o direito, de forma que as noções dos outros dois elementos dele são, na verdade, derivados. Assim, um tipo pensa direito como norma, outro como decisão e o último enquanto ordem.³⁷¹

Neste opúsculo, Schmitt, influenciado pelo pensamento de Santi Romano, reconsidera sua concepção de decisionismo tomada anteriormente, ao passo que leva em consideração a existência de uma ordem concreta existente anterior à decisão. Se, em 1922, o autor considerou o poder soberano como um espelho do poder do Papa, no âmbito da Igreja, sendo ambos infalíveis, em 1934, percebe que a autoridade do *Summus Pontifex* advinha não de si próprio, mas da Igreja de Cristo. A decisão infalível do Papa não funda, então, uma ordem concreta, mas a pressupõe.³⁷²

Assim, quando Schmitt fala do “puro nada-mas-decisão”³⁷³ em *Politische Theologie*, há, na verdade, uma ordem já pressuposta. A decisão já estava incorporada a essa ordem. Em contraposição a esse tipo de decisionismo ligado à ordem concreta, o autor vê, novamente, em Thomas Hobbes o clássico caso de um pensamento decisionista, elaborado em sua forma mais pura. Em Hobbes, afirma Schmitt, “todo o *Direito*, todas as normas e leis, todas as interpretações das leis e todas as ordens são [...] essencialmente decisões do soberano”.³⁷⁴

De fato, o estado de natureza hobbeasiano é uma ausência total de direito e ordem. Um momento de guerra de todos contra todos, no qual a cada um é permitido fazer tudo que lhe convenha e onde a vida do homem é pobre, curta e solitária. Há, sempre, o temor e a constante ameaça de uma morte violenta. Essa situação infeliz é superada ao passo que cada homem desiste do direito de se governar e confere ilimitada *auctoritas* a um outro para fazê-

³⁷⁰ Idem. *Teologia política*. op. cit. p. 4.

³⁷¹ Idem. *On the three types...* op. cit. p. 43.

³⁷² Ibidem. p. 60.

³⁷³ Ibidem.

³⁷⁴ Ibidem. p. 61.

lo em seu nome. A espada do soberano, então, funda a ordem, dissipando o caos e a insegurança do estado de natureza, e estabelece o direito, que é a manifestação de sua vontade.³⁷⁵

O que Schmitt vê aí é uma “pura decisão” desvinculada de qualquer normatividade e ordenação prévia. Ela é justamente o alfa e o ômega. Assim, o autor retoma a expressão *Auctoritas, non veritas facit legem* para afirmar que não se trata de uma autoridade submetida previamente a uma *potestas*, mas ao mesmo tempo de uma *summa auctoritas* e *summa potestas* em um só. É a instituição de todo tipo de ordem, seja estatal, jurídica, econômica, a partir do absoluto Caos, da desordem, que caracteriza, portanto, a decisão soberana.³⁷⁶

O verdadeiro sentido do decisionismo de Carl Schmitt, aprimorado em 1934, se mostra então por um decisão ordenadora, diferente da decisão papal, previamente submetida a uma ordem. Assim, “na Igreja católica romana, o Papa é infalível porque é Papa; no decisionismo hobbesiano, pelo contrário, o soberano é soberano porque é infalível”³⁷⁷ ao passo que com a unificação entre *auctoritas* e *potestas* se supera a desordem. Estabelecida a ordem, o soberano, então, está submetido ao próprio sentido da ordem, buscando preservá-la. Assim, o decisionismo puro ao desembocar em um decisionismo institucional, isto é, ligado a um pensamento de ordem concreta, não viola, ao menos, a primeira tese de *Politische Theologie*, uma vez que a decisão sobre a exceção se volta, justamente, para manter a ordem fundada pela pura decisão soberana originária.

Ao passo, então, que a decisão soberana corresponde à fundação última de toda validade e valor jurídico, tem-se no decisionismo uma certa concepção de justiça. A partir de Hobbes, a lei – a palavra do soberano – é a medida do justo e do injusto. Assim, reduz-se justiça à Lei. No primeiro capítulo, denominou-se tal ideia de formalismo ético, ligado normalmente com um positivismo ético. Tomando a interpretação schmittiana de Hobbes, uma vez que o direito é fruto da decisão, em última instância, tem-se uma justiça *decisionista*, baseada no comando do soberano. Cruzando a justiça soberana com a legal, observa-se uma aproximação entre decisionismo e positivismo jurídico. De fato, Schmitt afirma que uma combinação de normativismo e decisionismo é a característica do pensamento positivista, uma vez que a ordem jurídica concreta, segura, certa, regulada por um estrito método

³⁷⁵ HOBBS. *Leviatã*. op. cit. p. 103, 130, 140.

³⁷⁶ SCHMITT. *On the three types...* op. cit. p. 61-62.

³⁷⁷ SÁ. *O poder pelo poder...* op. cit. p. 445.

científico pressupõe, precisamente, uma outra ordem fática, pacífica e normal, que só pode ser inaugurada por uma decisão soberana. O fato de que o positivismo posteriormente tenta minorar o caráter subjetivo do direito, transformando-se em um normativismo, não faz desaparecer a origem decisionista do direito.³⁷⁸

Ao passo que a justiça e o direito se encontram, em última instância, na decisão do soberano, ela nunca pode errar, tampouco ser contrária ao direito, apenas à lei. A decisão, então, é sempre um começo. Uma decisão oposta a uma regra estabelecida faz sempre direito, alterando ou suspendendo a norma. Assim, a força de lei³⁷⁹ da decisão não é, de instância alguma, derivada, mas originária – a decisão contém em si mesma *auctoritas e potestas*.³⁸⁰ A decisão, então, é dotada de uma força de lei absolutamente apartada da lei. Ela pretende incluir no ordenamento jurídico um elemento extra- ou não-jurídico como se dotado de legalidade o fosse, tal qual o estado de exceção. Assim, a decisão separa de um lado as leis, não as aplicando, suspendendo-as, e de outro adquire sua força, precisamente, dessa suspensão. Para Agamben, tem-se aí uma força de lei sem lei; é assim que o filósofo italiano cunha o sintagma “força de lei”, no qual “lei” aparece sobreposta por um X, cancelando-a.³⁸¹

Ao se tratar, rapidamente, de justiça, no começo dessa pesquisa, o objetivo não era observar como ela pode se reduzir à força do soberano. Pelo contrário, a ideia era vislumbrar uma concepção legalista de justiça a partir da perspectiva de um direito jurisprudencial, de forma que se falou em “o precedente é o precedente ou, ainda, a decisão é a decisão”, o que reduz a justiça e o direito à força do juiz. A decisão, nesse caso, não é mais a soberana, mas a judicial. Tem-se aí a contraposição entre o juiz e o soberano. A tarefa, então, é observar em que medida é possível aproximar o realismo jurídico do decisionismo de Carl Schmitt e se, em última instância, é possível dizer que ele se trata, por si só, de um decisionismo. Em outras palavras, se a decisão judicial dos realistas é dotada de “força de lei”.

Para uma adequada aproximação entre realistas e Carl Schmitt, é preciso levar em consideração uma teoria da adjudicação do jurista alemão, uma vez que é, em certa medida, disso que o realismo jurídico se trata, principalmente. Nesse sentido, recorre-se a *Der Hüter*

³⁷⁸ SCHMITT. *On the three types...* op. cit. p. 65-70.

³⁷⁹ Para uma genealogia do conceito *força de lei* desde a formulação do brocardo *quod placuit principi, habet vigorem legis* – aquilo que agrada ao príncipe força de lei terá – até o sintagma “força de lei” abambeniano, cf. CONTINI, Eduardo. *Quod principi placuit: uma genealogia da força de lei*. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Orientação: Profa. Dra. Jeanine Nicolazzi Phillipi. Florianópolis, 3 de dezembro de 2018.

³⁸⁰ SCHMITT. op. cit. p. 59-60.

³⁸¹ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção: homo sacer*, II, I. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 61.

*der Verfassung*³⁸² e a um dos primeiros escritos de Carl Schmitt, menos conhecido, *Gesetz und Urteil*³⁸³, de 1912.

Nessa última obra, o autor inicia sua investigação questionando quando que se pode considerar uma decisão judicial correta. O senso comum, diz ele, valora uma decisão a partir de sua conformidade ou não com a lei. Esse ideal, baseado na máxima de Montesquieu de que o juiz deve ser a boca que pronuncia as palavras da lei, no entanto, é longe de ser factível, uma vez que diversas são as situações em que há dúvida quanto à aplicação da lei.³⁸⁴ Franco de Sá vê aí a primeira ideia de uma dicotomia normal-excepcional em Schmitt, conforme a qual a decisão somente poderia ser reduzida à lei nos casos em que “a lei prescreve inequivocamente ao juiz julgar um determinado caso de uma determinada maneira”³⁸⁵. Nos outros casos, em que a lei não é clara, depara-se com um caso excepcional, no qual o ser não pode ser subsumido a partir de um dever-ser. Presumir que o conteúdo da decisão pode ser totalmente retirado da norma seria excluir qualquer situação excepcional do campo do direito, de forma que ele seria pura normatividade.³⁸⁶

Schmitt, então, lança a partir da decisão judicial as bases para seu decisionismo. A crítica aí presente é a mesma que se encontra, mais tarde, em *Politische Theologie* sobre o estado de exceção e a decisão soberana. De fato, o direito sempre remete a uma facticidade que não se encontra na norma. Há, sempre, um elemento pessoal na efetivação do direito, seja em seu centro, seja em sua periferia. Deve-se levar em conta o comando de uma autoridade competente. As concepções liberais do direito, criticadas pelo alemão, de alguma forma estão cientes disso. É nesse sentido que se propõe que o juiz leve em conta a vontade da lei. A reconstrução hermenêutica da vontade da lei ou da vontade do legislador é, para Schmitt, entretanto, outro embuste. Uma tal vontade apenas pode ser encontrada por meio de um processo interpretativo, que constrói, não reconstrói um legislador ideal.³⁸⁷ A vontade legislativa, então, não é o ponto de partida de um juiz, mas o produto de sua própria interpretação. Ela surge, portanto, da discricionariedade do juiz.³⁸⁸

³⁸² SCHMITT. *O guardião da constituição*. Trad. Geraldo de Carvalho. Coordenação e Supervisão Luiz Moreira. 1.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007c.

³⁸³ Idem. *Legge e giudizio*. Uno studio sul problema della prassi giudiziale. Milano: Giuffrè, 2016.

³⁸⁴ Ibidem. p. 9-16.

³⁸⁵ Ibidem. p. 14. Tradução livre. Original: “la legge prescriverebbe in modo univoco al giudice di giudicare una data fattispecie in un dato modo.”

³⁸⁶ SÁ. *O poder pelo poder*. op. cit. p. 74.

³⁸⁷ SCHMITT. op. cit. p. 46.

³⁸⁸ SCHEUERMAN, William. *Carl Schmitt : The End of Law*. Oxford: Rowman & Littlefield Publishers, 1999. p. 21.

Assim, Schmitt conclui que a conformidade com a lei não pode, de forma alguma, ser um padrão adequado. O processo judicial remete, necessariamente, a um elemento de fora da própria normatividade. Se o critério não está no dever-ser, logo deve se encontrar na própria realidade fática. Isso não quer dizer, entretanto, que a medida do certo e errado esteja no juiz em si. Sustentar o fato de que a correção de uma decisão não se baseie na conformidade à lei “não significa, de modo algum, abandonar a busca por um critério de valoração objetivo, remetendo tudo à subjetividade do juiz”³⁸⁹; fato esse que Schmitt considera evidente, embora o óbvio precise ser dito.

Assim, o juiz, desvinculado da lei, não está permitido a julgar conforme bem entender. Seus pontos de referência não são sua própria subjetividade e inclinações pessoais. A lei ainda é um porto no qual o juiz deve se ancorar.³⁹⁰ Ela apenas não é um critério objetivo para avaliar uma decisão, visto que se encontra em outro plano. Assim, somente a própria realidade pode ser um padrão para o juiz: a realidade da prática judicial hodierna. É nesse sentido que Schmitt afirma que uma “decisão judicial deve ser, hoje, considerada correta quando se pode assumir que um outro juiz teria decidido do mesmo modo. “Um outro juiz” significa aqui o tipo empírico do jurista moderno culto”.³⁹¹

Assim, como uma teoria da adjudicação, o que Schmitt propõe é algum tipo de teoria da predição. Há, no entanto, uma diferença substancial entre Schmitt e Holmes e realistas por ele influenciado. No âmbito do realismo jurídico três foram as variações de profecias possíveis analisadas: i) com Holmes, apoiado por Llewellyn, tem-se que direito é “as profecias do que os tribunais, de fato, farão”³⁹²; ii) com Cook e, subsidiariamente com Cardozo, a decisão cria direitos apenas à medida que seus fundamentos permitissem uma correta predição; e iii) com Frank, nenhuma possibilidade de vaticínio é possível, visto que o direito é absolutamente indeterminado. Os juízes realistas são total ou parcialmente livres para julgar, seja com base em suas idiossincrasias, seja com base em padrões sociologicamente determinados. Eles julgam; eles criam direito. Assim, não são eles que fazem predições de como eles julgariam a fim de determinar o que é o direito. Tal ideia

³⁸⁹ SCHMITT. *Legge e giudizio*. op. cit. p. 94. Tradução livre. Original: “Affermare che la correttezza di una decisione non viene più identificata nella sua “conformità alla legge” non significa però in alcun modo abbandonare la ricerca de un criterio di valutazione oggettivo, rimettendo di conseguenza tutto alla soggettività del giudice.”

³⁹⁰ Ibidem. p. 58, 102.

³⁹¹ Ibidem. p. 93.

³⁹² HOLMES. *The path of the law*. op. cit. p. 9. Tradução livre.

tautológica não é apta para determinar de forma alguma o que é o direito. As profecias são realizadas pelos advogados interessados na sentença. Para Schmitt, ao contrário, o juiz é o profeta: ao se deparar com um caso, o “juiz deve pensar em como um outro juiz teria julgado na mesma situação”³⁹³. Com isso, o jurista alemão não pretende dizer que cabe aos juízes codificar os julgados anteriores de outros juízes ou agir em plena conformidade com os precedentes, visto que tal configuraria analogamente o dever de julgar em conformidade com a lei. Ao invés do juiz-boca-da-lei, haveria o juiz-boca-do-precedente. Com o padrão “em conformidade com o *outro juiz*” Schmitt pretende apenas que a decisão judicial esteja em conformidade com a realidade da prática jurídica de fato, isto é, que o magistrado julgue considerando como seus pares o fariam. Nesse sentido, correta é a decisão previsível e calculável, mesmo que contrária à lei ou aos precedentes. É uma decisão mediana: caso o juiz acredite a opinião dominante é inadequada no caso com o qual se depara, ele tem a liberdade de julgar de outra forma, desde que argumente a fim de justificar seu desvio, ainda assim, previsível e calculável. A decisão correta está, então, dentro da média quantitativa, não qualitativa-teleológica, de decisões de outros juízes.³⁹⁴ Assim, dentre as três possíveis teorias da predição comum aos realistas, pode-se dizer que Schmitt se aproximaria mais da defendida por Walter Cook e Benjamin Cardozo, com a diferença de que esses colocam uma finalidade no direito.

Eis, então, outra diferença fundamental. Enquanto os realistas acreditam que o juiz cria o direito, para Schmitt, não se pode confundir a lei e a sentença, o legislador e o juiz.³⁹⁵ O jurista alemão entende que uma valoração teleológica do direito configura “política do direito”, do que os juízes devem se abster. O juiz não cria direito, mas sempre parte de algo já previamente estabelecido, mesmo que seja uma interpretação. Sua atividade nunca é completamente livre e discricionária. Mesmo quando o juiz está diante de um caso duvidoso ou lacunoso, ele age somente *como se* fosse legislador, sem nunca sê-lo, uma vez que a força normativa de sua decisão não advém de si próprio.³⁹⁶ A decisão judicial, para Schmitt, é apenas a aplicação do direito no caso concreto por delegação do soberano.

³⁹³ SCHMITT. op. cit. p. 137. Tradução livre. Original: “[...] giudice deve pensare a como un altro giudice avrebbe nella stessa situazione giudicato.”

³⁹⁴ Ibidem. p. 102, 138, 141.

³⁹⁵ Idem. *O guardião da constituição*. op. cit. p. 56.

³⁹⁶ Idem. *Legge e giudizio*. op. cit. p. 102, 128-132.

É preciso levar em conta que Schmitt escreve a partir de um direito, evidentemente, romano-germânico. O direito não é fruto do juiz, da decisão judicial, mas do legislador e, em última instância, da decisão soberana instituinte da ordem, seja originária, seja após um período de exceção. A diferença entre *civil law* e *common law*, no entanto, não é aqui tão relevante como se pode pensar. Basta lembrar que Carl Schmitt segue os passos do inglês Thomas Hobbes, quem considera o primeiro decisionista. De fato, Hobbes polemizou contra a *common law* ao afirmar que o direito é a palavra do soberano e que “a interpretação de todas as leis depende da autoridade soberana, e os intérpretes serão aqueles a quem o soberano [...] vier a designar”.³⁹⁷ Portanto, pode-se supor que as opiniões de Schmitt não seriam diferentes se tivesse escrito em país de direito anglo-saxão. A questão, para ele, é a concentração do poder político em uma só pessoa, a fim de garantir, ao mesmo tempo, um estado de normalidade e um Estado politicamente homogêneo.

Assim, em *Der Hüter der Verfassung*, Schmitt elabora uma teoria do controle de constitucionalidade desvinculado do Judiciário,³⁹⁸ conforme a qual o Presidente do Reich é apresentado como o adequado guardião da Constituição. O autor não confunde Constituição com lei constitucional, sendo a primeira “a decisão política da totalidade do povo, homogêneo em si”.³⁹⁹ Assim, ele entende que apenas o Presidente do Reich pode ser o verdadeiro guardião da Constituição, ao passo que está no centro de um sistema de neutralidade e independência político-partidária. Isto é, uma vez eleito pela totalidade do povo, sua função é manter a totalidade do Estado, podendo inclusive suspender a ordem jurídica a fim de protegê-lo. Nesse sentido, a guarda da Constituição está intimamente ligada à decisão sobre o estado de exceção, o que mostra a falsa separação de Schmitt entre o senhor soberano do Estado e o guardião da Constituição.⁴⁰⁰

A neutralidade do guardião da Constituição não implica, entretanto, um caráter apolítico. Pelo contrário, é político por natureza, pois voltado precisamente à preservação do Estado. Nesse sentido, de nenhuma forma pode-se atribuir à Justiça a guarda da Constituição, apolítica por excelência. Revendo aspectos discutidos em *Gesetz und Urteil*, Schmitt afirma,

³⁹⁷ HOBBS. *Leviatã*. op. cit. p. 220.

³⁹⁸ Costuma-se contrapor ao *Guardião da Constituição* a obra de Hans Kelsen sobre a mesma temática, *Jurisdição Constitucional*, na qual defende a ideia de um tribunal de controle de constitucionalidade. Ao passo que o objeto aqui não é analisar o próprio sistema de Schmitt, mas apenas apresentar suas críticas ao controle judicial, não se explorará tal debate.

³⁹⁹ SCHMITT. *O guardião da constituição*. op. cit. p. 101.

⁴⁰⁰ *Ibidem*. p. 193, 232-233.

em *Der Hüter der Verfassung*, que “toda justiça está vinculada a normas”⁴⁰¹, sendo tal vinculação o próprio fundamento de sua independência, prevista no artigo 102 da Constituição de Weimar.⁴⁰² Mesmo que se conceda aos juízes certa liberdade para julgar, eles nunca detêm de total discricionariedade para agir conforme bem entenderem. A justiça somente é independente enquanto apolítica e se determina a validade e o significado das leis age enquanto legislador, não enquanto justiça, de forma que deixa de ser independente e apolítica. Deixa, então, de ser efetivamente justiça.⁴⁰³ A separação entre Legislativo e Judiciário é, então, uma característica essencial do Estado em Schmitt. Em nenhum momento o magistrado pode ser legislador, visto que recai-se em uma “politização da justiça”⁴⁰⁴.

O direito de exame judicial – o controle de constitucionalidade, propriamente dito – não implica, de forma alguma, uma superioridade do juiz ao legislador. Para Schmitt, nenhum juiz tem o poder de retirar validade de uma lei, mas apenas de não a aplicar. Assim, o exame judicial é somente “uma espécie de *estado de emergência* do juiz”⁴⁰⁵ em que diante de vinculações contraditórias deve *decidir* ainda assim. A escolha recairá sobre uma lei ou outra. Schmitt reconhece que “toda instância que coloca, autenticamente, um conteúdo legal duvidoso fora de dúvida, atua no caso como legislador”⁴⁰⁶. O exame judicial, no entanto, é exercido difusamente, ou seja, é uma prerrogativa de todos os juízes, de forma que caso se reconhecesse a guarda da Constituição ao Judiciário, haveria tantos legisladores quanto juízes. A consequência de uma tal formulação não é a manutenção da “totalidade do povo, homogêneo em si”, mas um “direito geral à *insubordinação* e, por fim, à *resistência*”⁴⁰⁷. Ao passo que diversas instituições ditam a última palavra sobre o direito, surgem tantos direitos contraditórios quanto forem as palavras finais. O estado normal não pode advir dessa situação, mas apenas uma insubordinação que põe em risco o Estado. A função do guardião da Constituição, ou do soberano, o que é o mesmo, não é gerar a insubordinação, mas torná-la supérflua – neutralizá-la.⁴⁰⁸

⁴⁰¹ Ibidem. p. 28.

⁴⁰² Artikel 102. *Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen*. Em tradução livre: “Os juízes são independentes e subordinados apenas à lei.” In: DEUTSCHLAND. Die Verfassung des Deutschen Reiches (“Weimarer Reichsverfassung”). 1919. Disponível em: <http://www.verfassungen.ch/de/de19-33/verf19-i.htm>. Acesso em 27.11.2018.

⁴⁰³ SCHMITT. *O guardião da constituição*. op. cit. p. 28, 55.

⁴⁰⁴ Ibidem. p. 33.

⁴⁰⁵ Ibidem. p. 30. Grifos no original.

⁴⁰⁶ Ibidem. p. 67.

⁴⁰⁷ Ibidem. p. 31. Grifos no original.

⁴⁰⁸ Ibidem. p. 28-32.

É a garantia da normalidade e da homogeneidade do Estado que configuram a guarda da Constituição. Os juízes, para Schmitt, não são soberanos, mas submetidos àquele que decide sobre o estado de exceção. Eles não podem suspender a ordem jurídica em sua totalidade, tampouco em partes. Sua atuação se resume a, no caso de contradição entre dispositivos legais, não aplicar um deles. Concomitantemente, nessa atuação limitada, ainda assim, “reside um elemento de *pura decisão* que pode ser derivado do conteúdo da norma. [...] Mesmo um tribunal exercendo seu direito de exame tão-só acessoriamente, é visível esse elemento *decisionista*”⁴⁰⁹. Embora Schmitt aceite que direito é contingência, que “todo Direito é «direito situacional»”⁴¹⁰, tal não se refere ao juiz, mas ao soberano. O direito depende da situação normal estabelecida pelo soberano. É no monopólio da última decisão, soberana, que repousa o direito.

Um paralelo entre Carl Schmitt e o realismo jurídico estadunidense se dá, então, a partir de uma série de questões correlatas entre si: autoridade, competência, soberania, infalibilidade. A aproximação definitiva entre eles se apresenta com a resposta à pergunta básica da teoria do direito: *O que é o direito?* É decisão, concordarão todos esses juristas. Os realistas apenas, tal qual Kelsen, ignorarão a problemática decisiva da soberania e dirão: é a decisão judicial.

De fato, desde Oliver Wendell Holmes Jr. se observou um afastamento das ideias de John Austin, conforme o qual o direito seria emanção do soberano. De nenhuma forma, uma teoria do poder supremo é desenvolvida pelos autores estadunidenses aqui estudados. Dentre os principais juristas tratados neste trabalho, apenas Cardozo cita uma questão de soberania. Para ele, ela pertence ao Estado; e, sendo os juízes órgãos desse, devem-lhe respeito.⁴¹¹ O magistrado não aprofunda para além disso. De fato, se tivessem os realistas tratado da soberania, somente poderiam ter recaído em uma ideia de soberania popular e de que os juízes agem em nome do povo. Qualquer ideia para além disso, como abertamente defender uma soberania dos juízes ou uma supremacia judicial, seria ir contra o próprio texto constitucional e a ideia de uma soberania popular. Assim, se alguns juristas estadunidenses, como Gray e Frank, flertam com uma tal supremacia, só poderiam realmente silenciar sobre o assunto, contornando-o. Cardozo e Llewellyn, por outro lado, levam em consideração, de alguma

⁴⁰⁹ Ibidem. p. 67. Grifou-se.

⁴¹⁰ Idem. *Teologia política*. op. cit. p. 14.

⁴¹¹ CARDOZO. *The growth of the law*. op. cit. p. 49.

forma, tal poder do povo, ao passo que colocam com a finalidade do direito o bem-estar da sociedade, ainda que tal conceito aberto seja determinado justamente pelos juízes.⁴¹² John Chipman Gray é o único que se alonga minimamente sobre a questão. Afirma que a importância da soberania é exagerada, no âmbito da teoria do direito, de forma que teoricamente essa ideia é desnecessária para compreender o direito. Ademais, diz ainda que é impossível estabelecer um soberano à Austin nos Estados Unidos da América e é, de extrema dificuldade e pouco uso, descobrir quem são os reais governantes de uma nação. A questão para ele é fática e não jurídica.⁴¹³ O argumento não deixa de ser semelhante ao refutado por Schmitt em relação a Kelsen. Para Schmitt, a questão da soberania, como se viu, é simultaneamente política e jurídica, fática e normativa. O soberano está dentro e fora da Constituição: é aquele que pode declarar o estado de exceção, suspendendo toda a ordem jurídica. No sentido do caso excepcional, os realistas não citam uma só palavra.⁴¹⁴ Assim, para Schmitt, eles teriam se mostrado como tão formalistas ou positivistas quanto Kelsen. Uma negação da soberania somente adia o momento decisivo, mas não pode postergá-lo infinitamente. A verdade eventualmente se vingará.

O motivo imediato para essa recusa da soberania é evidente: tratou-se de uma defesa da própria *common law*, ao menos em um primeiro momento. Tal defesa foi elevada às últimas consequências, originando as formas mais extremas do realismo jurídico. Observou-se, no início dessa pesquisa, que o direito da tradição anglo-saxã é construído jurisprudencialmente, ou seja, a partir dos casos concretos com que os juízes se deparam. As decisões judiciais têm força de lei, mas à medida que dentro da moldura do *stare decisis* e da interpretação e aplicação da lei, trata-se de uma força de lei não separada da lei. A força da decisão provinha da própria lei. O direito da *common law*, então, não é decisão, mas jurisprudência: uma construção racional e coletiva dos tribunais. Ou se é decisão, por exemplo, diante de um caso inédito, em que o juiz cria o direito para aquela hipótese, ele o faz baseado na lei e na Constituição. É dela que provém o poder do juiz.

⁴¹² CARDOZO. *A natureza do processo judicial*. op. cit. p. 46. LLEWELLYN. *A realistic jurisprudence*. op. cit. p. 461-462.

⁴¹³ GRAY. op. cit. p. 74-79.

⁴¹⁴ Max Radin é uma exceção. Em 1942, escreve um artigo sobre *Martial Law and the State of Siege* (*In: California Law Review*, v. 30, n. 6, 1942, p. 634-647), que se limita a fazer uma breve análise sobre a questão do estado de exceção na França. De todo mundo, o jurista não é um dos principais ora tratados e tal escrito, além de exceder o período histórico analisado nessa pesquisa, é de pouca relevância, sem tratar da questão nos Estados Unidos.

O realismo jurídico revolucionou essa logística. A primeira questão para tanto foi o ceticismo em relação às regras – o que, por si só, já se apresenta como uma divergência entre os realistas e Carl Schmitt, quem não recusava a existência de normas, mas apenas as submetia à decisão soberana. O realismo jurídico negou, por vezes, a própria existência das regras, ou, por vezes, a cogência de tais regras, isto é, a obrigação de os juízes as aplicarem. De uma forma ou de outra, o direito deixou de ser uma ordem normativa, para se tornar descritiva. Quando Llewellyn fala que o foco nas regras não permite compreender o que o direito é, há aí uma confusão entre os mundos do ser e do dever-ser. Schmitt não cometeu o mesmo erro: em *Recht und Macht*, mostrou como o direito é normatividade – um puro dever-ser – que visa a determinar o mundo do ser, mas que não pertence, propriamente, a ele, sendo necessária uma mediação para que possa se efetivar.^{415,416} Essa mediação, para Schmitt, como se viu, se dá pela decisão. O mesmo é válido para os realistas, que influenciados por um pensamento empirista, não pensaram diretamente a questão do poder que aplica a norma, mas a eficácia, a aplicação-em-si – não a mediação, mas o resultado final. Nesse sentido que Llewellyn e Frank afirmam que as regras, não passando de palavras ao vento, não sendo aplicáveis por si só, não são direito. Direito somente pode ser, para eles, um fato concreto: uma sentença. Frank, afinal, afirmou que o verdadeiro legislador é aquele com autoridade para transcrever regras em julgamentos específicos.⁴¹⁷

O que se observa, então, é o realismo jurídico como um reducionismo a partir do elemento da eficácia. Não aceitando qualquer tipo de normatividade, a lei – que já tinha um

⁴¹⁵ SCHMITT. *Direito e poder*. op. cit. p. 330.

⁴¹⁶ Já Hans Kelsen entende que o direito é uma normatividade, ou seja, prescreve um dever-ser, mas que habita o mundo do ser, à medida que a norma é *posta* e possui uma existência desvinculada do ato de vontade que a originou. Assim, uma norma não é válida em razão da autoridade do sujeito, mas em decorrência de uma norma hierarquicamente superior, que autorizou o legislador a produzir tal norma. In: KELSEN. *Teoria pura do direito*. op. cit. p. 4-11. Entre o normativismo de Kelsen, o decisionismo de Schmitt e o realismo de Frank, pode-se perceber, então, uma gradação entre direito como dever-ser para ser. Na teoria de Kelsen, percebe-se que o direito também é uma pura normatividade, mas que existe no mundo real. Assim, uma norma depende sua existência de outra: seja quanto à produção, seja quanto à execução de seu conteúdo. O ponto último de validade será, para o autor, a norma fundamental. Assim, todo o direito depende, em última instância, de uma norma, de um elemento jurídico por natureza. Já Carl Schmitt classifica direito como pura normatividade, de forma que necessita de um aspecto pessoal para efetivá-lo. No entanto, isso não se aplica para criação do direito. Em *Recht und Macht*, Schmitt não pretende afirmar que o direito surge, de fato, antes do Estado, mas que é a própria razão de ser do Estado. Assim, esse vem para criar e efetivar o direito, ordenando e localizando a sociedade. Em última instância, em seu momento de criação originário, direito é decisão e, diante da ordem jurídica e estatal, isso fica evidente no momento de suspensão da primeira em face da segunda no advento de um caso excepcional. Quanto ao realismo de Frank, por fim, e essa é a questão a ser desenvolvida em seguida, o direito é reduzido à decisão do juiz; o direito é meramente um fato, está no mundo do ser em sua totalidade, sem qualquer remissão à uma normatividade anterior ou posterior. Para Kelsen, uma pura normatividade; para Schmitt, uma decisão, em última instância, na origem e na exceção; para Frank, toda e cada decisão, um puro ser.

⁴¹⁷ FRANK. op. cit. Posição 2645-2647.

papel delicado na *common law* – deixa de ser direito, propriamente dito, para se tornar apenas fonte do direito.⁴¹⁸ Sem qualquer regra que determine como o juiz deve julgar e que o vincule, tem-se o “pode, mas não deve” julgar com total discricionariedade. Tal dever, no entanto, é meramente moral e, diante das finalidades do direito, há deveres morais maiores que a coerência com o passado. O direito não é um fim em si mesmo. Uma vez mais, com a redução do direito a uma facticidade – o que, para Schmitt, é tratar o direito como a pistola do ladrão –, os realistas recorrem à única manifestação concreta de juridicidade que podem averiguar: a decisão.

A questão é que, para que se mantivessem coerentes, a negação da normatividade realista implica também uma recusa do próprio *stare decisis*. Cardozo afirmara que a doutrina do precedente era a regra do direito, não a exceção, mas a relativiza a todo momento. Com Karl Llewellyn e Jerome Frank vê-se a inversão dos princípios. Tal qual a lei, o precedente não passa de palavras ao vento: necessitam de uma força, a do juiz, para que se possa aplicá-lo. Tal completo ceticismo, então, acaba por recusar qualquer *corpo* geral que possa constituir o direito. Dessa forma, recai-se em uma das posições extremas que Benjamin Cardozo tentou evitar, qual seja, a de que o direito se resume à decisão do juiz e, assim, a “uma sucessão de julgamentos isolados que perdem sua força como direito assim que as controvérsias que lhe deram origem foram resolvidas”.⁴¹⁹

As problemáticas resultantes de uma tal concepção de direito decorrem da confusão entre Legislativo e Judiciário. De fato, na maioria dos autores realistas, a figura do juiz se confunde com a do legislador. Alguns são mais expressos quanto a isso, como Gray⁴²⁰, Cardozo⁴²¹ e Frank⁴²², mas essa característica pode ser identificada também em Holmes⁴²³ e Llewellyn⁴²⁴, bem como em outros juristas trabalhados aqui rapidamente, como Corbin ou Cook.⁴²⁵ A ideia então é que o juiz nunca age apenas juridicamente, mas também politicamente. Para ele, o ser e o dever-ser de sua decisão são uma coisa só. Do que se infere

⁴¹⁸ Ibidem. Posição 2638-2639. Também em GRAY. op. cit. p. 125. “[...] legislative acts, statutes, are to be dealt with as sources of Law, and not as part of the Law itself [...]”.

⁴¹⁹ CARDOZO. *The growth of the law*. op. cit. p. 36-37.

⁴²⁰ GRAY. op. cit. p. 121.

⁴²¹ CARDOZO. *A natureza do processo judicial*. op. cit. p. 83-94.

⁴²² FRANK. op. cit. s/p. Posição 2640 et. seq.

⁴²³ HOLMES. *The common law*. op. cit. p. 22.

⁴²⁴ LLEWELLYN. *Some realism about realism*. op. cit. p. 1250.

⁴²⁵ Esta confusão legislador-juiz é, de fato, um ponto chave das discussões de teóricos da *common law* como um todo. Como se observou no primeiro capítulo, remonta-se tal disputa, pelo menos, aos tempos de Edward Coke e Thomas Hobbes.

também que para os magistrados realistas não há qualquer distinção entre direito e moral no momento de aplicação-criação do direito. Ou, tampouco, entre direito e justiça. Eis então a questão: a decisão é justa simplesmente por ser decisão.

Da confusão entre lei e sentença, juiz e legislador, Schmitt discorda completamente. Para ele, um Judiciário independente – vinculado à lei – é uma das condições do Estado de Direito.⁴²⁶ É nesse sentido que Schmitt se contrapõe ao controle judicial de constitucionalidade, porque, uma vez ligado a uma ideia normativista de direito, em que o soberano é o próprio direito, a verdadeira soberania residiria, então, nas pessoas que controlam a constitucionalidade das leis, que têm a última palavra sobre o direito, nos juízes. Para Schmitt, é impossível que uma lei seja guardiã da Constituição ou que ela guarde a si mesma, a partir de um tribunal constitucional. A tautologia aí presente se revela ao se considerar os casos em que a Constituição apresenta obscuridades ou contradições. A remoção dessas exige uma ato de interpretação promovido por um agente concreto. Novamente, a normatividade é remetida à facticidade. Um tal ato interpretativo é a própria definição do conteúdo legal de uma norma e, portanto, um ato legislativo. Ao cotejar a subordinação do juiz à lei com o direito de exame judicial, Schmitt vê o elemento decisionista na decisão de um tribunal o qual, mesmo que apenas incidentalmente, age “como legislador constitucional”⁴²⁷, exercendo “função altamente política”^{428, 429}

Assim, o jurista alemão entende que quando um juiz exerce seu direito de exame judicial, ele não controla, de fato, a constitucionalidade da lei. Um magistrado nunca tem o poder de declarar um ato normativo como inconstitucional, ao passo que isso implica sua revogação, função típica e exclusiva do legislativo. Ele, ao contrário, diante da emergência do caso concreto, deixa de aplicar uma lei em função de outra. Essa decisão não tem qualquer tipo de efeito vinculante para outros juízes para além da possibilidade de fazer um precedente.⁴³⁰ Se uma decisão judicial tiver o poder de retirar uma lei do ordenamento jurídico, ela não é mais meramente uma sentença. E assim, a justiça não é mais apolítica e o agente não é mais um juiz. Essa politização da justiça faz com que o juiz seja o legislador, ou se coloque acima dele, e com que o Estado legiferante se torne um Estado judicial.

⁴²⁶ SCHMITT. *O guardião da constituição*. op. cit. p. 55-56.

⁴²⁷ Ibidem. p. 67.

⁴²⁸ Ibidem. p. 70.

⁴²⁹ Ibidem. p. 60-70.

⁴³⁰ Ibidem. p. 28-33, 46.

Schmitt classifica os tipos de Estado conforme a área em que se concentra o cerne de sua atividade. Há, assim, Estados jurisdicionais, legiferantes e executivo. O autor entende que a essência do Estado é revelada abertamente diante do estado de exceção. O primeiro deles se utiliza da jurisdição marcial, isto é, de uma justiça sumária; o segundo, de decretos de emergência e exceção, a partir de um processo legislativo sumário; e o terceiro se apresenta a partir da transferência de todo poder ao executivo, juntamente com a suspensão de direitos fundamentais.⁴³¹ Com a remissão ao estado de exceção nesse momento, Schmitt apenas reafirma sua teoria da soberania. É possível supor, sem prejuízo da teoria de Carl Schmitt, que um Estado se apresenta como de um tipo no caso normal e como de outro no caso excepcional. Isso não significaria uma mudança da forma de Estado com o advento da exceção, mas apenas que *em sua essência*, ou seja, em última instância, o Estado sempre foi do tipo que se revelou na exceção. Essa suposição se dá em razão do silêncio dos realistas jurídicos estadunidenses sobre o caso excepcional.⁴³²

Para além da remissão ao estado de exceção, o que caracteriza cada Estado é a própria infalibilidade e irrecorribilidade da decisão. Assim, observa-se se a decisão final sobre uma questão está no legislativo, no mandatário ou no juiz responsável por um litígio. No Estado judicial, a decisão concreta do caso, afirma Schmitt, se apresenta imediatamente como uma manifestação do direito, da justiça e da razão, sem que seja pré-determinado por uma normatividade. O juiz cria e aplica o direito, fazendo-o valer *erga omnes*, inclusive contra o legislador. Para Schmitt, a ideia de um Estado judicial é pré-moderna, ao passo que o juiz buscaria na lei natural os fundamentos de sua sentença, isto é, em uma justiça separada do Estado ou um direito que lhe antecede e é superior.⁴³³ É nesse sentido que afirma a possibilidade do Estado judicial quando “normas definidas em seu conteúdo possam também ser pressupostas e serem reconhecidas de forma incontroversa sem o estabelecimento consciente e escrito de normas por um poder central organizado”.⁴³⁴

De fato, Carl Schmitt reconhece a atuação do tribunal federal estadunidense como aquela de um Estado judicial. A Suprema Corte dos Estados Unidos da América, percebe o

⁴³¹ Ibidem. p. 111.

⁴³² A suposição é necessária, também, diante da realidade histórica estadunidense, conforme a qual houve concentração de poderes excepcionais no Presidente da República, durante a guerra civil, a Primeira e a Segunda Guerra mundiais. Para uma breve história do estado de exceção nos Estados Unidos, cf. AGAMBEN. *Estado de exceção*. op. cit. p. 14, 34-38.

⁴³³ SCHMITT. *Legalidade e legitimidade*. op. cit. p. 3-6.

⁴³⁴ Idem. *O guardião da constituição*. op. cit. p. 112.

autor, examina a correção das leis e determina sua aplicabilidade ou não, apresentando-se “como guardião de uma ordem social e econômica, a princípio não-discutível, perante o Estado. [...] E]la tem um *poder transcendental* perante o Estado.”⁴³⁵ Schmitt, aqui, trabalha a ideia de uma ordem natural anterior ao Estado e concorda que nesse caso um tribunal poderia ser o guardião da Constituição a partir do direito de exame judicial. Essa ordem – os princípios sociais e econômicos, como os direitos fundamentais de liberdade e propriedade – é, nesse sentido, a própria e verdadeira Constituição a ser protegida contra a legislação, o governo e a administração.⁴³⁶

Ao afirmar que o “*ethos* do Estado jurisdicional consiste em o magistrado julgar diretamente em nome do Direito e da Justiça, sem que lhe sejam transmitidas ou impostas normatização dessa Justiça por meio de outros poderes políticos não judiciários”,⁴³⁷ Schmitt se aproxima muito da concepção dos próprios realistas jurídicos estadunidenses, não tivesse ele entendido a essência do Estado judicial como medieval⁴³⁸, inserindo as variáveis de justiça e ordem natural. Precisamente, para os realistas, o juiz julga diretamente em nome do Direito sem normatização de outro poder político não judiciário. Ele julga e cria o direito a partir do próprio poder político judiciário. É a autoridade do juiz, não a verdade, que faz o direito.

Como dito anteriormente, senão John Chipman Gray, que coloca algum tipo de freio ao poder do juiz, Jerome Frank certamente aponta para uma supremacia judicial. Percebe-se que sua pretensão é a transformação completa dos Estados Unidos de um Estado legiferante para um Estado judicial. Certamente, a guinada para essa mudança se deu, em 1803, como paradigmático julgado *Marbury v. Madison*, a partir do qual a Suprema Corte avocou para si o poder de controle de constitucionalidade das leis, colocando-se acima do legislativo e ditando a última palavra sobre o direito. Tal julgado é frequentemente ignorado pelos realistas. Dentre todos os autores aqui trabalhados, apenas Benjamin Cardozo tratar sobre o controle judicial das leis. Para ele, como visto, o poder restritivo do Judiciário garante que o Legislativo não ultrapasse os limites de sua autoridade, devendo-se manter essa função a cargo dos tribunais, desde que exercida considerando os fins do direito.⁴³⁹ Assim, ao passo que são os próprios

⁴³⁵ Ibidem. p. 22. Grifos no original.

⁴³⁶ Ibidem. p. 20-22.

⁴³⁷ Idem. *Legalidade e legitimidade*. op. cit. p. 7.

⁴³⁸ “O Estado medieval, e até hoje a teoria do Estado anglo-saxão, parte do princípio segundo o qual o núcleo do poder público é a *jurisdição*. Poder público e jurisdição são aqui equiparados.” In: SCHMITT. *O guardião da constituição*. op. cit. p. 111.

⁴³⁹ CARDOZO. *A natureza do processo judicial*. op. cit. p. 67-68.

juízes em suas sentenças que determinam quais são os fins do direito, os valores e as necessidades sociais, novamente, a decisão nunca pode estar incorreta. Adicionando-se à equação o poder de controlar a validade da leis, os juízes se colocam, a cada declaração de inconstitucionalidade, acima do legislativo. Uma supremacia judicial, é argumentada, então, também por Cardozo, quem entende que não há aí tipo algum de usurpação de poderes. Trata-se apenas da *common law*: a última palavra é dada pelos juízes.

Tratar o direito como uma sucessão de casos isolados não implica apenas uma confusão entre magistrado e parlamentar, mas para além disso um poder legislativo absoluto do juiz e a negação de todo o direito para além de cada momento de julgamento. Esta é, precisamente, a *teoria do direito* de Jerome Frank: *toda decisão é direito e não há nenhum mistério além desse*. Assim, sempre que um juiz decide um caso, ele cria direito unicamente para aquele caso, sem qualquer pretensão para o futuro.⁴⁴⁰ Tem-se, aí, uma forma mais extrema da afirmação schmittiana de que todo direito é situacional. A diferença em relação ao jurista alemão é que a contingência para ele se referia ao estabelecimento da ordem pelo soberano. Para os realistas, a ordem está pressuposta e a todo momento novo de adjudicação há uma nova contingência ou um novo direito, que são nesse sentido uma e mesma coisa. Isso certamente se apresenta em Frank, mas também em Llewellyn ao afirmar que há tantos direitos quantos leigos afetados. Assim, se para Schmitt, a ordem jurídica depende de uma decisão soberana, para Frank, que ignora a questão da soberania e da exceção, a ordem jurídica é a decisão judicial.

Uma unidade e homogeneidade do direito, então, é impossível. Schmitt reconhece o risco de um direito à insubordinação e à resistência que podem advir de uma tal ideia. Para ele, tais direitos colocam o próprio Estado em risco, devendo ser substituídos por uma normalidade absoluta na qual a norma pode ser aplicada.⁴⁴¹ A questão paradoxal é que, se de fato o direito é tal qual os realistas dizem que é ou, no caso extremo, tal qual Frank o afirma, a ordem se mantém, sem surgir um caos generalizado, apesar da inexistência de uma ideia de direito prolongada no tempo. O próprio papel do direito na ordenação da sociedade seria muito menor quanto se pensa, à medida que o direito surgiria apenas quando os indivíduos fossem trazidos perante uma corte. A razão para isso acontecer não é tratada pelos realistas,

⁴⁴⁰ FRANK. op. cit. s/p. Posição 2634-2652.

⁴⁴¹ SCHMITT. *O guardião da constituição*. op. cit. p. 31-32.

mas pode-se supor, com Holmes, que os *bad men* agem *conforme o direito* simplesmente por temerem um eventual emprego da força pública sobre si.

Para Schmitt, esse raciocínio não faz sentido. É, na verdade, absolutamente irracional. O jurista alemão entende que a sociedade depende sempre do direito, quando a situação é normal, ou da decisão soberana, que suspende o ordenamento jurídico, diante do caso extremo. Assim, ao passo que o direito seria uma normatividade remetida à facticidade para que possa se efetivar, ele depende sempre de uma decisão, de forma que, *em última instância*, o direito é decisão. O mesmo se dá na aplicação do direito pelo juiz. Ele deve se basear na lei, mas Schmitt reconhece que mesmo na atividade judiciária há sempre um elemento de decisionismo. O direito nunca é mera subsunção de uma norma, de forma que é impossível excluir o elemento pessoal de seu âmbito. Isso porque, invariavelmente, o juiz também vai se defrontar com algum caso em que não há nenhuma regulação pela lei ou que duas ou mais leis são aplicáveis a um mesmo caso. O juiz, que não pode se furtar da decisão, é amaldiçoado pela escolha. De um lado ou de outro, observa-se sempre a decisão concreta, seja soberana, seja judicial.

Já para o realismo, o direito é *puramente decisão*, desvinculada de qualquer normatividade. O dito dever de se basear na lei é meramente moral, mas o realismo nega, também, uma normatividade moral, ao passo que não pode ser verificada empiricamente. Se os juízes seguem as regras não é porque são vinculantes, mas por outros motivos, como inércia, precaução ou por se sentirem, apesar de sua liberdade, obrigados. O elemento mínimo de decisionismo presente na sentença do juiz de Schmitt se apresenta como um elemento máximo, “em sua absoluta nitidez”, em Frank. Em um grau menor, aparece também em Holmes, Gray e Llewellyn.

Segundo Schmitt, o direito somente pode ser *puramente* decisão no sentido apresentado em *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*: uma decisão soberana que afasta o caos e instaura a ordem. Após esse momento, a própria decisão estaria vinculada à ordem, visto que é voltada a conservá-la da ruína e, por consequência, do mesmo caos afastado.⁴⁴² Paradoxalmente, é possível pensar que em Jerome Frank tem-se uma visão mais extrema que a schmittiana: se de um lado, o autor não discorre sobre o verdadeiro caso excepcional, no qual a decisão não pode ser depreendida nem minimamente da decisão, isto é,

⁴⁴² SCHMITT. *On the three types...* op. cit. p. 60-62.

o caso em que a normatividade foi aniquilada; de um lado, já no caso normal, as regras são integralmente excluídas do âmbito do direito. Mesmo no caso normal, vigora apenas a decisão, a do juiz. Schmitt alegaria que tal decisão não é soberana, vez que se dá somente dentro de uma ordem instituída e não tem o *poder* de suspender o direito em sua totalidade. Frank responderia que não há direito a ser suspenso para além da própria decisão do magistrado. Assim, o caso normal não existe: *todo direito é excepcional*. Ou, ainda, a exceção se tornou a regra.

O limite do direito excepcional da decisão se dá somente com uma outra decisão. Quanto à decisão soberana de Carl Schmitt, isso fica evidente ao passo que é ela que instaura e revoga a exceção e a normalidade. No campo da decisão judicial, o limite é outro. Até que uma sentença seja reformada por outra hierarquicamente superior, ela configura direito. Tal afirmação remete para uma questão importante tratada por Schmitt e negligenciada, em algum nível, pelos realistas: a infalibilidade da decisão, característica exclusiva da decisão soberana. Soberano é aquele que detém “o monopólio da última decisão”⁴⁴³, sendo “essencial [...] que nenhuma instância superior avalie a decisão”⁴⁴⁴. Nesse sentido que Schmitt afirma que não é preciso ter razão ou direito para criar direito, mas apenas autoridade. A força de lei da decisão deriva de si mesma,⁴⁴⁵ sendo ela a própria medida do justo e do injusto. Para análise desses pontos, no realismo jurídico, remete-se a duas discussões diferentes: a correção da decisão e a possibilidade de apelação.

Se, diante do direito judicial de controlar a validade das leis a vontade do juiz se sobrepõe à do legislador, é preciso ainda perguntar: *Entre os juizes, quem tem a última palavra?* Rapidamente, seria possível responder “a Suprema Corte” e poupar, assim, um pouco mais de trabalho. Colheu-se pistas sobre sua importância ao decorrer desta pesquisa. No entanto, a questão não é tão simples e precisa de um pouco mais de cuidado, uma vez que o objetivo, aqui, é analisá-la pelos olhos dos realistas. Eles não só ignoraram a questão do controle de constitucionalidade, como também, de uma forma geral, a própria questão da última palavra. Preocuparam-se principalmente em analisar como o juiz julga, não como se dá um sistema de direito, uma estrutura judicial ou o ordenamento jurídico. O motivo para tanto está implícito na essência do próprio realismo jurídico: o ceticismo. Pressupor e analisar uma

⁴⁴³ SCHMITT. *Teologia política*. op. cit. p. 14.

⁴⁴⁴ Ibidem. p. 51.

⁴⁴⁵ Idem. *On the three types...* op. cit. p. 60.

hierarquia entre tribunais, exige a aceitação de algum tipo de corpo geral de normas que os regule. Como se pode afirmar que a Suprema Corte é a última instância de julgamento sem apelar a uma regra, a Constituição? Uma resposta para essa não é encontrada nos escritos realistas. Cardozo, enquanto um protorealista, aceita o poder da Constituição, colocando limites ao juiz a partir dela. Já Llewellyn e Frank, que recusam as regras de papel sem mediação da sentença de um juiz, não poderiam, sem cair em contradição, explicar porque um juiz no interior do Alaska não é competente para proferir a última decisão irrecorrível.

Dentre todos os autores analisados, o único que verdadeiramente negou a existência de regras, reduzindo o direito absolutamente à decisão, foi Jerome Frank. Ainda assim, em *Law and the modern mind*, há cerca de 40 referências à Suprema Corte, seja federal, seja de algum Estado federativo. Frank simplesmente reconhece a existência de tais cortes e as trata, de fato, como supremas. Para ele, isso não pode advir da Constituição, uma mera regra como qualquer outra – a própria rigidez da lei maior é uma falácia, visto que é, a todo momento, emendada informalmente pela interpretação da Suprema Corte.⁴⁴⁶ A fim de que seja possível manter a estrutura estatal erguida seria necessário supor, a partir de Frank, ao menos que certas leis, ordinárias ou constitucionais, e certos precedentes organizam a sociedade, apesar de não serem direito, mas apenas fontes do direito. Uma tal suposição seria, ao mesmo tempo, um absurdo. A teoria de Jerome Frank, enquanto uma teoria do direito e do Estado, é totalmente implausível e deveras limitada; já enquanto uma teoria da adjudicação, possibilita explorar um pouco mais a questão, reconhecendo a limitação da teoria geral na qual ela se insere.

Já se observou que Frank considera *todas as decisões judiciais* direito, independente de sua origem. Quanto à questão da recorribilidade e da decisão final inapelável, muito pouco diz Frank. Ainda assim, dois trechos são interessantes para se considerar: i) “Depois da decisão, ‘o direito’ fora fixado. Não havia mais cortes para qual um recurso pudesse ser direcionado. O julgamento da Suprema Corte dos Estados Unidos da América não poderia ser perturbado [...]”⁴⁴⁷; e ii) “Certamente, o direito não vem a ser apenas nos casos apelados para uma corte superior [*upper court*], que recitará uma regra ao declarar uma regra”⁴⁴⁸. Frank, de fato, não volta muito sua atenção às cortes de apelação, em razão do que chama do *Upper-*

⁴⁴⁶ FRANK. op. cit. s/p. Posição 5475-5491.

⁴⁴⁷ Ibidem. Posição 1345-1347. Tradução livre.

⁴⁴⁸ Ibidem. Posição 2681-2683. Tradução livre. Original: “Surely law does not come into being only in those cases that are appealed to an upper court which will write an opinion reciting some rules.”

Court Myth,⁴⁴⁹ conforme o qual os juristas desconsideram as manifestações de juízes de primeira instância para buscar o direito apenas nas superiores. Trata-se de um mito, visto que, precisamente, toda decisão é direito e continuará o sendo até que seja reformada. A última palavra do direito pode estar, então, realmente na Suprema Corte, mas pode estar também no juiz no interior do Alaska, desde que sua decisão não seja recorrida. Caso todos os recursos sejam apresentados e aceitos, por outro lado, a Suprema Corte terá a palavra final, visto que seu veredito é inapelável.

Schmitt afirma que, normativamente, “a decisão nasce do nada”.⁴⁵⁰ Sem dúvida esse é o caso também da decisão judicial realista, visto que não há normatividade no direito realista. Assim, nenhuma decisão é declaratória, mas apenas criadora do direito. Não há, no realismo, então, qualquer ideia de decisão incorreta, ao passo que uma norma nunca pode ser um parâmetro de avaliação. Nisso, Frank concordaria com Schmitt, mas discordaria do padrão do “outro juiz” de *Gesetz und Urteil*. Frank afirma isso categoricamente: “Se o juiz, em qualquer caso, chegar a um resultado ‘errado’ e emanar uma decisão discordante de suas próprias regras ou de qualquer outro, a decisão é, ainda assim, direito.”⁴⁵¹ Todo julgado é correto, uma vez que proveniente de autoridade competente para tanto, isto é, do juiz. Como afirma Schmitt, a força jurídica da decisão difere de sua fundamentação.⁴⁵² Assim, ela tem um valor autônomo, independente de seu conteúdo ou finalidade. *A decisão é decisão*, mesmo que considerada, por outrem, incorreta ou desviante de sua finalidade. De fato, na lógica de Frank, uma sentença nunca pode, também, contrariar seus fins, ao passo que é o próprio juiz que estabelece qual eles sejam. O fundamento da decisão, então, não é qualquer tipo de argumentação de que o magistrado se utilize, mas sua própria força de lei, a qual se apresenta tão-somente como força, uma vez que é, ou pode ser, absolutamente apartada da lei.

De todo modo, Frank afirma que, certamente, os magistrados não julgam a seu bel-prazer. No entanto, diante da total liberdade e discricionariedade, não se pode imaginar que adjudicação conforme a lei em vez de conforme suas idiossincrasias. O direito depende, então, da força do juiz e de seus ânimos e, como popularmente dito, de seu café-da-manhã. E uma tal discricionariedade, diz Frank, não pode, nem deve ser eliminada: é justamente ela que garante

⁴⁴⁹ Ibidem. Posição 311.

⁴⁵⁰ SCHMITT. *Teologia política*. op. cit. p. 30.

⁴⁵¹ FRANK. op. cit. s/p. Posição 2635-2636. Tradução livre. Original: “If the judges in any case come to a “wrong” result and give forth a decision which is discordant with their own or anyone else’s rules, their decision is none the less law.”

⁴⁵² SCHMITT. op. cit. loc. cit.

ao direito sua vivacidade e constante atualização com a realidade social.⁴⁵³ Assim, aos súditos do Juiz cabe apenas aprender a lidar com a contingência de seu direito.

Do ponto de vista do seu conteúdo, então, a decisão judicial é absolutamente infalível, estando apenas presa à forma da sentença. Pelos olhos de Schmitt, isso significaria que a infalibilidade da decisão judicial se dá somente a partir da ordem judicial, ou seja, ela pressupõe uma ordem concreta. Assim, o juiz é infalível apenas enquanto juiz, tal qual o Papa o é apenas enquanto Papa. O soberano, por outro lado, é soberano porque age soberanamente, porque age infalivelmente.⁴⁵⁴ De um modo ou de outro, a questão do pensamento de ordem só foi incluída na teoria de Carl Schmitt em 1934. Dentro da lógica de *Politische Theologie*, na qual há uma ordem pressuposta subjacente, o elemento decisionista configura uma decisão absolutamente não derivada de uma norma, fundada unicamente na autoridade do agente. Tem-se, então, precisamente uma decisão pura com o juiz realista. Afirmar que o realismo jurídico equivale ao decisionismo de Carl Schmitt, mas adaptado para um Estado judicial da *common law*, seria um impropério. O realismo, afinal, despedaça o tríptico schmittiano e trabalha unicamente com o quadro central, o da decisão. Soberania e exceção são deixados de lado. Ainda assim, a aproximação a partir do “puro nada-mas-decisão”, soberano de um lado e judicial do outro, é inegável. Ademais, deve-se lembrar a heterogeneidade do movimento realista. A aproximação mais contundente entre Schmitt e um realista se deu a partir de Jerome Frank, embora alguns elementos de decisionismo tenham sido encontrados em todos os autores. Apesar das distinções entre tais juristas, percebe-se sempre a possibilidade de julgamento contrário a lei e, ainda assim, criar direito. Talvez alguns juízes julguem conforme suas idiossincrasias, talvez outros julguem de acordo com os padrões sociológicos nos quais estão inseridos. Ao fim do dia, uma coisa é certa: sua força será direito. Assim, apenas uma coisa pode se desejar: que os juízes sejam, também, os mais justos dos homens.

⁴⁵³ FRANK. op. cit. s/p. Posição 2820-2824.

⁴⁵⁴ Idem. *On the three types...* op. cit. p. 60-62. A analogia foi feita a partir da supracitada explicação de Alexandre de Sá: “na Igreja católica romana, o Papa é infalível porque é Papa; no decisionismo hobbesiano, pelo contrário, o soberano é soberano porque é infalível”. In: SÁ. *O poder pelo poder...* op. cit. p. 445.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Entre os tempos obscuros da política brasileira, citados na Introdução, e estas considerações finais, fez-se um grande interlúdio voltado para terras estrangeiras e tempos passados. Pretende-se neste momento final retomar, mesmo que brevemente, o Presente.

Para tanto, retoma-se antes algumas questões aqui discutidas. Antes de tudo, buscou-se com essa pesquisa comprovar a possibilidade de se aproximar as teorias de Carl Schmitt e dos realistas jurídicos estadunidenses. A hipótese inicial de que a aproximação seria possível a partir do elemento autônomo da decisão restou confirmada. Viu-se que o juiz realista julga livre de qualquer normatividade que o acorrente. Sua decisão cria direito, independente de seu conteúdo.

A fim de chegar a essa conclusão, utilizou-se, então, dos escritos de uma série de juristas dos Estados Unidos: Oliver Wendell Holmer Junior, Benjamin Nathan Cardozo, John Chipman Gray, Christopher Langdell, Roscoe Pound, Arthur Corbin, Walter Cook, Felix Cohen, Karl Llewellyn, Jerome Frank, entre outros incidentalmente. Dentre todos, certamente, os mais relevantes foram os dois primeiros e os dois últimos. Com aqueles, observou-se os bases do realismo jurídico; com esses, seus desenvolvimentos mais extremos.

Holmes inaugurou uma tradição de juristas céticos, os quais se tornaram a cada momento mais fanáticos em sua descrença. Para ele, por direito entende-se nada mais além das profecias do que os tribunais farão, embora ainda se reconheça um papel importante nas regras e nos precedentes. O direito é construído por uma relação paradoxal entre forma e substância, lógica e experiência, passado e presente, voltando-se sempre para o futuro, diante de sua eterna inconsistência. Ainda assim, o direito enquanto um corpo geral existe, apesar de sua difícil compreensão meramente com o uso de livros. É preciso, ao contrário, lançar os olhos e as mãos à realidade social, à cultura de um tempo e a tudo aquilo que a marca, até mesmo os preconceitos compartilhados pelos juízes com seus pares.

Cardozo, por sua vez, andou sobre a corda bamba, tentando não pender para nenhum dos lados. Tentou, tal qual Themis, vendar seus olhos e observar apenas como o direito poderia refletir a realidade fática da vida por meio das forças da justiça. Assim, a todo momento lutou entre libertar e prender o juiz, o verdadeiro responsável pela mistura diária dos tribunais, a decisão, que determina muito mais a vida dos homens que as leis. Cardozo,

assim, relativizou a doutrina dos precedentes, colocando a cargo do juiz a função de cumprir os fins do direito. Com ele, pôde-se observar uma argumentação voltada ao juiz como última palavra sobre o direito. Assim, o bem comum da sociedade, senão todo o direito, depende das decisões finais do juízes.

Dentre os juristas propriamente realistas, apesar de se ter identificado a dificuldade das classificações e a heterogeneidade do movimento, Karl Llewellyn e Jerome Frank se mostraram os mais interessantes para a presente pesquisa. Tem-se, respectivamente, o jurista considerado como o maior representante do realismo e aquele que apresentou sua versão mais extrema, um sociológico e outro idiossincrático. Pecou-se apenas por não analisar mais a fundo um terceiro jurista, dentre as fileiras dos considerados críticos, como Felix Cohen. Deveras, tanto Llewellyn quanto Frank são considerados realistas reformistas. No entanto, é justamente a ausência de normatividade no direito uma das questões que caracteriza a ala reformista, de forma que tais autores se mostraram mais interessantes no momento.

A partir da figura de Llewellyn, observou-se sobretudo o desenvolvimento do pensamento que culminaria no realismo jurídico. Assim, ao tratar de tal jurista, buscou-se traçar não só uma recapitulação teórica, como também histórica. Foi um escrito seu, afinal, que batizou o movimento e foi a partir de um artigo de Roscoe Pound e de sua resposta a ele que o realismo jurídico se tornou conhecido. Apesar de ser reducionista estudar o movimento unicamente a partir destes três artigos que deram corpo à controvérsia realista, pôde-se verificar que as críticas de Pound a Llewellyn não foram infundadas. O realismo, afirmou Pound, trazia apenas uma ilusão de realidade, ao passo que ignorava a questão mais importante do direito, justamente aquela do dever-ser.

Essa é, precisamente, parte da questão central. Ao final do segundo capítulo, pôde-se observar o que seriam três teorias do direito realistas distintas: a inexistência de regras, a predição e a decisão. A primeira dessas teorias é o ponto de partida do realismo jurídico. O direito, com ela, deixa de ser uma ordem normativa, para se tornar puramente fatural. Não há qualquer tipo de dever-ser no âmbito do direito, mas apenas um ser, um comando. Pode-se tentar prever qual será esse comando, como os tribunais agirão. Tais profecias, no entanto, não afirmam o que é o direito. Elas tão-somente ajudam os leigos e os práticos a se prepararem para quando a força pública do Estado será posta em ação por meio daquele

poder, daquele comando que funda o direito: a decisão. O direito, então, é só isto: um e cada julgamento de cada juiz. Ou, de cada oficial estatal, para ser justo com Llewellyn.

O que se observa, então, é a redução do direito à decisão. O que nos levou a analisar uma outra teoria que se dedicou especialmente a tal elemento jurídico. Carl Schmitt reduzia o direito, em última instância, à decisão soberana. Toda a ordem depende do ato de vontade do soberano, que a institui e a mantém. Na origem do direito está, então, não uma norma ou um contrato, mas um ato de poder, uma decisão, que a despeito de sua violência funda toda a ordem. É a autoridade, não a verdade que faz o direito. Não é preciso ter razão ou direito para criá-lo. O soberano é infalível porque age infalivelmente.

Para além disso, o decisionismo de Carl Schmitt vem junto, sempre, com a questão do estado de exceção. A decisão sobre a exceção é o limiar entre o jurídico e o político. Ela suspende todo o direito a fim de conservar a ordem estatal. Ultimamente, suspende a norma diante do caso extremo para possibilitar a retomada do caso normal e, por conseguinte, possibilitar que a norma retome sua aplicação. Schmitt, então, ao contrário dos realistas, ao menos em contraposição a Llewellyn e Frank, não nega a existência de normas. Elas, de fato, existem e prescrevem deveres-seres, mas necessitam de um meio homogêneo para que um poder possa aplicá-las.

Assim, o juiz schmittiano está submetido à lei. Essa é a própria razão de sua independência. No caso normal, vigora a norma e o elemento da decisão é remetido a um mínimo; o qual pode ser encontrado, também, na atuação dos tribunais, ao passo que os juízes por vezes se deparam com situações em que precisam escolher entre a aplicação de duas leis. Schmitt, no entanto, entende que eles não exercem aí um poder legislativo. Eles não tiram a validade, não expurgam nenhuma norma do ordenamento. Apenas, não a aplicam.

Os juízes realistas, analisando atentamente, também não expurgam nenhuma regra do ordenamento jurídico. Isso porque regras não existem. Não há nenhuma razão para que os juízes as sigam. Eles não são vinculados de nenhuma forma. A decisão judicial realista, então, advém absolutamente apartada de uma normatividade que lhe seja anterior e superior. O fundamento da decisão judicial não é o direito ou a verdade ou a razão, mas mera e unicamente a própria autoridade do juiz.

Não havendo, então, qualquer tipo de normatividade que limite o juiz e, também, sua decisão não produzindo nenhum dever-ser para além do caso concreto, percebe-se que o direito não verdadeiramente existe. Pelo menos, não existe enquanto um ente, isto é, enquanto uma ordem que regule a comunidade. O direito não está no passado, tampouco no futuro. Encontra-se, unicamente, no presente. Surge e se esgota com a própria decisão judicial. O juiz cria e acaba com todo o direito. Há, assim, apenas uma série de contingências isoladas. Todo o direito é situacional, para os realistas. Não apenas porque a existência do meio homogêneo depende da situação concreta, da decisão soberana e da exceção, as quais eles ignoram. Todo o direito é, assim, absolutamente excepcional. Todo direito é decisão e toda decisão judicial abre uma excepcionalidade que se acaba instantaneamente.

Segundo Schmitt, uma tal ideia de direito contrariaria a própria Constituição, entendida como a decisão política sobre a unidade e homogeneidade de um povo. Não é possível que haja uma coletividade homogênea se não há uma ordem jurídica firme e, também, se há incontáveis decisões finais sobre o que é o direito. Para Schmitt, ao mesmo tempo que uma tal ideia seria recusar a soberania, seria também supor que cada juiz é um soberano em si. Mas o soberano é um só, justamente por deter a palavra final sobre o direito. É por esse motivo que a consideração sobre o estado de exceção é fundamental em sua teoria.

O decisionismo de Carl Schmitt foi voltado para o caso excepcional: a guerra ou o estado de sítio. Esses, para ele, configuravam os momentos políticos por excelência. É somente com eles que se percebe qual é a origem de todo o direito e de toda a ordem. Antes dela, o caos. A decisão soberana afasta e busca manter, a todo custo, afastada essa anarquia, na qual não é possível uma vida comum. Ela suspende então, se necessário, o próprio direito para que possa garantir a existência duradoura da ordem. O soberano é um *katechon*: ele detém o fim da ordem e dos tempos, segundo a leitura cristã da Epístola de Paulo.

Os realistas não se preocuparam com nenhuma questão do direito ou da política para além do momento do julgamento. Não consideram, então, as questões urgentes da soberania e da exceção, como o faz Schmitt. Pelo contrário, para que as teorias realistas sejam possíveis, é preciso supor a existência de uma ordem na qual se inserem os juízes. Diante dela, o juiz cria continuamente o direito, que nunca tem uma existência para além do próprio julgamento. A vontade por paz e certeza, assim, são vontades que visam a racionalizar uma ordem que, por sua natureza, é absolutamente irracional. Não há, no direito, qualquer elemento de

racionalidade, qualquer elemento suprassensível. Direito é apenas decisão. Uma vez mais, todo direito surge como uma decisão excepcional que funda uma ordem que se desfaz no ar logo em seguida.

Assim, percebe-se, em última instância, que a exceção se tornou a regra. É, justamente, o que afirmou um outro grande pensador do século XX, contemporâneo de Schmitt, mas de quem discordou veementemente. Walter Benjamin, em sua oitava tese do conceito de história, afirmou que o estado de exceção em que vivemos é a regra. Giorgio Agamben, por sua vez, percebe que se isso é verdade, então, o estado de exceção não é mais um artifício do soberano para garantir a existência do Estado diante do perigo do caos. O estado de exceção aí tem o sentido de ser literalmente excepcional. Ele se volta para a normalidade, visa a recobrá-la, suspendendo a suspensão do direito. Na exceção como regra, pelo contrário, o estado de exceção se torna um instrumento de governabilidade global. É o paradigma dominante da política contemporânea, estando presente – mesmo não-declarado – em todos os governos, de forma que democracias e absolutismos se tornam indistintos.

Se tudo isso é verdade, uma tal nova técnica de governo necessita, também, de seus instrumentos próprios. Entre eles, aqueles atos dotados de uma potente força, mas totalmente separados da lei, dotados de uma força de lei. Certamente, Agamben se refere a decretos executivos, mas é preciso levar em consideração que é típico do filósofo italiano trabalhar com paradigmas. Ou seja, a concentração de plenos poderes no Executivo é apenas uma das formas que uma tal força se apresenta, no entanto não é a única.

A fim de legitimar a destruição do direito, abrir localizações destituídas de todo ordenamento, percebe-se a necessidade de uma chancela daqueles que justamente se mostram como os guardiões do direito: os juízes. Entendendo dessa forma, pode-se compreender o significado do realismo jurídico estadunidense. São os ventos premonitórios de uma teoria do não-direito. De um direito que não é mais direito, mas apenas força, apenas violência. Para manutenção desse estado de exceção mundial e permanente, então, os juízes se mostram como peças chaves para, com seus julgamentos soberanos, destituir os indivíduos de seus estatutos jurídicos. Suas decisões podem tudo e chancelam tudo. Se estamos sendo arrastados para o abismo por tais ventos, sem conseguir fechar nossas asas, devemos, nesse tempo que resta, nos dedicar a encontrar formas-de-vida outras, nas quais possamos ser verdadeiramente livres.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2010.

_____. *Estado de exceção: homo sacer, II, I*. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Jusnaturalismo e positivismo jurídico*. 1. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2016. 304p.

_____. *O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006. 241p.

_____. *Teoria da norma jurídica*. 3. ed. rev. Bauru (SP): EDIPRO, 2005. 192p

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2011. 176 p.

CARDOZO, Benjamin N. *A natureza do processo judicial*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. *The growth of the law*. New Haven: Yale University Press, 1940.

COHEN, Felix. The Ethical Basis of Legal Criticism. In: *The Yale Law Journal*, v. 41, n. 2, 1931, p. 201-220.

CONTINI, Eduardo. *Quod principi placuit: uma genealogia da força de lei*. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Orientação: Profa. Dra. Jeanine Nicolazzi Phillipi. Florianópolis, 3 de dezembro de 2018.

COOK, Walter Wheeler. The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws. In: *The Yale Law Journal*, vol. 33, n. 5, 1924, p. 457-488.

_____. Scientific Method and the Law. In: *American Bar Association Journal*, vol. 13, no. 6, 1927, p. 303–309.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do Direito contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. 692p.

DEUTSCHLAND. Die Verfassung des Deutschen Reiches ("Weimarer Reichsverfassung"). 1919. Disponível em: <http://www.verfassungen.ch/de/de19-33/verf19-i.htm>. Acesso em: 27 nov. 2018.

DWORKIN, Ronald. *Império do direito*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

FRANK, Jerome. *Law and the modern mind*. New York: Routledge, 2017. s/p. Edição do Kindle.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. O realismo jurídico em Oliver Wendell Holmes Jr. *In: Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 43, n. 171, p. 91-105, jul. 2006. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/92825>. Acesso em: 25 jun. 2018.

GILMORE, Grant. *The Ages of American Law*. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 2014. E-book. Sem paginação.

GRAY, John Chipman. *The Nature and Sources of the Law*. 2. ed. New Orleans: Quid Pro, 2012.

GREEN, Michael Steven. Legal Realism as Theory of Law. *In: William & Mary Law Review*, vol. 46, n. 6, 2005, p. 1915-2000.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

HOADLY, Benjamin. *The nature of the kingdom, or church, of Christ*: A sermon preach'd before the King, at the Royal chapel at St. James's, on Sunday March 31, 1717. Ann Arbor, Michigan: University of Michigan Library, 2007. Disponível em: <http://name.umdl.umich.edu/004809919.0001.000>. Acesso em: 22 nov. 2018.

HOBBS, Thomas. *Leviathan*. New York: Oxford University Press, 1998. 520p.

_____. *Leviatã*. Tradução Rosina D'Angina. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012. 562 p.

HOLMES, Oliver Wendell Jr.. Book notice. *In: American Law Review*, vol. 5, 1871, p. 539-540.

_____. Book notice. *In: American Law Review*, vol. 14, 1880, p. 233-235.

_____. *The Common Law*. São Bernardino: Holmes Press, 2016. 267p.

_____. *The Path of the Law*. Auckland: The Floating Press, 2009. 41p.

HORWITZ, Morton J. *The Transformation of American Law, 1870-1960: The Crisis of Legal Orthodoxy*. New York: Oxford University Press, 1992. s/p. Edição do Kindle.

HUTCHINSON, Allan C. *Evolution and the common law*. New York: Cambridge University Press, 2005. 294p.

KANT, Immanuel. A Paz Perpétua. *In: KANT, Immanuel. A Paz Perpétua e Outros Opúsculos*. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2013. p. 129-186.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. 428p.

KESSLER, Friedrich. Arthur Linton Corbin. *In: The Yale Law Journal*, vol. 78, n. 4, 1969, p. 517-524.

MENAND, Louis. *The Metaphysical Club: A Story of Ideas in America*. 1. ed. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2001. Edição do Kindle. s/p.

LEITER, Brian. *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*. New York: Oxford University Press, 2007

LLEWELLYN, Karl. Some Realism about Realism: Responding to Dean Pound. *In: Harvard Law Review*, Vol. 44, No. 8 (Jun., 1931), p. 1222-1264.

_____. A Realistic Jurisprudence -- The Next Step. *In: Columbia Law Review*, vol. 30, n. 4, 1930, p. 431–465.

_____. *The Bramble Bush: on our law and its study*. New Orleans: Quid Pro, 2012.

Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905).

LUNDMARK, Thomas. *Charting the divide between common and civil law*. New York: Oxford University Press, 2012. 466p.

PARKER, Kunal M. *Common Law, History, and Democracy in America, 1790–1900: Legal Thought before Modernism*. New York: Cambridge University Press, 2011. 306 p.

POUND, Roscoe. Law in Books and Law in Action. *In: American Law Review*, v. 34, 1910, p. 12-36.

_____. The Call for a Realist Jurisprudence. *In: Harvard Law Review*, v. 44, n. 5, 1931, p. 697-711.

_____. Mechanical Jurisprudence. *In: Columbia Law Review*, v. 8, n. 8, 1908, p. 605-623.

RABBAN, David M. *Law's history: American legal thought and the transatlantic turn to history*. 1. ed. New York: Cambridge University Press, 2013. p. 216-218.

RADIN, Max. Permanent Problems of the Law. *In: Cornell Law Review*, v. 15. n. 1, 1929, p. 1-24.

_____. Martial Law and the State of Siege *In: California Law Review*, v. 30, n. 6, 1942, p. 634-647.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2005. 137p.

SÁ, Alexandre Franco de. Do Decisionismo à Teologia Política: Carl Schmitt e o Conceito de Soberania. *In: Revista Portuguesa de Filosofia*, T. 59, Fasc. 1, 2003, p. 89-111.

_____. *O poder pelo poder: ficção e ordem no combate de Carl Schmitt em torno do poder*. Dissertação de Doutoramento em Filosofia. Coimbra: Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, 2006.

SCHEUERMAN, William. *Carl Schmitt: The End of Law*. Oxford: Rowman & Littlefield Publishers, 1999.

SCHMITT, Carl. Direito e Poder. Trad. Alexandre Franco de Sá. In: *Ágora Filosófica*, v. 1, n. 1, 2013, p. 309-330.

_____. *Teologia política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. *O nomos da Terra no direito das gentes do jus publicum europæum*. Tradução Alexandre Guilherme Barroso de Matos Franco de Sá et. ali. 1. ed. Rio de Janeiro: Contraponto; Ed. PUC-Rio, 2014.

_____. *On the three types of juristic thought*. Trad. Josephn Bendersky. Westport: Praeger, 2004.

_____. *Theory of the partisan*. Candor, New York: Telos Press Publishing, 2007a.

_____. *Legalidade e legitimidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007b.

_____. *O guardião da constituição*. Trad. Geraldo de Carvalho. Coordenação e Supervisão Luiz Moreira. 1.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007c.

_____. *Legge e giudizio*. Uno studio sul problema della prassi giudiziale. Milano: Giuffrè, 2016.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 3. ed. rev. atual. de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2015. 148 p. (Coleção O Que é Isto? – 3).

TOCQUEVILLE, Alexis de. *De la démocratie en Amérique*. Paris: Institut Coppet, 2012. 635p.

TWINING, William. *Karl Llewellyn and the Realist Movement*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. Edição do Kindle. 632p.

WHITE, G. Edward. *Justice Oliver Wendell Holmes: law and the inner self*. New York: Oxford University Press, 1993. 629p.

WHITE, Morton G. *The Revolt Against Formalism in American Social Thought of the Twentieth Century*. In: *Journal of the History of Ideas*, vol. 8, no. 2, 1947, p. 131–152.

ZAREMBY, Justin. *Legal realism and American law*. New York: Bloomsbury, 2014. 162p.

ANEXO I

LLEWELLYN'S 'SAMPLE' OF REALISTS

Name	Date of Birth	Law degree(s) from	Occupation in 1930-1
1. W. Bingham	1878	University of Chicago	Professor of Law, Stanford
2. C. E. Clark	1889	Yale	Dean, Yale Law School
3. W. W. Cook	1873	Columbia (LL.M.)	Johns Hopkins Institute
4. A. L. Corbin	1874	Yale	Professor of Law, Yale
5. W. O. Douglas	1898	Columbia	Professor of Law, Yale
6. J. Francis	1890	University of Chicago (J.D.), Yale (J.S.D.)	Professor of Law, Oklahoma 1921-8
7. J. Frank	1889	University of Chicago	Practising Attorney, N.Y.
8. L. Green	1888	LL.B. (Texas), Hon. M.A. (Yale)	Dean, Northwestern University Law School
9. J. C. Hutcheson	1879	Texas	1931. Judge of USCA Fifth Circuit
10. S. Klaus	Circa 1900	Columbia	Practising Attorney, New York City*
11. K. N. Llewellyn	1893	Yale	Professor of Law, Columbia
12. E. G. Lorenzen	1876	Cornell, Göttingen	Professor of Law, Yale
13. W. U. Moore	1879	Columbia	Professor of Law, Yale
14. H. Oliphant	1884	University of Chicago	Johns Hopkins Institute
15. E. W. Patterson	1889	Harvard (LL.B. S.J.D.)	Professor of Law, Columbia
16. T. R. Powell	1880	LL.B. (Harvard)	Professor of Law, Harvard†
17. M. Radin	1880	LL.B. (N.Y.U.) Ph.D. (Columbia)	Professor of Law, University of California (Berkeley)
18. W. A. Sturges	1893	LL.B. (Columbia) J.D. (Yale)	Professor of Law, Yale
19. L. A. Tulin	1901	LL.B. (Yale)	Associate Professor of Law, Columbia
20. H. E. Yntema	1891	B.A. (Oxford) S.J.D. (Harvard)	Johns Hopkins Institute

* Taught at Columbia until 1928. † Taught at Columbia 1911-25.

Lista de autores classificados como realistas por Karl Llewellyn quando da publicação de *Some realism about realism*. A presente tabela se encontra em TWINING, William. *Karl Llewellyn and the Realist Movement*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. Edição do Kindle. p. 76