

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy

# **INTRODUÇÃO AO REALISMO JURÍDICO NORTE-AMERICANO**

1ª edição

Brasília  
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy  
2013

Copyright © 2013 edição do autor

1ª edição, maio de 2013

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes.

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

ISBN 978-85-915522-1-4

1. Direito Público. — Brasil I. Título

CDU-342

Todos os direitos reservados ao autor. É expressamente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem prévia autorização do autor (Lei nº 9.610, de 19.02.98, DOU 20.02.98)

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy

Livre-docente em Teoria Geral do Estado pela Faculdade de Direito da  
Universidade de São Paulo- USP.

Doutor e Mestre em Filosofia do Direito e do Estado pela Pontifícia  
Universidade Católica de São Paulo-PUC-SP.

# SUMÁRIO

1. Introdução .....	05
2. Conceitos e Eixos Temáticos.....	09
3. Fundamentos Filosóficos.....	25
3.1 O Pragmatismo.....	25
3.2 Charles Sanders Peirce.....	34
3.3 William James.....	38
3.4 John Dewey.....	47
4. Antecedentes e Jurisprudência Sociológica .....	57
4.1 Oliver Wendell Holmes Jr .....	57
4.2 Roscoe Pound.....	81
4.3 Benjamin Natan Cardozo .....	88
4.4 Louis Brandeis .....	93
5. Historiografia e Anti-Formalismo .....	96
5.1 Charles Beard.....	96
5.2 Lon Fuller.....	102
Referências Bibliográficas .....	107

---

## 1 INTRODUÇÃO

O realismo jurídico norte-americano levou ao limite a premissa de que juízes primeiramente decidem e depois engendram modelos de dedução lógica. Porque o pensamento seria instrumento para ajuste das condições de vida, a reflexão jurídica seria mecanismo para resolução de problemas concretos.

Abandona-se a metafísica e os construídos românticos de direito natural, em favor do pragmatismo, da utilidade prática, da atuação fática. São esses os temas que freqüentam o presente trabalho, que apresenta introdução ao realismo jurídico norte-americano, especialmente no que se refere a suas relações com o pragmatismo.

Pouco conhecido no Brasil, porque confundido com tradição jurídica supostamente refratária à nossa, o realismo jurídico norte-americano não é assunto que tem preocupado a indagação jusfilosófica brasileira, vítima de monoglossia crônica e patológica, e centrada em traduções de textos europeus.

Somos ainda refêns da filosofia analítica, da metafísica alemã, do fundacionalismo francês e de um incipiente constitucionalismo português. É lugar comum a associação do entorno cultural dos Estados Unidos com o imperialismo que matiza o capitalismo daquele país e com produtos midiáticos de consumo. Por isso, o descaso para com um pensamento substancialmente muito denso, que o presente trabalho pretende resgatar.

É o realismo jurídico norte-americano que estimula as reflexões vindouras. Não há aqui nenhuma preocupação com o realismo jurídico escandinavo ou com qualquer outra percepção convergente desenvolvida na Europa, e eu me refiro ao historicismo alemão. No que toca à realidade jurídica brasileira, o livro não dissimula que admite que todas as críticas que os realistas lançaram ao formalismo podem, e devem, ser aplicadas à atuação do judiciário nacional, presentemente.

Denuncia-se nas entrelinhas que o pensamento jurídico brasileiro atual vive crise, mais outra, patinando na transição de formalismo

---

de feição positivista para neoformalismo pretensamente crítico, porém incapaz de transcender à neodogmática de teorias sistêmicas, neocontratualistas e aliciadoras de suposta razão comunicativa, pilares de discurso vazio, agente de neokantismo que não se tem coragem de abandonar.

Com base em literatura estrangeira ainda não traduzida no Brasil os aspectos conceituais do realismo jurídico norte-americano são indicados, com especial atenção nas âncoras epistemológicas do movimento que, aliás, não se via como tal, organizado e orquestrado em torno de objetivo comum.

Os ataques ao formalismo, à educação baseada em modelo que pretendia que o direito fosse ciência, à distinção entre público e privado, as relações com o progressivismo, com o *New Deal* e com a prática judiciária, dão os contornos dessa primeira seção do trabalho.

Porque fatos determinariam decisões, percebe-se crítica à apropriação que o direito da faria da lógica; *o direito não é lógica, é experiência*, sentença de Oliver Wendell Holmes Jr., que será o mote dos realistas. Concentradas na primeira parte do texto, essas reflexões consistem no insumo de toda a reflexão que o livro pretende desencadear.

As relações do realismo jurídico com o pragmatismo dão continuidade à pesquisa. O pragmatismo é tido como a filosofia nacional norte-americana, como a única colaboração genuína daquele país à tradição filosófica ocidental. Centrado na percepção de que o que as pessoas acreditam ser verdade é apenas o que acham que é bom acreditar sê-la, o pragmatismo reviveu o utilitarismo da tradição inglesa, promovendo ajuste entre concepções relativistas de verdade e intenções ortodoxas de utilidade. Os textos clássicos e seminais do pragmatismo são revistados pelo presente trabalho.

Charles Sanders Peirce, rara combinação entre cientista natural e estudioso da história da filosofia, reputado como o antepassado comum da escola pragmática, dá início a essa seção que faz arqueologia do pensamento pragmático.

---

William James é o grande divulgador do pragmatismo, e com ele o livro segue. James, que resgatou e canonizou Peirce, e que teria utilizado pela primeira vez o termo *pragmatismo*, é lembrado e estudado, a partir de análise de seus ensaios, que proclamam o relativismo da verdade e o niilismo das crenças metafísicas.

John Dewey, o filósofo nacional norte-americano, pedagogo, para quem a reflexão é instrumento para realizações práticas, para o avanço, dá continuidade ao trabalho, especialmente por conta de seus textos ligados à teoria democrática.

Em seguida, investigo os antecedentes jurídicos do realismo norte-americano, com demorada estacção na chamada jurisprudência sociológica. Oliver Wendell Holmes Jr., autor das mais recorrentes passagens do realismo, suscita bosquejo em sua trajetória de magistrado, especialmente em relação a seus votos vencidos, que iluminavam uma jurisprudência de inconformismo.

Roscoe Pound, que dirigiu a *Harvard Law School*, e que protagonizou postura dúbia quanto ao realismo jurídico, primeiramente dispensando apoio encomiástico, e posteriormente deduzindo críticas pesadas, dá continuidade a essa seção. Para Pound havia grande diferença entre o direito encontrado nos livros e o direito em ação, o que enseja a antinomia entre *law in books* e *law in action*.

Benjamin Natan Cardozo, que julgou na Suprema Corte Norte-Americana, e que julgou casos emblemáticos, ilustra o realismo em sua feição mais funcional; para Cardozo há várias maneiras de se resolver uma mesma questão jurídica.

A seção se encerra com Louis Brandeis, advogado em Boston e posteriormente juiz na Suprema Corte em Washington, que ainda no início da profissão inovara com suas petições, o *Brandeis Brief*, que insistiam em aspectos sociais e instrumentais das questões abordadas.

Charles Beard, historiador do direito que denunciou o elitismo dos *founding fathers*, dos pais da pátria, dos criadores da constituição

---

norte-americana, ilustra o braço historiográfico do realismo jurídico, com sua leitura econômica do texto constitucional de 1787.

Lon Fuller, que debateu com H.L. Hart, impugnando o positivismo, matiza o antiformalismo que o trabalho aprecia, na continuidade das reflexões.

O trabalho é introdução para posterior estudo dos realistas mais expressivos dessa corrente norte-americana, a exemplo de Karl Llewellyn, Jerome Frank, Thurman Arnold e Felix Cohen.

A herança e as influências do realismo jurídico norte-americano também ensejam pesquisa a ser posteriormente apresentada. Trata-se da teoria da ferradura, para a qual o realismo jurídico norte-americano oxigenou tendências que se identificam com a direita e com a esquerda do pensamento jurídico.

Mais à direita, são evidentes os vínculos do realismo com o movimento *law and economics*, direito e economia, especialmente em sua primeira versão, como enunciada por Richard Posner, juiz federal norte-americano e autor de vasta obra de filosofia do direito. Mais à esquerda, são claras as relações do realismo jurídico norte-americano com o movimento *critical legal studies*, em sua percepção originária, como desenhada por Roberto Mangabeira Unger, brasileiro que leciona em Harvard, e por Mark Tushnet, Duncan Kennedy, Elizabeth Mensch, Mark Kelman, entre outros representantes do movimento.

Há convergência atual entre os remanescentes do *critical legal studies*, a exemplo de Mangabeira Unger, e do avatar do *law and economics*, Richard Posner, em torno do pragmatismo, o que faz de Richard Rorty a síntese do pensamento norte-americano da contemporaneidade, afastando-se, bem entendido, percepção mais popular e estatística do que se entenderia por pensamento norte-americano.

O presente trabalho dá continuidade a sistemática pesquisa antifundacionalista que tenho desenvolvido, e que ensejou livros anteriores que relacionam direito e literatura, direito e história, direito e



---

historiografia, bem como introduções que preparei sobre o movimento *critical legal studies* e sobre o pós-modernismo jurídico. Pretendo propiciar insumo à reflexão jurídica brasileira, em indisfarçável passo epistemológico que radica em Jacques Derrida, pensador francês, cujo trabalho me estimulou a ensaiar técnicas de desconstrução para com a tradição jusfilosófica brasileira.

Baseio-me também no inconformismo de Roberto Mangabeira Unger. Paradoxalmente, invoco o pensamento jurídico norte-americano, para indiretamente questionar e criticar o pensamento jurídico brasileiro, cuja arrogância conceitual chega ao extremo de eleger inimigos onde não os há, e cuja suprema apostasia consiste em criticar o que não se conhece, o que não se quer conhecer e o que não se tem condições intelectuais e glotológicas para se compreender.

## 2. CONCEITOS E EIXOS TEMÁTICOS

O realismo jurídico norte-americano desenvolveu-se a partir de professores que lecionavam em Johns Hopkins, Columbia e Yale. Surgiu na academia, revolucionando tribunais e bancas de advocacia. Potencializou-se no período entre-guerras, captou material conceitual no intervencionismo do governo Franklyn Delano Roosevelt, matizando o plano governamental, o *New Deal*, perdendo fôlego durante os anos mais problemáticos da luta contra o *perigo vermelho*, na década de 1950. Karl Llewellyn, Thurman Arnold e Felix Cohen estavam entre esses professores revolucionários (cf. SCHLEGEL, 2002, p. 501).

Das salas de aula combatia-se o colapso do movimento progressista, que se enfraqueceu com a primeira guerra mundial. Demonstrava-se mal estar com as decisões da Suprema Corte que invalidavam regulamentação estadual e federal em matéria econômica, e que enfatizavam a substancialidade do processo e os direitos adquiridos, em matéria contratual. O fim da primeira guerra anunciava uma guinada da jurisprudência norte-americana para o conservadorismo de direita (cf. SCHLEGEL, 2002, p. 501).

O caso *Lochner v. New York* (198 U.S. 45), de 1905, com o famoso voto vencido de Oliver Wendell Holmes Jr., é emblemático de uma era

---

que se pretendia esquecer e combater. Lei estadual havia proibido que se contratassem padeiros para que trabalhassem mais de sessenta horas semanais, ou mais de dez horas diárias.

A lei do estado de Nova Iorque foi pensada a partir do poder de polícia, por meio do qual justificaria-se o intervencionismo, em nome da defesa de quem economicamente hipossuficiente, além de razões de saúde pública; é que não se poderia confiar alimento básico a trabalhador que atuasse em regime de horas excessivas.

Tomou-se a lei como abuso da intervenção do Estado, em relação ao direito de contratar, que sociedade liberal entendia como ilimitado. Questionou-se se lei estadual regulamentadora de horas de trabalho em padarias exerceria poder de polícia validamente implementado pelo Estado.

Não se concebia direito do Estado interferir em matéria de direito de trabalho e no campo sagrado da liberdade contratual. A Suprema Corte enfatizou, na decisão, que a limitação das horas de trabalho em padaria não era alcance de poder de polícia (cf. CHEMERINSKY, 2002, p. 591).

A decisão em *Lochner v. New York* consubstanciava resposta firme às campanhas populares e aos movimentos socialistas que desde a década de 1890 defendiam legislação protetora do trabalho. Esses movimentos pregavam melhores salários, proteção contra condições insalubres de trabalho e se desenvolviam mediante a utilização de táticas que incluíam greves, *lobbies*, além de uma maior atuação sindical, protagonizada pela *American Federation of Labor* (cf. IRONS, 1999, p. 254).

Por outro lado, Joseph Lochner era o proprietário de pequena padaria especializada em bolos e tortas, na cidade de Utica, no estado de Nova Iorque. Porque contratou padeiros em regime que excedia o número de horas estipulado pela legislação estadual, foi multado primeiramente em cinquenta dólares, e numa segunda vez, dois anos depois, no dobro dessa quantia. Nessa última oportunidade, Lochner levou a questão ao judiciário.

---

Perdeu em Nova Iorque, porém uma bateria de advogados de Wall Street defendeu a posição de Lochner na Suprema Corte em Washington. Ironicamente, o advogado principal era Henry Weismann, que havia feito *lobby* pela lei limitadora de horas de trabalho em padarias, como defensor do sindicato, contra o qual agora lutava. Triunfou a doutrina da liberdade absoluta do contrato, em sua versão mais superlativa (cf. IRONS, 1999, p. 255).

Reduziu-se o poder de polícia a posição de neutralidade absoluta (cf. HORWITZ, 1992, p. 27). A decisão em favor de Lochner contou com cinco votos, e insistiu-se na inconstitucionalidade de lei estadual que limitava a liberdade contratual (cf. REHNQUIST, 2001, p. 107); cristalizou-se a doutrina do *laissez-faire* jurídico (cf. McCLOSKEY, 2000, p. 119).

O voto vencido de Oliver Wendell Holmes Jr., de quem se cuidará na segunda seção do trabalho, anuncia o realismo jurídico e dá os contornos da jurisprudência sociológica norte-americana. Segue excerto da mesma, em tradução minha, como minhas são também as demais traduções e versões que aparecerão ao longo do presente texto, exceto alguns fragmentos de William James, mais tarde indicados, tomados de versão em língua portuguesa; sigo com Holmes:

Eu me arrependo sinceramente pelo fato de que não consigo concordar com o julgamento dado a esse caso, e acho que é minha obrigação expressar os porquês do meu pensamento. Esse caso é decidido com base em uma teoria econômica com a qual não concorda uma parte das pessoas desse país. Se fosse uma questão de saber se eu concordo (ou não) com essa teoria, eu deveria estudá-la, e deveria estudá-la profundamente, antes de firmar minha posição. Porém não acredito que seja minha obrigação fazê-lo, porque acredito firmemente que minha concordância ou discordância nada se relaciona com o fato de que a maioria possa incorporar sua opinião no direito (HOLMES, in FISHER et alli, 1993, p. 25).

O voto é simples, direto, redigido na primeira pessoa, contesta a doutrina do liberalismo e do formalismo jurídicos, e dá indícios de ataque ao uso da lógica e das proposições gerais pelo direito, o que é freqüente em Oliver Wendell Holmes Jr. Para Holmes, o direito em geral e a 14<sup>a</sup>. Emenda à constituição norte-americana em especial não teriam

---

abraçado o ideário de Herbert Spencer (cf. HOLMES, in FISHER et alli, 1993, p. 26), pensador inglês que incorporou o darwinismo às ciências sociais, numa série de ensaios que marcou o liberalismo vitoriano (SPENCER, 2001).

Além do que, para Holmes, *a constituição não tinha como objetivo assumir determinada teoria econômica, seja paternalista que caracterize uma relação orgânica do cidadão com o Estado, seja a doutrina do laissez-faire* (HOLMES, in FISHER et alli, 1993, p. 26). O voto traz uma das mais conhecidas passagens do magistrado norte-americano, que na parte conclusiva afirmou que *proposições gerais não decidem casos concretos* (HOLMES, in FISHER et alli, 1993, p. 26).

A era do realismo jurídico norte-americano foi antecedida juridicamente por casos marcantes do formalismo forense naquele país. Exemplifico. Em 1886 julgou-se famosa ação referente ao radicalismo do sindicalismo em Chicago, quando se condenaram à pena de morte diversos réus, no *Haymarket Trial*. Os réus, que eram sindicalistas, foram acusados e condenados pela morte de oito policiais por causa de uma bomba que fora colocada (pelos réus, dizia-se) em local próximo de onde estaria a polícia, em Chicago (cf. KNAPPMAN, 1994).

Em 1895 julgou-se e condenou-se a seis meses de prisão a Eugene Debs, líder sindicalista também de Chicago. Em 1896 sancionou-se legislação discriminatória, no caso *Plessy vs. Ferguson*, que sufragou o racismo norte-americano; a doutrina que emergiu do julgado somente será revertida em meados da década de 1950. Em 1911 os irmãos McNamara foram condenados por participação no movimento sindicalista na costa oeste.

O caso arruinou a carreira do advogado Clarence Darrow, depois da confissão dos réus. Em 1911, em Nova Iorque, absolveram-se patrões que não se responsabilizaram por incêndio que matou 146 jovens trabalhadores, cristalizando-se a irresponsabilidade do patrão por danos sofridos pelos empregados, no caso *Triangle Shirtwaist Fire*. Em 1914 a condenação por fuzilamento do líder sindicalista Joe Hill propiciou um mártir para o movimento (cf. KNAPPMAN, 1994).

---

Os Estados Unidos da América viviam ameaça socialista, condimentada pelo ideário anarquista, importado da Itália (cf. ZINN, 1995, p. 314). A literatura da época dava conta também dessa tendência, como se lê em Upton Sinclair, Jack London, Theodore Dreiser e Frank Norris (cf. ZINN, 1984, p. 25). Por outro lado, triunfava a receita liberal, tônica de aventura progressista (cf. BROGAN, 1999, p. 435). Definia-se o *american way of life*, captado na literatura de Sinclair Lewis, criador do inesquecível Babbit (LEWIS, 1998). Essa tensão é o pano de fundo que caracterizará o realismo jurídico norte-americano.

Não há relação de convergência entre o realismo jurídico e o realismo no plano estético, a menos que outorguemos àquele primeiro características do naturalismo. Assim, proximidade poderia ser sentida na medida em que naturalismo e realismo jurídico descrevem a realidade de acordo com o olhar do cotidiano, distante de representação típica e particular de sociologia, ou de qualquer outra ciência social aplicada (cf. SCHLEGEL, 2002).

Diversas percepções de atuação judicial decorrem desse naturalismo forense. Para Benjamin Cardozo, como já dito, há mais de uma forma para se decidir um mesmo caso. Conceitos legais não produzem resultados necessários, porém permitem que juízes tenham vários resultados disponíveis para escolha.

Para Jerome Frank, a decisão judicial seria mecanismo de racionalização de decisão pessoal, obtida por outros modos, marcados pelo planisfério psicológico do julgador. Juízes obscureceriam os fatores reais que operam e que incidem em casos particulares, escondendo-os junto a emaranhado retórico, repleto de proposições lógicas e de lugares comuns de interesse social.

Julgadores manipulariam teorias econômicas para apreciar contratos de trabalho e transações comerciais, do mesmo modo que trabalhariam com teorias psicológicas para entenderem testemunhas ou ainda manipulariam teorias políticas para limitarem (ou estenderem) a regulamentação econômica dos governos (cf. SCHLEGEL, 2002).

---

O realismo jurídico aproxima-se de conjunto de transformações que marcavam a primeira parte do século XX. É contemporâneo do pragmatismo na filosofia, da geometria não-euclidiana, da teoria da relatividade de Albert Einstein, de novos métodos e abordagens na psicologia, como o freudismo e a psicanálise. O momento era de dúvida em relação a sistemas de axiomas e de teoremas, bem como do valor de raciocínios indutivos e dedutivos e da possibilidade de que regras formais pudessem organizar as relações humanas (cf. FISHER et alii, 1993, p. xiii).

Percebe-se nos textos dos realistas que o formalismo convencional, baseado na concepção de resultado lógico a partir da natureza de dada categoria, migrou para justificativa do direito a partir do conhecimento das condições sociais junto às quais se aplica a lei, na busca de política social supostamente aceita como resultado desejado.

Nesse sentido, os realistas falavam a linguagem dos burocratas de Washington (cf. SCHLEGEL, 2002) e prestaram favor inestimável ao governo norte-americano, nas administrações que mediaram as guerras mundiais, especialmente no interregno que foi balanceado pela grande crise que o capitalismo viveu em 1929. O realismo jurídico é timbre da administração Franklyn Delano Roosevelt, período ascensional do partido democrata, marcado pela integração entre burocracia e política (cf. BURNS, 1956, p. 47).

O realismo jurídico é movimento prioritariamente intelectual que ganhou dimensão nos Estados Unidos, nas décadas de 1920 e de 1930. Certo olhar cético problematizava como os juízes decidem os casos e o que as cortes de justiça verdadeiramente fazem. Para o realismo, magistrados decidem de acordo com o que os fatos provocam em seus ideários, e não em função de regras gerais que levariam a resultados particulares. Assim, juízes responderiam muito mais aos fatos (*fact-responsives*) do que às leis (*rule-responsives*). Vários são os fatores que marcam a atuação dos juízes; e são fatores de fundo consciente e inconsciente (cf. LEITER, 1996).

A decisão final não seria resultado exclusivo da aplicação da norma (que geralmente permite mais de um resultado), mas de vários

---

fatores psico-sociais, que variam da ideologia do magistrado a seu papel institucional, com estação inegável em sua personalidade. Advogados sabem que juízes são influenciados por outros aspectos que não são necessariamente jurídicos.

Juízes, advogados e promotores abertamente consideram as implicações políticas das regras jurídicas e das decisões. Os textos doutrinários, no direito norte-americano, bem entendido, rotineiramente consideram o contexto econômico, político e histórico das decisões judiciais; nesse sentido, todos seriam contemporaneamente realistas (cf. LEITER, 1996).

O realismo jurídico procurava definir e desacreditar as teorias jurídicas então dominantes, formalistas e objetivas, oferecendo em troca jurisprudência com maior embasamento filosófico, mais iluminada e potencialmente orientada para realidade inesperada que se descortinava.

O realismo jurídico problematizou três dogmas do direito tradicional norte-americano. Duvidou-se que as regras jurídicas seriam escolhidas por representação popular. Zombou-se da concepção de que o controle de constitucionalidade de leis pelo judiciário reforça o jogo democrático. Derrubou-se o mito de que os Estados Unidos seriam governados por leis, e não por homens. Os efeitos do realismo jurídico são duradouros. Muito mais do que em qualquer outro país os juízes norte-americanos têm auto-imagem de criadores da lei (cf. FISHER et alii, 1993).

Percebe-se no realismo jurídico uma hostilização perene à teorização sistemática, típica do modelo alemão e do direito de índole romana. Por exemplo, a suposta teoria brasileira do direito tributário, centrada no delírio da regra matriz de incidência, seria motejada pelos realistas, que descortinariam que toda essa verborragia sem sentido encobre interesses de advocacia elitista, preocupada tão somente com lucros de grupos empresariais que manipulam a normatividade fiscal em nome de suposta legalidade abstrata.

---

As categorias de direito civil, ainda prenhes de romanismo descoberto e maquiado pelo pandectismo alemão, seriam identificadas como embelezamento retórico e oco, vazio e maneirista.

O realismo jurídico desconfia do uso da lógica em ambiente forense, porque bem sabe que julgadores primeiro decidem e depois fundamentam e ornamentam as decisões com rudimentos de silogismos, premissas, maiores e menores, conclusões, promovendo uma lógica abelardiana macarrônica que se sustenta com a ignorância dos administrados e com a cumplicidade dos iniciados. Nesse sentido, o realismo anunciava elemento vetor no pensamento pós-moderno, criticando-se o instrumentalismo da razão e o afastamento entre fatos e regras.

Por exemplo, e apenas tomando um índice de livro de lógica jurídica como referencial, percebe-se conjunto expressivo de contextualização metafísica que o realismo jurídico despreza, a propósito de temas como formalização e generalização, formalização e simbolismo, linguagem formalizada, linguagem lógica e objetividade, formalização da linguagem jurídica, modos alético e deôntico, função sintática de negação, apenas para citar alguns itens.

Ao realismo jurídico repugna também qualquer construção sistemática do direito, a partir mesmo da aceitação de um direito natural. Trata-se de tentativa de se projetar o pensamento pessoal em modelo universal; admitir-se o direito natural é atitude conceitual idêntica de quem afirma que fale sem sotaque. É meio de se universalizar o pessoal, e disso o realismo jurídico tinha consciência. Rejeitava-se o paroquialismo, a convergência do ideário em igreja; os realistas negavam a existência de uma escola realista de direito.

No entanto, a despeito deles mesmos, e das próprias trincheiras do pensamento realista, os realistas desenvolveram poderosa e coerente visão teórica do direito e das decisões judiciais. Usou-se metodologia marcada por passos epistêmicos que não reproduziam a circunspeção tradicional.



---

Tradicionalmente, a metodologia centra-se na análise conceitual, o que aliás dá o título do livro mais importante desse gênero de investigação, *The Concept of Law*, de H.L.A. Hart, texto publicado em 1961, e que revigorou o positivismo que remonta a Hobbes, a Bentham e a Austin.

Nos termos da metodologia tradicional o juiz deve buscar conceitos, a exemplo de *moralidade, conhecimento, lei*, e a partir deles fundamentar juízos de subsunção. Trata-se de uma *armchair inquiry*, de jurisprudência de gabinete, de análise fria e conceitual, típica de suposta aplicação neutra de princípios e normas (cf. LEITER, 1996).

Ao conceitualismo os realistas contrapunham uma teoria predicativa. Uma regra é regra de direito somente quando constitua previsão acurada em relação a como um juiz julgará caso específico. A norma que preside determinado contrato é a previsão real do que o judiciário fará se o contrato não for cumprido por uma das partes. Para essa teoria predicativa o critério de legalidade consiste no que o judiciário fará quando exposto a um caso concreto e particular. Descrição acurada e real do direito corresponde a previsão do que e como o judiciário irá se comportar, quando e se provocado (cf. LEITER, 1996).

A percepção dos realistas corresponde a visão *interna* do direito, segundo as duas categorias imaginadas pelas teorias jurídicas norteamericanas. A visão interna é típica dos operadores do direito, a usarmos expressão surrada e de mau gosto estilístico. É a visão de advogados, juízes e promotores, supostamente marcada por experiência prática e funcionalista.

Contrapõe-se a uma visão externa, produzida pela sociologia e pela filosofia. Weber, Marx, Foucault, Nietzsche, Derrida, Rorty, Mangabeira Unger, Habermas, por exemplo, comungariam de visão jurídica externa. Dworkin, Posner, Holmes, Pound, Cardozo, Brandeis, Frank, Llewellyn, Cohen, por outro lado, exporiam visão interna, dado que envolvidos no cotidiano forense, mesmo sob prisma acadêmico.

Críticas há ao realismo e à teoria predicativa. Essa última não conseguiria explicar o erro judicial. Ainda, do ponto do vista do juiz, o

---

direito seria a previsão do que ele vai fazer, o que enceta monstruosidade conceitual. Além do que, como será visto em seção mais pormenorizada, Holmes estaria preocupado em explicar a um cliente o que poderia ser feito tendo-se em vista a expectativa de determinada decisão judicial; enquanto que Jerome Frank estaria preocupado com conselhos a um interessado, do ponto de vista da psicologia do judiciário (cf. LEITER, 1996).

O realismo jurídico vale-se de epistemologia naturalista, como anunciada por W. Quine. Esse modelo insistia na relação entre prova (*sensory input*) e as várias teorias que explicam o mundo (*cognitive output*). Quine contrapunha-se a epistemologia tradicional, que visa a relação normativa e fundacional entre prova e teoria. Essa última pretende demonstrar como a teoria é realmente comprovada pela realidade. Para aquela primeira o modelo tradicional é imprestável e impossível; é que a prova influenciaria a teoria, e não a justificaria. Uma única possibilidade de estudo profícuo residiria na insistência da relação entre prova e teoria, como considerado pela psicologia, o que faria da epistemologia capítulo das preocupações psicológicas. A ciência da conduta humana substituiria a epistemologia de gabinete (cf. LEITER, 1996).

Para os realistas a filosofia do direito embarcaria no mesmo módulo conceitual: a jurisprudência também seria objeto da psicologia. Ao decidir, juízes decidem primariamente ao estímulo dos fatos. A indeterminação dos fatos, e dos magistrados que deliberam impressionados por essas circunstâncias, promovem a indeterminação do direito, a *legal indeterminacy*, percepção que será retomada e fortalecida pelos críticos da década de 1970, a exemplo de Duncan Kennedy.

Em princípio, admite-se que juízes sejam racionais, honestos e que nunca se enganam. Porém, o magistrado pode chegar a mais de um resultado, dependendo de como ele reaja aos fatos (cf. LEITER, 1996). É o caso de Hércules, o juiz imaginário de Ronald Dworkin.

A unicidade do que se espera do direito, e do que comumente se acredita como inerente ao direito ocidental, radica no racionalismo fundacionalista da tradição jurídica européia, que cogitava de um

---

legislador onisciente. O conceitualismo jurídico que acompanhou o movimento de codificação das legislações europeias defendia a incorporação do direito em códigos planejados e estáveis, como primeiramente se viu na Áustria e na Prússia, e posteriormente na França (cf. KELLY, 1999, p. 311). Ao que o realismo respondia com a percepção pragmática da multiplicidade, do relativismo e da ausência de monotonia comportamental, realidades típicas da existência humana.

A aproximação conceitual entre epistemologia naturalista, que denuncia que o pensamento tradicional centra-se na condição de que as provas determinam as teorias, em relação ao realismo jurídico que defende que os fatos determinam as decisões, com aceitação desse último, promove questão essencial: como os juízes respondem aos fatos?

Dois concepções se desenham. A teoria idiossincrática, baseada em Jerome Frank, centra-se no juiz como indivíduo. A teoria sociológica, fundamentada em Karl Llewellyn, centra-se prioritariamente na apreensão e na determinação dos fatos sociais. Verificou-se o triunfo da tese de Jerome Frank, mediante a adesão dos realistas à concepção idiossincrática, que se preocupa hegemonicamente com a individualidade do juiz (cf. LEITER, 1996). É essa tese idiossincrática que substancializou a premonição de que o direito é o que o juiz diz que ele seja. E nada mais.

Para a ala idiossincrática a decisão judicial seria resultado direto da personalidade do juiz. A personalidade do juiz seria o epicentro da administração da justiça. Exagera-se, e combate-se o realismo, na premissa jocosa de que a decisão judicial fora determinada pelo que o juiz tomara no café da manhã. Gastronomia seria razão determinante da atuação burocrática judiciária. O pensamento idiossincrático deriva de Jerome Frank, como já observado. Discípulo de Sigmund Freud, Jerome Frank identificava que a busca judicial do correto, da verdade e do jurídico seria representação contingencial da busca do pai perdido. O que não deixa de ser a continuidade de desejo infantil pelo pai ideal (cf. LEITER, 1996).

Para a ala sociológica não se deve negar que juízes sejam seres humanos, dotados de personalidades individuais. Acrescentava-se, no

---

entanto, que os magistrados são produtos de determinantes sociais. O juiz julga de acordo com os valores culturais e sociais de seu tempo (cf. LEITER, 1996). As duas teorias têm em comum a aceitação de que o relativismo é marca estrutural da ação judicial.

De qualquer modo fixa-se na subjetividade do julgador, marcada por sua estrutura psicológica ou por seu entorno social, de onde partem e ricocheteiam valores e referenciais. Não há justiça neutra, objetiva e asséptica, como defendido pelo formalismo jurídico, que pregava jurisprudência mecânica. A luta contra o formalismo unia os realistas.

O formalismo consiste na *crença na possibilidade de um método dedutivo ou quase-dedutivo que seja capaz de oferecer soluções determinadas para problemas particulares de escolha jurídica* (UNGER, 1986, p. 1). Nesse sentido, o formalismo identifica-se com o compromisso e com a fé na possibilidade de um método de justificação legal que se possa contrastar com as disputas abertas e intermináveis da vida social. Assumem-se propósitos, políticas e princípios supostamente impessoais. O formalismo, convencionalmente, é a busca de um método dedutivo decorrente de sistema normativo que não tenha e que não admita lacunas (cf. UNGER, 1986).

O vetor do formalismo jurídico é Christopher Columbus Langdell, que dirigiu por muitos anos a *Harvard Law School*. Para Langdell, o direito é ciência e deveria ser estudado do mesmo modo como se estudam as ciências naturais. O veículo para a realização desse projeto seria o método do *case law*. Baseado em estudo de casos, por meio dos quais o professor conduz o aluno a alcançar os princípios que regem as decisões judiciais, o método de Langdell procurava traçar o desenvolvimento dos princípios superiores que regeriam o direito. Também chamado de método socrático, o sistema de Langdell ainda hoje é o método das faculdades de direito nos Estados Unidos.

Christopher Columbus Langdell publicou o primeiro livro de direito nos Estados Unidos baseado no *case law*. Trata-se de obra sobre direito contratual, primeiramente publicada em 1871, com o título de *A Selection of Cases on the Law of Contracts*. Esse tipo de livro, que é usado por todas as faculdades de direito nos Estados Unidos até hoje,

---

é composto de decisões judiciais, longos votos, excertos de doutrina, e acompanhados por perguntas e questões práticas.

Aos alunos se determinam as leituras, especialmente dos casos, que deverão reproduzir oralmente em sala de aula. Os professores são implacáveis nas perguntas; um ambiente de terror ronda a academia. A partir dos casos espera-se que os alunos compreendam as razões formais das decisões, a *rationale* dos casos, com as quais espera-se que o estudante se familiarize no treinamento que recebe para raciocinar como um advogado.

Para Christopher Columbus Langdell a ciência jurídica seria informada por quatro elementos que se relacionariam ininterruptamente. Primeiramente, deveria se prestar reverência e respeito absoluto ao precedente, ao modelo de *stare decisis*. O precedente seria a chave fundamental para a compreensão da ciência jurídica. Em segundo lugar, deveria se compreender que decisões jurídicas seriam meras repetições de decisões pretéritas.

Em terceiro lugar, deveria se reconhecer que um número relevante de casos jurídicos indicaria limites de alcance entre as várias e factíveis doutrinas jurídicas. Por fim, a tarefa do cientista do direito seria a classificação dessas doutrinas fundamentais, de modo a se demonstrar a conexão lógica que haveria entre elas, bem como se desconstruir o mito de que essas doutrinas e decisões formariam número formidável e ilimitado (cf. DUXBURY, 2001, p. 15).

O realismo jurídico vai combater duramente a jurisprudência mecânica que resultou do modelo pedagógico de Langdell. Exemplo de jurisprudência mecânica é plasmado no caso *United States v. E. C. Knight Co.* (156 U.S. 1), julgado em 1895. Tratou-se de discussão em matéria de lei antitruste, que teve como ré empresa que adquiriu monopólio do refinamento do açúcar.

A empresa *American Sugar Refining Company* havia comprado várias refinarias de açúcar, obtendo praticamente o controle de todo o refinamento nos Estados Unidos. A reação do governo federal fez-

---

se sentir por meio de ação ajuizada contra a referida companhia. Nos termos do *Sherman Antitrust Act* as aquisições seriam irregulares.

A ré defendeu tese que consistia na afirmação de que a cláusula de livre comércio, como escrita na constituição norte-americana, não autorizava o Congresso a regulamentar a produção de açúcar. A Suprema Corte adotou esta tese, revelando preconceito e hostilidade para com a regulamentação econômica. A decisão fez-se com base em percepção formalista, que dava conta de que o comércio de açúcar se dava em momento posterior à refinação, que corresponde a processo de industrialização.

Do ponto de vista lógico, se o Congresso não estava autorizado a regulamentar a industrialização do que quer que fosse, não poderia, conseqüentemente, regulamentar, nesse caso, o comércio decorrente. Porque a comercialização era instância posterior à industrialização, a vedação de regulamentação dessa última impediria a regulamentação daquela primeira.

Os realistas usaram esse julgado para demonstrar a imprestabilidade fática das análises lógicas do direito. Indiretamente, pode-se imaginar como percepções lógicas seriam instrumentos retóricos de proteção do capital. O realismo jurídico norte-americano é abordagem pragmática e comportamental das instituições sociais (cf. SINHA, 1993, p. 255). Assume-se atitude empírica, rejeita-se o raciocínio *a priori* e vai-se direto aos fatos. O principal dever do juiz não seria o de declarar a lei, porém o de manter a paz decidindo controvérsias.

Do direito esperam-se soluções razoáveis para as disputas que lhes são levadas. Criação judicial em movimento constante, o direito supõe reexame perene de propósitos e efeitos. A sociedade marcha em velocidade que transcende a lei. Não há crença geral nas regras e soluções tradicionais.

Por outro lado, e o que é mais importante, a racionalização da decisão dá-se depois da tomada de decisão, tornando-a plausível. Categorias gerais são utilizadas como subsídios para fatos específicos.

---

De forma mais realista: a personalidade dos juizes deve ser estudada para se compreender o direito (cf. SINHA, 1993).

O direito é generalização de efeito legal e potencial de considerações judiciais nas decisões de casos concretos. O direito é incerto, indefinido, sujeito a mudanças incalculáveis e imprevisíveis. O direito só existe quando aplicado por juizes. A personalidade do juiz, nesse sentido, seria o fator mais importante para o direito (cf. SINHA, 1993). Essa projeção do direito na vida real suscitou instantes de muita tensão entre os representantes do realismo. O caso Sacco e Vanzetti é ilustrativo dessa premissa.

Nicola Sacco e Bartolomeo Vanzetti eram italianos que viviam no estado de Massachusetts. Foram acusados de terem assassinado um homem chamado Frederick Parmenter. Teriam também matado a um guarda cujo nome era Alessandro Berardelli. Foram ainda acusados de terem roubado 15 mil dólares. O dinheiro seria utilizado pelas vítimas para o pagamento dos salários dos empregados de uma fábrica de sapatos. Não houve testemunhas oculares do crime. Circulava boato que dizia que dois italianos teriam cometido os delitos. Houve suspeitas em relação a um sujeito chamado Mike Boda; em seu carro foram encontrados livros relativos ao comunismo e muito material de propaganda subversiva.

Posteriormente o carro foi encontrado na posse de Sacco e Vanzetti. O primeiro portava uma pistola calibre 32 com nove balas, e esse último levava um revólver 38. Em poder de Sacco encontrou-se pedaço de papel, que continha nota redigida em italiano, que pregava a luta pela resistência. As armas não estavam regularizadas. Sacco defendeu-se dizendo que trabalhava em uma fábrica de sapatos no momento em que os crimes teriam ocorrido. Vanzetti insistia que estava então vendendo enguias. Uma histeria tomou conta da acusação, que usava de todos os artifícios para condenar os italianos, que eram tidos como anarquistas.

Um comitê internacional organizou movimento para a defesa de Sacco e Vanzetti, mediante contatos com autoridades. Vários protestos ocorreram junto às embaixadas americanas na França, na Bélgica, na Itália, na Suíça. Felix Frankfurter (que mais tarde será juiz da Suprema

---

Corte norte-americana) saiu em defesa dos italianos, no que foi apoiado por Karl Llewellyn, que fez impressionante pronunciamento no rádio, em favor dos réus. Roscoe Pound manteve-se em silêncio, preferindo não se manifestar. Oliver Wendell Holmes Jr., já juiz em Washington, manteve a condenação. Em 23 de agosto de 1927, Sacco e Vanzetti foram executados. Cinquenta anos depois, Michael Dukakis, então governador de Massachusetts, reabilitou os dois italianos.

O caso Sacco e Vanzetti expôs a falta de unidade conceitual entre os representantes do realismo jurídico norte-americano. Frankfurter e Llewellyn fizeram campanha pela absolvição dos italianos. Pound ficou calado. Holmes, que na qualidade de juiz da Suprema Corte poderia ter participação mais ativa, votou pela condenação dos réus. Llewellyn e Pound também sustentaram debate em torno do significado do realismo, como será visto mais tarde. A partir do início da década de 1930 Roscoe Pound passou a adotar posições mais conservadoras, o que o colocou em conflito com os outros realistas clássicos.

O realismo jurídico norte-americano criticou a distinção entre direito público e privado. Se for o direito público o detentor do poder para determinar o que é direito privado, não há por que se aceitar que o direito privado seja esfera livre do direito público.

Conceito típico do direito norte-americano do século XIX, embora desprovido da ênfase e da canonização que lhe dá a tradição européia, a dicotomia entre direito público e privado foi motivo de preconceito por parte do realismo jurídico, que em todas as instâncias percebia a interferência estatal. O referencial de autonomia da vontade, que supostamente informaria o direito privado, é determinado pelo direito público, e nesse sentido esse último assumiria e assimilaria aquele primeiro.

Denunciava-se suposto fundamento metafísico do direito, recorrente na tradição clássica, em prol de juízo de premonição. As percepções de preconceitos, juízos de valor e comportamento dos magistrados passam a orientar as reflexões normativas, de que modo que se desconsideram contornos de objetividade que o formalismo jurídico tinha como ponto indiscutível.



---

O realismo jurídico, resumindo, criticava o formalismo jurídico, a tendência do direito de se reputar como ciência, o objetivismo, a utilização da lógica e a busca da certeza jurídica. Defendeu-se o relativismo da verdade e ponderou-se que juízes carregam para as decisões suas idiossincrasias, que são determinadas pelo entorno cultural no qual vivem. O direito é definido como a possibilidade de se fazer previsão segura de como o judiciário lidará com os casos que julga. Os contornos do realismo são informados pela filosofia do pragmatismo, tema do próximo passo.

### 3. FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS

#### 3.1 O Pragmatismo

O pragmatismo é o pano de fundo filosófico do realismo jurídico norte-americano. Preocupa-se em investigar como as pessoas pensam. Não se questiona por que motivos as pessoas pensam. Por que precisaríamos saber algo que já fazemos naturalmente? Segundo os pensadores ligados ao pragmatismo, perde-se muito tempo com questões do pensamento, de pequeno resultado prático (cf. MENAND, 1997). Filosofia tipicamente americana, o pragmatismo conta com alguns ensaios clássicos que o presente trabalho vai resenhar.

Entre eles, textos de Charles Sanders Peirce (*How to make our ideas clear*), de William James (*The will to believe*), de Oliver Wendell Holmes Jr. (*The path of law*) e muito posteriormente de Richard Rorty (*Philosophy as a kind of writing*). Em linhas gerais, o pragmatismo abandona modelos tradicionais de objetividade, verdade e racionalidade, promovendo niilismo e ceticismo que subvertem a democracia liberal, a cogitarmos de imagem crítica para com essa corrente do pensamento norte-americano (cf. MENAND, 1997).

O pragmatismo centra-se na questão da verdade e assume que o que se toma por verdadeiro é apenas o que se admite como tal. O pragmatismo identifica modo norte-americano de se pensar e de se fazer filosofia. Sob forte influência de Charles Darwin e do pensamento utilitarista de John Stuart Mill, o pragmatismo é também filosofia que se

---

desenvolveu nos meios acadêmicos. Começou em Harvard com Charles Sanders Peirce e com William James. Emigrou para Chicago e Nova Iorque, quando se tornou filosofia nacional, sob forte influência de John Dewey.

Influenciou o realismo de Thomas Kuhn, que criticou a objetividade das ciências sociais, e que em 1962 publicou *The Structure of Scientific Revolutions*, um dos livros mais influentes do século XX.

Thomas Kuhn (que faleceu em 1996) era físico por formação acadêmica originária. Uma bolsa de estudos o conduziu ao posto de *Junior Fellow* em Harvard. Passou a estudar a história da ciência, intuindo que *cada revolução científica provoca mudanças nas perspectivas históricas da comunidade científica que protagoniza essa revolução; tal mudança afeta a estrutura dos textos científicos pós-revolucionários e das publicações de pesquisa acadêmica* (KUHN, 1996, p. xi). Kuhn impugnou o conceito clássico de que o desenvolvimento científico seria o resultado linear de uma série de avanços historicamente concatenados.

Tal percepção é integrante de um modelo científico hegemônico, que se assume como dominante, normal, o que qualifica um *paradigma*, expressão cunhada por Kuhn e de uso trivial nas ciências sociais. Especialmente no direito, a expressão *paradigma* é de uso recorrente; é lugar comum falar-se em mudanças de paradigmas, locução que apasiona jusambientalistas.

A revolução científica para Kuhn consiste na passagem de um paradigma para outro, isto é, de um modelo hegemônico de epistemologia para outro, o que reflete o falibilismo e o relativismo do pensamento científico, premissa que os pensadores do pragmatismo tornaram conhecida e debatida.

O núcleo original do pragmatismo formava grupo de discussões, que se reunia em Boston e em Cambridge. Seus membros nominavam a confraria intelectual de *The Metaphysical Club*, o *Clube Metafísico*. Os temas debatidos influenciaram juizes, professores, políticos e profetas sociais nos Estados Unidos. O *Clube Metafísico* viveu suas reuniões por volta do início da década de 1870. O núcleo do grupo era formado por

---

William James (então professor em Harvard), Oliver Wendell Holmes Jr. (que será juiz na Suprema Corte norte-americana), Chauncey Wright (filósofo), Charles Sanders Peirce (então conhecido como cientista e teórico da ciência), bem como os advogados Nicholas St John Green e Joseph Bangs Warner. James será reputado como o maior divulgador do pragmatismo, Holmes como o maior nome da sociologia jurídica e Peirce como o fundador da teoria dos signos, que também será explorada na Europa, especialmente com Saussure (KUKLICK, 2001, p. 146).

Peirce alegava que o uso dos signos é atitude interminável; não conseguimos sair de um dicionário (pois uma palavra leva a outra), assim como não conseguimos escapar do universo, pois cada um dos símbolos que nos envolve nos conduz a outras referências (cf. MENAND, 2001, p. 364).

O pragmatismo é percebido em textos de autores tão díspares como Benjamin Natan Cardozo (de quem se falará mais adiante), Artur Scheslinger Jr. (ligado à administração Kennedy) e Harold Bloom (crítico literário autor de *O Cânon Ocidental*).

Holmes formulou conceito que plasma a idéia central do pragmatismo do ponto de vista jurídico. Definiu-se que *first we decide, than we deduce*, isto é, o juiz primeiramente decide e em seguida formula mecanismos lógicos de dedução (cf. MENAND, 2001, p. 353). De tal modo,

Uma determinada questão jurídica é apreciada em juízo como se fosse uma situação de fato única e singular. Imediatamente insere-se numa miríade de discursos imperativos. Há imperativo em se encontrar uma solução justa para esse caso particular. Há imperativo em se encontrar resultado que seja consistente e coerente para com os resultados alcançados no passado em casos idênticos. Há imperativo de se encontrar um resultado que, generalizado como solução em casos idênticos anteriores, será mais adequado e útil para toda a sociedade. Há imperativo em se encontrar resultado que emita mensagem comportamental que seja útil. Há também, embora reconhecidamente de forma menos explícita, desejo em se assegurar resultado que seja o mais simpático possível às idéias políticas do juiz que o anuncia. Há imperativo de se usar o resultado desse caso particular de forma convergente com a doutrina jurídica, de modo a adaptá-lo a mudanças nos modelos e condições sociais. Há imperativo que radica no desejo de se punir o pecaminoso e perverso

---

e de se perdoar o bom. Há imperativo em se redistribuírem os custos, aliviando vítimas de acidentes, responsabilizando-se fabricantes e companhias de seguro (MENAND, 2001, p. 339).

Inverte-se a lógica convencional que até então pretendia esclarecer o comportamento humano, a partir do desenvolvimento das idéias. Para o pragmatismo, não agimos porque temos idéias; temos idéias porque precisamos agir, e agimos de acordo com os fins que perseguimos (cf. MENAND, 2001, p. 364).

O pragmatismo impugna qualquer idéia de neutralidade, insistindo no comprometimento do pensamento, na relação existente entre fins e meios. De tal modo, quando se diz a uma criança que *o mundo é assim mesmo*, não se está fazendo observação neutra ou vazia de intenção prática. Apenas se ajusta a criança a uma relação mais adequada e menos conflituosa com o mundo, porque sinceramente até se demonstra o quanto o mundo seria insatisfatório (cf. MENAND, 1997).

A expressão *pragmatismo* teria sido pela primeira vez utilizada por William James em 1898, em Berkeley, em aula cujo título era *Conceitos Filosóficos e Resultados Práticos*. A pretensão de resultados práticos para conceitos fundamentalmente teóricos que marcava o movimento, justificou a ampla aceitação e simpatia da audiência norte-americana.

Já se afirmou que o pragmatismo seria a ética protestante (como sentida por Max Weber) em termos singularmente sociais (cf. MENAND, 2001, p. 439). Em homenagem direta a Peirce, que então amargava ostracismo (tema que o presente trabalho posteriormente retomará), James nominou o pragmatismo de *princípio de Peirce*.

Ao que consta, James preferia a expressão *humanismo* para designar o conjunto de idéias de que então cogitava. Peirce, ao se ver subitamente lembrado por James, passou a usar *pragmaticismo*. Dewey preferia *instrumentalismo* (cf. MENAND, 2001, p. 350). Humanismo, pragmatismo, pragmaticismo e instrumentalismo são expressões que convergiam para o núcleo conceitual do movimento, para o qual todo o conhecimento o é para alguma coisa.

---

Conseqüentemente, os objetivos e resultados práticos do conhecimento que se busca é que devem ser substancializados. Peirce, por sua vez, teria tomado o termo *pragmatismo* de passagem de Kant, que na *Kritik der Reinem Vernunft* (Crítica da Razão Pura) mencionava uma *crença pragmática* (cf. MENAND, 2001, p. 227).

De modo a buscarmos (e obtermos) clareza em relação ao conhecimento de determinado objeto devemos levar em conta quais são os efeitos práticos que esse conhecimento propicia, que sensações nos aguardam, e para que tipo de reação devemos estar preparados (cf. MENAND, 1997).

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

Ainda em campo epistemológico, se queremos o conhecimento de algo, devemos localizar esse conhecimento e seus resultados no mundo real. A partir de textos de Peirce, um estudioso do movimento lembra-nos que quando dizemos que algo é *duro*, nos referimos a algo que quebra o vidro, que resiste a colisões, e assim identificamos os efeitos práticos do que se concebe como a característica do detentor do qualificativo de *dureza*. Assim, esse qualificativo não é percepção abstrata, imaginária, metafísica, ou mesmo enunciado de uma essência. Trata-se da soma de tudo o que os objetos *duros* realmente representam na vida real (cf. MENAND, 1997).

A reflexão acima conduz a incontornável questão; afinal, o que faz com que determinada crença seja *verdadeira*? O pragmatismo insistia nos resultados dessa crença, e diria que verdadeiro é aquilo que nos revela uma melhor e mais adequada relação com o mundo no qual vivemos. Tome-se como exemplo a questão da fé religiosa. O pragmatismo deixa de lado as reflexões teológicas e os problemas metafísicos. Assume a questão moral como principal. Preocupa-se com os resultados que a fé provoca nas pessoas.

---

Na medida em que a pessoa religiosa passa a viver melhor, com ela mesma e com os outros, a fé é justificada. O pragmatismo não se ocupa com problemas essencialistas. Assume que há aspectos do conhecimento que não se pode alcançar. Preocupa-se com os resultados do conhecimento que a fé reputa como verdadeiro. Não se interessa pelo que se admite como verdadeiro, e nem mesmo com a própria verdade; preocupa-se com os resultados que a verdade provoca em cada um de nós.

Para o pragmatismo, a filosofia perde muito tempo na tentativa de deduzir verdades de princípios gerais e supostamente universais. Os filósofos, ainda para o pragmatismo, deveriam investigar os *efeitos práticos* da aceitação de verdades, especialmente em âmbito de reflexão moral.

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

Ampliando-se o raciocínio e os contornos do problema, o pragmatismo admite que não podemos esperar pela prova absoluta de alguma coisa. Nossas decisões seriam apostas em relação ao que o mundo é hoje, e no que imaginamos que o mundo será amanhã (cf. MENAND, 1997). Somos agentes de nossos destinos (cf. MENAND, 2001, p. 371).

O que produzimos no mundo, a cultura, é mera resposta para nossa condição de vida; geramos cultura exatamente como produzimos dióxido de carbono (cf. MENDAND, 2001, p. 407). Nossa crença é mera fé em nossa habilidade individual e em nosso poder criativo (cf. MENAND, 1997).

---

O pensamento promove o ajuste de nós mesmos com nossas condições de vida. O pragmatismo insiste no sentido prático da atitude filosófica. Holmes afirmava que a filosofia é para nossa cultura o que um traje de festas e uma gravata borboleta seriam para nós quando temos de tirá-los para trocarmos o pneu de um carro. Há momentos em que a reflexão filosófica deve ser deixada de lado, porque a vida nos exige atitude firme, prática, de resultado, que resolva problema que nos foi colocado, e para o qual devemos estar em estado de preparo perene (cf. MENAND, 1997).

Experiência, para o pragmatismo, seria o resultado do que surge da intervenção do organismo humano em relação ao meio ambiente. Crenças, valores, intuições, costumes, preconceitos, os elementos que informam a cultura, refletem nossa interação com o meio em que vivemos (cf. MENAND, 1997).

A pedagogia do pragmatismo (definida nos textos de Dewey) indica-nos que aprendemos fazendo (*learning by doing*). Radica aí a obsessão de Dewey com o cozinhar como método de aprendizagem (cf. MENAND, 2001, p. 323).

O conhecimento se circunstancia em situações concretas. O conhecimento não é mera cópia mental de realidade externa; é instrumento e órgão de ação de sucesso. O processo de aprendizagem seria atividade de celebração, a escola é a comunidade em miniatura, é campo de treinamento para a vida democrática; é o *habitat natural* dos pequenos profetas, na imagem de Mangabeira Unger. A atenção, essencial à aprendizagem, é o processo de mediação entre hábito e novas condições (cf. MENAND, 2001, p. 327).

O pragmatismo aceita diferenças, que incentiva, e assim é antecedente comum do pluralismo cultural. Para James, o pragmatismo deixa de ser filosofia e passa a ser uma maneira de se fazer filosofia (cf. MENAND, 1997).

Por isso, prega-se ao invés do *universo* um *multiverso*, algo que jamais se encontra completo e que nunca se percebe sintetizável em uma totalidade estável. O pragmatismo pretende impugnar todas as formas de

---

abstração inúteis. Finca-se em experimentalismo permanente, insistindo que devemos continuar experimentando coisas novas. O conhecimento progride, em regime de adaptação. Rejeita-se o formalismo. O pragmatismo repudia quem quer que tente impor ao conhecimento um modelo e um sistema formal e inquestionável.

Nesse sentido, o pragmatismo estimula para que acreditemos que estamos fazendo as coisas certas, mesmo assumindo a falibilidade e o erro de nossos julgamentos; a metafísica não deve ser objeto de nossas preocupações. Ela tomará conta de si mesma e um dia qualquer desses vai acabar resolvendo o problema de todo o mundo... (cf. MENAND, 1997).

As teorias, segundo o pragmatismo, apenas dão sentido para nossas necessidades. O pragmatismo promove, mais uma vez, inversão conceitual, ao localizar o âmbito teórico como consequência do desejo fático. Certo determinismo matiza o pragmatismo, na medida em que se defende que nossas decisões seriam determinadas pelas regras culturais dos grupos sociais aos quais pertencemos (cf. MENAND, 1997).

Explicita-se melhor a premissa com a *metáfora da escada*. Suponha que acordemos pela manhã e nos encontremos em um novo lugar, que nunca imaginamos, e no qual não estivéramos antes. Em seguida, construímos uma escada para tentarmos reconstruir o caminho de ida. Tentamos explicar como chegamos lá. O pragmático é a pessoa que pergunta se esse é um lugar ideal para se estar. O não pragmático fica admirando a escada... (cf. MENAND, 1997).

O pragmatismo, então, condena atitudes contemplativas, de admiração, daqueles para quem a vida deve ser vista como a um palácio, como se fosse objeto de constante apreciação estética. O pragmatismo exige pensamento rápido, direto, objetivo, concreto. Não se admira que a mentalidade norte-americana, também moldada na ética capitalista e na pré-destinação calvinista, tenha outorgado ao pragmatismo a feição de filosofia nacional. Imagina-se *lâmina pragmática*, um *pragmatic razor*; um golpe certo que dá fim à irrelevância concreta dos problemas da metafísica.



---

Tudo o que fazemos, fazemos com algum interesse (MENAND, 2001, p. 101). Assim, em termos mais específicos, não é a resposta que vem do estímulo. Só há estímulo porque já existe a resposta. Do mesmo modo, não há o indivíduo e depois a sociedade, porque não há indivíduo sem sociedade (cf. MENAND, 2001, p. 330). O pragmatismo é antifundacionalista. Adianta-se em temas que serão retomados pelo pensamento pós-moderno no século XX.

O pragmatismo criticava distinções entre mente e realidade, meios e fins, natureza e cultura (cf. MENAND, 2001, p. 330). A versão contemporânea do pragmatismo o faz da mesma maneira. Richard Rorty, em livro seminal, demonstrou que Dewey, Wittgenstein, Heidegger, e Derrida têm muito em comum, ligando pragmatismo e pós-modernismo (cf. RORTY, 1980). A distinção metafísica entre mente e realidade é no sentir do pragmatismo um falso problema.

A verdade emerge como consenso comunitário (e nesse sentido percebe-se influência do pragmatismo em Habermas) e não como crença individual. Concebe-se teoria do conhecimento holística, teoria política democrática, teoria pedagógica progressista e teoria jurídica realista. O pragmatismo torna sem sentido o problema kantiano, referente à natureza do conhecimento (DURANT, 1961, p. 382).

O realismo jurídico norte-americano é a versão forense do pragmatismo. Pretende ler a vida jurídica sob o ângulo do relativismo, do experimentalismo e do otimismo, características do pragmatismo filosófico. A reflexão do pragmatismo será conduzida para uma dimensão jurídica. O jogo da justiça será dissecado. A verdade dos autos cederá à verdade da circunstância, dada a própria inadmissibilidade de verdade que possa ser reputada como protagonista de verdade real.

No próximo passo o trabalho procura sintetizar o pensamento de Charles Sanders Peirce, reputado como o primeiro dos pragmáticos.

---

### 3.2 Charles Sanders Peirce

Peirce admitia que a filosofia é atitude prioritária de construção e de reparação. Divulgador de empirismo idiossincrático, Peirce substituiu o ceticismo pelo falibilismo e o positivismo pelo próprio pragmatismo. Durante sua vida Peirce contou com audiência pequena e inconsistente.

Peirce jamais deteve cátedra por longos anos, como fizeram James e Dewey. Peirce estudou também lógica, influenciando Bertrand Russell, o filósofo inglês que criticou os pragmáticos. Para Peirce a filosofia seria menos arte e muito mais ramo de pesquisa progressiva. Seu pensamento não se limita ao verbalismo e ao hipotético.

Em sua dimensão mais popular o pragmatismo vai se mostrar como reação anti-intelectualista, e nesse aspecto o pragmatismo de Peirce, por ser anti-intelectualista, conhecerá certa oposição. A contrário de seus sucessores (especialmente de John Dewey) Peirce admite o pragmatismo como regra de lógica, e não como metafísica. Para Dewey, James e Holmes, o pragmatismo não seria nem lógica e muito menos metafísica (BUCHLER, in PEIRCE, s.d., p. ix).

Charles Sanders Peirce nasceu em Cambridge, Massachusetts, em 10 de setembro de 1839. Seu pai, Benjamin Peirce, era reputado como sábio nos meios acadêmicos. Em 1855 começou seus estudos sistemáticos de Kant. Em 1859 graduou-se em Harvard. Suas notas o colocaram em septuagésimo-nono lugar, entre noventa alunos. No ano seguinte, em 1860, Peirce viveu episódios maniaco-depressivos, que o acompanharam até o fim da vida. No mesmo ano, realizou estudos em Harvard, sob orientação de Louis Agassiz.

Em 1861 começou a trabalhar no serviço costeiro dos Estados Unidos. Também em 1861 entabulou amizade e correspondência com William James. Essa amizade alastrou-se até 1910, data do falecimento de William James. Peirce casou-se em 1863 com Harriet Melusina Fay, a quem chamava de Zina. Peirce estudou Aristóteles com verticalidade impressionante. Em 1865 começou a lecionar lógica. Dedicou o ano de 1867 para o estudo de Descartes e de Leibnitz.

---

No ano de 1869 redigiu cerca de 300 resenhas de livros para o jornal *The Nation*. Em 1872 começou a frequentar o *Clube Metafísico*, em Boston e em Cambridge, relacionando-se com Holmes e com os demais membros daquele sodalício intelectual. Separou-se da primeira esposa em 1876, passando a viver com Juliette Annette Pourtalai. O caso e o escândalo lhe custaram o emprego de professor em Johns Hopkins e lhe fecharam as portas da academia norte-americana.

Depressão e problemas econômicos lhe atormentaram. Inúmeros ataques nervosos tornaram sua saúde precária. Peirce tentou o suicídio algumas vezes. Morreu de câncer em 19 de abril de 1914. Peirce viveu seus últimos anos na pobreza e na doença. No fim da vida Peirce se dizia um misto de idealista objetivo (locação que tomou de Schelling) e de realista lógico (BRENT, 1998, p. 362).

*Some Consequences of Four Incapacities* (Algumas conseqüências de quatro incapacidades) é ensaio de 1868, seminal para a formulação das linhas gerais do pragmatismo, na medida em que lançou ataque fulminante na metafísica. Peirce começa o ensaio nominando Descartes de *o pai da filosofia moderna*, lembrando que o espírito do cartesianismo ensina que devemos começar a inteligência do mundo com uma dúvida universal. Com essa premissa, Peirce afirma que todos os filósofos de sua época eram, em certa medida, cartesianos. Porém Peirce rebatia a dúvida cartesiana e escrevia que:

Não podemos começar com uma dúvida absoluta. Devemos principiar nosso raciocínio com todos os preconceitos que efetivamente possuímos quando começamos a estudar filosofia. Tais preconceitos não podem ser deixados de lado por conta de uma máxima. É que há coisas em nós que devemos questionar. Conclui-se que esse ceticismo inicial será apenas decepção pessoal e não dúvida real; e ninguém que siga o método cartesiano jamais se dará por satisfeito até que tenha se curado das crenças que um dia teve. A dúvida cartesiana, de tal modo, é tão inútil como se ir ao Pólo Norte como parte do caminho para Constantinopla. Pode-se, em verdade, ter-se razão em se duvidar do que anteriormente se acreditou; mas nesse caso se duvida porque se teve razão positiva para tal, e não como resultado de máxima cartesiana. Não se pode fingir que se duvida em filosofia daquilo que não se duvida verdadeiramente (PEIRCE, s.d., p. 228).

---

A dúvida cartesiana, centrada na conclusão de que não se pode duvidar apenas do que se existe, porque se pensa, e que dá início a um conjunto de regras para direção do pensamento (cf. DESCARTES, 1952) fundamentaria modelo de raciocínio desprovido de praticidade e de realidade. Para Descartes a dúvida seria o primeiro passo de todo o conhecimento (cf. TARNAS, 1993, p. 277). Peirce criticava essa filosofia metafísica e idealista, ponderando que a dúvida não pode ser o resultado de uma máxima filosófica. A dúvida seria estado de vacilo conceitual real. E nada mais. E disparava:

Toda filosofia não idealista supõe algo absolutamente inexplicável e efetivamente não passível de análise. Em resumo, algo que resulte da própria mediação, porém não suscetível a essa mesma mediação. Agora que todas as coisas se tornaram efetivamente inexplicáveis, tudo só pode ser conhecido mediante o raciocínio simbólico. Porém a única justificativa para inferência a partir de símbolos é que a conclusão explica o fato que se pretende conhecer. Supor-se que um fato seja absolutamente inexplicável não é forma de explicá-lo, e conseqüentemente tal suposição jamais pode ser aceita (PEIRCE, s.d., p. 229).

No ensaio *The Fixation of Belief* (A fixação de uma crença), que é de 1877, Peirce moteja da lógica, embora ele mesmo fosse um professor da disciplina de Abelardo:

Para Rogério Bacon, essa inteligência brilhante que em meados do século XIII já era quase homem de ciência, a concepção escolástica de raciocínio surgira apenas como obstáculo à verdade. Ele previa que a experiência isolada não ensina nada, proposição que para nós hoje em dia parece fácil de ser compreendida. É que outra concepção de experiência nos têm sido legada pelas gerações passadas. Aquela concepção era para Bacon perfeitamente inteligível, porque as dificuldades que tinha ainda não haviam se desdobrado nas dúvidas que elas mesmas traziam. De todos os tipos e formas de experiência, a melhor, ele pensava, era a luz interior. Essa luz que nos ensina muitas coisas sobre a natureza. Coisas que os sentidos externos jamais poderão descobrir, como, por exemplo, a transubstanciação da hóstia (PEIRCE, s.d., p. 5).

A transubstanciação da hóstia, tema teológico, remete-nos ao problema da hóstia *ser* ou *representar* Cristo. A validade da lógica, para essa tarefa de investigação teológica, circunstanciava e atestava a atitude cética de Peirce para com o estudo dos silogismos. Nesse mesmo ensaio,

---

*The Fixation of Belief*, Peirce problematizou a relatividade da verdade, tema que é clássico no ideário pragmático:

Há coisas reais, cuja natureza é inteiramente independente das opiniões que temos sobre elas. Essas coisas reais afetam nossos sentidos de acordo com leis que agem com certa regularidade e, embora nossas sensações sejam distintas das relações que temos com os objetos, ainda, usando-se das vantagens das leis de percepção, podemos nos assegurar na medida em que refletimos sobre como as coisas verdadeiramente são. E cada um de nós, com suficiente experiência e bom senso, pode chegar a uma conclusão Verdadeira. A nova concepção que aqui surge é a concepção de realidade (PEIRCE, s.d., p. 18).

O falibilismo do conceito de verdade é tema essencial no pensamento de Peirce, para quem está em péssimo estado mental quem admite a existência de verdade absoluta e não contestável (cf. PEIRCE, s.d., p. 21). No ensaio *How to Make our Ideas Clear* (Como fazer com que nossas idéias sejam claras), de 1878, Peirce indicou que *uma idéia clara é definida como aquela que é assim reconhecida, sempre [...] e que se falha na clareza, será tida como obscura* (PEIRCE, s.d., p. 23).

Esse aparente truísmo serve de pano de fundo conceitual para a conclusão do ensaio, que nos lembra que as idéias podem ser claras, mesmo não sendo verdadeiras (cf. PEIRCE, s.d., p. 41). O pensador norte-americano cindiu os conceitos de clareza lógica e de verdade. Não é exigência de clareza de raciocínio que esse conceito seja verdadeiro, mesmo porque *a essência de uma crença radica na formação de um hábito* (PEIRCE, s.d, p. 29). E desprezou a lógica clássica:

O tão admirado ornamento da lógica, que decorre de doutrina que proclama a clareza e a distinção, pode até ser muito elegante e interessante. Porém, chegou a hora de relegarmos tal ornamento e antiga jóia a nosso armário de curiosidades, deixando para usar algo melhor e mais útil aos dias de hoje (PEIRCE, s.d., p. 25).

Peirce criticava o uso de recursos retóricos, lembrando que *há pedras no fundo do mar, flores em desertos que jamais foram viajados, etc., que são proposições que, como aquela que nos lembra que um diamante é duro quando não pressionado, ligam-se muito mais a arranjos de nossa língua do que ao significado de nossas idéias* (PEIRCE, s.d., p. 40).

---

Peirce reiterava a crítica a metafísica. Escrevia com a mesma agressividade com que Nietzsche praguejava contra a metafísica na Europa. Para Peirce, *a metafísica é um assunto muito mais curioso do que útil; seu conhecimento, tal como o conhecimento de um receita debaixo da água, serve-nos a mantermo-nos livre dele* (PEIRCE, s.d., p. 47). Peirce acreditava que entre os elementos do mundo teríamos o acaso e o hábito.

Peirce é também o fundador da semiótica. Concentrou-se na diferença entre idéia e signo. Para o pensador norte-americano, o signo é também pensamento, idéia, porém carrega significado que não é auto-evidente. Além de ponto de partida para o pragmatismo, Peirce deu início a amplo campo de pesquisas, que radicam nos problemas que decorrem das relações entre símbolos. Tema de inúmeros trabalhos acadêmicos, Peirce tornou-se epicentro de uma *indústria* de problematização e de reflexão filosófica. O local no qual passou os últimos anos de sua vida tornou-se ponto turístico de peregrinação nacional (cf. KUKLICK, 2001, p. 149).

Para os efeitos das reflexões do presente trabalho, que se ocupa do realismo jurídico norte-americano, Charles Sanders Peirce é o primeiro referencial conceitual, na medida em que relativizou a verdade, a lógica e a metafísica. Peirce protagonizou o anti-essencialismo filosófico que informou o realismo jurídico nos Estados Unidos. Nesse sentido, à sua importância iguala-se a de William James, tema do próximo passo.

### 3.3 William James

William James nasceu em Nova Iorque no ano de 1842. Estudou nos Estados Unidos e na Europa. Graduou-se em Harvard, em 1869, quando terminou o curso de medicina. Travou sólidas relações de amizade com Charles Sanders Peirce e com Oliver Wendell Holmes Jr., com os quais se reunia no *Metaphysical Club*.

Viveu muitos anos atormentado pela ansiedade e pela depressão. Lecionou fisiologia, psicologia e filosofia, sempre em Harvard, além de ter feito várias palestras em Boston. James começou a sofrer do coração

---

em 1898, morrendo em 1910. Quadros depressivos eram recorrentes na família de William James (cf. SIMON, 1999). É talvez esse pano de fundo que tanto tenha colaborado na formação de William James, como fino observador da alma humana (cf. BARZUN, 1984, p.142).

William James reputava a filosofia como *a mais sublime e a mais trivial das empreitadas humanas*. Admitindo a inserção do pensamento filosófico em todos os campos da experiência, James afirmou que a filosofia *opera nas brechas mais estreitas e se abre para os mais vastos horizontes* (JAMES, 1979, p.4).

Realista, ponderou que a filosofia *não enche barriga [...] mas pode inspirar nossas almas com coragem* (JAMES, 1979, loc. cit.). Necessitamos da filosofia na medida em que *repelente como suas maneiras, suas dúvidas e desafios, seus sofismas e dialéticas freqüentemente o são para gente comum, nenhum de nós pode prosseguir sem a luz longínqua que espraia pelas perspectivas do mundo* (JAMES, 1979, loc.cit.). Em tom apocalíptico acrescentou que *esses clarões, pelo menos, e os efeitos contrastantes de mistério e escuridão que os acompanham, emprestam ao que diz um interesse que é muito mais do que profissional* (JAMES, 1979, loc.cit.).

William James em reflexão feita em famosa conferência explicitou medida lúcida para o que o pragmatismo entende por filosofia e por narrativa histórica que a acompanha. Para o pensador norte-americano:

A história da filosofia é, em grande parte, a de uma certa colisão de temperamentos humanos. Indigno que possa parecer a alguns de meus colegas um tal tratamento, terei que levar em conta esses choques e explicar por seu intermédio grande parte das divergências filosóficas. Qualquer que seja o temperamento de um filósofo profissional, trata, quando filosofando, de encobrir o fato de seu temperamento (JAMES, 1979, loc.cit.).

A filosofia procura verdades ou pelo menos tenta explicar porque está atrás dessas supostas exatidões e realidades. A solução que James pretende oferecer é uma *coisa singularmente chamada de pragmatismo como uma filosofia que pode satisfazer a ambas as espécies de procuras* (JAMES, 1979, p. 13).

---

Espremido entre as tradições do racionalismo e do empirismo, da teologia ortodoxa e do ceticismo que remonta à tradição aporética inglesa, cuja linhagem radica em Hume, essa filosofia pragmática *pode permanecer religiosa como os racionalismos, mas, ao mesmo tempo, como os empirismos, pode preservar a intimidade mais rica dos fatos* (JAMES, 1979, p.13).

O pragmatismo sugere um método. Para o pensador norte-americano, *o método pragmático é, primariamente, um método de assentar disputas metafísicas que, de outro modo, se estenderiam interminavelmente* (JAMES, 1979, p. 18). E James em seguida moteja de questões metafísicas, que oxigenam discussões intermináveis e improdutivas. Assim, *é o mundo um ou muitos? – predestinado ou livre? – material ou espiritual? – eis aqui noções, quaisquer das quais podem ou não ser verdadeiras para o mundo; e as disputadas em relação a tais noções são intermináveis* (JAMES, 1979, loc.cit.).

James preocupou-se com o resultado fático e com a prestabilidade concreta dos problemas com os quais a filosofia lida. E de tal modo, *o método pragmático nesses casos é tentar interpretar cada noção traçando as suas conseqüências práticas respectivas* (JAMES, 1979, loc.cit.).

O sentido de *conseqüência prática* é o eixo sobre o qual se orienta o modelo pragmático e a própria cultura norte-americana, de modo mais amplo, e de forma mais específica no que tange ao realismo jurídico. Por isso, *que diferença prática haveria para alguém se essa noção, de preferência àquela outra, fosse verdadeira?* (JAMES, 1979, loc.cit.).

A percepção do que seja *prático* fundamenta o pragmatismo e para William James *se não pode ser traçada nenhuma diferença prática qualquer, então as alternativas significam praticamente a mesma coisa, e toda disputa é vã* (JAMES, 1979, loc.cit.). Conseqüentemente, *sempre que uma disputa é séria, devemos estar em condições de mostrar alguma diferença prática que decorra necessariamente de que um lado, ou o outro está correto* (JAMES, 1979, loc.cit.).



---

A expressão *pragmatismo* é explicada por William James, que o fez inclusive mediante explícita homenagem a Pierce, que se encontrava no ostracismo e a quem James promove subida reabilitação:

Uma olhada à história da idéia mostrará ainda melhor o que significa pragmatismo. O termo deriva da palavra grega “prágma”, que significa ação, do qual vêm as nossas palavras ”prática” e “prático”. Foi introduzido pela primeira vez em filosofia por Charles Peirce, em 1878. Em um artigo intitulado “Como tornar claras nossas idéias”, em “Popular Science Monthly” de janeiro daquele ano, Peirce, após salientar que nossas crenças são, realmente, regras de ação, dizia que, para desenvolver o significado de um pensamento, necessitamos apenas determinar que conduta está apto a produzir: aquilo é para nós o seu único significado. E o fato tangível na raiz de todas as nossas distinções de pensamento, embora sutil, é que não seja senão uma diferença possível de prática. Para atingir uma clareza perfeita em nossos pensamentos em relação a um objeto, pois, precisamos apenas considerar quais os efeitos concebíveis de natureza prática que o objeto pode envolver- que sensações devemos esperar daí, e que reações podemos preparar (JAMES, 1979, loc.cit.).

E discursando como co-fundador de um campo de pesquisas e de ação, que sempre vinculava a Pierce, James continuava:

Esse é o princípio de Peirce, o princípio do pragmatismo. Permaneceu inteiramente despercebido por vinte anos, até que eu, em uma alocução perante a reunião filosófica do Professor Howison, na Universidade da Califórnia, trouxe-o à baila novamente e dei-lhe uma aplicação especial na religião. Por essa época (1898), o tempo parecia propício à sua acolhida. A palavra “pragmatismo” espalhou-se, e, atualmente, transparece em grau razoável nas páginas das publicações filosóficas. Em todas as bandas damos-nos conta do “movimento pragmático”, falando às vezes com respeito, às vezes com contumélia, raramente com perfeito conhecimento de causa. É evidente que o termo se aplica convenientemente a um número de tendências que até aqui têm carecido de um nome geral e que “veio para ficar” (JAMES, 1979, loc.cit.).

William James questionou e preocupou-se com aspectos concretos e realistas das pesquisas científicas e da indagação filosófica e nessa postura tem-se o núcleo do pensamento pragmático. Era recorrente sua indignação em relação à metafísica e à discussão estéril, Segundo James, *é espantoso de ver-se quantas e quantas disputas filosóficas dão em nada no momento em que as submetemos ao simples teste de traçar uma conseqüência concreta* (JAMES, 1979, p. 19).

---

O referido *teste de consequência concreta* é o referencial mais comum do pragmatismo, que a toda reflexão antepõe questão aparentemente ingênua, mas de realidade eloqüente, perguntando-se *para quê?*

O pragmatismo, segundo James, freqüenta o pensamento ocidental há muito tempo. Estaria em Sócrates, em Aristóteles (que o teria aplicado metodicamente), em Locke, em Berkeley e em Hume, que mediante o uso do modelo pragmático teriam, de acordo com James, propiciado incomensuráveis contribuições à causa da verdade. Embora, bem entendido, e ainda segundo James, esses prováveis precursores do pragmatismo o teriam utilizado de maneira fragmentária. É que *não foi senão em nossa época que se generalizou [o pragmatismo], tornou-se consciente de sua missão universal, aspirou a um destino conquistador* (JAMES, 1979, loc.cit.).

Teorizar é cânon intelectual que deve ter propósitos. Para James, a teoria é um instrumento, e não uma resposta aos enigmas. Nesse sentido, tem-se inesperada convergência entre o pragmatismo de William James e algumas concepções epistemológicas pós-modernas, especialmente se temos em mira o pensamento de Michel Foucault, e os torneios de pensamento do filósofo francês, principalmente em entrevistas, de modo a encetar a teoria enquanto meio para si mesma e não como instrumento para quaisquer propósitos, fundamentalmente a serviço do poder, e do conhecimento, também a serviço do poder. Para James, *o pragmatista agarra-se aos fatos e coisas concretas, observa como a verdade opera em casos particulares, e generaliza* (JAMES, 1979, p. 26).

O pragmatismo não sucumbiria nem mesmo à metafísica que informa a investigação teológica. Não haveria antinomia entre pensamento pragmático e religião. É que as práticas religiosas também suscitam resultados concretos, comportamentais, cujos pontos principais não escapam à atenção do pensador pragmático. E assim:

*O pragmatismo está disposto a tomar tudo, a seguir ou a lógica ou os sentidos e a contar com as experiências mais pessoais e mais humildes. Levará em conta as experiências místicas se tiverem consequências práticas. Acolherá a um Deus que viva no âmago mesmo do fato privado – se esse lhe parecer um lugar provável para encontrá-lo* (JAMES, 1979, p. 30).

---

Uma visão pragmática promove releitura de todos os conceitos e de todo o repertório filosófico da tradição ocidental. É assim que James ponderou que o livre-arbítrio, por exemplo, *significa novidades no mundo, o direito de esperar que em seus elementos mais profundos, como em seus fenômenos superficiais, o futuro não possa repetir-se identicamente e imitar o passado* (JAMES, 1979, p. 43).

William James pretendia transitar do *vago para o definido, do abstrato para o concreto* (JAMES, 1979, p. 47). Essa transição já existiria no plano fático até porque talvez pensamos de modo parecido como pensariam nossos ancestrais. Para James, *as nossas maneiras fundamentais de pensar a respeito das coisas são descobertas de ancestrais incrivelmente remotos, que foram capazes de preservar-se ao longo da experiência dos tempos subseqüentes* (JAMES, 1979, p. 61).

Senso prático e senso comum são realidades convergentes. E para James, *o senso comum de um homem significa o seu bom julgamento, a sua liberdade em relação à excentricidade* (JAMES, 1979, loc. cit.). Categorias como *coisa, o mesmo, diferente, tipos, espíritos, corpos, tempo, espaço, sujeitos e atribuídos, influências causais, imaginados, reais*, formatam ordem de coisas com as quais estamos familiarizados, e que remontariam à experiência reflexiva de nossos ancestrais (cf. JAMES, 1979, loc.cit.).

Emerge novamente a questão da verdade, *uma propriedade de certas idéias nossas* (JAMES, 1979, p.71). A verdade seria constituída *em grande parte de verdades prévias* (JAMES, 1979, p. 81). Para James a verdade é circunstância de decorre um merecimento, é reflexo axiológico e não antecedente ontológico. E assim:

*[...] o pragmatismo prega a noção geral de verdade como alguma coisa essencialmente ligada à maneira pela qual um momento em nossa experiência pode levar-nos a outros momentos aos quais valerá a pena ser levado. Primariamente, e ao nível do senso comum, a verdade de um estado de espírito significa a função de uma condução que vale a pena. Quando um momento em nossa experiência, seja lá de que tipo for, inspira-nos com um pensamento que é verdadeiro, isso quer dizer que, mais tarde ou mais cedo, baixaremos com a guia daquele pensamento às particularidades da experiência, de novo, e estabeleceremos vantajosas conexões com as mesmas* (JAMES, 1979, p. 74).

E ainda,

*A verdade de uma idéia não é uma propriedade estagnada inerente a ela. A verdade acontece a uma idéia. A idéia se tornou verdadeira, é feita verdadeira pelos eventos. Sua verdade é de fato um evento,*

---

*um processo, o processo notadamente de se verificar a si mesmo, sua verificação. Sua validade é o processo de sua validação* (JAMES, 1979, p. 113).

Verdade e realidade se encontram e se concordam. Em primeiro lugar, *as realidades significam, então, fatos concretos ou espécies abstratas de coisas e relações percebidas intuitivamente entre elas* (JAMES, 1979, p. 76). Concordar com a realidade é medida de ajuste da qual não se pode afastar. É assim que a realidade pode ser apreendida, em favor de quem a conheça, ou em benefício de quem a admita.

Segundo James, *concordar com a realidade só pode significar ser guiado diretamente a ela ou aos seus arredores, ou ser colocado em tal relação de trabalho de modo a poder operá-la ou a alguma coisa que lhe esteja ligada, melhor do que se tivesse concordado* (JAMES, 1979, loc.cit.).

Admitir-se a realidade chega ser tautológico. James ilustra essa concepção com excerto do pensamento popular alemão que nos dá conta de que *exatamente são os mais ricos do mundo aqueles que possuem a maior quantidade de dinheiro* (JAMES, 1979, p.79). Assim, para James, [...] *a riqueza é apenas um nome para processos concretos que desempenham uma parte nas vidas de certos homens, e não uma excelência natural encontrada em Rockefeller e Carnegie, mas não nos demais homens* (JAMES, 1979, loc.cit.).

A referência com a verdade e com os fatos projeta-se no próprio direito, relegado à categoria de *experiência*, percepção retomada em desenvolvida ao limite por Oliver Wendell Holmes Jr. Para James, a legalidade é ditada, bem como o apuro e o acerto no uso da língua também o são:

Os juízes falam, às vezes, a respeito da lei, e os mestres falam a respeito da língua latina, em um sentido que visa fazer seus ouvintes pensar que eles têm em mente entidades preexistentes às decisões ou às palavras e à sintaxe, determinando-as inequivocadamente e requerendo obediência. Mas o mais ligeiro exercício de reflexão faz-nos ver, que ao invés de serem princípios dessa espécie, tanto a lei quanto o latim são resultados. As distinções entre legal e ilegal em conduta, e entre o correto e incorreto na fala, têm-se desenvolvido

---

incidentalmente entre as interações das experiências detalhadas dos homens; e em nenhum outro sentido as distinções entre o verdadeiro e o falso em crença jamais se desenvolveram. A verdade enxerta-se na verdade prévia, modificando-a no processo, do mesmo modo que a língua enxerta-se no idioma anterior, e a lei na lei anterior. Dada uma lei prévia e um novo caso, o juiz transforma-los-á em nova lei. Idioma anterior; nova gíria ou metáfora ou idiotismo que atinja o gosto do público; e pronto, uma nova língua é feita. Verdade prévia; fatos recentes; e em nossos espíritos uma nova verdade (JAMES, 1979, p. 87).

A aproximação conceitual entre lei e língua aponta para fato central no pragmatismo que as considera como *coisas de feitura humana* (JAMES, 1979, p. 88). Essa compreensão de instâncias humanas, lei e língua, como experiências, aprofunda as divergências entre o pragmatismo e o racionalismo.

Para James, *o contraste essencial* [entre pragmatismo e racionalismo] *é que, para o racionalismo, a realidade já está pronta e completa desde toda a eternidade, enquanto para o pragmatismo ainda está sendo feita, e espera parte de seu aspecto do futuro* (JAMES, 1979, p. 93).

Um mundo está pronto e acabado, um outro se desdobra diante de nossos olhos, ou na linguagem de William James *por um lado, o universo está absolutamente firme; por outro, está ainda perseguindo suas aventuras* (JAMES, 1979, p.93). Mas são mundos que identificam e que substancializam apenas um mundo só.

Acusou-se o pragmatismo de materialismo e de agnosticismo (cf. JAMES, 1979, p. 97). William James argüia que o pragmatismo visava o *meliorismo*, isto é, propiciar *melhores* condições para entendimento e concepção de mundo (cf. JAMES, 1979, p. 104).

James ocupou-se em identificar as características do pensamento, ao longo de esforço orientado para a consecução desse noticiado *meliorismo*. Cinco características matizariam o pensamento. Para James, *todo pensamento tende a ser parte de uma consciência pessoal, dentro de cada consciência pessoal, o pensamento está sempre mudando,*

---

bem como também dentro de cada consciência pessoal *o pensamento é sensivelmente contínuo* (JAMES, 1979, p. 121).

Ainda, *ele* [o pensamento] *sempre parece lidar com objetos independentes de si próprio*, e além do que *está interessado em algumas partes desses objetos com exclusão de outras partes, e acolhe ou rejeita – escolhe dentre elas, em uma palavra – o tempo todo* (JAMES, 1979, p. 122).

Centrado no pensamento, definindo-o, analisando-o, pensando-o, observou James que

O objeto de todo pensamento, então, não é nem mais nem menos do que tudo que o pensamento pensa, exatamente como o pensamento o pensa, por mais complicada que seja a matéria e por mais simbólica que seja maneira que o pensamento possa ter. É desnecessário dizer que a memória pode raramente reproduzir apuradamente tal objeto, quando ela tenha passado uma vez diante da mente. O pensamento ou faz muito pouco ou faz muito além do objeto. Seu melhor plano é repetir a sentença verbal, se existia uma, em que o objeto era expressado. Mas para pensamentos inarticulados não existe nem mesmo esta fonte, e a introspecção deve confessar que a tarefa excede seus poderes. A massa de nosso pensamento se desvanece para sempre, além de esperança de recuperação, e psicologia somente recolhe um pouco das migalhas que cem do banquete (JAMES, 1979, p. 159).

William James colocou em dúvida a existência da consciência, a partir de aparente oposição entre *pensamento* e *coisa*. Trata-se de dicotomia de fundamento metafísico, que um certo sentido ativo da vida afasta desapontamentos e incertezas, que não seriam contradições intelectuais (cf. JAMES, 1979, p. 206).

Todas essas questões conduzem para a apreensão do significado de pragmatismo, que James bem coloca ao narrar fato que teria ocorrido quando ele participara de uma festa campestre nas montanhas. James contou que encontrou os colegas em feroz disputa metafísica, e que

O corpus da disputa era um esquilo – um esquilo vivo que se supunha estar agarrado a um lado de uma árvore; enquanto do outro lado, oposto da árvore, imaginava-se estar um ser humano. Essa testemunha humana tenta ver o esquilo movendo-se rapidamente em

---

torno da árvore, mas, não importa quão rápido se mova, o esquilo se movimentará também rapidamente na direção oposta, e sempre mantém a árvore entre si e o homem, de maneira que jamais o tem em vista. O problema metafísico resultante agora é este: O homem ainda em torno do esquilo ou não? (JAMES, 1979, p. 18).

Segundo James, a discussão se acalorou, todos tomaram partido e quando instado a se manifestar ele teria explicado que o referencial tomado faria com que todos os lados estivessem corretos. Isto é, o homem ou o esquilo estariam girando em torno um do outro. Acusado de responder evasivamente, James teria replicado que discussões precisam ter um fim, e que a resposta que dera, certa ou errada, e especificamente certa e errada, dava cabo a episódio tão banal (cf. JAMES, 1979, p. 17).

Pragmatismo é decisão, é medida que implica em solução prática e imediata para problema que se desdobra no tempo. A verdade que revela, ortodoxa ou não, é o referencial de continuidade e deve ser aceita para que o mundo continue marchando panglossianamente para o melhor dos mundos possíveis.

### 3.4 John Dewey

John Dewey nasceu em Burlington, no estado de Vermont, nos Estados Unidos, em 1859. Estudou na universidade da cidade natal e posteriormente seguiu para cursos de pós-graduação em Johns Hopkins, onde lecionava Charles Sanders Peirce. Trabalhou por dez anos na Universidade de Michigan, de 1894 a 1904.

Em Michigan, John Dewey cultivou amizade com George Herbert Mead, que em 1912 publicou texto seminal do pragmatismo, *O Mecanismo da Consciência Social*. A partir de 1894 Dewey ensinou na Universidade de Chicago. Casou-se em 1896 com Alice Chipman. De 1904 a 1930 lecionou filosofia na Universidade de Colúmbia, em Nova Iorque, aposentando-se naquela instituição.

Dewey deu cursos e palestras no Japão (1919), na China (1919-1921), visitou escolas na Turquia, no México e na antiga União Soviética. Ficou viúvo em 1927 e casou-se novamente em 1946 com

---

Roberta Lowitz Grant. Chefiou uma comissão que no México investigou as acusações de Stalin contra Trotsky. Dewey morreu em Nova Iorque, em 1952.

John Dewey associou definitivamente o pragmatismo a concepções instrumentalistas e experimentalistas. Colaborou na definitiva substantivação do conceito de pragmático, vinculando-o ao que se propõe como prático, útil e funcional. Reconhecia seu débito para com Charles Sanders Peirce e para com William James, dos quais via-se como um continuador (cf. DEWEY, 1998).

Ao pensamento Dewey procurava outorgar uma função positiva, instrumental, ancilar na consecução da felicidade humana. Para o filósofo norte-americano, o pensamento tem uma estética, que confere valor e alegria a vida (cf. DEWEY, 1998).

John Dewey foi prioritariamente um educador. E como pedagogo Dewey foi um profeta, levando ao limite o pensamento liberal norte-americano, do qual é o mais conhecido representante (cf. RYAN, 1995, p. 118). Autor de obra imensa, Dewey formatou o pragmatismo na filosofia, no direito, na psicologia e em quase todos os nichos das ciências sociais.

Para Dewey a educação se dá com a participação do educando na consciência social, da qual faz parte, e para qual colaborará. Esse processo de integração inicia-se com o nascimento da criança, que é herdeira do capital cultural que informa nossa civilização. A única e verdadeira educação emergiria dos estímulos aos poderes da criança, que deve reagir para demandas e situações que marcam as contingências da vida. O processo educacional seria marcado, segundo Dewey, por dois segmentos: um psicológico (sua base) e outro sociológico (cf. DEWEY, 1998, p. 229).

O ponto inicial do processo educativo radicaria no desenvolvimento dos instintos e poderes das crianças. A preparação de um educando consistiria em se propiciar que ele alcançasse o equilíbrio sobre si mesmo. O aluno deveria, segundo Dewey, receber treinamento para o pleno uso de todas as suas capacidades.



---

Deve-se concentrar em fatores sociais, porque do contrário o processo educativo deita-se letárgico, perdido e suspenso na abstração. E assim a educação deveria ter início com um estudo das capacidades, interesses e hábitos dos educandos. A escola, para Dewey, é instituição social. É em seu ambiente que o educando irá participar na divisão dos recursos herdados pela humanidade. É na escola que o aluno irá valer-se de seus poderes pessoais, dirigidos aos fins sociais (cf. DEWEY, 1998).

A educação decorre de um processo *de vida* e não de uma *preparação para a vida*. Conseqüentemente, à escola cabe a representação da vida presente, simplificando a vida social, à qual nos remete, embora em seu modo embrionário. A escola seria uma continuidade das atividades com as quais o educando já desenvolveria intimidade no ambiente doméstico. A vida deveria ser reproduzida gradualmente para o aluno.

O educando passa a tomar conhecimento dos fatos da vida, paulatinamente, fazendo opções e concebendo escolhas. Para Dewey a escola de seu tempo falhava na medida em que concentraria em valores que informam futuro remoto. E sendo meramente preparativa, a escola não se consubstanciaria como verdadeiramente educativa (cf. DEWEY, 1998). Segundo o pensador norte-americano:

O professor não está na escola para impor idéias ou hábitos nas crianças. Está lá como um membro da comunidade. O professor seleciona influências que afetarão a criança. O professor também deve assistir o educando, auxiliando-o na resposta à essas influências (DEWEY, 1998, p. 231).]

Provas e exames deveriam, nos termos do pragmatismo educacional, avaliar se o examinando se integra na vida social. Violariamos a natureza das crianças e prejudicaríamos resultados éticos, na medida em que os educandos fossem abruptamente conduzidos para estudos de muita especialidade e de exagerado pormenor, a exemplo de leituras e lições de geografia que guardam relação irrelevante com a vida social.

Dewey insistia que a educação deveria estar centrada nas atividades sociais da criança. A escola deveria ensinar às crianças cozinhare, plantarem, costurarem. E tal medida pedagógica não seria

---

mera orientação técnica para a formação de mão-de-obra de reserva para a indústria. Ter-se-ia uma real inserção do educando com o mundo do qual faz parte (cf. DEWEY, 1988). A linguagem seria o fim condutor desse mecanismo de inserção, dado que pela articulação do pensamento pela linguagem o educando apreenderia sua percepção de mundo.

Para John Dewey a linguagem deveria ser tratada como instrumento social e não como ferramenta do pensamento. A linguagem é instrumento de comunicação. À criança não se poderia relegar uma atitude passiva. Formalismo, rotinas e sentimentalismo seriam as maiores ameaças ao processo de aprendizagem. E a educação, de tal modo, seria o instrumento fundamental para a reforma e o progresso sociais.

Para Dewey, reformas educacionais calcadas em penalidades seriam transitórias e fúteis. O professor deveria levar ao limite a dignidade de seu chamado. É um servidor social que deve se manter à distância da ordem social propriamente dita, mas que deve participar em esforço comunitário para a realização do mais adequado crescimento social (cf. DEWEY, 1998).

A linguagem então substancializa a ação social. Dewey condenava orientações analíticas da filosofia, criticando entornos conceituais desprovidos de utilidade fática. É o caso de sua prevenção contra a lógica formal.

John Dewey hostilizava a lógica que os formalistas teimavam em santificar. É que a conduta humana é repleta de casos particulares que se cruzam, mas cujas diferenças ficam nítidas na medida em que esses casos se multiplicam. Deve se desconfiar das regras gerais. Nossa ação pode eventualmente se dar sem nenhuma previsão. Não examinamos, eventualmente, as conseqüências prováveis de nossas atitudes.

O instinto por vezes é preferido em detrimento da deliberação racional. Mas é erro acreditarmos que o comportamento instintivo seja ineficiente ou inadequado. Esse comportamento também apresenta resultados. O que se passa é que os resultados do agir intuitivo não nos deixam tão efusivos quanto deveríamos ficar. Dewey lembra a velha

---

anedota (ou instância da vida real) passada na Índia, quando a um leigo foi dito que seria um grande juiz se dissesse o direito sem justificarse. Suas decisões certamente seriam as mais corretas, porém sua fundamentação seria muito provavelmente equivocada (cf. DEWEY, 1998).

Para Dewey, chamamos de *razões* as considerações que reputamos influir em nossas decisões. E se essas considerações não podem ser fixadas em termos gerais, nós as chamamos de *princípios*. Quando a operação mental aqui relatada se realiza de modo compacto, a chamamos de *conclusão*. E num último passo denominamos as considerações iniciais com o título de *premissas*. A lógica seria então uma prestação de contas que segue às decisões de qualquer outro modo alcançadas. No entanto, para Dewey, a lógica deveria substancializar um meio e não um fim. E poderia oxigenar meios para facilitarmos as pesquisas que nos conduzem a decisões concretas (cf. DEWEY, 1988).

Cogitando da lógica em termos mais forenses, Dewey acreditava que regras de direito formassem sistema generalizado, coerente, lógico até, e da melhor maneira possível. Porém, constava que esse modelo lógico seria subserviente aos resultados práticos. Elementos concretos e econômicos realmente informariam às decisões que casos particulares e concretos sugerem. Para Dewey a lógica deveria ser uma disciplina empírica e concreta.

No entanto, do ponto de vista prático, a lógica parecia ser um método de validade aferida para um determinado procedimento adequado. E exatamente como as formas de falar produziriam nas consciências regras de sintaxe e recomendações de retórica, o comportamento cotidiano matizaria como lógico aquilo que é aferível e comprovado (cf. DEWEY, 1998).

Dewey recomendava uma investigação mais verticalizada, em relação à disparidade entre o mundo jurídico real e as exigências específicas da lógica. Lógica não seria um método do bom senso, prenhe daquela substância da vida, referente a conflitos que exigem boas soluções, e com respeito específico a matérias concretas. Fia-se genericamente na decisão ou na opção pretérita e isso não é lógica.

---

Tratar-se-ia do uso reiterado de conceitos familiares, previamente elaborados, que acenariam com sentidos possíveis de estabilidade. Para Dewey, a experiência mostraria que um grupo fixo de conceitos outorgaria aos homens um certo sentido de proteção, de segurança e de abrigo em relação aos problemas da vida (cf. DEWEY, 1998).

Dewey motejava da lógica clássica a partir do célebre silogismo que se reporta a Sócrates. Todo homem é mortal. Sócrates é homem. Logo, todo homem é mortal. As duas premissas e a conclusão não apontariam, jamais, para casos concretos e da vida real. E com relação ao próprio Sócrates, o tribunal de Atenas não estava disputando se Sócrates era mortal.

O que se debatia, de fato, é a forma como o filósofo seria executado. Silogismos apenas alimentariam uma jurisprudência mecânica. A questão que o mundo nos põe não é de operação no pensamento; é de resultado nesse mesmo pensamento (cf. DEWEY, 1998).

O lado real da proposição que nos dá conta da mortalidade de Sócrates encontra-se nos balcões e escritórios das companhias de seguros. Não se iniciaria o pensamento com premissas. Sempre se começaria a partir de uma vaga antecipação sobre a conclusão. Subseqüentemente, buscam-se princípios e informações que substancializam e dão vida a essas conclusões, que são apenas aferições de reflexões primeiramente concebidas.

Essa situação, denunciada por Dewey, dá-nos chances para que escolhamos arditosamente entre conclusões rivais ou pelo menos alternativas (cf. DEWEY, 1998). Analisando a lógica formal e o tirocínio do advogado, Dewey afirmou que

Jamais um advogado teria pensado no caso de seu cliente em termos de silogismos. O advogado certamente começa com a conclusão que pretende alcançar, e que é, naturalmente, favorável a seu cliente. Em seguida, o advogado analisa os fatos, de modo a encontrar material a partir do qual ele constrói narrativa que demonstra a prestabilidade da tese com a qual defende seu cliente. Está formada a premissa menor. Ao mesmo tempo, o advogado procura casos antigos, na busca de regras e precedentes que tenham sido aplicadas em casos similares; são regras que tornam definitivas certas interpretações. E

---

na medida em que seu conhecimento dessas regras e precedentes favoráveis se amplia, o advogado provavelmente altera a perspectiva, dando ênfase a uma seleção de fatos que corroboram sua prova e suas informações. E na medida em que o advogado mais domina os fatos do causa que cuida, ele pode modificar a seleção das regras e precedentes, a partir dos quais baseia sua argumentação (DEWEY, 1998, p. 359).

Para Dewey a lógica não seria método científico, seria modelo de argumentação. As conclusões estariam nas premissas, sutilmente. Embora, de um outro ponto de vista, que não deixa de ser paradoxal e estritamente lógico, a conclusão não seguiria as premissas. É que conclusão e premissa seriam duas maneiras de se dizer a mesma coisa.

Fazendo um pouco de antropologia epistemológica, Dewey afirmava que se poderia admitir que se ninguém tivesse de dar conta aos outros das decisões que toma, as operações lógicas jamais teriam se desenvolvido. Os homens teriam usado apenas métodos de intuição não articulados, bem como atitudes baseadas na impressão e de sentimento (cf. DEWEY, 1998).

É por isso que, segundo Dewey, nas decisões judiciais a única alternativa às sentenças arbitrárias seria a confecção de determinação dotada de lógica, que são aceitas apenas por causa da autoridade ou do suposto prestígio do magistrado, como se fosse uma declaração racional que formula bases e que expõe conexões e ligações lógicas. Assim, tanto quanto possível, a decisão judicial deve apresentar-se como impessoal, objetiva, desenhada com racionalidade, o que nos faria refêns de uma lógica potencialmente vital, que confere autorização e credibilidade à conclusão (cf. DEWEY, 1998).

Porém, para Dewey, princípios de interpretação não significam regras rígidas e ditas de modo definitivo, que nos constroem a adesões mecânicas, rituais e literais. Ou se abandona a lógica ou então se concebe uma lógica relativa aos conseqüentes e não aos antecedentes; essa a questão colocada pelo filósofo norte-americano.

Dewey protestava por uma lógica de previsão de probabilidades no lugar de uma lógica dedutiva de certezas. Para Dewey, a lógica,

---

como outros instrumentos, deveria ser repensada, adequada a novas condições e resultados. A lógica formal santificaria o velho, o vetusto, o ultrapassado. Como resultado do uso indiscriminado da lógica convencional alimentar-se-ia a irritação, o desrespeito para com o direito (cf. DEWEY, 1998).

Para Dewey a lógica absolutista do silogismo jurídico teria infectado a evolução do direito, suscitando antinomias entre desenvolvimento industrial, direito de propriedade e outras nuances da normatividade que se desdobrou no modelo capitalista e acumulacionista. E de modo radical, insistiu que a lógica seria tão obstaculizadora quanto um direito feudal imutável nos dias em que o filósofo norte-americano viveu.

Dewey apontava necessidades inerentes à justiça social e aos fatos da vida. A lógica deveria ser teorização sobre fatos empíricos, sujeita ao crescimento, ao desenvolvimento e à melhora, como qualquer outra disciplina, também empírica. E a questão não seria meramente especulativa, por causa de sua decorrência fática (cf. DEWEY, 1998). De forma explícita, Dewey hostilizou a lógica formal:

Eu de fato não hesito em afirmar que a santificação de princípios universais junto a métodos de pensamento seja o principal obstáculo para um modelo de raciocínio que é indispensável para reformas sociais seguras e inteligentes, que busquem o avanço social por intermédio do direito. É necessidade social e intelectual que o direito seja marcado por uma lógica mais experimental e mais flexível (DEWEY, 1998, p. 361).

Dewey queixava-se do vínculo das ciências sociais com as ciências físicas. Tal devoção não seria razoável. As ciências sociais tomariam modelos das ciências físicas. Os fatos, fisicamente falando, seriam os últimos resíduos do que sobraram dos propósitos, desejos, emoções e idéias que marcam a experiência humana, então sistematicamente excluídos. Os fatos, sob ótica social, no entanto, seriam a concretude de formas externas a esses fatores humanos. Fatos físicos não dependem da vontade humana. Mosquitos carregam a malária, gostemos ou não (cf. DEWEY, 1998).

---

Dewey centrava seu pensamento pragmático no problema do conhecimento, que percebia como fruto da tecnologia, e que pode alimentar mais tecnologia. Lembrando Alexander Hamilton, Dewey ponderava que ao invés de esperarmos algo para sabermos que medida tomar, deveríamos tomar providências para levarmos o evento para o passado (cf. DEWEY, 1998).

A atitude decorrente do conhecimento e da ação prática seria sempre prospectiva. Dewey era um liberal, isto é, se o liberalismo significasse algo de concreto, para o filósofo norte-americano o liberalismo representaria a mais completa e corajosa liberdade de pesquisa e de busca do conhecimento (cf. DEWEY, in MORRIS, 1997, p. 506).

A suspeição de Dewey para com noções absolutas e generalizações também é muito clara quando se estuda o seu pensamento jurídico. Fontes, finalidade e aplicações do direito sugeriam para Dewey problemas que marcavam a busca de princípios para a justificativa ou para a crítica das práticas jurídicas de sua época.

A necessidade de noções absolutas e de generalizações totalizantes vinha marcando, segundo Dewey, a tradição jusfilosófica que cindia a experiência jurídica em categorias de direito positivo e de direito natural. E assim, a reflexão que deveria investigar o que o direito *é*, ficara reduzida na busca do que o direito *deveria ser* (cf. DEWEY, in MORRIS, 1997).

Restaria uma matéria genuína na jusfilosofia que seria relativa ao fato da avaliação legítima das formas e práticas jurídicas. Para Dewey, as várias escolas de direito manifestavam um conflito tão intransponível que se tinha a impressão de que buscavam o impossível. O direito, no entanto, deveria ser pensado a partir da constatação de que é um fenômeno social, na origem, nos propósitos, nos fins, na aplicação.

O problema ganha novo realce quando se discute a palavra *social*, prenhe que é de ambigüidades e de controvérsias. Para Dewey, o direito não podia ser pensado como uma unidade fenomenológica distinta e apartada da vida. Deveria ser discutido apenas em termos de condições

---

sociais, às quais ele pertence, nas quais se desenvolve e pelas quais existe (cf. DEWEY, in MORRIS, 1997).

A aplicação do direito, ao que contrário do que recorrentemente se afirmava no início do século XX seria, para Dewey, não o que acontece *após* a confecção e veiculação de uma lei. A aplicação da norma seria uma fração necessária e ínsita no próprio direito, substancializando todas as leis, em todos os passos que marcam a engenharia normativa.

Porém, sem a aplicação do direito, esse último se reduz a pedaços de papel (imagem que pode nos lembrar Lassalle) ou a vozes no ar. Para Dewey, embora a aplicação do direito fosse o próprio direito, sem a conseqüente e decorrente aplicação, o direito, por sua vez, não seria direito (cf. DEWEY, in MORRIS, 1997).

Dewey imputava ao costume um papel prioritário na formação do direito, e a afirmação não é mero resultado do fato de que o filósofo norte-americano vivia em ambiente jurídico do *common law*. Metafórica, ou analogicamente, Dewey valia-se de uma figura conceitual curiosa, para indicar e situar o costume. Imaginava um vale, cuja topografia marcava a relação com o espaço no qual se desenvolve a experiência humana. Pelo vale correria um rio, que representaria o processo social, contínuo, perene e sinuoso. As margens do rio lembrariam condições estáveis e duráveis, que limitariam e dirigiriam o curso das águas.

Porém Dewey lembrava que a permanência das margens é relativa. Comparadas com o correr das águas, as margens acabam por essas delimitadas e especificadas. O processo social, sintetizado nos costumes, altera as próprias condições às quais inicialmente tinha-se a impressão de que obedecia (cf. DEWEY, in MORRIS, 1997).

O pensador norte-americano referia-se aos primeiros filósofos empíricos e aderiu à revolta contra verdades universais e adesão a princípios que se diziam ser imutáveis e eternos. É o caso do conceito de soberania, expressão de aceitação de uma fonte do direito externa à ação social, congelada no isolamento.



---

Dewey constatava tendência de se captar nas atividades políticas em sua conexão com fatos econômicos uma percepção realista que deveria orientar toda a problematização do direito. Dewey consagrou tendência de se discutir o direito em ambiente social concreto e não no vácuo comparativo das relações normativas endógenas e despreocupadas com a vida social. É essa a contribuição, o grande passo e a mais importante influência de John Dewey no realismo jurídico norte-americano.

## 4. ANTECEDENTES E JURISPRUDÊNCIA SOCIOLÓGICA

### 4.1 Oliver Wendell Holmes Jr.

Oliver Wendell Holmes Jr. é a referência mais recorrente no realismo jurídico norte-americano. Jurista militante e filósofo diletante, Holmes levou o pragmatismo jurídico ao limite, atuando como juiz da Suprema Corte norte-americana, de 1902 a 1932, discordando freqüentemente de opiniões formalistas, o que lhe valeu o epíteto de *great dissenter*; o que vertido para nossa linguagem forense indica algo próximo de *prolataador de votos vencidos*. Suas opiniões foram com o tempo confirmadas e, nesse sentido, Holmes antecipou as grandes mudanças da jurisprudência norte-americana, que marcaram o século XX. Paradoxos e ambigüidades marcam sua trajetória.

Holmes nasceu em 1841 e faleceu em 1935, três anos depois de ter se aposentado da Suprema Corte. Seu pai, Oliver Wendell Holmes Sr., lecionou medicina na Universidade Harvard e foi um dos mais conhecidos escritores norte-americanos do século XIX. Vivendo em Boston, Holmes Jr. freqüentou e conviveu com a elite do pensamento norte-americano, a exemplo de Charles Sanders Peirce e de William James, com quem se reunia freqüentemente, em agremiação filosófica que fundaram, o *Clube Metafísico*.

O pai de Holmes também havia estudado direito, embora, ao que consta, odiasse o estudo de leis e de antecedentes jurisprudenciais, tendo abandonado o curso, justificando sinceramente a atitude, ao afirmar que lhe era desagradável estudar direito (cf. BOWEN, 1944, p. 59); a opção

---

subseqüente foi a medicina, embora a literatura representasse seu maior interesse.

Em carta de 1831 o pai de Holmes havia escrito que a advocacia é a profissão daqueles que querem a selvageria, enquanto que a medicina é a ocupação de comedores de ópio que amam as desilusões (cf. BOWEN, 1944, p. 61). Holmes viveu com o pai até os 30 anos, e dele dependeu financeiramente até essa idade (cf. BOWEN, 1944, p. 258). E foi na casa do pai que ele foi residir assim que se casou (cf. BOWEN, 1944, p. 261), embora nora e sogro não se dessem muito bem (cf. BOWEN, 1944, p. 263).

Holmes lutou na guerra civil norte-americana, experiência que lhe marcou profundamente. Serviu como tenente. Foi ferido várias vezes, quase perdeu um dos pés, caiu preso entre os confederados, conseguiu retornar a Boston, graduou-se em direito; a partir de então, desenvolve-se sua prolífica carreira. Sentiu medo da guerra, e teria desde então desenvolvido percepção de profunda desconfiança para com a bondade humana (cf. BOWEN, 1944, p. 154).

No último ferimento, quase perdeu a perna. Ficou por nove meses distante dos sangrentos campos de batalha. O retorno à família foi triunfal (cf. BOWEN, 1944, p. 184). Holmes era um abolicionista (cf. ALSCHULER, 2000, p. 42).

Freqüentou Harvard por tradição familiar, fazendo-o como seu pai, tios e primos fizeram antes dele (cf. BOWEN, 1944, p. 115). É indiscutivelmente o maior nome do pensamento jurídico norte-americano, ao qual imprimiu percepções e soluções práticas e pragmáticas, distanciando-se de problemas conceituais e metafísicos que marcavam (e marcam) o pensamento jurídico europeu. Holmes é o primeiro juiz moderno a adquirir status de celebridade.

Desde sua morte Holmes tem sido festejado por muitos e condenado e criticado por outros tantos. Passado mais de meio século de sua morte, Holmes é ainda tema de biografias e de estudos analíticos (cf. HOEFLICH, 2002, p. 398).

---

Depois de concluir o curso de direito, Holmes advogou, fez pesquisas de história jurídica e foi convidado para lecionar em Harvard. Charles Eliot estava frente da faculdade de Direito em Harvard. Convidou uma série de jovens talentosos para lecionar: Holmes, John Gray, Henry Adams, John Fiske (cf. BOWEN, 1944, p. 255).

Holmes aceitou a proposta, porém deixou bem claro que abandonaria o magistério se eventualmente fosse apontado para a magistratura, carreira que havia escolhido. No modelo norte-americano, não há concursos para o recrutamento de juízes. Trata-se de indicação política. Juizes estaduais são apontados pelos governadores. Juizes federais e de tribunais federais superiores, a exemplo da Suprema Corte, são indicados pelo presidente da república, e posteriormente são sabatinados pelo senado. Em 8 de dezembro de 1882 Holmes foi indicado para uma vaga na Suprema Corte de Massachusetts.

Holmes estava lecionando em Harvard por apenas dois meses. Deixou os alunos no meio das aulas, não teria consultado ou informado seus colegas de magistério superior. O diretor da faculdade de direito teria tido notícia da ida de Holmes para a Suprema Corte de Massachusetts pelos jornais (cf. ALSCHULER, 2000, p. 37). Holmes deixou a faculdade sem tomar o cuidado de aguardar a contratação de um sucessor, como era hábito (cf. BOWEN, 1944, p. 297).

Segundo os detratores de Holmes, seu plano era o de ser reconhecido como o maior jurista do mundo (*the greatest jurist in the world*) (cf. ALSCHULER, 2000, p. 34). Contraditório, Holmes professava certa simpatia por práticas de eugenia, bem como refutava a validade do direito natural, o que lhe granjeou a desconfiança e a antipatia de segmentos católicos (cf. POSNER, in HOLMES, 1992, p. xvii).

Por outro lado, manteve casamento de 60 anos com Fanny Dixwell, convivência que os americanos vêem como um *monumento ao matrimônio*, o que provoca em um admirador a observação de que Holmes não fora apenas um grande jurista; ele teria sido também um grande intelectual, uma grande pessoa, um grande americano, um homem de uma grande vida (cf. POSNER, in HOLMES, 1992, p. xv). Holmes

---

visitava semanalmente o túmulo da esposa; conta-se que quando Fanny morreu, Holmes teria escrito que ela por 60 anos havia feito da vida uma poesia para ele (cf. ALSCHULER, 2000, p. 35).

Porém nem tudo pode se confirmar como imaculadamente perfeito. Há suspeitas de que Holmes tivera uma amante inglesa, aristocrática, conhecida como Lady Castledown (cf. ALSCHULER, 2000, p. 20). Ao que consta, Holmes teria escrito 103 cartas para Lady Castledown, cartas que ainda existem, conforme intrigante ensaio escrito por David Seipp, professor de história do direito na Universidade de Boston, de quem fui aluno, e que defendeu que Holmes teria escrito seu trabalho *The Path of the Law* em estado de grande paixão e euforia amorosa, e que o texto fornece indícios de redação apaixonada, romanticizada (cf. SEIPP, 1997, p. 535).

Holmes é o herói do direito norte-americano (*the hero of American law*). Benjamin Cardozo o reputava de senhor de todo o direito e da filosofia do direito, o mais perfeito jurista de seu tempo. Felix Frankfurter teria dito que Holmes era o filósofo que se tornou rei. Frankfurter ainda dizia que por séculos homens que jamais teriam ouvido falar de Holmes estaria se movimentado na extensão de seu pensamento. Charles Wyzanski afirmara que como a estátua *A Vitória de Samotrácia*, Holmes era o ápice de cem anos de civilização.

Thomas Grey afirmara que Holmes fora o maior oráculo do pensamento jurídico norte-americano. Karl Llewellyn tinha Holmes como a mente mais distinta de seu tempo. Morton Horwitz reputava Holmes o único pensador jurídico nos Estados Unidos. Para Richard Posner, Holmes é a mais ilustre figura do direito norte-americano. Para Harry Kalven e Hans Zeisel, Holmes seria o mais perfeito ideal buscado por um advogado norte-americano.

Declarou-se que a indústria automobilística teve Henry Ford, que o jazz contou com Louis Armstrong, que Hollywood teve Marilyn Monroe, que o baseball contou com Babe Ruth e que o direito orgulhava-se de Oliver Wendell Holmes Jr. (cf. ALSCHULER, 2000, p. 15). Holmes foi beatificado, o que ensejou questão intrigante. Afinal, como

---

um homem brutalizado pela guerra civil tornou-se o grande oráculo do direito norte-americano?

Sem dúvidas, ele era brilhante, trabalhava duro e com seriedade, escrevia prosa cativante e ao que consta era pessoa de charme extraordinário (cf. ALSCHULER, 2000, p. 181), um *causeur*. Para autora entusiasta, a história de Holmes confunde-se com a história dos Estados Unidos (cf. BOWEN, 1944, p. xi).

A trajetória jurídica e filosófica de Holmes é dividida em três fases. A primeira delas refere-se a Holmes exercendo a advocacia, em relação a qual muito pouco se interessa; ele advogou com seu irmão Ned, por pouco tempo (cf. BOWEN, 1944, p. 255). Holmes desencantou-se com a advocacia (cf. BOWEN, 1944, p. 270).

A segunda fase marca momento matizado pela pesquisa que propiciou seus dois livros, *The Common Law* e *The Path of the Law*. Nessas obras encontram-se os pontos principais de seu pensamento, bem como do realismo jurídico, que há quem prefira chamar de movimento de pragmatismo jurídico (cf. POSNER, in HOLMES, 1992, p. xi). A visão de Holmes em relação a matéria contratual é indicativa bem eloqüente do pragmatismo normativo.

Não há, para Holmes, obrigação absoluta e potestativa do contratante cumprir o pactuado, no que se refere a seus elementos intrínsecos. Dado que contratos fazem previsão de perdas e danos, além de cláusulas que estipulam multas e penalidades pela não adimplência do pactuado, o recolhimento de valores, para Holmes, pura e simplesmente, anula qualquer obrigação moral subjacente.

Para Holmes, *quando se diz que um contrato é anulável, assume-se que um contrato foi celebrado, mas que também pode ser destruído, dependendo da escolha de uma das partes contratantes* (HOLMES, 1991, p.315). Nesse sentido, o de interpretação do direito à luz de opções que possibilitem a maximização da riqueza, é que Holmes é reputado como o antecessor mais ilustre do movimento *law and economics*, direito e economia.

---

Holmes incitava aos juízes a estudarem economia e estatística, bem como pregava que as motivações políticas, sociais e econômicas das decisões deveriam ser claramente identificadas (cf. SEIPP, 1997, p. 517).

É nesses dois livros que Holmes fundamenta concepções seminais para o realismo jurídico, propugnando que o direito não é lógica, é experiência, e disseminando a metáfora do *bad man*, do bandido. Segundo esta última idéia, que retomarei mais a frente, o bandido está apenas interessado nas conseqüências que viverá se violar a lei. E nada mais. É assim que pensáramos em relação ao direito, isto é, o que acontecerá se não cumprirmos a lei. Nessas obras se compreende a proposta fundamental de Holmes, que dá conta de que conhecer o direito é saber de antemão como os juízes vão julgar determinados casos.

O juízo de previsibilidade, por parte do advogado, especialmente, é para Holmes o núcleo do exercício da profissão, que não esconderia tantos segredos assim; a advocacia seria um ofício prático, como outro qualquer; nada de ciência, de epistemologia, de problematizações metafísicas, de cogitações transcendentais, de lógica binária, de conjuntos aporéticos (cf. POSNER, in HOLMES, 1992, p. xi). Holmes rejeitava a lógica e a história, porque ambas forneciam apenas disfarces retóricos para as decisões jurídicas (cf. SEIPP, 1997, p. 517).

No livro *The Common Law* Holmes criticou o formalismo, corajosamente afirmando que a decisão judicial não é a mera aplicação de um precedente. Embora, bem entendido, insinuasse que um bom juiz inconscientemente julgava de acordo com os padrões médios da sociedade em que vivia (cf. BOWEN, 1944, p.275).

Holmes hostilizou o pensamento de Christopher Columbus Langdell, antigo diretor de Harvard, que havia firmado o formalismo jurídico nos Estados Unidos (cf. BOWEN, 1944, p. 281).

*The Path of the Law* é texto cuja abertura é antológica. A retórica de Holmes emerge com todo esplendor:

---

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

O direito enquanto mecanismo conceitual de previsão é tema central nas reflexões de Holmes. E ele esforçava-se para não confundir a previsão jurídica com base nas tendências e no comportamento de quem diz o direito, da mera leitura e do simples exercício estatístico dos precedentes judiciais:

Boa parte de nossas previsões quando generalizadas e reduzidas a um sistema não formam um todo tão grande ou de difícil manejo. Elas se apresentam como um corpo finito de dogmas que pode ser dominado dentro de um lapso razoável de tempo. Trata-se de um grande engano quando nos assustamos com o crescimento do número de julgados e de precedentes judiciais. Os julgados de uma determinada jurisdição ao longo de uma geração levam em conta o conjunto do direito disponível, interpretando esse conjunto a partir dos pontos de vista da época na qual o direito é aplicado. Podemos reconstruir esse conjunto [...] a utilização de julgados antigos é prioritariamente histórica [...] (HOLMES, 1992, p. 161).

É nesse livro, *The Path of Law*, que Holmes evidencia quem é o consumidor do direito; o *bandido*, o *fora da lei*, o *bad man*, para usarmos a figura de linguagem que ele criou. É para ele, o *bad man*, que o direito foi criado; é ele o consumidor do direito (cf. ALSCHULER, 2000, p.144). O criminoso, o *bad man*, é anunciado, da forma seguinte:

Pode se ver que um criminoso tem tanta razão quanto tem um homem correto para evitar as forças públicas, que representam a justiça, e disso conseqüentemente pode se deduzir a importância prática da distinção entre moralidade e direito. Um homem que não liga nada para uma regra ética praticada por seus vizinhos, provavelmente não

---

ligará muito para evitar ser forçado a pagar alguma coisa na tentativa de ficar fora da cadeia, se isso conseguir (HOLMES, 1992, p. 161).

Holmes desconfiava da separação entre direito e moral (cf. ALSCHULER, 2000, p. 150). David Seipp investigou as prováveis fontes literárias do *bad man* de Holmes, identificando-o em um livro de 1896, que Holmes certamente teria lido, de autoria de Melville Davisson Post, com o título *The Strange Schemes of Randolph Mason*. Para Seipp, o *bad man* de Holmes pode ser qualquer advogado, ou qualquer advogado que aconselhe um bandido, e que pode se tornar tão mau quanto o criminoso que ajuda (cf. SEIPP, 1997, p. 543).

Holmes teria sido abalado na infância pelas notícias de um crime horrível que ocorreu em Boston, e que consistiu no assassinato e no esquartejamento de um certo Dr. George Parkman, que ouviu falar em casa, porque seu pai havia testemunhado no caso. Para Seipp, Holmes percebia que eventuais distinções entre direito e moral não devem emergir de generalizações abstratas, porém devem surgir de representações concretas, como as que teve na infância, e com a concepção do criminoso que nominou de *bad man* (cf. SEIPP, 1997, p. 545). O *bad man* serviria a um propósito pragmático. Para Holmes,

se você quer conhecer o direito [...] basta olhar para a situação como um criminoso, que liga apenas para as consequências materiais que tal conhecimento propicia a ele prever, e não como uma pessoa correta, que encontra razões para sua conduta, tanto no direito como fora do direito, nas vagas sanções ditadas por sua consciência (HOLMES, 1992, p. 162).

Uma última fase mostra-nos Holmes exercendo a magistraturas nas cortes supremas, em Massachusetts, e depois em Washington. Holmes trabalhava freneticamente e redigia seus votos com espantosa velocidade e precisão (cf. BOWEN, 1944, p. 316).

Holmes criou e desenvolveu a teoria moderna do federalismo, distanciando-se de idéias formalistas que fracionavam o modelo em feições verticais e horizontais. Holmes percebia que o federalismo deveria ser convergente, prospectivo, e que o regime que fundamenta o pacto federativo centra-se menos na repartição convencional de



---

competências abstratas e mais em engenharias constitucionais prenches de criatividade, na mira do bem comum.

Holmes concebeu projeto de limitação de intervenções do judiciário, o *judicial self-restraint*, idéia que será apropriada pela guinada à direita que a Suprema Corte norte-americana vem desenvolvendo, desde a ascensão dos conservadores republicanos, a partir da administração Ronald Reagan, condicionante de um minimalismo judicial preocupante.

Holmes também insistia na flexibilidade da interpretação constitucional. Para Holmes, a constituição não é necessariamente um ser vivo e mutante; no entanto, gerações presentes não são prisioneiras do passado. Soluções pretéritas não são necessariamente as mais adequadas para os dias em que vivemos.

Holmes desconfiava do tradicionalismo como justificador da autoridade, a usarmos concepção weberiana. Holmes também desenvolveu princípio exegético relativo a questões de liberdade de expressão, garantindo-a, de modo relativo, na medida em que critério de perigo claro e eminente (*clear and present danger*) deveria ser o único a orientar o intérprete. Holmes posicionava-se ao lado do trabalhador em questões trabalhistas (cf. BOWEN, 1944, p. 317). Holmes rejeitava também o jargão dos especialistas, escrevendo do modo menos formal possível (cf. BOWEN, 1944, p. 274).

Embora recorrentemente discordando de seus colegas da Suprema Corte, Holmes fazia-o com retórica impressionante, elegante. Seu voto no caso *Commonwealth v. Perry* (115 Mass. 117, 28 N.E. 1126-1891) principia da forma como segue, colocada em português, com os prejuízos naturais da inexistência de uma hermenêutica diatópica, que propicie esperanto jurídico incontestável:

Eu tenho o desprazer de discordar de meus pares. Tenho submetido extensivamente meus pontos de vista e, considerando-se a importância da questão trazida a juízo, sinto-me obrigado a tornar pública, por meio de breve passagem, as razões de minha discordância, não obstante o respeito e a deferência que tenho para com o julgamento daqueles em face de quem eu discordo (HOLMES, 1992, p. 123).

---

No caso *Northern Securities Company v. United States* (193 U.S. 197- 1904), um elegante exórdio anuncia a discordância:

Não consigo concordar com o julgamento da maioria desta Corte, e embora eu pense que seja desnecessário e indesejável, como regra, anunciar um voto vencido, sinto-me obrigado a fazê-lo nesse caso e então explico as minhas razões. Grandes questões e questões complicadas fazem um péssimo direito. Porque os grandes julgamentos são chamados de grandes, não tanto pela importância que têm em delinear a jurisprudência a ser seguida, mas prioritariamente porque um acidente qualquer provocou um demasiado interesse no caso, apelando para sentimentos que distorcem o julgamento. Interesses imediatos exercem uma pressão hidráulica no julgador, fazendo aquilo que era claro parecer duvidoso [...] ( HOLMES, 1992, p. 130).

Em carta endereçada a Harold Laski, Holmes dizia não gostar de ser maculado como o discordante, o homem do voto vencido, dizendo que *estava expressando suas expressões jurídicas e não lutando numa rinha* (cf. HOLMES, 1992, p. 218). No seu mais famoso voto vencido, no caso *Lochner v. New York* (198 U.S. 45- 1905), Holmes principiou de modo epigramático:

Eu sinto muito em não poder concordar com o julgamento que está sendo proferido no presente caso, e sinto que é minha obrigação de expressá-lo. Este caso está sendo julgado a partir de uma teoria econômica com a qual uma boa parcela da população deste país certamente não concorda. Se consistisse a questão meramente em se saber se eu concordo com essa teoria, eu deveria estudá-la muito mais a fundo antes de expressar minha opinião. Porém realmente sinto não ser essa a minha obrigação, porque acredito que minha concordância ou minha discordância em nada se relacionam com o direito que a maioria tem de expressar suas opiniões jurídicas (HOLMES, 1992, p. 306).

Nesse mesmo julgado, que tratava de proibição de que donos de padaria contratassem padeiros para jornadas de trabalho superiores a dez horas, Holmes condenou o liberalismo econômico, observando que a constituição norte-americana não sufragava as estatísticas sociais de Herbert Spencer, pensador inglês que pregava o darwinismo social (cf. ALSCHULER, 2000, p. 62).

---

Holmes preferia ouvir e julgar a partir das sustentações orais dos advogados norte-americanos, desprezando petições e memoriais que lhe eram enviados (cf. BOWEN, 1944, p. 316).

Holmes cunhou epigramas mais recorrentes e frases mais famosas do linguajar jurídico norte-americano. Segundo Holmes, *proposições gerais não decidem casos concretos* (HOLMES, 1992, p. 306). É sua a mais eloqüente passagem do realismo jurídico norte-americano:

A vida do direito não tem sido lógica: tem sido experiência. As necessidades sentidas em todas as épocas, as teorias morais e políticas que prevalecem, as intuições das políticas públicas, claras ou inconscientes, e até mesmo os preconceitos com os quais os juízes julgam, têm importância muito maior do que silogismos na determinação das regras pelas quais os homens devem ser governados. O direito incorpora a história do desenvolvimento de uma nação através dos séculos e não pode ser tratado como se compreendesse tão somente axiomas e corolários de livros de matemática. De modo a se saber o que é o direito, deve se saber o que ele tem sido e qual a tendência que há de se transformar. Deve se consultar alternativamente a história e as teorias jurídicas existentes (HOLMES, 1991, p. 1).

A imagem de que o direito não é lógica, é experiência, é no sentir de Richard Posner a *mais famosa sentença que Holmes jamais teria escrito* (cf. ALSCHULER, 2000, p. 92). Para Holmes, *até cachorros sabem a diferença entre tropeçar e levar um chute* (cf. HOLMES, 1991, p.2), passagem desconcertante, que revela simplicidade provocante.

Excertos de Holmes influenciaram, inegavelmente, o modo como os advogados norte-americanos pensam sobre o direito (cf. ALSCHULER, 2000, p. 85). No entanto, no dizer dos críticos de Holmes, com exceção de cinco parágrafos, o livro *The Common Law* seria confuso, túrgido, não obstante reputado como o melhor acabado trabalho sobre teoria do direito nos Estados Unidos (cf. ALSCHULER, 2000, p. 125). Por outro lado, Holmes transitava em campos conceituais distintos do que o pensamento jurídico de sua época havia assentado como correto (cf. SEIPP, 1997, p. 550).

Holmes liderou uma revolta contra o formalismo jurídico, atacando o conceitualismo que havia triunfado em Harvard, no tempo

---

de Christopher Columbus Langdell (cf. ALSCHULER, 2000, p. 113). De qualquer modo, é em Holmes que a esquerda e a direita do pensamento jurídico norte-americano paradoxalmente radicam seus pontos de vista. Trata-se da *teoria da ferradura*, e que percebe em Holmes as raízes do pragmatismo do movimento *law and economics*, bem como o anti-formalismo do grupo radical do *critical legal studies*.

Em relação à esse último grupo, Holmes vincula-se na medida em que anunciava que juízes decidem *mais ou menos de acordo com as preferências e preconceitos pessoais* (cf. ALSCHULER, 2000, p. 1). É que para Holmes o direito acaba redundando no exercício de um poder orientado para a satisfação de interesses pessoais (cf. ALSCHULER, 2000, p. 2).

O pragmatismo jurídico que Holmes concebeu persiste na concepção de direito ensinado nas escolas norte-americanas. O ceticismo que marca seu pensamento influencia críticos e neoliberais.

Holmes preocupava-se com questão pedagógica central na experiência jurídica. O que deve estudar o aluno de direito? O que deve estudar o advogado, o juiz? Qual o sentido de uma preparação especializada? Qual a importância de uma educação jurídica generalista? A citação é longa, porém provocante e atual:

Por vezes ouço um desejo expresso por um impaciente, dizendo que o ensino tem que ser mais prático. Lembro-me então de um sábio que dissera a um amigo meu quando este último começava a sua vida profissional: “Não estude muito direito não”, e eu penso que possamos imaginar momentos em que esse conselho seja útil. Porém ainda algo muito mais útil foi a mim dito [...] quando alguém não menos sábio me falava que “o negócio do advogado é conhecer o direito”. Era propósito daquele professor de Harvard que seus alunos estudassem e conhecessem direito [...] E penso que o professor estava totalmente correto, não apenas em relação aos fins que perseguia, porém também no que toca aos meios que propunha para que tais fins fossem alcançados. Sim, esta faculdade tem sido, e espero que continue, um grande centro no qual advogados ganham e aperfeiçoam conhecimentos, e do qual os jovens, muito mais inspirados pelos exemplos do que pelos ensinamentos, continuam avançando, não para imitar o que seus mestres têm feito, porém para viverem livremente suas vidas [...] As pessoas formadas por esta faculdade [Harvard] podem nem sempre ser os que mais conhecem

---

o modo de avançar na profissão [...] porém são orgulhosos na convicção de que o conhecimento para o qual consagraram suas vidas é consagrados para assuntos que realmente interessam ao mundo. Trata-se do conhecimento do pensamento abstrato, da ciência, do belo, da poesia e da arte, de cada flor da civilização, na busca de um solo generoso que as abrigue e alimente. Se não encontram esse solo, as flores morrem. Porém o mundo precisa muito mais das flores do que as flores precisam de vida (HOLMES, 1992, p. 223).

Holmes lembrou alguém que lhe disse que na Rússia havia muitos especialistas na classe média, enquanto nas classes mais altas havia muito mais gente civilizada (cf. HOLMES, 1992, p. 224). Holmes imaginava professores de direito que fossem recrutados entre os que melhor produzissem nas respectivas gerações. Para Holmes, os professores de direito deveriam oxigenar a produção de seus alunos (cf. HOLMES, 1992, p. 226).

Holmes é de um tempo em que a América ainda desprezava advogados, em benefício de comerciantes, que não obstante ganhavam a vida de modo questionável, segundo estudo biográfico de Holmes (cf. BOWEN, 1944, p. 202). Quando Holmes estudou direito, ele complementou a educação pessoal com intermináveis leituras que incluíam Montesquieu, Platão, Hume, Locke, Hobbes, Mill, Spencer.

E ainda, lembra-se, Thomas Jefferson havia aconselhado que estudantes de direito fizessem de todos os campos do conhecimento uma esfera de aprendizado pessoal; bacharéis, segundo o conselho de Thomas Jefferson (orientação que Holmes seguiu fielmente), deveriam ler ciências naturais, história, *belles-lettres*, crítica literária, retórica, oratória, e deveriam ler do nascer do sol à hora de dormir, o tempo todo (cf. BOWEN, 1944, p. 203).

No tempo em que Holmes foi para a faculdade de direito vivia-se o ocaso e a decadência do generalismo pregado por Jefferson, assistia-se o desenvolvimento do pensamento especializado e formal, que Holmes criticou ao longo de sua vida (cf. BOWEN, 1944, p. 214).

Holmes recusou outras oportunidades de trabalho, como chefiar uma embaixada. Holmes adorava o que fazia, gostava do direito,

---

e pretendia transformar suas idéias em jurisprudência, no sentido americano do termo, isto é, em filosofia do direito. Holmes pretendia demonstrar como soluções particulares decorrem e envolvem teoria geral, e pretendia fazê-lo com estilo (cf. HOLMES, 1992, p. 29).

Holmes dizia admirar um conhecido advogado de Boston, Charles Loring. É que a sogra de Holmes reputava Loring como um grande homem e como um advogado excepcional, porque ele jamais teria aceitado uma causa na qual não acreditasse. Holmes arrematava dizendo que isso se devia ao modo sardônico como Loring via suas causas... (cf. HOLMES, 1992, p. 45).

Holmes era um realista, no sentido próprio e pessoal da própria conduta. Em artigo publicado em revista jurídica escreveu que sempre perguntava pelo preço das coisas, que procurava o quanto custava qualquer interesse que tinha, especialmente quando estava obstinado com algo mais luxuoso (cf. HOLMES, 1992, p. 119). Individualista, Holmes acreditava que uma aceitação tácita de que os interesses sociais são comuns indicava falsidade (cf. HOLMES, 1992, p. 122).

Para Holmes leis circunstanciam aspectos empíricos da vida social. Em passagem canonizada pelo movimento *critical legal studies*, Holmes escreveu que a lei é instância por meio da qual um grupo que detém o poder impõe aos menos poderosos ônus e obrigações desagradáveis (cf. HOLMES, 1992, loc.cit.).

O individualismo de Holmes é bem explicitado em carta a Harold Laski, na qual Holmes escreveu que não via nenhum direito de seu vizinho ter parte do pão que ele Holmes havia ganho. E também escreveu para Laski, na mesma carta, que *os direitos de um determinado grupo são aqueles pelos quais o grupo tem lutado* (cf. HOLMES, 1992, p. 141). Para Holmes os juízes têm tendência à ingenuidade, eram pessoas de mentalidade média, quando deveriam assumir um pouco de Mefistófeles.

É que todos precisaríamos ser educados para o óbvio, isto é, para aprendermos a transcender de nossas próprias condições e circunstâncias, de modo a deixarmos espaço para coisas que acreditamos, a fim de

---

que realizemos nossas idéias com pequenas revoluções, que se fariam ordeiramente, mediante mudança bem comportada do direito que nos rege (cf. HOLMES, 1992, p. 147).

Holmes definia o direito como um corpo de crenças triunfantes na batalha das idéias, traduzidas em ação (cf. HOLMES, 1992, loc.cit.). Em discurso feito em banquete entre advogados em 1902, Holmes dizia ver o direito como um todo orgânico, como uma reação da tradição em face de tendência, desejos e necessidades da comunidade (cf. HOLMES, 1992, p. 151).

E com muita simplicidade, embora com imenso sentido realista, Holmes observou que a profecia do que juízes e cortes fazem e decidem de fato, e nada mais do que isso, e nada mais pretensioso, é que deve se entender por direito (cf. HOLMES, 1992, p. 163).

No entanto, é recorrente também em Holmes atitude de veneração para com o direito, e particularmente para com o direito norte-americano. E o excerto seguinte parece comprovar a assertiva:

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

Outro suposto paradoxo é revelado por surpreendente afirmação de Holmes, para quem *a teoria é o meu tema e não pormenores práticos [...] a teoria é a mais importante parte do dogma do direito, como o arquiteto é a figura mais importante na construção de uma casa* (HOLMES, 1992, p. 176).

E ainda, Holmes curva-se à tradição, ao passado, ao pacto que a cultura jurídica norte-americana tem com o precedente, com a jurisprudência. É que em discurso proferido em Harvard, em 25 de junho de 1895, Holmes afirmava que *o direito, tanto quanto dependa de seu estudo, é, de fato, como tem sido dito, o governo dos vivos por meio dos mortos* (HOLMES, 1992, p. 184).

---

Para Holmes, *o direito não é campo de estudo para artistas ou poetas; é um chamado para pensadores* (HOLMES, 1992, p. 218). Certo sentido de interdisciplinariedade também é revelado, em nota conclusiva a palestra dada em Harvard, em 17 de fevereiro de 1886:

Se o seu tema de estudo é o direito, o caminho exige o estudo da antropologia, da ciência do homem, da economia política, da teoria da legislação, da ética e de várias sendas que conduzem a uma visão de vida [...] Para dominar qualquer campo do conhecimento, você deve dominar todos aqueles que se aproximam de seu tema principal; de modo que para conhecer alguma coisa você deve conhecer tudo (HOLMES, 1992, p. 219).

A definição de cultura em Holmes é assustadoramente pragmática. Para Holmes, *cultura evidentemente significa ter mais madeira em estoque do que madeira na fornalha, uma quantidade suficiente para que você não seja obrigado a ir cortar mais madeira* (HOLMES, 1992, p. 23). Holmes repudiava a lógica, e sua eventual utilidade na concepção e na prática do direito, observando que é falácia se imaginar que o desenvolvimento do direito seria o resultado da utilização de métodos lógicos (cf. HOLMES, 1992, p. 166).

Para Holmes, os juizes primeiro decidem; e depois encontram a razão e a justificativa lógica para o julgamento feito e para a decisão tomada (cf. HOLMES, 1991, p. xiii). E de modo mais conclusivo:

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

Holmes insistia que os parâmetros de uma decisão são puramente práticos, e que jamais poderiam ser apreendidos da gramática ou da lógica (cf. HOLMES, 1991, p. 338). O pragmatismo de Holmes o afasta



---

do culto ao passado e a veneração para com sutilezas dos raciocínios silogísticos. Holmes pretende-se um prático. E o seguinte excerto é ilustrativo desta imagem:

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

Nas decisões que redigia Holmes explicitava sua visão de mundo, de ciência, mostrando-se muitas vezes além de seu tempo e das discussões que agitavam a sua época. No caso *Towne v. Eisner* (245 U.S. 418-1918) Holmes escreveu que *não é necessariamente verdade que a palavra “renda” signifique a mesma coisa na constituição e nas leis [...] uma palavra não é um cristal, transparente e imutável; é a pele que encobre um pensamento vivo e pode variar muito de tamanho e de conteúdo de acordo com a circunstância e com o tempo em que seja utilizada* (HOLMES, 1992, p. 287).

É que, para Holmes, na teoria da fala, *o seu nome significa você e o meu nome significa eu, e os dois nomes são diferentes [...] eles são palavras diferentes* (HOLMES, 1992, p. 298).

Holmes possuía referencial próprio para questões de criminologia. Criticava as escolas criminológicas da época que se concentravam no criminoso e não no crime. Afirmou que se o criminoso é sujeito doente, movido por necessidade orgânica, a exemplo dos motivos que

---

impulsionam uma cascavel para que morda, seria mais doentio ainda falar-se nos métodos tradicionais de encarceramento, para controle do marginal. Por outro lado, segundo Holmes, se o crime, como uma conduta humana normal, é questão de imitação, a punição bem poderia servir para diminuir a criminalidade (cf. HOLMES, 1992, p. 171).

Outro passo sugere uma criminologia própria em Holmes:

Tem sido pensado que o motivo determinante da punição seja a reabilitação do criminoso; isto é, o objetivo é de impedir que o criminoso cometa outros crimes e que as pessoas em geral cometam crimes similares; e isto é uma retribuição. Poucos iriam sustentar que o primeiro destes propósitos é apenas um. E se fosse assim, todo prisioneiro deveria ser colocado em liberdade assim que ficasse claro que ele jamais voltaria a cometer o mesmo crime, e se não há cura nem remédio para o prisioneiro, ele nem mesmo deveria ser punido. Certamente seria difícil conciliarmos a pena de morte com essa doutrina (HOLMES, 1991, p. 42).

E ainda no mesmo assunto:

Deve ser levado em conta, por outro lado, que, se o objeto da punição é a prevenção, a mais pesada punição deve ser usada como ameaça quando os mais fortes motivos determinam sua utilização; e as leis primitivas parecem ter às vezes aderido à esse princípio. Porém se alguma ameaça irá barrar um homem que age sob a paixão e o calor do momento, uma ameaça inferior à pena de morte seria suficiente, e conseqüentemente a pena de morte tem sido, no entanto, excessiva (HOLMES, 1991, p. 61).

Para Holmes, *um ato é sempre uma contração muscular voluntária, e nada mais* (HOLMES, 1991, p. 91). Holmes lembra-nos Spencer ou Darwin, ao perceber no ato criminoso *contrações musculares espasmódicas* (cf. HOLMES, 1991, p. 94). Holmes já foi indicado como o Nietzsche norte-americano (cf. POSNER in HOLMES, 1992, p. xxviii).

Holmes era um cético, como Nietzsche, e Holmes bem sabia que o direito não consiste na busca de um maior bem para um maior número de pessoas, como quer a grande narrativa utilitarista; o direito é questão de quem leva o quê, é o interesse próprio na busca do poder (cf. ALSCHULER, 2000, p. 2).

---

Em carta para Felix Frankfurter, Holmes escreveu que concordava plenamente *que o direito deveria ser um bem se refletisse a vontade das forças dominantes em uma determinada comunidade, mesmo que se nos mandasse diretamente para o inferno* (cf. ALSCHULER, 2000, p. 59). Holmes sugere-nos que o direito é política, e que juízes e advogados defendem a neutralidade apenas quando o resultado os interessa (cf. ALSCHULER, 2000, p. 63).

A eugenia é questão freqüente no tempo de Holmes que sobre o assunto manifestou-se diversas vezes. A crença na eugenia é sinal de pensamento progressivo no tempo em que Holmes viveu (cf. POSNER in HOLMES, 192, p. xxix). Difícil julgá-lo com os olhos de hoje, a usarmos o modelo de Thomas Kuhn, que em seu livro seminal escreveu que *cada revolução científica altera a perspectiva histórica de uma comunidade que a experimente* (KUHN, 1996, p. xi).

Embora tenha confessado não ter lido Darwin ou Spencer, em carta a Morris Cohen, datada de 5 de fevereiro de 1919, Holmes afirmou que indiretamente conhecia esses autores, *que estavam no ar* (HOLMES, 1992, p. 110).

Tendente a autorizar a esterilização de doentes mentais, no caso *Buck v. Bell* (274 U.S. 200- 1927), Holmes escreveu que *a experiência tem mostrado que a hereditariedade protagoniza importante papel na transmissão da insanidade e da imbecilidade* (HOLMES, 1992, p. 103). Em passagem hoje assustadora, no mesmo julgado, Holmes escreveu que:

É melhor para todo o mundo que ao invés de esperarmos que se executem descendentes de criminosos, ou deixar que eles morram de fome por conta da imbecilidade, a sociedade deve se prevenir contra aqueles que são manifestamente inadequados para a continuidade da espécie humana. O princípio que justifica a vacinação compulsória da população é amplo o suficiente para que se cortem as trompas de Falópio. Três gerações de imbecis já é demais (HOLMES, 1992, p. 104).

Holmes percebia a vida como uma competição (cf. ALSCHULER, 2000, p. 21), concepção que transborda Spencer e Darwin, pensamento dominante na virada do século XIX para o século XX. A vida lembraria

---

uma corrida de cavalo, de barco, uma expedição para o Pólo Norte, um mergulho nas cataratas do Niágara, um duelo de espadas (cf. ALSCHULER, 2000, p. 22).

Inadequados para a competição deveriam ser exterminados, e a afirmação, colhida diretamente de um crítico é constrangedora para o leitor contemporâneo (cf. ALSCHULER, 2000, p. 27). Foi Holmes quem cogitou da *esterilização de imbecis*, em julgado de 1927 que sustentou legislação nesse sentido (cf. ALSCHULER, 2000, p. 28). Holmes aproximar-se-ia de um darwinismo social, que defendia que a pobreza, o sofrimento e a fome, bem como a guerra, seriam métodos que a natureza estaria utilizando para eliminar os inadequados à sobrevivência (cf. ALSCHULER, 2000, p. 49).

O ceticismo ético de Holmes é manifestado na veneração que seus julgados refletem em relação à luta e às metáforas daí advindas (cf. ALSCHULER, 2000, 52). O crítico de Holmes afirma que seus julgados revelam falta de simpatia para com direitos e pretensões de estrangeiros (cf. ALSCHULER, 2000, p. 64).

Holmes também parece pós-moderno para o leitor atual, na medida em que firmemente rejeitava a metafísica, especialmente mediante sistemático repúdio às abstrações jurídicas totalizantes. Embora, ainda ambigualmente, tivesse escrito que *civilização é a redução do infinito para o finito* (HOLMES, 1992, p. 143).

Em missiva para Harold Laski, datada de 1º de agosto de 1925, Holmes escreveu que não ligava para direitos abstratos, bem como abertamente escreveu que falhava em respeito pelo conceito de igualdade (cf. HOLMES, 1992, p. 142).

Isto torna muito ambígua sua posição em relação à questão social, e aceitação de que o capitalismo aceitaria a luta de classes como um indicativo de competição, em sentido antípoda ao conceito do marxismo, e em relação convergente com o darwinismo social que marcava seu modo de pensar.

---

É exatamente o que se percebe na leitura de voto de Holmes no caso *Vegeahn v. Guntner* (167 Mass. 92, N.E. 1077- 1896). No referido julgado Holmes escreveu que

Tenho visto sugestão dando conta de que o conflito entre patrões e empregados não é uma competição. Porém eu corro o risco de afirmar que nenhum de meus colegas nesta corte iria se basear nessa sugestão. Se a política sobre a qual se baseia nosso direito é centrada na expressão bem definida “livre competição“, poderíamos substituí-la por “livre luta pela vida“. Certamente esta política não é limitada por lutas entre pessoas da mesma classe competindo pelos mesmos objetivos. Ela se aplica a todos os conflitos de interesses na vida (HOLMES, 1992, p. 126).

Holmes defendia o direito de greve e o fez em voto vencido no caso *Plant v. Woods* (176 Mass. 492, 57 N.E. 1011- 1900), da seguinte forma:

Embora eu ache que a greve seja um instrumento legal na luta universal pela vida, eu também que também é pura fantasia supormos que por esse método o trabalho asseguraria uma maior parcela de produção no capital [...] acho que seja legal um grupo de trabalhadores tente ganhar mais, embora o façam às custas de alguns colegas, e que com essa finalidade fortaleçam os sindicatos pelos boicotes e pelas greves (HOLMES, 1992, p. 127).

Holmes também defendia a função social da propriedade, e o fez de modo enfático:

Se um homem detém metade do trigo no país e anuncia sua intenção de queimá-lo, tal abuso de propriedade não seria tolerado. O povo iria matá-lo antes que ele queimasse o trigo (HOLMES, 1992, p. 128).

A posição de Holmes quanto à tributação era firme no sentido de vincular exações com resultados sociais:

Tributos, quando pensamos em termos de resultados, significam tomada de parte do produto anual de um país para os propósitos do governo, e não pode significar nada mais do que isso. Qualquer que seja o modo de imposição tributos devem ser suportados pelo consumidor, isto é, especialmente pelos que trabalham e lutam pela comunidade [...] HOLMES, 1992, p. 129).

---

Retornando-se à relação de Holmes com a metafísica, em epístola dirigida a Harold Laski, datada de 27 de janeiro de 1929, Holmes lembrou um fato de sua infância que bem ilustra sua rusga contra o abstrato:

Quando eu era ainda um garoto meu pai ensinou uma lição filosófica perguntando-me que gosto tem o sal. Ele me disse que eu não poderia respondê-lo, do mesmo modo que eu não conseguiria ensinar a um cego como são as cores. Há muitas questões em relação às quais deve se saber a resposta de antemão, ou jamais se poderá saber algo sobre elas (HOLMES, 1992, p. 107).

Holmes também repudiava a história, que deve ser recontada na medida em que o tempo passa, e que por essa razão é volátil e pouco confiável. Em carta também escrita para Harold Laski, e datada de 11 de março de 1922, Holmes comentou Edward Gibbon e Foustel de Coulanges para concluir que a *história deve ser reescrita porque é a seleção de tendências de causas ou de antecedentes pelos quais nos interessamos, e que mudam a cada 50 anos* (HOLMES, 1992, p. 56).

Bem entendido, Holmes criticava a história enquanto referencial de verdade absoluta. Acreditava, porém, que a história adequadamente fomentava a compreensão do direito. Escreve que *o estudo racional do direito é ainda em grande parte o estudo da história [...] a história deve ser componente do estudo do direito, porque sem ela não conseguimos entender o objetivo preciso das normas jurídicas, que é nossa obrigação conhecer* (HOLMES, 1992, p. 170).

Porém, insistia, no futuro deveria se estudar estatística e economia (cf. HOLMES, 1992, loc.cit.). A percepção que Holmes tinha da história é paradoxal e ambígua. Em outra passagem:

Devo usar a história do direito tanto quanto seja necessário para se explicar uma concepção ou para se interpretar uma regra, mas nada além disso [...] Outro engano [...] consiste em se pedir muito da história. Começamos com um homem completamente maduro. Deve ser levado em conta que os mais antigos bárbaros cujos costumes são considerados têm muitos dos mesmos sentimentos e paixões que presentemente possuímos (HOLMES, 1991, p. 2).

---

Holmes incentivava a leitura desinteressada. Para ele, *não lemos romances para ganharmos informação ou instrução [...] lemos porque queremos divertimento, porque queremos emoção, porque queremos nos sentir mais elevados [...]* (HOLMES, 1992, p. 48).

A leitura dos clássicos, para Holmes, consistia grande conquista de uma vida dedicada ao estudo (cf. HOLMES, 1992, p. 52). Holmes leu Hemingway, a quem referiu-se como *um jovem americano que vive em Paris* (HOLMES, 1992, p. 53). Holmes lia muito, e em línguas originais, a exemplo de Tuicídides, que estudo em grego (cf. HOLMES, 1992, p. 60).

Conhecia também Shakespeare, Mellville, Balzac e toda a literatura erudita e elegante de seu tempo (cf. HOLMES, 1992, p. 61 e ss.).

Holmes filosofava constantemente. Em um programa de rádio, levado ao ar em 1931, Holmes explicava sua longevidade e sua tenacidade em viver. Segundo ele, a morte, com freqüência, se aproximava de seus ouvidos e sussurrava: *estou chegando...* (cf. HOLMES, 1992, p. 21).

Conhecia Hume e Kant, a quem imputava responsabilidade por seu despertar de um sono dogmático (cf. HOLMES, 1992, p. 51). Holmes teria lido com prazer Aristóteles, e essa alegria ele descreveu em carta para Lewis Einstein, datada de 23 de julho de 1906, na qual confidenciou o bem estar que a leitura do estagirita lhe causava (cf. HOLMES, 1992, p. 58).

Holmes também se interessou por Hegel, cujos pormenores no pensamento, no entanto, não lhe cativaram (cf. HOLMES, 1992, p. 63). Dizia que é nossa obrigação uma dedicação total à vida, uma aceitação de nossas obrigações, de nossas limitações e de nossa ignorância; devemos oferecer nossos corações ao destino (cf. HOLMES, 1992, p. 6). Simplesmente, quando se chega ao topo de uma colina não há nada mais a ser feito do que descermos... (cf. HOLMES, 1992, p. 10).

Insistia que devemos nos dedicar com seriedade ao trabalho, e nos entregarmos nas horas de divertimento, quando não se exige muito

---

de nossa conduta (cf. HOLMES, 1992, p. 17). Sempre cheio de energia, Holmes na velhice afirmava que *a corrida se encerrou, porém o trabalho não está completo quando ainda se tem energia para lutar* (HOLMES, 1992, p. 21).

Em outra carta a Harold Laski, entre tantas que escreveu, datada de 20 de agosto de 1926, Holmes lembrou que o exército o havia ensinado algumas grandes e importantes lições. Estar preparado para a catástrofe. Resistir firmemente aos aborrecimentos.

Além disso, por mais experiência de vida que se acredite possuir, sempre há vezes em que se aprende com aqueles que reputamos jovens e inexperientes (cf. HOLMES, 1992, p. 77).

O pragmatismo em Holmes fica definitivamente desenhado em discurso proferido em 7 de março de 1900, em Boston, quando Holmes afirmou solenemente que o fim da vida é a vida em si, que a vida é ação, e que a vida consiste na utilização perene de nossos poderes e forças (cf. HOLMES, 1992, p. 79).

Alguns anos antes, em 1884, em cerimônia militar, Holmes afirmara que a guerra e a luta exigem que o combatente acredite em seus propósitos, e que se empenhe totalmente (cf. HOLMES, 1992, p. 81). E o direito seria a incorporação institucional de idéias que triunfaram no embate do pensamento (cf. HOLMES, 1992, p. 147).

Holmes era a favor da pena de morte, e nesse sentido seu voto no caso *Storti v. Commonwealth* (175 Mass. 549, 60 N.E. 210- 1901), quando suscitou uma execução tão rápida e tão indolor quando possível (*as swiftly and painlessly as possible*), o que, no seu entendimento, não contrariava a constituição norte-americana, que veda penas cruéis (cf. HOLMES, 1992, p. 301).

Na noite em que os anarquistas italianos Sacco e Vanzetti foram executados Holmes negou um último hábeas corpus em favor dos réus (cf. ALSCHULER, 2000, p. 73). Trata-se de mais um paradoxo, que plasma personalidade centrada na realidade, e que a reflete, em todas suas ambigüidades e aporias.



---

## 4.2 Roscoe Pound

Roscoe Pound nasceu em 27 de outubro de 1870 e faleceu em 1º de julho de 1964. Estudou botânica na Universidade de Nebraska, seu estado natal. Devido a insistência do pai, que era advogado, Pound estudou direito em Harvard e depois estagiou no escritório do pai. Reputava a prática do direito como fonte de muito tédio, porém apreciava a filosofia jurídica.

Defendeu tese de doutorado em botânica, obtendo título de Ph D em 1897. Porém, simultaneamente, começou a lecionar direito romano na Universidade de Nebraska, sua *alma mater*. Posteriormente ensinou direito na Northwestern Law School, foi contratado pela Universidade de Chicago, em seguida foi lecionar em Harvard, cuja faculdade de direito dirigiu de 1916 a 1936. Pound lecionou em Harvard até 1964, ano de sua morte (cf. HULL, 2002, p. 613).

Pound capitaneou um conjunto de reflexões que levam o epíteto de jurisprudência sociológica. É de Pound a apreensão da diferença entre o direito que há nos livros e o direito que se desdobra na vida real (*the law in books and the law in action*), explicitada em texto seminal de 1910.

Pound chamava a atenção para as discrepâncias que há entre as regras que abstratamente normatizam as relações e as normas que efetivamente governam os homens. Pound ilustrava a assertiva comentando princípio que indica presunção de constitucionalidade de todas as normas jurídicas, o que a Suprema Corte norte-americana, no início do século, parecia não levar em conta como dogma absoluto. Para Pound, simplesmente, as cortes declaram inconstitucionais as leis que não aprovam (cf. POUND, in FISHER III, 1993, p. 39).

A cultura norte-americana se jactava de matizar um país governado por leis, e não por homens. A presunção indica suposta objetividade do direito, racional e prospectivo, à luz de uma imagem tirada de categorias weberianas de dominação. Adiantando-se naquilo que hoje apenas ingênuos e mal intencionados não reconhecem, ou cismam em não reconhecer, Pound escreveu que *o rosto da lei pode ser*

---

*salvo por um ritual elaborado, porém são os homens, e não as regras, que administram a justiça...*(cf. POUND, in FISHER III, 1993, p. 41).

Trata-se de fixar e de adaptar os casos ao modelo, juízo de subsunção que na verdade se opera de modo invertido, na medida em que os modelos são efetivamente adaptados aos casos. É o sentido pessoal de justiça que marca a subjetividade característica do julgamento, que é o reflexo do julgador. E para Pound o problema não suscitava nada de novo (cf. POUND, in FISHER III, 1993, loc.cit.).]

Pound criticava os hábitos dos juristas norte-americanos de seu tempo; preocupava-se também com o direito legislado, que reputava de atrasado. Desconfiava de uma filosofia do direito que era histórica e analítica, e que sempre iniciava e terminava quaisquer discussões com repertório de casos dos direitos inglês e norte-americano.

Enquanto a filosofia, a política, a economia e a sociologia já haviam deixado de lado as premissas naturalistas do pensamento oitocentista, queixava-se Pound, os advogados norte-americanos ainda persistiam nos mesmos paradigmas. Pound apontava problemas gravíssimos na administração da justiça dos Estados Unidos, a exemplo de uma hiperdimensão individualista.

Para Pound, o direito norte-americano apenas concebia doutrinas e regras de proteção ao individualismo. Pound também indicava uma exagerada confiança na administração da justiça (cf. POUND, in FISHER III, 1993, p. 42).

O direito dos livros se distanciava do direito da vida real, segundo Pound, na medida em que aquele primeiro não havia conseguido se libertar das premissas supostamente equivocadas do direito pensado no século XVIII. Com firmeza, Pound sugeria que se estudasse economia e sociologia e que se parasse de se achar que o direito é auto-suficiente. Em ensaio de 1910 Pound escreveu:

É missão dos advogados fazer com que o direito da vida real se aproxime do direito dos livros. Não mediante espasmos fúteis contra a inexistência de normas, e nem por exortações eloqüentes para que se obedeça ao direito tal como ele é, porém por fazer com que o

---

direito dos livros seja tal que o direito da vida real possa a ele se adequar, colaborando para que se obtenha um modo rápido, barato e eficiente de que se aplicar o direito (POUND, in FISHER III, 1993, p. 44).

E de modo extremamente realista Pound combatia qualquer identificação metafísica do direito:

Não nos tornemos monges do direito. Não deixemos que nossos textos normativos ganhem foros de santidade e que sejam considerados como todos os textos sagrados. As palavras escritas continuam, permanecem, porém os homens se transformam. Sejam as leis de Manu ou de Zaratustra ou de Moisés, ou a 14ª emenda à constituição norte-americana [...] ou a última regra jurídica do estado de Oklahoma, todas as leis tratam da mesma estória (POUND, in FISHER III, 1993, loc.cit.).

Em ensaio de 1931 Roscoe Pound propunha chamada geral para uma filosofia jurídica realista. No referido texto, de que agora cuido, Pound motejava de alguns autores, que tratavam do realismo jurídico da mesma forma que deveria se tratar o realismo em seu nicho literário e artístico. Segundo Pound:

Primeiramente, então, o que se entende por realismo, a partir da leitura de jovens professores de direito? Na medida em que eu os leio, esses novos realistas parecem que nunca usam a expressão realismo em seus sentidos técnico e filosófico. Usam a palavra realismo com o significado que realismo tem nas artes. Por realismo esses jovens professores entendem a fidelidade à natureza, um acurado relato das coisas como elas realmente são, em contraste com o que imaginamos que as coisas possam ser, ou que gostaríamos que fossem, ou como se acha que deveriam ser. Eles entendem por realismo uma completa aderência às realidades da ordem jurídica como base para uma ciência do direito (POUND, in FISHER III, p. 1993, p. 59).

Em seguida, Pound expõe o que entende por realismo jurídico, com a autoridade intelectual de principal mentor do movimento:

Porém uma ciência do direito precisa ser algo mais do que um inventário descritivo. Os materiais devem ser selecionados e ordenados de modo que sua utilização seja inteligente e proveitosa. Após que a realidade jurídica seja observada e catalogada, deve se trabalhar com o material reunido. E o que o realismo propõe hoje que nós já não propusemos no passado? Quais são as características

---

do programa dos novos realistas que identificam efetivamente um realismo jurídico? (POUND, in FISHER III, 1993, loc.cit.).

Pound conhecia a sociologia jurídica defendida por Eugen Ehrlich, à qual a se reportava, ao comentar a influência dos detentores do capital na formação de regras jurídicas. Pound propunha sete passos a serem seguidos, com o objetivo de se redefinirem as práticas e concepções do realismo jurídico, que a seu ver tomava caminho que se distanciava do sentido inicial que o forjou.

No citado ensaio de 1931 Pound sugeria: 1) uma atitude funcional, isto é, o estudo não só dos preceitos e das doutrinas do direito, porém, e principalmente, um estudo de como o direito efetivamente funciona; 2) o reconhecimento de elementos irracionais, ilógicos e subjetivos nas instâncias reais do direito, isto é, no modo como o direito efetivamente é aplicado; 3) o reconhecimento de circunstâncias únicas e individualizadas, em oposição ao universalismo conceitual do século XVIII; 4) o abandono da idéia de que há uma seqüência necessária de acontecimentos, que parte de uma causa única e que caminha para um único resultado possível, no sentido de se admitir que exista apenas uma única solução soberana para um determinado caso levado à justiça; 5) a leitura do direito a partir da psicologia, sem que necessariamente se aderisse a alguma escola específica do pensamento psicológico; 6) a adoção de axiologia que levasse em conta o jogo de interesses a partir da psicologia e da filosofia, sem que, mais uma vez, se aderisse a qualquer dogma dominante nos campos psicológico e filosófico e, 7) o reconhecimento de que há muitas abordagens e possibilidades para se chegar a uma verdade jurídica, sendo que todas elas são significativas em relação aos vários problemas aos quais se referem (POUND, in FISHER III, 1993, p. 66).

Esses sete itens elencam um programa. Os passos de número 4 e 7 sugerem que há várias soluções jurídicas para um mesmo problema, tese que será retomada com vigor por Benjamin Cardozo.

Esse relativismo jurídico é o ponto central no realismo, dado que refuta o dogma da certeza que se desdobra do positivismo. Pound não era exclusivista e nem excepcionalista, na medida em que admitia

---

também o valor e a contribuição de todas as tendências da filosofia jurídica, inclusive aquelas que ele criticava:

Na residência da filosofia do direito há muitas mansões. Há espaço mais do que necessário para todos nós. Há trabalho ainda mais do que necessário. Se o trabalho e a energia gastos em polêmicas fosse devotado para o trabalho que deve ser feito, a filosofia do direito estaria mais próxima de suas tarefas (POUND, in FISHER III, 1993, p. 67).

Pound problematizava ainda em 1919, quando em artigo referente à liberdade contratual denunciava a falácia da igualdade, tema que é tabu no entorno democrático norte-americano, especialmente no início do século XIX, quando a ingenuidade política era provavelmente mais acentuada.

Pound citava famoso julgado que teria anunciado que a liberdade do empregado deixar o trabalho, quando quisesse, era, e deveria ser, igual à liberdade do empregador dispensar o empregado. Era essa a liberdade contratual que o direito norte-americano consagrava, impregnado que estava de interesses de economia que se desenvolvia, nos moldes do regime de *laissez-faire*.

Valendo-se de estudo de sociólogo, Pound percebia que essa igualdade não detinha nenhuma sinceridade. E perguntava: até quando as cortes persistiram acreditando nessa falácia? (POUND, in FISHER III, 1993, p. 27).

Criticando uma decisão da Suprema Corte, de 1908, que considerou padrões e empregados partes iguais em assuntos de transporte ferroviário, Pound lembrou de presidente norte-americano que havia afirmado que juízes projetam seus valores individuais e suas idiossincrasias sociais e econômicas quando decidem (cf. POUND, in FISHER III, 1993, loc.cit.).

Pound lembrou que o modelo constitucional norte-americano fora concebido em período no qual a escola jurídica do direito natural estava em seu zênite, bem como o momento de maior desenvolvimento

---

do direito nos Estados Unidos coincidia com o ápice do individualismo na ética e na economia.

Escreveu que ainda se citava Blackstone, jurista inglês, para quem *o bem público não está essencialmente mais interessado em nada além do que a proteção de todos os direitos individuais* (POUND, in FISHER III, 1993, p. 29).

Pound compartilha de uma *holmesmania*, de uma veneração pelos julgados de Oliver Wendell Holmes Jr., em tradição jusfilosófica norte-americana que até hoje persiste:

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

Pound criticava uma jurisprudência mecânica que não levava em conta os fatos para os quais se dirigia. Defendia a produção de uma legislação de forte conteúdo social, que contrariasse as tendências retrógradas que eram reveladas pelo judiciário norte-americano. Seu texto mais importante, *An Introduction to the Philosophy of Law- Uma Introdução à Sociologia do Direito*, dá os contornos do seu realismo jurídico. Prioritariamente, o direito, segundo Pound, deve ser ajustado às condições sociais concretas e reais.

Pound repudiava jusfilosófos, juízes e advogados que se perdiam em controvérsias abstratas a propósito de temas de direito. A injustiça de uma lei seria aferida por sua incapacidade para promover os interesses sociais. Pound desconfiava da tirania de um direito estático, bem como do dogma da ficção da tripartição dos poderes e da soberania popular, enquanto conteúdos jurídicos indiscutíveis (cf. De Rosa, in POUND, 1998).

---

Sardonicamente, Pound argumentava que um direito distante da vida real lembra-nos o escritor a quem se encomendou que escrevesse sobre a metafísica chinesa, e que recolheu material para seu texto lendo na Enciclopédia Britânica os verbetes China e metafísica... (cf. POUND, 1998, p. xx).

Pound buscava um método que possibilitasse uma compreensão do direito que não se prendesse nos conceitos jusnaturalistas do século XVIII e nem na jusfilosofia metafísica do século XIX.

Para Pound, o jusnaturalismo representava um dos períodos mais criativos do direito, mas que já havia se esgotado (cf. POUND, 1998, p. 19). Após historiar a experiência jurídica da tradição ocidental Pound concebeu conclusão que identifica pragmatismo e realismo:

Para os propósitos presentes eu me contento em ver a história do direito como um apanhado de contínuo e amplo modelo para satisfação dos desejos humanos, além da busca de controle social; um modo abrangente e efetivo de se assegurar interesses sociais; uma contínua e mais completa eliminação de perdas, para se evitar fricções no gozo humano dos bens da existência, em resumo, uma engenharia social contínua e eficaz (POUND, 1998, p. 85).

Para Pound a busca da certeza jurídica era atitude em vão. É que a *certeza alcançada pela aplicação mecânica de regras fixas da conduta humana é meramente ilusória* (POUND, 1998, p. 130).

Há tradução para a língua portuguesa de texto de Roscoe Pound que investiga a história das liberdades constitucionais, da Inglaterra medieval à constituição dos Estados Unidos. Percebe-se otimismo, em que pese o realismo que marcava seu pensamento:

O governo constitucional americano, baseado na experiência dos povos de língua inglesa, sobreviveu à transição dos treze Estados juntos ao Atlântico para império continental, sobreviveu à luta de uma sociedade de agricultores contra a de negociantes e fabricantes, sobreviveu à guerra civil para sair mais forte, sobreviveu à entrada nos negócios mundiais, sobreviveu à transição de povo homogêneo de uma só raça para o caldeirão de fusão de raças e povos. Não só sobreviveu, mas fez uma terra que povos de todas as partes do mundo procuraram e procuram para gozar da liberdade e da oportunidade sob a lei. A menos que a natureza humana tenha mudado grandemente,

---

não existe qualquer razão para que não sobreviva às lutas inerentes ao moderno desenvolvimento industrial e à unificação econômica (POUND, 1976, p. 84).

À frente por muitos anos de uma das mais importantes faculdades de direito dos Estados Unidos, Roscoe Pound influenciou várias gerações de alunos e professores, fermentando a concepção de um direito amalgamado nas circunstâncias sociais, de onde surge, para onde converge e onde age.

A percepção de que o direito dos livros não é o mesmo direito em ação, o direito em ação, é a mais recorrente contribuição intelectual de Roscoe Pound para o debate jusfilosófico norte-americano.

### 4.3 Benjamin Nathan Cardozo

Benjamin Nathan Cardozo nasceu em 1870 e faleceu em 1938. De ascendência judaico-sefardita, Cardozo foi juiz em Nova Iorque e posteriormente ocupou uma vaga na Suprema Corte em Washington.

Estudou direito em Columbia e depois estagiou no escritório de seu pai. O pai foi juiz em Nova Iorque, ao que parece afastado por suspeita de corrupção. Albert Cardozo, logo após o nascimento de Benjamin, renunciou o cargo de juiz para evitar um processo de *impeachment*; manteve, no entanto, a prerrogativa para advogar, profissão que exerceu com razoável sucesso. É copiosa a literatura especializada que investiga a luta de Benjamin Cardozo para afastar de si a sombra de desconfiança que havia em relação a seu pai (cf. POSNER, 1990).

Seus antepassados teriam chegado nos Estados Unidos ainda no século XVIII. Cardozo tinha uma irmã gêmea, além de outros seis irmãos, entre os quais uma irmã mais velha, Ellen, que o criou, após a morte da mãe, que se deu quanto Benjamin tinha nove anos. Seu pai faleceu quando Benjamin contava com quinze anos.

A herança deixada pelo pai propiciou vida confortável, na Madison Avenue, em Nova Iorque. Cardozo destacou-se como advogado, e bons relacionamentos nos meios jurídicos lhe abriram as portas para a



---

judicatura (cf. POSNER, 1990). Em 1932 Cardozo foi indicado para a Suprema Corte pelo Presidente Herbert Hoover; Cardozo ocupou a vaga de Oliver Wendell Holmes Jr. (cf. KAUFMAN, 2002, p. 88).

Cardozo foi um realista no sentido que adaptava as circunstâncias normativas às instâncias da vida real. Seu voto no caso *MacPherson v. The Buick Co.* (217 N.Y., 382, III N.E. 1050), ainda em 1916, quando era juiz em Nova Iorque, é paradigmático em termos de responsabilidade civil. Cardozo percebia o direito como servo das necessidades humanas e não dos desejos dos mandarins e poderosos (cf. POSNER, 1990, p. 107).

À época do caso *MacPherson* a lei determinava que o fabricante de um produto que ferisse um consumidor não seria responsável por danos causados, e nem culpado por negligência, a menos que houvesse assinado contrato nesse sentido, com o consumidor.

Havia exceção à regra, de difícil e rara utilização, referente a produtor anormalmente perigosos. E foi a exceção que Cardozo explorou no aludido caso, de modo a implementar sua visão jurisprudencial (cf. POSNER, 1990, p. 108).

MacPherson havia comprado um automóvel Buick de uma revenda de automóveis. Certo dia, enquanto dirigia, um problema em uma das rodas provocou acidente, que resultou em ferimentos sérios no condutor do veículo. MacPherson ajuizou uma ação contra a empresa Buick, fabricante do carro.

A ré havia comprado as rodas de um outro fabricante e não conseguira detectar o defeito causador do acidente, o que, ao que consta, uma razão inspeção poderia ter indicado. A ré não havia inspecionado as rodas que comprou de outro fabricante, embora houvesse testado todos os automóveis antes de entregá-los aos consumidores. Cardozo decidiu com um admirável tato retórico.

Ao vendedor do automóvel cabia prioritariamente a responsabilidade em indenizar, dado que é sua obrigação garantir a segurança do objeto que estava vendendo. Poderia, em seguida, transferir

---

o ônus da transação buscando indenização do fabricante do veículo, até por razões contratuais. Este, por fim, poderia argüir indenização a ser paga pelo fabricante da peça inapropriada (cf. POSNER, 1990, loc.cit.).

Cardozo foi um dos mais importantes juízes ao longo da administração Franklyn Delano Roosevelt, que sobretudo na década de 1930 tentou aprovar a legislação que implementou o programa anti-recessivo, o *New Deal*, fortemente inspirado no intervencionismo de John Maynard Keynes.

Ao lado de Louis Brandeis e de Harlan Fiske Stone, Cardozo votou freqüentemente em favor das medidas do *New Deal*, que suscitavam uma abordagem mais liberal na aplicação do direito então vigente nos Estados Unidos. A afinidade de Cardozo com as linhas gerais do programa de Roosevelt, com os objetivos sociais que oxigenavam as medidas tomadas, bem como a convicção de que os tempos estavam mudando e de que a constituição necessitava de um modelo interpretativo mais flexível marcaram a opção de Cardozo (cf. POLENBERG, 1997, p. 195).

Cardozo escreveu livro seminal para a compreensão do realismo jurídico norte-americano, *A Natureza do Processo Judicial- The Nature of the Judicial Process*. Trata-se de opúsculo no qual Cardozo demonstra conhecer o pensamento jurídico da época, com estações nos autores alemães, a exemplo de Eugen Ehrlich e de Rudolf Von Iehring e na sociologia francesa, a propósito da referência a Emile Durkheim. Para Cardozo,

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

---

Adepto absoluto do pragmatismo, Cardozo vale-se de William James para desmistificar o papel dos juizes:

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

Cardozo dessacraliza o magistrado, quem reputa como mortal, ser humano como qualquer outro, e que ao decidir imprime no ato decisório suas idiossincrasias:

Em todas suas vidas [dos juizes] forças que eles não reconhecem e não conseguem nominar, disputam neles mesmos- instintos herdados, crenças tradicionais, convicções adquiridas; e o resultado é um modo de se ver a vida, uma concepção de necessidades sociais [...] a partir desse pano de fundo mental todos os problemas encontram um abrigo. Podemos tentar ver as coisas tão objetivamente quando podemos. Todavia, não podemos ver as coisas com outros olhos exceto com os nossos próprios (CARDOZO, 1991, p. 12).

No entanto, Cardozo insiste na responsabilidade do magistrado, porque *a sentença de hoje fará o certo e o errado de amanhã [...] Se o juiz pronuncia sua decisão com sabedoria, alguns princípios seletivos deve haver para guiá-lo entre todas as soluções que potencialmente lutam por reconhecimento [...]* (CARDOZO, 1991, p. 21).

A aderência do juiz ao precedente, segundo Cardozo, indica elementos subconscientes que agem no processo judicial. Esses estados acompanham e muitas vezes refletem concepções de direito que seriam também adotadas pela coletividade, mesmo no caso de inexistência de normas específicas. E assim, especialmente em circunstâncias indicativas de lacunas (*gaps*):

[...] quando ao direito é deixada uma situação não alcançada por uma regra jurídica pré-existente, não há nada a ser feito a não ser contar com um árbitro imparcial que declarará o que deverá ser feito por homens justos e razoáveis, que conhecem os hábitos e costumes da vida em comunidade, e que parâmetros de justiça e de negociação

---

justa prevalecerão, o que deverá ser feito nessas circunstâncias, a partir de regras que não o costume e a consciência que guia essas condutas. A sensação que se tem é que em nove casos entre dez a conduta de razoáveis não seria diferente do comportamento previsto pela lei, se norma existisse (CARDOZO, 1991, p. 143).

Há vários de se decidirem os mesmos casos levados à justiça e é a personalidade dos magistrados que define escolhas:

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

Cardozo aproveitava para contrabalançar também os papéis do legislador e do magistrado, dado que o legislador também é criador do direito e também a ele falta objetividade, pelas mesmas razões apontadas em relação aos juízes:

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

Cardozo vê no juiz atividade judicial criativa, positiva, produtora de normas, a exemplo da atividade do legislador propriamente dito, embora, em princípio, em espaço mais fechado. Ao imputar ao juiz o papel de produtor do direito, de alguém que faz a norma, e que não a encontra, Cardozo desafia a tradição que radica em Montesquieu e que

---

vê o magistrado apenas como *a boca da lei* (MONTESQUIEU, 2004, p. 195).

Ao afirmar que há várias maneiras de se julgar um mesmo caso e que a personalidade do julgador é o termômetro das decisões que toma, Cardozo, ele mesmo um reputadíssimo magistrado, oferece a própria biografia em holocausto, para confirmar assertivas nas quais se assenta o realismo jurídico norte-americano.

#### 4.4 Louis Brandeis

Louis Dembitz Brandeis nasceu em 1856 e faleceu em 1941. Descendente de judeus de Praga, Brandeis é natural da cidade de Louisville, no estado de Kentucky. Estudou em escolas públicas de seu estado natal, deu continuidade a sua educação na Alemanha, em Dresden, e posteriormente estudou direito em Harvard.

Bacharelou-se em 1877, obtendo as notas mais altas até então outorgadas por aquela instituição. Advogou um pequeno período em St. Louis e posteriormente montou escritório em Boston com um antigo colega de faculdade. A banca Warren & Brandeis concentrava-se na defesa de pequenos comerciantes (cf. STRUM, 2002, p. 70). Brandeis transitou da defesa do *laissez-faire* para o apoio ao intervencionismo estatal do modelo keynesiano.

Brandeis aproximou-se de sindicatos. A advocacia em prol de trabalhadores começou a tomar seu tempo e sua atenção, o que lhe suscitou permanente e crescente engajamento político.

Desenvolveu uma série de tarefas pelas quais nada cobrava, defendendo trabalhadores, concebendo sistemas populares de poupança, adiantando-se na proteção de recursos naturais e enfrentando judicialmente o monopólio do transporte (cf. STRUM, 2002, loc.cit.).

Intensa atividade em prol de interesses populares granjearam a Brandeis o epíteto de *Advogado do Povo- People's Attorney*. Em 1908, no caso *Muller v. Oregon*, no qual se discutia a limitação de horas de trabalho para mulheres, Louis Brandeis inovou no direito

---

norte-americano ao protocolar petição de mais de 600 páginas, com pouquíssimo referencial jurídico tradicional, porém com denso material sociológico e fático; trata-se do *Brandeis Brief*.

Brandeis concentrava-se em extensa pesquisa, suas petições consubstanciavam riquíssimo material que reunia entendimentos dos mais variados campos do conhecimento. Inspetores de fábricas, médicos, sindicalistas, economistas, assistentes sociais, todo tipo de impressões e depoimentos (cf. WOLOCH, 1996, p. 28). Brandeis inaugurou a interdisciplinariedade na prática judicial norte-americana.

As petições de Louis Brandeis representam avanço na linguagem jurídica dos Estados Unidos, até então centrada no modelo *CREAC*, que ainda é utilizado onde não haja necessidade de incursões mais profundas sobre matéria de fato. O *CREAC* consiste em seis passos que o advogado deve rigorosamente seguir.

Em inglês, a sigla indica *Conclusion, Rule, Evidence, Analysis* e *Conclusion*. Isto é, o advogado deve começar imediatamente identificando a *conclusão* que irá alcançar. Ato contínuo, enuncia as *regras de direito* ou os *precedentes* que pretende explorar, e nos quais se baseiam sua causa de pedir e o próprio pedido. Em seguida, apresenta as *provas* que detém em favor das conclusões que se empenha para chegar. Subseqüentemente, apresenta uma *análise* das matérias de fato e de direito, preparando o passo final, que se reporta à primeira idéia, isto é, aproximando a conclusão da idéia lançada logo no início do texto.

Brandeis concentrava-se na *análise* e encaminhava ao julgador amplo material que vinculava a regra do direito à vida real. O argumento jurídico não se estendia por mais de duas páginas, a única seção concisa da petição que protocolava.

No caso específico de que trato, *Muller v. Oregon*, Brandeis apresentou excerto que denominou de *A Experiência Mundial- The World's Experience*, na qual concentrou-se em demonstrar as vantagens que havia em se determinar que mulheres tenham jornadas de trabalho mais curtas.

---

Comprovou também as desvantagens que havia em se determinar jornadas de trabalho longas. Tocou em temas médicos e sanitários, a exemplo de maternidade, doenças pélvicas, problemas menstruais, abortamentos, nascimentos prematuros, mortalidade infantil, problemas com a prole (cf. WOLOCH, 1996, p. 29). As peças de Brandeis eram efetivamente inovadoras.

A ligação entre o direito dos livros e o direito da vida real, sob fortíssima argumentação social, fornecia a tônica de suas linhas de raciocínio, o que matizam Brandeis como o grande advogado do realismo jurídico, tudo antes de sua ida para a Suprema Corte.

Em 1916 Brandeis foi indicado para ocupar vaga na Suprema Corte norte-americana, posição que ocupou até 1939. Brandeis foi indicado pelo Presidente Woodrow Wilson. Como juiz, Brandeis desenvolveu extensa jurisprudência baseada em fatos sociais. Repetidas vezes votou contra o grande capital.

Defendia o poder dos estados no sentido de produzirem legislação que fosse ao encontro dos problemas sociais localizados. Defendia minimalismo judicial, na medida em que acreditava que ao judiciário não era adequado apropriar-se de todos os problemas sociais, que poderiam ser resolvidos pelo legislativo e pelo executivo (cf. STRUM, 2002, p. 71).

Brandeis destacou-se também como sionista, embora reconhecesse que ao longo de sua trajetória vivera afastado dos problemas judaicos (cf. STRUM, 1984, p. 248). No entanto, quando fora cogitado para a Suprema Corte, para a vaga aberta como falecimento de Joseph Lamar, o fato de ser judeu lhe causou relativa oposição (cf. STRUM, 1984, p. 294).

Ao que consta, a posse de Brandeis provocou deleite em Oliver Wendell Holmes Jr., *outro advogado partidário da jurisprudência sociológica, que iria auxiliá-lo no combate contra os demais juizes da Suprema Corte, que sistematicamente interferiam nos experimentos sociais que a nova legislação vinha propondo* (cf. STRUM, 1984, p. 309). Holmes e Brandeis com freqüência votavam de modo igual.

---

A notícia de que Holmes e Brandeis foram votos vencidos tornou-se característica da Suprema Corte norte-americana (cf. STRUM, 1984, loc.cit.).

Brandeis levou o realismo jurídico para ponto de equilíbrio, na defesa de liberalismo moderado que assegurasse liberdades individuais, em prol da comunidade:

Uma das maiores contribuições de Brandeis para o direito e para a teoria política se deu no campo das liberdades civis. Ele entendia a liberdade de expressão e o direito à privacidade como necessários para o desenvolvimento do indivíduo, bem como para a criação de cidadãos educados, circunstâncias necessárias para um Estado democrático. Livre expressão, privacidade, educação e democracia são elementos de um sistema político ideal. Conseqüentemente, a democracia deve ser definida como a regra da maioria com proteção total para direitos individuais (STRUM, 1993, p. 116).

Brandeis apoiou as iniciativas legislativas de Franklyn Delano Roosevelt, ao longo do programa de intervencionismo estatal que caracterizou o *New Deal* (cf. MURPHEY, 1983, p. 152).

A associação do realismo jurídico com o programa antidepressão econômica de Roosevelt, o *New Deal*, é uma das marcas mais características do movimento, que, nesse sentido, deve a Brandeis a ligação que se implementou. Louis Brandeis caracteriza a inserção do realismo jurídico na política judicial, realizando, sem traumas ou desconfiças, a previsão de que o direito é o que os juízes querem ou dizem que o direito seja.

## **5. HISTORIOGRAFIA E ANTIFORMALISMO**

### **5.1 Charles Beard**

A historiografia jurídica do realismo pode ser associada com o trabalho de Charles Beard. Beard nasceu em 1874 e faleceu em 1948. A compreensão que Beard tinha da história do direito era realista no sentido de que nada se aprende do passado. Projetamos no pretérito nossas preocupações presentes, reinterpretando a história freqüentemente, a



---

partir dos pontos de vista que detemos no momento em que fazemos história (cf. McDONALD, in BEARD, 1986, p. vii).

Beard afastou-se de uma historiografia piegas e romântica, que tanto prejudica a compreensão do direito, porque baseada na falsa percepção de que o direito seria evolução. Beard constata que a construção da história do direito é concepção discursiva, e pode se perceber em seu modo de ler e de escrever história do direito mecanismo de compreensão que o aproximam de Antonio Hespanha, de Walter Benjamin e de Michel Foucault.

O tempo comprova as teses de Beard. Livros de história do direito norte-americano refletem vínculos ideológicos e culturais de seus autores. Temos várias histórias do direito, a indeterminação é a única conclusão possível.

Exatamente como possuímos inúmeras soluções jurídicas para um mesmo caso, certamente admitimos a existência de várias possibilidades históricas para um idêntico problema historiográfico. Peter Irons leu a Suprema Corte norte-americana a partir de pressões populares.

Archibald Fox percebeu o mesmo órgão a partir do realismo do poder. Bernard Schwartz, professor na Universidade de Tulsa, propiciou visão formal e otimista da ação da Corte Suprema. Kermit Hall, professor na Universidade de Utah, apropriou-se de uma passagem de Holmes e concebeu o direito norte-americano como um espelho das tendências populares.

Essa leitura foi totalmente negada por Brian Tamanaha, para quem a sociedade não se reflete no direito, este é imposto. Lawrence Friedman, professor na Universidade Stanford, escreveu a mais festejada obra de história jurídica norte-americana, aderindo a historiografia bem comportada e dominada por concepções totalizantes.

Morton Horwitz, professor em Harvard, quer entender o direito norte-americano a partir do desenvolvimento do capitalismo naquele país. Horwitz engendrou historiografia problematizadora e aproxima-se de Charles Beard.

---

O índice do grande livro de Beard dá-nos conta da amplitude e dos nichos de interesse de sua pesquisa. Beard principia com um levantamento relativo aos fundamentos teóricos justificativos de uma leitura histórica da composição da constituição dos Estados Unidos, forte em Lassalle e em Marx.

Em seguida, Beard faz um levantamento dos interesses econômicos que estavam em jogo em 1787. Apresenta os passos que substancializaram o movimento que redundou no texto constitucional. Na premissa fundamental de que *o poder segue a propriedade*, Beard identificou os interesses econômicos dos membros da convenção constitucional norte-americana.

Em capítulo seminal, Beard qualificou a constituição norte-americana como um documento prioritariamente econômico. Vinculando economia e política, o que é tema marxista, Beard reconstruiu as doutrinas políticas que animavam os membros da convenção constitucional.

Ato contínuo, Beard ocupou-se do processo de ratificação. Isolou a participação popular e qualificou os limites do voto popular. O livro de Beard afasta toda a historiografia jurídica ingênua, que oxigena manuais e apostilas de história de direito, disciplina que muitas vezes cai no domínio de escroques que admiram o passado, sem que entendam os porquês do escapismo, e que transitam do neurótico para o psicótico.

E ainda, tudo justificam em nome de uma suposta cultura jurídica, que não conseguem explicar para que serve. A história do direito sem o filtro de uma historiografia crítica é mecanismo retórico, barroquismo inútil e conceitualismo fraudulento. É pura enganção.

O livro de Beard suscita uma revolta pragmática, uma insurreição contra o formalismo. Beard minou a veneração que havia para com a Suprema Corte, que acintosamente reprimia legislação crescente de preocupação econômica e social (cf. McDONALD, in BEARD, 1986).

Beard realizou obra de desconstrução, decompondo os termos da constituição dos Estados Unidos, e comprovando que se vivia sob um governo de homens, e não de leis, como defendia a historiografia jurídica

---

romântica, cravada no ideário popular. Beard avança-se em técnicas de Jacques Derrida e de Mark Tushnet, lendo o texto constitucional norte-americano sob os contornos de realismo impressionante.

Para Beard, quando a Suprema Corte decide sobre questões de interesse direto da população, esta deve ser compelida a votar, anuindo ou discordando da decisão, que fora produzida por seres humanos, detentores de interesses e preconceitos, representantes de grupos de pressão, de *lobbies* e de conjuntos específicos, circunstância que se mascara com o ramerrão da neutralidade e da cientificidade.

Beard também despertou de um sono dogmático, lembrando que a descoberta de que os *pais da constituição* percebiam que os conflitos em torno do texto constitucional eram efetivamente disputas de interesse econômico, fora o maior choque de sua vida (cf. BEARD, 1986, p. xlii)

Beard pinçou no texto constitucional norte-americano todas as questões econômicas que agitavam os Estados Unidos, a exemplo de proteção tarifária, comércio internacional, transporte, indústria, comércio, trabalho, agricultura, temas que não podem ficar à mercê dos falsos problemas trazidos pelas leituras analíticas do direito, que se perde em formalismos, campo discursivo que engendra todos os tipos de solução.

Paradoxalmente, embora sob premissas de pensamento que negaria o ideário neoliberal, Beard aproximou-se de conclusões relativas à aproximação do direito com a maximização da economia, circunstância que será percebida mais tarde em Hayek e em Posner, embora, bem entendido, a partir de outro instrumental teórico.

Em introdução que preparou em 1935 para nova edição de seu célebre livro, Beard questionava que interesses poderiam estar por detrás de todo o modelo constitucional norte-americano. Para Beard, a recusa em se pesquisar respostas para esse problema essencial nos tornava vítimas da história, barro nas mãos de seus construtores, *clay in the hands of its makers* (cf. BEARD, 1986, p. liii).

---

Beard questionava a fluidez de conteúdos jurídicos vagos como *princípios*, de entendimento abstrato, provocadores de todo o tipo de injunções conjunturais (cf. BEARD, 1986, p. 9).

Beard duvidava de premissas fluidas, a exemplo de presunção normatizada dando conta de que o governo procede diretamente do povo (cf. BEARD, 1986, p. 10). Em passo convergente ao realismo jurídico Beard escreveu que:

[...] é necessário se reconhecer desde o início que o direito não é uma entidade abstrata, uma página impressa, um código, uma decisão judicial. Tanto quanto exista alguma consequência para observador, o direito deve tomar uma forma real; o direito governa ações, determina relações normativas entre as pessoas, prescreve comportamentos. Uma norma pode estar nos livros por algum tempo, porém a menos que seus preceitos sejam efetivados, esta norma existe apenas na imaginação. Separada da vida social e econômica para a qual é, em parte, condicionada e em relação à qual, é elemento condicionante, a norma não detém vida real (BEARD, 1986, p. 12).

Beard lembra que boa parte da produção jurídica é relacionada com a defesa da propriedade e que há tentativa de se isolar o direito constitucional dessa circunstância, entre outros por causa de construção cultural que fraciona o universo normativo em conteúdos de direito público e privado. Para Beard:

Pode se tentar dizer que o direito constitucional seja um campo peculiar do direito; que não esteja prioritariamente preocupado com propriedade ou com relações de direito de propriedade, porém, com órgãos do governo, com sistema de voto, com a administração em geral. A superficialidade desta visão torna-se aparente a partir de segunda e mais detida olhada. Na medida em que o objeto primário de um governo seja, além da mera repressão por meio da violência física, o de compor regras que determinam as relações de propriedade entre os membros da sociedade, as classes dominantes, aqueles cujos direitos devem ser determinados, precisam agir de modo a obter de quem quer que esteja no poder as regras que se apliquem a seus interesses, de modo que se dê continuidade ao processo econômico, ou então esses grupos tomarão pessoalmente o controle do governo (BEARD, 1986, p. 13).

O interesse pelo controle da propriedade é central na atuação política, não apenas no sentido de se mantê-la, porém também na mira de se obtê-la. E assim:

---

Aqueles que detêm e aqueles que não detêm propriedade sempre perfilaram interesses distintos na sociedade. Credores e devedores encontram-se no mesmo plano. Interesses de proprietários de terra, de industriais, de mercadores, de banqueiros [...] crescem em necessidade nas nações civilizadas e se dividem em interesses de classe, marcados por diversos sentimentos e pontos de vista. A regulamentação destes vários e correlatos interesses consistem na principal tarefa da legislação moderna, envolvendo espírito partidário e sectarismos, que se projetam nas atuações necessárias e ordinárias dos vários governos (BEARD, 1986, p. 15).

Na abertura do capítulo relativo ao estudo dos interesses econômicos que se chocavam nos Estados Unidos em 1787 Beard apresenta as razões e o sentido de sua metodologia, de inspiração inegavelmente marxista, embora ele o negasse:

A teoria da interpretação econômica da história escora-se no conceito de que o progresso social seja o resultado geral do conflito dos interesses sociais, alguns favoráveis, outros opostos, em mudança. Essa hipótese exige que pesquisemos, logo de início, quais classes e grupos sociais havia nos Estados Unidos no momento que antecede à adoção da Constituição, e quais deles, em razão do regime de propriedade que os interessava, esperavam benefícios imediatos e definitivos com a derrubada do antigo regime e com o estabelecimento de um novo modelo de governo. Por outro lado, deve se averiguar qual dos grupos poderia lutar por maior benefício, mantido o governo anterior e o modelo jurídico antigo (BEARD, 1986, p. 19).

Beard percebe a relação que a constituição dos Estados Unidos mantém com um projeto econômico de expansão (BEARD, 1986, p. 23), avançando em anos a conclusão a que chegaram Michael Hardt e Antonio Negri no monumental livro *Império* (HARDT e NEGRI, 2000, p. 164).

O delicado problema da escravidão não passou despercebido a Beard (cf. BEARD, 1986, p. 30), dado que a solução que o texto constitucional norte-americano preservou, lacônica, é causa concorrente para o conflito nacional que se alastrou de modo mais explícito a partir de 1861.

Charles Beard pode ser inserido no planisfério conceitual do realismo jurídico, em sentido historiográfico, na medida em propugnou,

---

e demonstrou exaustivamente, a impossibilidade de se divorciar a história do direito de seus fatores determinantes, que se localizam na economia e na política.

## 5.2 Lon Fuller

Lon Fuller é conhecido pelos estudantes de direito no Brasil por causa da tradução que Plauto Faraco de Azevedo fez do ensaio *O Caso dos Exploradores de Cavernas- The Case of the Speluncean Explorers*.

Trata-se de texto originariamente publicado na revista da faculdade de direito de Harvard, que Plauto Faraco verteu magistralmente para o português e que tem empolgado alunos de *Introdução ao Estudo do Direito*, especialmente porque o imaginário *case method* promove encontro com o juspositivismo, com o jusnaturalismo, com o realismo jurídico e com circunstância tenebrosa que exige reflexão.

Em caso localizado no ano de 4300, do qual nos separamos do mesmo modo como nos distanciamos da Grécia Clássica, Fuller nos coloca em face da universalidade dos problemas da justiça. O enredo é simples. Cinco membros de uma sociedade espeleológica exploram uma caverna quando alguns deslizamentos de terra vedaram a saída.

Não havia como deixarem o local. As autoridades foram comunicadas, novos deslizamentos ocorreram, esgotaram-se recursos da sociedade espeleológica, de subvenções públicas e legislativas. Dez operários morreram na tentativa de resgatarem os exploradores.

Mantendo comunicação por rádio os exploradores foram informados que o resgate ainda demoraria cerca de dez dias, caso não ocorressem mais deslizamentos e se tudo corresse bem. Não havia mais alimentos.

Roger Whetmore, um dos exploradores, sugere que se fizesse um sorteio, e que o perdedor fosse devorado pelos demais. O remédio inusitado poderia salvar a vida de parte do grupo. Médicos, autoridades e sacerdotes não se manifestaram em face da consulta colocada por

---

Whetmore, pelo rádio, um pouco antes que o aparelho deixasse de funcionar, por falta de pilhas.

Whetmore teria se arrependido da proposta. No entanto, não obsteu que a sorte fosse tirada, e que um dos outros membros do grupo em seu nome lançasse seus dados. Whetmore foi o perdedor. Sua carne salvou a vida dos outros exploradores. Depois de resgatados e conduzidos para um hospital, onde se recuperaram física e psicologicamente, os exploradores foram indiciados por crime de homicídio e em seguida foram condenados em primeira instância.

Um conselho de jurados optou pela culpabilidade e o juiz fixou a pena na morte pela força. O conselho de jurados protocolou petição ao chefe do poder executivo, pedindo comutação da pena, indagando pela fixação da mesma em seis meses de prisão. O próprio juiz que condenou recorreu do próprio ato, também para o chefe do executivo, que detinha competência para rever a decisão, na forma como foi outorgada.

Concomitantemente, os quatro condenados recorreram da decisão de primeira instância para a Suprema Corte de Newgarth, local imaginário que abrigou os interessantes normativos que o texto narra.

Truepenny, juiz presidente da alta corte manteve a decisão originária, na crença de que o executivo atenderia o pedido de clemência. Entendeu que a decisão *a quo* era sábia e que havia se julgado da melhor maneira possível. É um conformado.

O primeiro a votar, juiz Foster, é um jusnaturalista extremado. Criticou o presidente do tribunal e afirmou que o que se julgava não era o caso em si, porém, o que estava em jogo era um juízo de valor que se fazia das leis do Estado. Foster acredita que se o tribunal condenar aos exploradores o tribunal será condenado pelo senso comum da comunidade. Foster vê inocência nos réus.

Não há possibilidade de aplicação de um direito positivo estrito, porque a situação aflitiva da caverna não reproduziu as condições necessárias para a utilização de regras positivadas. Além do que, é o território que qualifica a incidência de uma determinada jurisdição. Não

---

havia ordem moral ou territorial para que o direito positivo fosse então aplicado.

É que a decisão fora tomada pelos exploradores em momento em que se encontravam muito distantes da ordem jurídica que agora se lhes pretendia aplicar. O fato de que estavam sob a terra e a posição subterrânea indicavam impossibilidade de comunicação normativa.

Segundo Foster, a lei não se aplicava aos espeleólogos, naquela circunstância. Além do que, se a sociedade reputava que fora justa a perda de dez homens que tentaram salvar os cinco exploradores, por que não seria também justo que se perdesse um homem para que se salvasse a vida dos demais quatro exploradores?

O direito, segundo Foster, exige uma exegese racional. A legítima defesa era consagrada pela jurisprudência da corte e no caso era recurso analógico plausível. Foster inocentou os exploradores.

Tatting em seguida tomou a palavra e criticou Foster. Opôs-se ao direito natural, ao qual teceu duras críticas. Segundo Tatting, os criminosos teriam agido intencionalmente, após muita discussão. Tatting afirmou que se houve dispositivo legal específico relativo ao canibalismo, a questão seria diferente e então ele poderia condenar os réus. Tatting absteve-se de votar, invocando que não havia precedentes. Pronunciou o seu *non liquet*.

Em seguida vota o juiz Keen. Positivista até a medula, Keen condena os réus, mantendo a decisão da corte de primeira instância. Como opinião pessoal, consignou que os exploradores já haviam sofrido demais e que deveriam ser perdoados. Porém, a assertiva representava uma opinião pessoal e Keen insistia que deveria julgar de acordo com a lei.

Não queria discutir o que era justo, injusto, bom ou mau. Deveria, no teor de seu voto, segundo a imaginação de Fuller, definir a correta aplicação do texto legal, que previa pena de morte para a prática de homicídio. Ao insistir que ao judiciário cabia tão somente a fiel aplicação



---

da lei escrita, Keen implementou um juízo de subsunção e votou pela manutenção da sentença originária, condenando os réus.

Handy Jr. proferiu o último voto, inocentando os réus e reformando a decisão de primeira instância. É o representante do realismo jurídico. Apela para uma sabedoria prática que deve ser aplicada à realidade humana. Insiste que o judiciário não pode perder o contato com o homem comum.

Lembra que a função do formalismo é instrumental. Pondera que a opinião pública quer a liberdade dos réus. Argumenta que a opinião pública deve ser levada em consideração. Objetiva a aplicação de um senso comum.

Com o empate, duas condenações (juizes Keen e Truepenny) e duas absolvições (Foster e Handy Jr.) e uma abstenção (Tatting), o juiz presidente incita Tatting a se manifestar, e se for o caso a mudar de opinião. Friamente Tatting mantém sua posição e a sentença de primeira instância foi confirmada: os réus serão enforcados.

A instigante prosa literária de Fuller problematiza questão central na filosofia do direito. Opõe positivismo e jusnaturalismo, realismo jurídico e conservadorismo, este último modelo marcado pelo voto de Tatting, que protagonizou enervante retórica da indecisão, decidindo sob disfarce de falta de decisão.

A questão da relação entre moral e direito é nuclear no pensamento de Fuller, que verticalizou o problema em livro conhecido, *A Moralidade da Lei-The Morality of Law*.

O texto acendeu polêmica com H.L.A. Hart, expoente do positivismo da tradição anglo-saxônica. Fuller tem como base a idéia de que não haveria necessidade do direito em uma sociedade de anjos (*in a society of angels there would be no need for law*) (FULLER, 1979, p. 55).

Fuller dois modelos de moralidade jurídica, uma interna e outra externa, cujo conflito sugere a utilização de um juízo pragmático ou

---

de um cálculo econômico (cf. FULLER, 1979, p. 44). A utilização de normas, para Fuller, é circunstância prenhe de obviedade, é o primeiro objetivo de um determinado sistema (cf. FULLER, 1979, p. 46).

Comandos abstratos colocam problemas que Fuller imputa à questão da eficácia das normas, e nesse sentido Fuller contraria Austin, para quem todo ato governamental seria dotado de legitimidade normativa (cf. FULLER, 1979, p. 49).

A clareza da norma, para Fuller é ingrediente fundamental indicativo de legalidade (cf. FULLER, 1979, p. 63). Fuller retoma tema analítico e discursivo sobre antinomias, sobre contradições nos comandos normativos, apontando para a dificuldade fática de se encontrar uma contradição efetiva (cf. FULLER, 1979, p. 65).

Fuller chama a atenção para leis que comandam o impossível, o que reputa como circunstância absurda, típica de legislador insano ou de ditador mefistofélico. No entanto, o modelo jurídico norte-americano poderia substancializar tal hipótese, o que Fuller condena mediante figura metafórica de um ilimitado poder de se produzir norma legal sem legalidade (cf. FULLER, 1979, p. 71).

A moralidade interna da lei, para Fuller, deve evitar contradições e normas de impossibilidade fática, bem como deve contar com a constância da lei ao longo do tempo, o que seria indicativo de estabilidade (cf. FULLER, 1979, p. 79). Esta moralidade interna do direito exige também perfeita congruência e convergência entre a determinação legal e a ação governamental (cf. FULLER, 1979, p. 81). A moralidade interna da lei, para Fuller, é menos uma moral de obrigação e mais uma moral de aspiração (cf. FULLER, 1979, p. 104).

Fuller ilustra seu pensamento com interessante passagem de sabor histórico, que retirou dos anais do direito inglês. Henrique VIII teria outorgado à Faculdade Real de Medicina de Londres o poder de licenciar e de regulamentar a prática de medicina na capital da Inglaterra.

O Parlamento inglês havia confirmado a permissão. A faculdade poderia julgar casos de prática médica sem licença, aplicar multas e penas

---

de prisão. O resultado financeiro das multas seria dividido entre o rei e a faculdade. Thomas Bonham, formado em medicina pela Universidade de Cambridge, passou a clinicar em Londres sem a requerida autorização da Faculdade Real de Medicina.

Foi preso, julgado e multado por esta faculdade. Protocolou ação invocando que a faculdade não tinha competência para julgá-lo e prendê-lo (cf. FULLER, 1979, p. 99).

Bonham ganhou a causa, pois se decidiu que, não obstante a autorização do rei e do parlamento, não havia como a faculdade exercer todos os papéis ao mesmo tempo, de magistrado e de acusador, de parte e de interessado.

Trata-se de modo indireto de controle de constitucionalidade, sem que apelemos para uma leitura do direito antigo com os olhos contemporâneos. A incongruência entre a ação governamental e os objetivos que devem dar os contornos das normas jurídicas ficou demonstrada, evidenciando-se a inexistência de uma moralidade interna do conteúdo normativo que se discutia (cf. FULLER, 1979, p. 100).

O realismo jurídico em Lon Fuller é marcado pela busca de uma necessária relação entre moralidade e normatividade. Fuller desenha o conceito de moralidade interna da lei, como conector desta com a moral social e com a realidade complexa que dá condições à experiência do direito.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALSCHULER, Albert W. *Law without Values*. Chicago: Chicago University Press, 2000.

BARZUN, Jacques. *A Stroll with William James*. Chicago: The University of Chicago Press, 2002.

BEARD, Charles. *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*. New York: Free Press, 1986.

---

BOWEN, Catherine Drinker. *Yankee from Olympus*. Boston: Little Brown, 1944.

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

DEWEY, John. *The Essential Dewey*. Indianapolis: Indiana University Press, 1998.

DUXBURY, Neil. *Patterns of American Jurisprudence*. Oxford: Clarendon Press, 2001.

EDMAN, Irwin. *John Dewey, his Contribution to the American Tradition*. Bobbs-Merril: Indianapolis, 1955.

FISHER III, William W. et alii (ed.). *American Legal Realism*. New York: Oxford University Press, 1993.

FULLER, Lon. *O Caso dos Exploradores de Cavernas*. Tradução de Plauto Faraco de Azevedo. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993.

FULLER, Lon. *The Morality of Law*. New Haven: Yale University Press, 1979.

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

HOEFLICH, Michael M. *Holmes, Oliver Wendell Jr.* in HALL, Kermit (ed.) *The Oxford Companion to American Law*. New York: Oxford University Press, 2002.

HOLMES JR., Oliver Wendell. *The Common Law*. New York: Dover, 1991.

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

HULL, N.E. H.. *Pound (Nathan) Roscoe*, in in HALL, Kermit (ed.) *The Oxford Companion to American Law*. New York: Oxford University Press, 2002.

---

JAMES, William. *Os Pensadores*. São Paulo: Victor Civita/Abril Cultural, 1979.

KAUFMAN, Andrew L. *Cardozo, Benjamin Nathan*, in Kermit L. Hall (ed.) *The Oxford Companion to American Law*. New York: Oxford University Press, 2002.

KUHN, Thomas S. *The Structure of Scientific Revolutions*. Chicago: Chicago University Press, 1996.

KUKLICK, Bruce. *A History of Philosophy in America*. Oxford: Clarendon Press, 2001.

MENAND, Louis. *The Metaphysical Club*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2001.

MENDAND, Louis. *Pragmatism, a Reader*. New York: Vintage Books, 1997.

MONTESQUIEU, Barão de. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Edipro, 2004.

MORRIS, Clarence (ed.). *The Great Legal Philosophers*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1997.

MURPHY, Bruce Allen. *The Brandeis/Frankfurter Connection*. Garden City: Anchor, 1983.

MYERS, Gerald. *The Spirit of American Philosophy*. New York: Capricorn Books, 1971.

NEGRI, Antonio e HARDT, Michael. *Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

POSNER, Richard. *Cardozo- a Study in Reputation*. Chicago: University of Chicago Press, 1990.

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

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

---

ROOLENBERG, Richard. *The World of Benjamin Cardozo*. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

RYAN, Alan. *John Dewey and the High Tide of American Liberalism*. Norton: New York, 1995.

SIMON, Linda. *A Life of William James*. New York: Harcourt Grace and Company, 1999.

STRUM, Philipa. *Brandeis, Louis Dembitz*, in HALL, Kermit L., *The Oxford Companion to American Law*. New York: Oxford University Press, 2002.

STRUM, Philipa. *Louis D. Brandeis- Justice for the People*. New York: Schocken, 1984.

STRUM, Philippa. *Brandeis-Beyond Progressivism*. Lawrence: University Press of Kansas, 1993.

WOLOCH, Nancy. *Muller v. Oregon- A Brief History with Documents*. Boston: Bedford, 1996.