

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

EDUARDO FANTIN PREZEPIORSKI

DO DEVER AO SER: O DESLOCAMENTO DO CONCEITO DE DIREITO NO
REALISMO JURÍDICO ESCANDINAVO E ESTADUNIDENSE

CURITIBA

2025

EDUARDO FANTIN PREZEPIORSKI

DO DEVER AO SER: O DESLOCAMENTO DO CONCEITO DE DIREITO NO
REALISMO JURÍDICO ESCANDINAVO E ESTADUNIDENSE

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação
em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade
Federal do Paraná, como requisito parcial para a obtenção
do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Clayton de Albuquerque Maranhão

CURITIBA

2025

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SISTEMA DE BIBLIOTECAS – BIBLIOTECA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

Prezepiorski, Eduardo Fantin

Do dever ao ser: o deslocamento do conceito de direito no realismo jurídico escandinavo e estadunidense / Eduardo Fantin Prezepiorski. – Curitiba, 2025.

1 recurso on-line : PDF.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito.

Orientador: Clayton de Albuquerque Maranhão.

1. Direito - Filosofia. 2. Realismo. 3. Direito - Estados Unidos. 4. Direito - Escandinávia. I. Maranhão, Clayton de Albuquerque. II. Título. III. Universidade Federal do Paraná.

Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior – CRB-9/1626

**ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE MESTRADO PARA A OBTENÇÃO DO
GRAU DE MESTRE EM DIREITO**

No dia dez de junho de dois mil e vinte e cinco às 09:00 horas, na sala de Defesas - 317 - 3ºandar, PPGD UFPR - Prédio Histórico da UFPR - Praça Santos Andrade, 50, foram instaladas as atividades pertinentes ao rito de defesa de dissertação do mestrando **EDUARDO FANTIN PREZEPIORSKI**, intitulada: **DO DEVER AO SER: O DESLOCAMENTO DO CONCEITO DE DIREITO NO REALISMO JURÍDICO ESCANDINAVO E ESTADUNIDENSE.**, sob orientação do Prof. Dr. CLAYTON DE ALBUQUERQUE MARANHÃO. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: CLAYTON DE ALBUQUERQUE MARANHÃO (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), DANIEL FRANCISCO MITIDIERO (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), CÉSAR ANTONIO SERBENA (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ). A presidência iniciou os ritos definidos pelo Colegiado do Programa e, após exarados os pareceres dos membros do comitê examinador e da respectiva contra argumentação, ocorreu a leitura do parecer final da banca examinadora, que decidiu pela APROVAÇÃO. Este resultado deverá ser homologado pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais definidos pelo programa. A outorga de título de mestre está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, CLAYTON DE ALBUQUERQUE MARANHÃO, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos demais membros da Comissão Examinadora.

CURITIBA, 10 de Junho de 2025.

Assinatura Eletrônica

22/07/2025 14:55:43.0

CLAYTON DE ALBUQUERQUE MARANHÃO

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

25/07/2025 16:38:30.0

DANIEL FRANCISCO MITIDIERO

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

30/06/2025 12:31:05.0

CÉSAR ANTONIO SERBENA

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da Dissertação de Mestrado de **EDUARDO FANTIN PREZEPIORSKI**, intitulada: **DO DEVER AO SER: O DESLOCAMENTO DO CONCEITO DE DIREITO NO REALISMO JURÍDICO ESCANDINAVO E ESTADUNIDENSE.**, sob orientação do Prof. Dr. CLAYTON DE ALBUQUERQUE MARANHÃO, que após terem inquirido o aluno e realizada a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua APROVAÇÃO no rito de defesa.

A outorga do título de mestre está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 10 de Junho de 2025.

Assinatura Eletrônica

22/07/2025 14:55:43.0

CLAYTON DE ALBUQUERQUE MARANHÃO

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

25/07/2025 16:38:30.0

DANIEL FRANCISCO MITIDIERO

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

30/06/2025 12:31:05.0

CÉSAR ANTONIO SERBENA

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Vocês devem estar querendo causa e efeito. Tudo bem.

Thomas Pynchon

RESUMO

É uma característica tanto do realismo jurídico escandinavo quanto do estadunidense começar a chamar de “direito” entes que tradicionalmente não recebem este desígnio. O resultado do trabalho de sujeitos normalmente considerados meros “aplicadores” de um direito produzido por outros sujeitos passa a ser chamado de direito, como se os aplicadores se tornassem produtores. Este trabalho tem, então, duas perguntas. A primeira delas: esse deslocamento do conceito de direito implica uma transferência de autoridade? Ou seja, implica transferir a autoridade de produzir “prescrições que devem ser respeitadas” de um sujeito a outro? A segunda: o deslocamento acontece, na verdade, pela constatação empírica da divergência entre o que os tradicionais “aplicadores” aplicam e o que os tradicionais “produtores” os orientam a aplicar? Após um estudo dos principais autores do realismo escandinavo e do realismo estadunidense, a resposta para ambas as perguntas foi “não”. Em nenhuma das duas correntes do realismo (escandinava e estadunidense) a palavra “direito” tem o predicado de ser “algo que deve ser respeitado” e, por isso, a transferência de autoridade não existe (com algumas pontuais exceções, em passagens laterais do realismo estadunidense). No realismo escandinavo, o deslocamento do conceito de direito não acontece propriamente dos “produtores” para os “aplicadores” (com exceção do que se verifica em uma obra de Alf Ross). Além disso, esse deslocamento acontece por necessidades científicas, ontológicas e epistemológicas, e não por descobertas empíricas. No realismo estadunidense não há propriamente um deslocamento do conceito de direito, mas sim uma expansão, que decorre, em parte, da constatação empírica da disparidade entre o que os aplicadores aplicam e o que os produtores o orientam a aplicar, mas não somente disso. Outros motivos determinantes são as preocupações científicas existentes no realismo escandinavo e as necessidades dos profissionais do direito e do público em geral. Quando a constatação empírica mencionada existe, ela muitas vezes não vem de uma pesquisa científica, mas das impressões individuais dos autores (com exceção de em Karl Llewellyn e em Underhill Moore). O traço mais marcante notado nos realismos foi a ideia de que uma ciência precisa ter suas afirmações verificáveis pelo cotejo empírico entre elas e a realidade. E, para isso, seu objeto precisa estar situado ou ser função de entes existentes no espaço e no tempo.

Palavras-chave: realismo jurídico; realismo escandinavo; realismo estadunidense; realismo americano.

ABSTRACT

It is a characteristic of both Scandinavian and American legal realism to begin calling “law” entities that traditionally have not been designated as such. The result of the work of individuals normally regarded merely as “appliers” of a law produced by others comes to be referred to as law. As if the appliers became producers. This work, then, poses two questions. The first: does this shift in the concept of law imply a transfer of authority? That is, does it imply transferring the authority to produce “prescriptions that must be respected” from one actor to another? The second: does the shift actually occur due to the empirical observation of a divergence between what the traditional “appliers” apply and what the traditional “producers” instruct them to apply? After studying the main authors of Scandinavian and American realism, it was possible to answer both questions in the negative. In both Scandinavian and American realism, the word “law” does not carry the predicate of being “something that must be respected” and therefore no transfer of authority occurs (with some occasional exceptions in marginal passages of American realism). In Scandinavian realism, the shift in the concept of law does not properly occur from “producers” to “appliers” (with the exception of one work by Alf Ross). Furthermore, this shift arises from scientific, ontological, and epistemological needs, not from empirical findings. In American realism, there is not exactly a shift in the concept of law, but rather an expansion. This expansion is partly due to the empirical observation of the disparity between what appliers apply and what producers instruct them to apply—but not solely because of that. Other determining factors include the same scientific concerns present in Scandinavian realism, as well as the needs of legal professionals and the general public. When the aforementioned empirical observation does exist, it often does not come from scientific research, but from the individual impressions of the authors (with the exceptions of Karl Llewellyn and Underhill Moore). The most striking feature noted in both realisms was the idea that a science must have its claims verifiable through empirical comparison with reality. And for that, its object must be entirely located in – or be a function of – entities that exist in space and time.

Keywords: legal realism; scandinavian realism; U. S. realism; american realism.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	O DESLOCAMENTO DO CONCEITO DE DIREITO: UMA PRIMEIRA APROXIMAÇÃO DO OBJETO DESTA TRABALHO	14
2.1	O QUE SE ENTENDE POR “DESLOCAMENTO DO CONCEITO DE DIREITO”?.....	14
2.2	PRIMEIRA HIPÓTESE: “NORMA” NÃO SIGNIFICA NECESSARIAMENTE “AQUILO QUE DEVE SER RESPEITADO”; O DESLOCAMENTO NÃO TRANSFERE AUTORIDADE.....	23
2.3	SEGUNDA HIPÓTESE: O DESLOCAMENTO ACONTECE PORQUE EMPIRICAMENTE SE CONSTATA HAVER DISPARIDADE ENTRE O QUE O SISTEMA PRESCREVE E O QUE OS APLICADORES APLICAM.....	29
2.4	EXPLICAÇÃO E JUSTIFICAÇÃO DO RECORTE ESPACIAL E TEMPORAL DESTA TRABALHO.....	34
3.	REALISMO JURÍDICO ESCANDINAVO: <i>GYLDIG</i> CONTRA <i>GÆLDENDE</i>	37
3.1	O POSITIVISMO JURÍDICO COMO UMA “TEORIA DA VONTADE” E AS OBJEÇÕES DE AXEL HÄGERSTRÖM.....	38
3.1.1	Introdução.....	38
3.1.2	Realidade, metafísica, mágica e prescrições em Hägerström.....	40
3.1.3	A circularidade das teorias da vontade.....	46
3.1.4	As teorias da vontade aplicadas a culturas jurídicas antigas.....	50
3.1.5	A metafísica na antropomorfização das forças que mantêm o sistema jurídico.....	53
3.1.6	A metafísica na natureza da norma que prescreve a obediência à constituição.....	53
3.1.7	Interlúdio: o problema da interpretação e suplementação da lei pelos juizes e as teorias da “vontade do legislador”.....	54
3.1.8	A metafísica na suposição de uma firmeza de intenções.....	62
3.1.9	A objetivação da paralisação de impulsos conativos nos destinatários de comandos eficazes: a metafísica no significado de “dever”.....	66
3.1.10	O direito não como algo que é mas como algo que deve: Hägerström sobre o Kelsen de <i>Hauptprobleme der Staatsrechtslehre</i> e <i>Allgemeine Staatslehre</i>	70
3.2	VILHELM LUNDSTEDT E O MÉTODO DO BEM-ESTAR SOCIAL.....	77

3.2.1	Introdução.....	77
3.2.2	Críticas às noções tradicionais de direito e à sua relação com juízos de valor.....	77
3.2.3	O método da justiça e uma alternativa: o método do bem-estar social.....	78
3.3	O DIREITO COMO FATO EM KARL OLIVECRONA.....	80
3.3.1	Introdução.....	80
3.3.2	A força obrigatória criticada.....	81
3.3.3	Normas como imperativos independentes com conteúdo imaginário.....	84
3.3.4	A criação das normas jurídicas.....	87
3.3.5	A linguagem do direito e a ideia de expressões realizativas.....	89
3.3.6	Direito, força, medo e moral.....	90
3.4	O PENSAMENTO E OS PERCALÇOS DE ALF ROSS.....	92
3.4.1	Introdução.....	92
3.4.2	Uma dependência do pensamento de Julius Binder e Hans Kelsen para com Hegel?.....	93
3.4.3	As antinomias no conceito de direito: a tese da circularidade retomada.....	97
3.4.4	Uma nova ciência do direito: validade como um extrato da realidade.....	101
3.4.5	A ideia de “dever” enquanto ideia jusnaturalista: o “quase-positivismo” de Kelsen.....	102
3.4.6	Imperativos podem compor silogismos? Críticas de Ross a Walter Dubislav e Jørgen Jørgensen.....	103
3.4.7	Direito e mágica: o conceito de Tû-Tû no povo Aisat-naf das Ilhas Oasuli.....	107
3.4.8	Uma nova ciência do direito (novamente): o direito e a verificação na ciência jurídica de <i>On law and justice</i>	109
3.4.9	A crítica “fatal” de Hart e a resposta de Ross: uma questão de tradução?.....	115
3.5	ANÁLISE DA APLICABILIDADE DAS CRÍTICAS DE HÄGERSTRÖM E SEUS SEGUIDORES AO SISTEMA KELSENIANO APRESENTADO NA SEGUNDA EDIÇÃO DA “TEORIA PURA DO DIREITO”.....	120
3.5.1	Introdução: alguns conceitos da Teoria Pura do Direito.....	120
3.5.2	Kelsen inviabiliza a Lei de Contradição?.....	124
3.5.3	Kelsen diz que algo “deve” ser?.....	128
3.5.4	A teoria de Kelsen é circular?.....	131
3.5.5	A teoria de Kelsen funciona para as culturas jurídicas antigas?.....	135

3.5.6	A teoria de Kelsen contém uma antropomorfização dos fatores que mantêm o direito e uma objetivação da paralisação de impulsos conativos nos destinatários de um comando eficaz?.....	136
3.5.7	A <i>Grundnorm</i> é uma norma de direito natural?.....	137
3.5.8	Kelsen é um positivista primitivo? Em Kelsen, o que os juízes fazem é aplicar logicamente o direito?.....	138
3.5.9	Kelsen traz para o direito uma teodiceia da escolástica medieval?.....	139
3.5.10	A teoria de Kelsen contém uma ideia de Logos?.....	139
3.6	CONCLUSÕES PARCIAIS.....	142
4	REALISMO JURÍDICO ESTADUNIDENSE: <i>PAPER RULES</i> CONTRA <i>REAL RULES</i>	147
4.1	OLIVER WENDELL HOLMES.....	149
4.1.1	Introdução.....	149
4.1.2	O conceito de direito e a advocacia.....	149
4.1.3	A separação entre direito e moral: o <i>bad man</i> holmesiano.....	151
4.1.4	Considerações sobre a forma de se chegar às prescrições que compõem o direito no <i>common law</i> tradicional em comparação com a teoria tradicional no <i>civil law</i>	153
4.1.5	Primeiras críticas à suposição do domínio da lógica nos julgamentos.....	155
4.1.6	Um pouco de ideologia em Holmes: um aceno ao consequencialismo.....	156
4.2	JOSEPH C. HUTCHESON JR.: A ATIVIDADE JUDICIAL É (E DEVE SER) INTUITIVA, E ISSO DEVE MUDAR O TRABALHO DAS FACULDADES DE DIREITO.....	157
4.2.1	Introdução.....	157
4.2.2	Juízes julgam por <i>hunch</i> e não há nada de errado nisso.....	157
4.2.3	A ideologia de Hutcheson.....	160
4.3	HERMAN OLIPHANT E O COMPORTAMENTO JUDICIAL NÃO VOCALIZADO.....	162
4.3.1	Introdução.....	162
4.3.2	O conclamo de Oliphant: o resgate do <i>stare decisis</i> por uma nova ciência jurídica.....	163
4.3.3	Uma formulação da diferença entre teoria e ideologia em Oliphant.....	168
4.3.4	O estudo da realidade para os <i>restatements</i> do <i>American Law Institute</i>	169

4.4	HESSEL YNTEMA: O REALISMO COMO UMA EPIDEMIA CIENTIFICISTA.....	171
4.4.1	Introdução.....	171
4.4.2	O debate entre Joseph W. Bingham e Morris R. Cohen: respostas de Yntema às críticas ao nominalismo e à ausência de normativismo no realismo jurídico.....	172
4.4.3	Realismo como uma epidemia científicista.....	176
4.4.4	Quebra da cisão entre ser e dever: de que forma Yntema acolhe a crítica de Roscoe Pound?.....	178
4.4.5	O direito como meio para um fim: a vontade e a ideologia que motiva a “epidemia científicista”.....	179
4.5	MAX RADIN E AS GENERALIZAÇÕES IMPERFEITAS: UMA CIÊNCIA JURÍDICA NÃO SISTEMÁTICA.....	181
4.5.1	Introdução.....	181
4.5.2	Realismo e conceptualismo.....	181
4.5.3	Como os juízes pensam e como controlá-los e discipliná-los.....	184
4.5.4	O que é o direito e como se fala do direito? Entre lógica e experiência.....	189
4.6	FELIX COHEN E O MÉTODO FUNCIONAL.....	196
4.6.1	Introdução.....	196
4.6.2	A crítica às categorias “transcendentais” no direito: em direção a uma ciência do direito funcionalista.....	197
4.6.3	A decisão judicial é sempre uma decisão sobre ética: Cohen responde a Hart vinte anos antes.....	206
4.6.4	A resposta a John Dickinson: a crítica ao direito pode não se basear na ética?....	209
4.7	UNDERHILL MOORE: O MÉTODO LEGAL E O MÉTODO INSTITUCIONAL.....	212
4.7.1	Introdução.....	212
4.7.2	Método jurídico e método institucional: comportamento institucional, comportamento desviante e aferição do grau de desvio.....	213
4.7.3	O método institucional em prática: <i>Callaham, Delano e Goldstein</i>	218
4.7.4	A teoria do aprendizado e os efeitos das normas no comportamento: o aspecto behaviorista do pensamento de Moore.....	224
4.8	KARL LLEWELLYN.....	227
4.8.1	Introdução.....	227
4.8.2	A ciência jurídica proposta por Llewellyn: <i>paper rules e real rules</i>	228

4.8.3	Os espaços de manobra dos precedentes como tradição do <i>common law</i>	241
4.8.4	O fenômeno paralelo nos <i>statutes</i>	245
4.8.5	Como prever? Os <i>steadying factors</i> do comportamento judicial.....	245
4.8.6	Considerações sobre a educação jurídica proposta por Llewellyn.....	250
4.9	JEROME FRANK.....	252
4.9.1	Introdução.....	252
4.9.2	O “mito de base” no direito: a busca pelo direito tradicional como uma busca por uma figura paterna.....	252
4.9.3	O conceito de direito e a advocacia.....	260
4.9.4	O método da racionalização e as causas do <i>hunch</i> judicial: como prever o comportamento judicial?.....	264
4.10	CONCLUSÕES PARCIAIS.....	265
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	273
	REFERÊNCIAS	280

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho procura testar duas hipóteses. A primeira é que as ideias do realismo jurídico estadunidense e escandinavo não implicam uma transferência de autoridade. Ou seja: os realismos, estadunidense e escandinavo, ao passarem a chamar de “direito” coisas diversas das que tradicionalmente recebem esse título não estão transferindo de um sujeito para outro a autoridade de produzir “prescrições que devem ser obedecidas”. Essa transferência não ocorre nem intencionalmente e nem acidentalmente. A segunda hipótese a ser testada é a seguinte: o motivo de os realismos, estadunidense e escandinavo, passarem a chamar de “direito” coisas diversas das que tradicionalmente recebem esse título está na constatação empírica de que aquilo que os sujeitos tradicionalmente considerados “aplicadores de direito” aplicam é diferente daquilo que os sujeitos tradicionalmente considerados “produtores de direito” os orientam a aplicar. Em outras palavras, se o Legislativo é tradicionalmente considerado produtor de direito e o Judiciário é considerado aplicador, os realismos constatam, empiricamente, que o que o Judiciário aplica não coincide com aquilo que o Legislativo o orienta a aplicar. E, consequentemente, se torna importante estudar aquilo que o Judiciário aplica, talvez até mais do que estudar o que o Legislativo o orienta a aplicar. Como o que a ciência jurídica estuda é o “direito” (não há uma diferenciação clara entre “direito” e “objeto da ciência do direito”), para isso se torna necessário transferir, ou expandir, o título “direito” àquilo que os aplicadores aplicam, para além daquilo que eles são orientados a aplicar pelos produtores de direito.

O método pelo qual as hipóteses serão testadas será a busca de elementos que corroborem, e, principalmente, de elementos que refutem as hipóteses nas obras dos principais autores escandinavos e americanos. A partir de referenciais bibliográficos de comentaristas, considerou-se o seguinte recorte: do realismo escandinavo, as obras de Axel Hägerström, Vilhelm Lundstedt, Karl Olivecrona e Alf Ross; e do realismo estadunidense, as obras de Oliver Wendell Holmes, Joseph Hutcheson, Herman Oliphant, Hessel Yntema, Max Radin, Felix Cohen, Underhill Moore, Karl Llewellyn e Jerome Frank.

Ao longo do trabalho, será apresentada uma leitura da obra de cada um desses autores, sempre direcionada às duas hipóteses de investigação. No entanto, os principais aspectos, tanto históricos quanto teóricos, dos dois realismos também são discutidos no curso do trabalho – porque se entende que eles, ainda que indiretamente, permitem uma

compreensão mais aprofundada dos resultados da investigação. O capítulo sobre realismo escandinavo explora, então, os diálogos do movimento com seus críticos, notadamente o debate entre Alf Ross e Hans Kelsen e, posteriormente, Herbert Hart. O capítulo contém uma análise da aplicabilidade das críticas de Axel Hägerström à segunda edição da Teoria Pura do Direito (já que as críticas, originalmente, foram destinadas a positivistas pré-kelsenianos ou às obras iniciais de Kelsen “*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*” e “*Allgemeine Staatslehre*”). O capítulo sobre realismo estadunidense explora, por exemplo, os debates entre Joseph W. Bingham, Morris R. Cohen e, posteriormente, Hessel Yntema e, também, o debate entre Roscoe Pound e Karl Llewellyn, além da resposta de Felix Cohen e Jerome Frank às críticas de John Dickinson. Ele também inclui, a título de exemplo, um relato de uma pesquisa empírica de nível nacional levada a cabo por Underhill Moore e sua equipe. A pesquisa permitiu-lhe ensaiar uma lei que relaciona as respostas judiciais ao grau de desvio da conduta do réu em relação ao “comportamento institucional”: as ações são julgadas procedentes, em geral, quando a conduta do réu cruza uma linha que a faz parecer aberrante, fora do usual e do que normalmente se vê.

A importância do resgate do pensamento realista estadunidense e escandinavo (os realismos “históricos”, como os chama Mauro Barberis¹) é bem maior do que parece. Três exemplos serão o bastante.

A grande preocupação do realismo escandinavo, desde Hägerström, é a seguinte: muitos dos conceitos com que trabalham os juristas carecem de referencial empírico. Consequentemente, tudo o que se diz sobre eles é algo que não pode ser demonstrado falso por investigação empírica. Essa preocupação reaparece, por exemplo, no conceito de “*transcendental nonsense*” de Felix Cohen. Quanto do debate dogmático contemporâneo não enfrenta esse problema? Quando alguém adquire a propriedade de um bem por usucapião, essa aquisição é uma transferência da propriedade do antigo dono para o novo ou uma aquisição originária? Qualquer das respostas não pode ser demonstrada errada pelo cotejo com a realidade, porque o direito de propriedade não tem existência física e, portanto, obviamente não se transfere fisicamente de um sujeito a outro. Mas, também obviamente, não é isso que se está perguntando. A valorização de uma empresa constituída antes do casamento por comunhão parcial de bens é, em si, um bem comum ou apenas um fenômeno econômico lateral, não se subsumindo no conceito de “bem comum”? A união estável é um ato jurídico ou um negócio jurídico? Estas duas perguntas dependem

¹ BARBERIS, Mauro. Un poco de realismo sobre el realismo “genovês”. In: FERRER BELTRÁN, Jordi; RATTI, Giovanni B. **El realismo jurídico genovês**. Madrid: Marcial Pons, 2011.

da forma como se define “ato jurídico”, “negócio jurídico” e “bem comum”. E qual significado atribuir? A discussão, obviamente, está longe de poder ser resolvida pela análise da realidade. Então, se não pela verificação empírica, como as afirmações no debate jurídico são demonstradas falsas? A relevância da questão diz respeito ao próprio caráter científico do que se faz na universidade.

Nos últimos anos, vários professores da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná foram nomeados para participar de comissões de juristas destinadas a reformar a legislação. Obviamente, o objetivo dessas comissões é alterar a realidade da sociedade por meio da legislação. Mas o potencial reformador da legislação é somente mediato: ele depende da forma como a legislação impactará as decisões judiciais. O estudo da forma como cada tipo de legislação impacta a conduta judicial é um dos interesses centrais do realismo jurídico estadunidense. Sem esse estudo, o trabalho de reforma é, no mínimo, arriscado. A conhecida Lei de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019) alterou o artigo 50 do Código Civil. A redação original apenas autorizava a desconsideração de personalidade jurídica diante da existência de “desvio de finalidade” ou “confusão patrimonial”, sem definir esses conceitos. Essa indefinição, por vezes, era considerada causa da enorme quantidade de incidentes de desconsideração julgados procedentes, realidade que ameaçava o princípio de separação patrimonial, tão caro ao direito empresarial. A Lei de Liberdade Econômica, pelo contexto político em que foi produzida, provavelmente alterou o artigo 50 querendo dificultar os incidentes de desconsideração. Fez isso prevendo um conceito de desvio de finalidade e alguns exemplos de confusão patrimonial, em meio ao genérico “outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial” (art. 50, §2º, III). Aqui, então, prever exemplos típicos foi mecanismo de evitar e dificultar a procedência de incidentes de desconsideração. Na Lei de Alienação Parental (Lei nº 12.318/2010), o artigo 2º, parágrafo único, prevê uma série de hipóteses do que seja alienação parental. Aqui, porém, a ideia que transparece é de ampliar a possibilidade de ações de alienação parental pela descrição de certas condutas que podem, indubitavelmente, ser caracterizadas como tal. As duas leis usam o mesmo mecanismo para fins opostos. O mecanismo da Lei de Liberdade Econômica destinado a dificultar incidentes de desconsideração foi usado, também, no Código de Processo Civil de 2015 para facilitar a execução de decisões mediante técnicas atípicas (conferir os exemplos de técnicas atípicas no art. 536, §1º do CPC/15). Aliás, já ouvi de mais de um advogado a afirmação de que a nova redação do artigo 50 facilitou, e muito, os pedidos de desconsideração de personalidade jurídica. Se nossa faculdade pretende dizer que estudar o comportamento judicial

e a forma como os juízes reagem a estímulos é tarefa da psicologia ou da sociologia e não do direito, então precisamos parar de aceitar convites para tomar parte nas reformas legislativas: precisamos sugerir ao Congresso que faça contato com nossos colegas psicólogos e sociólogos. Temo que nas faculdades vizinhas, porém, os congressistas também não encontrem ninguém estudando esse tipo de coisa.

No processo civil existe um interesse particular nos estudos realistas. Desde Dinamarco e com uma energia nova a partir das primeiras obras do professor Luiz Guilherme Marinoni, é comum se dizer que o processo é instrumental: ele não é um fim em si mesmo, mas sim algo que objetiva a tutela adequada, efetiva e tempestiva do direito material. O processo, assim, é um ponto de contato entre direito e realidade: o processo serve para quando a realidade não se adequa espontaneamente às normas de direito material. Cabe ao processo dar ao titular de um direito violado tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tem direito de ter. Para isso acontecer, o processo precisa atuar na realidade. O debate sobre a adequação das técnicas processuais à tutela dos direitos materiais depende de se entender o que acontece com a legislação depois que ela passa pelos juízes. O debate sobre a efetividade do processo é um debate que envolve a maneira como juízes reagem a estímulos legislativos. Portanto, aqui há um campo candente e atual no qual o realismo jurídico tem muito a contribuir.²

Além disso, a importância do resgate desses movimentos jusfilosóficos também decorre do fato de seu esquecimento estar atrelado a erros de interpretação que, ao longo dos anos, ensejaram preconceitos inaceitáveis. O realismo escandinavo durante muito tempo foi considerado simplesmente como algo refutado. Quem teria refutado? Um único argumento em um artigo de oito páginas de Herbert Hart, posteriormente reconhecido como tendo se baseado, inteiramente, em um erro de tradução. O realismo estadunidense é frequentemente ridicularizado, como se o movimento estivesse defendendo que o que define o resultado dos julgamentos seria o juiz decidir antes ou depois de almoçar. Isso nunca foi dito por nenhum dos realistas. São essas enormes simplificações que normalmente são usadas para dizer que os realismos escandinavo e estadunidense são páginas viradas da história.

² Essas ideias são, essencialmente, de CAMARGO GOMES, Adriano. **Teoria geral do processo**: pressupostos para uma reconstrução (em elaboração).

2 O DESLOCAMENTO DO CONCEITO DE DIREITO: UMA PRIMEIRA APROXIMAÇÃO DO OBJETO DESTE TRABALHO

2.1 O QUE SE ENTENDE POR “DESLOCAMENTO DO CONCEITO DE DIREITO”?

As ideias do realismo jurídico chegaram ao Brasil sobretudo pelos escritos do chamado “realismo jurídico italiano”. Dessa corrente europeia, o que mais reverbera é a ideia de haver uma diferenciação entre “disposição” e “norma”. Esta distinção normalmente consiste em chamar de “disposição” os enunciados (conjuntos de palavras) presentes nas fontes de direito (tipicamente na lei editada pelo Legislativo) e de “norma” o significado atribuído pelos intérpretes (tipicamente pelos juízes) às disposições. Por esta terminologia, a interpretação (a atribuição de significado às disposições) leva da disposição à norma. A norma aparece como resultado da interpretação, não como seu objeto. Portanto, antes da interpretação não há normas.³

Esse tipo de construção parece se opor, em alguma medida, àquilo que diz um certo senso comum a respeito do que seria o direito. Um leigo que se depara com um documento em cujo cabeçalho consta uma inscrição como “Lei nº 13.105” provavelmente não teria dúvidas em dizer que esse documento faz parte do direito do país. Seu instinto, provavelmente, lhe diria que as palavras que vêm após o “art. 1º” no documento são, elas próprias, parte do direito. Em uma primeira análise, “direito” e “leis” parecem denotar a mesma coisa: o direito de um dado país é o conjunto de leis desse país. Em um momento de análise superficial, é provável que nem se cogite de categorias como o “conteúdo de significado” das palavras presentes no documento como algo diferente dessas próprias palavras. Como o senso comum diz que o direito de um país são suas leis, esse mesmo senso comum dirá que quem decide o teor do direito do país é quem produz as leis – que

³ Essa formulação se encontra ao longo de GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e argomentare**. Milano: Giuffrè, 2011. O precursor dessa forma de apresentar o problema é Giovanni Tarello (TARELLO, Giovanni. **La interpretación de la Ley**. Lima: Palestra, 2013). A distinção entre disposição e norma, embora com outro significado, aparece de forma pioneira na Itália em DISPOSIZIONE (E NORMA). **Enciclopédia del Diritto**. Milano: Giuffrè, 1964. v. XIII. p. 195-209. (Cf., sobre a gênese da distinção no realismo italiano, GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e Argomentare**. Milano: Giuffrè, 2011, p. 64, nota 6 e MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Ação Rescisória**: do juízo rescindente ao juízo rescisório. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 189.

aqui não são distinguidas claramente dos documentos com palavras produzidos pelo Legislativo. Portanto, o que parece mais natural é entender que quem produz o direito é o Legislativo – afinal, ele produz as leis que compõem o direito.

A diferenciação entre disposição e norma desenvolvida pelo realismo jurídico italiano é, em um primeiro olhar, estranha: por um lado, ela pressupõe a compreensão de conceitos nada imediatos, ou seja, que não fazem parte do dia a dia das pessoas em geral, como a diferenciação entre um enunciado e seu conteúdo de significado e a ideia de que os significados não são congênitos às palavras, mas sim atribuídos a elas; e por outro, coloca como direito não o resultado da atividade legislativa, como entende o senso comum, mas o resultado da atividade dessa figura peculiar chamada de intérprete.

Esse tipo de operação algo desconfortável é típica também do realismo jurídico estadunidense e do realismo jurídico escandinavo. O realismo estadunidense é conhecido por tratar como direito o que os juízes (e outras autoridades análogas) efetivamente fazem.⁴ O realismo escandinavo chama de direito as prescrições que os juízes (e outras autoridades análogas) efetivamente se sentem obrigados a cumprir.⁵ É um traço perceptível dessas linhas de pensamento, portanto, a retirada do enfoque das autoridades que normalmente são consideradas legitimadas a produzir direito (tipicamente o Legislativo) e sua destinação ao Judiciário e a outras autoridades aplicadoras. Esse gesto também existe no realismo italiano, já que o intérprete dos documentos normativos que mais rapidamente vem à mente é o juiz.

A terminologia adotada neste trabalho funciona, em certo sentido, como uma metonímia. Fala-se no “deslocamento do conceito de direito” para fazer referência às ideias dos realismos jurídicos que carregam consigo esta propriedade específica: a propriedade de representar esse deslocamento consistente em deixar de chamar de “direito” ou “normas” somente aquilo que é resultado da atividade daqueles que normalmente são considerados legitimados a produzir direito ou normas (tipicamente o Legislativo) e passar a atribuir esse títulos também ao resultado de certas atividades (tipicamente, a atividade do Judiciário) que tradicionalmente são consideradas mera aplicação desse direito ou dessas normas produzidas pelos sujeitos legitimados.

Os sujeitos que normalmente são tidos como “aplicadores” de um “direito” pré-existente são, no realismo, tidos como os produtores do que agora se chama de “direito”. Quando se fala em “deslocamento do conceito de direito” se deve entender, portanto, que

⁴ LLEWELLYN, Karl. **The bramble bush**: on our law and its study. New Orleans: Quid Pro, 2012. p. 36.

⁵ ROSS, Alf. **On law and justice**. Oxford: Oxford University Press, 2019. p. 46.

se está tratando de qualquer ideia que expresse esse deslocamento específico. No realismo italiano, esse deslocamento aparece como a diferenciação entre disposição e norma. No realismo estadunidense, o mesmo deslocamento aparece com outras terminologias, como quando Karl Llewellyn distingue *paper rules* de *real rules*⁶ ou quando John Chipman Gray distingue *law* de *sources of law*⁷. No realismo escandinavo, não parece haver uma terminologia tão clara para esse deslocamento, mas o fato é que ele também existe, uma vez que essa vertente do realismo toma aquilo que normalmente se considera “direito” como, no máximo, uma objetivação não científica de certos sentimentos construídos illogicamente pelos membros das sociedades; e, a partir dessa consideração, passa a rejeitar essa concepção de “direito” em favor de, como dito, chamar de “direito” aquilo que os juízes (e autoridades análogas) entendem ser vinculante para eles. Em Alf Ross, talvez o nome mais conhecido do realismo escandinavo, a diferenciação entre dois tipos de validade expressa esse deslocamento. Ross fala em *gyldig ret* (inglês: “*valid*”, espanhol: “*válido*”) para se referir àquilo a que os juízes se referem ao dizer, no momento da aplicação, que algo é “direito válido”; e fala em *gældende ret* (inglês: “*scientifically valid*”, espanhol: “*vigente*”) para se referir ao objeto da ciência do direito, que, embora não acredite em algo que seja realmente *gyldig*, acredita no fato de os juízes acreditarem na existência de algo dessa forma e toma como objeto de sua descrição este algo que é tomado pelos juízes com *gydig* – que, para a ciência do direito, é *gældende ret*.⁸ Esse deslocamento presente nos três realismos pode ser compreendido, também, como a retirada do “direito” ou das “normas” do reino daquilo que deve (*Söllen, ought*) e sua realocação no reino daquilo que é (*Sein, is*).

Não é preciso dizer que essas ideias todas vêm suscitando objeções. No Brasil, algumas delas vão no sentido de que essas construções do realismo dariam excessivos poderes ao Judiciário, ensejando o desprezo pelo que produz o Legislativo.⁹ De fato, em um primeiro olhar, dar o título de “norma” – que normalmente consideramos significar

⁶ LLEWELLYN, *op. cit.*

⁷ GRAY, John Chipman. **The Nature and Sources of the Law**. Columbia: University Press, 1972.

⁸ As principais ideias do realismo foram, em linhas muito gerais, esboçadas nos primeiros parágrafos deste trabalho. Por enquanto elas são apresentadas de forma imprecisa e funcionam apenas como ponto de partida. Para uma compreensão correta do que efetivamente dizem esses realismos serão necessárias mais páginas, ao longo do trabalho.

⁹ “A distinção entre texto e norma, ao permitir a (falsa) suposição de que a norma vale mais do que o dispositivo legal, fez com que vários espaços da Academia e dos Tribunais se vissem autorizados a esquecer os limites da interpretação e, bem pior do que isso, a desvalorizar o texto legal. Isso, como é evidente, é altamente nocivo ao direito e à democracia” (MARINONI, Luiz Guilherme. Prefácio. *In*: SABBAG NETO, Thomé. **Juízes criam normas?** Objeções à tese de que não há normas antes da interpretação da lei. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024. p. 11-13).

“aquilo que deve ser respeitado”, “aquilo que é obrigatório” e “aquilo que deve ser aplicado pelos juízes” – a algo produzido pelos próprios juízes parece abrir caminho para a arbitrariedade. Retirar o poder de outorgar o título de “norma” – algo que normalmente consideramos “legítimo” ou “legitimado pelo povo” – do controle do Legislativo parece ferir a democracia. As objeções, assim, são compreensíveis e parecem se justificar quando se atribui às ideias realistas o sentido de uma transferência de autoridade (do Legislativo para o Judiciário), um esvaziamento do Legislativo em favor do Judiciário, implicando em decisão legislativa não precisar ser respeitada.¹⁰

Mas essas objeções só fazem sentido se cumpridas, ao menos, duas condições. Em primeiro lugar: só há sentido em dirigir a objeção descrita à afirmação “a decisão legislativa não precisa ser respeitada” se “não precisar ser respeitada” significar “ser permitido não respeitar”. Neste primeiro sentido, a proposição a que se dirige a objeção é uma prescrição.¹¹ Há um outro sentido possível para a expressão “a decisão legislativa não precisa ser respeitada”, em que “não precisar ser respeitada” significa “ser possível que não se respeite”. Neste segundo sentido, a objeção se dirige a uma tentativa de descrição da realidade. Se a afirmação “a decisão legislativa não precisa ser respeitada” tiver este segundo significado, a objeção não faz sentido. Isto porque a objeção em questão é baseada em uma prescrição, enquanto seu objeto é uma descrição. O objetor entende que a decisão legislativa deve ser respeitada e que ninguém está autorizado a desrespeitá-la, pois o objetor valoriza a democracia. Mas se a objeção se destina a uma afirmação que não diz que é permitido não respeitar a decisão legislativa, mas apenas que é possível que ela não seja respeitada, a objeção perde o sentido. A objeção coerente com este segundo sentido teria de, empiricamente, demonstrar a falsidade da tese “é possível, de fato, que a decisão legislativa não seja respeitada”.

Em segundo lugar, supondo que “a decisão legislativa não precisa ser respeitada” significa “é permitido não respeitar a decisão legislativa”, a objeção só faz sentido se assumirmos que “a decisão legislativa deve ser respeitada” e, no limite, que “a democracia deve ser respeitada”. Parece difícil encontrar quem discorde disso. No entanto, trata-

¹⁰ Cf. SABBAG NETO, Thomé. **Juízes criam normas?** Objeções à tese de que não há normas antes da interpretação da lei. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024. p. 124-130.

¹¹ Neste primeiro sentido, a afirmação a que se dirige a objeção não é uma *Rechtssatz* (cf. nota 14), mas uma prescrição; simplesmente uma afirmação (prescritiva) a respeito do que deve ser, não uma afirmação (descritiva) a respeito do que alguém diz que deve ser.

se de uma afirmação não qualificável como verdadeira nem falsa e nem sujeita a falseabilidade. O atrito entre a objeção e a afirmação a que ela se destina, portanto, pertence mais ao âmbito da política ou das teorias da justiça do que das ciências.

Há uma outra situação em que a objeção descrita também faz sentido; porém, neste caso, ela assume a característica de um “truísmo banal”¹² – passa a ser autoevidente. A objeção faz sentido na hipótese de “a decisão legislativa não precisa ser respeitada” significar “segundo o sistema jurídico posto, a decisão legislativa não precisa ser respeitada”. Neste caso, a afirmação teria a forma de uma *Rechtssatz*, de uma afirmação da ciência do direito tal qual prescrita por Kelsen,¹³ ou seja, uma descrição a respeito de uma

¹² Apesar disso, a objeção aparece nesse sentido em Sabbag Neto (*op. cit.*). Embora seja essencialmente impossível negar, ao menos em vista do sistema jurídico posto no Brasil, que uma *Rechtssatz* (cf. nota 14) que diz que a decisão legislativa não precisa ser respeitada é falsa, há quem sustente, e com argumentos sólidos, que o próprio teor das inúmeras decisões legislativas e constituintes faz com que o juiz que pretende respeitá-las tenha de ter certa margem de manobra. É nesse sentido a seguinte passagem de Zagrebelsky: “*Si, mediante una palabra lo más aproximada posible, quisieramos indicar el sentido de este carácter esencial del derecho de los Estados constitucionales actuales, quizás podríamos usar la imagen de la ductilidad. La coexistencia de valores y principios, sobre la que hoy debe basarse necesariamente una Constitución para no renunciar a sus cometidos de unidad e integración y al mismo tiempo no hacerse incompatible con su base material pluralista, exige que cada uno de tales valores y principios se asuma con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir*” (ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Madrid: Trotta, 2011. p. 14-15). Embora Zagrebelsky em certos pontos defenda teses a que poderiam, sim, ser dirigidas as objeções descritas – por exemplo, seu uso da ideia de “círculo interpretativo” e da ideia de que o “caso” deve moldar a “lei” (*Ibid.* p. 131-139), há também o argumento de que é o próprio teor do direito positivo que acaba exigindo do intérprete o uso de margens de manobra: seria este o único jeito de o intérprete respeitar, ao mesmo tempo, as múltiplas orientações (em rota de colisão uma com a outra) que o direito positivo lhe apresenta.

¹³ A expressão *Rechtssatz* (plural: *Rechtssätze*) é de difícil tradução. Ela denota as frases (*Sätze*) com que a ciência do direito (*Rechtswissenschaft*) descreve (*beschreibt*) as normas do direito positivo (*Rechtsnormen*). No original: “*Sie [die Rechtswissenschaft] beschreibt die durch Akte menschlichen Verhaltens erzeugten und durch solche Akte anzuwendenden und zu befolgenden Rechtsnormen und damit die durch diese Rechtsnormen konstituierten Beziehungen zwischen den von ihnen bestimmten Tatbeständen. Die Sätze, in denen die Rechtswissenschaft diese Beziehungen beschreibt, müssen als Rechtssätze von den Rechtsnormen unterschieden werden, die von den Rechtsorganen erzeugt, von ihnen anzuwenden und von den Rechtssubjekten zu befolgen sind. Rechtssätze sind hypothetische Urteile, die aussagen, daß im Sinn einer — nationalen oder internationalen — der Rechtserkenntnis gegebenen Rechtsordnung unter gewissen von dieser Rechtsordnung bestimmten Bedingungen gewisse von dieser Rechtsordnung bestimmte Folgen eintreten sollen*” (KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. Viena: Österreichische Staatsdruckerei, 1992. p. 73). Na edição em inglês, *Rechtssatz* foi traduzido como “*rule of law*” (KELSEN, Hans. **Pure theory of law**. Tradução: Max Knight. Berkeley: University of California Press, 1967, p. 71). Na tradução para o espanhol, mais precisa, *Rechtssatz* foi traduzida como “*enunciado jurídico*”: “*Describe [la ciencia jurídica] las normas jurídicas producidas por actos de conducta humana, así como las normas que mediante esos actos son aplicadas y acatadas, y al hacerlo describe las relaciones constituidas mediante esas normas jurídicas entre los hechos por enas determinados. Las oraciones en que la ciencia jurídica describe esas relaciones, deben distinguirse, en cuanto enunciados jurídicos, de las normas jurídicas producidas por los órganos de derecho, que deben ser aplicadas por ellos y obedecidas por los sujetos de derecho. Los enunciados jurídicos son proposiciones condicionales que expresan que, conforme a un orden jurídico, nacional o internacional, dado al conocimiento jurídico, deben producirse ciertas consecuencias determinadas por ese orden, bajo determinadas condiciones que el orden jurídico determina*” (KELSEN, Hans. **Teoría pura del derecho**. Tradução: Roberto Vernengo. México: UNAM, 1982, p. 84).

prescrição formulada por alguém. Seria, porém, uma *Rechtssatz* obviamente falsa. Obviamente o sistema jurídico posto e reconhecido como tal (de que as decisões legislativas fazem parte) prescreve a obediência a ele próprio e, portanto, a obediências às decisões legislativas. Obviamente, também, dizer algo que significa “segundo o sistema jurídico posto, a decisão legislativa não precisa ser respeitada” pressupõe a existência e a cognoscibilidade de um “sistema jurídico posto”.

Deixando de lado esta última situação e assumindo, sem maiores discussões, que todos concordam com a opinião moral de que “a democracia e a decisão legislativa devem ser respeitadas”, é do interesse deste trabalho averiguar o primeiro pressuposto para a objeção descrita¹⁴ fazer sentido enquanto objeção às construções do realismo jurídico a respeito do “deslocamento do conceito de direito”: as ideias realistas existentes ao redor desse deslocamento de fato implicam uma transferência de autoridade? Implicam concluirmos que o que deve ser respeitado não é mais a decisão legislativa (ou seja lá o que, antes do realismo, recebia o título de “norma” ou “direito”), mas alguma outra coisa? Essas perguntas são o ponto de partida para verificarmos a existência tanto de implicações eventualmente pretendidas pelos autores realistas quanto de implicações acidentais, não pretendidas, ou mesmo negadas pelos autores realistas.¹⁵

Espera-se que esta investigação, além de ser útil para o debate em que a objeção descrita acima se insere, nos deverá ajudar a prosseguir no principal e mais produtivo objeto deste trabalho: o que são “normas” (ou “direito”) no realismo jurídico e por que esse conceito sofre um deslocamento (do Legislativo para o Judiciário, tipicamente)? Esta primeira investigação poderá (ou não) tirar do caminho uma primeira ideia (correntemente aceita, em alguma medida) do que sejam “normas” no realismo jurídico e das razões da distinção entre elas e outros entes que normalmente seriam considerados “direito” (como as “disposições” do realismo italiano).

¹⁴ Que será, assim como o objeto a que ela se dirige, analisado mais profundamente adiante.

¹⁵ Em Sabbag Neto (*op. cit.*), em vários momentos aparece a tese de que, embora não pretendidas pelos autores realistas, a diferenciação entre disposição e norma e as ideias correlatas implicam, logicamente, “consequências indesejáveis”, como a transferência de autoridade descrita (cf. p. 142 *et seq.*). A verificação dessa afirmação (de que existe essa implicação lógica “indesejável”), portanto, também é escopo deste trabalho. No entanto, algumas observações de natureza lógica podem, desde logo, ser feitas. Premissas exclusivamente descritivas não levam, logicamente, a qualquer consequência prescritiva. É o que prevê a Lei de Hume – incontornável, ao menos dentro de uma comunicação baseada na lógica clássica. A transferência de autoridade mencionada é uma prescrição (ela tem a forma “o que deve ser não é *x*, mas sim *y*”). Então, para a diferenciação entre disposição e normas e ideias correlatas implicarem logicamente na transferência de autoridade tal qual descrita, necessariamente nessas ideias deve haver alguma colocação de natureza prescritiva, explícita ou implicitamente.

Uma vez cumprida esta primeira investigação, caso se verifique que na verdade o realismo não está efetuando (expressa ou implicitamente) uma transferência de autoridade ao deslocar o conceito de direito, resta a pergunta: então, se não opera uma transferência de autoridade, o que esse deslocamento significa?

Desde já há uma segunda hipótese: o realismo jurídico elabora esse deslocamento por conta de um fenômeno localizado no plano do ser; esse fenômeno consiste na variabilidade daquilo que efetivamente regula a vida das pessoas (o que é, agora, chamado de “norma” ou “direito”, ou seja: aquilo que os juízes, oficiais aplicadores ou intérpretes, fazem, com mais ou menos base no que o legislador fez antes), a despeito da constância do teor das fontes de direito (que são, agora, chamadas de “disposições” ou terminologias equivalentes).

Segundo esta segunda hipótese, o que os realistas chamam de “norma” ou “direito” não é “algo que deve ser respeitado”, mas sim “aquilo que efetivamente regula a vida das pessoas”. Por isso, tirar o título “norma” ou “direito” daquilo que anteriormente recebia este título não é (e nem implica) uma transferência de autoridade: não é dizer (e nem sustentar existirem todos os pressupostos necessários para dizer) que “na verdade aquilo que achávamos que devia ser respeitado pode, sem censuras, ser desrespeitado e o que efetivamente deve ser respeitado é outra coisa”.

Se esta segunda hipótese for corroborada, o deslocamento é, na verdade, revelador de um problema muito profundo situado no plano do ser: a discrepância, maior ou menor, entre o que o sistema jurídico diz que deve acontecer e o que efetivamente acontece. Essa discrepância pode decorrer do fato de os aplicadores, ao decidirem casos, levarem em conta fontes diversas do “sistema jurídico posto”;¹⁶ ou, ainda, do fato de o “sistema jurídico posto” ser expresso através de uma linguagem à qual, no momento da

¹⁶ Para Brian Leiter, a “tese central” do realismo jurídico estadunidense é justamente que os juízes decidem mais a partir de outros fatores do que das “regras” do “sistema jurídico posto”: “*The Core Claim of Legal Realism consists of the following descriptive thesis about judicial decision-making: judges respond primarily to the stimulus of facts. Put less formally—but also somewhat less accurately—the Core Claim of Realism is that judges reach decisions based on what they think would be fair on the facts of the case, rather than on the basis of the applicable rules of law*”. (LEITER, Brian. **Naturalizing jurisprudence**: essays on american legal realism and naturalism in legal philosophy. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 21-22). Obviamente, essa visão não nega a existência ou cognoscibilidade de um “sistema jurídico posto”. Apenas afirma que há uma discrepância entre ele e a realidade — uma discrepância tamanha a ponto de ele nem ser o fator central na tomada de decisão a respeito de casos. A constatação de que, em dadas situações, os juízes aplicam prescrições que não têm fonte no direito positivo também aparece no realismo italiano (Cf., por exemplo, GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e argomentare**. Milano: Giuffrè, 2011. p. 69-70).

aplicação, possam ser atribuídos múltiplos significados;¹⁷ ou, ainda, de outros fatores, como uma possível “incognoscibilidade” desse “sistema jurídico posto”.¹⁸

Se esta hipótese se concretizar, restará a pergunta: se há uma discrepância entre sistema jurídico e regulação efetiva da vida das pessoas, o que causa essa discrepância? Há tentativas de responder a essa pergunta ao longo do realismo jurídico.¹⁹ Respondê-la é algo de grande utilidade prática. No Brasil, por exemplo, alguns autores têm recebido as ideias realistas no sentido dessa segunda hipótese. E isto tem sido ponto de partida, notadamente, para a defesa de um sistema de precedentes no Brasil.²⁰ Argumenta-se, por exemplo, que, quando se acreditava que disposição e norma eram a mesma coisa, para haver igualdade perante o direito bastaria que constasse nos documentos produzidos pelo Legislativo que todos são iguais perante o direito (ou seja, em uma terminologia que não distingue disposição de norma, perante o próprio documento). Com a constatação da diferença entre disposição (texto do legislador) e norma (resultado da interpretação, o que

¹⁷ Esta é a linha principal do realismo italiano (Cf. GUASTINI, *op. cit.*, p. 39 *et seq.*). Ela não necessariamente supõe que o legislador, ao editar o texto, não esteja se referindo a um significado específico. Apenas, no momento da aplicação, será necessária nova interpretação para se chegar a algum significado; essa nova interpretação poderá chegar a múltiplos resultados: “*Potremmo dire paradossalmente che le norme non esistono: non esistono come enti a sé, indipendentemente dai procedimenti interpretativi. Una norma è soltanto il punto di arrivo di un procedimento interpretativo, né può essere espressa se non affidandola a un enunciato o insieme di enunciati che dovranno a loro volta essere reinterpretati da chi voglia intenderne il significato e ritrovare la norma*” (SCARPELLI, Uberto. Norma. In: GALIMBERTI, Umberto (coord.). **Gli strumenti del sapere contemporâneo**. Torino: UTET, 1985. p. 570). Uma ideia semelhante aparece no realismo estadunidense, em John Chipman Grey: “*After all, it is only words that the legislature utter; it is for the courts to say what these words mean: that is, it is for them to interpret legislative acts [...] And this is the reason why legislative acts, statutes, are to be dealt as sources of Law, not as part of the Law itself. [...] statutes do not interpret themselves; their meaning is declared by the courts, and it is with the meaning declared by the courts, and with no other meaning, that they are imposed upon the community as Law*” (GRAY, John Chipman. **The Nature and Sources of the Law**. Columbia: University Press, 1972. p. 124, 170). O problema da interpretação dos textos que expressam a decisão legislativa também aparece em textos antigos do realismo escandinavo como fator determinante dessa discrepância entre o que o legislador ordena e o que o aplicador aplica (Cf., por exemplo, HÄGERSTRÖM, Axel. On the Question of the Notion of Law. In: HÄGERSTRÖM, Axel. **Inquiries into the Nature of Law and Morals**. Uppsala: Almqvist & Wiksells, 1953. p. 92-97.). Em uma resenha de 1928 de *Allgemeine Staatslehre* (1925) de Kelsen, Hägerström pontuou, também, o seguinte: “*these ostensibly positivist theories contain strong trace of natural law [...] natural law displays itself most clearly in the customary doctrine of the so-called interpretation of laws and the filling of gaps in the law*” (HÄGERSTRÖM, Axel. Kelsen’s theory of law and the state: a review on Kelsen’s *Allgemeine Staatslehre*, 1925. In: HÄGERSTRÖM, Axel. **Inquiries into the Nature of Law and Morals**. Uppsala: Almqvist & Wiksells, 1953. p. 259.). Essa ideia provocativa será melhor abordada ao longo do trabalho.

¹⁸ Em certo sentido, a “tese da circularidade” de Hägerström leva a essa incognoscibilidade (HÄGERSTRÖM, Axel. Is positive law an expression of will? In: HÄGERSTRÖM, Axel. **Inquiries into the Nature of Law and Morals**. Uppsala: Almqvist & Wiksells, 1953. p. 18-19).

¹⁹ Cf., por exemplo, Riccardo Guastini (*op. cit.*, p. 46 *et seq.*).

²⁰ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 66.

efetivamente regula a vida das pessoas), passa a ser necessária igualdade perante o resultado da interpretação, notadamente judicial – igualdade perante as decisões judiciais. E, portanto, que casos semelhantes sejam tratados de forma semelhante. Consequentemente, um sistema de precedentes no Brasil seria necessário.²¹ Mas se a variabilidade das prescrições aplicadas a despeito da constância das fontes de prescrições se resolve por um sistema de precedentes, como se explica, por exemplo, a constatação empírica dessa mesma variabilidade no realismo estadunidense?²² Por isso, também, a necessidade de inquirir o que, de fato, causa essa variabilidade.

Então, esta pesquisa se estrutura da maneira descrita a seguir. Em primeiro lugar, ela pergunta: o deslocamento do conceito de direito no realismo jurídico implica uma transferência de autoridade? Ou seja, significa dizer que o que deve ser respeitado não é mais a decisão legislativa (ou seja lá o que, antes do realismo, recebia o título de “norma” ou “direito”), mas alguma outra coisa? Se para esta primeira pergunta a pesquisa obtiver resposta negativa, haverá uma segunda pergunta: o realismo jurídico elabora o deslocamento por conta de um fenômeno (localizado no plano do ser) consistente na variabilidade daquilo que efetivamente regula a vida das pessoas (“norma” ou “direito”, ou seja, aquilo que os juízes e oficiais aplicadores fazem, com mais ou menos base no que o legislador fez antes), a despeito da constância do teor das fontes de direito? Se a resposta a esta pergunta for positiva, serão descritas as causas identificadas pelo realismo para essa variabilidade. Se a resposta for negativa, será descrito o porquê de os realistas formularem a distinção entre disposição e norma e, também, serão descritas as causas da necessidade dessa distinção.

Nos tópicos 2.2 e 2.3, a seguir, serão justificadas as duas hipóteses iniciais levantadas. Nos tópicos 3 e 4, a primeira e a segunda hipótese serão testadas no que diz respeito, respectivamente, ao realismo escandinavo e ao estadunidense (a exclusão do realismo italiano será abordada no tópico 2.4).

²¹ Cf. MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2017; MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021; MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

²² Llewellyn menciona, a partir de vasta pesquisa empírica, os “*leeways of precedent*” como parte da tradição de decisão das cortes de apelação americanas e, também, inglesas (LLEWELLYN, Karl. **The common law tradition: deciding appeals**. Boston: Little, Brown and Company, 1960. p. 62 *et seq.*).

2.2 PRIMEIRA HIPÓTESE: “NORMA” NÃO SIGNIFICA NECESSARIAMENTE “AQUILO QUE DEVE SER RESPEITADO”; O DESLOCAMENTO NÃO TRANSFERE AUTORIDADE

A diferenciação entre disposição e norma (que expressa o deslocamento do conceito de direito no realismo italiano), embora eventualmente tratada como uma transferência de autoridade, pode ser encarada como uma diferenciação meramente terminológica e, portanto, arbitrária.²³ Ela aparece com este tom nesta passagem de Guastini:

Na linguagem dos juristas (e, de resto, também na linguagem das fontes de direito vigentes), a palavra “norma” é largamente utilizada em referência seja ao *enunciado* que se encontra na fonte de direito, seja aos seus *significados*. Ora são chamados de norma os enunciados prescritivos; ora são chamadas de norma os significados – os conteúdos de sentido – destes enunciados. Apesar disso, as duas coisas – o enunciado e o significado – devem ser cuidadosamente distinguidas, pelas razões que veremos adiante. A fim de diferenciá-las, convençionemos inicialmente pela adoção de dois termos diversos. De agora em diante: (i) chamaremos de “disposição” cada enunciado normativo contido em uma fonte de direito; (ii) chamaremos de “norma” não o enunciado em si, mas seu conteúdo de significado.²⁴

Não há grande cerimônia na opção de Guastini por chamar de “norma” os significados e não os enunciados presentes nas fontes de direito. O autor reconhece que a expressão “norma” é usada para se referir a ambas as coisas. Ao ligar a expressão “norma” ao conceito de “significados” ao invés de “enunciado”, Guastini parece estar tomando uma escolha arbitrária, com fins estritamente didáticos e científicos. A preocupação do autor é explicar por que ele utiliza duas palavras distintas para diferenciar esses dois entes

²³ Para Ferdinand de Saussure (**Course in general linguistics**. Columbia: University Press, 2011. p. 67-69), a relação entre significante e significado é arbitrária, no sentido de que é “imotivada”. Entre o significante e o significado não há nenhuma “conexão natural”. As sociedades elegem arbitrariamente um padrão de sons ou imagens para representar um ou vários conceitos quaisquer. Uma ideia representada por um padrão de sons e imagens em determinada sociedade igualmente poderia ser representada por qualquer outro padrão de sons e imagens. A própria existência de diversos idiomas é prova da arbitrariedade da relação entre significante e significado. Embora o indivíduo não tenha “o poder de livremente mudar o signo [ou seja, o todo composto pela relação significante-significado, a unidade básica da língua] uma vez estando ele estabelecido em uma comunidade linguística” (*ibid.*, p. 67-69), não é incomum que as ciências, para melhor descrever ou solucionar um certo problema, atribuam às palavras o significado que melhor convenha a seus fins – ainda que esse significado não seja o mesmo que é normalmente atribuído pelos falantes. Ainda que os falantes entendam “metro” como a distância aproximada do passo de um adulto ou como a distância que uma trena define como um “metro”, para determinados fins da ciência é melhor definir “metro” como a distância percorrida pela luz no vácuo em 1/c segundo. Não causaria espanto, portanto, que a ciência do direito, para alguns de seus fins, atribuísse arbitrariamente às palavras um significado diverso daquele coloquialmente atribuído pelos falantes. Esses fatos foram bem percebidos por Alf Ross (*op. cit.*, p. 131-132).

²⁴ GUASTINI, Riccardo, *op. cit.*, p. 63, tradução nossa.

(“enunciado” e “significado”) que frequentemente recebem o mesmo nome. Mas, ao contrário do que normalmente se faz, ele não oferece maiores motivos para destinar o título de “norma” – normalmente tão disputado e honorífico – aos “significados”, e não aos “enunciados”. Isso fica mais claro nesta passagem, em que Guastini cita Tarello para justificar a importância da diferenciação entre “disposição” (ou “texto”) e “norma”:

Na linguagem jurídica corrente – e mesmo na linguagem do Legislativo – fala-se comumente de “interpretação de normas” e (às vezes) de “interpretação de fatos”. Ambas as expressões são censuráveis. Isto porque “é imotivado cientificamente e inoportuno didaticamente identificar *in limine* as noções de ‘norma’ e de ‘texto legislativo’, porque isso oculta o dado empírico segundo o qual operadores diversos, em tempos diversos ou contemporaneamente, para fins diversos ou perseguindo com meios diversos os mesmos fins, extraíram dos mesmos textos legislativos normas diversas e mesmo conflitantes entre si”^{25_26}

Esta passagem indica haver em Guastini algo que existe muito claramente também em Alf Ross, por exemplo. Ao chamar algo de “norma” ou de “direito”, esses autores não estão atribuindo um título nobiliárquico a esse “algo”. Em Guastini isso é implícito. Em Ross, é explícito.

Uma das preocupações da obra de Ross é definir o que é o direito. Mas a maneira como ele busca essa definição retira da palavra “direito” qualquer valor intrínseco. Ross não acredita que, ao chamar algum ente de “direito”, está necessariamente atribuindo valor ou nobreza a esse ente:

Ainda que o problema de definir o conceito de “direito” ou “sistema jurídico” não seja, rigorosamente falando, escopo da filosofia do direito (tal qual definida neste livro), seria natural, tanto para a tradição quanto para fins de completude de investigação, oferecer algumas considerações a respeito deste assunto. Eu voltarei a este problema no §12. Por enquanto, apenas quero adiantar o ponto de vista fundamental segundo o qual nenhum interesse particular existe na forma como o conceito é definido. A interminável discussão filosófica acerca da “natureza” do direito é baseada em uma assunção de que o direito deriva sua “validade” específica enquanto direito de uma ideia a priori, e de que a definição do que seja direito é, portanto, decisiva para determinar se um dado sistema faz jus ao “título nobiliárquico” de direito. Se renunciarmos a essas assunções metafísicas e às atitudes emocionais associadas a elas, então o problema da definição não terá mais interesse. O dever da ciência do direito dinamarquês é apresentar o sistema individual de normas chamado “direito dinamarquês” – isto é claro. Haverá vários outros sistemas individuais que, em maior ou menor medida, se parecem com ele – como, por exemplo, “direito norueguês”, “direito sueco”, “direito internacional”, as ordens sociais de comunidades primitivas onde não há organização para estabelecer ou fazer cumprir a lei, a ordem de uma associação ou de um grupo de *gangsters*, a ordem

²⁵ GUASTINI, Riccardo. *op. cit.*, p. 8.

²⁶ TARELLO (1976-77) *apud* GUASTINI, Riccardo. *op. cit.*, p. 8.

mantida pelo poder ocupante de um país ocupado e assim por diante. Em todos esses casos o sistema pode ser dito “válido cientificamente” [*gældende*], e dado este fato social pode ser de interesse teórico e prático conhecer e apresentar o conteúdo do sistema em questão. Se alguém quiser ou não quiser chamar o sistema em questão (por exemplo, a ordem de um grupo de *gangsters*) de “sistema jurídico” é uma questão, do ponto de vista científico – ou seja, se a palavra “direito” estiver livre de sua conotação emocional-moral –, de mera definição, completamente arbitrária e desinteressante.²⁷

Nesta obra em particular, Alf Ross irá definir “direito válido” (cientificamente válido, *gældende*) como “a ideologia normativa que é efetivamente vigente, ou considerada vigente na mente dos juízes, pois é tida como socialmente vinculante por eles e, por isso, cumprida de forma eficaz”.²⁸ Ross está aqui, como normalmente fazem os realistas, dando especial enfoque para o que os juízes (e autoridades análogas) fazem. Particularmente aqui, Ross está chamando de “direito” o que os juízes sentem como vinculante para eles. Mas não porque ele ache que as prescrições que os juízes sentem ser vinculantes são prescrições com algum valor moral intrínseco ou coisa que o valha. Muito menos porque ache que essas prescrições são as que devem ser respeitadas ou as que são obrigatórias – ele consideraria uma opinião desse tipo insuportavelmente jusnaturalista.

Portanto, em Ross a ideia de “norma válida” ou de “direito” não é a ideia de algo que “deva ser respeitado”. A mesma coisa parece acontecer na obra de Guastini. O autor apenas chama de “norma” um determinado ente para diferenciá-lo de outro e porque a diferenciação é oportuna (ou mesmo necessária) para fins didáticos e científicos; não porque entende haver algo nesse ente de intrinsecamente valoroso que justifique o recebimento do título “norma” – não porque, novamente, Guastini ache que esses entes “devam ser respeitados”.

Esta análise sugere que, nesses autores do realismo escandinavo e italiano, a operação consistente em chamar de “norma” ou de “direito” entes diferentes daqueles que até então recebiam essas designações não implica uma transferência de autoridade. Esses autores não estão dizendo que o que “deve ser respeitado” na verdade não é o que normalmente recebe o desígnio “norma” ou “direito” (a decisão legislativa, a vontade do Estado, o significado objetivo de certos atos de vontade, os enunciados presentes nas fontes de direito etc.), mas sim o que eles chamam de “norma” ou “direito”. Passar a chamar de “norma” ou “direito” o significado atribuído aos enunciados presentes nas fontes de direito ou o que os aplicadores sentem ser vinculante não significa, nesses autores, dizer

²⁷ ROSS, Alf, *op. cit.*, p. 43, tradução nossa.

²⁸ ROSS, Alf, *op. cit.*, p. 46, tradução nossa.

que, ao invés da “vontade do legislador”, devam ser respeitados esses outros entes ou coisa que o valha.

No realismo estadunidense, na obra de Karl Llewellyn, por exemplo, há algo semelhante. Llewellyn (e o realismo estadunidense de forma geral) é conhecido por encarar como “direito” o que os juízes e outras autoridades aplicadoras efetivamente fazem. Porém, o autor não faz isso porque entende que naquilo que os juízes fazem haja algo mais digno do título nobiliárquico “direito” do que naquilo que normalmente é chamado de “direito”. Na verdade, o autor entende que esse ente (o que as autoridades aplicadoras efetivamente fazem) não é o único que deva ser chamado de “direito”:

O que esses oficiais [autoridades aplicadoras de direito] fazem é, para mim, a própria lei. Não há muitos, eu acredito, que concordam comigo em encarar o direito desta forma. É muito mais comum abordar a lei como um sistema de regras de conduta, e muitos pensadores falariam em regras de conduta externas para diferenciá-las das regras da moralidade [...] e muitos pensadores falariam em regras feitas valer por constrangimento externo, para distingui-las não somente de regras da moral, mas também de costumes [...] E muitos pensadores adicionariam que se tratam de regras criadas pelo estado, para distingui-las dos comandos de um pai ou das regulações de uma universidade [...] A maior parte dos pensadores, também, iriam encarar essas regras como direcionadas ao cidadão comum e dizendo a ele o que deve e o que não deve fazer. Para a maioria dos pensadores, eu dizia, regras são o coração do direito. Tudo isso me parece um tanto enganoso. Há, de fato, em certa parte do direito, muitas coisas a serem ditas em favor desta perspectiva de que ‘regras estabelecidas sobre a conduta’ são o foco, em detrimento das disputas [e do que os oficiais fazem a respeito dessas disputas]. [...] Apesar disso, essas coisas na verdade dizem menos a respeito da importância das “regras” do que a respeito da não exclusividade da importância das disputas. Seja no que diz respeito a disputas, seja no que diz respeito aos requisitos de validade dos testamentos, seja, ainda, no que diz respeito à forma como os relatórios tributários devem ser apresentados: o principal é o que os oficiais farão.²⁹

Em “*A realistic jurisprudence – the next step*”, Llewellyn reserva um capítulo inteiro para explicar que a abordagem que ele está propondo consiste em dar enfoque à forma como as autoridades aplicadoras se comportam. Dar enfoque, e não definir o que seja direito ou o que seja o objeto da ciência do direito. Não se trata de dizer que a ciência do direito só deva se voltar ao que os aplicadores fazem pois o que os aplicadores fazem é a única coisa que é “direito”. Llewellyn propõe apenas que a atenção se volte a este novo foco – sem excluir da análise as “regras” como tradicionalmente conhecidas.³⁰ Lle-

²⁹ LLEWELLYN, Karl. **The bramble bush: on our law and its study**. New Orleans: Quid Pro, 2012. p. 36, tradução nossa.

³⁰ LLEWELLYN, Karl. *A realistic jurisprudence – the next step*. In: LLEWELLYN, Karl. **Jurisprudence: realism in theory and practice**. Chicago: University of Chicago Press, 1962. p. 3-6.

wellyn faz menção às “*paper rules*”, que seriam “o que vem sendo tratado, tradicionalmente, como as regras que compõem o direito”³¹, ou seja, “regras com conteúdo de dever ser autoritativo, destinadas a oficiais, dizendo a oficiais o que os oficiais devem fazer”.³² Essas *paper rules* fariam, também, parte do objeto da ciência do direito, havendo especial interesse no estudo delas para se verificar quais têm maior e quais têm menor influência na forma como os oficiais decidem.³³ E em oposição (ou não) a elas, haveria as *real rules*, que seriam descrições do que os juízes fazem.³⁴ Ambas, na linguagem de Llewellyn, são *rules* e são objeto da ciência do direito que ele propõe. Inclusive, Llewellyn afirma que uma ciência do direito com esse novo enfoque seria útil para o legislador: o legislador não legisla por legislar – ele procura resultados reais com seu trabalho; portanto, estudar os efeitos que as diferentes *paper rules* têm na prática judicial é imprescindível para legislar com eficiência.³⁵ Escrever algo desse tipo não parece compatível com alguém que esteja argumentando em defesa de esvaziar o Legislativo de autoridade e transferi-la a algum outro órgão qualquer, como o Judiciário.

Estas análises iniciais de três representantes dos três realismos (italiano, escandinavo e estadunidense) fazem parecer verossímil o seguinte: ao chamar de “direito” (ou de “norma”) entes diferentes dos que tradicionalmente recebem este título, os autores do realismo não fazem isso porque acham que os entes que eles agora chamam de “direito” são moralmente mais dignos do título do que aqueles que tradicionalmente o recebem. Ou seja: o que esses autores estão fazendo não é dizer que o que chamam de “normas” são prescrições que devem ser respeitadas; não estão dizendo que as prescrições tradicionalmente tidas como as que devem ser respeitadas não devem ser respeitadas e que o que deve ser respeitado, no lugar delas, são os entes que agora chamamos de “normas”.

³¹ LLEWELLYN, Karl, *ibid.*, p. 22, tradução nossa.

³² LLEWELLYN, Karl, *ibid.*, p. 23, tradução nossa.

³³ LLEWELLYN, Karl, *ibid.*, p. 24.

³⁴ LLEWELLYN, Karl, *ibid.*, p. 21-22.

³⁵ LLEWELLYN, Karl, *ibid.*, p. 25-27. Há uma prática semelhante nesta passagem de Ross, na qual o autor está discorrendo sobre os problemas que surgem durante a interpretação em razão da ordem das palavras em uma disposição e da forma como elas são conectadas (o que ele chama de “problemas sintáticos” de interpretação): “*As far as is known, the syntactic problems of interpretation have not yet been subject of a systematic presentation and analysis [...] systematic studies within this field would certainly prove valuable for statutory interpretations, especially for legislative drafting*” (ROSS, Alf, *op. cit.*, p. 143). Assim como Llewellyn, Ross parece querer que o Legislativo se expresse de modo a atingir seus objetivos – uma ideia incompatível com uma ideologia que transfira a autoridade do Legislativo ao Judiciário ou coisa que o valha.

Isto nos leva à primeira hipótese deste trabalho: o que o realismo jurídico faz ao designar de “direito” ou de “norma” coisas diferentes das tradicionalmente assim designadas não implica uma transferência de autoridade. Não se trata de transferir uma suposta autoridade do legislador enquanto criador de direito (ou coisa que o valha) para o juiz ou intérprete.

Uma eventual verificação desta hipótese seria relevante para o debate jurídico brasileiro contemporâneo. Isto porque, como já dito, as ideias realistas são frequentemente recebidas no Brasil como se resumissem a alguns jargões que, se não lidos cuidadosamente, são enganosos. Normalmente se faz menção a dois jargões particularmente presentes no realismo italiano: “texto e norma não se confundem” e “a norma é resultado da interpretação, não seu objeto”. Disso se infere que o realismo esteja chancelando opiniões que desvalorizam o Legislativo e que dizem que o juiz está autorizado a fazer o que quiser.

Essas construções têm como pressuposto que quando os realistas falam em “norma” estão falando em “prescrições que devem ser respeitadas”. Esse raciocínio é pressuposto da premissa menor do seguinte silogismo: as prescrições que devem ser respeitadas (pelos juízes) são somente as normas; o realismo demonstrou que não há normas antes da atividade dos juízes (da interpretação); portanto, os juízes são quem decide o que deve ser respeitado (por eles mesmos), e não o legislador.

Porém, ao que parece, os realistas não estão interessados em discutir o que deve e o que não deve ser respeitado. Não atribuem essa característica de “dever ser respeitado” ao que chamam de norma. Não se manifestam sobre a existência ou inexistência de coisas que “devem ser respeitadas”, seja antes ou depois do surgimento do que chamam de “norma”. O realismo, se a hipótese em questão se verificar, não pode ser usado para julgar a correção moral da atividade judicial, seja para qualificá-la como justa ou para qualificá-la como injusta.

Esta hipótese parece ser corroborada pelas passagens de Guastini, Ross e Llewellyn citadas acima. No entanto, para uma corroboração efetiva, é preciso que a hipótese seja testada à luz das demais obras relevantes do realismo jurídico. Isso será objeto do tópico 4 deste trabalho.

2.3 SEGUNDA HIPÓTESE: O DESLOCAMENTO ACONTECE PORQUE EMPIRICAMENTE SE CONSTATA HAVER DISPARIDADE ENTRE O QUE O SISTEMA PRESCREVE E O QUE OS APLICADORES APLICAM

Embora Guastini não esteja tão preocupado em justificar a razão pela qual chama de “norma” os “significados” ao invés dos “enunciados”, ele está preocupado em justificar por que dá nomes diferentes a “enunciados” e a “significados”. Guastini explica por que ele não pode tratar as duas coisas como sinônimas – apesar de reconhecer que seja este o tratamento frequentemente dado pelos juristas e pelas próprias fontes de direito: “Entre as disposições e as normas – entre o enunciado e o significado – é preciso distinguir porque entre as duas coisas não se dá correspondência biunívoca [ou seja, de um para um]. É falso, portanto, que a cada disposição corresponda uma, e somente uma, norma; como é falso que a uma norma corresponda uma, e somente uma, disposição”.³⁶

Descrivendo mais pormenorizadamente esta ausência de “correspondência biunívoca”, Guastini tratará de múltiplas situações, que podem ser encaradas como os múltiplos “tipos de dissociação entre disposição e norma”.³⁷

O autor inicia discorrendo sobre disposições que exprimem mais de uma norma. Aqui, Guastini utiliza exemplos de situações em que a um único artigo de lei é possível atribuir, como seu significado, múltiplas prescrições distintas, coerentes entre si. Por exemplo:

O art. 25, parágrafo 2º da Constituição Italiana (“ninguém poderá ser punido se não por força de uma lei que tenha entrado em vigor antes do cometimento do fato”) exprime – ao mesmo tempo – o (a) princípio da reserva legal absoluta em matéria penal (só a lei pode estabelecer crimes e penas) e o (b) princípio da irretroatividade da lei penal (a lei penal só pode dispor para o futuro). E agora: o art. 3, parágrafo 1º da Constituição Italiana (todos os cidadãos [...] são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, língua, religião, opiniões políticas e condições pessoais ou sociais) exprime sete normas distintas: (a) é proibido discriminar cidadão de acordo com o sexo; (b) é proibido discriminar cidadãos de acordo com a raça; (c) é proibido discriminar os cidadãos de acordo com a língua; (d) é proibido discriminar os cidadãos de acordo com a religião; (e) é proibido discriminar os cidadãos de acordo com as opiniões políticas; (f) é proibido discriminar os cidadãos de acordo com as condições pessoais; (g) é proibido discriminar os cidadãos de acordo com as condições sociais³⁸

³⁶ GUASTINI, Riccardo, *op. cit.*, p. 64, tradução nossa.

³⁷ Essa terminologia aparece em GUASTINI, Riccardo, *op. cit.*, p. 67, tradução nossa.

³⁸ GUASTINI, Riccardo, *op. cit.*, p. 66-67, tradução nossa.

Um segundo caso de dissociação entre disposição e norma diz respeito a disposições que podem não exprimir norma alguma. Como uma “invocação a uma divindade, uma dedicatória, uma exposição de motivos”.³⁹ O exemplo óbvio, no Brasil, seria o preâmbulo da Constituição. Ainda que exista um enunciado em uma fonte de direito, não necessariamente esse enunciado tem como significado a ele atribuível algo com natureza “normativa”, ou seja, uma prescrição.

O terceiro tipo de dissociação entre disposição e norma descrito pelo autor refere-se aos casos em que um significado prescritivo é extraído não de uma única disposição, mas de múltiplas disposições, interpretadas conjuntamente.⁴⁰

Um quarto tipo de dissociação entre disposição e norma abrange as disposições sinônimas. Há casos, de fato, em que exatamente o mesmo enunciado aparece múltiplas vezes nas fontes de direito. Nesses casos, ainda que haja múltiplas disposições, é plausível que um único significado seja atribuído a todas elas.⁴¹

Nestes quatro primeiros casos é possível ver que, nessa obra de Guastini, embora as normas sejam os significados atribuídos às disposições, não é qualquer significado que será uma norma, mas somente os significados prescritivos. Cada norma é uma prescrição. Sendo atribuída mais de uma prescrição como significado da disposição, à disposição corresponde mais de uma norma. E não havendo atribuição de significado prescritivo, à disposição não corresponde norma alguma.⁴²

Além disso, nestes quatro primeiros casos, a diferenciação entre disposição e norma tem finalidades didáticas e organizacionais e tem por causa exclusiva a forma como as fontes de direito se comportam. As fontes de direito são a base material da distinção, nesta parte. Elas são escritas de um modo que a uma única disposição sejam atribuíveis, como significado, múltiplas prescrições. As fontes de direito frequentemente repetem a mesma disposição. E frequentemente incluem textos aos quais o plausível é não atribuir qualquer prescrição como significado. Por fim, as disposições frequentemente são escritas de modo a tornar plausível que elas sejam interpretadas em conjunto.

Até aqui, a distinção entre disposição e norma se justifica pela forma como os textos normativos são escritos. Se Guastini parasse por aqui, a distinção seria óbvia e não

³⁹ GUASTINI, Riccardo, *op. cit.*, p. 69, tradução nossa.

⁴⁰ GUASTINI, Riccardo, *op. cit.*, p. 68-69.

⁴¹ GUASTINI, Riccardo, *op. cit.*, p. 67-68.

⁴² Cf. GUASTINI, Riccardo, *op. cit.*, p. 18-24.

carregaria em si muita profundidade – embora ainda fosse imprescindível para fins didáticos e científicos. Mas há duas outras situações de dissociação entre disposição e norma que também exigem do cientista do direito que faça a diferenciação, porém com maior profundidade.

Há um quinto tipo de dissociação entre disposição e norma que consiste no fato de as disposições “poderem ser interpretadas de modos diversos. A cada interpretação corresponde um diverso significado e, portanto, uma norma diversa”.⁴³ Ao falar desse caso, Guastini remete a outro capítulo da obra em que ele trata do fenômeno da equivoquidade dos textos.

A equivoquidade é o fato de que “cada texto normativo admite uma pluralidade de interpretações e é, portanto, sujeito a (possíveis) controvérsias interpretativas”.⁴⁴ A equivoquidade faz com que o ordenamento como um todo seja indeterminado, no sentido de que não é possível saber ao certo quais normas existem nele. Ela não é causada por defeitos objetivos dos textos, tampouco por imperfeições ou imprecisões na redação. O que de fato causa a equivoquidade é o fato de o intérprete, ao interpretar, ser potencialmente influenciável (por concepções de justiça diversas, construções dogmáticas diversas, métodos interpretativos diversos etc.). Como a possibilidade de o intérprete atribuir ao texto múltiplos sentidos é função da possibilidade de ele sofrer influência de fatores externos ao texto, mesmo um texto livre de imprecisões é potencialmente equívoco – no sentido de ser possível que a ele seja atribuído mais de um significado. A causa da equivoquidade não é objetiva, mas subjetiva. Por isso, ela não é eliminada pelo afinamento da redação legislativa.⁴⁵

A equivoquidade dos textos e sua origem não objetiva, mas subjetiva, é o motivo pelo qual Guastini rejeita a chamada “teoria eclética da interpretação”, que sustenta que a interpretação é (“é”, não “deve ser”) ato meramente cognitivo, de descobrimento “do” (único) significado correto, na hipótese de disposições claras:

Que existam textos “objetivamente” claros e textos “objetivamente” obscuros (por exemplo: ambíguos, ou mesmo, banalmente, incompreensíveis) é algo com que se pode convir. Mas isso é irrelevante para a teoria da interpretação *jurídica*. Como vimos, a equivoquidade dos textos normativos depende não tanto de defeitos intrínsecos às formulações quanto de outras coisas: práticas contrastantes, diversos sentimentos de justiça, pluralidade de métodos interpretativos, variedade de construções dogmáticas. Portanto, o “jogo” da interpretação jurídica é um jogo não cooperativo [como é o jogo da interpretação

⁴³ GUASTINI, Riccardo, *op. cit.*, p. 67, tradução nossa.

⁴⁴ GUASTINI, Riccardo, *op. cit.*, p. 39, tradução nossa.

⁴⁵ GUASTINI, Riccardo, *op. cit.*, p. 46-52.

da linguagem natural, por exemplo], mas conflitivo: a interpretação jurídica não é neutra. Banalmente: o escopo do intérprete “das partes” (os contratantes, as partes processuais, os advogados dessas pessoas etc.) não é compreender o que “verdadeiramente” foi dito ou o que entendia o legislador (ou o contratante), mas trazer as palavras da lei (ou do contrato) ao próprio favor; e também a interpretação autoritativa do juiz – ou seja: não “das partes”, supõe-se, mas “imparcial” – tem o efeito, se não o escopo, de fazer prevalecer os interesses de uma parte sufragando os interesses avessos da contraparte. Além disso, a interpretação jurídica é condicionada às elaborações conceituais e teóricas plurisseculares dos juristas: de um lado, métodos interpretativos (interpretação teleológica, sistemática, adequada, e assim por diante) e, de outro, teses dogmáticas (a teoria da propriedade, a teoria da responsabilidade aquiliana, a teoria do delito, a teoria do negócio jurídico, a teoria do governo parlamentar, e assim por diante). Conflitos de interesse, pluralidade de métodos interpretativos, múltiplas ideias de justiça e teses dogmáticas diversas são capazes de tornar equívoco até o mais “claro” dos documentos normativos.⁴⁶

Adiante, Guastini passa a acrescentar que a equivocidade (essa potencialidade de controvérsias interpretativas) existe em qualquer texto, ao menos enquanto fenômeno diacrônico: ainda que um dado texto, em um determinado momento histórico, pareça absolutamente claro e não haja (a despeito dos múltiplos sentimentos de justiça existentes, das múltiplas teses dogmáticas etc.) quem discorde que o significado do texto é “aquele”, esse mesmo texto pode, no futuro, se tornar objeto de controvérsias interpretativas.⁴⁷

Aqui, a distinção entre disposição e norma passa a ter causa na possibilidade de todo texto normativo ser interpretado de múltiplas maneiras. E essa possibilidade tem, por sua vez, causa na possibilidade de (ao longo do tempo) o intérprete das fontes de direito ser influenciado por fatores externos às próprias fontes de direito.

Por fim, há um sexto tipo de dissociação entre disposição e norma que diz respeito às normas às quais não corresponde disposição alguma. Há prescrições que Guastini chama de “norma”, mas que não são reconduzíveis a qualquer disposição.⁴⁸ É o caso das normas consuetudinárias e das “normas não expressas”.⁴⁹ As normas não expressas, em Guastini, se dividem em três tipos. O primeiro tipo são normas que, embora não sejam reconduzíveis a uma disposição específica, decorrem logicamente de uma ou mais normas expressas. O segundo tipo são normas que decorrem de um raciocínio não dedutivo ou

⁴⁶ GUASTINI, Riccardo, *op. cit.*, p. 403-404, tradução nossa.

⁴⁷ GUASTINI, Riccardo, *op. cit.*, p. 430.

⁴⁸ Aqui parece haver uma contradição em Guastini: se “normas” são o “significado” de “disposições”, como pode haver “norma” sem “disposição”? Talvez, dentro do sistema de Guastini, fosse mais preciso chamar de “norma” as prescrições que os intérpretes entendem vigor no sistema, com mais ou menos base nas fontes de direito. O conceito, assim, se aproximaria do de Alf Ross, já referido acima. A ideia foi sugerida em MARANHÃO, Clayton de Albuquerque; PREZEPIORSKI, Eduardo Fantin. Uma proposta de formulação para a teoria cética da interpretação e sua relação com o problema de Hume. **Revista Científica da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Piauí**, Teresina, v. 12, n. 1, p. 15-35, jan./jun. 2024.

⁴⁹ GUASTINI, Riccardo, *op. cit.* p. 69.

pseudológico (como o uso de entimemas ou de analogias) que tem normas expressas como premissas. O terceiro tipo, por fim, são normas derivadas (por meios lógicos ou não) de normas (expressas ou não expressas, nos dois primeiros sentidos) e, também, assunções dogmáticas ou jurisprudenciais produzidas sem referência a disposições; ou mesmo normas derivadas apenas dessas assunções dogmáticas ou jurisprudenciais.⁵⁰ Este sexto caso consiste, portanto, em prescrições consideradas como vigentes pelos intérpretes, mas que não são reconduzíveis a qualquer fonte de direito.

Essa análise sugere haver, em Guastini, duas ordens de motivos para distinguir “disposições” (enunciados presentes nas fontes de direito) de “normas” (significados prescritivos atribuídos ao sistema jurídico pelos intérpretes).

A primeira ordem de motivos diz respeito ao fato de as próprias fontes de direito serem escritas de tal modo que, em um mesmo enunciado, pode haver múltiplas prescrições ou nenhuma prescrição; e ao fato de algumas disposições se repetirem ao longo das fontes de direito ou serem construídas de modo a ensejar interpretação conjunta. Esta primeira ordem de motivos revela preocupações exclusivamente didáticas e científicas. Por esses motivos, é preciso distinguir para evitar que o leitor da ciência jurídica ache que não é possível que haja múltiplas prescrições diferentes expressas em um mesmo artigo de lei (disposição), por exemplo.

A segunda ordem de motivos diz respeito ao fato, empiricamente constatável, de que os intérpretes das fontes de direito podem interpretá-las de múltiplas formas (independentemente da clareza dessas fontes) – haja vista serem eles influenciáveis por fatores diversos e externos às fontes de direito. Também diz respeito ao fato de os intérpretes poderem entender como vigentes dentro do sistema prescrições que não tenham base lógica nas fontes de direito, ou mesmo que não tenham nenhuma base nelas. E poderem fazer isso (ao menos diacronicamente) sem necessariamente se desviarem do que é correntemente aceito pela cultura jurídica.⁵¹⁻⁵²

⁵⁰ GUASTINI, Riccardo, *op. cit.*, p. 155-158.

⁵¹ Apesar de Guastini (e outros realistas, como veremos) se referir prevalentemente à possibilidade de atribuição de múltiplos significados plausíveis, não deixa de reconhecer a possibilidade de atribuição de significados não plausíveis (GUASTINI, Riccardo, *op. cit.*, p. 61). Sobre o sentido de “possibilidade” aqui, cf. nota 53.

⁵² Nesta passagem, foi utilizada a expressão “pode”. O verbo “poder” tem um duplo sentido relevantíssimo para a comunicação no ambiente da ciência jurídica. A má compreensão desse duplo sentido é causa de inúmeros pseudoproblemas. Quando se diz que “alguém pode fazer alguma coisa”, isso pode significar “alguém está autorizado a fazer alguma coisa” ou “é possível que alguém faça alguma coisa”. No primeiro sentido, tem-se uma prescrição ou uma descrição de uma prescrição. No segundo sentido tem-se uma descrição pura. Nesta passagem, o verbo “poder” é usado no sentido de “ser possível que”,

Na teoria da interpretação de Alf Ross a mesma ideia aparece. A teoria da interpretação do autor (apresentada no capítulo de *On law and justice* destinado ao “método do direito”) também elenca as múltiplas operações dos intérpretes, dentre as quais existem fatores pragmáticos, como o “senso comum” e outros fatores que não advêm dos textos produzidos pelo legislador.⁵³

Em Llewellyn, há uma declarada preocupação em, mediante uma ciência realista, ser possível descrever quando dadas *paper rules* têm maior e quando têm menor aderência em relação àquilo que é decidido pelos juízes (ou seja, em relação às *real rules*). Isso pressupõe uma ideia de ausência de correspondência biunívoca semelhante à descrita por Guastini.⁵⁴

A segunda hipótese deste trabalho, então, é que o deslocamento conceitual derive de uma base empírica caracterizada por essa “ausência de correspondência biunívoca”, ou, em outras palavras, pela divergência empírica entre o que o direito (como tradicionalmente concebido, ou seja, como conjunto de prescrições) prescreve e o que os aplicadores de direito aplicam.

2.4 EXPLICAÇÃO E JUSTIFICAÇÃO DO RECORTE ESPACIAL E TEMPORAL DESTE TRABALHO

Esclarecido o objeto deste trabalho (e para isso foi necessária a consideração dos três realismos), é preciso que se explique e se justifique seu recorte. O problema de pesquisa deve estar claro: ele consiste nesse deslocamento do conceito de direito operado pelo realismo jurídico. Mas a expressão “realismo jurídico” é muito ampla. Tradicionalmente se fala em três realismos: escandinavo, estadunidense e italiano. Há quem fale, também, em um realismo francês, porém neste caso normalmente se fala apenas em Michel Troper como seu representante,⁵⁵ de modo que é questionável se de fato existe um “realismo francês” – não parece haver sentido em atribuir um título desses a um único

não no sentido de “estar autorizado a”. Quando Guastini diz que os intérpretes podem atribuir aos textos os mais diversos significados, não está dizendo que eles estão autorizados a fazer isso, ou que seja bom ou ruim que eles façam. Afinal, o que Guastini desenvolve é uma teoria da interpretação, não uma ideologia da interpretação (GUASTINI, Riccardo, *op. cit.*, p. 407-408).

⁵³ ROSS, Alf, *op. cit.*, p. 167 *et seq.*

⁵⁴ LLEWELLYN, Karl. A realistic jurisprudence – the next step. In: LLEWELLYN, Karl. **Jurisprudence: realism in theory and practice**. Chicago: University of Chicago Press, 1962. p. 22-24.

⁵⁵ BARBERIS, Mauro. El realismo jurídico europeo-continental. In: FABRA ZAMORA, Jorge Luis; NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro (org.). **Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho**. México: UNAM, 2015. Vol. I. p. 3-35.

autor. O próprio título “realismo italiano” atribuído aos “velhos amigos e alunos de Tarello” tem sido questionado.⁵⁶

Este trabalho opta por ser uma monografia e, portanto, por tratar de um único assunto isoladamente; supõe-se que os temas podem ser abordados mais profundamente se tratados um de cada vez. O chamado realismo jurídico italiano é qualitativamente e quantitativamente diferente dos realismos escandinavo e estadunidense. Por isso, tratar os três movimentos em um único trabalho causaria uma heterogeneidade grande o bastante para descaracterizar o caráter monográfico do trabalho.

Em primeiro lugar, há diferenças de premissas e metodológicas relevantes. Silvana Castignone, uma das precursoras do realismo italiano, leu a obra de Hägerström (fundador do realismo escandinavo) e rejeitou a tese que serve de base para toda essa corrente: a tese de que, por conta da Lei de Contradição (segundo a qual dois julgamentos, um negando o que o outro afirma, não podem ser ambos verdadeiros), só pode haver uma única realidade. Castignone considerou essa tese tão “metafísica” quanto as ideias chamadas de metafísicas por Hägerström.⁵⁷ Segundo Barberis, Tarello, ao contrário dos realistas estadunidenses, rechaçou qualquer “filosofia geral encarregada de dizer as Coisas Últimas”: rechaçou a metodologia de eleger um tipo de pensamento porque ele seria o “único” de acordo com a “realidade”, seja o que for a realidade. Tarello apenas considerou reflexões particulares internas a cada campo do saber: o saber dos “historiados sobre a história, dos matemáticos sobre a matemática, e também, por que não, dos juristas sobre o direito”. Portanto, o traço do realismo escandinavo e do estadunidense de se preocuparem com sistemas filosóficos a respeito do que seja a “realidade”, por exemplo, não aparece no realismo italiano. Por outro lado, o realismo italiano ao longo dos anos passou a se interessar por outros temas que nunca foram considerados pelos outros dois realismos: segundo Barberis, contemporaneamente, o realismo italiano se interessa mais pelo “constitucionalismo (nacional, comunitário e global)” do que por qualquer outra coisa. Os realistas italianos discutem, por exemplo, questões ideológicas a fundo, sem se limitarem a denunciar seu caráter ideológico e, portanto, irrelevante para a ciência, como seria típico

⁵⁶ Cf. BARBERIS, Mauro. Un poco de realismo sobre el realismo “genovés”. In: FERRER BELTRÁN, Jordi; RATTI, Giovanni B. **El realismo jurídico genovés**. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 201-216 e HIERRO, Liborio L. Sostiene Barberis. Consideraciones sobre el trayecto genovés desde el realismo jurídico al constitucionalismo. In: FERRER BELTRÁN, Jordi; RATTI, Giovanni B. **El realismo jurídico genovés**. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 217-236.

⁵⁷ CASTIGNONE (1974) *apud* BARBERIS, Mauro. Un poco de realismo sobre el realismo “genovés”. In: FERRER BELTRÁN, Jordi; RATTI, Giovanni B. **El realismo jurídico genovés**. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 209 *et seq.*

de uma posição “realista” no sentido em que a palavra é usada para se referir ao realismo escandinavo e ao estadunidense.⁵⁸ Qualitativamente, portanto, o realismo italiano é diferente a ponto de ser mais adequado tratar dele separadamente – sob pena de não se estar tratando dos temas monograficamente.

Além disso, há uma diferença quantitativa importante. O realismo escandinavo e o realismo estadunidense são “realismos históricos”, como diz Barberis. O realismo italiano, ou melhor, os pensadores vinculados ao título “realismo italiano” estão vivos e produzindo muito. E, como visto, nos últimos anos vêm se interessando por temas distantes daqueles considerados pelos velhos “realismos históricos”. Então, incluir o realismo italiano na pesquisa neste momento, além de tudo, exigiria a assunção de um risco de análises prematuras.⁵⁹

Por tudo isso, o objeto deste trabalho é o seguinte: “o deslocamento do conceito de direito no realismo jurídico escandinavo e estadunidense”. Esse deslocamento, como dito, expressa uma transição do objeto da ciência do direito do *Söllen* ao *Sein*, do dever ao ser. Em certa medida, expressa, também, um deslocamento do legislador ao juiz.

⁵⁸ BARBERIS, Mauro. Un poco de realismo sobre el realismo “genovés”. In: FERRER BELTRÁN, Jordi; RATTI, Giovanni B. **El realismo jurídico genovés**. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 209 *et seq.*, tradução nossa.

⁵⁹ A opção por tratar, monograficamente, do realismo escandinavo e estadunidense, deixando de fora o italiano, é comum e bem aceita na academia, tanto brasileira quanto estrangeira. Exemplos da prática podem ser encontrados nos seguintes trabalhos: ALEXANDER, Gregory S. Comparing the two legal realisms – american and scandinavian. **The American Journal of Comparative Law**, v. 50, n. 1, p. 131-174, winter, 2002, e GRUBBA, Leilane Serrantine; MONTEIRO, Kimberly Farias. **Realismo jurídico norte-americano e realismo jurídico escandinavo: o problema da metafísica**. **Prisma Jur.**, São Paulo, v. 17, n. 2, p. 272-292, jul./dez. 2018.

3 REALISMO JURÍDICO ESCANDINAVO: *GYLDIG* CONTRA *GÆLDENDE*

Os quatro principais autores do realismo escandinavo são, sem dúvidas, os seguintes: Axel Hägerström, Anders Vilhelm Lundstedt, Karl Olivecrona e Alf Ross. Em quase todas as obras monográficas sobre o realismo escandinavo em língua portuguesa, a análise se limita a estes quatro autores.⁶⁰ Em outros idiomas, normalmente isso também se verifica.⁶¹ O recorte selecionado neste trabalho, em razão dessa conjuntura, se limita a analisar a obra de Hägerström, Lundstedt, Olivecrona e Ross.

Além desses, Alf Ross, em *On law and justice*, cita Ingemar Hedenius, Per Olof Ekelöf e Bjorn Ahlander como autores que também contribuíram para a filosofia jurídica escandinava “que mais ou menos se originou em Axel Hägerström”.⁶² A obra de Hedenius, Ekelöf e Ahlander, ao contrário da de Hägerström, Lundstedt, Olivecrona e Ross, parece nunca ter saído dos idiomas nórdicos. Isso gera dificuldades de duas ordens: em primeiro lugar, a dificuldade óbvia de que os idiomas nórdicos são essencialmente inacessíveis para o público brasileiro (assim como para a maior parte dos falantes de língua latina de forma geral e mesmo para o público anglófono); e em segundo lugar, uma dificuldade no próprio acesso às obras desses autores, que dificilmente são encontradas no comércio fora da Escandinávia.⁶³ Assim, a carência de estudos sobre Hedenius, Ekelöf e Ahlander fora dos países nórdicos não necessariamente se deve ao fato de a obra deles ser pior ou menos relevante do que a de seus colegas. Por isso, o estudo da obra desses autores, espera-se, poderá ser apresentado em trabalhos posteriores.

⁶⁰ Cf., por exemplo, os seguintes trabalhos: BARROS, Matheus de. **As contribuições do realismo jurídico escandinavo para a teoria do direito contemporânea**: um lugar para a máquina social. 2019. 200 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019; BARROS, Matheus de. Realismo jurídico escandinavo e a noção de ponto de vista interno. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade**, Canoas, v. 8, n. 3, p. 297-312, 2020; GRUBBA, Leilane Serratine; MONTEIRO, Kimberly Farias. Realismo jurídico norte-americano e realismo jurídico escandinavo: o problema da metafísica. **Prisma Jur.**, São Paulo, v. 17, n. 2, p. 272-292, jul./dez. 2018; FABBRIS, Angela Tacca. Modelo jurídico – realismo jurídico escandinavo. **Prisma Jurídico**, São Paulo, v. 5, p. 79-86, 2006 e HOGEMANN, Edna Raquel. A influência das antigas teses do realismo jurídico na atualidade do direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, Goiânia, v. 45, n. 2, p. 1-26, 2021.

⁶¹ Cf., por exemplo, o parágrafo inicial de HART, H.L.A. Scandinavian realism. **The Cambridge Law Journal**, v. 17, n.2, p. 233-240, Nov. 1959 e BARBERIS, Mauro. El realismo jurídico europeo-conti-nental. *In*: FABRA ZAMORA, Jorge Luis; NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro (org.). **Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho**. México: UNAM, 2015. Vol. I. p. 3-35.

⁶² ROSS, Alf. **On law and justice**. Oxford: Oxford University Press, 2019. p. 38, nota 10.

⁶³ Na data em que este trabalho foi escrito, a busca no Brasil pelos nomes desses autores na Amazon não retorna praticamente nada – nem mesmo as suas principais obras, citadas por Ross.

3.1 O POSITIVISMO JURÍDICO COMO UMA “TEORIA DA VONTADE” E AS OBJEÇÕES DE AXEL HÄGERSTRÖM

3.1.1 Introdução

O trabalho filosófico de Axel Hägerström, frequentemente considerado o fundador do realismo jurídico escandinavo, não se limitou à filosofia do direito.⁶⁴ Sua cadeira em Uppsala não era na faculdade de direito, mas na de filosofia. Não é de surpreender, por isso, que seus escritos sobre direito representem apenas uma parte de sua obra. Hägerström escreveu muito sobre religião, sobre filosofia grega antiga e até mesmo sobre a teoria da relatividade.⁶⁵ Dentro da filosofia do direito, o próprio Hägerström entendia como seus escritos mais importantes dois artigos: “*Is positive law an expression of will?*” (“*Är gällande rätt uttryck av vilja?*”), de 1916, e “*On the Question of the Notion of Law*” (“*Till frågan om den gällande rättens begrepp*”), de 1917.⁶⁶ Nesses textos, Hägerström formula crítica às chamadas “teorias da vontade”. As teorias da vontade se apresentavam, na época, como a única alternativa científica ao jusnaturalismo. Elas entendiam, em linhas gerais, que o direito era algo efetivamente existente, consistente nos comandos ou declarações de uma vontade soberana. Não é difícil enxergar como parece mais científico entender que o direito não é dependente de algo fora do mundo material (como “deus” ou a “razão”, como queriam vertentes jusnaturalistas anteriores), mas sim da vontade de certos sujeitos existentes. Essa teoria, na época, poderia ser considerada altamente realista. As teorias da vontade são frequentemente tratadas como um sinônimo das teorias juspositivistas.⁶⁷ Em grande medida, as críticas de Hägerström a elas podem ser estendidas às teorias juspositivistas até hoje prevalentes.

⁶⁴ Por isso, este trabalho não se volta a toda a obra de Hägerström, mas somente àquilo que se mostra relevante para o teste das hipóteses apresentadas. Para uma análise mais ampla das ideias de Hägerström, cf. LYLES, Max. **A call for scientific purity: Axel Hägerström’s critique of legal science**. Stockholm: Institutet för rättshistorisk forskning, 2006 e MINDUS, Patricia. **A real mind: the life and work of Axel Hägerström**. Dordrecht: Springer, 2009. Para uma coletânea de análises críticas a seu pensamento e sobre seus impactos na filosofia posterior a ele, cf. ELIAESON, Sven; MINDUS, Patricia; TURNER, Stephen P. **Axel Hägerström and modern social thought**. Oxford: The Bardwell Press, 2014.

⁶⁵ OLIVECRONA, Karl. Editor’s preface. In: HÄGERSTRÖM, Axel. **Inquiries into the Nature of Law and Morals**. Uppsala: Almqvist & Wiksells, 1953. p. X-XXVII.

⁶⁶ HÄGERSTRÖM, Axel. A summary of my philosophy: *praeterea censeo metaphysicam esse delendam*. p. 72. In: HÄGERSTRÖM, Axel. **Philosophy and religion**. London: George Allen & Unwin LTD, 1964. p. 33-74.

⁶⁷ OLIVECRONA, Karl. Editor’s preface. In: HÄGERSTRÖM, Axel. **Inquiries into the Nature of Law and Morals**. Uppsala: Almqvist & Wiksells, 1953. p. X-XXVII.

Além desses dois artigos, há alguns outros trabalhos que são necessários para se extrair o máximo das contribuições de Hägerström no campo jurídico. Em primeiro lugar, muito do trabalho de Hägerström (dentro da filosofia moral, da epistemologia e, notadamente, do direito romano) e muito de seu peculiar entendimento sobre o que seria a “realidade” foi utilizado para construção de suas críticas no âmbito jurídico. Sinal disso é, por exemplo, que em “*On the Question of the Notion of Law*”, Hägerström apresenta suas considerações a respeito da noção de “dever” (*duty*) e de “direito” (*right*), que também aparecem como resultado de investigações a respeito do direito romano em outra obra. Além disso, Hägerström a todo momento está trabalhando com a ideia do que seja a “realidade”. Por isso, também se inclui entre as fontes do presente estudo a introdução à obra “*Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung*” (“O conceito romano de obrigação à luz da teoria geral do direito romano”), de 1927, intitulada “*Die Obligation als mystische Gebundenheit einer Person durch eine andere*” (“A obrigação como um vínculo místico entre uma pessoa e outra”). Também é uma obra importante para se compreender as opiniões filosóficas de Hägerström de forma geral o artigo “*A summary of my philosophy: praetera censeo metaphysicam esse delendam*” (“*Selbstdarstellung*”, no sétimo volume da coletânea “*Die Philosophie der Gegenwart in Selbstdarstellungen*”), de 1929. E, ainda, o artigo “*On the truth of moral propositions*”, que deriva de sua aula inaugural como professor de filosofia da Universidade de Uppsala, em 1911. Algumas passagens de “*The philosophy of Axel Hägerström*” (escrito pelo próprio e publicado no livro “*Filosofiskt lexikon*”, de 1933) e do pequeno artigo “*Ein Stein, Ihr Herren, is ein schlechtes Argument*” (“Uma pedra, senhores, é um argumento fraco”) e do livro *Das prinzip der Wissenschaft (O princípio da ciência)* também auxiliarão na compreensão das ideias do autor. Esses textos, embora não sejam de interesse direto para o teste das hipóteses deste trabalho, servem para uma compreensão mais aprofundada das ideias apresentadas nos artigos que de fato tratam do que seja o direito.

Por fim, um dado importante a respeito das críticas de Hägerström em seus trabalhos de 1916 e 1917 é que os autores com quem ele está dialogando são, principalmente, juspositivistas pré-kelsenianos, como Karl Bergbohm, Ernst Zitelmann, Georg Jellinek, dentre outros. A única obra de Kelsen com a qual Hägerström dialoga nesses trabalhos é o primeiro grande livro do autor: *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, de 1911. Muitos dos problemas identificados nesses trabalhos foram resolvidos (em alguma medida) por Kelsen em obras posteriores. Hägerström, porém, faleceu em 1939 e, portanto, não teve acesso nem à segunda edição da *Teoria pura do direito*, de 1960, e nem a outras obras

importantes de Kelsen. Mas Hägerström leu alguns trabalhos pretéritos de Kelsen – além de *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, de 1911, também *Allgemeine Staatslehre*, de 1925. Suas considerações (críticas) a respeito dessa parte da obra de Kelsen estão, além de nos trabalhos de 1916 e 1917, em um artigo de 1928 intitulado “*Kelsen’s theory of law and the state: a review of Kelsen’s Allgemeine Staatslehre*”. Essa obra também é importante (aqui diretamente) para o teste das hipóteses deste trabalho.

3.1.2 Realidade, metafísica, mágica e prescrições em Hägerström

Uma das principais preocupações da obra de Hägerström foi definir o conceito de realidade.⁶⁸ É relativamente conhecido que Hägerström defendia que só existia uma única realidade: a realidade do espaço e do tempo. No entanto, pouquíssimos juristas, ao menos dentre aqueles que chegaram a ser difundidos no Brasil, discutem as premissas que levam Hägerström a essa conclusão.

Hägerström toma como premissa a Lei da Contradição. E dela depreende que a realidade só pode ser uma única unidade coerente. Depois, ele parte da máxima cartesiana de que um ser pensante não pode negar sua própria existência enquanto ser pensante e, desta máxima, deriva que a única realidade em questão há de ser o espaço e o tempo. Essas derivações dependem da premissa de que a realidade exige diferenciação: se uma ideia é idêntica à outra, elas são a mesma ideia e, portanto, não há duas ideias, mas apenas uma. E também da ideia de que o sujeito pensante só pode ser diferenciado através do espaço e do tempo.

Segundo Hägerström, a Lei da Contradição diz o seguinte: se há dois julgamentos e um deles nega o que o outro afirma, os dois não podem ser verdadeiros. Mas para Hägerström, um julgamento sempre afirma a realidade daquilo que está sendo julgado. Do contrário, o próprio julgamento não seria possível: “No que diz respeito ao puro nada, nada pode ser julgado”.⁶⁹ Portanto, se se diz algo a respeito de algo, a realidade desse

⁶⁸ Os trabalhos em que Hägerström apresentou suas ideias sobre o assunto são, fundamentalmente, os seguintes: HÄGERSTRÖM, Axel. **Das Prinzip der Wissenschaft**: eine logisch-Erkenntnistheorie Untersuchung. Uppsala: Almqvist & Wiksells, 1908 e HÄGERSTRÖM, Axel. **Botanisten och filosofen**: om kunskapsfilosofiens nödvändighet. Stockholm: Albert Bonniers, 1910. Posteriormente, em 1929, Hägerström publicou sua *Autofilosofia* (“*Selbstdarstellung*”), que contém uma versão revisada e com importantes alterações em relação às teses apresentadas em *Das Prinzip der Wissenschaft* e *Botanisten och filosofen*. Esse trabalho de 1929 tem tradução para o inglês: HÄGERSTRÖM, Axel. A summary of my philosophy. In: HÄGERSTRÖM, Axel. **Philosophy and religion**. London: George Allen & Unwin LTD, 1964.

⁶⁹ HÄGERSTRÖM, Axel. A summary of my philosophy. In: HÄGERSTRÖM, Axel. **Philosophy and religion**. London: George Allen & Unwin LTD, 1964, p. 42, tradução nossa.

algo é pressuposta. Então, qual seria a realidade que é afirmada em um julgamento negativo? Para Hägerström, em um julgamento negativo a concepção do algo que é negado, a ideia do algo que é negado é suposta como real. E não apenas a concepção, mas o próprio algo concebido é afirmado como real, porém enquanto algo concebido. Negar a realidade desse algo concebido não significa propriamente negar sua realidade enquanto algo concebido, mas sim afirmar que “o complexo ao qual pertencem a concepção e seu conteúdo [o algo concebido] tem um caráter diferente do conteúdo da concepção”. Um julgamento positivo (uma afirmação) implica que “o conteúdo da concepção aparece não apenas na concepção, mas também no complexo ao qual a concepção pertence”. Segundo Hägerström, “dois julgamentos, um negando o que o outro afirma, têm como conteúdo de cada um deles mundos diferentes”. O julgamento segundo o qual “esses dois julgamentos não podem ser ambos verdadeiros tem esses dois mundos como seu conteúdo”. Mas nesse julgamento (ou seja, na Lei da Contradição) “esses dois mundos são considerados apenas o conteúdo de diferentes julgamentos, que por sua vez fazem parte de uma única unidade coerente”. E o “julgamento de que eles [os dois julgamentos] não podem ambos ser verdadeiros envolve a negação da possibilidade de conceber esses mundos como membros comuns dessa unidade coerente aos quais os julgamentos pertencem”. A “impossibilidade de contradição, portanto, significa apenas que aquilo que eu tenho diante de mim ao estabelecer a ocorrência de uma contradição é uma unidade coerente ou, mais simplesmente, um objeto determinado do pensamento”. Como a contradição “*precisa* ser impossível na medida em que se supõe que ela tenha algum significado, a realidade deve estar incluída nessa unidade coerente, ou nessa *Bestimmtheit*”.⁷⁰ Está aí, em essência, a derivação da unidade da realidade a partir da Lei da Contradição.

Para se referir a essa “unidade coerente” que é suposta pela Lei de Contradição, como visto, Hägerström irá utilizar o termo *Bestimmtheit*, equivalente ao sueco “*bestämmdhet*”. Essa expressão é traduzida como “*determinateness*” em inglês e pode ser traduzida como “caráter determinado” ou “determinação”. O “caráter determinado”, para Hägerström, é o mesmo que a realidade. E isso deriva da interpretação descrita da Lei da Contradição: A não pode ser não-A; isso significa que “é impossível conceber duas realidades existindo juntas, sendo que na primeira A existe junto da ideia de A [ou seja, junto do conteúdo da concepção de A, cuja realidade, enquanto ideia, se supõe no julgamento

⁷⁰ *Ibid.*, p. 42-43, tradução nossa.

negativo] e na segunda A somente existe como concebido [...] O caráter determinado da realidade é pressuposto”.⁷¹

A realidade, porém, não deve ser confundida com aquilo que é real. Para chegar àquilo que é real, Hägerström irá precisar de um postulado cartesiano.

Hägerström diz, com Descartes, que “ninguém pode duvidar de sua própria existência enquanto ser consciente”. Mas o que diferencia esse ser consciente dos demais? O que diferencia a minha própria consciência da *res cogitans* geral? Pois se não houver algum princípio de diferenciação, o ser consciente não existe, mas somente o todo de seres conscientes de que ele faz parte; existe apenas a *res cogitans*. Esse princípio de diferenciação não pode ser outro, para Hägerström, que não o espaço e o tempo: o espaço ocupado por esse ser e o tempo em que ele existe o diferencia dos demais e, portanto, a existência desse *continuum* (espaço e tempo) é pressuposto da existência do ser consciente. Portanto, aquele único *continuum* existente e imediatamente dado é o espaço e o tempo: porque “não podemos conceber a existência de nós mesmos, diferenciada de outras pessoas através do espaço e do tempo, como somente uma ideia”.⁷² Afinal,

[...] sempre que qualquer questão epistemológica é levantada, a realidade da ideia cuja verdade está sendo questionada é pressuposta. Do contrário não se estaria perguntando a respeito de nada. Mas isso significa que a realidade do ser consciente que tem a ideia é pressuposta. [...] Essa consciência de realidade pressupõe o mundo da experiência [ou seja, o mundo do espaço e do tempo que é experienciado] para que o ser consciente suposto possa ser diferenciado.⁷³⁻⁷⁴

⁷¹ HÄGERSTRÖM, Axel. The philosophy of Axel Hägerström. In: HÄGERSTRÖM, Axel. **Philosophy and religion**. London: George Allen & Unwin LTD, 1964, p. 314, tradução nossa. Para Patricia Mindus, “*determinateness*” ou “*bestämtheit*” significa aquilo que é “imediatamente dado”: “tradicionalmente, a filosofia moderna tomou a consciência como ‘imediatamente dada’, já que a certeza de *cogito ergo sum* não precisava de qualquer mediação para ser experienciada. Como vimos, isso não é mais verdade para Hägerström, que ao invés considerou a ‘realidade’ como imediatamente ou primariamente dada (*der allena omedelbart givna/das allein unmittelbar Gegebene*); ou seja, imanente ou assumindo em qualquer julgamento” (MINDUS, Patricia. **A real mind: the life and work of Axel Hägerström**. Dordrecht: Springer, 2009. p. 56, tradução nossa).

⁷² HÄGERSTRÖM, Axel. A summary of my philosophy. In: HÄGERSTRÖM, Axel. **Philosophy and religion**. London: George Allen & Unwin LTD, 1964, p. 54-58, tradução nossa.

⁷³ HÄGERSTRÖM, *loc. cit.*, tradução nossa.

⁷⁴ Max Lyles, interpretando Hägerström, dirá que essa ideia é consequência do princípio da parcimônia (Navalha de Occam): “*On account of the major importance that Hägerström attached to the laws of thought, especially the principle of identity, it is safe to argue that his philosophy is governed by one overriding principle, namely Occam’s razor, according to which, the philosopher or scientist should keep the sum of hypothetical entities and supporting hypotheses to an absolute minimum, thus refraining from multiplying the entities unnecessarily [...] Consequently, the number of entities must be reduced as far as possible, which according to Hägerström’s general anti-metaphysical line of argument is achieved by postulating a single-world ontology, which is the postulate that corresponds best to his application of the principle of identity in ontological matters, namely that reality is identical to itself and*

Em Hägerström, existe uma coerência entre epistemologia e ontologia. Além de o autor entender que o *continuum* do espaço e do tempo é a única realidade existente, também entende que ela é a única cognoscível – portanto, todo conhecimento possível é conhecimento desse *continuum*:

1°. *Alguém não pode ter conhecimento daquilo que está fora do espaço e do tempo.* Considerando que alguém pressupõe a consciência humana, condição sem a qual se torna insignificante investigar qualquer coisa, esse alguém pressupõe a existência de tempo e espaço. Pois humanos, é dito, só podem existir no espaço e no tempo. Mas então nenhuma realidade espiritual ou eterna separada seria concebível. Essas realidades existiriam *juntas* da realidade do espaço e do tempo, mas como essas realidades eternas são logicamente elevadas acima do espaço e do tempo, uma relação desse tipo não poderia existir.

2°. *Experiência do que existe no tempo e no espaço é a fundação do conhecimento.* Pois tempo e espaço, que são invariavelmente pressupostos na suposição da consciência humana, adquirem seu conteúdo somente da experiência.

3°. *Somente o pensamento que emana daquilo que é obtido da experiência mencionada proporciona conhecimento.* Ou seja, somente a investigação direta daquela forma na qual os múltiplos elementos do material empírico se relacionam um com o outro garante a verdade. Somente a partir das características próprias do concebido a verdade de um julgamento pode ser determinada.⁷⁵

Se a consciência humana só pode existir dentro do *continuum* do espaço e do tempo (já que só nesse *continuum* ela se diferencia), então uma coisa fora desse espaço e

*thus one and indivisible. The same parsimonious principle also carries over to Hägerström's epistemology where the fundamental laws of thought are used to reduce the area of the cognizable to those facts, things, and concepts that refer directly to what can be perceived either directly or realized as a non-contradictory entity, namely physical reality - thus removing "das Ding an sich" and other metaphysical concepts from the class of possible and cognizable objects (LYLES, Max. **A call for scientific purity**: Axel Hägerström's critique of legal science. Stockholm: Institutet för rättshistorisk forskning, 2006, p. 235-236). Sobre a coisa em si ("das Ding an sich"), Hägerström diz o seguinte: "Realidade em si", realidade absoluta é uma ideia auto-contraditória. Aqui, alguma coisa real específica é suposta como idêntica ao conceito de realidade. Todo o restante sofre de falta de realidade. Mas o irreal não pode ser real" (HÄGERSTRÖM, Axel. *The philosophy of Axel Hägerström*. In: HÄGERSTRÖM, Axel. **Philosophy and religion**. London: George Allen & Unwin LTD, 1964, p. 315, tradução nossa).*

⁷⁵ HÄGERSTRÖM, Axel. **Ein Stein, Ihr Herren, is ein schlechtes Argument**. Stockholm: Fönstret, 1934, p. 6-7, tradução nossa. No original: "1°. *Man kan icke ha kunskap om, vad som faller utanför rum och tid. Såvitt man förutsätter mänskligt medvetande, utan vilken förutsättning det blir meningslöst att undersöka något som helst, antar man också tid och rum. Ty människor lära dock existera blott i tid och rum. Men då kan icke heller någon andlig eller evig verklighet tänkas. Den skulle då finnas tillsammans med den i tid och rum givna verkligheten. Men då den skulle vara upphöjd över tid och rum, kan den icke stå i något som helst förhållande till sådan verklighet.* 2°. *Erfarenheten av det i tid och rum givna är grundval för kunskapen. Ty den tid och det rum, som alltid förutsätts vid antagandet av mänskligt medvetande, ha sitt innehåll allenast från erfarenheten.* 3°. *Endast det tänkande, som utgår från det i den nämnda erfarenheten givna, skänker kunskap. D.v.s. blott en direkt undersökning av det sätt varpå erfarenhetsmaterialets olika momenter stå tillsammans med varandra, kan garantera sanning. Av det tänktasegen karaktär är sanningen av ett omdöme därom allena bestämd. En 'sanning', som vore att hävda blott genom vår egen inställning till det föremål, om vilket det förment sanna omdömet följles, t.ex. en sådan, som gällande blott i förhållande till ett värderande subjekt, är en absurditet". Para comentário sobre esta passagem, cf. LYLES, Max. **A call for scientific purity**: Axel Hägerström's critique of legal science. Stockholm: Institutet för rättshistorisk forskning, 2006, p. 142-143.*

tempo não pode ser concebida, pois, do contrário, essa coisa, ao ser concebida, entraria no espaço e no tempo, uma vez que teria entrado na consciência – consciência esta que só pode existir no espaço e no tempo.

A partir dessas ideias da ontologia e da epistemologia em Hägerström, o autor caracteriza a metafísica que ele, ao longo de toda a sua vida, tentou destruir. Segundo Hägerström, a metafísica tem duas raízes.

A primeira delas é a afirmação de que há algo que está além do conhecimento e que não pode ser determinado de qualquer maneira a não ser no fato de ser algo. A primeira raiz da metafísica é essa crença em algo que simplesmente é, apesar de não ser dado ao conhecimento. Uma vez que esse algo é desconhecido, não nos é dado absolutamente nada a não ser a condição de que ele é real. Seria abstraído um caráter determinado sem que, diante de nós, haja algo com esse caráter.⁷⁶

A segunda raiz da metafísica seria a ideia de que toda a realidade é uma realidade existente somente no mundo enclausurado dentro de mim. Esta segunda raiz é, essencialmente, o idealismo epistemológico de raízes kantianas que Hägerström tanto criticou.⁷⁷ Em um texto de 1933 incluído em uma coletânea intitulada “*Filosofiskt lexikon*” (“Léxico filosófico”), Hägerström fornece a seguinte explicação:

A pressuposição geral da filosofia moderna (mesmo em Kant), ou seja, que a única coisa imediatamente dada são nossas próprias ideias, é falsa. No conhecimento de minhas próprias ideias, a realidade dada no espaço e no tempo é pressuposta. Na realidade espaço-temporal eu localizo a mim mesmo e minhas ideias como reais.⁷⁸

Ao lado da metafísica, outra ideia que aparece em múltiplas obras de Hägerström é a crítica a crenças mágicas nas ciências jurídicas. Olivecrona, interpretando Hägerström, esclarece o que o autor entende por crenças mágicas: “Por crenças mágicas ele entendia, até onde eu sei, qualquer tipo de crença na possibilidade de produzir efeitos desejados por outros meios que não aqueles pertencentes à causalidade natural”.⁷⁹

Em vista desses entendimentos de Hägerström, sua pesquisa voltada ao direito, em grande medida, procurará encontrar algum substrato existente no espaço e no tempo

⁷⁶ HÄGERSTRÖM, Axel. A summary of my philosophy. *In*: HÄGERSTRÖM, Axel. **Philosophy and religion**. London: George Allen & Unwin LTD, 1964, p. 60-63.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 63 *et seq.* Cf., também, *ibidem*, p. 38 *et seq.*

⁷⁸ HÄGERSTRÖM, Axel. The philosophy of Axel Hägerström. *In*: HÄGERSTRÖM, Axel. **Philosophy and religion**. London: George Allen & Unwin LTD, 1964, p. 313, tradução nossa.

⁷⁹ OLIVECRONA, Karl. Editor's preface. *In*: **Inquiries into the Nature of Law and Morals**. Uppsala: Almqvist & Wiksells, 1953, p. XVII, tradução nossa.

e que seja objeto de descrição pelas categorias desenvolvidas pelas tentativas de ciências do direito que o antecederam e que foram contemporâneas a ele. Categorias como a de “direito em sentido subjetivo” (“*right*”), “direito em sentido objetivo” (“*law*”), “dever” (“*duty*” e, também, “*ought*”) e outras serão examinadas por Hägerström. Ele afirma:

A ciência moderna em geral, e, portanto, a ciência do direito moderna também, buscam usar apenas conceitos que correspondam a fatos [i.e., regiões no espaço e no tempo]. Mas quando alguém tenta determinar os fatos a que correspondam essas ideias [‘direito subjetivo’, ‘dever’ etc.] encontra dificuldades.⁸⁰

A metafísica e o direito se enredam quando este acredita na existência de entes fora do espaço e do tempo, sobre os quais não somos capazes de dizer nada. Somente se diz que eles existem, e nada mais – traço que, na visão de Hägerström, caracteriza aquilo que é objeto da metafísica. E o que Hägerström propõe acima de tudo é destruir toda a metafísica. A ciência jurídica também acabaria acreditando numa possibilidade de produzir efeitos na realidade do espaço e do tempo por meios que não a causação natural – o que Hägerström considera ser uma crença em mágica.

Por fim, um outro traço marcante da filosofia de Hägerström é sua opinião sobre a natureza das proposições a respeito do que deve ser. Hägerström entende que as afirmações a respeito do que deve ser não podem ser ditas nem verdadeiras e nem falsas: “Quando concebemos certa ação como objetivamente certa e outra como objetivamente errada, combinamos com certo e errado um conceito que é estranho a essas noções”, pois se “elas não representam nada como verdade, nem dizem nada sobre isso ou aquilo sendo efetivamente desta ou daquela maneira, seria sem sentido perguntar sobre sua verdade”.⁸¹ Junto desse entendimento, ao investigar o que poderia ser a tarefa de uma filosofia moral concebida como científica, Hägerström dirá o seguinte:

Deve ter ficado claro o que *não é* a tarefa da filosofia moral enquanto ciência. A ciência só deve indicar o que é verdade, sendo que é sem sentido considerar a ideia de uma obrigação como verdadeira; então, nenhuma ciência pode ter como sua tarefa indicar como nós devemos agir.⁸²

⁸⁰ HÄGERSTRÖM, Axel. General view: Introductory chapter to the work: *Der römische Obligationbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung*. In: HÄGERSTRÖM, Axel. **Inquiries into the Nature of Law and Morals**. Uppsala: Almqvist & Wiksells, 1953. p. 1.

⁸¹ HÄGERSTRÖM, Axel. On the truth of moral propositions. HÄGERSTRÖM, Axel. **Philosophy and religion**. London: George Allen & Unwin LTD, 1964. p. 83, tradução nossa.

⁸² *Ibid.*, p. 95, tradução nossa.

3.1.3 A circularidade das teorias da vontade

No artigo “*Is Positive Law an Expression of Will?*”, de 1916, Hägerström diz: “Podemos rejeitar, por circular, a teoria que entende a vontade, cujo conteúdo expresso de certo modo constitui o direito, como uma vontade, ela própria, determinada pelo direito”.⁸³⁻⁸⁴

Segundo Hägerström, o problema da circularidade existe em qualquer construção que designa a lei como expressão ou significado da “vontade do Estado”. A circularidade da ideia estaria no fato de que “a noção de norma jurídica é definida em termos de vontade do Estado, enquanto este último é, ele próprio, uma noção jurídica no sentido de que é aquela aplicada nas normas jurídicas. Ela não pode, portanto, ser definida sem a noção de norma jurídica”.⁸⁵ Pergunta-se: o que são normas? Responde-se: são os significados dos atos de vontade do Estado. Mas a vontade do Estado e seu próprio significado são definidos por normas jurídicas. Isso nos leva a uma circularidade que torna impossível a resposta à primeira pergunta. Hägerström cita passagens de *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, de Kelsen, e de *Das sittliche Bewusstsein*, de Von Hartmann, em que os autores afirmam que a vontade cujo significado são as normas jurídicas é precisamente a vontade do Estado.

Uma tentativa de fugir dessa circularidade consiste em argumentar que existe uma “vontade geral” ou uma “vontade coletiva” acima dos órgãos do Estado. As normas seriam, assim, a vontade dos órgãos estatais, mas esses órgãos estatais e suas vontades não seriam definidos pelas próprias normas, mas sim mediadores na atuação da “vontade

⁸³ HÄGERSTRÖM, Axel. *Is positive law an expression of will?* In: HÄGERSTRÖM, Axel. **Inquiries into the Nature of Law and Morals**. Uppsala: Almqvist & Wiksells, 1953, p. 18.

⁸⁴ Diante da tese da circularidade, um apontamento precisa ser feito. Decorre da tese da circularidade que o direito, tal qual exposto pelas teorias da vontade, não é cognoscível. Isso pode parecer levar a uma contradição performativa, porque, ao longo do trabalho de Hägerström (e ao longo deste trabalho) a existência e a cognoscibilidade de um “direito” são supostas justamente para criticar as teorias da vontade. Quando Hägerström, por exemplo, diz que as teorias da vontade não servem para descrever o direito romano clássico, está supondo existir no direito romano clássico algo chamado de “direito” diverso do que essas teorias chamam de “direito”. A contradição performativa não existe, porém, porque Hägerström entende que as teorias da vontade partem de uma base material (ou seja, uma realidade existente no mundo do ser). Essa base material é o único “direito” que efetivamente existe e que, assim, é cognoscível. O que a teoria da vontade faz é tomar essa base material por algo diferente dela – esse algo é que é inexistente e incognoscível. Hägerström critica a teoria da vontade não apenas por sua circularidade lógica, mas também por não ter correspondência com os dados do mundo real que são aquilo que leva alguém a falar e pensar em “direito”. Sobre isso, cf. 3.1.5, 3.1.8 e 3.1.9, a seguir.

⁸⁵ HÄGERSTRÖM, Axel. *Is positive law an expression of will?* In: HÄGERSTRÖM, Axel. **Inquiries into the Nature of Law and Morals**. Uppsala: Almqvist & Wiksells, 1953. p. 18-19.

comum de todos os indivíduos ativos pertencentes a uma sociedade”. Hägerström considera haver alguns absurdos nessa teoria, notadamente o fato de ela se basear em uma pura ficção e supor que faria sentido alguém dar ordens a si mesmo. Mais especificamente, segundo Hägerström não existe algo como uma “vontade comum de todos os indivíduos”, já que não é verdade que todos os membros de uma comunidade tenham uma vontade unânime de que a lei seja aplicada – o que se revela no fato de existirem crimes e ilegalidades, por exemplo. Além disso, grande parte dos membros da comunidade não têm conhecimento do teor do direito mantido na comunidade. Hägerström cita *Über objektives und subjektives Recht*, de Hölder, *Die Rechtswidrigkeit*, de Hold-Ferneck, e *Jurisprudenz Prinzipienlehre*, de Bierling, como obras em que essas concepções aparecem.⁸⁶

Hägerström cita algumas tentativas de fugir dos problemas óbvios das teorias a respeito da “vontade geral”. A principal consiste em afirmar que essa “vontade geral” não seria uma vontade quanto à totalidade das normas específicas, mas sim uma vontade abstrata de que normas produzidas segundo certas formalidades sejam respeitadas. Adicionalmente, diz-se que não é necessário que haja uma absoluta observância às normas, mas apenas que uma certa “maioria” da comunidade as observe. Quanto ao primeiro argumento, Hägerström afirma que, no caso de uma vontade geral apenas de cumprimento de normas cuja produção cumpra requisitos formais, essa “vontade geral” não tem como conteúdo qualquer das normas tidas por vigentes em uma comunidade – assim, nenhuma norma poderia ser a demandada pela “vontade geral”, já que o conteúdo de qualquer vontade é indiferente para a “vontade geral”. Quanto ao segundo argumento, Hägerström afirma que ele pressupõe a inexistência de uma “finalidade comum” unindo a vontade de todos: “Ainda menos nesta teoria haveria alguma vontade comum genuína”.⁸⁷

As respostas de Hägerström quanto à ideia de uma “vontade geral” abstrata e não necessariamente unânime não parecem tão convincentes. Não parece haver, como quer Hägerström, inviabilidade lógica na ideia de uma vontade cognoscível da maioria da população no sentido de que qualquer norma produzida segundo certas formalidades seja cumprida. Chamar essa vontade de “vontade geral” ou “vontade comum” não seria correto, é verdade. O mais preciso seria chamá-la de “vontade da maioria”, simplesmente. Além disso, a ideia de que essa “vontade da maioria” não tem qualquer conteúdo não parece correta. As teorias descritas por Hägerström colocam como sendo o conteúdo

⁸⁶ *Ibid.*, p. 20.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 20-25, tradução nossa.

dessa “vontade da maioria” que qualquer norma produzida segundo um dado procedimento formal seja respeitada. Portanto, por mais que o conteúdo das normas produzidas não tenha sido antecipado pela “vontade da maioria”, atendendo essas normas à forma prevista, seu conteúdo pode ser considerado, de um ponto de vista estritamente lógico, pertencente a essa “vontade da maioria”, já que esta última não tem requisitos além dos formais.⁸⁸

O que há de realmente problemático na teoria da “vontade da maioria” são aspectos empíricos e de escopo. Essa “vontade” é sempre ficcional. Não se trata de uma investigação empírica quanto à vontade das pessoas, mas de uma pressuposição quanto à sua existência e de uma arbitrariedade quanto ao seu conteúdo. Além disso, produzir uma ciência do direito descrevendo as normas que são reconduzíveis à “vontade da maioria” seria um esforço absolutamente empírico muito diferente do que normalmente os juspositivistas procuram fazer. Ao invés de investigar os documentos resultantes da atividade do legislador, o juspositivista que pretenda manter a premissa da “vontade da maioria” teria de investigar esses documentos em cotejo com uma investigação psicológica da população. Esse tipo de investigação também encontraria enormes problemas, que serão apontados por Hägerström e dos quais trataremos oportunamente. Faz-se referência desde logo, porém, ao problema da firmeza das intenções e da irrealidade dos sentimentos, ambos abordados pelo autor e que tomariam lugar em uma investigação de uma “vontade da maioria”.

Esses problemas todos poderiam, talvez, ser resolvidos pela consideração da “vontade geral” não como uma vontade dos membros da comunidade, mas sim de um ser “super-individual” cuja vontade seria a “vontade geral”. Hägerström cita algumas teorias que consideram existir esse ser “super-individual” como um organismo análogo a um organismo natural. A ideia é absolutamente ficcional e Hägerström a qualifica como “*nonsense*”. Outras linhas de pensamento, porém, entendem por “vontade geral” algo existente em um sentido “espiritual”, uma unidade autônoma em sua existência em relação à vontade dos membros da comunidade. Essa ideia aparece em Georg Jellinek. Teríamos aqui, ainda, uma vontade “super-individual”, mas não uma vontade de um organismo natural. Ao contrário, teríamos a consideração de uma sociedade organizada com um objetivo em

⁸⁸ Todo tipo de dificuldade surgiria nesse caso, é verdade. A dificuldade da textura aberta dos conceitos é um exemplo. Essas dificuldades, porém, existem por conta da forma como a linguagem natural funciona – não por motivos estritamente lógicos (Cf., sobre isso, WAISMANN, F.; MACKINNON, D. M.; KNEALE, W. C. Symposium: Verifiability. **Proceedings of the Aristotelian Society, Supplementary Volumes**, v. 19, Oxford: Oxford University Press, 1945).

comum. Esse objetivo, que está presente nos vários indivíduos, é autonomizado no que se chama de uma “vontade da unidade coletiva”. Aqui é notável que estamos de volta, na verdade, diante dos problemas que foram identificados na ideia de uma “vontade coletiva” não autônoma em relação à vontade dos membros da comunidade. Porém, Hägerström adiciona à equação um problema lógico relevante. A “vontade geral” ou é o conjunto das vontades dos membros do grupo (ainda que esse grupo seja apenas uma “maioria”) ou é uma vontade autônoma em relação às vontades dos membros do grupo. Se a autonomia não existe, os problemas já foram identificados; se a autonomia existe, para essa vontade ser autônoma ela deve, por definição, ser independente de qualquer coisa externa a ela mesma (deve ser *ab omni alio solutum*). Só que se a vontade é independente de qualquer coisa externa a ela mesma, ela não tem qualquer conexão com as vontades dos indivíduos – afinal, ela é autônoma.⁸⁹ Estamos aqui, percebe-se, muito perto da arbitrariedade e da subjetividade típicas do jusnaturalismo; essa “vontade” é tida como “existente”, porém fora do mundo real – no mundo do “dever” ou em algum outro reino ficcional que, na verdade, é inexistente dentro da concepção de Hägerström.

Portanto, a solução dos problemas das teorias da “vontade do Estado” pelas teorias da “vontade geral” cai em um problema maior. Se antes nossa pergunta “o que é o direito?” virava uma circularidade sem resposta, agora a pergunta pode ser respondida de qualquer maneira pela simples referência ou a um ente existente, porém não verificável (a “vontade geral” vinculada à vontade dos membros da comunidade) ou a um ente efetivamente ficcional e contaminado por contradições na asserção de sua própria existência (a “vontade geral” autônoma, porém vinculada à vontade dos membros da comunidade).

Outra tentativa de superar a circularidade consiste em considerar como direito o resultado da vontade da autoridade *de facto* soberana. A visão pode ser encontrada, segundo Hägerström, em autores clássicos como Austin e Hobbes. Entre os contemporâneos a ele, Hägerström cita a obra *The elements of jurisprudence*, de Holland, *Juristische Enzyklopädie*, de Merkel, *System der Rechts und Wirtschaftsphilosophie*, de Berolzheimer, e *General Theory of Law and Society*, de seu conterrâneo sueco Reuterskiöld. Hägerström entende que essa tentativa de solução do problema carece de base empírica. Particularmente em sociedades dirigidas por uma constituição, existem regras de fato eficazes destinadas a regular a atuação justamente dessa autoridade soberana, de modo que ela não aja apenas segundo a sua própria vontade. Mesmo nos regimes monárquicos absolutistas,

⁸⁹ HÄGERSTRÖM, Axel. Is positive law an expression of will? In: HÄGERSTRÖM, Axel. **Inquiries into the Nature of Law and Morals**. Uppsala: Almqvist & Wiksells, 1953. p. 26-27.

a autoridade *de facto* soberana justifica sua atuação com base em um “sistema jurídico” tido como existente. Talvez essa concepção de direito sirva, para Hägerström, para descrever uma comunidade mafiosa ou um despotismo altamente tirânico. Mas em geral, as sociedades não funcionam de acordo com ela.⁹⁰

Finalizando as tentativas de fuga da circularidade, Hägerström examina especificamente a teoria de Rudolf Stammler desenvolvida em *Wirtschaft um Recht e Theorie der Rechtswissenschaft*. Para Stammler, a validade do direito significa seu poder de ser efetivado. Haveria, no sistema de Stammler, uma vontade de efetivação, porém uma vontade meramente formal, não reconduzível a nenhum sujeito que não ao próprio direito. Para Hägerström, essa concepção não está tratando propriamente de uma “vontade”, já que a ideia de vontade sempre pressupõe um sujeito que a tenha (ou mais precisamente: que a sinta).⁹¹

3.1.4 As teorias da vontade aplicadas a culturas jurídicas antigas

Diante de tudo isso, alguém poderia perguntar: então por que os juspositivistas não tomam como direito simplesmente as decisões do Poder Legislativo? A circularidade existiria se o próprio conceito de Poder Legislativo fosse o dado pelo direito positivo. Se o conceito fosse dado pela própria ciência jurídica enquanto um conceito arbitrário destinado à mera delimitação de objeto, ela seria eliminada. Mas o juspositivismo teve a ambição de formular uma teoria geral do direito. Não apenas uma teoria que se aplicasse à descrição de sistemas jurídicos que, como os contemporâneos, têm no Poder Legislativo uma figura central.

Essa pretensão de generalidade, segundo Hägerström, porém, não obteve êxito nas teorias da vontade. No livro *On the Question of the Notion of Law*, de 1917, Hägerström afirma que as teorias da vontade não são uma boa descrição, por exemplo, das seguintes culturas jurídicas: direito romano antigo; *common law* inglês; direito germânico antigo; direito da república romana e direito da democracia ateniense. Aqui bastará abordar alguns dos exemplos apresentados pelo autor.

Inicialmente, Hägerström faz menção à *fas* do direito romano antigo. Na época, não havia qualquer separação entre o direito divino (*fas*) e o direito produzido pelos humanos (*ius*). Quase todos os negócios jurídicos tinham de ser celebrados segundo formas

⁹⁰ *Ibid.*, p. 28-35.

⁹¹ *Ibid.*, p. 35-37.

religiosas. A administração da justiça era uma questão religiosa. As *formulas* (as formalidades necessárias para dotar de “validade” uma transação jurídica) foram, durante muito tempo, um segredo clerical. A Lei das XII Tábuas teve a contribuição de revelar a todos quais eram as *formulas*. Apesar disso, elas continuaram sendo administradas exclusivamente pelos clérigos: o mundo secular tinha, agora, apenas o conhecimento do que antes era um segredo clerical. A partir da convicção de que esse era o direito aplicável, ele se tornou eficaz – e não por conta de uma prévia decisão das autoridades soberanas. Na verdade, um traço importante desse direito desenvolvido e aplicado pelos clérigos era sua independência em relação ao Estado.⁹² As teorias da “vontade do Estado” teriam de considerar que, naquela época, não havia direito.

Uma situação parecida existe no direito germânico antigo. Nesse contexto, segundo Hägerström, havia a prática de o julgamento acontecer a partir de ajuda de certos sujeitos (como *Rachinburgii* e *Scabini*) cuja função era *legem dicere ex relatu suorum progenitorum, seniorum et antecessorum semper audiverunt* (ou seja: dizer o direito com base no relato do que seus progenitores, anciãos e antepassados sempre ouviram). Aqui, novamente, a ideia de um direito como sendo exclusivamente “a vontade do Estado” teria de levar à conclusão de que nessa cultura não haveria nada de jurídico.⁹³

Rachinburgii e *Scabini* tiveram seus análogos durante a república romana, em que a forma como os casos eram decididos era influenciada pelas considerações de certos indivíduos particulares considerados “versados em direito” – era o instituto da *responsa prudentium*. Esses particulares não necessariamente tinham qualquer vínculo com o Estado e, menos ainda, com a “vontade do povo”.⁹⁴

A mesma coisa aconteceria, segundo Hägerström, em relação à cultura jurídica do *common law* inglês, que durante muito tempo encarou o direito como algo existente desde tempos imemoriais e meramente aplicado pelo juiz ao decidir casos. Esse direito estaria traduzido nos costumes do povo inglês e em precedentes, com alguns ingredientes de direito escrito de origem canônica e romana. Quando os precedentes e as outras fontes não resolvessem o caso, o *common law* (os costumes do povo inglês) resolveria – e quando houvesse conflito entre as fontes, prevaleceria o *common law*. É da característica dessa cultura jurídica a crença de que o direito a ser aplicado é totalmente independente

⁹² HÄGERSTRÖM, Axel. On the Question of the Notion of Law. In: HÄGERSTRÖM, Axel. **Inquiries into the Nature of Law and Morals**. Uppsala: Almqvist & Wiksells, 1953, p. 57-58.

⁹³ *Ibid.*, p. 60-61.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 67.

da vontade do Estado e, também, da vontade do juiz – que é considerado um aplicador desse direito pré-existente.⁹⁵

Aqui é importante abrir um parêntesis a respeito da disputa em torno das teorias declaratórias e constitutivas da jurisdição. No *common law*, de fato a visão descrita por Hägerström perdurou durante muito tempo. É possível citar autores como William Blackstone e Edward Coke como desenvolvedores da ideia de que o juiz apenas aplica um direito imemorial consistente nos costumes do povo inglês (o *common law*). A despeito disso, autores posteriores frequentemente tidos como precursores do juspositivismo, como John Austin e Jeremy Bentham, se opuseram a essas teses. Eles sustentaram que os precedentes produzidos pelos juízes na verdade constituíam, eles próprios, o *common law*. A jurisdição não era, assim, declaratória de um direito pré-existente, mas ela própria constitutiva desse direito.⁹⁶

Nada disso, é verdade, afeta a consideração de Hägerström. É fato que se considerarmos que só é direito a vontade de algum sujeito, a identificação desse sujeito no ambiente de uma cultura como a do *common law* inglês pré-positivista é bastante difícil. Suponhamos uma sociedade em que os juízes entendem que o direito a ser aplicado são os próprios costumes da população expressos (ou não) através de precedentes. Nessa sociedade, o que os juízes fazem é algo que não aplicar direito? Se a resposta for sim, haverá de ser dito que nessas sociedades não há direito. Se o que eles fazem é aplicar o direito, a noção de direito não pode ser a de “vontade do Estado”.

Particularmente no caso do *common law* inglês, há uma dificuldade adicional. Ainda que no caso da *fas* e da *responsa prudentium* em Roma e dos “versados em direito” do direito germânico medieval seja absurdo falar em “vontade do Estado”, falar na aplicação desses institutos como derivados da vontade de alguém (vontade dos clérigos ou dos “versados em direito”) não parece impossível – parece, na verdade, até mais fácil do que falar em vontade nos sistemas contemporâneos. Mas no sistema inglês descrito por Hägerström, frequentemente os juízes se sentiam, de fato, como que aplicadores de algo que não dependia da vontade existente de alguém, mas sim de práticas de sujeitos indeterminados mortos há muitos anos, reiteradas por sujeitos igualmente indeterminados ao longo do tempo. Falar em aplicação do direito como satisfação de uma vontade, nesse caso, não parece condizente com a realidade.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 58-60.

⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 24-33.

Essas considerações históricas, ao lado da análise da circularidade da teoria da “vontade do Estado” e do caráter ficcional das tentativas de superá-la, nos levam à identificação, por Hägerström, de elementos jusnaturalistas e metafísicos nas teorias autopromovidas juspositivistas.

3.1.5 A metafísica na antropomorfização das forças que mantêm o sistema jurídico

Um primeiro fator metafísico é derivado do fenômeno chamado de “antropomorfização das forças que mantêm o sistema jurídico”. Segundo Hägerström, a base material a partir da qual as teorias da vontade operam é uma realidade em que um certo sistema de regras de conduta, que se relaciona com um certo grupo de indivíduos, é aplicado por certas pessoas apontadas especialmente para esse fim por certas forças efetivamente operantes nesse contexto. Esse sistema de regras de conduta é mantido ao longo do tempo e continua relativamente eficaz. Mas as razões dessa eficácia passam a não ser mais apenas a superioridade física ou moral dos responsáveis pela elaboração e aplicação das regras em questão. Entram em jogo o hábito herdado de geração em geração de obedecer a decretos que se apresentam como dotados de autoridade, ideias tradicionais de uma “santidade” desses sistemas de regras que se chamam a si mesmos de “direito”, sentimentos populares de justiça, inclinações gerais a se adaptar às circunstâncias, medo da anarquia, falta de organização entre os descontentes etc. A partir dessa base material, o erro das teorias da vontade é a antropomorfização dessa miríade de fatores responsáveis pela própria existência dela. Diante da constatação dessa base material, as teorias da vontade acreditam que sua causa seja algo que simplesmente não existe: um sujeito com uma vontade unitária que ajustou seus desejos de acordo com um certo sistema de valores e, a partir dele, criou e mandou ser mantido o direito. O que se faz é tomar um conjunto de fatores sociais situados no mundo da realidade por uma vontade antropomorfizada inexistente.⁹⁷

A ideia, é inegável, é próxima das crenças religiosas em divindades.

3.1.6 A metafísica na natureza da norma que prescreve a obediência à constituição

Por falar em crenças religiosas, Hägerström tem ainda uma última crítica a fazer às teorias da vontade, também em seu artigo de 1916. Quando um juiz decide um caso

⁹⁷ HÄGERSTRÖM, Axel. Is positive law an expression of will? *In*: HÄGERSTRÖM, Axel. **Inquiries into the Nature of Law and Morals**. Uppsala: Almqvist & Wiksells, 1953, p. 37-41.

com base em certos documentos normativos tidos como fontes de direito, há algo que diga a ele que ele deve decidir o caso com base naquelas prescrições e não em quaisquer outras prescrições? Seria uma regra que determina a validade da própria constituição? Hägerström cita inúmeros autores que respondem positivamente. Essa regra, porém, acaba sempre estando fora do direito positivo – ela advém, indisfarçavelmente, de concepções jusnaturalistas. Jellinek dirá que ela é uma “necessidade do pensamento”, à maneira do jusracionalismo.⁹⁸ Radbruch (não exatamente um positivista) dirá que o dever do juiz de julgar de acordo com o direito positivo não pode ser derivado do próprio direito positivo, mas da ética e do juramento feito pelo juiz.⁹⁹ Como é óbvio que a regra que determina o dever de respeitar o direito positivo não pode ser encontrada no próprio direito positivo, é preciso recorrer a algo fora dele para se dizer que o direito positivo deve ser respeitado. Mas é princípio do juspositivismo que só o direito positivo é direito. Qualquer ideia de que algo que não o direito positivo “deve ser” respeitado é uma variante do jusnaturalismo. Por isso – além de por outros motivos que serão explicados adiante –, Hägerström entende haver nas teorias da vontade (que são, na verdade, teorias juspositivistas) a intrusão de ideias jusnaturalistas.

3.1.7 Interlúdio: o problema da interpretação e suplementação da lei pelos juízes e as teorias da “vontade do legislador”

No livro de 1917, *On the question of the notion of law*, Hägerström apresentará outras ideias existentes nas teorias juspositivistas e que, para ele, implicam em assunções metafísicas dentro da filosofia do direito.

Hägerström formula a seguinte pergunta: “O direito que o juiz leva em conta é idêntico à vontade do legislador?”. Essa pergunta traduz seu argumento de que as teorias da vontade encontram dificuldades quando se leva em conta a aplicação do direito pelos juízes. Aqui, um dos objetivos de Hägerström é mostrar que as teorias da vontade tratam por direito algo diverso daquilo que os juízes aplicam.

⁹⁸ JELLINEK (1913, p. 27) *apud* HÄGERSTRÖM, Axel. Is positive law an expression of will? In: HÄGERSTRÖM, Axel. **Inquiries into the Nature of Law and Morals**. Uppsala: Almqvist & Wiksells, 1953, p. 49.

⁹⁹ RADBRUCH (1914, p. 182) *apud* HÄGERSTRÖM, Axel. Is positive law an expression of will? In: HÄGERSTRÖM, Axel. **Inquiries into the Nature of Law and Morals**. Uppsala: Almqvist & Wiksells, 1953, p. 50.

Hägerström começa deduzindo essa consequência de uma passagem da obra “*Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*”, de 1892, do positivista radical Karl Bergbohm. Na passagem citada, Bergbohm afirma que o direito é, para o juiz, “completamente pré-determinado, indefectível e consistente consigo mesmo, não importa o quanto ele tenha que se esforçar com a indefinição, inadequação e desarmonia dos *indicia* do direito para trazer à luz as normas ali latentes”.¹⁰⁰ Bergbohm trabalha, portanto, com uma distinção entre os *indicia* do direito, ou documentos do direito (“*Rechtszeugnisse*”), e o direito em si. Os documentos do direito podem ser incoerentes, lacônicos e defeituosos, mas o direito que se apresenta para o juiz no momento da decisão, não. Mas a única expressão autoritativa da “vontade do legislador” são esses documentos potencialmente incoerentes, lacônicos e defeituosos. Então, para chegar a esse “direito correto” (único e indefectível) a despeito dos problemas dos documentos normativos, ou o juiz está se valendo de expressões não autoritativas da “vontade do legislador” ou ele está se valendo de algo que não é a “vontade do legislador”. Se não através dos documentos produzidos pelo legislador, talvez o juiz possa chegar a esse “direito correto” investigando, através de indicadores externos, a real vontade do legislador. Essa investigação, certamente, encontraria dificuldades em um

¹⁰⁰ BERGBOHM, Karl. **Jurisprudenz und Rechtsphilosophie**. Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1892, p. 385, tradução nossa. No original, a frase completa de Bergbohm, que trata das técnicas de suplementação de problemas nas fontes de direito, é a seguinte: “*Soviel präzises Recht, als der Richter braucht, muß also spätestens im Augenblick seines Spruches da sein d. h. das Recht ist für ihn im entscheidenden Moment immer allseitig vorbestimmt, vollkommen lückenlos und in sich harmonisch, wenn er vorher auch noch so schwer mit der Unbestimmtheit, Lückenhaftigkeit und Disharmonie der Rechtszeugnisse zu ringen hatte, um die latenten Rechtssätze zutage zu fördern*”. Em português, seria algo como: “O direito suficiente para o que o juiz precisa deve aparecer no mais tardar no momento de sua decisão, *i.e.*, o direito para ele, no momento decisivo, é sempre completamente pré-determinado, totalmente sem lacunas e internamente harmonioso, ainda que ele [o juiz] tenha anteriormente lutado contra a indeterminação, incompletude e desarmonia dos documentos normativos, para trazer à tona as normas jurídicas latentes”. É curioso como um positivista radical e pré-kelseniano como Bergbohm coloca o problema de forma a lembrar os conceitos de norma (análogo ao “*Recht*”, “direito” em Bergbohm) e disposição (análogo aos “*Rechtszeugnisse*”, “documentos normativos” em Bergbohm) do realismo jurídico italiano. Essa diferenciação de Bergbohm parece colocar o direito como resultado da interpretação e suplementação das fontes de direito pelo intérprete ou suplementador. Hägerström, porém, considerará uma diferença entre a “vontade do legislador” produtor dos documentos normativos e o que se apresenta para o juiz como um fator de dificuldade das teorias da vontade. As impugnações de Hägerström neste ponto são importantes para quem pretenda argumentar que há uma diferença entre os textos normativos e a lei, sendo que os primeiros são o que se apresenta ao juiz e a segunda é a “decisão legislativa” ou a “vontade do legislador” (Cf. SABBAG NETO, Thomé. **Juizes criam normas? Objeções à tese de que não há normas antes da interpretação da lei**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024, *passim*).

“legislador” que não é uma pessoa individual, mas sim uma corporação, já que é improvável que dentro dessa corporação haja efetivamente uma tal vontade “certa” e indefectível como aquela a que Bergbohm faz menção.¹⁰¹

Além disso, Hägerström dirá que essa perquirição pelo juiz quanto à vontade do legislador é “inadequada como meio de encontrar a chave para a aplicação apropriada do direito a todos os casos – casos estes cuja própria possibilidade pode não ter sido antecipada quando a lei foi produzida”.¹⁰² Hägerström cita autores que rejeitam a ideia de que os documentos normativos devem ser interpretados a partir dessa investigação histórica a respeito da “vontade do legislador”. Muitos defenderão, por exemplo, que os documentos normativos devem ser interpretados de acordo com “o que seria razoável em vista do caso” ou de acordo com a assunção de um “legislador contemporâneo, que é razoável (na opinião do intérprete) e que tenha uma visão clara a respeito das possibilidades típicas de aplicação”. Nesse caso, obviamente, entrará em cena todo tipo de valoração moral, econômica, sociopolítica etc. Mas, ao mesmo tempo, a demanda por segurança jurídica se fará sentir de modo a conter as tendências valorativas do intérprete. No final das contas, terão grande importância os padrões e valores da classe social dominante. Isso sem falar no fato de que uma ordenação terá de ser coordenada com as demais, independentemente de não haver identidade entre os legisladores e os motivos responsáveis por cada uma delas.¹⁰³ Quando o juiz se comporta dessa maneira – que não é, na visão de Hägerström, uma forma aberrante de comportamento judicial, mas isso é um mero detalhe – evidentemente entram em cena múltiplos fatores independentes da “vontade do legislador”.

Hägerström descreve ainda uma operação judicial que envolve recurso ao que ele chama de “fontes especiais de direito”. Essas “fontes” são, por exemplo, a “analogia”, o “espírito da lei”, a “natureza do caso”, a “justiça” e a “equidade”. Quando o juiz recorre a elas, entram em cena valorações e outros fatores independentes da “vontade do legislador”. Tipicamente, o recurso a essas fontes é utilizado (e considerado legítimo) em casos de lacunas na lei. Porém, “mesmo quando o sistema obtido pela [...] interpretação das

¹⁰¹ HÄGERSTRÖM, Axel. On the Question of the Notion of Law. *In*: HÄGERSTRÖM, Axel. **Inquiries into the Nature of Law and Morals**. Uppsala: Almqvist & Wiksells, 1953. p. 71-77. Em outra passagem (*ibid.*, p. 98, tradução nossa), Hägerström faz um comentário muito lúcido: “Se o legislador é um ente corporativo, é verdade que a única intenção que pode ser demonstrada como sendo a intenção comum dos participantes dessa corporação é a intenção de dar autoridade a um certo conjunto de palavras”. Assim, é quase certo que a investigação das “reais intenções do legislador” acaba tomando a parte pelo todo, em alguma medida, e, portanto, não representando a “real intenção do legislador” – “legislador” este que, como já mencionado, na verdade é uma antropomorfização ficcional de um conjunto de fatos existentes nas sociedades.

¹⁰² *Ibid.*, p. 76-77, tradução nossa

¹⁰³ *Ibid.*, p. 74-77, tradução nossa.

ordenações legais em questões fornece uma norma para aplicação da lei, *i.e.*, uma premissa maior na qual o caso pode ser subsumido, pode ser que sejam usadas as fontes de direito que acabamos de mencionar [ou seja, as “fontes especiais”].¹⁰⁴ Isso acontece tipicamente quando a aplicação da lei gera resultados que conflitam com valores morais, econômicos e sociais ou com demandas de “justiça ou de equidade”. Nesse caso, a despeito de não haver efetivamente lacunas ou outros defeitos no sistema que normalmente justificariam o uso das “fontes especiais”, elas são utilizadas. Hägerström diz, como Zitelmann, que aqui não há uma “lacuna genuína”, mas uma “lacuna espúria”.¹⁰⁵

É possível expressar as ideias de Hägerström acima descritas da seguinte forma: se o direito é algo inteiramente predeterminado para o juiz (e para ser predeterminado ele não pode ser nem lacônico e nem incoerente consigo mesmo), esse direito há de ser algo diferente dos múltiplos documentos normativos que se apresentam ao juiz (já que esses são lacônicos e contêm incoerências). Esse “algo diferente” não pode ser a “vontade do legislador”, porque só há duas maneiras de aferir essa “vontade do legislador”: ou através dos documentos, que são a única coisa que ele produz e aprova, ou através de indicadores externos que nos permitam concluir a respeito da vontade desse sujeito chamado “legislador”. Mas os documentos expressam lacunas e incoerências, de modo que não podem expressar esse “algo diferente”; e esse sujeito chamado “legislador” na verdade não é um indivíduo, mas uma corporação, de modo que sua vontade real é potencialmente pouco clara, lacônica, incoerente, defeituosa. E, além disso, é apenas uma dentre as possíveis orientações que o juiz deve perquirir acerca da vontade do legislador. Em muitos casos, os juízes (e a comunidade jurídica em geral) entendem que devem perquirir acerca da vontade do que seria um “legislador contemporâneo razoável”, que conhece as características do caso e as múltiplas possibilidades interpretativas – obviamente aqui entram em cena valorações por parte do juiz. E em muitos casos os juízes entendem haver lacunas (genuínas ou espúrias) no sistema jurídico – casos em que é relativamente comum e bem aceito que o juiz recorra à “analogia”, ao “espírito da lei”, à “natureza do caso”, à “justiça”, à “equidade” e a outras “fontes especiais de direito” que certamente envolvem também valorações por parte dele.

Então, o direito não pode ao mesmo tempo ser “aquilo que é aplicado pelo juiz”, “algo inteiramente predeterminado para o juiz” e “a vontade do legislador”.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 81, tradução nossa.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 78-81.

Assumamos, então, que o direito não é “algo inteiramente predeterminado para o juiz”, mas que ainda assim é “algo aplicado pelo juiz” e “a vontade do legislador”. O abandono da premissa de que o direito é “algo inteiramente predeterminado para o juiz” é necessário para a assunção das demais premissas, porque para o juiz aplicar a vontade do legislador, precisa ou se valer dos documentos normativos (“*Rechtszeugnisse*”) ou de inquirições sobre a real intenção da corporação que chamamos de “legislador”. Mas essas duas coisas expressam algo eivado de lacunas e incoerências e, portanto, não “inteiramente predeterminado”. Com o abandono dessa primeira premissa, o obstáculo que fica diz respeito ao fato de que “aquilo que é aplicado pelo juiz” é frequentemente resultado de valorações do próprio juiz – e, portanto, não pode ser considerado puramente a “vontade do legislador”. Mas há duas formas de superar essa aparente contradição: se “a vontade do legislador” for tida como algo que inclui a intenção de que o juiz, segundo a sua própria vontade, decida o caso dentro da moldura de significados possíveis que a letra da lei define ou se “a vontade do legislador” for tida como algo que inclui a intenção de que o juiz interprete e suplemente a letra da lei segundo as regras de suplementação e de interpretação anteriormente descritas e que efetivamente são praticadas nos contextos judiciais (que envolvem valorações morais, econômicas, sociopolíticas etc.).

Segundo a primeira ideia, o legislador, através dos documentos normativos (“*Rechtszeugnisse*”) teria delineado uma moldura para o juiz. O juiz poderia se mover livremente dentro desta moldura, interpretando a letra da lei e suplementando-a segundo os princípios definidos por ele próprio. Esta forma particular de descrever a “vontade do legislador” mantém a premissa de que aquilo que os juízes aplicam é o direito positivo e, também, a premissa de que o direito positivo é dependente da ou é a própria “vontade do legislador”. Como objeção a essa ideia, Hägerström cita a hipótese em que o juiz decide o caso, mas extrapolando a moldura dentro da qual ele teria liberdade para julgar segundo sua própria vontade. Por mais que essa decisão possa, eventualmente, ser considerada incorreta, ela adquirirá validade jurídica para o caso específico através da força da *res judicata* – e, em muitos sistemas jurídicos, passará a ser relevante enquanto parte do direito a ser aplicado por juízes em casos futuros, como um precedente. A explicação proposta, portanto, não poderia considerar a *res judicata* e o precedente que extrapola a moldura como partes do direito positivo. Mas isso iria contra (e deixaria sem explicação) o

consenso do mundo jurídico de que a *res judicata* é aceita como verdade tanto em relação aos fatos quanto em relação ao direito (*res judicata pro veritate accipitur*).¹⁰⁶⁻¹⁰⁷

Além desta hipótese específica em que a teoria da moldura encontra dificuldades, Hägerström acrescenta as seguintes considerações:

Deve ser algo essencialmente inquestionável que o juiz se considera agindo de acordo com normas objetivamente válidas, não apenas quando em um dado caso ele interpreta a lei de acordo com seus juízos de valor, mas também quando suplementa a lei ou mesmo quando decide *contra legem*. Há uma forte demanda emocional segundo a qual o julgamento deve ser justo, *i.e.*, de acordo com uma declaração de direitos e deveres objetivamente existentes; e estas demandas têm suas raízes na história das civilizações [...] Se o juiz, de acordo com as opiniões jurídicas correntes, está sob a obrigação de expressar, em sua decisão a respeito de um caso, um direito objetivo, ele também é vinculado de fato por sua própria e pela visão do público a respeito do direito [...] é incorreto dizer que ele próprio determina, mesmo dentro da moldura da letra da lei, a maneira como os casos devem ser decididos. É incorreto dizer que o direito que se aplica ao caso, especialmente determinado em e através de sua decisão, é idêntico ao conteúdo da vontade do *juiz* [...] em geral ele [o juiz] não tem o desejo de pronunciar um certo julgamento simplesmente para satisfazer sua vontade [...] O juiz está vinculado de tal maneira que em casos normais a força das circunstâncias o impede de ser determinado por seus desejos.¹⁰⁸

¹⁰⁶ HÄGERSTRÖM, Axel. On the Question of the Notion of Law. In: HÄGERSTRÖM, Axel. **Inquiries into the Nature of Law and Morals**. Uppsala: Almqvist & Wiksells, 1953. p. 86.

¹⁰⁷ Em outro lugar, argumentamos, a partir das premissas do realismo jurídico italiano, que a hipótese de atribuição de um significado à letra da lei externo à moldura de significados plausíveis ensejaria ação rescisória por violação à norma jurídica. E que o julgamento sobre o significado estar dentro ou fora da moldura é um julgamento com valor de verdade ou falsidade (MARANHÃO, Clayton de Albuquerque; PREZEPIORSKI, Eduardo Fantin. Ação rescisória por violação a norma jurídica: um tema com variações. In: CARVALHO, Fabiano; RIZZI, Sérgio; ARRUDA ALVIM, Teresa. Ação rescisória: homenagem ao professor Rodrigo O. Barioni – Vol. II., p. 140 e 153). Isto em nada impacta a teoria de Hägerström. O autor considera algo que, ele mesmo reconhece, poderia ser chamado de “erro judiciário” como parte do fenômeno jurídico. Se “erro” for tratado como sinônimo de “decisão contrária à vontade do legislador”, a existência do “erro” é prova de que “aquilo que os juízes aplicam” nem sempre corresponde à “vontade do legislador” – que é o ponto de Hägerström. Ainda que o autor dê indícios de que, em geral, está considerando o comportamento não aberrante dos juízes – e ainda que o comportamento não aberrante seja o bastante para mostrar seu ponto, já que, segundo a cultura jurídica, o conceito de “não aberrante” é mais amplo do que “idêntico à vontade do legislador” – essa passagem sobre a *res judicata* deixa claro que o que interessa a Hägerström é o fenômeno jurídico como ele é, e não como deveria ser, em vista do sistema jurídico. Qualquer postura diferente disso contrariaria os próprios princípios gerais do autor a respeito da ciência.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 87, 90, tradução nossa. Em uma nota de rodapé Hägerström cita uma passagem de Die Billigkeit als Grundlage des bürgerlichen, de Schmölder, em que o autor afirma que a “equidade” é, ela própria, parte do direito: “Se ela não pertencesse ao direito, seria apropriado recusar qualquer influência dela sobre decisões judiciais. Porque decisões judiciais devem reproduzir o direito e nada além disso” (SCHMÖLDER, Karl (1907) *apud* HÄGERSTRÖM, Axel. On the Question of the Notion of Law. In: HÄGERSTRÖM, Axel. **Inquiries into the Nature of Law and Morals**. Uppsala: Almqvist & Wiksells, 1953. p.56-256) . É possível que seja uma característica particular dos países nórdicos que os juízes tenham, de fato, essa maneira de enxergar o uso, por eles, de suas próprias valorações (ou seja, acreditar que essas valorações não são propriamente “deles”, mas sim pressões externas de alguma coisa objetivamente existente fora deles). Uma descrição parecida desses sentimentos aparece em Aulis Aarnio, um autor finlandês da teoria da argumentação (Cf. AARNIO, Aulis. Lo racional como razonable: un tratado sobre la justificación jurídica, Lima: Palestra, 2016, p. 28-31). Apesar

A ideia geral é que, via de regra, não é uma descrição correta aquela segundo a qual o juiz decide segundo sua própria vontade, simplesmente. Por mais que ele esteja decidindo com base (também) em juízos de valor próprios, esses juízos de valor são, para ele, não fruto de sua vontade pura e simplesmente, mas expressões de um sistema de valores objetivamente existente e independente de uma vontade individual. Por isso, inclusive nos casos de interpretação com intervenção de valores, suplementação e até mesmo no caso extremo da decisão *contra legem*, descrever o que o juiz aplica como fruto de sua vontade, para Hägerström, é algo impreciso.

Isso nos leva à conclusão de que existe uma ordem de fatores que o juiz considera vinculantes e aplica, mas que não são dependentes da vontade do legislador – e nem, propriamente, da vontade do juiz. A menos que assumíssemos que faz parte da vontade do legislador que o juiz se valha dessa ordem de fatores (*e.g.*, o uso de técnicas interpretativas que incluem valorações de toda sorte, como aquelas técnicas não orientadas à vontade do legislador originário, mas à vontade de um “suposto legislador contemporâneo razoável”, ou ainda o recurso às “fontes especiais” para colmatação de lacunas, sejam elas genuínas ou espúrias). A menos que assumíssemos, assim, a existência de uma autorização geral para o juiz. Segundo Hägerström, “esse tipo de autorização geral não pode usualmente ser demonstrada como existente. Trata-se de uma mera ficção motivada pelo desejo de defender a teoria da vontade”.¹⁰⁹ Além disso, Hägerström acrescenta que, ainda que houvesse uma autorização desse tipo, ela seria insignificante, porque “o fato é que, não importa o quão fiel à lei seja o juiz, ele *precisa* tratar a letra da lei junto de princípios advindos do meio em que ele trabalha”. Aqui, o autor resgata a ideia de que o uso desses “princípios” não reconduzíveis à vontade do legislador não é simplesmente uma vontade por parte do juiz, mas sim uma forma de dar vazão a demandas que ele entende que não são suas.¹¹⁰

Em outro artigo, Hägerström dirá que “o direito natural se apresenta em sua forma mais clara na doutrina da chamada interpretação da lei e colmatação de lacunas na lei”. De acordo com Hägerström, embora seja necessário para o juiz suplementar e interpretar a lei de acordo com essas “fontes especiais” (analogia, equidade, o espírito das leis

disso, mesmo no Brasil, parece crível que os juízes, ainda quando aplicando entendimentos verdadeiramente subjetivos, acreditem, na verdade, estar aplicando normas existentes objetivamente e independentes deles próprios, ainda que essas normas não estejam previstas em lei.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 92-93, tradução nossa.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 95-96, tradução nossa.

etc.), o juiz é considerado vinculado apenas ao direito positivo. Isso implicaria que as regras de interpretação e suplementação pertencem ao direito positivo. Porém, essas regras “não poderiam, de forma alguma, ter estado na consciência do legislador”. Com isso, Hägerström conclui, na verdade, que “a teoria pressupõe um sistema” que tem como conteúdo “normas jurídicas naturais”.¹¹¹

Isso nos leva à conclusão de que “aquilo que os juízes aplicam” não pode ser “a vontade do legislador”.

Hägerström, ao final, fala na substituição da “vontade do legislador” pela “vontade da lei”. Essa ideia aparece em autores como Binding, Kohler e Wach. Segundo Hägerström, nesses autores a teoria da “vontade da lei” é apresentada como uma forma de se fugir da dificuldade de identificação de uma vontade do legislador que seja aplicada pelos juízes. A ideia de antropomorfização volta a aparecer: se a “vontade do legislador” (legislador este que é um ente tido como existente no mundo da realidade) não explica as práticas judiciais de aplicação de uma ordem de valores e entendimentos desvinculados de uma vontade específica de alguém, para explicar esse fato, essa ordem de valores e entendimentos tida como objetivamente existente e independente dos próprios juízes passa a receber um nome que dá a entender que ela é imputável a um sujeito existente e constitui a vontade desse sujeito. A “vontade da lei”, aqui, aparece como essa antropomorfização – novamente, quase religiosa. Nas palavras de Hägerström: “Essa assunção de uma vontade localizada na lei em si é inofensiva o suficiente, a despeito de seu caráter não científico, se a vontade em questão for meramente uma elipse antropomórfica dos métodos prevalentes de interpretação e suplementação da lei”.¹¹²

Antes de avançar, vale a pena abrir um parêntesis a respeito do que poderiam dizer os seguidores das chamadas “teorias ecléticas da interpretação judicial” a respeito destas ideias de Hägerström.

As críticas de Hägerström, neste ponto, são procedentes se se voltarem contra uma teoria que busque afirmar que o direito aplicado possui sempre a natureza de ser uma “vontade”. Afinal, Hägerström menciona hipóteses específicas que demonstram que “certas fontes de direito, que não podem ser reduzidas à vontade do legislador, são operantes

¹¹¹ HÄGERSTRÖM, Axel. Kelsen’s theory of law and the state: a review on Kelsen’s *Allgemeine Staatslehre*, 1925. In: **Inquiries into the Nature of Law and Morals**. Uppsala: Almqvist & Wiksells, 1953, p. 258, tradução nossa.

¹¹² HÄGERSTRÖM, Axel. On the Question of the Notion of Law. In: HÄGERSTRÖM, Axel. **Inquiries into the Nature of Law and Morals**. Uppsala: Almqvist & Wiksells, 1953, p.101-104, tradução nossa.

no âmbito da aplicação da lei”.¹¹³ No entanto, resta a pergunta: não haveria certos casos em que o que o juiz aplica é, sim, a “vontade do legislador”? Ao abordar as ideias de Bergbohm, havia a pressuposição de um fato inegável: os *Rechtszeugnisse* contêm contradições, lacunas e defeitos. Mas isso não significa dizer que eles sejam integralmente defeituosos. Se supusermos que há espaços em que os *Rechtszeugnisse* são tão impecáveis quanto o *Recht*, esses espaços dos primeiros poderiam expressar um extrato do segundo e, assim, o exame dos primeiros poderia levar ao segundo.

Esta tese tem parentesco com uma das variantes das teorias ecléticas da interpretação, que entende que, em textos claros, a interpretação passa a ter um caráter de descobrimento de algo pré-existente.¹¹⁴ Poderia esse algo ser a “vontade do legislador”? Quando o juiz, mediante interpretação de um texto claro e não se valendo nem de métodos interpretativos que carreguem consigo valoração e nem de técnicas de suplementação, decide um caso, poderia estar ele aplicando a “vontade do legislador”?

3.1.8 A metafísica na suposição da existência de uma firmeza de intenções

No tópico anterior, as críticas de Hägerström tiveram uma natureza principalmente empírica. Ele considerou operações que de fato ocorrem na realidade no momento da “aplicação do direito” pelos juízes. Suas considerações levam à conclusão de que essa base empiricamente constatada é incompatível com a ideia de que o direito aplicado pelos juízes é a “vontade” de alguém. Ao menos essa incompatibilidade existe na medida em que não é possível dizer que o que os juízes aplicam é sempre a “vontade” de alguém.

Porém, Hägerström vai além: para ele, as teorias da vontade não podem explicar o “direito” aplicado pelos juízes também por uma questão lógica – não somente por uma questão empírica. A pergunta fundamental aqui é: é logicamente possível aplicar direito supondo que direito é expressão de uma vontade?¹¹⁵ Para essa aplicação ser possível, é

¹¹³ *Ibid.*, p. 96.

¹¹⁴ Cf. GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e argomentare**. Milano: Giuffrè, 2011, p. 407 *et seq.* No Brasil, grande parte da rejeição às ideias realistas acaba indo no sentido de que “nem sempre” o juiz (supondo um juiz que se comporte de forma não aberrante) recorre a fontes alheias às leis, como valorações suas ou da sociedade, restringindo-se à decisão legislativa. Hägerström diz que “nem sempre” há sentido em falar no direito aplicado como expressão de vontade do legislador. Até aqui, não haveria razão para divergências.

¹¹⁵ Aqui, Hägerström trabalhará com as duas variantes das teorias da vontade. A teoria imperativa, que supõe que o direito são “comandos” de uma determinada vontade, e a teoria declaratória, que supõe que o direito são declarações de vontade de uma vontade.

necessário que uma vontade específica faça parte de uma vontade mais geral. Por exemplo: suponha que uma vontade comanda ou declara como sua vontade que certos tipos de crime devam ser punidos desta e daquela maneira. Para que a aplicação do direito assim compreendido seja possível, há de fazer parte dessa vontade a vontade de que o crime particular, que faz parte daquela categoria de crimes mencionada, seja punido de acordo com a regra geral. É preciso supor, portanto, uma vontade fixa: ela deve ser *ab omni alio solutum*. Deve ser tida como “livre da influência de todos os fatores complicadores que agem em vontades que pertencem ao mundo natural e modificam suas resoluções”. Trata-se, parece óbvio, de uma vontade “supersensível”. A isso Hägerström dá o nome de “firmeza das intenções”.¹¹⁶

Hägerström, então, inicia uma longa investigação sobre o que é uma “intenção”.

Uma intenção pode se expressar como “eu vou fazer isso e aquilo”. Porém, uma intenção não é um julgamento. Ou seja, não é uma descrição da realidade futura e nem de nenhuma realidade. Este “eu vou fazer isso e aquilo” não significa “de fato isso e aquilo acontecerão” ou “de fato eu farei isso e aquilo”. Significa apenas “eu tenho a intenção de fazer isso e aquilo”. Em primeiro lugar, uma intenção é algo diferente de um julgamento, neste sentido, ainda que ela possa se expressar como um julgamento (o que é muito comum nos documentos normativos, aliás). Segundo Hägerström, uma parte do que é expresso pelo “eu vou fazer isso e aquilo” que manifesta uma intenção é um impulso conativo. Ou seja, um impulso psicológico sentido, experienciado pelo sujeito que intenciona. Esse impulso psicológico é uma inclinação, uma vontade. A intenção, para Hägerström, inclui, portanto, um sentimento de vontade. Vontade, aqui, é algo sentido, experienciado, como é o prazer ou a alegria. A vontade enquanto impulso conativo integra a intenção e existe da forma como existem o prazer ou a alegria.¹¹⁷

Mas de que forma exatamente essa vontade enquanto impulso conativo que integra a intenção existe? Sentimentos em si podem ser encarados como coisas que “existem”? Para responder a esta pergunta, Hägerström diferencia um sentimento da consciência desse sentimento. Uma coisa é o sentimento experienciado pelo sujeito. Outra coisa é a constatação, pelo sujeito ou por alguém, de que ele está experienciando esse sentimento. A consciência de um sentimento só poderia ser a experiência direta desse sentimento. Essa experiência, porém, nunca pode assumir a forma de um julgamento (*i.e.*, de uma

¹¹⁶ HÄGERSTRÖM, Axel. On the Question of the Notion of Law. *In*: HÄGERSTRÖM, Axel. **Inquiries into the Nature of Law and Morals**. Uppsala: Almqvist & Wiksells, 1953, p. 106-108.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 109-111.

descrição) em que o conteúdo experienciado é descrito enquanto fator no sistema da realidade apreensível pela consciência. Do contrário, o que se estaria descrevendo no julgamento seria não o sentimento em si, mas o fato de haver a experiência do sentimento. Como diz Hägerström, “percepção da presença de alegria em mim não é, de maneira nenhuma, percepção daquilo que eu experiencio ao sentir alegria”.¹¹⁸ O sentimento em si é apenas experienciado, nunca percebido pela consciência. O que a consciência pode perceber é que um dado sentimento foi experienciado – mas essa percepção não se confunde com a percepção do sentimento em si. Uma percepção do sentimento em si seria a experiência direta desse sentimento. Do contrário, essa percepção no máximo pode ser a percepção da experiência do sentimento. Como a vontade é um sentimento, ela em certo sentido não existe: não existe enquanto algo que possa ser descrito como pertencente à realidade e apreensível pela consciência. O sentimento de vontade não é apreendido, mas somente sentido. Consciência da vontade em si não é possível, mas somente consciência da experiência – em mim mesmo ou em outro – da vontade.¹¹⁹ Por esses motivos, essa descrição do que seria uma “vontade” não permite colocá-la como algo existente no mundo da realidade.

Ainda que não se trate da “intenção” ou “vontade” em si, mas da “consciência da intenção” ou “consciência da vontade”, Hägerström menciona a possibilidade de a expressão “eu vou fazer isso e aquilo”, que denota uma intenção, denotar uma “associação simultânea” – ou seja, múltiplos estados de consciência. A “associação simultânea” seria a apreensão, em um único ato de consciência, do impulso conativo (do sentimento de vontade) e de algo que é querido ou intencionado. Agora essa consciência pode assumir a forma de um julgamento (*i.e.* de uma descrição). Mas o que a consciência apreende neste caso não é a vontade em si, mas sim o fato de “eu mesmo [estar] ‘intencionando’ agir de certa maneira”.¹²⁰

Para Hägerström, é incorreto dizer que uma “intenção” ou “vontade” é, ao mesmo tempo, uma consciência da intenção ou vontade em si e um fato. Ou a “intenção” ou “vontade” é um sentimento e, assim, alheio ao mundo da realidade e daquilo que é apreensível pela consciência, ou é a percepção, pela consciência, da experiência desse sentimento, associada à ideia, produzida pela consciência, daquilo que se quer ou se intenciona. Nesta segunda hipótese, apenas, pode-se falar na “intenção” ou “vontade” como

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 111, tradução nossa.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 111-112.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 112.

um dado da realidade. Mas neste caso, não se trata propriamente da “intenção” ou “vontade” em si, mas da percepção, pela consciência, da experiência da vontade pelo Eu e da ideia, produzida pela consciência, daquilo de que se tem vontade. Porém, para Hägerström, uma parte essencial do que seja a “vontade” ou “intenção”, para além da consciência do impulso conativo, há de ser o próprio impulso conativo.¹²¹

Acontece que se a “vontade” a que se referem as teorias da vontade for a “vontade” ou “intenção” em si, nenhum processo lógico a partir delas é possível, porque qualquer processo lógico pressupõe um julgamento, ou seja, afirmações a respeito de algo. Não é imaginável um silogismo construído a partir de sentimentos.¹²² O máximo que se consegue fazer é pensar em um silogismo que tenha como premissa a experiência de um sentimento. Por exemplo: “eu como sempre que sinto fome”; “eu sinto fome”; portanto, “eu comerei”. A premissa menor “eu sinto fome” não se refere à experiência da fome em si, mas à consciência da experiência da fome. Um sentimento de vontade de que algo aconteça, eventualmente, pode ser seguido por outro sentimento semelhante em relação a outro algo semelhante. Mas esta sequência não é um processo de inferência. A inferência depende de julgamentos.

Por outro lado, se a “vontade” em questão não for na verdade a vontade em si, mas sim a percepção pela consciência da experiência da vontade, passa a ser, teoricamente, possível o desenvolvimento de um silogismo. Nesse caso, a afirmação da percepção da experiência da vontade (a afirmação de sua entrada na consciência e, portanto, de sua desnaturalização, de seu deixar de ser vontade e passar a ser consciência de vontade) é que integrará o silogismo. O silogismo será “eu sinto vontade” ou “ele sente vontade”, expressões da constatação da experiência de um sentimento, não diretamente esse sentimento. Mas, nesse caso, nós voltamos ao problema da firmeza das intenções. Para a “intenção” ser aplicada ela precisa ser considerada *ab omni alio solutum* e, portanto, não pode ser um fator no sistema da natureza – como são as “experiências de sentimento” que entram na consciência, deixando de ser sentimentos, mas permanecendo maleáveis por “todos os fatores complicadores que agem em vontades que pertencem ao mundo natural e modificam suas resoluções”.¹²³

Aqui se revela, do que se depreende de Hägerström, que o direito não pode ser ao mesmo tempo “aquilo que o juiz aplica”, “uma vontade” e “algo existente”. Não é

¹²¹ *Ibid.*, p. 112-115.

¹²² *Ibid.*, p. 114.

¹²³ *Ibid.*, p. 116, 108.

possível que o juiz sinta a vontade que é ou foi sentida pelo legislador – ou por qualquer outra pessoa. Mas mesmo que assim fosse, se o juiz trabalha mediante inferências, sentimentos experienciados não podem ser suas premissas. No máximo podem ser premissas de subsunções, eventuais constatações de sentimentos experienciados por alguém, não os sentimentos em si. O juiz poderia eventualmente ser capaz de constatar, a partir dos documentos normativos, que o legislador, no passado, constatou ou declarou ter constatado em si mesmo a vontade de que certos casos de certos tipos sejam julgados de certa maneira. Até mesmo por outros meios que não os documentos normativos (por indicadores externos, *travaux préparatoires* etc.), poderia constatar que o legislador experienciou essa vontade. Mas dizer que o juiz julga a partir dessa constatação da experiência de vontade pressupõe que, entre o momento da legislação e o do julgamento originário, o legislador permaneceu sentindo essa vontade de forma fixa – o que não tem como ser verdade.

Esse fato se soma à antropomorfização das forças que mantêm o sistema jurídico. Se se assumir, além de que o direito é expressão da “vontade do legislador”, que ele também é o que é aplicado pelos juízes, além da assunção de uma vontade corporativa unitária (antropomorfização), se está supondo que essa vontade é perene (firmeza de intenções). Nesta situação, fica evidente que a “vontade” com que se trabalha é uma “vontade” não natural: trata-se de tomar pelos fatores que mantêm o sistema jurídico, inclusive no âmbito dos tribunais, um ente metafísico – uma vontade de natureza alheia ao mundo da realidade.

3.1.9 A objetivação da paralisação de impulsos conativos nos destinatários de comandos eficazes: a metafísica no significado de “dever”

O último elemento metafísico das teorias da vontade abordado por Hägerström tem relação com a noção de “dever”, que deve ser comparada à noção de “comando”.

Em primeiro lugar, Hägerström aborda a natureza do “comando”. Para o autor, um comando é algo diferente de uma ameaça, embora as duas coisas frequentemente apareçam uma ao lado da outra. Com uma ameaça, alguém pretende, para induzir uma pessoa a agir de certo modo, incutir nessa pessoa a ideia de que certas consequências indesejáveis virão, a menos que ela aja de determinada maneira. Embora frequentemente ameaça e comando apareçam juntos, este último, especificamente, pretende conduzir a ação do destinatário independentemente de qualquer valoração por parte dele. O objetivo é que o

destinatário obedeça, simplesmente. Não que obedeça para evitar sanções ou por qualquer motivo que o faça concluir que é melhor para ele obedecer.¹²⁴

Em segundo lugar, a expressão de um comando não indica um julgamento, assim como acontecia com a intenção. O “você deverá” de um comando não se confunde com uma expressão como “você de fato fará isso”. O que se expressa não é uma descrição da realidade atual ou futura.

Em terceiro lugar, como consequência do primeiro ponto, um comando eficaz produz no destinatário algo que lhe parece uma “paralisação de impulsos conativos”.

Uma pessoa em quem o comando foi total ou parcialmente efetivo se sentiria, ela mesma, não livre no que diz respeito à sua vontade. Pois seu impulso [de cumprir o comando] é determinado não por valor que são significantes para ele próprio, mas pela forma imperativa da expressão. Então um sentimento de autocontenção naturalmente acompanha o processo de ser influenciado por um comando.¹²⁵

Esse sentimento da pessoa que recebe um comando eficaz também está presente na pessoa que apresenta um sentimento de dever (“*feeling of duty*”). A ideia de alguém entender que tem um dever não envolve propriamente uma vontade de agir de certa maneira. Esse sentido é percebido como, na verdade, uma paralisação de suas vontades. No sentimento de dever, o que há é “um impulso em direção a uma certa ação, que é sentida como compulsória” não por conta de “valorações livres do sujeito” que se sente como tendo o dever, “mas por conta de alguma outra coisa que é, neste sentido, externa a ele”. O “impulso se impõe” sobre o sujeito, “não importando que atitude valorativa” ele tenha “em relação à ação” que tem o dever de praticar.¹²⁶

Porém, no sentimento de dever há uma diferença – a expressão assume a “forma de um julgamento: ‘esta ação é o meu dever’ ou ‘eu *tenho* a obrigação de agir desta maneira’”. Mas aqui há uma contradição. Porque esse “dever” que eu tomo como existente tem a característica de “dever ser”, não de “ser”. E uma mesma coisa não pode ter a propriedade de dever ser e, ao mesmo tempo, de efetivamente ser. Além disso, em se tratando de um sentimento, pelos motivos já postos, ele não propriamente existe enquanto algo apreensível pela consciência. Aqui, segundo Hägerström, “apenas a *expressão verbal*” assume a forma indicativa. Haveria, aqui, uma objetivação de um sentimento, mas

¹²⁴ *Ibid.*, p. 116-120.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 125, tradução nossa.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 130, tradução nossa.

sem que haja “nenhum outro fundamento para a objetivação com exceção da forma indicativa”.¹²⁷

De forma sinótica:

Deve ter ficado claro qual é o parentesco e qual é a diferença definitiva entre o estado de consciência de quem recebe um comando e aquele que ocorre em conexão com a ideia de dever. Em cada um dos casos está presente um sentimento de impulso conativo, desprovido de valorações, associado à ideia de uma ação pela própria pessoa. Em cada caso este sentimento é produzido através da influência da expressão de um comando. Finalmente, surge em ambos os casos um sentimento de compulsão [...] No comando, a expressão age através da peculiar relação entre o destinatário e o emitente da ordem. Mas no caso da ideia de dever, a expressão age independentemente em sua forma concreta perceptível. Ela aparece como uma propriedade objetiva da ação com a qual o sentimento de impulso conativo é associado. [...] Aquilo que determina o sentimento de impulso conativo, ou seja, a expressão do comando, é aqui tido como uma propriedade objetiva da ação. Por isso, a expressão de sentimento não pode manter autonomia na expressão devido à associação entre o sentimento e a ideia de que a ação é certa. Ao invés, ela aparece como um predicado em uma frase no indicativo, ou seja, “a ação, por ser certa, é o meu dever”. A partir disso surge a consciência de um algo indeterminado que se expressa como dever.¹²⁸

Ao lado da antropomorfização dos fatores que mantêm o sistema jurídico e da suposição de uma firmeza de intenção, portanto, os impulsos conativos (ou melhor: paralisação dos impulsos conativos) gerados no destinatário de um comando eficaz são objetivados. Acredita-se que essa situação psicológica na verdade é causada por uma propriedade objetiva do ato comandado.

Após sua investigação sobre a noção de “obrigação” no direito romano, em obra da maturidade, publicada em 1927, Hägerström chegou a uma conclusão parecida. A noção de dever jurídico não corresponde a algo existente na realidade, mas a ciência do direito (e a opinião geral dos leigos) trabalha com o conceito como se houvesse uma correspondência desse tipo.

Uma tentativa comum de conceituar “dever jurídico” seria afirmar que um dever é uma “ação cuja não execução a autoridade legislativa declara que trará reações contra o culpado”. Porém, neste caso, a explicação não corresponderia à noção em questão. Segundo Hägerström, nessa visão todas as regras determinantes de deveres se reduziriam a regras determinando procedimentos legais a serem praticados pelo Estado. Isso seria incompatível com a distinção secular entre direito público e direito privado. Além disso, segundo Hägerström, existe uma ideia corrente de que um dever (assim como um direito)

¹²⁷ *Ibid.*, p. 132-138, tradução nossa.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 193, tradução nossa.

independe do resultado de um caso que envolva esse dever. É possível que uma ação judicial seja rejeitada (por inúmeros motivos) e, assim, que não existam de fato reações contra o culpado pela violação do dever. E ainda assim, pela forma como o conceito opera, isso não necessariamente significa que o dever não exista. Na verdade, é possível encontrar nos sistemas jurídicos coisas que são tratadas como deveres e que, ainda assim, não incluem uma declaração ou ameaça de sanção em caso de descumprimento.¹²⁹

Outra tentativa de explicar a ideia de dever jurídico o coloca como reduzido a um “comando por parte da autoridade legislativa”. Hägerström entende que essa explicação não procede porque a ideia de comando, aqui, pressuporia alguém que efetivamente recebesse este comando. “A menos que uma pessoa a quem o comando se dirige receba o comando e tome conhecimento dele, nenhum comando direcionado a ela existe”. Mas, apesar disso, é possível que alguém tenha um dever sem que tenha conhecimento de que alguém o comandou agora da forma como o dever determina que ele aja.¹³⁰

Segundo Hägerström, a ciência do direito

[...] confunde o conteúdo do dever legal, enquanto tal, com o fato de que alguma autoridade superior, não importa que autoridade se diga que ela é, é o fator que determina (em qualquer grau, na medida em que *statute law* é considerada) o que nós consideramos deveres legais e reage contra quebras desse dever legal.¹³¹

Hägerström, na verdade, em momento algum nega que alguma “autoridade” (tipicamente o Legislativo) seja um fator importante na definição do que nós consideramos um “dever legal”. Mas esse fato não é o conteúdo desse “dever”. O conteúdo desse “dever”, na verdade, é uma objetivação de sentimentos e práticas que acontecem na sociedade. Acredita-se que esses sentimentos e práticas sejam resultado de um sistema coerente e direcionado concebido por uma vontade moldadora existente na realidade – ideias que lembram muito as crenças pseudocientíficas em um *designer* inteligente.

¹²⁹ HÄGERSTRÖM, Axel. Introductory chapter to the work: *Der römische Obligationbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung*. In: HÄGERSTRÖM, Axel. **Inquiries into the Nature of Law and Morals**. Uppsala: Almqvist & Wiksells, 1953, p. 6-7.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 7-8.

¹³¹ *Ibid.*, p. 16, tradução nossa.

3.1.10 O direito não como algo que é, mas como algo que deve: Hägerström sobre o Kelsen de *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* e *Allgemeine Staatslehre*

Como foi citado por Hägerström em algumas passagens de *Is positive law an expression of will?*, o Kelsen de *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (1911) encara o direito como declarações da “vontade do Estado”. Porém, nessa obra, Kelsen dirá que essa “vontade do Estado” de fato não tem nenhuma realidade física. O direito, Kelsen assumirá, não é algo que, segundo a sua teoria, existe no mundo da natureza. O direito não é. Ele deve. A categoria “vontade do Estado” serviria apenas para expressar a “unidade” da ordem jurídica composta pelos entes com natureza de dever. O direito, assim, seriam os entes com categoria de dever emanados pela “vontade do Estado”. O que seja a vontade do Estado, no sistema kelseniano, é algo, segundo Hägerström, determinado pelo próprio direito – o que leva à circularidade que Hägerström já apontou, inclusive citando essa obra específica de Kelsen. Mas o direito, além de ser caracterizado por Kelsen como “vontade do Estado”, também é, primariamente, composto por prescrições para o próprio Estado. Para Kelsen, o principal conteúdo do direito são prescrições quanto a sanções a serem aplicadas pelo próprio Estado. Mas se o direito é assim, para Hägerström é óbvio que, em grande medida, as prescrições jurídicas não podem ser violadas. Caso um certo dever não seja cumprido pelo Estado, aquele dever específico deixou, no momento em que não foi cumprido, de ser a vontade do Estado e, portanto, perdeu sua validade jurídica. Consequentemente, embora o direito pretenda ser algo independente do mundo da realidade, ele acaba dependendo desse mundo, já que é nele que acontece ou não a aplicação do direito pelo Estado. Essa conclusão, segundo Hägerström, foi obtida por Fritz Sander, discípulo do próprio Kelsen.¹³²

Além disso, Hägerström naturalmente tem uma objeção a essa própria ideia de haver um mundo diferente, que seja um mundo do “dever”, ao lado do mundo do “ser”.

¹³² HÄGERSTRÖM, Axel. Kelsen's theory of law and the state: a review on Kelsen's *Allgemeine Staatslehre*, 1925. In: HÄGERSTRÖM, Axel. **Inquiries into the Nature of Law and Morals**. Uppsala: Almqvist & Wiksells, 1953, p. 262-264. A ideia de que a não aplicação pelo Estado faz o direito perder sua validade aparece no próprio Kelsen de *Hauptprobleme*, que afirma que “o Rechtssatz não é destruído pela não observância, mas pela não aplicação [do direito]”. No original: *Der Rechtssatz wird nicht zerstört durch Nicht- befolgung, sondern durch Nicht- Anwendung* (Cf. KELSEN, Hans. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*. Tübingen: Verlag von J. C. B. Mohr, 1911, p. XVI, tradução nossa. Cf. p. 33-57). Uma forma dessa ideia reaparece na segunda edição da *Teoria pura do direito*, como será abordado adiante.

Como já explicado, a tese de Hägerström sobre a realidade entende que não há como supor que existe algo para além da realidade natural.¹³³

Esse gesto de colocar o direito em um mundo diferente e completamente independente do mundo da natureza trouxe algumas dificuldades a Kelsen, por ele próprio reconhecidas em suas obras iniciais.

Já em *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Kelsen colocará todo o direito como situado nesse mundo do dever. Ou seja: tanto os antecedentes fáticos quanto os consequentes jurídicos são construtos de normas jurídicas. Através das normas jurídicas, os fatos situados no mundo da natureza receberiam uma qualificação que faria surgir algo como um duplo desses fatos, porém no mundo do direito. Esse duplo – e não o seu correspondente no mundo da natureza – seria o antecedente na forma típica da norma “se A, então deve ser B”. Isso aparece, por exemplo, na diferenciação de Kelsen entre “*Mensch*” e “*Person*”. *Mensch* seria a pessoa de carne e osso, situada no mundo da realidade. *Person* seria esse duplo da pessoa, a forma como as normas enxergam o *Mensch*. Essa construção permite a Kelsen chegar à seguinte conclusão ao discutir o problema da “culpa” como pressuposto da “imputação” da sanção:

Quando a teoria jurídica mais recente demonstra esforço de relacionar a culpa à interioridade do ser humano, de mostrar a culpa como um fator psicológico, ela entra em um contraditório irremediável com o fato de que o sujeito, cujas relações constituem seu objeto, não é a unidade zoológico-psicológica: *Mensch*, mas a unidade ético-jurídica: *Person*.¹³⁴

A mesma ideia aparece na noção kelseniana de relação jurídica e de direito objetivo:

O direito, tanto no sentido objetivo quanto no subjetivo, é apenas forma e não conteúdo, é proteção e não o protegido, é ordem e não o ordenado. Por isso, a relação jurídica não é uma relação regulada pelo direito, não é aquela 'natural', puramente material, independente da ordem jurídica e possível sem a ordem

¹³³ HÄGERSTRÖM, Axel. Kelsen's theory of law and the state: a review on Kelsen's *Allgemeine Staatslehre*, 1925. In: **Inquiries into the Nature of Law and Morals**. Uppsala: Almqvist & Wiksells, 1953, p. 267.

¹³⁴ KELSEN, Hans. **Hauptprobleme der Staatsrechtlehre**. Tübingen: Verlag von J. C. B. Mohr, 1911. p. 142-143, tradução nossa. No original: “Wenn die neuere juristische Theorie das Bestreben zeigt, die Schuld zu der Innerlichkeit des Menschen irgendwie in Beziehung zu bringen, die Schuld als psychischen Faktor aufzuzeigen, so geriiit sie in einen unlglsbaren Widerspruch zu der Tatsache, daß das Subjekt, dessen Relationen ihren Gegenstand bilden, nicht die zoologisch-psychologische Einheit: Mensch, sondern die ethisch-juristische: Person ist”. Em obras posteriores, essas ideias receberão, parece, maior clareza através do conceito de *Deutungsscheme* (em inglês: *scheme of interpretation*; em espanhol: *esquema de explicitación conceptual*). A norma, trabalhando como esquema de interpretação da realidade (“*Deutungsscheme*”), permite enxergar o ser humano como algo diferente dele mesmo: permite a construção de um análogo ao ser humano capaz de intervir no mundo do dever.

jurídica entre os *Menschen*, mas apenas aquela relação formal que é criada pela ordem jurídica; a relação jurídica é a relação do direito, ou seja, da ordem jurídica, com o sujeito. Em relação à ordem jurídica, é-se autorizado e apenas em relação à ordem jurídica é-se obrigado, e a relação jurídica existe apenas a partir de direitos ou deveres. Não pode haver relação entre sujeitos de direito, ou seja, entre *Personen* – mas apenas entre *Menschen*, pois sujeito de direito ou *Person* é algo que se é apenas em relação à ordem jurídica.¹³⁵

Essa ideia parece ser pressuposto da ideia de criação de normas. Se o mundo do direito é totalmente separado do mundo da realidade, o ato legislativo não existe no mundo do direito. Mas então como poderia ele criar e modificar coisas no mundo do direito? Somente se houvesse uma diferença entre o ato legislativo em si e seu análogo construído pelas normas jurídicas e existente no mundo do direito – da mesma forma como existe um análogo ético-jurídico (*Person*) ao ser humano zoológico-psicológico (*Mensch*). Mas o surgimento de entes no mundo do direito só se dá, segundo Kelsen, através das normas jurídicas. Mas, então, o que permitiria transformar o ato legislativo em si (cujo análogo no mundo do dever produz normas jurídicas) em seu análogo no mundo do direito? Em *Hauptprobleme* Kelsen dirá que esse é o “grande mistério”:

Embora a legislação não possa ser qualificada como uma atividade do Estado, ela deve, sem dúvida, ser reconhecida como uma função social. O peculiar contraste entre sociedade e Estado, sendo o último uma forma especial de organização da sociedade, assume aqui uma manifestação específica. Seria errado imaginar essa relação entre Estado e sociedade da maneira como as duas comunidades se posicionam como organizações completamente independentes e se opõem de forma abrupta. O Estado é apenas uma forma da sociedade, que deve ser pensada como o elemento substancial, o conteúdo dessa forma. No entanto, a casca rígida – direito e Estado são apenas produtos de solidificação no fluxo da vida social – não está completamente fechada. Deve haver um ponto em que o fluxo da vida social constantemente penetra no corpo do Estado, um ponto de transição onde os elementos amorfos da sociedade se transformam nas formas rígidas do Estado e do Direito. Este é o ponto onde os costumes e a moral, onde interesses econômicos e religiosos se tornam normas jurídicas, parte do conteúdo da vontade estatal: no ato legislativo. Assim, o processo de formação da vontade estatal é, por assim dizer, o cordão umbilical que liga permanentemente o corpo do Estado ao útero da sociedade! É o grande mistério do direito e do Estado, que se realiza no ato legislativo, e por isso é

¹³⁵ *Ibid.*, p. 705-706, tradução nossa. No original: “Recht im objektiven wie im subjektiven Sinne ist nur Form und nicht Inhalt, ist Schutz und nicht Geschütztes, ist Ordnung und nicht Geordnetes. Darum ist Rechtsverhältnis nicht ein vom Rechte geregeltes Verhältnis, nicht jene „natürliche“, rein materielle, von der Rechtsordnung unabhängige und ohne die Rechtsordnung mögliche Relation zwischen Menschen, sondern lediglich jene formale Beziehung, die durch die Rechtsordnung erst geschaffen ist; Rechtsverhältnis ist das Verhältnis des Rechtes, i.e. der Rechtsordnung zum Subjekte. Der Rechtsordnung gegenüber ist man berechtigt und nur der Rechtsordnung gegenüber ist man verpflichtet und nur aus Rechten oder Pflichten besteht das Rechtsverhältnis. Es kann gar kein Verhältnis zwischen Rechtssubjekten, d. h. Personen – sondern nur eines zwischen Menschen geben, denn Rechtssubjekt oder Person ist man eben nur im Verhältnis zur Rechtsordnung”.

justificado que apenas em imagens inadequadas a essência do mesmo seja ilustrada.¹³⁶

Então, Kelsen mesmo está dizendo que a casca rígida (“*starre Hülle*”) entre o mundo da realidade e o mundo do direito não é completamente fechada. Afinal, pareceria absurdo negar que o direito (a “vontade do Estado”) é produzido por pessoas reais e por, enfim, fatores quaisquer situados no mundo real – dizer tal coisa seria, a propósito, algo típico do jusnaturalismo. Mas dizer que essa “casca rígida” não é completamente fechada parece violar a Lei de Hume: como algo situado no mundo da realidade poderia alterar o mundo do dever? Kelsen dirá: esse é o grande mistério do direito. Podemos ver as dificuldades que fizeram, posteriormente, Kelsen construir a ideia de *Grundnorm*.

Mas essa ideia ainda não existe em *Hauptprobleme*. E Hägerström percebe essa contradição na obra de Kelsen.¹³⁷ Sem a suposição de algo como uma *Grundnorm*, não é possível logicamente dizer, ao mesmo tempo, que o direito é algo situado no mundo do dever e tem seu conteúdo determinado por fatos no mundo do ser. Dizer algo assim implica, de fato, construir um silogismo que deriva o dever do ser. Mas se o conteúdo do direito não for determinado pelo mundo do ser – que é o único cognoscível –, ele não será cognoscível e, assim, qualquer afirmação a respeito dele terá a mesma natureza que tem uma afirmação a respeito do direito natural.

A *Grundnorm* aparece, em 1925, em *Allgemeine Staatslehre* e parece solucionar esse problema. Hägerström, porém, dirá que o Kelsen de *Allgemeine* está próximo do

¹³⁶ *Ibid.*, p. 410-411, tradução nossa. No original: “Wenn die Gesetzgebung auch nicht als Tätigkeit des Staates qualifiziert werden kann, so muß sie doch zweifellos als soziale Funktion erkannt werden. Der eigenartige Gegensatz von Gesellschaft und Staat, welcher letzterer sich als besondere Organisationsform der Gesellschaft darstellt, tritt hier in eine spezielle Erscheinung. Es wäre verfehlt, wollte man sich dieses Verhältnis von Staat und Gesellschaft in der Weise denken, daß jede der beiden Gemeinschaften als völlig selbständige Organisationen einander schroff gegenüberstehen. Der Staat ist nur eine Form der Gesellschaft, die als das substantielle Element, als der Inhalt dieser Form zu denken ist. Doch ist die starre Hülle - Recht und Staat sind nur Erstarrungsprodukte im Flusse des sozialen Lebens - nicht allseitig geschlossen. Es muß einen Punkt geben, an dem der Strom sozialen Lebens immer wieder in den Staatskörper eindringt, eine Übergangsstelle, wo die amorphen Elemente der Gesellschaft in die festen Formen des Staates und Rechtes übergehen. Es ist dies Stelle, wo Sitte und Moral, wo wirtschaftliche und religiöse Interessen zu Rechtssätzen, zum Inhalt des Staatswillens werden: im Gesetzgebungsakte. So ist der Prozeß der staatlichen Willensbildung gleichsam die Nabelschnur, die das Staatsgebilde dauernd an den Mutterleib der Gesellschaft bindet! Es ist das große Mysterium von Recht und Staat, das sich in dem Gesetzgebungsakte vollzieht, und darum muß es gerechtfertigt sein, daß nur in unzulänglichen Bildern das Wesen desselben veranschaulicht wird”.

¹³⁷ HÄGERSTRÖM, Axel. Kelsen’s theory of law and the state: a review on Kelsen’s *Allgemeine Staatslehre*, 1925. In: **Inquiries into the Nature of Law and Morals**. Uppsala: Almqvist & Wiksells, 1953, p. 268.

positivismo primitivo (categoria que, frequentemente, é exemplificada através das ideias da Escola da Exegese), da escolástica medieval e da ideia grega de *logos*.

Como a qualificação de uma prescrição como integrante do “direito positivo” depende de ter ela sido emanada (diretamente ou de forma mediada) pela autoridade que a *Grundnorm* qualifica como “suprema”, as técnicas de interpretação que se valem, por exemplo, da natureza do caso, dos fins da lei, da equidade, dentre outras, não são integrantes do “direito positivo”. O problema é que, como as prescrições das autoridades competentes (ou seja, ou a autoridade referida pela *Grundnorm* ou as autoridades delegadas por ela) são expressas através de palavras, a teoria kelseniana estaria próxima de uma ideia segundo a qual o sentido das palavras pode ser objetivamente estabelecido por elas mesmas – o ato legislativo é considerado como “criando diretamente, de uma forma mística e mágica, a conexão entre fato jurídico e consequência jurídica que é expressa em *palavras*”. A tarefa do juiz seria, assim, interpretar os documentos normativos apenas segundo seu “sentido literal”, um sentido capaz de ser aferido objetivamente. Nesta medida, Kelsen se aproximaria de teorias do positivismo primitivo.¹³⁸

Como dito acima, em Kelsen o antecedente de uma norma é, ele próprio, um ente situado no mundo do dever. Porém, a maior parte das normas jurídicas (as “normas primárias”) tem como antecedente uma violação e como consequente um dever, do Estado, de aplicar uma sanção. Mas isso significa que “a violação, que tem de ser referida a um sistema de normas *impondo uma obrigação*, é ela própria um ato desse mesmo sistema”. Hägerström cita passagens em que Kelsen se debruça sobre isso. Kelsen se pergunta “como uma violação, sendo a negação do direito, pode pertencer ao sistema deste mesmo direito, e ele acredita que a solução para este problema esteja na teodiceia da teologia”.¹³⁹ Em uma passagem de *Allgemeine Staatslehre*, Kelsen diz:

A teologia não faz com que Deus queira diretamente o mal, mas, em última instância, faz com que Ele queira o mal de maneira indireta, ou seja, como condição para a purificação, uma punição que, em si mesma, é boa, pois realiza a justiça. Da mesma forma, a teoria do direito mais aprofundada vê a injustiça apenas como um fato na ordem jurídica, uma condição para o ato coercitivo do Estado, tornando-se, assim, no final, um conteúdo da norma jurídica, do 'dever jurídico', que representa a vontade do Estado, sendo um conteúdo entre outros, como uma condição para os fatos que são definidos como base para o ato coercitivo. O problema da injustiça estatal desaparece, portanto, como tal. Contudo, enquanto na teologia o mal é ainda visto como uma negação do bem e, portanto, uma negação de Deus, revela-se de maneira grandiosa o problema de procurar um outro ponto de atribuição para o mal, a negação do bem, além do

¹³⁸ *Ibid.*, p. 274.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 270, tradução nossa.

sujeito do bem, que é a personificação da ordem moral do mundo, ou seja, Deus. A Ele, o diabo é apresentado como o autor do mal e, assim, ao céu, como o reino do bem, é oposto o inferno, como o reino do mal. Se a teoria do direito mantivesse o conceito de injustiça como a negação do direito, seria, de maneira consequente, forçada a construir, além do sujeito de direito, uma pessoa jurídica distinta, um sujeito do mal. Na doutrina teológica de que Satanás é também um anjo caído, portanto, inicialmente uma criatura de Deus, satisfaz-se, de forma simbólica, a necessidade de unidade sistemática.¹⁴⁰

Para Hägerström, quando se lê Kelsen é impossível não pensar em Santo Agostinho e em outros padres da igreja.¹⁴¹

Por fim, segundo Hägerström, a teoria kelseniana implica assumir que julgamentos a respeito de algo dão, eles próprios, realidade a esse algo. Segundo Kelsen, todo o direito “surge *através* de normas”. Ao mesmo tempo, segundo Hägerström, em Kelsen “a norma é em essência uma *proposição legal* e, portanto, um *julgamento* a respeito da conexão entre um fato jurídico e uma consequência jurídica, de modo que o objeto da ciência jurídica são os julgamentos do direito”, não os imperativos do direito.¹⁴² Por conse-

¹⁴⁰ KELSEN, Hans. **Allgemeine Staatslehre**. Berlin: Verlag von Julius Springer, 1925. p. 79, tradução nossa. No original: “*Die Theologie läßt Gott das Böse zwar nicht unmittelbar, aber schließlich doch mittelbar wollen, nämlich als Bedingung der läuternden, an sich guten, weil die Gerechtigkeit realisierenden Strafe. So erscheint auch der vertieften Rechtstheorie das Unrecht nur als ein in der Rechtsordnung als Bedingung für den staatlichen Zwangsakt gesetzter Tatbestand, somit doch schließlich als ein Inhalt der Rechtsnorm, des rechtlichen Sollens, das den Willen des Staates darstellt, als ein Inhalt neben anderen als Bedingungen des Zwangsaktes gesetzten Tatbeständen. Das Problem des Staatsunrechtes verschwindet damit als solches. Soferne aber in der Theologie der Tatbestand des Bösen des Charakters einer Negation des Guten und somit einer Verneinung Gottes noch nicht ganz entkleidet ist, offenbart sich hier in grandioser Weise das Problem, für das Böse als der Negation des Guten einen anderen Zurechnungspunkt zu suchen als das Subjekt des Guten, die Personifikation der sittlichen Weltordnung, nämlich Gott. Ihm wird der Teufel als der Urheber des Bösen und sohin wird dem Himmel als dem Reich des Guten die Hölle als das Reich des Bösen entgegengestellt. Würde die Rechtstheorie an dem Begriff des Unrechts als der Negation des Rechtes festhalten, wäre sie konsequenterweise gezwungen, neben dem Rechtssubjekt, der Rechts-Person, ein davon verschiedenes Unrechtssubjekt zu konstruieren. In der theologischen Lehre, daß auch Satan ein gefallener Engel, also uranfänglich doch nur ein Geschöpf Gottes ist, befriedigt sich auf symbolischem Wege das Bedürfnis nach systematischer Einheit*”.

¹⁴¹ HÄGERSTRÖM, Axel. Kelsen’s theory of law and the state: a review on Kelsen’s *Allgemeine Staatslehre*, 1925. In: **Inquiries into the Nature of Law and Morals**. Uppsala: Almqvist & Wiksells, 1953, p. 272.

¹⁴² *Ibid.*, p. 275, tradução nossa. Em *Allgemeine Staatslehre*, Kelsen de fato se distancia da teoria imperativista para dizer que o direito não é constituído por imperativos do Estado, mas declarações, julgamentos do Estado: ou seja, afirmações por parte do Estado a respeito de algo. O Estado afirma que há uma ligação entre um fato e uma consequência. Essa afirmação é que se torna objeto da ciência do direito. “A norma primária e a norma secundária expressam apenas a relação especificamente jurídica entre condição e consequência no sistema jurídico. Contudo, a representação dessa relação jurídica só pode – porque nela se expressa a conexão entre condição e consequência – ocorrer gramaticalmente por meio de frases, logicamente por meio de julgamentos que, na medida em que sejam julgamentos normativos, podem ser considerados como julgamentos de valor, como avaliações. E por isso é inadequado caracterizar a norma jurídica ou o direito como um imperativo. O imperativo é a expressão imediata de uma vontade voltada para o comportamento de outrem, não a expressão de qualquer conexão

quência, no modelo kelseniano, julgamentos a respeito de algo, ou seja, palavras que expressam a afirmação da tomada de conhecimento de algo, podem, elas mesmas, dar existência a esse algo:

Se uma norma é criada, certas proposições gramaticais têm de ser relacionadas a uma autoridade. Nessa capacidade, essas proposições possuem *nelas mesmas*, em princípio, de acordo com Kelsen, o poder de fazer válido aquilo que está expresso nelas. A *basic norm* [*Grundnorm*] afirma que uma autoridade é suprema, e assim o faz sem apelar a qualquer razão que seja. Mas isso é o mesmo que dizer que a proposição gramatical que é referível a essa autoridade tem, sem qualquer razão, o poder de constituir a validade do que é expresso nela. A proposição em questão é, do ponto de vista subjetivo, julgamento a respeito de uma relação jurídica. Segue que o julgamento sobre uma relação jurídica diretamente dá realidade ao seu próprio conteúdo e, assim, é verdadeiro em si mesmo. Estamos, então, na situação peculiar de que, no âmbito jurídico, o conhecimento a respeito da realidade ele próprio cria a realidade. Isso é o resultado a que se chega por assumir que certas *proposições* têm um certo poder criativo em relação àquilo que é expresso nelas, *i.e.*, através da crença em uma magia jurídica das palavras, ou, como Kelsen diria, no *grande mistério!* [...] Kelsen deve ter reduzido a *basic norm* [*Grundnorm*] mística a uma palavra que possui poder, mas que não adquiriu esta propriedade em nenhuma ocasião especial, mas existiu durante toda a eternidade! Cf. a noção grega de Logos!¹⁴³

Esta última crítica permite enxergar o que, segundo Olivecrona, é o real significado de algo “mágico” na filosofia de Hägerström: a crença de que é possível dar realidade a algo através de meios diversos da causalidade; a crença de que através de palavras ou gestos ou pensamentos é possível tornar algo real.¹⁴⁴ O mundo do direito, em Kelsen, passaria a existir quando algum ser indeterminado dissesse: as declarações de vontade

legal, qualquer legalidade e do reconhecimento correlato a ela. O direito como objeto do conhecimento jurídico – e somente sob esse aspecto pode-se falar de legalidade jurídica – é um sistema de juízos, não de imperativos; estes podem fazer parte do material do direito constituído no conhecimento jurídico, os fatos podem ser, como tal – entre outras coisas –, imperativos” (KELSEN, Hans. **Allgemeine Staatslehre**. Springer, 1925, p. 54, tradução nossa). No original: “*Die primäre wie die sekundäre Norm drückt nur den spezifisch rechtsgesetzlichen Zusammenhang zwischen Bedingung und Folge im Rechtssystem aus. Die Darstellung dieses rechtsgesetzlichen Zusammenhanges aber kann nur – weil in ihr die Verknüpfung von Bedingung und Folge ausgedrückt wird – grammatisch durch Sätze, logisch durch Urteile geschehen, die, sofern sie Sollurteile sind, als Werturteile, als Beurteilungen angesehen werden mögen. Und darum ist es unzulässig die Rechtsnorm oder das Recht als Imperativ zu charakterisieren. Imperati ist der unmittelbare Ausdruck eines auf fremdes Verhalten gerichteten Willens nicht der Ausdruck irgendeiner gesetzlichen Verknüpfung, irgendeiner Gesetzlichkeit und des ihr korrelativen Erkennens. Das Recht als Gegenstand der Rechtskenntnis – und nur unter diesem Aspekt kann von Rechtsgesetzlichkeit die Rede sein – ist ein System von Urteilen, nicht von Imperativen; diese mögen zum Material des in der Rechtskenntnis erst konstituierten Rechts gehören, die Tatbestände mögen als solche – unter anderem – Imperative sein*”.

¹⁴³ HÄGERSTRÖM, Axel. Kelsen’s theory of law and the state: a review on Kelsen’s *Allgemeine Staatslehre*, 1925. In: **Inquiries into the Nature of Law and Morals**. Uppsala: Almqvist & Wiksells, 1953, p. 276-277, tradução nossa.

¹⁴⁴ OLIVECRONA, Karl. Editor’s preface. In: **Inquiries into the Nature of Law and Morals**. Uppsala: Almqvist & Wiksells, 1953, p. XVII.

desta autoridade devem ser consideradas obrigatórias. Assim, a vontade dela, por uma força sobrenatural dessa proposição, passaria a ter uma existência autônoma em relação ao mundo material – essa autoridade passaria a existir como um Estado e sua vontade como um dever; essa existência delas, porém, não seria no mundo do espaço e do tempo, mas em um mundo ao lado.

3.2 VILHELM LUNDSTEDT E O MÉTODO DO BEM-ESTAR SOCIAL

3.2.1 Introdução

Anders Vilhelm Lundstedt foi professor de Direito Civil na Universidade de Uppsala. Foi um dos primeiros autores a levar adiante as ideias de Hägerström no âmbito da dogmática jurídica. Após uma vida de luta por uma “revolução” na ciência jurídica, no ano de sua morte, 1955, Lundstedt finalizou a obra que foi caracterizada como seu “testamento jurídico”: a síntese de seu pensamento, reelaborado “antes de deitar a caneta para sempre”, em suas próprias palavras, para “o presente e futuro destino da humanidade”. A obra em questão é *Legal thinking revised: my views on law*.¹⁴⁵

3.2.2 Críticas às noções tradicionais de direito e à sua relação com juízos de valor

Em um primeiro momento na obra de Lundstedt, o que se encontra é, em essência, uma reapresentação das críticas às teorias jurídicas tradicionais formuladas por Hägerström.¹⁴⁶ Lundstedt enfatiza, particularmente, que as ideias fundamentais de direito (ideias como as de “regras” e de “ilícito”) estão todas associadas à ideia do que deve (*ought*) ou não deve (*ought not to*). A ideia de uma regra é a ideia de algo que expressa que algo deve ser; a ideia de direito subjetivo é a ideia de que as demandas de alguém devem ser satisfeitas; a ideia de dever (*duty*) é a ideia de que alguém deve (*ought*) fazer algo. Essa ideia de dever seria sinal da permanência do direito natural e do caráter não científico das teorias do direito contemporâneas a Lundstedt.¹⁴⁷ Aqui, o autor antecipa uma crítica que reaparecerá na crítica que Ross desferirá a Kelsen.

¹⁴⁵ LUNDSTEDT, Anders Vilhelm. **Legal thinking revised: my views on the law**. Stockholm: Amqvist & Wiksell, 1955, p. 2-5, tradução nossa.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 1-43.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 43-44.

Segundo Lundstedt, ao proceder dessa maneira, a ciência do direito está se fundando, inteiramente, em “julgamentos de valor”. Mas a condição para que tais “julgamentos de valor” possam ser tratados cientificamente seria que eles fossem julgamentos sobre a realidade. Isso não aconteceria porque esses juízos de valor, como usados pela ciência jurídica, não apontam para nenhum ente da realidade (apontam para palavras consideradas vazias e sem correspondente na realidade, como comados ou vontade de um “Estado”, por exemplo). Eles não seriam propriamente julgamentos, porque seriam dependentes de sentimentos. Um esforço meramente teórico (ou seja, descritivo de fatos) não poderia levar à conclusão de que algo “deve ser”. Palavras como “deve”, “culpa” e “justiça” são completamente incompreensíveis para alguém desprovido de sentimentos. Os “julgamentos” de valor, para Lundstedt, pertencem à mesma categoria dos julgamentos sobre algo ser bonito ou feio. Tais “julgamentos”, para Lundstedt é evidente, dependem de sentimentos. E além disso: esses sentimentos não são dependentes diretamente do objeto, mas sim da concepção ou da consciência desses objetos (nesta medida, os julgamentos de valor da ciência jurídica se diferenciariam, por exemplo, dos julgamentos sobre as cores de algum objeto). A ideia de valores “objetivos”, assim, seria impossível, uma vez que valores dependem de sentimentos individuais. Nisso estaria a essência da ideia de que julgar que algo “deve” ser não é uma observação da realidade e, portanto, esse julgamento não pode ser manejado cientificamente.¹⁴⁸

Lundstedt chamará esse modo de operar da ciência jurídica de forma geral (ou seja, utilizar como critério de suas afirmações juízos de valor sobre o que “deve” ou não “deve”) de “método da justiça”.¹⁴⁹

3.2.3 O método da justiça e uma alternativa: o método do bem-estar social

Está claro que a forma de operar da ciência jurídica (o “método da justiça”) é considerada não científica por Lundstedt. Mas, ao contrário do que muito se pensa sobre o autor, Lundstedt desenvolveu uma solução alternativa para a ciência do direito: o método do bem-estar social, que levou alguns autores até mesmo a considerarem-no defensor de certas visões morais específicas, como o utilitarismo.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 45-47.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 53 *et seq.*

Sob o título “método da justiça”, Lundstedt está descrevendo, em grande medida, esforços que têm por fim “explicar” uma realidade existente. Essa realidade é o fato de que as sociedades contemporâneas foram desenvolvidas ao redor de uma máquina complexa normalmente designada pelo nome de “direito” ou “normas”. Lundstedt, aqui, assim como fez Hägerström, reconhecerá que há uma base material para as ideias “supersticiosas” da ciência jurídica tradicional: as pessoas “foram gradualmente desenvolvendo e aperfeiçoando sua ordem social através de uma *permanente reciprocidade* entre concepções supersticiosas de justiça e considerações sobre o bem comum”. Diante desta base material, “o que tem impedido até agora o desenvolvimento de uma ciência jurídica verdadeiramente científica é acima de tudo a existência das fantasias de um direito objetivo ou material constituído por este corpo de ‘normas’ jurídicas ou ‘preceitos’ derivados da justiça natural”.¹⁵⁰

Mas a “rejeição dessa ideologia jurídica inevitavelmente leva à questão de o que poderia ser uma motivação realista para os conteúdos e a manutenção do direito”. A pergunta de Lundstedt que o leva a seu peculiar “método do bem-estar social” é a seguinte:

O que os membros de uma comunidade, ou aqueles que a governam ou, de alguma maneira, têm voz, querem, pretendem ou objetivam com a continuada interpretação e aplicação do direito e com a elaboração de novas leis e na abolição de leis antigas, ou, de forma simples, com as atividades jurídicas, quando eles passam a perceber que essas atividades não podem ser destinadas a satisfazer demandas da justiça ou outros pontos de vista fundados em ideologia jurídica?¹⁵¹

Para Lundstedt, as ideias de “justiça” explicavam o fundamento e a finalidade dessa base material toda (nas “atividades jurídicas”). Mas se essa ideia de “justiça” é rejeitada, o que explica isso tudo? O que esse algo existente pretende e por que ele existe na perspectiva de alguém que não crê em “justiça”? A alternativa que Lundstedt propõe diz que “para aqueles que se libertaram da ideologia jurídica e têm um olhar realista para a atividade em questão, não há nenhuma outra *raison d’être* para essas atividades do que sua indispensabilidade para a continuidade da sociedade”.¹⁵²

Para Lundstedt, a ciência do direito, estudando a finalidade do direito enquanto satisfação das necessidades da sociedade, pode inclusive contribuir com a legislação ao discutir se o estabelecimento de mudanças legais ou a manutenção de lei já posta podem

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 123-124, tradução nossa.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 131, tradução nossa.

¹⁵² *Ibid.*, p. 132, tradução nossa.

ser antecipados como benéficos para a sociedade, para o “bem-estar social”. Embora nesse momento, em Lundstedt, entre no escopo da ciência jurídica o estudo do bem-estar social, isso não se confunde com um “método da justiça”, que procura a finalidade do direito em algo fora dos simples interesses dos membros da sociedade. Aqui, Lundstedt defende que, se a ciência pretender contribuir com o desenvolvimento do direito, a finalidade do direito que precisa ser considerada é o bem-estar social, pura e simplesmente, e não qualquer ideal de “justiça” ou coisa que o valha.¹⁵³

3.3 O DIREITO COMO FATO EM KARL OLIVECRONA

3.3.1 Introdução

Os trabalhos mais influentes de Karl Olivecrona são as duas edições de *Law as fact*, a primeira de 1939 e a segunda de 1971. A primeira edição de *Law as fact* recebeu uma versão sueca ligeiramente alterada intitulada *Om lagen och staten* (“Sobre o direito e o Estado”), que também é frequentemente citada. A segunda edição, publicada anos depois, é essencialmente um novo trabalho. Ela foi, inclusive, publicada em sueco sob um título diferente: *Rättsordningen* (“A ordem jurídica”). Além desses dois relevantes livros, um pequeno artigo chamado “*Lagens imperativ*” (“Imperativos do direito”) foi publicado em 1942. Ele aparece como um apartado na edição espanhola de *Law as fact* e, em inglês, curiosamente, recebeu esse mesmo título, *Law as fact*. Outro trabalho também relevante para o teste das hipóteses deste trabalho é *Legal language and reality (Lenguaje jurídico y realidad)*, que aborda a linguagem no pensamento do autor. Além disso, Olivecrona possui alguns escritos de natureza política e econômica e múltiplos trabalhos sobre o pensamento de Hägerström e Lundstedt.¹⁵⁴ Os textos políticos e econômicos não tratam diretamente do tema deste trabalho. Sobre o pensamento de Hägerström e Lundstedt, os capítulos anteriores parecem suficientes.

¹⁵³ *Ibid.*, p. 133-134.

¹⁵⁴ Para uma análise mais ampla da obra de Olivecrona, cf. SPAAK, Torben. **A critical appraisal of Karl Olivecrona’s legal philosophy**. Dordrecht: Springer, 2014. Cf, também, LACALLE, Oscar Vergara. **El derecho como fenómeno psicosocial: un estudio sobre el pensamiento de K. Olivecrona**. Granada: Comares, 2004.

3.3.2 A força obrigatória criticada

Já no início da primeira edição de *Law as fact*, Olivecrona propõe um diferente conceito para a “força obrigatória” (“*binding force*”) do direito. Mas antes de qualquer coisa, ele descreve uma realidade semelhante à existente no Brasil quando alguém decide falar em realismo jurídico ou no direito como algo produzido pelos juízes:

Muito frequentemente críticas deste tipo [ou seja, o questionamento acerca da existência de algo como uma “força obrigatória”] são tomadas como sendo direcionadas ao direito em si. Elas são recebidas com agressiva resistência, sendo consideradas uma tentativa de promover anarquia. Mas essa atitude é altamente suspeita. Se a força obrigatória é uma realidade, ela não é afetada por teorias. O direito, neste caso, continuará sendo vinculante, não importa o que esteja escrito nos livros. Portanto, a partir desta suposição, nenhuma teoria pode ser um ataque ao direito em si, mas somente a teorias anteriores sobre o assunto. Pode ser acrescido que, se essas teorias fossem corretas, o ataque a elas não seria perigoso, pois a verdade teria de emergir no longo prazo. Se, por outro lado, a força obrigatória fosse descoberta uma ilusão, seria de grande importância que esta ilusão fosse desmantelada tão logo quanto possível, já que erros gerais de concepção a respeito da verdadeira natureza do direito devem ser presumidos como prejudiciais às ciências sociais e à educação social. A resistência contra a crítica da força obrigatória do direito só pode ser explicada se a crítica atinge uma *crença* compartilhada que é considerada necessária para a manutenção do direito. Sob esta hipótese somente é possível entender por que a ideia de força obrigatória é defendida a todo custo, independentemente de sua verdade, e o porquê da resistência agressiva. Não há dúvidas de que este tipo de ideia é vastamente sustentado. Nós não podemos, porém, parar a ciência por causa desta crença.¹⁵⁵

Olivecrona especula se a “força obrigatória” poderia corresponder ao fato de que, em certa medida, a maioria da sociedade precisa cumprir ao longo de suas vidas as normas jurídicas para evitar sanções. Segundo o autor, essa realidade existe. Mas não é isso que a teoria do direito que o antecedeu entende por “força obrigatória”: a “força obrigatória” não é apenas o fato de que consequências desagradáveis são prováveis no caso de descumprimento. Do contrário, poderia ser dito que há uma regra obrigatória proibindo as pessoas de colocar suas mãos no fogo.¹⁵⁶ O fato de uma sanção ser aplicada em caso de descumprimento de algo, segundo a teoria que Olivecrona está descrevendo, não é sinônimo da força obrigatória desse algo. A sanção é aplicada porque uma regra dotada de força obrigatória foi descumprida. Assim, a força obrigatória é tomada como algo que existe antes da aplicação da sanção.¹⁵⁷ Além disso, não se diz que uma regra

¹⁵⁵ OLIVECRONA, Karl. *Law as fact*. London: Oxford University Press, 1939, p. 10-11, tradução nossa.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 12.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 13.

deixa de ter força obrigatória para alguém porque esse alguém se encontra em uma posição em que tem o poder de violar a regra impunemente.¹⁵⁸⁻¹⁵⁹

Então, o que a teoria geral chama de “força obrigatória” não é a probabilidade de sanção em caso de descumprimento. Poderia, talvez, ser um sentimento. Porque, segundo Olivecrona, de fato as pessoas em geral têm sentimentos de inibição que impedem a prática de atos proibidos pelo direito. Mas os sentimentos que impedem o descumprimento do direito não significam a mesma coisa que a “força obrigatória” na teoria geral. Ninguém sustenta que o direito não é obrigatório para as pessoas que não se sentem obrigadas por ele.¹⁶⁰

Por essa reflexão, Olivecrona conclui que a “força obrigatória” não é um fato – não é algo que possa ser encontrado “no mundo do tempo e do espaço”. Segundo ele, essa ideia era, de fato, defendida por múltiplos juristas de seu tempo. A consequência seria que o direito mesmo estaria fora do reino dos fatos da vida – fora do espaço e do tempo. O direito estaria em um reino dele próprio. Mas, para Olivecrona, isso é um absurdo. Porque o “direito deve necessariamente ser posto em algum tipo de relação com fenômenos neste mundo. Mas não há algo que possa ser posto em relação com fenômenos situados no mundo do espaço e do tempo sem que esse algo faça parte ele próprio do espaço e do tempo”. Portanto, qualquer fala em um direito que “de alguma forma misteriosa está acima dos fatos da vida é contraditória”.¹⁶¹ Neste ponto verificamos a reapresentação, em Olivecrona, da crítica de Hägerström baseada em sua tese sobre a realidade como “unidade coerente” ou “determinação” (“*bestämmdhet*”, “*determinateness*”, “*Bestimmtheit*”), derivada diretamente da Lei da Contradição. A seguir, porém, Olivecrona acrescenta a seguinte explicação:

Se nós descartarmos a ideia supersticiosa de que a lei emana de um deus, é óbvio que toda norma jurídica é criação das pessoas. As regras sempre foram estabelecidas através de legislação, ou de alguma outra maneira, por pessoas normais de carne e osso. Por outro lado, elas têm efeitos naturais, pois exercem pressão sobre os membros da comunidade. As normas jurídicas são a causa natural – dentre outras – da ação dos juízes [...] Os elaboradores do direito e outras pessoas que estão em posição de produzir normas jurídicas podem efetivamente influenciar a conduta dos membros da comunidade. Mas isso é certamente tudo o que podem fazer [...] Nunca podemos escapar da conclusão de que o direito é um elemento na cadeia de causas e efeitos. Ele tem, portanto,

¹⁵⁸ OLIVECRONA, Karl. **Law as fact**. London: Oxford University Press, 1939. p. 14.

¹⁵⁹ Essa ideia de que o dever jurídico seja a probabilidade de sanção em caso de descumprimento é comumente atribuída a John Austin e criticada por positivistas posteriores. Sobre o tema, cf. OLIVECRONA, Karl. **Lenguaje jurídico y realidad**. Colonia del Carmen: Fontanamara, 1991, p. 13-15.

¹⁶⁰ OLIVECRONA, Karl. **Law as fact**. London: Oxford University Press, 1939, p. 14.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 14-15, tradução nossa.

um lugar entre os fatos do mundo do espaço e do tempo. Mas então ele não pode também pertencer a outro mundo. O direito não pode por um lado ser um fato [...] com causas naturais e efeitos naturais e por outro ser algo fora da cadeia de causas e efeitos. Manter o contrário envolve superstição. O significado seria – se é que existe algum significado – que o direito é dotado de um poder sobrenatural.¹⁶²

Então, Olivecrona passará a falar da obra de Kelsen. Agora, em 1939, a primeira edição da *Teoria pura do direito* (1934) já havia sido publicada. A ideia de *Grundnorm* já estava desenvolvida, vinda desde *Allgemeine Staatslehre*, de 1925. Olivecrona dirá que Kelsen reconhece que o direito (como concebido pelas teorias prevalentes na época) está de fato fora do mundo da realidade. Ele tem, assim, um mundo só seu: o mundo do *Sollen* (do “dever ser”, do “*ought*”). Kelsen, segundo Olivecrona, afirma decididamente que o direito está fora da cadeia de causa e efeito. De acordo com Olivecrona, Kelsen não está interessado na cadeia de causa e efeito que liga o fato de alguém ter matado alguém à aplicação da pena pelo juiz e ao conseqüente fato de esse alguém ser preso. Kelsen “admite, é verdade, que há certas causas para as ações dos juizes. Mas isso somente é questão de certos ‘processos paralelos na natureza’. Isso não interessa ao direito em si, porque o direito só se preocupa com as relações do ‘dever’ [*ought, Sollen*]”.¹⁶³

Olivecrona, na sequência, retoma as críticas de Hägerström ao problema do “grande mistério” de Kelsen: “como no mundo¹⁶⁴ os elaboradores do direito, em suas reuniões prosaicas, conseguiriam estabelecer” relações entre entes no absolutamente diferente “mundo do dever”.¹⁶⁵ O autor também retoma a crítica à “vontade do Estado”: “A ‘vontade do Estado’ é pura imaginação, pois não há uma vontade sobrehumana, pertencente a uma entidade particular acima das pessoas particulares que compõem o Estado. Somente seres humanos têm vontade e cada um tem sua própria vontade”.¹⁶⁶

Em uma análise histórica, Olivecrona afirma que, no tempo do direito natural, a “força obrigatória” do direito era tida como derivada de deus, da razão ou de algum outro ente imutável e eterno. A qualidade de ser imutável e eterno permitia relacionar a esse ente ou a suas prescrições a qualidade de “força obrigatória”. Supondo a existência de algo imutável e eterno, parece possível pensar em algo que simplesmente deve ser. Esse “deve ser” não é dependente de nada no mundo do ser, já que sua fundação é algo fora do mundo do ser. As teorias positivistas tentaram superar a fundação do direito em um deus,

¹⁶² *Ibid.*, p. 16-17, tradução nossa.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 17-20, tradução nossa.

¹⁶⁴ A expressão de Olivecrona, “*How on earth*”, é muito mais apropriada do que parece.

¹⁶⁵ OLIVECRONA, Karl. **Law as fact**. London: Oxford University Press, 1939, p. 21.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 24, tradução nossa.

na razão ou em algo imutável e eterno, mas manter a noção de uma força obrigatória significando um “dever ser” independente do teor do mundo do ser (uma força obrigatória “contrafactual”, às vezes se diz). Há, aí, uma tentativa de, ao mesmo tempo, colocar o direito no mundo do ser (para retirar da fundação do direito ideias como as de um deus, da razão ou de outros entes tidos como imutáveis e eternos) e mantê-lo absolutamente independente do que acontece no mundo do ser.¹⁶⁷⁻¹⁶⁸

3.3.3 Normas como imperativos independentes¹⁶⁹ com conteúdo imaginário

Com essa crítica inicial à noção de “força obrigatória”, Olivecrona anuncia a finalidade de seu trabalho: estudar o direito como fato. Esse estudo não pressupõe nada a respeito do “direito”. A palavra “direito” é usada apenas como uma “vara para apontar o objeto da investigação”; o método consiste em apenas analisar os fatos que são expressos pela locução “normas jurídicas”.¹⁷⁰

Olivecrona parte do pressuposto de que as normas jurídicas se preocupam com a conduta das pessoas. O objetivo delas sempre há de ser, para o autor, influenciar a conduta das pessoas. A partir disso, ele discorrerá sobre o que seriam o conteúdo e a forma das normas jurídicas.

Quanto ao conteúdo das normas, Olivecrona entende que o elaborador de direito estabelece padrões de comportamento para aqueles que ele quer influenciar. Assim, o conteúdo das normas jurídicas pode ser definido como “*ideias a respeito de ações imagi-*

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 22-23.

¹⁶⁸ Sobre essa análise histórica, cf. OLIVECRONA, Karl. **Lenguaje jurídico y realidad**. Colonia del Carmen: Fontanamara, 1991, p. 11-29. Na segunda edição de *Law as fact*, Olivecrona fornece uma análise histórica bem mais profunda (Cf. OLIVECRONA, Karl. **Law as fact**. London: London Stevens, 1971, p. 7-64)

¹⁶⁹ Independente, na versão alemã do texto, fica como “*freistehend*” (equivalente ao sueco “*fristående*”). O sentido da palavra é mais próximo de algo como “impessoal” ou “algo que subsiste livre”. O foco da ideia é que o imperativo existe independentemente de estar relacionado ou atrelado a seu emitente. A palavra alemã “*freistehend*” tem mais o sentido de “não atrelado”, existindo independentemente de estar com outros. Diferente da palavra “*unabhängig*”, que indica, por exemplo, alguém que não depende de outra pessoa. O sentido é ligeiramente diferente. Ambas as expressões, em português, indicam “independente” (Cf. OLIVECRONA, Karl. **El derecho como hecho**. Buenos Aires: Roque Depalma, 1959, p. 184, N. del T.).

¹⁷⁰ OLIVECRONA, Karl. **Law as fact**. London: Oxford University Press, 1939, p. 26. Para uma explicação completa sobre esse método, cf. OLIVECRONA, Karl. **Law as fact**. London: London Stevens, 1971, p. 1-6).

*nárias praticadas por pessoas (e.g. juízes) em situações imaginárias. A aplicação do direito consiste em tomar essas ações imaginárias como modelos para efetiva conduta quando situações correspondentes tomarem lugar na vida real”.*¹⁷¹

Quanto à forma das normas jurídicas, Olivecrona enfatiza que o elaborador do direito não pretende dizer a alguém quais são as ideias em sua mente. Ele pretende, ao contrário, estimular um comportamento nas pessoas. Por isso, as ações imaginárias são postas diante das pessoas na “forma *imperativa*”.¹⁷²⁻¹⁷³

Porém, não apenas o caráter imperativo caracteriza a forma jurídica das normas em Olivecrona. Para o autor, além de as normas serem imperativos, são imperativos independentes. Este adjetivo simboliza o distanciamento de Olivecrona das teorias declaratórias (que entendem as normas como declarações de vontade) e imperativistas (que entendem as normas como comandos), já mencionadas.

Para Olivecrona, há uma diferença entre um comando e uma declaração de vontade, antes de qualquer coisa. Uma declaração de vontade é simplesmente uma afirmação destinada a informar. Um comando pode viabilizar a compreensão de qual seja a vontade do emitente, mas a finalidade do emitente não é informar qual é sua vontade, e sim fazer com que seu interlocutor aja de determinada maneira. A expressão “assee seu nariz” não tem significado idêntico à expressão “é minha vontade que você assee seu nariz”.¹⁷⁴

A ideia de Olivecrona de que normas têm esse caráter de imperativo poderia levar a crer que ele se filia à corrente imperativista. No entanto, não é esse o caso.

Para Olivecrona, a ideia de “comando” pressupõe uma pessoa comandando e uma pessoa à qual o comando é endereçado. A teoria imperativista diz que o sujeito que comanda é o “Estado”. Para Olivecrona, isso só faria sentido se o comando pudesse ser adscrito a uma ou várias pessoas ativas dentro da organização chamada “Estado”, pois o próprio Estado, como uma organização dessas pessoas, não pode, ele próprio, emitir um

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 28-30, tradução nossa.

¹⁷² *Ibid.*, p. 30-32.

¹⁷³ No artigo “*Lagens imperativ*” (“*El imperativo de la ley*”), de 1942, Olivecrona dirá que a expressão “forma” gerou problemas. Ele a substituirá, nessa obra, por “sinal interpretativo”. Por sinal imperativo, Olivecrona entende “o elemento volitivo da ordem, ou seja, tudo aquilo que serve não para provocar uma imaginação da conduta desejada, mas sim para provocar o impulso que conduza a essa conduta” (OLIVECRONA, Karl. **El imperativo de la ley**. In: OLIVECRONA, Karl. **El derecho como hecho**. Buenos Aires: Roque Depalma, 1959. p. 179 *et seq.*). De fato, a ideia de forma imperativa pode levar à compreensão equivocada de que os textos legais sempre têm a forma gramatical de um imperativo. Não se trata propriamente da “forma” do imperativo. O que existe é um imperativo, ou seja, uma expressão com finalidade de gerar certas condutas associadas ao conteúdo consistente em condutas imaginárias (imaginárias, porém pretendidas pelo emitente do imperativo) associadas a situações imaginárias.

¹⁷⁴ OLIVECRONA, Karl. **Law as fact**. London: Oxford University Press, 1939, p. 32-34.

comando que não seja um comando de uma ou várias pessoas ativas dentro da organização “Estado”. Mas, segundo Olivecrona, isso seria irreal: “A máquina do Estado é operada por uma multidão de pessoas, sempre mudando [...] em geral essas pessoas não têm a menor ideia de que o direito consista em seus comandos. Todos entendem como existentes as regras que são chamadas de direito e feitas valer”. Além disso, “os elaboradores do direito, eles próprios, exercem seus poderes por meio de regras jurídicas”. A falsidade dessa ideia saltaria aos olhos ao se pensar no processo de votação em um parlamento. Os “membros entram de diferentes portas, levantam suas mãos etc., o que é muito diferente de comandar”. Afinal, “como poderia um membro acreditar que está comandando quando ele sabe que sua contribuição é somente adicionar um voto à soma de votos de um lado ou de outro?”. Adicionalmente, Olivecrona repete o argumento da circularidade de Hägerström.¹⁷⁵

Normas, em Olivecrona, então, não são propriamente comandos emitidos por alguém. Elas são, na verdade, imperativos independentes. Comandos, no sentido próprio, diz Olivecrona, pressupõem uma relação pessoal. O comando é emitido por alguém e destinado a alguém. As normas jurídicas, para Olivecrona, embora sejam imperativos, não podem ser consideradas o comando de ninguém. Aqueles que elaboraram o direito “não agiram da forma como agem aqueles que comandam”. E “para aqueles que tomam conhecimento do comando, os elaboradores do direito são normalmente totalmente desconhecidos”. As pessoas só têm “as frases imperativas diante delas, isoladas dos elaboradores, que podem ter morrido cem anos atrás”. A frase funciona independentemente de qualquer pessoa comandando como guia para a conduta das pessoas. Além disso, essa frase, ao contrário do que acontece com os comandos, não precisa se dirigir a alguma pessoa: o imperativo independente pode ser dirigido “para o ar”. O imperativo independente não diz “você deve fazer isso”; ele se comporta de uma forma abstrata: ele diz “esta ação deve ser realizada”. Um “deve” é conectado a uma ideia de uma ação, não diretamente a uma pessoa a que se destina o imperativo. Um comando, que pressupõe essa relação pessoal entre uma pessoa e outra, não pode ser expresso sem alteração de significado como um julgamento (*i.e.* uma afirmação a respeito de algo). Mas um imperativo independente, que já não mais pressupõe essa relação pessoal e se comporta de forma abstrata, pode. Se for direcionada “ao ar” por um sujeito indeterminado e desconhecido do destinatário, a afirmação “você não deve roubar” pode ser, sem necessária alteração

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 35-41, tradução nossa.

de sentido, reformulada como “é seu dever não roubar”. Para Olivecrona, os imperativos independentes, ou seja, as normas jurídicas, aparecem na sociedade como realmente análogos, na forma de seu funcionamento, a regras religiosas como os dez mandamentos.¹⁷⁶

Aqui, segundo Olivecrona, uma ilusão se faz presente. Na consciência das pessoas, por algum motivo, esses “imperativos independentes” são tomados como se, por detrás deles, houvesse um julgamento sobre algo efetivamente existente. Mas “na realidade, o direito de um país consiste em uma imensa massa de ideias a respeito do comportamento humano, acumulada durante séculos através da contribuição de inumeráveis colaboradores. Essas ideias foram expressas na forma imperativa por seus elaboradores”. E, depois, foram paulatinamente sendo revividas e registradas nos livros, até que a ligação delas com os elaboradores se perdeu – possibilitando sua compreensão não como comandos de algum sujeito específico, mas como um “dever”, como expressão de algo que existe objetivamente em um mundo à parte.¹⁷⁷

3.3.4 A criação das normas jurídicas

Então, na teoria de Olivecrona as normas jurídicas têm como conteúdo ações imaginárias associadas a circunstâncias imaginárias, e como forma imperativos independentes. A releitura do tópico anterior permitirá perceber que tanto na caracterização do conteúdo quanto da forma das normas, Olivecrona sempre se refere aos “elaboradores do direito” como figuras importantes. Saber o que são, efetivamente, normas jurídicas – ser capaz de diferenciá-las de outras coisas cujas formas e conteúdos se igualam ao descrito pelo autor – demanda que se conheça a opinião de Olivecrona sobre a criação de normas jurídicas. Para ele, o direito, na modernidade, é elaborado por “legislação ordinária” e por “métodos informais de estabelecimento das normas jurídicas”.¹⁷⁸

No ato de legislação ordinária, como normalmente concebido, há algo de inexplicável: o grande mistério de Kelsen. Um pedaço de papel é posto perante determinadas pessoas. O fato de essas determinadas pessoas assinarem esse pedaço de papel ou levantarem as mãos quando se fala nele, votando a seu favor, torna-o algo totalmente diferente dele próprio: o que antes era um pedaço de papel, após determinados atos solenes passa a ter “força obrigatória”, se torna direito. Porém, como Olivecrona já disse, essa “força

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 42-46, tradução nossa.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 46-49, tradução nossa.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 51, 61

obrigatória”, como concebida, não é algo que possa ser localizado no mundo do espaço e do tempo. Por isso, Olivecrona encarará essa ideia como um “misticismo”, como “supersticiosa”. A própria ideia de “força obrigatória”, como tradicionalmente concebida, nesse capítulo é rejeitada expressamente por Olivecrona. Mas o ato legislativo tem um “*real* efeito de suprema importância na comunidade”. Por algum motivo, o que se constata é que o projeto de lei (o “*draft*”) não tinha qualquer importância na vida social que não o fato de estar sendo objeto de discussão. Apesar disso, quando o projeto se torna lei certos oficiais passam a tomá-lo como modelo para suas condutas e o público em geral passa a receber uma verdadeira pressão para cumpri-la. Então, de fato há uma influência daquilo que é passado como “direito” pelo Legislativo. Segundo Olivecrona, “sob condições modernas, a principal forma de atingir isso [ou seja, a principal forma pela qual certos imperativos ganham relevância social e são incorporados dentro da máquina da sociedade, passando a de fato exercer essa pressão há pouco descrita] é através de legislação de acordo com as regras da constituição”.¹⁷⁹

Portanto, Olivecrona acredita em um real efeito que acaba exercendo pressão e, em certa medida, compelindo os oficiais e o público em geral a observarem as determinações contidas nos documentos produzidos pelo Legislativo. Esse efeito, porém, não tem nada de místico: trata-se de uma pressão de natureza psicológica. Por certos motivos (cuja descrição cabe à psicologia e à história e não ao direito, diz Olivecrona), as pessoas e os oficiais têm, em geral, uma certa reverência pela constituição e pelas leis produzidas de acordo com ela e um hábito de obediência. Segundo Olivecrona, “nós encontramos uma atitude desse tipo ao menos em todos os países civilizados de tipo ocidental”. Em todo o mundo ocidental “existe um conjunto de ideias relativas ao governo de um país”; de acordo com essas ideias, “certas pessoas são apontadas para exercer poder supremo” dentro daquele território. A “atitude geral em relação à constituição coloca-as [essas pessoas] em posições-chave, capacitando-as a exercer pressão em seus concidadãos”. Os elaboradores do direito ganham acesso a um “mecanismo psicológico através do qual eles podem influenciar a vida do país”. Embora não esteja interessado em discutir as causas que levam a essa situação, o autor entende que, além de uma atitude geral de respeito por parte do público, para a existência desses efeitos da legislação também é necessário organização: também é necessário que haja certas pessoas dispostas a fazer cumprir os desígnios da legislação, inclusive mediante uso da força, se necessário.¹⁸⁰

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 50-52.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 52-56, tradução nossa.

O real significado da legislação e da força obrigatória é este, portanto: o projeto de lei é objeto de certas formalidades e essas formalidades são capazes de exercer um tipo específico de pressão psicológica. As “formalidades prescritas na constituição, quando aplicadas aos ‘imperativos independentes’ existentes no projeto de lei [no *draft*], dão a esses imperativos uma importância especial na vida social”. Ao selar esses imperativos independentes, de certa maneira eles passam a ser considerados pelas pessoas como padrões de conduta.¹⁸¹

Porém, para Olivecrona, não é somente a legislação que produz normas jurídicas. O autor fala, por exemplo, em “direito tradicional” (o que parece significar o mesmo que direito consuetudinário), no direito produzido pelos juízes e mesmo no direito produzido pela ciência jurídica. Uma passagem sobre a ideia de “direito tradicional” e uma passagem conclusiva do autor são suficientes para a compreensão a respeito de a que ele se refere:

Com uma concepção realista do direito, o problema da formação do direito tradicional não é mais insolúvel do que o problema da legislação ordinária. Em ambos os casos o que acontece é a introdução de novos imperativos em um sistema de imperativos que é considerado obrigatório e tem efeitos práticos [...] Aqui [no direito tradicional], assim como no caso de legislação formal, a questão são certas maneiras de fazer imperativos efetivos na comunidade. É natural que diferentes meios possam ser utilizados para esse fim, embora legislação formal seja de longe o mais importante atualmente¹⁸²

Então, o direito em Olivecrona se torna direito quando imperativos independentes com conteúdo imaginário são introduzidos em um sistema de imperativos que é “considerado obrigatório e tem efeitos práticos” na sociedade.

3.3.5 A linguagem do direito e a ideia de expressões realizativas

Em outro trabalho, Olivecrona trata da maneira como a linguagem do direito se comporta. Para ele, as expressões do direito funcionam como “expressões realizativas”.¹⁸³ Neste ponto, há um avanço em relação a Hägerström e Lundstedt. Enquanto os outros dois autores se dedicaram a criticar e rejeitar os conceitos jurídicos normalmente utiliza-

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 56, tradução nossa.

¹⁸² *Ibid.*, p. 61-65, tradução nossa.

¹⁸³ OLIVECRONA, Karl. **Lenguaje jurídico y realidad**. Colonia del Carmen: Fontanamara, 1991, p. 35-65. Olivecrona também abordará outras categorias pelas quais a linguagem jurídica opera. Porém, as demais tratam de direito e dever em sentido subjetivo, não objetivo (“*right*” e “*duty*”, não “*law*” e “*ought*”).

dos, Olivecrona sustentará que eles podem ser utilizados – desde que se compreenda exatamente o que eles significam. Isso não significa que Olivecrona não ache que esses conceitos tenham, sim, um caráter mágico. Para Olivecrona, a forma das expressões jurídicas tem, indiscutivelmente, uma gênese em crenças mágicas. Mas isso não justificaria seu abandono – elas devem, ao invés, ser compreendidas como “expressões realizativas”.

Olivecrona dá um exemplo encontrado em Austin: a esposa do presidente da companhia naval estoura uma garrafa de champagne no casco do navio e diz: “Batizo este navio com o nome de Rainha Elizabeth”. A partir daí, para as pessoas que tomam conhecimento da situação “o” nome do navio “é” Rainha Elizabeth. Se, algumas horas depois, um funcionário quebra uma garrafa qualquer no casco do navio e diz: “O nome do navio é General Stalin”, ninguém achará que o nome do navio, agora, é General Stalin. O nome “correto” do navio, para todos, permanecerá sendo Rainha Elizabeth. Não há sentido em pensar em um “verdadeiro” nome ou em uma “verdadeira” relação existente entre o nome e o navio. Apenas as formalidades que existiram em um dos batismos fizeram com que no entorno social esse batismo tivesse um efeito específico diferente do outro batismo. A mesma situação acontece quando são criados “laços jurídicos” em um casamento, por exemplo. Não se cria nada com uma condição supersensível ou algo assim: a única coisa que há é a criação de dadas reações psicológicas no entorno social (inclusive, normalmente, em dados oficiais e tribunais).¹⁸⁴

Essas “expressões realizativas” têm em sua gênese as crenças mágicas: as ideias de que é possível alterar a realidade através de determinados atos dentro de dadas formalidades ou de certos rituais ou palavras ditas de certa maneira. Isso não significa, porém, que essas expressões e seus efeitos não possam ser descritos. Nem significa que não tenham uma utilidade e uma importância para que as sociedades atinjam o padrão de organização desejado.¹⁸⁵

3.3.6 Direito, força, medo e moral

Após rejeitar as ideias tradicionais de direito como “aquilo que tem força obrigatória”, compreendida essa força obrigatória como um dado fora do espaço e do tempo, e após descrever o que considera ser o direito enquanto fato, Olivecrona investigará por

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 48-51.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 41-45.

que o direito produz os efeitos que produz. Nesse aspecto, ele considerará a existência de força como sendo um fator determinante.

Mas, para Olivecrona, a existência de uma força enorme, incomparavelmente maior do que a força de cada indivíduo, destinada a garantir que certas condutas sejam ou não sejam praticadas, exerce uma influência de tipo indireta. O efeito dessa força não está tanto no fato de ela agir sobre aquele que age de forma ilícita. É mais do que isso: o conhecimento de que essa força existe e é aplicada diariamente sobre certas pessoas que cometeram certos atos gera uma sensação geral de medo em todos. Essa sensação de medo não poderia não existir, pois isso seria o mesmo que não sentir a presença dessa enorme força que existe desde antes do nascimento e está presente ao longo de todos os dias da vida de todos. Mas não parece uma descrição correta que todos estejam, a todo momento, pressionados por uma sensação de medo dessa força incomensurável. Se assim fosse, todos estariam a todo momento sofrendo e sentindo esse medo insuportável, o que não parece se verificar. Então, entra em cena, para Olivecrona, a capacidade de adaptação da mente: para se adaptar à existência dessa enorme força sem o insuportável medo, é preciso que nem passe pela cabeça das pessoas descumprir o direito (ou aqueles imperativos independentes emanados por sujeitos indeterminados, mas que foram emanados dentro de dadas formalidades ou em certas circunstâncias que os fazem causar esse efeito todo). Dessa forma é que o medo seria capaz de estar a todo momento presente, mas sem se fazer sentir.¹⁸⁶

Para Olivecrona, porém, não é somente o medo da força que explica o efeito que as normas jurídicas têm. Segundo ele, “assim que os pensamentos sobre atos ilícitos entram na mente e parecem atraentes, eles são mais efetivamente rechaçados por impulsos morais involuntários do que por cálculos sobre os riscos”. Mas, para o autor, esses “impulsos morais” são fruto da regular aplicação de sanções pelos órgãos de Estado. De acordo com Olivecrona, quando alguém nasce, já se encontra em uma situação em que há um conjunto de imperativos ditando a vida das pessoas desde tempos imemoriais (e que adquiriram essa capacidade de regular a vida das pessoas por diversos meios). Essa realidade não incute no psicológico das pessoas apenas o medo de uma sanção: esses imperativos passam também a ser depositados enquanto ideias morais. Em Olivecrona, um imperativo independente de certa natureza (uma norma jurídica) se torna um comando moral quando ele é completamente objetivado, ou seja, quando passa a ser “considerado

¹⁸⁶ OLIVECRONA, Karl. **Law as fact**. London: Oxford University Press, 1939, p. 140-148.

obrigatório sem qualquer referência a uma autoridade situada no mundo exterior”.¹⁸⁷ No artigo de 1942, Olivecrona dirá que “a categoria do imperativo independente é extremamente ampla. Em geral, ela inclui os mandamentos morais”. A moral, assim, seria o direito em um estado de objetivação extremo. A diferença entre uma coisa e outra, em Olivecrona, não é estanque.¹⁸⁸

3.4 O PENSAMENTO E OS PERCALÇOS DE ALF ROSS

3.4.1 Introdução

Alf Ross é provavelmente o pensador do realismo jurídico escandinavo mais influente. Como veremos, além de ter retomado e extraído novas consequências das ideias de Hägerström e de seus seguidores, Ross propôs todo um novo modelo de ciência do direito, que conta com uma delimitação precisa de seu objeto e a definição de critérios objetivos para a verificação de suas afirmações. Neste ponto, ele se diferencia, como ficará claro, dos autores que o antecederam.

Além disso, Ross talvez seja o único autor do realismo escandinavo que conseguiu chegar, efetivamente, à consideração geral do público jurídico. Ross, durante seu tempo de vida, dialogou diretamente com Hans Kelsen e Herbert Hart. Em 1959, Kelsen e Hart publicam, cada um, um artigo a respeito da obra de Ross. Ambos, como era de se esperar, de conteúdo crítico, porém com manifestação de respeito e admiração. Um artigo de Alf Ross de 1961 acusou Kelsen de ser jusnaturalista e a crítica de Hart de ser inteiramente baseada em um erro na tradução de *On law and justice* (*Sobre o direito e a justiça*). Ross chega a dizer que se o erro de tradução é eliminado, também são eliminados os aparentes desacordos entre as suas ideias e as de Hart.

As principais obras do autor pertinentes a este trabalho são seus dois grandes livros: *Towards a realistic jurisprudence: A Criticism of the Dualism in Law* (*Hacia una ciencia realista del derecho: critica del dualismo en el derecho, Em direção a uma ciência realista do direito*), de 1946, e *On law and justice* (*Sobre el derecho y la justicia, Sobre o direito e a justiça*), de 1953. Além desses dois livros, é relevante o artigo “*El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural*” (“*Validity and the*

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 155, tradução nossa.

¹⁸⁸ OLIVECRONA, Karl. **El imperativo de la ley**. In: OLIVECRONA, Karl. **El derecho como hecho**. Buenos Aires: Roque Depalma, 1959, p. 184-185, tradução nossa.

conflict between legal positivism and natural law”), de 1961, em que Ross diretamente critica Kelsen e responde às críticas de Hart. E, também, dois outros textos que, embora não interessem diretamente ao objeto deste trabalho, permitem a compreensão mais aprofundada das ideias de Ross: o intrigante artigo “Tû-Tû”, de 1957, e o artigo “*Imperatives and logic*” (“Imperativos e lógica”), de 1944, em que Ross debate se imperativos podem fazer parte de silogismos.

3.4.2 Uma dependência do pensamento de Julius Binder e Hans Kelsen para com Hegel?

A primeira grande obra de Alf Ross é *Towards a realistic jurisprudence (Hacia una ciencia realista del derecho)*, de 1946. Nesse livro, Ross sustenta que há um “dualismo” que tem levado a inúmeras contradições na ciência jurídica: o dualismo entre “realidade e validade”. Em linhas gerais, para Ross o dualismo significa que:

O direito é concebido ao mesmo tempo como um fenômeno suscetível de observação no mundo dos fatos e como uma norma obrigatória no mundo da moral e dos valores; ao mesmo tempo como algo físico e metafísico, como empírico e *a priori*, como real e ideal, como algo que existe e algo que vale, como um fenômeno e uma proposição”.¹⁸⁹

Para Ross – e isso é postulado por ele desde o início –, a ideia de “validade” não é algo objetivo ou concebível, mas apenas um termo “utilizado para expressões pelas quais se racionalizam certas vivências emocionais. Não há concepções de validade de nenhuma espécie, mas somente vivências de validade conceitualmente racionalizadas, ou seja, certas vivências revestidas de uma peculiar ilusão de objetividade”.¹⁹⁰ Aqui, a ideia de “validade” com que Ross trabalha em suas críticas nessa obra é parecida com a “força obrigatória” que foi criticada por Olivecrona. A crítica, em essência, reitera a “objetivação da paralisação de impulsos conativos no destinatário de um comando eficaz” que é intrínseca à ideia de “dever” (seja como “*duty*”, seja como “*ought*”) em Hägerström.

A primeira ordem de contradições (ou, na expressão do autor, “antinomias”) que o dualismo tem causado, segundo Ross, diz respeito ao próprio conceito de direito. Os capítulos 2, 3 e 4 de *Hacia una ciencia realista del derecho* se prestarão a uma descrição

¹⁸⁹ ROSS, Alf. **Hacia una ciencia realista del derecho**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961, p. 15, tradução nossa.

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 16-17, tradução nossa.

das principais correntes teóricas sobre o conceito de direito, à exposição das antinomias causadas pelo dualismo em si e a uma reconstrução do conceito de direito de modo a evitar as antinomias. É essa parte da obra de Ross que nos interessa em primeiro lugar.

Após abordar as teorias jusnaturalistas que antecederam seu tempo, Ross abordará, em primeiro lugar, a ideia de Julius Binder de direito como significado (“*Sinn*”). Para Binder, o direito está situado no mundo da realidade, mas não é nem um fenômeno psíquico e nem um fenômeno físico. Ele estaria em um terceiro reino dentro da realidade: o reino dos significados, dos sentidos (“*Sinn*”). De acordo com Binder, a realidade “não tem somente o pensar como antecedente, mas também o pensamento enquanto pensado, o criado pelo pensar”. O direito, assim, seria “o que é *pensado* ou *querido* como conteúdo de um ato psíquico real do pensamento e da vontade”.¹⁹¹ O direito seria aquilo que é pensado, aquilo que se quer por alguém. E, por isso, estaria no mundo da realidade. Para Ross, porém, a realidade do pensamento não pode ser transferida para aquilo que é objeto do pensamento: se alguém pensa em uma montanha feita de ouro, isso não significa que a montanha de ouro de fato exista.¹⁹²

Então, o direito é o “significado” de uma vontade empírica. Mas além disso, na teoria de Binder, “de acordo com seu significado”, essa vontade empírica ou esse imperativo é uma norma, um *Sollen*. A vontade não é somente um fato situado no mundo da realidade (o *Sinn* de uma vontade, aqui compreendido como integrante da realidade do espaço e do tempo), mas também um padrão ou regra a respeito do correto, no mundo da validade. As normas jurídicas estão fundadas na vontade situada no mundo do espaço e do tempo, porém “suas pretensões não procedem de pura arbitrariedade, mas estão fundadas ou *sujeitas* à necessidade da razão determinada por uma norma transcendental”.¹⁹³

¹⁹¹ A teoria de Binder é, essencialmente, a tese central da Jurisprudência dos Interesses: “Legislative commands, being expressions of the universal will, which is identical with the will of the members of the legal community in itself, derive their legal character from their legal meaning, and their content from the purpose which they are intended to realize. Therefore they cannot be understood and hence interpreted unless their purpose is understood, and this is the main reason why analogy can be used as a means of filling gaps in the law only if the interest situation in the case provided for by the statute and the “new” case is identical. A legal command or legal rule, then, is not an abstract command, as the theory of the command concept would require, but it is a configuration of meaning and purpose [ein Sinn-Zweckgebilde]; its binding force is founded on its legal meaning, its content and scope are determined by its purpose, so that its immediate text, no matter how clear it may be, can be understood only with the aid of this meaning and this purpose” (BINDER, Julius. Remark on the Controversy About Legal Method in the Science of Private Law. In: SCHOCH, M. Magdalena (org.). **The Jurisprudence of Interests**. Cambridge and Massachusetts: Harvard University Press, 1948, p. 308, tradução nossa).

¹⁹² ROSS, Alf. **Hacia una ciencia realista del derecho**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961, p. 43-44. Estas ideias devem ser comparadas à noção do que seja um julgamento negativo em Hägerström, já apresentada e discutida neste capítulo.

¹⁹³ *Ibid.*, p. 42.

Assim, de acordo com seu *Sinn*, as normas empíricas têm uma relação com as transcendentais. Aqui Ross objeta que “normas empíricas” (entendidas puramente como o *Sinn* de determinadas vontades) e “normas transcendentais” não podem ambas ser compreendidas como especificações de um mesmo gênero “norma” se nesse gênero “norma” estiver embutido o sentido daquilo que “deve ser”, daquilo que é “válido” segundo uma exigência da razão ou coisa que o valha. O que a teoria de Binder quer dizer ao afirmar que as pretensões das normas empíricas não são arbitrárias, mas são baseadas em uma razão determinada por uma norma transcendental? Essa ideia implica que esses mandados dessa vontade empírica seriam ou coerentes com esses ditados transcendentais da razão e, assim, seriam obrigatórios (válidos); ou não seriam coerentes com tais ditados e, portanto, não seriam obrigatórios (inválidos). Mas, então, o que é válido não é a norma empírica, mas a norma transcendental. A única forma de supor que a norma empírica “é” a norma válida seria supor que ela é a revelação da razão absoluta no mundo sensível – ideia que, segundo Ross, é repudiada pelo próprio Binder e por quem pensa como ele. Para Ross, se há uma relação entre realidade natural e ideia transcendental, cada um desses termos da relação precisa permanecer sendo o que individualmente é, pois se deixam de ser o que são o que existe não é uma relação entre eles, mas sim uma outra relação específica. A única forma, para Ross, de afirmar que a “norma empírica” (encontrada no *Sinn* de um ato no mundo *Sein*) e a “norma transcendental” (que é válida e obrigatória, no mundo do *Sollen*, por ser coerente com uma demanda da razão) são a mesma coisa seria mediante a suposição hegeliana de que a realidade é uma associação sintética entre realidade e validade, matéria e razão.¹⁹⁴

Ross, então, passa a analisar o que ele chama de escolas “monistas”. Estas, ao perceberem a impossibilidade de se compreender o direito como, ao mesmo tempo, *Sein* e *Sollen*, escolhem uma das duas opções. A primeira linha de pensamento a ser analisada é aquela que define o direito como puro *Sollen*. O pensador que representará a linha em questão é ninguém menos do que Hans Kelsen. Para Ross, há quatro traços principais que fundam o pensamento de Kelsen: a ideia positivista de que há uma diferença entre dogmática jurídica e teoria social; a ideia tradicional de que o direito é um sistema de regras vinculantes, obrigatórias, válidas; a posição kantiana de que há uma disparidade metodológica entre *Sein* e *Sollen*, associada à ideia de Windelband de que o *Sollen* é uma forma

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 43-45.

a priori pura, mas vazia, ou seja, sem conteúdo; e a vontade de ser cientificamente coerente. A partir dessas ideias, Kelsen inicia com a mesma intenção da doutrina de Binder: procura ao mesmo tempo manter a ideia de validade como obrigatoriedade, independentemente da realidade que se verifique, e colocar o conteúdo desse algo válido como condicionado a um fator da realidade. Para Ross, “a única diferença” entre a ideia de Kelsen e a de Binder, que é uma diferença “muito importante, é certo”, é que enquanto em Binder há uma relação

[...] *de conteúdo* (Beziehung) entre o material empírico e uma validade absoluta com um certo conteúdo, em Kelsen a ideia de direito se relaciona exclusivamente com a forma. Que o direito seja um *Sollen* não diz nada acerca de seu conteúdo, mas apenas que esse *Sollen* é o modo abstrato e vazio do pensamento no qual todo o conhecimento do direito deve necessariamente se dar, e que se ajusta de forma *relativista* ao material dado em qualquer tempo.¹⁹⁵

O que Kelsen faz é pegar o “dever ser” que desde a época de Kant tem seu conteúdo determinado pela “razão prática”; mas desse “dever ser” Kelsen extrai somente a “desnuda noção abstrata de uma *validade* como forma específica do pensamento cujo conteúdo deve ser buscado não mais na razão *a priori*, mas na realidade empírica”. Através disso Kelsen combina a noção tradicional de validade com o “ilimitado reconhecimento da positividade empírica do direito, ou seja, sua absoluta soberania e independência de qualquer idealidade *a priori* ou de qualquer *direito natural*”.¹⁹⁶

Então, em Kelsen, a norma tem forma de *Sollen*, mas seu conteúdo advém de um *Sein*. Ross irá objetar o seguinte:

Forma e conteúdo são *abstrações* mentais extraídas de uma mesma matéria e não duas entidades independentes, de modo que se se dá uma forma específica, um conteúdo específico é por ela determinado. Se o *ser* e o *dever ser* são formas específicas absolutamente diferentes, então elas vão determinar conteúdos absolutamente diferentes.¹⁹⁷

A ideia de Kelsen envolveria um “cruzamento inconcebível entre forma e conteúdo”. A única forma, segundo Ross, de possibilitar algo assim seria supor, com Hegel, que a realidade é uma associação sintética de realidade e validade, razão e matéria.¹⁹⁸

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 48, tradução nossa.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 46-49, tradução nossa.

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 51, tradução nossa.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 51, tradução nossa.

3.4.3 As antinomias no conceito de direito: a tese da circularidade retomada

Após essa primeira aproximação crítica, Ross irá, mais especificamente, pontuar duas antinomias que existiriam nas teorias positivistas mais aceitas de seu tempo (dentre elas a teoria de Kelsen).

A primeira antinomia consiste, segundo Ross, em uma circularidade entre uma tese e uma antítese. A tese diz o seguinte: “A validade do direito como direito está determinada com relação a certos fenômenos históricos relevantes”. Já a antítese: “Os fenômenos históricos relevantes estão determinados com relação à validade do direito como direito”. Essa antinomia ocorre, para Ross, sempre que se concebe a realidade do direito como determinada por sua gênese ou por sua aplicação. Assim, ela se aplica ao positivismo anglo-continental e ao realismo jurídico estadunidense.¹⁹⁹

Para se distanciar do jusnaturalismo, o juspositivismo precisava colocar o direito como determinado por algum fato histórico específico – e não como algo determinado por algo fora da realidade, transcendental, como no tempo do jusnaturalismo. Estamos, aqui, na tese. Mas a pergunta que fica é: quais fatos históricos específicos determinam o que seja o direito? Porque certamente não poderia ser qualquer fato histórico, mas sim algum ou alguns fatos específicos. Ross citará múltiplas teorias que geram uma circularidade: o que define quais fatos históricos determinam o que é direito é o próprio direito. E aqui estamos, agora, na antítese.

A primeira teoria positivista a que Ross faz menção é aquela que estabelece que os fatos históricos relevantes como as declarações de vontade do Estado. Embora Ross não o cite, vimos que essa opinião apareceu dessa forma (ou seja, *tout court*, sem menção a algo como uma *Grundnorm*) no Kelsen de *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, de 1911. Mas isso nos leva da tese à antítese: porque o Estado é uma figura jurídica e sua vontade “só pode ser concebida como expressada formalmente através de *órgãos* determinados por regras jurídicas”.²⁰⁰ Aqui temos, em essência, o problema da circularidade já denunciado por Hägerström.

Uma segunda variante desse problema aparece em Karl Bergbohm. Bergbohm dirá que o direito, embora seja determinado por fatos históricos específicos (tese), só pode ser direito se for emanção da vontade da “autoridade competente”:

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 65, tradução nossa.

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 66, tradução nossa.

Se agora mantivermos a exigência mencionada anteriormente de uma fonte histórica que abarca o próprio desenvolvimento de cada norma jurídica ao longo da história para sua forma jurídica, surge o seguinte significado do 'princípio histórico' em relação ao direito e à formação do direito. Para que uma norma ou regra que determina as ações ou as relações dos homens e de suas associações seja um direito positivo no sentido da jurisprudência e da ciência jurídica, em todos os seus ramos e níveis, uma condição indispensável é que ela tenha adquirido, além do conteúdo normativo essencial, a forma jurídica igualmente essencial, o que só poderia ocorrer se uma autoridade competente para a formação do direito, por meio de um ato adequado, externo e reconhecível, que como tal pertence à história e constitui a fonte formal do respectivo direito, lhe conferisse a qualidade jurídica. O abandono dessa condição, por outro lado, implicaria um princípio no qual falta tal elemento histórico e, conseqüentemente, conduziria a um direito que não teria passado por uma fonte formal de direito para entrar na realidade, onde poderia se afirmar como direito formalmente vinculante, ou seja, a um direito 'não histórico', 'não positivo' ou 'direito natural', que não é um fenômeno jurídico explicável por uma teoria, não sendo objeto de conhecimento da ciência jurídica, pois juridicamente não é direito.²⁰¹

Nesta passagem vemos que Bergbohm está muito preocupado em situar o direito como algo dependente do mundo da realidade e de certos fatos históricos. Mas esses fatos históricos que condicionam o direito (e que, assim, o impedem de ser mero direito natural, tornando-o direito positivo) são certas atividades de certas “autoridades competentes para a formação do direito”. O que sejam essas “autoridades” e quais sejam essas atividades que elas devem exercer para criar algo especificamente jurídico só pode ser algo determinado pelo próprio direito. E aqui estamos, novamente, na antítese.²⁰²

Uma terceira variante do problema da circularidade aparece em Austin. Segundo Ross, para Austin o direito positivo seria o mandato do “soberano”, único ou plural. Por soberano Austin entende aquela pessoa ou número de pessoas cujos mandamentos são

²⁰¹ BERGBOHM, Karl. **Jurisprudenz und Rechtsphilosophie**. Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1892, p. 549, tradução nossa. No original: “Wenn wir nun das letztgenannte Erfordernis einer, das eigentliche Werden jedes Rechtssatzes in der Geschichte umspannenden Quelle für seine Rechtsform festhalten, so ergibt sich folgende Bedeutung des „geschichtlichen Prinzips“ in Beziehung auf das Recht und die Rechtsbildung. Damit eine praktische, Handlungen oder Verhältnisse der Menschen und ihrer Vereine bestimmende Norm oder Regel positives Recht im Sinne der Jurisprudenz und Rechtswissenschaft, in allen ihren Zweigen und Stufen sein könne, ist eine unerläßliche Bedingung die, daß sie zu dem wesentlichen normativen Inhalt die ebenso wesentliche Rechtsform erworben habe, was nur auf die Weise geschehen konnte, daß ihr eine kompetente rechtbildende Macht durch einen geeigneten, äußerlich erkennbaren Vorgang, der als solcher der Geschichte angehört und die formelle Rechtsquelle der betr. Norm bildet, die Rechtsqualität verlieh. Der Verzicht auf diese Bedingung dagegen würde ein Prinzip involvieren, dem ein derartiges geschichtliches Element fehlt, und folgeweise auf ein Recht leiten, das nicht durch eine formelle Rechtsquelle hindurch in die Wirklichkeit, wo es seine objektive Verbindlichkeit als formelles Recht bewahren könnte, eingetreten ist d. h. auf ein ungeschichtliches oder nichtpositives oder Naturrecht, das kein durch eine Theorie zu erklärendes Rechtsphänomen, kein Erkenntnisobjekt der Rechtswissenschaft, weil juristisch überhaupt gar kein Recht ist”

²⁰² ROSS, Alf. **Hacia una ciencia realista del derecho**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961, p. 66.

habitualmente obedecidos pela maior parte de uma dada comunidade. Isso está, em essência, na *Lecture VI* de Austin:

A diferença essencial do direito positivo (ou a diferença que o distingue do direito que não é positivo) pode ser formulada da seguinte forma: todo direito positivo, ou todo direito propriamente dito, é estabelecido por uma pessoa soberana ou por um corpo de pessoas soberanas para um membro ou para os membros de uma sociedade política independente. Em outras palavras, é estabelecido por um monarca ou por um conjunto soberano para uma pessoa ou várias pessoas em um estado de sujeição a seu autor [...] Se um *determinado* humano superior, que *não* esteja em hábito de obedecer um superior análogo a ele, recebe obediência *habitual* da *maioria* de uma sociedade qualquer, esse determinado superior é soberano nessa sociedade, e a sociedade (incluindo o superior) é uma sociedade política e independente.²⁰³

Para Ross, a circularidade aqui estaria presente pelo fato de a obediência habitual ser uma expressão de ideias jurídicas: o que é obedecido é o direito, não as pessoas; o “soberano” está na posição em que está em virtude do direito.²⁰⁴

Uma quarta variante do problema da circularidade viria em Kelsen, que, segundo Ross, “é quem completa o positivismo de forma coerente”. De acordo com Ross, Kelsen se deu conta de que “se o direito é uma validade, e esta não pode se deduzir de um fato histórico. Se o critério do direito está latente em sua gênese, ele deve ser buscado, em sua origem, em uma norma suprema, cujo caráter jurídico não pode ser, por sua vez, fundado”. Trata-se da *Grundnorm* (*basic norm*, norma hipotética fundamental). A *Grundnorm* seria o ponto final na circularidade. Segundo Ross, ela encerra a circularidade formalmente. Mas apenas formalmente, porque “ainda que a *eleição* de uma norma fundamental seja livre, ela não é arbitrária. Se o sistema não será a expressão de uma simples ficção, a norma fundamental deve ser eleita de maneira que *concorde* com o sistema jurídico em funcionamento. Isso nos leva, de novo, à antítese”.²⁰⁵

Porém, a mesma circularidade, para Ross, existe em pensadores identificados com o realismo jurídico estadunidense (que será objeto de investigação adiante neste trabalho). Segundo Ross, no realismo estadunidense o direito é aquilo que é aplicado pelos juízes. Porém, nessa “corrente de pensamento está implícito que já saibamos que são os juízes, Mas o juiz não leva uma marca divina que o investe como tal. A qualidade mesma de juiz está juridicamente condicionada”. Por isso, “o direito não pode ser explicado em

²⁰³ AUSTIN, John. **Lectures on jurisprudence**. London: John Murray, Albemarle street, 1875, p. 82, tradução nossa.

²⁰⁴ ROSS, Alf. **Hacia una ciencia realista del derecho**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961, p. 67.

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 67, tradução nossa.

sua totalidade pelas regras aplicadas efetivamente pelos juízes, porque seria necessário primeiro saber o direito para conhecer o que se quer dizer com a palavra *juiz*”.²⁰⁶

Além disso, segundo Ross há uma causa para os juízes se comportarem como se comportam. Haveria algo a ditar a forma como o juiz se comporta. Esse algo seria o quê, se não o próprio direito? Os juízes não são autômatos que decidem mecanicamente, mas “seres humanos cuja ação está determinada *inter alia* por noções precisamente do que seja o direito”. Aí, para Ross, está novamente o direito sendo necessário para a definição do próprio direito.²⁰⁷ Segundo Ross, existem efetivamente “noções de direito” na comunidade que fazem com que o exercício da força, em dadas situações, conte com a aprovação da comunidade – porque essa comunidade entende que esse exercício de força está “baseado em direito”. Esse, para Ross, é um fator importante na organização social. Isso impossibilitaria a explicação do direito como fruto do poder – pois o poder se exerce e só consegue se exercer como fruto do direito. Novamente, a circularidade.²⁰⁸

Com essa exposição do realismo estadunidense, Ross chega a uma segunda antinomia, revelando, também uma circularidade. Novamente, há uma tese: “A norma jurídica é uma proposição prática referente à validade do direito e seu valor teórico como verdade deriva disso [de sua validade]”. A antítese é a seguinte: “A norma jurídica é uma proposição teórica a respeito dos fatos e sua validade como direito deriva disso”. Há o ponto de partida positivista no sentido de que a norma é um *Sollen*, é uma proposição a respeito do que deve ser. Ela pode exprimir um *Sein* apenas acidental e indiretamente, por se verificar que, de fato, a norma determina o agir de certos sujeitos (como a reação dos órgãos aplicadores às violações). Mas os positivistas precisam tornar o *Sollen* de alguma forma determinado pelo *Sein*, do contrário o direito se resolverá como um ente totalmente ideal idêntico à moral. Então, haveria uma tendência de tornar o direito função da manutenção fática do direito ou da efetiva reação das autoridades à violação. Mas então a validade de algo como “direito” é derivada da realidade (ou seja, da permanência da aplicação do direito pelas autoridades). Aqui estamos na antítese. Mas essa realidade (a aplicação do direito pelas autoridades) depende da validade, já que as autoridades aplicam o que é considerado direito – têm a consciência de estarem aplicando algo que existe antes e fora delas próprias.²⁰⁹

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 70, tradução nossa.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 70-71, tradução nossa. Cf. p. 72.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 71-72.

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 84-85.

Isto significa que, no dualismo entre realidade e validade, as soluções até então existentes – as duas, tanto aquela que toma o direito como realidade quanto aquela que toma o direito por validade – levam a uma circularidade. Ou o direito é puro *Sollen*. Mas nesse caso, para que não se caia em um jusnaturalismo, ele (o *Sollen*) tem de ser condicionado por algum *Sein*. Tipicamente esse *Sein* é: a vontade emanada pela autoridade competente (Bergbohm), a vontade emanada pela autoridade que habitualmente se respeita e que não respeita a nenhuma outra (Austin) ou a vontade que pertença ao sistema que é, em geral, mantido ao redor de uma constituição (Kelsen). Só que quem define o que seja a autoridade competente é o próprio direito. Quem define o que é habitualmente respeitado ou mantido é o direito: a autoridade suprema de Austin é em geral obedecida porque as pessoas entendem que obedecê-la é o que manda o direito; o sistema em torno da constituição de Kelsen é em geral aplicado porque os aplicadores entendem que o direito determina essa aplicação.²¹⁰

3.4.4 Uma nova ciência do direito: validade como um extrato da realidade

Para sair desse círculo, o que Ross propõe é substituir a ideia tradicional de “validade” pela categoria das “vivências de validade”. As noções de validade que existem são certas “atitudes de conduta desinteressada” que, por uma “ilusão, são racionalizadas pelo intelecto na ideia de validade como algo objetivamente dado”. A metodologia pela qual Ross irá propor a dissolução das antinomias identificadas consiste em localizar o fenômeno jurídico dentro do campo dos fenômenos psicofísicos “que constituem os domínios da sociologia e da psicologia” e tomar como ponto de partida as teorias jurídicas existentes em busca das “realidades que estão por detrás de suas racionalizações”.²¹¹

O direito, nessa obra de Ross, é uma realidade composta por três fatores: atitudes interessadas, determinadas por medo, atitudes desinteressadas resultantes de uma equivocada racionalização que leva à vivência de validade e uma interrelação entre esses dois fatores. Ross primeiro pede a seu leitor que imagine uma comunidade baseada em um sistema de pura compulsão. Nessa sociedade, as pessoas se comportam da maneira como se comportam por medo do sofrimento que se comportar de outra maneira pode causar. Aqui, temos uma sociedade inteiramente baseada na ideia de sanção. Mas em uma sociedade desse tipo, surgiriam costumes coletivos destinados a evitar sanções. Esses costumes

²¹⁰ *Ibid.*, p. 87-88.

²¹¹ *Ibid.*, p. 88, tradução nossa.

são atos interessados: eles têm um objetivo claro e racional. Porém, quanto mais firmemente se estabelecem esses costumes, mais o fenômeno da sanção vai se tornando raro. E vai surgindo a noção de validade: pelo poder de “sugestão social”, esses costumes passam a ser obedecidos não mais por medo da sanção, mas por uma equivocada racionalização deles; os costumes paulatinamente deixam de ser considerados como tendo o objetivo de evitar sanções – e passam a ser observados por uma falsa noção de que eles representam algo que, objetivamente, deve ser observado. Surge a ideia de que se observa o que se observa simplesmente porque se deve observar e não por qualquer outro motivo. A conduta interessada passa a se tornar desinteressada. Mas aqui está se pensando em uma sociedade cujo sistema é inteiramente baseado não na compulsão, mas em um sentimento geral de que a autoridade é legítima. Uma sociedade em que a observância das regras se dá dessa maneira desinteressada inteiramente, independentemente de qualquer sanção. Nessa sociedade, também, passariam a surgir sanções para tratar dos casos excepcionais em que a conduta desinteressada que acomete a generalidade não acometer alguém. E então o processo de compulsão seria retomado, gerando posteriormente o reforço da atitude desinteressada. Essa realidade se retroalimentaria indefinidamente. E seria este, para Ross, o fato chamado “direito”.²¹²

Com essa maneira de encarar o fenômeno, o dualismo desaparece. A validade se transforma em um fenômeno da realidade.

3.4.5 A ideia de “dever” enquanto ideia jusnaturalista: o “quase-positivismo” de Kelsen

Em “*El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural*”, Ross traça uma distinção entre positivismo e “quase-positivismo”. Ele parte do conceito de Alfred Verdross de “positivismo dogmático”. Segundo Verdross, para o “positivismo dogmático” não existe um conhecimento ético ou um direito natural que possam ser descobertos e estabelecidos pela razão humana. Além disso, para o “positivismo dogmático”, o direito positivo “possui absoluta validade ou força obrigatória. Isso significa que o positivismo dogmático reconhece e aceita, de forma não crítica, a autoridade moral de qualquer ordenamento estabelecido enquanto tal”.²¹³ Ross se coloca como

²¹² *Ibid.*, p. 90-102.

²¹³ VERDROSS, Alfred. *Abendländische Rechtsphilosophie*. 1958 *apud* ROSS, Alf. *El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural*. In: ROSS, Alf. **El concepto de validez y otros ensayos**. Del Carmen: Fontanamara, 2006. p. 19, tradução nossa.

um “positivista dogmático”, uma vez que nega a possibilidade de um conhecimento ético ou de um direito natural. Apesar disso, para ele a afirmação de que o direito positivo deve ser de fato observado pelas pessoas é tipicamente jusnaturalista:

O raciocínio que está por detrás desta linha de pensamento [da vinculação entre as duas características do positivismo dogmático pontuadas por Verdross] é, obviamente, que quando o positivista nega que a validade do direito provém do direito natural, tem que admitir que sua validade é inerente ao direito positivo como tal, ou seja, incondicional, absoluta. Isto é um grave erro. A consequência de negar o direito natural é negar que o direito positivo possui validade no sentido em que este termo é empregado pelo jusnaturalismo. Usado desta maneira, dito termo designa um verdadeiro reclamo moral de obediência, independente de todo reconhecimento por parte dos súditos. Tal reclamo só pode basear-se em princípios éticos. O termo não tem significado algum para uma doutrina que nega todas as verdades éticas. Nem aparece no vocabulário de um positivista. Para este último, a valoração moral de um regime político é uma questão de aceitação pessoal, subjetiva, de valores e *standards*.²¹⁴

Ross, portanto, considera que a afirmação da validade do direito positivo no sentido de ser o direito positivo obrigatório e de ele dever realmente ser cumprido pelas pessoas só pode derivar do direito natural. Apesar disso, Ross reconhece que essa defesa aparece em diversos autores considerados positivistas, aos quais atribui o título “quase-positivistas”. Para Ross, o “quase-positivismo” é uma forma de jusnaturalismo. E para Ross, Kelsen é um “quase-positivista” – um jusnaturalista, portanto. A razão pela qual Ross afirma isso é o fato de na obra de Kelsen existir, segundo ele, a afirmação de que a norma válida é uma norma que é obrigatória e deve ser respeitada.²¹⁵

3.4.6 Imperativos podem compor silogismos? Críticas de Ross a Walter Dubislav e Jørgen Jørgensen

Um problema semelhante àquele sobre o qual se debruçou Hägerström ao tratar da questão da firmeza das intenções é tema do artigo “*Imperatives and logic*”, publicado por Alf Ross em 1944. Novamente, aqui, o que se questiona é até que ponto faz sentido pensar, ao mesmo tempo, que o direito é “aquilo que é aplicado pelos juízes” e “aquilo que (algumas) teorias do direito dizem que o direito é”. Em Hägerström, a ideia de firmeza

²¹⁴ ROSS, Alf. El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural. In: ROSS, Alf. **El concepto de validez y otros ensayos**. Del Carmen: Fontanamara, 2006, p. 21, tradução nossa.

²¹⁵ *Ibid.*, p. 24-27. Esse sentido de “validade” em Kelsen, embora não seja o único, também foi identificado por BULYGIN, Eugenio. El problema de la validez en Kelsen. In: KELSEN, Hans; BULYGIN, Eugenio; WALTER, Robert. **Validez y eficacia del derecho**. Buenos Aires: Astrea, 2005. p. 99-119.

de intenções foi questionada como sendo um pressuposto da aplicação do direito, se considerado uma vontade. Aqui, o problema com que Ross trabalha é o seguinte: “Um imperativo pode constituir parte de uma inferência lógica?”. Em outras palavras: pode um imperativo ser uma premissa ou a conclusão de uma inferência lógica? Por “inferência lógica”, Ross entende “um movimento do pensamento, iniciando com uma ou mais proposições e concluindo em uma nova proposição, de modo que a verdade da última esteja envolvida na verdade da proposição ou das proposições anteriores”.²¹⁶

A questão objeto do artigo foi posta anteriormente por Jørgen Jørgensen em “*Imperativer og logik*” (“Imperativos e lógica”) e Walter Dubislav em “*Zur Unbegründbarkeit der Forderungssätze*” (“Sobre a falta de fundamentação das proposições de exigência”). Os dois artigos foram publicados no periódico nórdico *Theoria*, respectivamente em 1937 e 1938.

O dilema consiste no seguinte: as inferências lógicas são expressão do fato de que a conclusão tem o mesmo valor lógico das premissas; o valor lógico em questão, segundo a tradição filosófica, é o valor de verdade. Então, uma inferência lógica, segundo a visão tradicional, implica o seguinte: inferir S_2 de S_1 significa que S_2 é verdadeiro se S_1 for verdadeiro. Como os imperativos não podem ter valor de verdade ou falsidade, seria impossível realizar inferências com imperativos. Apesar disso, por outro lado, parece imediatamente possível realizar tais inferências: “Mantenha suas promessas; essa é uma promessa sua; portanto, mantenha essa promessa” ou “Ame a seu semelhante como a si mesmo; ame a si mesmo; portanto, ame seu semelhante”.²¹⁷

Ross fala em uma tentativa de solução do problema que ele chama de “tentativa de solução Dubislav-Jørgensen”. Jørgensen estabeleceu, seguindo Dubislav, que todo imperativo tem dois fatores: o primeiro é o fator propriamente imperativo, expressando que algo é demandado, e o segundo é um fator indicativo, que descreve o algo que é demandado. Esse algo descrito no imperativo é chamado de “tema de demanda”. Então, todo imperativo corresponde a uma frase no indicativo que, para Dubislav-Jørgensen, pode ser dita verdadeira ou falsa na medida em que o imperativo é ou não é atendido. Assim, a frase “feche a porta” corresponde ao indicativo “você fecha a porta”. Como expressa Ross: $I_1 \equiv !(S_1)$. Como S_1 é uma frase no indicativo, ela pode ser, ordinariamente, objeto de inferências lógicas.²¹⁸

²¹⁶ ROSS, Alf. Imperatives and logic. *Philosophy of Science*, v. 11, n. 1, p. 30-46, Jan. 1944, p. 31.

²¹⁷ *Ibid.*, p. 32.

²¹⁸ *Ibid.*, p. 33.

Para Ross, o que Jørgensen-Dubislav fazem é eleger uma forma de operar logicamente com imperativos, mas sem explicar o que significa que a inferência de um imperativo a partir de outro seja logicamente válida. Se nas frases indicativas a inferência significa que a conclusão tem valor de verdade se as premissas também tiverem, qual é o valor dos imperativos que se mantêm? Tampouco os autores explicam o que significa transformar um imperativo em um indicativo. E, ainda, não exemplificam seu sistema a partir de silogismos completos, em que a combinação de dois imperativos ou de um imperativo e um indicativo levam a uma conclusão. Ross questiona até que ponto essas operações não são apenas jogos de palavras ou métodos construídos arbitrariamente apenas para possibilitar a operação, sem que se questione o que ela significa.²¹⁹ O autor cita uma passagem de Rose Rand em que este parece ser o objetivo: “Nos enunciados de exigência, não se pode falar em verdade ou falsidade. No entanto, esses axiomas (ou seja, os lógicos) podem ser, de forma figurada, incorporados à lógica dos enunciados de exigência, caso se provem úteis para a manipulação dos enunciados de exigência”.²²⁰

Segundo Ross, o dilema só pode ter duas soluções: ou pela demonstração de que o domínio da lógica é mais amplo do que normalmente se considera, não precisando operar somente com o valor de “verdade”, ou pela demonstração de que os exemplos de silogismos práticos (ou seja, a partir de imperativos) são apenas aparentemente lógicos (são pseudológicos). De acordo com o autor, a segunda parte do dilema de Jørgensen-Dubislav tem por base somente um sentimento de que o que acontece entre os imperativos é a mesma coisa que acontece com as inferências lógicas operando a partir de indicativos. É possível que esses sentimentos não sejam mais do que ilusões.²²¹

Para Ross, e aqui ele diverge de Jørgensen, a lógica não precisa operar necessariamente com o valor de verdade ou falsidade. O que é necessário é que a lógica opere com entes que possam ser operados de modo a respeitar os axiomas lógicos. Os axiomas lógicos, por sua vez, segundo Ross, são reduzidos a tautologias: uma coisa não pode ser

²¹⁹ *Ibid.*, p. 34.

²²⁰ RAND, Rose. Logik der Forderungssätze. **Revue Internationale de la theorie du Droit**, v. 1, p. 308-322, 1939, p. 317, tradução nossa. No original: “Bei Forderungssätzen kann von Wahrheit bzw. Falschheit nicht gesprochen werden. Doch können diese Axiome (i.e. die logische) im übertragenen Sinn in die Logik der Forderungssätze aufgenommen werden, wenn sie sich als zweckmassig für die Handhabung der Forderungssätze erweisen würden”.

²²¹ ROSS, Alf. Imperatives and logic. **Philosophy of Science**, v. 11, n. 1, p. 30-46, Jan. 1944, p. 35.

e não ser ao mesmo tempo. Ou está nevando ou não está nevando. O axioma lógico expressa, somente, que é proibido que esteja nevando “para mim” e não esteja nevando “para você”.²²²

Em razão disso (do que Ross chama do axioma lógico), os imperativos não são proibidos de fazer parte dos sistemas lógicos de antemão. A única coisa necessária é que se atribua aos imperativos algum predicado que ou seja ou não seja. Se chamarmos esse predicado de “validade”, poderíamos operar logicamente meramente substituindo os predicados “verdadeiro” e “falso” por “válido” e “inválido”, desde que esses predicados tenham o mesmo “caráter *objetivo*” daquilo que é expresso nas tautologias dos axiomas. A validade do imperativo pode viabilizar operações lógicas se validade e invalidade forem definidas como mutuamente excludentes: ou se é válido ou não se é válido; não é possível que se seja válido da perspectiva de alguém e inválido da perspectiva de outra pessoa. Como, para Ross, uma ideia de validade objetiva é algo que tem seu lugar somente “no quarto de entulho da metafísica religiosa-moral”, o autor naturalmente rejeita essa ideia.²²³

Mas para Ross, Jørgensen e Dubislav não estão pretendendo falar em resolver o dilema através da assunção de algo “objetivamente válido”. Ross se pergunta, então, o que significam as soluções de Dubislav-Jørgensen. Para Ross, há uma outra possibilidade de interpretação da solução Dubislav-Jørgensen: a qualquer imperativo é possível que se relacione o valor lógico “satisfação” e “não-satisfação”. Se a frase S_1 que descreve o tema de demanda é verdadeira, o imperativo correspondente I_1 é satisfeito. E inversamente, se S_1 é falso, I_1 é não satisfeito. Mas essa interpretação da solução Dubislav-Jørgensen a revela não como uma solução, mas sim uma fuga do problema: o elemento imperativo, aqui, foi completamente segregado e, na verdade, não há nada de diferente entre “satisfação” e “não satisfação” e “verdadeiro” e “falso”.²²⁴

Uma terceira forma de operar logicamente com imperativos ainda é levantada por Ross. Seria possível falar em uma “validade subjetiva” do imperativo. Nesse caso, um imperativo I_1 seria dito “válido” se houvesse algum estado psicológico definido em certas pessoas; por exemplo, uma vontade ou estado psicológico de demandar por parte do emitente do imperativo ou uma sujeição ou estado psicológico de aceitação por parte

²²² *Ibid.*, p. 35.

²²³ *Ibid.*, p. 35-36.

²²⁴ *Ibid.*, p. 37-38.

de alguma pessoa definida. Se a validade for definida dessa maneira, seria possível o desenvolvimento de uma lógica como a clássica também.²²⁵

Após aplicar todos os operadores lógicos sobre esses múltiplos tipos de noção de validade, Ross fará alguns comentários sobre a aplicação judicial do direito. Quanto ao conceito de validade como satisfação, não parece haver sentido em pensar na aplicação de um imperativo válido por parte do juiz. E quanto ao conceito de validade como relação com um fenômeno psicológico, não há, novamente, potencialidade de inferência: não é porque alguém quer ou aceita algo de forma geral que essa pessoa, por um vínculo lógico, queira ou aceite esse mesmo algo em um caso específico. Aqui, vemos a retomada, em Ross, do problema da firmeza de intenções de Hägerström.²²⁶

Mas Ross vai além. Para ele, mesmo no que diz respeito à chamada “premissa menor” do “silogismo” judicial (o estabelecimento dos fatos do caso), a afirmação a que o juiz chega não é uma afirmação de verdade ou falsidade, mas sim uma expressão de relação entre uma expressão linguística e um fato. Se em um caso for importante, por exemplo, o fato de alguém ser proprietário de madeira, o juiz não estará ali averiguando, cientificamente, se um dado ente tem as características biológicas da madeira, mas somente averiguando se o ente, segundo a linguagem natural, se subsume no conceito de “madeira” – a ideia básica aqui é que o direito opera em linguagem natural, não em linguagem científica.²²⁷

3.4.7 Direito e mágica: o conceito de Tû-Tû no povo Aisat-naf das Ilhas Oasuli

Uma das obras mais conhecidas de Alf Ross é o intrigante “Tû-Tû”, de 1957. Nesse livro, Ross descreve o que pode ser chamado de “direito” do povo Aisat-naf, das Ilhas Oasuli, no Pacífico Sul. O modo de vida dos Aisat-naf foi descrito pelo antropólogo Ilírio Meugin em um livro de 1950. Essa tribo construiu culturalmente uma ideia chamada de “tû-tû”. Há alguns atos que os Aisat-naf consideram tabu, como, por exemplo, “encontrar-se com sua sogra”, “matar um animal totêmico” ou “ingerir alimentos preparados pelo chefe”. Sempre que alguém pratica um desses atos, a pessoa se torna tû-tû.²²⁸

Escreve Ross:

²²⁵ *Ibid.*, p. 38-39.

²²⁶ *Ibid.*, p. 43-44.

²²⁷ *Ibid.*, p. 45-46.

²²⁸ ROSS, Alf. **Tû-Tû**. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 11-17.

Conforme o que nos diz Meugnin, na comunidade Aisat-naf são empregados, entre outros, os seguintes enunciados:

(1) Se uma pessoa ingeriu alimento do chefe, então está “tû-tû”

(2) Se uma pessoa está “tû-tû”, deverá ser submetida a uma cerimônia de purificação.

Ora, é patente que com total independência do que represente “tû-tû”, ou ainda que não represente absolutamente nada, esses dois enunciados, quando se ajustam às regras usuais da lógica, exprimem exatamente o mesmo que o seguinte enunciado:

(3) Se uma pessoa ingeriu alimento do chefe, deverá ser submetida a uma cerimônia de purificação.²²⁹

A estranha palavra “tû-tû” não significa nada além de uma ilusão dos Aisat-naf. Eles genuinamente acreditam que quando alguém se encontra com a sogra ou come a comida preparada pelo chefe surge algo que adquire uma realidade. É uma óbvia superstição.²³⁰

Mas consideremos, agora, os seguintes três enunciados: (1) se alguém toma um empréstimo, se torna devedor; (2) quem está devedor deve pagar o valor do empréstimo no dia do vencimento, o que é apenas uma forma diferente de dizer que (3) quem toma um empréstimo deve pagar o valor do empréstimo no dia do vencimento. Qual é a diferença entre estes três enunciados e os três enunciados dos Aisat-naf? Não há diferença alguma. Mas enquanto com os povos “primitivos” aponta-se o caráter supersticioso de uma crença de que existe de verdade algo como estar “tû-tû”, no mundo “civilizado”, estar “devedor” é tomado como algo realmente existente e substancialmente diferente de estar “tû-tû”.²³¹

Mas aqui, ao contrário do que fez Lundstedt, Ross procurará explicar os motivos pelos quais as culturas trabalham com este tipo de ideia supersticiosa. Para Ross, há sólidas razões para operar como fazem os Aisat-naf e as culturas jurídicas ocidentais. Conforme as prescrições sociais vão aumentando de número, situações análogas vão começando a ser tratadas da mesma maneira. Nesses casos, ideias como a de “tû-tû”, de “devedor” ou de “proprietário”, embora de fato não signifiquem nada por elas mesmas, servem para agrupar múltiplos fatos e atrelá-los todos a um mesmo grupo de consequências jurídicas. Ao invés de termos uma regra dizendo “se uma pessoa herdou uma coisa, deverá ser acolhida a ação por perdas e danos que essa pessoa mova contra outros que, por ne-

²²⁹ *Ibid.*, p. 17-18, tradução nossa.

²³⁰ *Ibid.*, p. 26-27.

²³¹ *Ibid.*, p. 30.

gligência, causaram danos à coisa”, outra regra dizendo “se uma pessoa adquiriu lícitamente uma coisa mediante compra, deverá ser acolhida a ação que, para obtenção de sua entrega, essa pessoa instaure contra outros que a retêm em seu poder”, outra dizendo que “se uma pessoa adquiriu uma coisa em uma execução, e um outro dela se apodera, este último deverá ser punido por roubo”, é mais simples e organizado prever que quem compra, herda ou adquire em execução se torna proprietário; e quem é proprietário deverá ter acolhidas tais e tais ações. Para fins organizacionais, ao invés de simplesmente haver uma regra para cada situação, é melhor incluir uma noção agrupadora que permita atrelar múltiplos fatos sob um mesmo selo e, então, atrelar esse grupo de fatos a um grupo de consequência sob um outro selo.²³²

Como escreve Ross, “o conceito de direito subjetivo é um instrumento para a técnica da apresentação que serve exclusivamente a fins sistemáticos, e que em si não significa nem mais nem menos que ‘tû-tû’”.²³³

3.4.8 Uma nova ciência do direito (novamente): o direito e a verificação na ciência jurídica de *On law and justice*

Em 1953, Ross publica o que frequentemente é considerado seu principal trabalho: a obra *On law and justice* (Sobre o direito e a justiça, *Om ret og retfærdighed*). Neste trabalho nos interessa particularmente o que Ross considerará como sendo “direito cientificamente válido”.

Aqui, antes de qualquer coisa é importante esclarecer a terminologia de Ross. Em dinamarquês, há duas palavras diferentes que foram frequentemente traduzidas como se significassem a mesma coisa. Essas palavras são *gældende* e *gyldig*. Elas geraram uma polêmica entre Ross e Hart que foi extremamente danosa ao realismo escandinavo e será melhor abordada adiante. Aqui, o que importa é distinguir as duas expressões. Na edição em inglês, *gældende* foi traduzida como “*scientifically valid*” e *gyldig* como “*valid*”. Na tradução para o espanhol, de Genaro Carrió, *gældende* foi traduzida como “*vigente*” e *gyldig* como “*válido*”. Daqui em diante, ao tratarmos especificamente de *On law and justice* falaremos em “cientificamente válido” para nos referirmos a *gældende* e em “válido” para nos referirmos a *gyldig*.²³⁴

²³² *Ibid.*, p. 24-37.

²³³ *Ibid.*, p. 54, tradução nossa.

²³⁴ Cf. ROSS, Alf. **On law and justice**. Oxford: Oxford University Press, 2019. p. L *et seq.*

Ross inicia dando um passo atrás e pensando em um caso mais simples do que o direito. Como seria possível definir quais são as regras do jogo de xadrez? Uma primeira opção seria simplesmente observar vários jogos e averiguar quais são os padrões de comportamento dos jogadores. O problema é que, fazendo isso, não seria possível diferenciar as regras dos simples costumes ou de regularidades determinadas pela teoria do xadrez. Esse tipo de observação poderia levar ao entendimento de que a abertura com o peão da torre é contra as regras do jogo. Mas, na verdade, esse é um movimento que apenas nunca é usado, por ser uma das piores estratégias conhecidas. Uma alternativa (talvez a mais fácil) seria apenas consultar o que se diz a respeito das regras do xadrez em congressos sobre o assunto ou em livros autoritativos. Mas “isso não é suficiente também porque não é certo que essas declarações [dos livros ou congressos sobre xadrez, por exemplo] sejam seguidas na prática. Mesmo em um jogo clássico como xadrez há variações”, como a regra *en passant*, que nem sempre é praticada. Portanto, “nossa tarefa é descobrir quais regras são efetivamente percebidas pelos jogadores como socialmente obrigatórias”.²³⁵

Nessas primeiras considerações sobre o jogo de xadrez já é possível encontrar a posição particular de Ross. Ele não considera que uma boa resposta à pergunta “quais são as regras de algo?” seja bem respondida nem pela solução do positivismo tradicional e nem pela solução do realismo estadunidense. Sua resposta ocupa um lugar intermediário entre essas duas escolas.

Ross escreve que as “regras do xadrez” somente existem, de fato, enquanto “conteúdo da experiência dos jogadores”, ou seja, de suas “ideias de certos padrões de ação”, associadas à experiência emocional de se sentir obrigado por esses padrões.

As normas do xadrez constituem o conteúdo ideal abstrato [...] que os jogadores têm em comum e que fazem possível, enquanto esquema de interpretação, entender o *fenômeno do xadrez* [...] como um todo coerente de significado e motivação – como um jogo de xadrez; e, em conjugação com outros fatores, prever o resultado do jogo até certo ponto.²³⁶

Surge, nesta passagem, a ideia de “esquema de interpretação”, típica do pensamento de Kelsen.²³⁷ Então, o que Ross pretende chamar de norma inclui aquele conhecimento contextual e cultural que permite compreender um dado fenômeno real como,

²³⁵ *Ibid.*, p. 22-23, tradução nossa.

²³⁶ *Ibid.*, p. 24, tradução nossa.

²³⁷ Kelsen fala, a todo momento, nas normas jurídicas funcionando como “*Deutungsscheme*” (Cf., por exemplo, KELSEN, Hans. **Reine rechtslehre**. Viena: Österreichische Staatsdruckerei, 1992, p. 3). Em

também, um fenômeno normativo, com sentimentos de obrigatoriedade. Mas ao mesmo tempo está presente a ideia da possibilidade de se prever o que os jogadores, no caso, farão, e o desfecho do jogo. Aqui, novamente há esse esforço de síntese entre o positivismo tradicional e o realismo estadunidense.

E Ross considera, em essência, que a mesma forma de explicar as regras do xadrez pode ser utilizada para explicar o direito:

A partir das considerações acima, eu afirmaria o seguinte: *não parece haver qualquer razão para pensar que o conceito “direito (dinamarquês) cientificamente válido” não possa ser explicado e definido basicamente da mesma maneira como é o conceito “normas do xadrez cientificamente válidas (para qualquer par de jogadores)”*. Ou seja, “direito (dinamarquês) cientificamente válido” significa um conjunto de ideias normativas abstraídas que servem como esquema de interpretação dos fenômenos jurídicos na sociedade dinamarquesa – o que, novamente, significa que estas normas são efetivamente seguidas porque são experienciadas como socialmente obrigatórias.²³⁸

Ross, já nessa primeira aproximação do conceito, está mantendo a tradição a que ele pertence e mantendo o direito como inteiramente situado no *Sollen*. As normas jurídicas são aquilo que é experienciado como obrigatório pelas pessoas. Esse sentimento de obrigatoriedade experienciado é um fato situado no espaço e no tempo, mas um fato que pode ser abstraído: “É possível abstrair o significado de uma diretiva [...] da experiência concreta desta diretiva”.²³⁹ Então, aquilo que é experienciado como obrigatório é abstraído da experiência de obrigatoriedade e constitui o objeto da “ciência jurídica em sentido estrito”, em Ross. Esse algo abstraído são as normas jurídicas. Ele permite, ao mesmo tempo, prever em certa medida o comportamento de certas pessoas e, também, compreender esses comportamentos de uma maneira peculiar – aqui, as normas funcionam como

espanhol, na tradução de Vernengo, se fala em “*esquema de explicitación conceptual*” (KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. Tradução: Roberto Vernengo. México: UNAM, 1982, p. 17). Em textos de língua inglesa, normalmente se fala em “*scheme of interpretation*” (KELSEN, Hans. *Pure theory of law*. Tradução: Max Knight. Berkeley, University of California Press, 1967, p. 3).

²³⁸ ROSS, Alf. *On law and justice*. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 25, tradução nossa. Certa vez, Evguiéni Pachukanis, o jurista soviético, escreveu o seguinte, criticando, dentre outros, Kelsen: “Uma teoria geral do direito que não busca explicar nada, que, de antemão, recusa a realidade factual, ou seja, a vida social, e lida com as normas, não se interessando nem por sua origem (uma questão metajurídica!) nem pela ligação que estabelecem com certos materiais de interesse, só pode, evidentemente, pretender o título de teoria no mesmo sentido usado, por exemplo, para se referir à teoria do jogo de xadrez. Tal teoria não tem nada a ver com ciência. Ela não se ocupa de examinar o direito, a forma jurídica como uma forma histórica, pois, em geral, não tem a intenção de pesquisar o que está acontecendo. Por isso, podemos dizer, usando uma expressão vulgar, que ‘desse mato não sai coelho.’” (PACHUKANIS, Evguiéni. *Teoria geral do direito e marxismo*. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 71).

²³⁹ ROSS, Alf. *On law and justice*. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 23-24, tradução nossa.

esquema de interpretação: permitem, por exemplo, encarar um pedaço de papel com características peculiares como um testamento capaz, ele próprio, de produzir no entorno social experiências de obrigatoriedade. Esse objeto caracteriza uma ciência especificamente jurídica.²⁴⁰

Essa ciência jurídica se diferencia de uma “sociologia do direito” porque a sociologia do direito procura descrever efetivamente como essas normas jurídicas (essas coisas experienciadas como obrigatórias) interagem com a sociedade: “É preciso lembrar que as normas jurídicas somente indicam a moldura dentro da qual o direito funcionando na vida real se desenvolve, influenciado pelo costume, por fatores econômicos e ideológicos, objetivos sociais”²⁴¹, dentre outros.

A ciência jurídica se diferencia da “história do direito” porque a “história do direito” descreve o que foi “direito cientificamente válido” no passado, enquanto a ciência jurídica descreve o que é “direito cientificamente válido” no presente. Mas o tempo presente não é apenas um ponto no tempo ao lado dos demais. É um momento distinguido de todos os outros, no qual a realidade há chegado e está prestes a entrar no ainda desconhecido futuro. A definição do direito cientificamente válido do presente (objeto da ciência jurídica) é, no Ross de *On law and justice*, sempre uma questão do que vai acontecer no futuro. E isso nos levará à definição mais precisa do que seja “direito cientificamente válido”.

Mas, antes, Ross precisa localizar a filosofia do direito dentro desse panorama. A filosofia do direito, em Ross, tem por objeto não o direito ou qualquer aspecto dele, mas a própria ciência do direito. A filosofia do direito analisa o aparato lógico e conceitual da ciência do direito. Por exemplo, a filosofia do direito discute o conceito “direito (dinamarquês) cientificamente válido”.²⁴²

Explicando melhor o conceito de “direito cientificamente válido”, Ross dirá que sua analogia com o jogo de xadrez e sua hipótese de que o direito pode ser explicado de forma similar apenas diz que o direito é um contexto interpessoal de sentidos e motivações. Um contexto em que certas pessoas têm certas experiências de obrigatoriedades, sendo que aquilo que é considerado obrigatório funciona como esquema interpretativo, permitindo entender o contexto de certa maneira específica. Mas agora é preciso delimitar

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 24-27.

²⁴¹ *Ibid.*, p. 27-29, tradução nossa.

²⁴² *Ibid.*, p. 32 *et seq.*

melhor que contexto é esse. A pergunta que fica é: “Como elas [as normas jurídicas] podem ser distinguidas de outras normas sociais como, por exemplo, as regras do xadrez, cortesia ou boas maneiras?”.²⁴³

Para chegar ao fator de diferenciação, Ross parte do que ele chama de “conteúdo *prima facie*” das normas. Aqui, o autor distingue entre regras de conduta e regras de competência. As regras de conduta, para Ross, são regras para o juiz e para outras autoridades aplicadoras. Se uma norma não contiver nenhuma diretiva para o juiz ou para alguma autoridade aplicadora análoga, a norma em questão, em Ross, é apenas um pronunciamento moral-ideológico sem relevância jurídica. E, por outro lado, se há uma diretiva para o juiz, não há mais nada que precise ser dito ao indivíduo particular.

*A norma jurídica propriamente dita, no que diz respeito às regras de conduta, é uma diretiva para o juiz, enquanto a instrução para o indivíduo particular é meramente uma norma jurídica imprópria, deduzida da diretiva [para o juiz] e condicionada ao desejo do indivíduo particular de evitar certas reações por parte do juiz.*²⁴⁴

As regras de competência, igualmente, são “instruções para o juiz (e outras autoridades aplicadoras), para que tomem decisões de acordo com essas instruções”. Outra forma de encarar o conteúdo específico das normas jurídicas é a consideração de que essas normas regulam um tipo específico de exercício de força, que seria o exercício legítimo de força monopolizado, cujo titular se chama de Estado.²⁴⁵ Com tudo isso, vem a conclusão de Ross:

Consequentemente, direito dinamarquês cientificamente válido pode ser definido como a ideologia normativa efetivamente operante, ou pensado como operante, na mente do juiz, porque é sentida por ele como socialmente vinculante e é, portanto, cumprida de forma eficaz. O que é característico dessa eficácia é que a hipótese dessa ideologia usada como esquema de interpretação nos permite entender o comportamento (verbal) do juiz, sua decisão judicial, como sendo conectada, dentro de um todo coerente de significado e motivação, com outros valores sociais que, de acordo com seus conteúdos de ideologia normativa, são condicionantes da reação do juiz.²⁴⁶

O leitor de *Hacia una ciência realista del derecho*, neste momento, deve sentir alguma perplexidade. O próprio Ross dizia que se o conceito de direito é determinado pela atividade judicial, entra-se em uma circularidade, pois o que seja um juiz é algo

²⁴³ *Ibid.*, p. 41, tradução nossa.

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 44, tradução nossa.

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 45, tradução nossa.

²⁴⁶ *Ibid.*, p. 46, tradução nossa.

determinado pelo próprio direito. A isso, aqui, Ross responde o seguinte: “O comportamento das pessoas prescrevendo coerção se torna inteligível como sendo baseado em uma ideologia que explica *que* eles agem como juízes e, ao mesmo tempo, *como* eles agem como juízes”.²⁴⁷ Assim, a impossibilidade de verificação (que seria a consequência grave da circularidade) não acontece:

A verificação simplesmente acontece mediante o fato de que certos padrões normativos concretos [...] possam efetivamente servir como esquema de interpretação a respeito da realidade social [...] O comportamento do juiz é uma realização das partes do padrão que o fazem um juiz, assim como realização das partes do padrão que o instruem a como agir como juiz.²⁴⁸

Ross, na verdade, dedicará dois capítulos inteiros à “verificação das afirmações da ciência jurídica”, um deles sobre a verificação de afirmações sobre normas de conduta e outro sobre verificação de afirmações sobre normas de competência.

Iniciando pelas normas de conduta, Ross depurará melhor a afirmação segundo a qual “D é direito (dinamarquês) cientificamente válido”. Se “cientificamente válido” significa “integrante da ideologia efetivamente operante nas mentes dos juízes, de modo a viabilizar a interpretação da conduta dos juízes como parte em um sistema de sentidos e motivos”, a afirmação “D é direito (dinamarquês) válido” significa o seguinte:

O real conteúdo de A = (§ 28 da *Bill of Exchange Act* dinamarquês) é atualmente direito dinamarquês válido cientificamente é uma previsão de que *se uma ação na qual os fatos condicionantes postos no § 28 do Bill of Exchange Act dinamarquês forem considerados como existentes for trazida a uma corte; e se no intervalo não ocorrer nenhuma alteração nas circunstâncias que motivam A, a diretiva para o juiz contida no § 28 do Bill of Exchange Act dinamarquês fará parte integrante das razões para a forma de decidir da corte. A será considerada verdadeira se tivermos boas razões para crer que a previsão será realizada.*²⁴⁹

Então, uma afirmação da ciência do direito é uma afirmação de uma probabilidade. Não é, nunca, possível saber com certeza o que acontecerá no futuro. Mas é possível dizer se há maior ou menor probabilidade de algo acontecer. A partir de um texto legal que vem sendo considerado pelos juízes há vários anos e sempre interpretado de uma mesma maneira, é possível afirmar que há grande probabilidade de, no futuro, as coisas

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 48, tradução nossa.

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 48, tradução nossa.

²⁴⁹ *Ibid.*, p. 54-55, tradução nossa.

permanecerem sendo dessa maneira. A probabilidade será menor se a afirmação da ciência do direito se deu a partir de fontes do direito historicamente menos observadas. Em geral, se uma decisão no tempo t_1 deixar de levar em consideração o D que foi afirmado como cientificamente válido no tempo t_0 pela afirmação da ciência do direito A_{t_0} , o grau de probabilidade afirmado em uma afirmação A_{t_1} que chame o mesmo D de direito cientificamente válido diminui (isso supondo que, no caso julgado em t_1 todos os fatos condicionantes de D foram considerados provados e assumindo que entre t_0 e t_1 não houve alteração nas normas jurídicas em geral reconhecidas pelos juízes). Se este processo se repetir, haverá um ponto em que a probabilidade afirmada em qualquer A que afirma a validade científica de D não será mais verdadeira: não teremos mais motivos para crer que a previsão se realizará, de modo que A não é mais verdadeira. A despeito disso, as decisões judiciais não são a única fonte de análise: as “fontes de direito” reconhecidas pelos juízes em geral também são relevantes. Assim, ainda que em um caso a afirmação A não tenha se verificado, a probabilidade afirmada nela pode não diminuir: Ross não deixa de considerar e nem de explicar o erro judicial como um fenômeno existente. Para ele, uma decisão judicial é incorreta (no sentido de contrariar o direito cientificamente válido) se, a despeito da decisão dita incorreta, outros fatores levarem à conclusão de que as cortes no futuro provavelmente não decidiram da mesma forma como decidiu a “decisão incorreta”. Mas após múltiplos casos estabelecidos firmemente, a teoria deverá, sim, se adaptar – assim como se adaptaria em caso de nova legislação.²⁵⁰

Quanto às regras de competência, elas são regras de conduta indiretas. Assim, elas podem ser verificadas da mesma forma como são verificadas as regras de conduta: a norma de competência que diz que o que o legislador determina é obrigatório para o juiz é cientificamente válida se o juiz considera o que o legislador determina como obrigatório.

3.4.9 A crítica “fatal” de Hart e a resposta de Ross: uma questão de tradução?

A noção de “direito cientificamente válido” apresentada por Ross em *On law and justice* recebeu uma crítica de Herbert Hart no artigo de 1959 intitulado “*Scandinavian realism*”. Essa crítica foi, frequentemente, considerada “fatal” para todo o pensamento de Ross. Apesar disso, diz-se que “o argumento de Hart está fundamentalmente

²⁵⁰ *Ibid.*, p. 55-63.

equivocado, pela simples razão de que ele se baseia em uma confusão entre dois tipos de validade existentes na obra de Ross: *gyldig* e *gældende*". As duas expressões, nas primeiras edições em inglês, foram traduzidas como "valid".²⁵¹

No artigo de Hart, há três objeções à ideia de direito "válido" em Ross. A primeira crítica está em uma curta passagem em que Hart diz o seguinte: "Normas jurídicas são essencialmente diretivas às cortes para aplicar sanções sob certas circunstâncias (este dogma kelseniano é adotado sem muita discussão)".²⁵² Este ponto não é explorado por Hart. Mas ele chama atenção para algo com que o próprio Ross se preocupava – tanto é que ele gastou capítulos inteiros de *Hacia una ciencia realista del derecho* argumentando a circularidade das teorias realistas estadunidenses com um argumento que parece se aplicar também à sua própria teoria apresentada em *On law and justice*: como pode o direito ser aquilo que os juízes entendem como obrigatório se o próprio conceito de juiz é um conceito jurídico, determinado por normas jurídicas? A ideia de direito como aquele sistema de condutas que os membros de uma dada comunidade entendem como obrigatório através de, alternadamente, impulsos interessados ou desinteressados aparece expressamente em Olivecrona e no Ross de *Hacia una ciencia realista del derecho*. Ele aparece não explicitamente como "direito" ou "objeto da ciência do direito", mas como os fatos que correspondem às ideias (místicas ou metafísicas) da ciência do direito desde Hägerström. Mas essa ideia de atrelar o direito somente ao que os juízes e autoridades análogas (e não os membros da comunidade, de forma geral) entendem como obrigatório é uma novidade em Ross – provavelmente resultado de influência do realismo estadunidense sobre o autor. Não há em *Hacia una ciencia realista del derecho*, de Ross, e tampouco em *Law as fact*, de Olivecrona, um foco exclusivo na figura do juiz. Nessas obras, o direito aparece como algo que é acreditado como obrigatório pelos membros da comunidade de forma geral, não particularmente pelos juízes. Este ponto específico é mais uma crítica de Ross a ele mesmo do que uma crítica de Hart. Mas na pequena passagem em que Hart trata do assunto, essa crítica não tem nada a ver com um problema de tradução ou com uma confusão entre "válido" e "cientificamente válido".

²⁵¹ BINDREITER, Uta. A note on the translation of 'gyldig' and 'gældende ret' as 'valid' and 'scientifically valid'. In: ROSS, Alf. *On law and justice*. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. L *et seq*, tradução nossa.

²⁵² HART, H.L.A. Scandinavian realism. *The Cambridge Law Journal*, v. 17, n. 2, p. 233-240, Nov. 1959, p. 236, tradução nossa.

O problema de tradução aparece nas duas outras críticas de Hart, que estão intimamente relacionadas e reaparecem ao longo de toda a segunda metade do artigo. O teor da crítica, nas palavras do próprio Hart, é o seguinte:

Assim como estas teorias mais simples [do realismo jurídico estadunidense], a análise preditiva sobre a validade jurídica de Ross é vulnerável a duas objeções que ele em nenhum momento enfrenta. Primeiro, ainda que na boca dos cidadãos comuns ou dos advogados “isso é uma regra válida do direito inglês” seja uma previsão do que um juiz fará, dirá ou sentirá, este não pode ser o significado da frase na boca de um juiz, que não tem a finalidade de prever o seu próprio ou o sentimento de outros. “Isso é uma regra jurídica válida” dito por um juiz é um ato de reconhecimento; ao dizer isso ele reconhece a regra em questão como satisfazendo certos critérios gerais aceitos para a admissão da regra no sistema [...] Em segundo lugar, mesmo que (e isso também pode ser questionado) afirmações não judiciais da forma “X é uma norma válida” sejam sempre previsões do comportamento e de sentimentos judiciais futuros, a base para tais previsões é o conhecimento de que juízes usam e entendem a frase “esta é uma norma válida” em um sentido não preditivo.²⁵³

Ross, no artigo de 1961 já citado, responderá a essas duas críticas de Hart. Para Ross, o que houve foi um problema de tradução. A palavra “validade”, segundo Ross, pode ter três sentidos: no primeiro sentido, a palavra é usada para designar se um ato jurídico, como um contrato ou testamento, é apto a gerar os efeitos jurídicos pretendidos (a falta de validade, neste caso, leva à nulidade, ou anulabilidade); no segundo sentido, “validade” denota, em teoria geral do direito, a existência de uma norma enquanto jurídica; no terceiro sentido, “validade” denota, como no direito natural, que uma norma tem algum valor moral que a torna obrigatória, faz com que ela seja algo que “deve” ser respeitado.²⁵⁴

Ross utiliza a palavra *gældende* para se referir ao segundo sentido. A frase “X é direito válido” no segundo sentido não é uma afirmação do sistema jurídico. É uma afirmação da ciência do direito. Nesse sentido, a palavra “válido” denota, de forma abreviada, os fatos que “segundo a ciência do direito são necessários e suficientes para verificar uma proposição relativa à existência de uma regra ou sistema de regras”.²⁵⁵

Segundo Ross, Hart utiliza a palavra “*valid*” somente no primeiro e no terceiro sentidos. Ao utilizá-la no terceiro sentido (como qualidade moral, como “dever ser” obedecido), segundo Ross, Hart não utiliza a palavra no sentido que o direito natural a usa, mas como uma “exposição dos pontos de vista do direito natural”. Ross dirá que o sentido

²⁵³ *Ibid.*, p. 237, tradução nossa.

²⁵⁴ ROSS, Alf. El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural. In: ROSS, Alf. **El concepto de validez y otros ensayos**. Del Carmen: Fontanamara, 2006, p. 24.

²⁵⁵ *Ibid.*, p. 27, tradução nossa.

utilizado por Hart no artigo em questão, porém, é o primeiro sentido: quando um juiz diz “X é direito válido”, o “válido” aqui significa que o juiz reconhece X como algo que cumpre os requisitos para receber o título de direito válido.

Mas Ross nunca negou isso. Na verdade, Ross de fato parte da premissa de que os juízes, eles próprios, encaram certas prescrições como obrigatórias. Este sentido de validade com que o termo aparece na boca do juiz é indicado pela palavra *gyldig*. Porém isso não se confunde com o sentido de validade a que Ross se refere no Capítulo II de sua obra (“O conceito ‘direito (dinamarquês) cientificamente válido’ [ou seja *gældende*]”). No Capítulo II, Ross está falando em validade no segundo sentido: como os requisitos a partir dos quais a ciência do direito considera que algo se torna objeto de seu interesse. Em Ross, é *gældende* aquilo que o juiz considera *gyldig*. Vale transcrever, novamente, a seguinte passagem: “Direito dinamarquês cientificamente válido pode ser definido como a ideologia normativa efetivamente operante, ou pensado como operante, na mente do juiz, porque é sentida por ele como socialmente vinculante e é, portanto, cumprida de forma eficaz”.²⁵⁶ Portanto, para a ciência do direito, os requisitos para um ente qualquer se tornar objeto dela é que o juiz considere esse ente válido no primeiro ou terceiro sentido. Uma vez suprido esse requisito, o ente também será válido no segundo sentido. Com esse esclarecimento, a leitura da obra de Ross (cujas edições atuais distinguem sempre por termos diferentes estas duas palavras) é clara quanto a isso.

Há dois dados sobre a obra de Ross que permitem uma compreensão mais aprofundada deste assunto.

A questão da previsão sobre o comportamento futuro dos juízes não aparece exatamente no conceito de direito válido (§§ 7 e 8 do Capítulo II). Ross gasta múltiplos capítulos em torno desse conceito (desde os itens iniciais do Capítulo I, mediante a comparação com as regras do xadrez, até os primeiros dois itens do Capítulo II) sem falar nada a respeito da previsão da conduta futura dos juízes. Ele só traz essa ideia quando trata da verificação das afirmações da ciência do direito (§§ 9 e 10 do Capítulo II).

Logo no início da obra, o autor se preocupa em distinguir a ciência do direito da história do direito. A ciência do direito procura descrever o “direito (dinamarquês) cientificamente válido” (ou seja, a ideologia considerada obrigatória pelos juízes). A história do direito procura descrever o “direito (dinamarquês) cientificamente válido” do passado. Ao comparar a ciência do direito com a história do direito, Ross compara o que para ele

²⁵⁶ ROSS, Alf. **On law and justice**. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 46.

é presente com o que ele entende por passado: para Ross, o presente não é apenas um ponto no tempo ao lado dos demais, mas é o ponto no tempo em que se chegou e no qual se está prestes a entrar no futuro desconhecido. Por isso, “qualquer apresentação do direito cientificamente válido datado em um dado momento é uma fotografia que captura uma seção transversal deste fluxo. Mas essa seção transversal do presente ‘agora’ é caracterizada por questões abertas para o futuro”.²⁵⁷ Então, a ciência do direito se distingue da história do direito porque a primeira se volta ao presente – e, portanto, ao futuro –, enquanto a segunda se volta ao passado.

A previsão, em Ross, portanto, não é a única coisa que se diz a respeito do objeto da ciência do direito. A ciência do direito estuda a ideologia considerada obrigatória pelos juízes no tempo presente. Porém, afirmar “X é direito válido” significa afirmar que “hoje os juízes consideram X obrigatório”; então a verificação desta afirmação precisa ser a verificação de uma previsão. Porque o que significa “eu, juiz, considero X obrigatório” se não dizer que “caso eu venha a julgar um caso com dadas características amanhã ou daqui a meia hora, considerarei X em minha decisão”? A conjugação no futuro se faz presente desta forma. Quem faz previsão ao afirmar “X é direito (cientificamente) válido” é o cientista do direito, não o juiz.

Além disso, como dito, a filosofia do direito se distingue das demais disciplinas jurídicas porque ela tem por objeto a própria ciência do direito e seus aparatos lógicos fundamentais. A filosofia do direito não pode ter por objeto o objeto da ciência jurídica – porque a ciência jurídica e seus aparatos lógicos e conceituais são o objeto da filosofia jurídica, em Ross. E é a filosofia do direito a responsável por construir, por exemplo, o conceito de “direito (dinamarquês) cientificamente válido”. Isto resolve o problema da circularidade, pois se o conceito de “direito (dinamarquês) cientificamente válido” inclui a ideia de “juiz”, então a construção do conceito de “juiz” tal qual operante dentro do conceito “direito (dinamarquês) cientificamente válido” é uma construção que cabe à filosofia do direito: trata-se de uma delimitação de escopo da ciência do direito. Assim, o conceito de juiz não é definido pelo próprio direito, mas pela filosofia do direito – desaparecendo a circularidade.

²⁵⁷ *Ibid.*, p. 29.

3.5 ANÁLISE DA APLICABILIDADE DAS CRÍTICAS DE HÄGERSTRÖM E SEUS SEGUIDORES AO SISTEMA KELSENIANO APRESENTADO NA SEGUNDA EDIÇÃO DA *TEORIA PURA DO DIREITO*

3.5.1 Introdução: alguns conceitos da Teoria Pura do Direito

O conceito de normas jurídicas presente em Kelsen (e objeto de problematização pelo realismo escandinavo) parte da diferenciação entre um acontecimento e seu significado jurídico. Quando se analisa um acontecimento relacionado ao direito (uma decisão parlamentar, um ato administrativo, um julgamento, um contrato, um crime etc.), dois elementos, segundo Kelsen, são distinguíveis: por um lado, um acontecimento situado em certo espaço e em certo tempo, percebido pelos sentidos; por outro, o significado que esse acontecimento adquire através do direito. Quando se reúnem certas pessoas em um recinto, discursos se realizam, algumas pessoas levantam as mãos, discussões acontecem, estamos diante de um acontecimento sensível e situado no espaço e no tempo que através do direito adquire um significado específico: uma lei foi aprovada, foi criado direito. Alguém provocou, por certa atividade, a morte de outra pessoa. Isto é um evento no mundo da realidade, apreensível pelos sentidos. O significado que essa realidade adquire pelo direito é o de um homicídio. Por um lado, há o aspecto sensível do fenômeno e por outro há seu significado jurídico.²⁵⁸ Kelsen encara uma norma jurídica como um “*Deutungsschema*” (inglês: *scheme of interpretation*, espanhol: *esquema de explicitación conceptual*).²⁵⁹ Uma norma, assim, é algo que atribui significado especificamente jurídico a um determinado acontecimento. Somente uma norma permite distinguir um determinado pedaço de papel com determinadas características de outros pedaços de papel ao qualificá-lo como instrumento de um testamento, por exemplo. A norma funciona como um *Deutungsschema*.²⁶⁰

²⁵⁸ KELSEN, Hans. **Teoría pura del derecho**. Tradução: Roberto Vernengo. México: UNAM, 1982, p. 15-16.

²⁵⁹ KELSEN, Hans. **Reine rechtslehre**. Viena: Österreichische Staatsdruckerei, 1992, p. 3; KELSEN, Hans. **Teoría pura del derecho**. Tradução: Roberto Vernengo. México: UNAM, 1982, p. 17; KELSEN, Hans. Tradução: Max Knight. **Pure theory of law**. Berkeley, University of California Press, 1967, p. 3.

²⁶⁰ KELSEN, Hans. **Teoría pura del derecho**. Tradução: Roberto Vernengo. México: UNAM, 1982, p. 17-18.

Traduzir “*Deutungsschema*” como “esquema de interpretação” pode ser problemático. A palavra “*Deutung*” às vezes é diferenciada de “*Interpretation*”. “*Deutung*” parece denotar mais a forma como algo é compreendido a partir de dados contextos culturais, enquanto que “*Interpretation*” tem mais relação com a atribuição de um significado a certos textos, normalmente dentro de certos espaços acadêmicos, como a filologia, a hermenêutica teológica e jurídica, dentre outros.²⁶¹ Por *Deutungsschema*, acreditamos, o que se há de entender é mais um conjunto de concepções culturais que permitem encarar uma dada realidade de uma determinada maneira. A norma jurídica funcionando como *Deutungsschema* funciona é semelhante à cultura da etiqueta que permite encarar o posicionamento de talheres de dada maneira como significando que o cliente de um restaurante está satisfeito.

Neste ponto, Kelsen distingue o significado de um ato enxergado através de uma norma jurídica (o que ele chama de “significado objetivo” do ato) do significado atribuído por aquele que “atua racionalmente, que produz o ato, associa ao ato”, significado este que é “de alguma maneira, expressado e compreendido pelos demais”. Este segundo significado (atribuído pelo agente ou por seus interlocutores) é o significado subjetivo do ato, podendo ou não coincidir com seu significado objetivo, que é o significado do ato visto através da norma jurídica funcionando como *Deutungsschema*. Esta distinção será importante.

Desenvolvendo um pouco mais o conceito de norma, Kelsen traz que as normas são o significado objetivo de determinados atos com os quais determinadas pessoas ordenam, permitem ou autorizam que outras pessoas se comportem de determinada maneira. Esses atos são atos de vontade de determinadas pessoas dirigidos com intenção ao comportamento de outras pessoas. Os significados desses atos (que são o que as normas são) não expressam que as pessoas a quem se dirigem farão aquilo que quer o emitente do ato de vontade; expressam, diferentemente, que os destinatários do ato de vontade devem fazer aquilo que o emitente pretende. Uma norma (o significado objetivo de um ato de vontade determinado), portanto, expressa não que algo é, mas sim que algo deve ser.²⁶² Nas palavras de Kelsen, esse dever ser “é uma ‘norma válida’, que obriga aquele a quem está dirigida” quando “o ato de vontade” houver “recebido este sentido objetivo através

²⁶¹ Cf. RITTER, Joachim; GRÜNDER, Karlfried; GABRIEL, Gottfried. **Historisches Wörterbuch der Philosophie**. [S.l.]: Schwabe Verlag, 1971-2007. p. 4008-4011.

²⁶² KELSEN, Hans. **Teoría pura del derecho**. México: UNAM, 1982, p. 18-23.

de uma norma; quando este ato foi autorizado por uma norma, que, por isto, vale como uma norma ‘superior’”.²⁶³

Portanto, “norma válida”, em Kelsen, é o significado objetivo (i.e., significado que o ato adquire quando enxergado através das normas jurídica) de um determinado ato de vontade. Esse significado é um dever ser.

Qualificar uma norma como “válida” significa, em Kelsen, afirmar que ela existe no sentido descrito acima, mas também significa afirmar que ela é obrigatória para o destinatário, isto é, que o destinatário verdadeiramente deve respeitá-la.²⁶⁴

Como a validade significa, também, que a norma deve ser respeitada, a validade de uma norma específica só pode ser consequência da validade de uma outra norma qualquer. Isso é decorrência de uma regra fundamental da lógica conhecida como Lei de Hume: não é possível derivar um dever de um ser e nem um ser de um dever – não é porque algo é de determinada maneira que esse algo deva ser dessa maneira, e vice-versa. Por isso, não é possível dizer que as normas que são significados de determinado ato de vontade devem ser respeitadas sem pressupor uma outra norma que deve ser respeitada: a norma que prevê que essa vontade deve ser respeitada. Portanto, o fundamento de validade é sempre outra validade. Esta é a estrutura escalonada dos sistemas jurídicos identificada por Kelsen – e colocada por ele, de certo modo, como pressuposto lógico necessário à ciência jurídica.²⁶⁵

Essa estrutura escalonada leva a um problema óbvio: qual é a norma inicial, que, não precisando buscar sua validade em outra norma anterior e nem sendo significado objetivo atribuído por outra norma anterior, dá validade a todas as outras e atribui significado normativo aos demais atos de vontade produtores de norma? A resposta que Kelsen dá à pergunta é a *Grundnorm*, traduzida ao espanhol como “*norma fundante básica*”, ao inglês como “*basic norm*” e ao português como “norma hipotética fundamental”. A *Grundnorm* tem as seguintes características:

Se se quer conhecer a essência da norma fundante básica [*Grundnorm*], é necessário antes de tudo ter em consciência que a mesma se refere imediatamente a uma determinada constituição, efetivamente imposta, produzida pelo costume ou promulgada expressamente, eficaz em termos gerais, e mediata e conseqüentemente à ordem coativa produzida conforme essa constituição, também

²⁶³ *Ibid.*, p. 21-22.

²⁶⁴ Como dito, a noção de validade em Kelsen apresenta esta ambigüidade. Ora validade é pertencimento ao sistema jurídico, ora é obrigatoriedade. A ambigüidade foi percebida por BULYGIN, Eugenio. El problema de la validez en Kelsen. In: KELSEN, Hans; BULYGIN, Eugenio; WALTER, Robert. **Validez y eficacia del derecho**. Buenos Aires: Astrea, 2005. p. 99-119.

²⁶⁵ KELSEN, Hans. **Teoría pura del derecho**. México: UNAM, 1982, p. 201-203.

eficaz em termos gerais, na medida em que fundamenta a validade dessa constituição e da ordem coativa produzida em conformidade com ela [...] mediante a pressuposição da norma fundante básica se torna possível interpretar o sentido subjetivo dos atos constituintes, e dos atos realizados conforme a constituição, como seu sentido objetivo, ou seja, como normas jurídicas objetivamente válidas.²⁶⁶

Portanto, a *Grundnorm* torna obrigatório o sistema jurídico que já é, em dada medida, eficaz e serve como esquema de interpretação capaz de dar significado objetivo aos atos que produziram esse sistema, significados estes que, segundo o esquema de interpretação, passam a constituir normas jurídicas. A *Grundnorm* permite interpretar os significados subjetivos dos atos constituintes e dos atos praticados na forma descrita pela constituição como significados objetivos, ou seja, como normas jurídicas.

A engenhosa ideia de *Grundnorm*, portanto, satisfaz duas necessidades. Em primeiro lugar, ela permite que se diga que algo “deve ser”, que algo é “obrigatório”. Em segundo lugar, a *Grundnorm* permite, a partir de algo existente no mundo do *Sein* (o “significado subjetivo”, aquilo que certas pessoas determinadas entendem que certo ato signifique) chegar ao mundo do *Sollen*. No momento em que o significado subjetivo, aferível pelos sentidos, é interpretado à luz da *Grundnorm*, ele passa a ser significado objetivo, passa a ser um algo existente fora da realidade – passa a ser uma norma jurídica, que não é, mas deve. A *Grundnorm* torna o mundo do *Sollen* externo ao mundo do *Sein*, mas permite, ao mesmo tempo, conhecer o conteúdo dos habitantes do mundo do *Sollen* (i.e., das normas jurídicas). A *Grundnorm* faz com que as normas jurídicas tenham como conteúdo duplos de certos entes no mundo do *Sein* (atrelados a uma forma diferente, a forma de *Sollen*). Aqui, é importante a compreensão de um aspecto particularmente interessante da *Grundnorm*: seu caráter hipotético.

No pensamento de Kelsen, em suas primeiras obras, havia uma tendência a tomar a norma fundamental como simplesmente uma ficção. Ao longo dos anos, porém, Kelsen abandonou essa ideia e passou a encarar a *Grundnorm* como uma hipótese. Sendo uma hipótese, ela pode ou não ser aceita. Se for aceita, ela permite a descrição das normas jurídicas ao mesmo tempo como *Sollen* (como aquilo que, a um, deve ser, é obrigatório e, a dois, está fora do mundo do espaço-tempo e independente dele), porém sem regressar a um jusnaturalismo: se aceitarmos a *Grundnorm*, o conteúdo do mundo do *Sollen* não é

²⁶⁶ *Ibid.*, p. 209. A diferenciação entre sentido subjetivo e objetivo de determinado ato é, em linhas gerais, a seguinte: o sentido subjetivo é o que o agente entende ser o significado do ato; enquanto o sentido objetivo é o sentido que a lei, funcionando como esquema de explicitação conceitual, atribui a determinado ato (cf. KELSEN, Hans. **Teoría pura del derecho**. México: UNAM, 1982, p. 16-17).

incognoscível, pois parte da pressuposição é que esse conteúdo é feito de duplos de entes situados no mundo do *Sein* (os “significados objetivos” são nada mais do que duplos dos “significados subjetivos”); e ao mesmo tempo, o fundamento da obrigatoriedade ou do dever não é qualquer coisa em específico, como um deus ou coisa que o valha, mas a *Grundnorm*, que, dessa perspectiva, funciona como uma cláusula de “clausura” destinada a retirar do fundamento do direito qualquer coisa que não o próprio direito.²⁶⁷

O último conceito de Kelsen, já abordado, mas que merece ser lembrado é o conceito de *Rechtssatz*, em oposição a *Rechtsnorm*. *Rechtssatz* são as frases com que a ciência do direito descreve o seu objeto. São frases de conteúdo descritivo. As *Rechtsnorm* são o objeto da ciência do direito. São prescrições.²⁶⁸

3.5.2 Kelsen inviabiliza a Lei de Contradição?

Uma das críticas de maior peso formulada ao realismo escandinavo é aquela que Silvana Castignone, precursora do realismo italiano, desferiu à tese de Hägerström sobre a realidade. Para Castignone, Hägerström acaba caindo no mesmo erro daqueles que ele critica: coloca como condicionante do que seja a realidade uma lei lógica que não deriva da própria realidade, mas sim da “razão” ou diretamente do “pensamento”. Hägerström teria caído no mesmo erro do idealismo por ele criticado ao condicionar a definição do que seja realidade pela Lei de Contradição.²⁶⁹

De fato, como vimos, a Lei de Contradição é o que condiciona tanto a ontologia quanto a epistemologia de Hägerström. Se existe uma realidade além daquela onde a consciência humana pode existir (o *continuum* espaço-tempo, único no qual a consciência do sujeito pensante se diferencia), afirmar a Lei de Contradição não é possível, pois se há

²⁶⁷ Esta interpretação da *Grundnorm* é altamente defensável e encontra respaldo no próprio Kelsen. A ideia de a *Grundnorm* ser não uma ficção, mas uma hipótese foi defendida em uma carta de Kelsen de 1933 (TREVES, Renato; PERRIN, Jean-François. Un inédit de Kelsen concernant ses sources kantien-nes. *Droit et société*, n. 7, p. 327-335, 1987). A questão, porém, é controvertida. Sobre o tema, cf. COSTA MATOS, Andityas Soares de Moura. A norma fundamental de Hans Kelsen como postulado científico. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 58, p. 41-84, jan./jun. 2011 e SGARBOSSA, Luís Fernando. A norma fundamental da teoria pura do direito à teoria geral das normas. *Direitos fundamentais e justiça*, Belo Horizonte, v. 8, n. 26, p. 111-135, jan./mar. 2014.

²⁶⁸ KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. Viena: Österreichische Staatsdruckerei, 1992, p. 73. Na edição em inglês, *Rechtssatz* foi traduzido como “rule of law” (KELSEN, Hans. Tradução: Max Knight. *Pure theory of law*. Berkeley: University of California Press, 1967, p. 71). Na tradução para o espanhol, mais precisa, *Rechtssatz* foi traduzida como “enunciado jurídico” (KELSEN, Hans. Tradução: Roberto Vernejo. *Teoría pura del derecho*. México: UNAM, 1982, p. 84).

²⁶⁹ CASTIGNONE, Silvana. *La macchina del diritto: il realismo giuridico in Svezia*. Torino: Giappichelli, 1974, p. 13-20.

algo a mais além daquilo que é cognoscível, uma coisa pode não ser em nosso mundo, mas ser nesse outro mundo não cognoscível.²⁷⁰

Sem aprofundar a discussão sobre a gravidade da pressuposição irrefletida da Lei de Contradição em Hägerström, parece comum acordo que se uma ciência não é capaz de operar segundo a Lei de Contradição, essa ciência encontrará enormes dificuldades e, talvez, se torne tão diferente do que normalmente se considera ciência que não seja mais adequado dar esse nome a ela. Porque as ciências como normalmente aceitas dependem da possibilidade de verificação de suas afirmações. E sem a possibilidade de afirmar que uma coisa não pode ser e não ser ao mesmo tempo, não é possível a verificação.

A afirmação da existência de deus, por exemplo, não é uma afirmação verificável: não importa que não tenhamos absolutamente nenhum indício de sua existência no mundo observável; também não importa que tenhamos mundo observável muitos indícios de que ele não existe no. Afinal, ele, por definição, “existe” fora deste *continuum*. Consequentemente, a afirmação da existência de deus não é uma afirmação verificável. Discutir esse tipo de afirmação é sem sentido para a ciência. Se as afirmações de uma “ciência do direito” padecerem do mesmo problema, não haverá muita diferença entre ela e uma pretensão de “ciência do direito” jusnaturalista ou da pretensão de uma ciência sobre algum ou alguns deuses.

Por isso, quando alguém diz que o “direito” a ser estudado pela “ciência do direito” é algo situado em um mundo paralelo (o mundo do *Söllen*, por exemplo), toda a atenção é devida. Não estamos, assim, criando uma ciência que desconsidera a Lei de Contradição? Não estamos criando uma ciência de afirmações não verificáveis?

Mas Kelsen, pelo que foi possível verificar, tinha essas preocupações consigo a todo momento. Kelsen, e a tradição positivista, precisavam colocar o direito, de alguma maneira, no mundo da realidade. A própria positividade do direito precisa disso. O direito positivo, em formulações mais clássicas, se diferencia por ser o direito da realidade, o direito posto, estabelecido por uma vontade, por um soberano ou coisa que o valha – e não um direito advindo de fora do mundo.²⁷¹

²⁷⁰ Hägerström, de fato, encara lógica, ontologia e epistemologia como disciplinas coerentes entre si e com o *continuum* espaço e tempo como um ponto em comum (Cf. LYLES, Max. **A call for scientific purity**: Axel Hägerström’s critique of legal science. Stockholm: Institutet för rätthistorisk forskning, 2006, p. 228 *et seq.*).

²⁷¹ Como já citamos anteriormente, Austin afirma que “a diferença essencial do direito positivo (ou a diferença que o distingue do direito que não é positivo) pode ser formulada da seguinte forma: Todo direito positivo, ou todo direito propriamente dito, é estabelecido por uma pessoa soberana ou por um corpo de pessoas soberanas” (AUSTIN, John. **Lectures on jurisprudence**. London: John Murray, Albemarle Street, 1875, p. 82)

Kelsen, de fato, relaciona o direito (do mundo do *Söllen*) com a realidade (do mundo do *Sein*). Por um lado, em Kelsen, são realidades no mundo do *Sein* que nos permitem conhecer, indiretamente, o mundo do *Söllen*. Aqui, é importante a afirmação do direito como objetivação de significados subjetivos de certos atos, que depende da assunção da *Grundnorm* funcionando como *Deutungsschema*. Por outro lado, a própria existência de um mundo do *Söllen* e de seus habitantes pressupõe uma realidade específica no mundo do *Sein*. Aqui, o que torna essa aparente violação à Lei de Hume (esse “grande mistério”) possível é a suposição da *Grundnorm* funcionando como prescrição.

Como dito, a *Grundnorm* se refere sempre a uma constituição eficaz. No “silogismo normativo”, a premissa maior é uma frase prescritiva (não um imperativo, mas uma declaração, há de se notar) dita pela *Grundnorm*: “As pessoas devem se comportar de acordo com a constituição atualmente estabelecida e eficaz”. A premissa menor é uma frase descritiva que diz: “A constituição é atualmente estabelecida e eficaz”. E a conclusão é: “As pessoas devem se comportar segundo a ordem jurídica [gerada segundo a constituição], ou seja, a ordem jurídica é válida”. O que dá validade (ou seja, o que faz surgir algo no mundo do *Söllen*) é a *Grundnorm*. Mas a *Grundnorm* só dá validade (só faz surgir no mundo do *Söllen*) aquilo que, no mundo do *Sein*, é, em geral, eficaz. Se uma norma deixa de ser aplicada ou se uma constituição deixa de ser cumprida, a norma e a constituição deixam de ser válidas. Isso não significa que uma não aplicação ou um não cumprimento implicam perda de validade. Mas significa que só é válido, em Kelsen, aquilo que é, em geral, eficaz.²⁷²⁻²⁷³ Isso não implica uma violação à Lei de Hume se, e somente se, for assumida como válida (no sentido de “dever ser respeitada”) a *Grundnorm*.

Então, só há mundo do *Söllen* se uma constituição em uma dada comunidade é, em geral, eficaz. Neste caso, as “normas jurídicas” que são reconduzíveis a essa constituição são válidas (pertencem ao *Söllen*), com exceção daquelas “normas jurídicas” que não sejam eficazes.

Adicionalmente a isso, há outro ponto de contato entre *Sein* e *Söllen*. Além de definir que uma dada constituição “deve ser” respeitada, a *Grundnorm* permite que se

²⁷² KELSEN, Hans. **Teoría pura del derecho**. México: UNAM, 1982, p. 219-230.

²⁷³ Este dado da teoria de Kelsen não parece ser tão conhecido quanto deveria. Em outro lugar, ele disse: “Se Ross, no entanto, não é capaz de extrair outra consequência da teoria da norma fundamental além da que ‘a eficácia é o critério do direito positivo’, a única coisa que ele faz é afirmar algo que a Teoria Pura do Direito não nega de maneira nenhuma. Pois também ela afirma que a positividade do direito se encontra em sua existência efetiva como norma e em sua eficácia” (KELSEN, Hans. *Una teoría “realista” y la teoría pura del derecho*. In: KELSEN, Hans. **Contribuciones a la teoría pura del derecho**. Colonia del Carmen: Fontanamara, 2008, p. 45).

conheça o que é uma constituição: uma constituição é conhecida, indiretamente, ao se conhecer o “significado subjetivo” do ato constituinte, isto é, aquilo que o constituinte pretendia. Porque a *Grundnorm*, funcionando como *Deutugnschema*, permite encarar o significado subjetivo do ato criador de constituição como “significado objetivo” e, portanto, como norma jurídica, como um habitante do mundo do *Söllen*. Como diz Kelsen: “Mediante a pressuposição da norma fundante básica se torna possível interpretar o sentido subjetivo dos atos constituintes, e dos atos realizados conforme a constituição, como seu sentido objetivo, ou seja, como normas jurídicas objetivamente válidas”.²⁷⁴

A *Grundnorm*, então, permite o conhecimento das normas jurídicas indiretamente. Ao se conhecer o sentido subjetivo (situado no *Sein*) dos atos criadores de direito, se conhece indiretamente o mundo do *Söllen*, porque assumir a *Grundnorm* é assumir que o sentido subjetivo dos atos criadores de norma são seus sentidos objetivos e que estes sentidos objetivos são as normas.

Em Kelsen existe essa ideia de que o *Söllen* é somente forma desprovida de conteúdo. A forma das normas jurídicas seria um *Söllen*, mas seu conteúdo seria dado por um *Sein*.²⁷⁵ Isso foi objeto de crítica de Ross, como acabou de ser dito: forma e conteúdo são abstrações de um mesmo ente. Não é concebível que a forma pertença a um ente e o conteúdo a outro. A crítica parece contundente. Talvez ela possa ser superada simplesmente por dizer que o conteúdo da norma não é idêntico a algo no mundo do ser, mas sim um duplo dele, algo de teor igual, como dois gêmeos idênticos (que não são a mesma pessoa, mas mesmo assim conhecer as feições de um implica saber quais são as feições do outro).

Abstraído esse problema, esses dois pontos de conexão entre *Sein* e *Söllen* em Kelsen permitem evitar a objeção da inviabilização da Lei de Contradição, desde que cumprida uma condição: que se suponha que os entes existentes no *Söllen* são única e exclusivamente aqueles entes cujos conteúdos são duplos ou do significado subjetivo do ato criador da constituição já, em geral, eficaz ou dos significados subjetivos dos atos criadores de direito praticados pelas pessoas designadas pelo significado subjetivo da constituição. Desta forma, todo o reino do *Söllen* é conhecido indiretamente através do conhecimento que se pode ter dos significados subjetivos dos atos criadores de direito

²⁷⁴ KELSEN, Hans. **Teoría pura del derecho**. México: UNAM, 1982, p. 201-203.

²⁷⁵ KELSEN, Hans. **Hauptprobleme der Staatsrechtlehre**. Tübingen: Verlag von J. C. B. Mohr, 1911, p. 705-706.

(tanto o ato criador da constituição quanto o ato praticado por uma pessoa, e segundo as formalidades que sejam da vontade do ato criador da constituição).

Nesta situação, embora haja uma expansão em relação ao *continuum* espaço e tempo, essa expansão é ainda cognoscível e, portanto, o processo de verificação ainda é possível.

Hägerström, porém, considerando o valor que dava ao princípio de parcimônia, provavelmente preferiria deixar de supor a existência de um *continuum* alheio ao espaço e ao tempo e simplesmente encarar que o direito são esses próprios significados subjetivos.²⁷⁶ Neste caso, embora não seja mais possível falar em obrigatoriedade ou em “dever”, seria ainda possível falar em validade como pertencimento a um sistema centrado em uma constituição.²⁷⁷

3.5.3 Kelsen diz que algo “deve” ser?

Hägerström e, sobretudo, Alf Ross, acusaram Kelsen de ser um jusnaturalista, por afirmar que a ordem jurídica em geral eficaz “deve” ser obedecida ou cumprida. É possível interpretar a obra de Kelsen para se concluir que a realidade não é precisamente essa. Kelsen não diz que as normas em geral eficazes “devam” ser respeitadas. O que ele diz é que se, e somente se, a *Grundnorm* for suposta, por consequência lógica, essas normas “devem” ser respeitadas. É por isso que a *Rechtssatz* é uma descrição e não uma prescrição. Se dizer A = “X é direito válido” fosse o mesmo que dizer “X deve ser”, a afirmação A seria uma prescrição. Mas A, em Kelsen, é uma descrição. Isso só pode ser explicado pelo fato de que A tem, ao menos implicitamente, a seguinte ressalva: “X é direito válido se X fizer parte daquilo que é apontado pela *Grundnorm* como direito válido e se a *Grundnorm* for aceita”.

Em um artigo destinado a debater (e, em grande medida, refutar) Alf Ross, Kelsen dirá que quando Ross diz que a “validade” não é dada objetivamente (e aqui o contexto permite concluir que se fala de validade enquanto obrigatoriedade), não está “di-

²⁷⁶ Neste caso, porém, viria particularmente à tona a subordinação do conceito de direito a um dever ser. Somente alguém que afirme que o objeto da ciência do direito deve se igualar à “vontade do produtor de direito” poderia defender uma teoria desse tipo. Essa visão é uma, mas certamente não a única, ideologia possível. Ela tem parentesco com o originalismo de Scalia, por exemplo (Cf., sobre o tema, GREENE, Jamal; PERSILY, Nathaniel; ANSOLABEHRE, Stephen. Profiling originalism. *Columbia Law Review*, v. 111, n. 2, 2011. p. 356-418, 2011).

²⁷⁷ Mais sobre isso a seguir.

zendo nada que também não afirme a Teoria Pura do Direito”. Pois dizer “que o significado subjetivo dos atos criadores de direito são também seu significado objetivo é somente uma interpretação possível, mas não necessária”. Para Kelsen, “é perfeitamente possível não atribuir aos atos criadores de direito tal sentido quando eles não são considerados do ponto de vista jurídico, mas sociológico”.²⁷⁸ A teoria da norma fundamental, diz Kelsen, é inofensiva. Ela é uma tentativa de demonstrar “em *que condições epistemológicas* é possível a interpretação da milenar concepção do direito como um sistema de normas com validade objetiva, ao invés de descartá-la simplesmente como um erro”. A investigação é “tão pouco supérflua quanto a tentativa de Kant de buscar as condições lógico-transcendentais de nossos juízos de experiência”.²⁷⁹ Kelsen também dirá que Ross se equivocou ao não perceber que:

[...] a expressão “deve ser” não somente pode ter um caráter prescritivo, mas também descritivo, e que o “dever ser” nas proposições de direito [*Rechtssatz*], diferentemente do “dever ser” nas normas jurídicas, tem um caráter descritivo, é um juízo lógico e, portanto, diferentemente das normas jurídicas, pode ser verdadeiro ou falso.²⁸⁰

A crítica de Ross, portanto, parece ser equivocada na parte em que ela se destina a Kelsen. Porém, ela acerta ao atrelar ao jusnaturalismo a operação de prescrever o que deve ser com base no direito. O jusnaturalismo, se lido mais profundamente, na verdade não nega a existência de um direito posto: mas esse direito posto precisa ser criticável; e o material para sua crítica, diziam os jusnaturalistas, é justamente o direito “verdadeiro”, o direito natural. A histórica vantagem que o juspositivismo ganhou nesse debate não altera o fato de que há interesse de muitos acadêmicos em criticar a realidade através do direito. É historicamente típico do jusnaturalismo chamar de “direito” esse material que se usa para criticar o direito.²⁸¹

²⁷⁸ KELSEN, Hans. Una teoría “realista” y la teoría pura del derecho. *In*: KELSEN, Hans. **Contribuciones a la teoría pura del derecho**. Colonia del Carmen: Fontanamara, 2008, p. 42, tradução nossa.

²⁷⁹ *Ibid.*, p. 45.

²⁸⁰ *Ibid.*, p. 20.

²⁸¹ Isabel Trujillo afirma o seguinte: “El iuspositivismo se distingue del iusnaturalismo por el plano desde el que realiza la crítica al derecho positivo. El iusnaturalismo sostiene que la crítica al derecho positivo es de algún modo interna a la juridicidad, pues se hace a partir del derecho natural. El iuspositivismo podrá criticar el derecho positivo no ya a partir de un criterio interno (pues rechaza la noción de derecho natural), sino a partir de un criterio externo a la juridicidad: la moral” (TRUJILLO, Isabel. Iusnaturalismo tradicional clásico, medieval e ilustrado, p. 12. *In*: FABRA ZAMORA, Jorge Luis; NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro (org.). **Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho**. México: UNAM, 2015. v. I. p. 3-35).

Dentro do juspositivismo, em geral, o direito positivo é absolutamente separado da moral. Então, dizer que algo é “direito positivo” não significa dizer que esse algo “deva ser respeitado”, mas no máximo que “segundo o sistema, não segundo o cientista do direito, deve ser respeitado”. A primeira frase não é uma *Rechtssatz*, porque passa a ser prescritiva. Em Kelsen, como vimos, há indícios para crer que, na verdade, ele não defendia a posição de que algo “deve ser” respeitado, mas somente que, se cumpridos certos requisitos, esse algo passará a pertencer a um sistema específico que, se optarmos por supor a *Grundnorm*, “deve ser respeitado”. Em Hart, outro grande positivista, a mesma posição aparece. Lon Fuller, como se sabe, acusou o positivismo de dificultar a reação de oficiais ou da população a ordens moralmente injustas. Fuller defendeu que uma visão jusnaturalista teria a vantagem de servir de substrato para resistência embasada no direito. Hart, em resposta, disse que chamar algo de “direito” não diz absolutamente nada sobre seu valor moral e, portanto, não significa dizer que esse algo “deve ser obedecido”. Portanto, o positivismo não atrapalhava o projeto de Fuller de viabilizar reações a ordens moralmente injustas. Hart defendeu, ao contrário, que o paulatino enraizamento da ideia tipicamente positivista segundo a qual direito e moral são entes separados – de modo que dizer que algo é “direito” não significa dizer que “deve ser respeitado” – é o que auxiliaria o projeto de Fuller de viabilizar reações da comunidade ao direito injusto.²⁸²

Na verdade, até hoje parece uma posição dissidente dentro do juspositivismo pretender que o “direito positivo” seja algo que “deve ser respeitado”.²⁸³ Essa interpretação, segundo a maioria, implica uma quebra da separação entre direito e moral.

3.5.4 A teoria de Kelsen é circular?

Quanto ao problema da circularidade, o próprio Ross afirmou que a *Grundnorm* o resolve: a *Grundnorm* é o ponto de partida e de parada da circularidade. Pergunta-se: o que é direito? Responde-se: o significado (objetivo) de certos atos de vontade. Pergunta-

²⁸² HART, H. L. A. Positivism and the separation of law and morals. *Harvard Law Review*, v. 71, n. 4, p. 593-629, feb. 1958.

²⁸³ SCHAUER, Frederick. Normative legal positivism. In: MINDUS, Patricia; SPAAK, Torben (ed.). *The Cambridge companion to legal positivism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2021. p. 61-79. Schauer fala em Tom Campbell, Bruno Celano, Jeremy Waldron e nele próprio como autores que entendem haver uma dimensão prescritiva no positivismo jurídico, sobretudo para os juízes. Mas segundo ele próprio, a maioria permanece entendendo que o positivismo é exclusivamente descritivo. Neste segundo sentido, Schauer cita Coleman, Dickson, Green, Marmor e Raz. Schauer afirma que essa dimensão prescritiva já estava presente em positivistas antigos, como Bentham inclusive. Que o elemento prescritivo esteve presente ao longo da história do positivismo, não se pode negar. Mas entre isso e encará-lo como um traço característico há uma distância.

se: quais significados e de quais atos de vontade? Responde-se: o significado que os atos de vontade descritos pelo direito adquirem ao serem enxergados à luz do direito. Está, aqui, posicionada a circularidade. Para saber o que é direito, por essa teoria, é preciso saber, antes, o que é direito. Este problema aparece na ideia de Bergbohm de direito como prescrições da “autoridade competente”, por exemplo. Quando se supõe a *Grundnorm*, há um ponto final na circularidade. Isso levou Ross a afirmar que Kelsen solucionou esse problema. Porém, para Ross, de uma forma meramente formal: porque a *Grundnorm* precisa se referir a uma constituição, em geral, eficaz. Isso levaria à retomada da circularidade, pois a *Grundnorm* novamente coloca o problema no mundo da realidade. Kelsen respondeu a essa crítica; porém, apenas disse que a *Grundnorm* evita a circularidade “não somente no sentido ‘formal’, mas absolutamente”.²⁸⁴

Embora Kelsen não faça mais do que atritar sua conclusão com a de Ross, aparentemente é Kelsen quem está com a razão. Com a *Grundnorm* não há mais circularidade. Haveria circularidade se a *Grundnorm* remetesse a algum extrato da realidade não especificado. Se assim fosse, restaria a pergunta: qual extrato da realidade em específico? E se a resposta fosse “aquele extrato da realidade descrito pelo direito”, aí sim teríamos novamente a circularidade. Mas a *Grundnorm* remete a um extrato específico da realidade: a existência de uma constituição e de uma ordem legal ao redor dela que sejam em geral eficazes (ou seja, aplicados, observados etc.). É possível que falte a Kelsen (nessa obra) uma descrição mais precisa do que seja uma “constituição” ou uma “ordem legal ao redor de uma constituição” ou, dito de forma mais simples, uma descrição daquilo a que se refere a *Grundnorm*. E aqui, a resposta à questão “o que é uma constituição” não poderia ser “aquilo a que se refere a *Grundnorm*” ou “o significado que os atos descritos pela *Grundnorm* adquirem ao serem olhados através da *Grundnorm*”. Neste caso, novamente haveria a circularidade. Pergunta-se: o que é o direito? Responde-se: o significado (objetivo) de certos atos. Pergunta-se: quais atos? Responde-se: os atos reconduzíveis à constituição a que se refere a *Grundnorm*. Pergunta-se: o que é a constituição a que se refere a *Grundnorm*? Responde-se: a constituição a que se refere a *Grundnorm* é a constituição a que se refere a *Grundnorm*. E, agora, o problema está novamente posto. A única forma de solucionar o problema é, além de pressupor uma *Grundnorm*, pressupor uma noção de “constituição em geral eficaz”. Essa noção não pode ser dada pelo próprio direito, sob pena de retornarmos à circularidade. Quem precisa dar essa noção é aquilo que Ross

²⁸⁴ KELSEN, Hans. Una teoría “realista” y la teoría pura del derecho. In: KELSEN, Hans. **Contribuciones a la teoría pura del derecho**. Colonia del Carmen: Fontanamara, 2008, p. 44.

chama de filosofia do direito: a disciplina à qual cabe a discussão do ferramental teórico com que a ciência do direito trabalha. Como disse Ross: é à filosofia do direito que cabe definir o que seja *gældende ret*.

Se a filosofia do direito (ou outra coisa que não o direito em si) definir o que seja “constituição em geral eficaz”, o modelo kelseniano não cai na circularidade. Da mesma forma, a menos que a filosofia do direito (ou outra coisa que não o direito em si) defina o que é “juiz”, a teoria de Ross cairá na mesma circularidade (que o próprio autor atribuiu ao realismo estadunidense). Caso se pense na circularidade que Ross descreveu em Austin, é possível arguir, novamente, que a circularidade não existe, pois quem define o que seja uma autoridade “soberana” é a própria filosofia do direito. Austin não procura o conceito de “autoridade soberana” no próprio direito. O que Austin faz é fabricar um conceito de autoridade soberana. Ele prescreve que a ciência do direito deve trabalhar com esse conceito como critério diferenciador do que seja direito positivo. Se Bergbohm desenvolvesse o conceito de “autoridade competente” e esse conceito não fosse “aquilo que o direito positivo diz que é autoridade competente”, ele não cairia na circularidade. O que é interessante aqui é que o conceito de direito tem uma natureza arbitrária. Ele é definido a partir de certos valores não qualificáveis como verdadeiros ou falsos. Toda a discussão entre positivismo e realismo só tem sentido se todos os interlocutores envolvidos na discussão tiverem algum tipo de valor compartilhado (por exemplo: “as afirmações da ciência do direito devem ser verificáveis”).²⁸⁵

Mas a crítica de Ross aplicada a Kelsen permite a conclusão de que, na verdade, as duas teorias são muito mais parecidas do que diferentes. Na verdade, como deve ter ficado claro, até o advento de *On law and justice*, o realismo jurídico escandinavo encarava o “direito válido” (*gældende ret*) como aquele conjunto de prescrições que, dentro de uma dada comunidade, é considerado como obrigatório pelas pessoas. Em *Law as fact*, de Olivecrona, o que se considera direito são “imperativos independentes”, entes com conteúdo imaginário e forma imperativa que, por algum motivo, passam a ser considerados como obrigatório pelas pessoas (por motivos, dirá Olivecrona, supersticiosos). A mais típica forma de introduzir esses imperativos no sistema considerado obrigatório, na contemporaneidade, é através da legislação segundo a constituição. A legislação segundo a constituição, diz Olivecrona, é a principal forma pela qual se exerce nos cidadãos o efeito psicológico consistente que os leva a acreditar haver uma obrigação ou “dever” de

²⁸⁵ Nesse sentido, cf. SCHAUER, Frederick. The social construction of the concept of law: a reply to Julie Dickson. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 25, n. 3, p. 493-501, 2005.

observância de certas prescrições. Mas, dirá Olivecrona, não se trata da única forma pela qual esse efeito é obtido: o importante é que o efeito seja atingido para o fim de caracterização de algo como direito, sendo possível o uso de múltiplos instrumentos culturais para tal fim. Particularmente em Olivecrona a palavra “direito” é usada para apontar para coisas praticamente idênticas; a maior parte do espaço do direito é ocupada por aquilo que é em geral considerado obrigatório e, por isso, obedecido (ou seja, aquilo que é eficaz) em razão de ser produto de um ato formal de legislação segundo a constituição. Em Kelsen, o direito acaba sendo aquilo que é em geral eficaz (ou seja, que é em geral considerado obrigatório e, por isso, obedecido) e está ao redor de uma constituição (ela própria, por isso, em geral eficaz). A semelhança é extraordinária. Talvez a única diferença seja que, em Olivecrona, o conceito de direito não se restringe àquilo que é eficaz em razão de ser reconduzível a uma constituição. Olivecrona admite outras formas de “criação de direito”. O efeito disso é um embotamento na diferenciação entre direito e moral: em Olivecrona, como visto, a moral se diferencia do direito de forma não estanque, na medida em que a moral se torna “totalmente independente” de algum sujeito. Obviamente também há a diferença de o sistema de Kelsen incorporar para si algumas ideias que Olivecrona (assim como Hägerström, Lundstedt e Ross) encarará como supersticiosas. É o caso da ideia de que a norma não é a mesma coisa que aquele algo considerado obrigatório, mas uma outra coisa, um duplo desse algo, que passa a existir no mundo do *Sollen* pela incidência da *Grundnorm* sobre ele. Mas, abstraída essa diferença teórica, para fins da prática da ciência jurídica, a diferença entre as duas percepções é bem pequena – muito menor do que normalmente se pensa.

As ideias de Ross em *Hacia una ciencia realista del derecho* acabam se referindo a um substrato material também muito semelhante, pois Ross descreve como direito a situação das pessoas que, por impulsos interessados ou desinteressados, passam a observar ou obedecer a um dado sistema de prescrições. Qual é a diferença entre isso e “a constituição e a ordem jurídica relacionada a ela que seja em geral eficaz”? Em *On law and justice*, Ross parece se distanciar um pouco dessa ideia ao limitar sua investigação à figura dos juízes e autoridades análogas. Mas essa limitação acontece porque o autor assume uma premissa tipicamente kelseniana: a premissa de que o verdadeiro direito é aquele destinado aos juízes e demais autoridades aplicadoras. Ross chega a dizer que é esse o critério que diferencia o direito da moral. Como dito, em Kelsen, as normas que não se dirigem ao juiz têm um lugar apenas lateral no direito (são “normas secundárias”). No Ross de *On law and justice* essa posição é radicalizada.

Poderíamos conjecturar (aqui ignorando o elemento de crença em um “mundo do *Söllen*” paralelo ao mundo da realidade em Kelsen) que a ciência jurídica de Olivecrona e do Ross de *Hacia una ciencia realista del derecho* descreve tudo o que a ciência jurídica de Kelsen descreve e muito mais coisas. A ciência jurídica do Ross de *On law and justice* descreve tudo o que a ciência jurídica de Kelsen descreve, com exceção das “normas secundárias”, e um pouco mais de coisas (ou seja, mais aquilo que os juízes e autoridades análogas entendem como obrigatório, a despeito de não ser reconduzível à constituição).²⁸⁶

Se pensarmos no positivismo posterior a Kelsen, a aproximação entre as duas correntes é ainda maior. Em Hart, o critério para definir o que é o direito deixa de ser a *Grundnorm* e passa a ser a *rule of recognition*. Faria parte do sistema jurídico uma regra que define quais são os critérios para saber se uma prescrição qualquer é ou não é uma regra jurídica. Acontece que o teor da *rule of recognition* é algo, em Hart, aferível apenas empiricamente. Em Hart, é através de análises empíricas a respeito de quais critérios são utilizados pela comunidade e pelos tribunais para reconhecer uma prescrição como jurídica que se sabe qual é o conteúdo da *rule of recognition*, que é a regra que diz o que entra e o que sai do sistema jurídico.²⁸⁷ Se, em Hart, o direito é aquilo que é reconhecido como direito pela comunidade e pelos tribunais, a semelhança de sua teoria com aquela de Olivecrona e Ross é, de fato, enorme.²⁸⁸ Na verdade, na segunda edição de *Law as fact*, Olivecrona chegou a dizer o seguinte:

Embora a legislação seja atualmente a maneira mais importante de introduzir novas regras no sistema jurídico e eliminar outras, ela não é de maneira nenhuma a única. Legislação apenas implica o processo consciente e deliberado de estabelecimento de regras através de procedimento formal. Mas regras que são reconhecidas como pertencentes ao sistema jurídico também podem ser estabelecidas de outras formas.²⁸⁹

²⁸⁶ Para uma síntese das semelhanças e diferenças entre o pensamento de Ross e Kelsen, cf. SERBENA, Cesar Antonio. A disputa entre Hans Kelsen e Alf Ross sobre o realismo jurídico. In: COSTA, Valterleida; DO VALLE, Maurício. **Estudos sobre a teoria pura do direito**. São Paulo: Almedina, 2023. p. 408-409. Para uma abordagem ampla sobre o tema, com considerações sobre sua intersecção com a lógica de Newton da Costa, cf. SERBENA, Cesar Antonio. **Novas perspectivas do realismo jurídico**. Vasco da Gama: Lumen Juris, 2022.

²⁸⁷ HART, H. L. A. **The concept of law**. Oxford: Oxford University Press, 1961, p. 97 *et seq.*

²⁸⁸ Isto foi argumentado pelo próprio Ross em ROSS, Alf. El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural. In: ROSS, Alf. **El concepto de validez y otros ensayos**. Del Carmen: Fontanamara, 2006, p. 29.

²⁸⁹ OLIVECRONA, Karl. **Law as fact**. London: London Stevens, 1971, p. 105.

O critério para saber se uma norma é ou não pertencente ao sistema jurídico é ser ela “reconhecida” como pertencente a esse sistema. Qual é, então, essa enorme diferença entre o pensamento de Olivecrona (em grande medida mantido por Ross) e o positivismo de Hart?

3.5.5 A teoria de Kelsen funciona para as culturas jurídicas antigas?

Como dito, uma das objeções de Hägerström diz respeito ao fato de as teorias da vontade não serem boa descrição de culturas jurídicas antigas. Essa crítica é procedente, uma vez que a teoria de Kelsen pressupõe uma constituição. Embora o autor tenha a pretensão de que a Teoria Pura do Direito seja “uma teoria sobre o direito positivo em geral e não uma teoria sobre uma ordem jurídica em específico”,²⁹⁰ é claro que muita coisa nela é pressuposto. O fato de a *Grundnorm* se referir a uma “constituição em geral eficaz” faz com que o sistema de Kelsen só sirva para a descrição de contextos em que seja possível encontrar algo como uma “constituição em geral eficaz”.

A teoria rosseana de *On law and justice*, porém, pode ser acusada do mesmo mal: ela pressupõe a ideia de algo como um “juiz” que julgue segundo um sistema ao qual ele se sinta vinculado. Essa é uma realidade, naturalmente, contingente. As teorias escandinavas anteriores parecem pressupor menos coisas: elas pressupõem apenas uma realidade em que as pessoas se sintam obrigadas a certas coisas – pressupõem, portanto, uma realidade em que haja um certo tipo particular de superstição, por assim dizer.

3.5.6 A teoria de Kelsen contém uma antropomorfização dos fatores que mantêm o direito e uma objetivação da paralisação de impulsos conativos nos destinatários de um comando eficaz?

Como dito anteriormente, no item sobre o problema da circularidade, as teoria de Olivecrona e do Ross de *Hacia una ciencia realista del derecho* parecem ser muito próximas, embora bastante mais amplas, do que a teoria de Kelsen. Nessa medida, essas teorias são menos suscetíveis à crítica de Hägerström à chamada “antropomorfização dos fatores que mantêm o direito”. Como já descrito, a antropomorfização acontece quando, a partir de uma base material em que um conjunto de prescrições se mantém relativamente

²⁹⁰ KELSSEN, Hans. **Teoría pura del derecho**. México: UNAM, 1982, p. 15.

eficaz (i.e., considerado obrigatório e, portanto, obedecido), assume-se que essa base material decorre de uma vontade existente e unitária. A crença nessa vontade, por ter ela qualidades sobrenaturais, é uma crença metafísica, anticientífica etc. Embora a “vontade do Estado” a que se refera Kelsen não seja, segundo ele próprio, algum ente físico existente, seria possível argumentar que Kelsen toma os fatores que mantêm a ordem jurídica por algo diferente desses fatores – um algo sobrenatural, existente fora do mundo do espaço e do tempo, mas existente no mundo do *Söllen*.

Seria possível argumentar, também, que Kelsen comete aquilo que Hägerström encarou como “objetivação da paralisação de impulsos conativos nos destinatários de um comando eficaz”. Kelsen observa uma realidade em que uma constituição é em geral eficaz e supõe que isso decorra da existência de um “dever”.

Mas também se pode arguir que o que Kelsen faz não é precisamente isso. Em uma dada interpretação de Kelsen (que, como vimos, foi a adotada por Olivecrona), o fato de o sistema jurídico ser mantido e as causas desse fato não são preocupações da ciência jurídica. A existência de obediência ou observância às normas jurídicas pode decorrer de inúmeros fatores. Descrever esses fatores não é assunto para a ciência do direito kelseniana, pois ela não é uma ciência da natureza: não trabalha com a lógica da causalidade, mas com a lógica da imputação.²⁹¹ Portanto, Kelsen não toma uma coisa pela outra. Ele apenas reconhece que, na realidade, existe eficácia geral de uma dada constituição e, pela *Grundnorm*, atribui àquilo que é eficaz uma qualidade própria: validade. A *Grundnorm*, como disse Kelsen no artigo em resposta a Ross, é resultado de uma investigação sobre as condições epistemológicas de possibilidade de, cientificamente, descrever aquilo que é eficaz – e não apenas descrever o que é eficaz como sendo algo considerado obrigatório, mas também descrever cientificamente essa própria obrigatoriedade.

3.5.7 A *Grundnorm* é uma norma de direito natural?

Como visto, também, outra crítica de Hägerström diz respeito à ideia de que a norma que prescreve a obediência à constituição seria uma norma de direito natural. A isso poderia ser objetado que, diferentemente das normas de direito natural, a *Grundnorm* não tem seu conteúdo arbitrariamente definido por alguém a partir de fé (em deus, em uma razão, na natureza das coisas etc.). O conteúdo dela é definido pela realidade: pela

²⁹¹ KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. México: UNAM, 1982, p. 89 *et seq.*

constituição que, em uma dada comunidade, é em geral eficaz. Sendo assim, uma afirmação sobre o conteúdo da *Grundnorm* pode, inclusive, ser verificada. Além disso, a *Grundnorm*, se interpretada como uma hipótese, não é posta como Kelsen como absolutamente válida. Ela aparece apenas como uma possibilidade: pode, ou não, ser considerada válida em si mesma. Mas para que se possa atribuir caráter científico à ciência jurídica nos moldes propostos por Kelsen, a assunção da *Grundnorm* é necessária. Assim, Kelsen não poderia ser acusado de jusnaturalista por apresentar a *Grundnorm* como uma possibilidade e nem como condição de possibilidade de uma dada investigação (investigação essa cujos méritos podem ser discutidos). E quem assume a *Grundnorm* como válida (i.e., obrigatória) se comporta de forma algo diferente de quem assume como válida uma norma derivada de deus, uma vez que a *Grundnorm* tem conteúdo condicionado pela realidade. Então, se assumir a *Grundnorm* é assumir a validade de um direito natural, essa assunção não tem exatamente o mesmo caráter do que normalmente têm as assunções de validade do direito natural.

Apesar disso, se a única coisa que é válida é o direito positivo (ou seja, posto por determinadas pessoas em determinado tempo), então a *Grundnorm* não é válida. A menos que haja algo, além do direito positivo, que seja válido. Se esta última posição for assumida como jusnaturalista, quem assume a *Grundnorm*, nesse sentido, se comporta como jusnaturalista. Quem assume a *Grundnorm*, não quem a coloca como uma hipótese ou como condição de possibilidade de algum tipo específico de conhecimento.

3.5.8 Kelsen é um positivista primitivo? Em Kelsen, o que os juízes fazem é aplicar logicamente o direito?

Hägerström, como vimos, acusa Kelsen de ser um positivista primitivo. Uma vez que somente o direito positivo é obrigatório e que, obviamente, as regras de interpretação dos textos legais e os métodos de colmatação de lacunas não são reconduzíveis ao direito positivo, os textos legais teriam de ser interpretados por seu “sentido literal”, um sentido emanante do próprio texto, diretamente.

Mas na segunda edição de *Pure theory of law*, o autor fornecerá sua teoria da interpretação. Em Kelsen, a decisão judicial é um ato livre: o juiz tem liberdade para, pelo método que preferir, decidir da forma como quiser – desde que permaneça “dentro da

moldura”. Kelsen, ao contrário do positivismo primitivo, não arguirá que, segundo o direito positivo, o juiz não pode interpretar o texto legal, o qual tem um sentido único e congênito a ele próprio. Ele dirá o oposto disso: dirá que o texto admite múltiplas interpretações e que, dentro da moldura de significados possíveis, qualquer método de interpretação é igualmente válido.²⁹²

Por derivação dessa teoria, poderíamos dizer que o próprio Kelsen não encarava a aplicação do direito pelo juiz como um processo de inferência lógica. Encarar o processo como uma inferência lógica esbarraria em dois problemas: como Ross pontuou, imperativos não podem fazer parte de silogismos porque isso violaria a Lei de Contradição (este primeiro problema poderia ser superado pela teoria declaratória); mas, como Hägerström já havia pontuado, se o direito é um julgamento sobre uma vontade, aplicá-lo pressupõe uma firmeza de intenção irreal e logicamente equivocada (pois não é porque há uma intenção em geral que há, necessariamente, também uma intenção no particular). Mas Kelsen encarará a decisão judicial como um ato criativo, jurígeno, não como uma inferência: dentro da moldura, o juiz é livre, segundo o direito positivo.

Hägerström havia objetado a isso duas coisas: em primeiro lugar, ele cita a validade jurídica que adquire uma decisão externa à moldura e coberta pela *res judicata*; em segundo lugar, Hägerström afirma que os juízes, em geral, não decidem por “vontade” deles, mas por se sentirem compelidos a alguma coisa.

Quanto ao segundo argumento, não há muito a dizer. Em Kelsen, se o juiz se sente compelido a decidir ou não decide livremente é um dado irrelevante. O que importa é que, segundo o direito positivo, dentro da moldura ele é livre. A crítica de Hägerström, porém, procede na parte em que percebe o ato judicial, ao descrevê-lo como ele é, não como um ato de vontade própria ou arbitrariedade, mas como um “dar vazão” a impulsos que, no psicológico do juiz, frequentemente não são dele próprio (o que pode, é verdade, ser um equívoco do juiz na leitura que faz de seus próprios motivos).

Quanto ao primeiro argumento, ele de fato parece dificultar a teoria da moldura. Mas como o próprio Hägerström disse em certa passagem, esse problema pode ser solucionado ao se entender que, segundo o direito positivo, em geral o juiz está livre, desde que dentro da moldura; mas há uma exceção: quando a decisão do juiz é dita irrecorrível

²⁹² *Ibid.*, p. 352-353.

pelo direito positivo. Nesse caso a decisão está, segundo o direito positivo, absolutamente livre.²⁹³

3.5.9 Kelsen traz para o direito uma teodiceia da escolástica medieval?

A ideia da infiltração, no direito, de ideias da teodiceia da escolástica medieval foi utilizada por Hägerström particularmente para se referir à construção, típica das primeiras obras de Kelsen, de que tanto o antecedente quanto o conseqüente da norma jurídica são *Söllen*. Então, o crime que enseja a punição seria um *Söllen*: o crime deve ser. A ideia só pôde ser explicada por Kelsen pela teodiceia da escolástica medieval: o direito diz que o mal deve ser, mas não pelo mal. O mal deve ser porque, com ele, é possível algo bom. Aparentemente, com a ideia de *Deutungsschema* essa interpretação não é necessária. O crime não é um *Söllen*, mas, a partir da perspectiva da norma funcionando como *Deutungsschema*, ele pode ser interpretado como “significado objetivo” de um certo ato e não apenas como “dever”. Aparentemente, o mundo do *Söllen* não é somente habitado por aquilo que “deve”, mas também sobre o significado que aqueles entes que dizem o que “deve” atribuem a certos entes do mundo do *Sein*.

3.5.10 A teoria de Kelsen contém uma ideia de Logos?

Hägerström acusará a ideia de *Grundnorm* de ser análoga à ideia grega de Logos. A *Grundnorm* seria um julgamento sobre algo que daria realidade a seu próprio julgamento: por que algo é válido? Porque a *Grundnorm* diz que é válido. Por outra perspectiva: por que algo é válido? Porque, ao enxergar esse algo através da *Grundnorm*, ele aparece como válido. Pela primeira perspectiva, o dizer está dando realidade a algo (ou seja, ao duplo do objeto sobre o qual se diz no mundo do *Söllen*). Pela segunda perspectiva, há algo que somente é; mas ao ser percebido de dada maneira, passa a existir um duplo desse algo no mundo do *Söllen*.

A ideia de Logos, é implícito em Hägerström, remete a todo o misticismo denunciado pelo autor e por seus seguidores. O parentesco entre a *Grundnorm* e a ideia de Logos, de fato, parece existir. E não somente com essa ideia: a *Grundnorm* também é

²⁹³ HÄGERSTRÖM, Axel. On the Question of the Notion of Law. In: HÄGERSTRÖM, Axel. **Inquiries into the Nature of Law and Morals**. Uppsala: Almqvist & Wiksells, 1953, p. 85 *et seq.*

muito parecida com a causa primeira não causada da segunda via para a prova da existência de deus de Tomás de Aquino. E confessadamente ela tem caráter análogo ao da investigação das categorias *a priori* da razão de Kant. Todas essas ideias envolvem a crença em algo que é independente da história que se passa no *continuum* espaço e tempo.

Kelsen é confessadamente um kantiano. E sua *Grundnorm* é resultado de um esforço de investigação das condições epistemológicas de possibilidade de um pensamento da forma como se pensa, milenarmente, o direito.²⁹⁴ Kant procurou, como agora procura Kelsen, essas condições de possibilidade de nossos juízos empíricos em uma razão, ou no “entendimento puro”. Veja-se, por exemplo, esta passagem:

Investiguei, então, em primeiro lugar, se a objeção de Hume não se deixaria representar de forma geral, e logo descobri que o conceito de conexão de causa e efeito está longe de ser o único pelo qual o entendimento pensa *a priori* conexões entre as coisas, e, mais ainda, descobri que a metafísica consiste inteiramente nesses conceitos. Procurei assegurar-me de seu número, e quando consegui fazê-lo do modo que queria, a saber, a partir de um único princípio, passei à dedução desses conceitos, seguro agora de que eles não derivam da experiência, como cuidara Hume, mas originam-se do puro entendimento.²⁹⁵

Pensadores posteriores, dialéticos (e, portanto, de uma tradição específica, à qual seria apressado equiparar o pensamento escandinavo aqui analisado), enfatizarão nesse esforço a tentativa de busca de uma verdade fora do tempo e do espaço: imutável e independente.²⁹⁶ A ideia de que as categorias da razão estão fora do tempo e do espaço e,

²⁹⁴ KELSEN, Hans. Una teoría “realista” y la teoría pura del derecho. *In.*: KELSEN, Hans. **Contribuciones a la teoría pura del derecho**. Colonia del Carmen: Fontanamara, 2008, p. 45. Como dito, Kelsen afirma que a *Grundnorm* é uma tentativa de demonstrar “em que condições epistemológicas é possível a interpretação da milenar concepção do direito como um sistema de normas com validade objetiva, ao invés de descartá-la simplesmente como um erro”. A investigação é “tão pouco supérflua quanto a tentativa de Kant de buscar as condições lógico-transcendentais de nossos juízos de experiência”.

²⁹⁵ KANT, Immanuel. **Prolegômenos a qualquer metafísica futura que possa apresentar-se como ciência**. São Paulo: Estação Liberdade, 2014, p. 28.

²⁹⁶ Diz Adorno: “A concepção mais abrangente da filosofia, tal como ela predomina no ocidente desde Aristóteles – e isto não vale, de forma alguma, apenas para as orientações idealistas, mas também para as empiristas –, compreende-a como *πρώτη φιλοσοφία*, uma ‘filosofia primeira’, ou seja, uma filosofia que indica fundamentos originários – seja do ser, seja do pensamento – a partir dos quais tudo o mais se seguiria por necessidade; de tal maneira que, quando estivermos seguros acerca desses fundamentos originários, estaríamos já em posse das respostas decisivas [...] Pois a busca por um absolutamente primeiro é, no fundo, idêntica em significado ao pensamento acerca da invariância da verdade [...] Não devemos manter os conceitos inalterados, e sim de que precisamos alterá-los a fim de realmente os compreender. Em outras palavras: de que o ser próprio dos conceitos seja um devir, de que a verdade seja efetivamente dinâmica” (ADORNO, Theodor. W. **Introdução à dialética**. São Paulo: Editora Unesp, 2022, p. 96-102). Em oposição, a propósito, Marx e Engels pensaram nas categorias da consciência (que em Kant estavam fora do tempo e da história) como derivadas da materialidade: “Descobrimos que o homem tem ‘consciência’. Mas esta também não é, desde o início, consciência ‘pura’ [como queria Kant]. O ‘espírito’ sofre, desde o início, a maldição de estar ‘contaminado’ pela matéria, que,

portanto, não variam de sujeito cognoscente para sujeito cognoscente, foi o que permitiu a Kant construir a ideia de juízos objetivos (ou seja, não subjetivos, válidos para todos).²⁹⁷

Kelsen, portanto, está em uma tradição de pensar na existência de um algo absoluto, fora do tempo e do espaço, como critério para possibilitar o conhecimento objetivo. Essa tradição foi rejeitada absolutamente por Hägerström em sua crítica ao subjetivismo kantiano e na adoção de ideias tanto originais suas e de seus colegas quanto, por exemplo, de Fichte e Hegel.

Mas neste ponto é de se questionar se Kelsen necessariamente está encarando o *Sollen* como um mundo diferente, apartado e relativamente independente da realidade. Não parece impossível interpretar o *Sollen* kelseniano apenas como uma forma particular de certas proposições ou como uma forma particular de pensamento (cujos conteúdos não necessariamente têm realidade para além de enquanto conteúdos de prescrições).²⁹⁸

Também é de se questionar em que medida a teoria de Kelsen realmente precisa de um mundo do *Sollen*. Se Kelsen não houvesse se apegado tanto à ideia, qualificada por Ross como “tradicional”, de definir o direito como algo obrigatório (algo que seja cognoscível não apenas como um dado da realidade, mas como um *Sollen*), talvez ele sequer precisasse de uma figura como a *Grundnorm*. De uma perspectiva que valoriza o princípio da parcimônia, como é a perspectiva de Hägerström, por que não converter a teoria de Kelsen em uma teoria que, como as de Ross e Olivecrona, descreve certos fenômenos psicológicos situados no espaço e no tempo? Não haveria grandes alterações na teoria de Kelsen se ela tomasse como seu objeto de descrição apenas o seguinte: a vontade que os constituintes declararam ter no momento em que estabeleceram a constituição; e a vontade que os legisladores (ou, enfim, os sujeitos que, segundo a vontade dos constituintes

aqui, se manifesta sob a forma de camadas de ar em movimento, sons, em suma, sob a forma de linguagem. A linguagem é tão antiga quanto a consciência – a linguagem é a consciência real, prática, que existe para os outros homens e que, portanto, também existe para mim mesmo; e a linguagem nasce, tal como a consciência, do carecimento, da necessidade de intercâmbio com outros homens. Desde o início, portanto, a consciência já é um produto social e continuará sendo enquanto existirem homens. A consciência é, naturalmente, antes de tudo a mera consciência do meio sensível mais imediato e consciência do vínculo limitado com outras pessoas e coisas exteriores ao indivíduo que se torna consciente” (MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 34-35). E depois: “Sobre as diferentes formas da propriedade, sobre as condições sociais da existência se eleva toda uma superestrutura de sentimentos, ilusões, modos de pensar e visões da vida distintos e configurados de modo peculiar. Toda a classe os cria e molda a partir do seu fundamento material e a partir das relações sociais correspondentes” (MARX, Karl. **O 18 de brumário de Luís Bonaparte**. São Paulo: Boitempo, 2021, p. 60-61).

²⁹⁷ KANT, Immanuel. Prolegômenos a qualquer metafísica futura que possa apresentar-se como ciência. São Paulo: Estação Liberdade, 2014, p. 74.

²⁹⁸ Cf. KELSEN, Hans. Teoría pura del derecho. México: UNAM, 1982, p. 117 *et seq.*

devem ser quem estabelece as normas jurídicas) declararam ter no momento em que estabeleceram a lei. Nesse caso, o que se perde é apenas não ser mais logicamente possível (por força da Lei de Hume) falar que algo “deve” ser. E isso era algo da maior importância para Kelsen. Afinal, o que ele estava fazendo era precisamente investigar as condições de possibilidade para se afirmar (de modo científico e objetivo) esse tipo de coisa. Mas para alguém que abandone essa pretensão, é possível desenvolver uma teoria essencialmente idêntica à kelseniana, porém sem a necessidade de ideias carentes de acessibilidade empírica como um “mundo do *Sollen*”, ou a “*Grundnorm*” – que, justamente por essa falta de acessibilidade empírica, teve de ser qualificada como uma mera hipótese e, para alguns, como pura ficção. Para uma teoria desse tipo (ou seja, que se limita a descrever as declarações de vontade de certos sujeitos) seria necessário que, mediante algo externo ao direito – por exemplo, através da filosofia do direito prevista por Ross –, se estabelecesse um conceito preciso de “declarações de vontade dos sujeitos constituintes”.²⁹⁹

3.6 CONCLUSÕES PARCIAIS

Com tudo isso, parece claro que a primeira hipótese deste trabalho foi amplamente corroborada no que diz respeito ao realismo escandinavo. Claramente a noção de “norma” ou de “direito” do realismo escandinavo não é uma noção de um algo obrigatório ou de um algo que deve ser. Desde Hägerström a tradição escandinava nega a possibilidade de cientificamente dizer que algo “deve ser” ou é “obrigatório”. O que pôde ser descoberto além do que já se esperava, porém, foi que este não é um traço somente do realismo escandinavo – mas também do positivismo. Alf Ross escreveu um artigo chamando Kelsen de jusnaturalista pelo fato de ele manter a ideia de direito como “aquilo que deve ser”. Kelsen respondeu a ele, curiosamente, não afirmando que prescrever não é uma prática jusnaturalista, mas sim afirmando que a ciência do direito da Teoria Pura do Direito não prescreve. Kelsen disse que a ciência do direito não diz que algo deve ser, mas apenas descreve o que, segundo o sistema, deve ser. A *Grundnorm* não é assumida por Kelsen, ela apenas é posta como uma hipótese que pode ou não ser acolhida. Kelsen disse que quando Ross afirmou que não existe algo que objetivamente “deva ser”, ele não

²⁹⁹ Cf. a ideia de Bulygin de validade como pertencimento, que não depende de uma *Grundnorm*: BULYGIN, Eugenio. El problema de la validez en Kelsen. In: KELSEN, Hans; BULYGIN, Eugenio; WALTER, Robert. **Validez y eficacia del derecho**. Buenos Aires: Astrea, 2005. p. 99-119.

falou nada que também não tenha sido dito pela Teoria Pura do Direito.³⁰⁰ Posteriormente, quando Hart respondeu à crítica de Fuller no sentido de que o juspositivismo inviabilizaria a resistência àquilo que é posto, ainda que esse algo posto seja injusto, a mesma posição apareceu: Hart disse enfaticamente que qualificar algo como “direito positivo” não diz nada sobre esse algo ser moralmente correto ou algo que “deve ser obedecido”. Para Hart, o juspositivismo na verdade viabiliza a resistência ao direito positivo (pretendida por Fuller), já que separa direito de moral: ao agir dessa forma, o juspositivismo permite a conclusão de que, por mais que algo seja direito positivo, esse algo não tem o predicado de ser algo que “deve ser respeitado”.³⁰¹ Em um artigo recente, Schauer reconheceu que, no positivismo contemporâneo, a posição majoritária segue sendo a de que o positivismo é somente descritivo e não prescritivo (Schauer cita Raz e Marmor como exemplos dessa posição). Em oposição, há quem defenda que o positivismo é prescritivo principalmente para o juiz (por exemplo, Waldron e o próprio Schauer). Mas, segundo Schauer, esta segunda posição é minoritária.³⁰²

Então, quem pretende dizer que o realismo jurídico é defeituoso por não poder ser prescritivo de fato tem um certo tipo de razão: o realismo, assim como a maior parte do positivismo, inclusive o de Kelsen e Hart, de fato não é prescritivo. Mas, segundo o realismo, ser prescritivo e científico ao mesmo tempo não é uma possibilidade. O ponto principal, porém, é que se equivoca quem pretende dizer que o realismo prescreve uma obediência àquilo que o juiz entende ser obrigatório, ao invés de uma obediência a alguma outra coisa.

O deslocamento do conceito de direito no realismo escandinavo, portanto, não é uma transferência de autoridade. A despeito disso, questiona-se se ele “implica” uma transferência de autoridade. Seria possível argumentar que essa implicação existe pelo fato de o realismo entender que, antes da formação de um certo sentimento nos juízes, não há direito cognoscível. No que diz respeito ao Alf Ross de *On law and justice*, isso pode ser, em alguma medida, verdade, porque nessa obra de fato existe a ideia de o direito ser aquilo que os juízes de um determinado país entendem como vinculante. Mas isso não impede a crítica às decisões judiciais. Uma das críticas mais comuns a *On law and justice*

³⁰⁰ KELSEN, Hans. Una teoría “realista” y la teoría pura del derecho. In: KELSEN, Hans. **Contribuciones a la teoría pura del derecho**. Colonia del Carmen: Fontanamara, 2008. p. 20, 42-45.

³⁰¹ HART, H. L. A. Positivism and the separation of law and morals. **Harvard Law Review**, v. 71, n. 4, p. 593-629, feb. 1958.

³⁰² SCHAUER, Frederick. Normative legal positivism. In: MINDUS, Patricia; SPAAK, Torben. **The Cambridge companion to legal positivism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2021, p. 61-79.

foi alegar que a obra faz “da teoria uma escrava da prática”. Mas o próprio Ross definiu a forma como se faz a crítica às decisões judiciais segundo seu método: “Uma decisão é incorreta, ou seja, incoerente com o direito cientificamente válido, se – todas as coisas consideradas, inclusive a decisão e as críticas que ela pode evocar – houver grande probabilidade de as cortes, no futuro, não seguirem a decisão”. Ou seja: uma decisão é incorreta se a racionalidade presente nela destoa da racionalidade que os juízes, em geral, têm. Então, a transferência de autoridade, no máximo, acontece nesse sentido – ou seja, sem inviabilizar a crítica à decisão judicial singular, no máximo inviabilizando a crítica através do direito ao comportamento judicial geral. Em Ross o critério para algo pertencer ao direito depende da forma como os juízes (e outras autoridades aplicadoras) em geral compreendem a realidade – mas não da forma como um juiz singular compreende a realidade.³⁰³

Curiosamente, porém, o enfoque particular na figura dos juízes não existe em obras anteriores do realismo escandinavo. O Ross de *On law and justice* adota uma posição parecida, por exemplo, àquela defendida pelo Olivecrona de *Law as fact*: os dois autores tomam como direito aquilo que certas pessoas consideram (supersticiosamente) como dotado de “força obrigatória”. Em Olivecrona, porém, essas pessoas são os membros da comunidade de forma geral, enquanto no Ross de *On law and justice* essas pessoas são os juízes. Esta delimitação adicional em *On law and justice*, curiosamente, decorre do fato de Ross levar a sério uma posição tipicamente positivista, comumente atribuída a Kelsen: a posição de que o direito, efetivamente, são as normas para os juízes; outras normas que não se destinam à aplicação da força pelos juízes são normas no máximo morais, ou “normas secundárias”, subordinadas às verdadeiras “normas primárias”, que são para o juiz. Isso, inclusive, foi criticado por Hart ao afirmar que, em *On law and justice*, “este dogma kelseniano é adotada sem muita discussão”.³⁰⁴ Nas obras anteriores do realismo escandinavo, porém, o direito é aquilo que, em uma certa comunidade, é considerado obrigatório pelos membros da comunidade. Portanto, por esta perspectiva não há uma ausência de “direito cognoscível” antes da atividade judicial.

Quanto à segunda hipótese, porém, ela não pôde ser corroborada. Embora o “deslocamento do conceito de direito” seja um dado existente no realismo escandinavo, esse

³⁰³ ROSS, Alf. **On law and justice**. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 62, tradução nossa.

³⁰⁴ HART, H.L.A. Scandinavian realism. *The Cambridge Law Journal*, v. 17, n. 2, p. 233-240, Nov. 1959, p. 236.

deslocamento aparece de uma forma peculiar. Antes de *On law and justice* há um deslocamento do direito do mundo do *Söllen* para o mundo do *Sein*. Isto é claro. Porém, não há um deslocamento do conceito de direito do Legislativo para o Judiciário. Dentro do recorte analisado neste trabalho, isso só pôde ser localizado propriamente em *On law and justice*, de Ross. Além disso, o motivo pelo qual o deslocamento acontece, aqui e ali, não é tanto a constatação empírica de discrepância entre o que o sistema prescreve e o que os aplicadores aplicam. Embora haja o reconhecimento de que é uma realidade que os juízes decidem também com base em fontes diversas das “fontes estatais”, por assim dizer, isso não parece ser o motivo determinante do deslocamento. O deslocamento acontece, na verdade, por motivos lógicos (por exemplo, o problema da circularidade e a reafirmação da necessidade de ser possível operar com a Lei de Contradição) e, também, por motivos ontológicos e epistemológicos (por exemplo, a posição de Hägerström de que não existe nada além do *continuum* espaço e tempo, que além de ser o único existente é o único cognoscível).

Talvez o traço principal do realismo escandinavo seja o reconhecimento de que, na realidade, as pessoas possuem a noção de que há um direito que deve ser obedecido simplesmente por ser direito, mas o reconhecimento de que esta é uma ideia supersticiosa, que não pode ser sustentada por uma ciência. A comunidade acredita que algo seja obrigatório por ser direito. Esse algo a que as pessoas se referem é *gyldig ret*. Mas a ciência do direito, por ser ciência, não pode dizer que algo “deve” ser obedecido. O que ela pode fazer é descrever aquilo que as pessoas entendem ser obrigatório. Há uma diferença aí. A validade enquanto obrigatoriedade não pode ser afirmada pela ciência do direito. Por isso, a ciência do direito usa uma outra expressão: *gældende ret*. Dizer que algo é *gældende ret* não significa o mesmo que dizer que algo é *gyldig ret*. Não significa dizer que algo é obrigatório, mas apenas que algo preencheu os requisitos definidos pela filosofia do direito para que um algo qualquer faça parte do escopo de descrição da ciência do direito – seja direito “cientificamente válido”. A diferenciação entre *gyldig ret* e *gældende ret* no realismo escandinavo simboliza a retirada do direito (ou melhor: do objeto da ciência do direito) do mundo do *Söllen* e sua realocação ao mundo do *Sein*. A má compreensão dessa diferença é a única coisa que explica que alguém tome as teses do realismo escandinavo por uma transferência de autoridade. Quem pensa que o realismo escandinavo opera com uma transferência de autoridade pensa que aquilo que os realistas escandinavos consideram *gældende ret* é considerado por eles *gyldig ret*. O real motivo dessa diferenciação e da rejeição da ciência do direito a tomar algo como *gyldig ret*, porém, ao contrário do

esperado, tem raízes na lógica, na epistemologia e na ontologia de Hägerström e não em investigações empíricas, como inicialmente esperado.

4 REALISMO JURÍDICO ESTADUNIDENSE: *PAPER RULES* CONTRA *REAL RULES*

O realismo estadunidense não é propriamente uma escola de pensamento. Em 1930, Karl Llewellyn publicou na *Columbia Law Review* um artigo intitulado “*A realistic jurisprudence – the next step*”. Embora no artigo de 1930 Llewellyn pareça se referir a uma escola de pensamento e conclamar seu “próximo passo”, no ano seguinte o mesmo autor publicou na *Harvard Law Review* o famoso trabalho “*Some realism about realism*”.³⁰⁵ Neste segundo artigo, de tom mais ponderado, Llewellyn afirma decididamente que não há propriamente uma escola de pensamento realista nos Estados Unidos, com coerência e uniformidade de ideias e metodologia. O que há é um movimento: uma série de autores com algumas características em comum e todos com tendências a mudar, em alguma medida, a maneira tradicional de se fazer ciência do direito. Esse artigo de Llewellyn é uma forma de autoanálise crítica do realismo estadunidense.

“*Some realism about realism*”, além de ser um dos artigos mais citados de todo o realismo estadunidense, é extremamente útil para esta pesquisa porque, em um apêndice, Llewellyn listou os autores que ele considerou como “realistas” em sua análise. Essa lista é o ponto de partida para o recorte de autores a serem analisados neste trabalho. Foram analisadas as principais obras dos 20 autores citados por Llewellyn e abordadas neste capítulo aquelas que tratam, direta ou indiretamente, do tema associado às duas hipóteses de investigação apresentadas no capítulo 2.

Em complementação, foram consideradas as contribuições de Brian Leiter, talvez o grande representante do realismo estadunidense a continuar produzindo até hoje. Os autores citados por Leiter no tratado “*Naturalizing jurisprudence: essays on american legal realism*” foram comparados aos citados por Llewellyn para definição do recorte aqui apresentado. Espera-se que a consideração de um autor contemporâneo compense eventuais lacunas no artigo de Llewellyn (por exemplo a ausência de menção a Felix Cohen e a seu clássico artigo “*Transcendental nonsense and the functional approach*”, que só apareceu em 1935, quatro anos depois de “*Some realism about realism*”).

Após a análise dessas duas fontes iniciais, os autores cujas principais obras foram consideradas imprescindíveis para este trabalho são os seguintes: Oliver Wendell

³⁰⁵ LLEWELLYN, Karl. *Some Realism about Realism: Responding to Dean Pound*. *Harvard Law Review*, v. 44, n. 8, p. 1222-1264, Jun. 1931.

Holmes, Joseph W. Bingham, Joseph Hutcheson, Hessel Yntema, Max Radin, Herman Oliphant, Felix Cohen, Underhill Moore, Karl Llewellyn e Jerome Frank.

Este recorte, seguramente, não esgota o realismo estadunidense. Porém, entre os autores e obras citados como representantes relevantes do movimento por Llewellyn e Leiter, estes nove se revelaram indispensáveis para a caracterização do deslocamento do conceito de direito pelo realismo estadunidense.

Há uma omissão notável que merece comentários: a ausência de um tratamento alongado sobre a obra de Leon Green. Embora a importância do autor seja inegável, sua obra se apresenta mais como uma aplicação do deslocamento do conceito de direito do que como um discurso a respeito do deslocamento em si. Tanto em “*Naturalizing jurisprudence*” quanto em “*Some realism about realism*”, as únicas obras de Green citadas são *Judge and jury* (1930) e *The judicial process in tort cases* (1931). As duas obras contêm um tratamento realista especificamente da *tort law*, não discussões a respeito do conceito de direito ou de seu deslocamento pelo realismo jurídico. Em razão disso, sua obra, embora considerada, não receberá tratamento alongado neste trabalho.

Há outros autores realistas que mereceriam ser aqui abordados até algo longamente: autores antigos como C. E. Clark e Thurman Arnold e autores recentes associados ao *Critical Legal Studies*, movimento às vezes tratado como uma “reinvenção” do realismo estadunidense. Apesar disso, os nove nomes citados são um recorte suficientemente representativo para os fins deste trabalho.³⁰⁶

³⁰⁶ No artigo “Legal realism and legal positivism reconsidered”, Brian Leiter se refere a um recorte semelhante ao adotado aqui: “For those writers who are, by any account, major figures in Legal Realism – e.g. Karl Llewellyn, Jerome Frank, Max Radin, Underhill Moore, Hessel Yntema, Felix Cohen, Herman Oliphant, Leon Green, Joseph Hutcheson” (LEITER, Brian. **Naturalizing jurisprudence: essays on american legal realism and naturalism in legal philosophy**. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 61). Sobre a enorme dificuldade na definição de quais sejam os autores pertencentes ao realismo estadunidense, cf. p. 61, nota 8, da mesma obra. Na verdade, o recorte selecionado, se não pode ser considerado exaustivo, é mais amplo do que o normalmente trazido em trabalhos semelhantes. Em SABBAG NETO, Thomé. **Juizes criam normas? Objeções à tese de que não há normas antes da interpretação da lei**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024. p. 89-97, os únicos realistas da lista de Llewellyn realmente abordados (apenas em curtas notas de rodapé) são Llewellyn, Oliphant, Hutcheson e Frank. Sabbag Neto também cita, sempre apenas de passagem, Leiter e Holmes. Embora o livro de Sabbag Neto não seja a respeito do realismo jurídico, ele aborda um recorte mais amplo do que outros trabalhos que tratam do assunto diretamente. Em GARCIA NETO, Paulo Macedo. **A influência do realismo jurídico norte-americano no direito constitucional brasileiro**. 2008. 187 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008 o único autor realista que tem obras suas diretamente consideradas é Llewellyn. Em MALLMANN, Liana Zerbielli Trentin; ZAMBAM, Neuro. Realismo jurídico norte-americano, fatos sociais e decisões judiciais: repercussões no Judiciário brasileiro. **Prisma Jur.**, São Paulo, v. 19, n. 1, p. 153-157, jan./jun. 2020, o único realista norte-americano considerado é Holmes. Em outros idiomas, o mesmo fenômeno acontece, inclusive dentro do próprio realismo. Em BARBERIS, Mauro. Un poco de realismo sobre el realismo “genovés”. In: FERRER BELTRÁN,

4.1 OLIVER WENDELL HOLMES

4.1.1 Introdução

Em “*Some realism about realism*”, Llewellyn não inclui Holmes como um autor realista a ser analisado. Até pela distância temporal, parece discutível se Holmes era de fato um membro do “movimento” realista (se é que algo assim existiu ou existe), se ele foi um precursor ou se ele foi apenas um pensador do direito que desenvolveu uma ideia posteriormente usada pelo “movimento” realista. Seja lá o que ele for, é impossível ignorar que quase todos os autores inequivocamente “realistas” leram, foram influenciados e escreveram sobre Holmes: quase sempre sobre o artigo “*The Path of the Law*”, publicado na *Harvard Law Review* em 1897. Este é o único trabalho de Holmes citado nos artigos de “*Naturalizing jurisprudence*”.

4.1.2 O conceito de direito e a advocacia

Desde o início de “*The Path of the Law*”, Holmes apresenta uma característica que voltará a aparecer nos próximos autores a serem analisados: uma preocupação em desenvolver um conceito de direito que seja coerente com a realidade da advocacia. Diz Holmes, em um famoso primeiro parágrafo:

Quando estudamos direito, não estamos estudando um mistério, mas uma profissão bem conhecida. Estamos estudando o que precisaremos saber para nos apresentarmos perante juízes ou para aconselhar pessoas de forma a mantê-las fora dos tribunais. A razão pela qual isso é uma profissão, e pela qual as pessoas pagam advogados para argumentar em seu nome ou para aconselhá-las, é que, em sociedades como a nossa, o comando da força pública é confiado aos juízes em certos casos, e todo o poder do Estado será utilizado, se necessário, para fazer cumprir suas sentenças e decretos. As pessoas querem saber em que circunstâncias e até que ponto correrão o risco de enfrentar algo que é muito mais forte do que elas, e por isso se torna um ofício descobrir quando esse perigo deve ser temido. O objetivo do nosso estudo, então, é a previsão – a previsão da incidência da força pública por meio dos tribunais.³⁰⁷

Jordi; RATTI, Giovanni B. **El realismo jurídico genovês**. Madrid: Marcial Pons, 2011, quando se fala em realismo estadunidense, menciona-se somente Llewellyn e Frank, como representantes históricos, e Leiter, como representante atual. Até mesmo Ross, ao falar no realismo estadunidense, fala somente em Gray como um precursor e cita apenas Frank como representante do movimento como um todo (ROSS, Alf. **Hacia una ciencia realista del derecho**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961. p. 68 et seq).

³⁰⁷ HOLMES JR., Oliver Wendell. *The path of the law*. **Harvard Law Review**, v. 457, 1987. Disponível em: <https://moglen.law.columbia.edu/LCS/palaw.pdf>. Acesso em: 11 maio 2025. p. 1.

Mas as palavras de Holmes revelam que não há somente uma preocupação em criar um conceito de direito que seja útil para os advogados exercerem seu ofício.³⁰⁸ Há, também, uma preocupação em produzir um conceito que guarde identidade com o aspecto visível do fenômeno jurídico, por assim dizer. Quando falamos em direito, não estamos falando em algo misterioso. Estamos falando de algo que desperta uma imagem mental em qualquer leigo: todos sabem, em alguma medida, o que é “direito”. Esse algo em que todo leigo pensa quando pensa em “direito” é aquilo que ele vê: juízes decidindo casos. E por isso surge uma classe de profissionais destinados a auxiliar o público a entender o funcionamento desse mecanismo visível. O que se espera desses profissionais não é uma explicação sobre “algo misterioso” ou sobre algo que não tenha relação com juízes decidindo casos – assim, um conceito de direito que se pretenda absolutamente independente do que juízes fazem não atende a essa expectativa do leigo.³⁰⁹ Somente se espera uma explicação sobre como juízes “deveriam, segundo a lei, decidir” se o cliente em questão acreditar ou tomar como óbvio que juízes, em geral, decidem como a lei diz que eles devem decidir – o que não é uma suposição nada óbvia e muito menos simples, mas é algo onipresente no imaginário leigo, especialmente no imaginário de leigos que tenham menos experiência ou mais ingenuidade.

Nesta passagem, há outro dado relevante: Holmes não está falando diretamente do “conceito de direito”, mas sim do que deve ser estudado por quem pretende estudar o direito. Holmes está, antes, falando do “objeto da ciência ou do estudioso do direito”. Notar este dado cria um aumento de precisão na compreensão do pensamento holmesiano.³¹⁰

³⁰⁸ Essa é, porém, uma das preocupações que certamente existem: “Desejo, se possível, estabelecer alguns princípios fundamentais para o estudo desse corpo de dogmas ou de previsões sistematizadas que chamamos de direito, para homens que queiram usá-lo como instrumento de seu ofício, permitindo-lhes, por sua vez, fazer previsões. E, como parte desse estudo, desejo apontar um ideal que o nosso direito ainda não alcançou” (HOLMES JR., Oliver Wendell. *The path of the law*. **Harvard Law Review**, v. 457, 1987. Disponível em: <https://moglen.law.columbia.edu/LCS/palaw.pdf>. Acesso em: 11 maio 2025. p. 2, tradução nossa).

³⁰⁹ Como visto no capítulo anterior, a própria teoria de Kelsen importa, em certo sentido, um deslocamento do conceito de direito do *Sollen* ao *Sein*, pois a validade em Kelsen pressupõe a eficácia. E é nisso que a teoria se diferencia das doutrinas do direito natural, que buscavam o direito em algo absolutamente alheio à realidade (em deus, na razão etc.).

³¹⁰ Na verdade, no realismo de forma geral (já adiantando) não encontramos uma pretensão explícita de estabelecer um conceito de direito que substitua todos os outros. Leiter diz o seguinte: “Holmes – como todo outro realista – nunca fez qualquer afirmação explícita sobre o ‘conceito de direito’, porque esse tema (isto é, o ‘conceito’) não era um assunto que Holmes ou qualquer outro estudioso do direito reconhecesse como um tema real. (Ele nem sequer era um tema central na filosofia até meados do século XX!) [...] Holmes, como todo realista, fez a agora banal – e obviamente correta – observação de

É nesse sentido, então, que deve ser compreendida a afirmação de Holmes: o objeto de estudo de quem estuda direito – se esse estudo quiser atender às expectativas que a comunidade tem sobre quem estuda direito – deve ser a previsão do que as cortes farão.

4.1.3 A separação entre direito e moral: o *bad man* holmesiano

Esta redefinição do conceito de direito em Holmes significa que o autor atribua “àquilo que os juízes provavelmente farão” os predicados normalmente atribuídos à palavra “direito”, notadamente o predicado de ser um algo nobre, que, por ser o que é, deve ser respeitado? A leitura dos próximos parágrafos de “*The Path of the Law*” deixa evidente que não.

Holmes dirá que a primeira coisa que deve ser feita por alguém que realize um estudo do direito com o objetivo de utilizá-lo em sua profissão é “dispersar a confusão entre direito e moral”. Holmes, portanto, como um positivista, defende a separação entre direito e moral: o que é direito não necessariamente é certo ou bom, e vice-versa. Um exemplo da confusão de pensamento gerada pela mistura entre direito e moral é a seguinte: “Um homem que não se importa com uma regra ética em que seus vizinhos acreditam e que praticam, provavelmente ainda assim se importará bastante em evitar ter que pagar dinheiro, e quererá ficar fora da cadeia, se puder”. Não é porque, para esse sujeito, não existe moral que para ele não existe direito.³¹¹

Quando Holmes proclama a separação entre direito e moral ele não quer dizer que não há qualquer relação entre as duas coisas: que a moral não influencie o direito e vice-versa. Como positivista, Holmes proclama essa separação porque ela é necessária

que, quando seu cliente, que está pagando por seus serviços, pergunta “o que diz a lei?”, o que ele realmente quer saber é “o que os juízes farão se formos ao tribunal?” ou “o que os agentes do sistema jurídico farão se levarmos isso adiante?”. O cliente não quer saber o que dizem as respeitadas autoridades jurídicas sobre a questão, ou o que a ‘regra escrita’ afirma que acontecerá: o cliente quer saber o que realmente vai acontecer (por exemplo, ele conseguirá reaver sua propriedade ou obter indenização por seus prejuízos? Ou será mandado de volta para casa?)” (LEITER, Brian. **Naturalizing jurisprudence: essays on american legal realism and naturalism in legal philosophy**. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 104-105, tradução nossa). Adicionalmente a essa análise, podemos dizer, também, que o realismo estadunidense tem uma grande preocupação com o que deve ser ensinado nas faculdades de direito: o que um profissional formado em direito precisa saber para seus próprios interesses. Assim, não se busca um conceito que revele a “essência” do direito, como se essa “essência” fosse algo existente e verificável. Busca-se um conceito que atenda às necessidades das pessoas que demandam por esse conceito – notadamente, os profissionais do direito, atuais e futuros.

³¹¹ HOLMES JR., Oliver Wendell. *The path of the law*. Harvard Law Review, v. 457, 1987. Disponível em: <https://moglen.law.columbia.edu/LCS/palaw.pdf>. Acesso em: 11 maio 2025. p. 2, tradução nossa.

para que ideias morais não entrem no caminho destinado ao fim do conhecimento do direito:

Se você quer conhecer o direito e nada mais, você deve olhar para ele como um homem mau [*“bad man”*], que só se importa com as consequências materiais que tal conhecimento lhe permite prever, não como uma pessoa boa, que encontra as razões de sua conduta, dentro ou fora do direito, nas vagas sanções da consciência.³¹²

O autor conclui:

O que constitui o direito? Você encontrará alguns doutrinadores dizendo que é algo diferente daquilo que é decidido pelos tribunais de Massachusetts ou da Inglaterra, que é um sistema de razão, uma dedução de princípios éticos ou axiomas admitidos, ou algo do tipo, que pode ou não coincidir com as decisões. Mas, se adotarmos o ponto de vista do nosso amigo, o homem mau, veremos que ele não dá a mínima para os axiomas ou deduções, mas quer saber o que os tribunais de Massachusetts ou da Inglaterra provavelmente farão de fato. Eu tendo a concordar com essa visão. As previsões sobre o que os tribunais farão de fato – e nada mais pretensioso do que isso – são o que eu entendo por direito.³¹³

Holmes, então, está dizendo que seu conceito de direito (direito como previsões do que as cortes farão) consiste em se limitar à visão do homem mau, para quem direito é somente isso. Não é crível que o autor se considere consciente e racionalmente um homem mau. A visão é uma expressão de parcimônia: Holmes não pretende expressar “nada mais pretensioso do que” previsões sobre o que os juízes farão com a palavra “direito”. O que há aqui é a rejeição de encarar como objeto de estudos um algo que existe para alguns e não para outros. Para uma pessoa boa pode até fazer sentido falar em direito como “o que é certo”. Mas esse algo não é acessível para todos; e mesmo para quem consegue acessá-lo, há variação de pessoa para pessoa. Holmes, então, pretende se limitar àquilo que “é” para todos, independentemente de se tratar de uma pessoa boa ou ruim. O deslocamento do conceito de direito expressa, então, um passo em direção a um conhecimento objetivo: um conhecimento sobre algo que existe não apenas para alguns, mas para todos, independentemente das vontades ou subjetividades do observador.³¹⁴

³¹² *Ibid.*, p. 3, tradução nossa.

³¹³ *Ibid.*, p. 4, tradução nossa.

³¹⁴ Em outra passagem, Holmes diz o seguinte: “Espero que ninguém entenda que estou falando com desrespeito ao direito por criticá-lo com tanta liberdade. Eu venero o direito, e especialmente o nosso sistema jurídico, como um dos maiores produtos da mente humana. Ninguém sabe melhor do que eu o número incontável de grandes intelectos que se dedicaram a fazer alguma adição ou melhoria – cuja maior contribuição ainda é pequena quando comparada com o imenso todo. O direito tem o título final

4.1.4 Considerações sobre a forma de se chegar às prescrições que compõem o direito no *common law* tradicional em comparação com a teoria tradicional no *civil law*

Aqui, uma breve digressão é necessária. Quando se fala na ciência jurídica tradicional no *common law* (à qual o realismo está se opondo), há uma importante diferença em relação à ciência jurídica tradicional no *civil law*.

No *civil law*, quando se pensa em teoria tradicional, normalmente se pensa em positivistas, como os analisados no capítulo anterior. O que esses autores fazem é, em grande parte, estudar a legislação. No juspositivismo europeu continental, o advento da legislação teve um significado importante: ele significou uma possibilidade de distinção muito mais clara entre o que é e o que deve ser. Antes da legislação, o que existia na Europa continental era o direito consuetudinário: entendia-se que estudar as prescrições do direito significava estudar o que o costume prescrevia, aquilo que por muito tempo foi praticado. Então, o conteúdo do dever ser era idêntico ao conteúdo do ser: as normas são aquilo que efetivamente se costuma fazer. É o que explica Kelsen:

Quando a legislação consciente substitui o costume, embora ainda se trate de um processo social, de um acontecimento fático que dá conteúdo ao dever jurídico, este já não consiste mais apenas no comportamento de fato das mesmas pessoas para as quais a norma jurídica vale. O conteúdo do dever jurídico agora se define sem considerar a prática efetiva da sociedade (ainda que essa prática possa vir a influenciar ou até anular o direito legal – como no caso da revogação do direito legislado pelo costume). O dever jurídico torna-se agora, em todos os aspectos, também no conteúdo, independente do ser. Neste ponto, o contraste formal entre o dever jurídico e o ser não pode mais ser ignorado, especialmente porque já não existe mais nenhuma identidade de conteúdo, nem sequer em termos gerais.³¹⁵

ao respeito por existir, por não ser um sonho hegeliano, mas uma parte da vida dos homens. Mas é possível criticar mesmo aquilo que se venera. O direito é o ofício ao qual dedico minha vida, e eu demonstraria menos que devoção se não fizesse tudo que está ao meu alcance para melhorá-lo e, quando percebo o que me parece ser o ideal para seu futuro, se hesitasse em apontá-lo e persegui-lo com todo o meu coração” (*Ibid.*, p. 15, tradução nossa).

³¹⁵ KELSEN, Hans. **Hauptprobleme der Staatsrechtlehre**. Tübingen: Verlag von J. C. B. Mohr, 1911. p. 35-36, tradução nossa. No original: “Tritt an Stelle der Gewohnheit die bewusste Gesetzgebung, so ist es zwar auch jetzt noch ein sozialer Prozess, ein tatsächliches Geschehen, das dem rechtlichen Sollen seinen Inhalt gibt, aber dieser besteht nicht mehr allein in der tatsächlichen Übung derselben, für welche die Rechtsnorm gilt. Der Inhalt des rechtlichen Sollens bestimmt sich jetzt ohne Rücksicht auf die tatsächliche Übung der Gesellschaft (wenn er vielleicht auch durch dieses gesellschaftliche Verhalten noch immer zerstört werden kann: Derogierung des Gesetzesrechts durch Gewohnheitsrecht!). Das rechtliche Sollen ist jetzt in jeder Beziehung auch inhaltlich unabhängig vom Sein. Jetzt kann der formale Gegensatz zwischen rechtlichem Sollen und Sein nicht mehr übersehen werden, zumal keinerlei, auch keine generelle inhaltliche Identität mehr besteht”.

Como no *civil law* existe tradicionalmente a ideia de que o direito é somente aquilo que é dado pela legislação, as prescrições extraídas pela teoria tradicional vêm de uma análise da legislação. A legislação é algo construído artificialmente por sujeitos supostamente racionais. O compêndio de toda a legislação é algo que pode ir para os livros. Consequentemente, estamos, no *civil law*, mais próximos da possibilidade de uma descrição objetiva do “direito” compreendido como legislação.

No *common law*, a ciência jurídica tradicional busca extrair proposições gerais do costume do povo (do *common law*, em sentido estrito) e das práticas dos juízes. Essas proposições gerais são, por exemplo, a *ratio decidendi* dos casos. Elas, são, mais para fins mnemônicos do que para fins jurídicos, incluídas em *statutes*. A legislação, assim, em um primeiro momento aparece como subordinada à prática judicial e ao costume.³¹⁶ O *statute* coloca por escrito aquilo que já é direito: ele serve como um facilitador, como um organizador do direito criado pelo costume do povo ou pela prática dos tribunais. Esse contexto transparece nesta passagem de Holmes:

Um conjunto de relatórios [de casos passados], tratados e *statutes*, neste país e na Inglaterra, que se estende por seiscentos anos e que agora cresce a cada ano em centenas. Nessas folhas sibilinas estão reunidas as profecias dispersas do passado sobre os casos em que o machado cairá. Estes são, com propriedade, o que se tem chamado de oráculos do direito [...] É para tornar as profecias mais fáceis de serem lembradas e compreendidas que os ensinamentos das decisões do passado são formulados em proposições gerais e reunidos em manuais, ou que leis são promulgadas em forma geral.³¹⁷

Então, ainda em Holmes existe a ideia de extrair essas profecias de casos passados. Em outros autores (como Oliphant e Llewellyn), ficará clara uma opinião sobre essa operação tradicional: no processo de extração de uma proposição genérica de um caso singular, muita coisa diferente pode ser obtida.

Obviamente, uma ciência que extrai proposições gerais das práticas judiciais e do costume do povo tem afirmações que ou não são verificáveis ou, sendo verificadas, coexistem com o descrito pela afirmação oposta. O resultado é uma ciência em que tudo

³¹⁶ Uma diretiva de interpretação de *statutes* que pode ser encontrada no *common law* antigo, inclusive, vai no sentido seguinte: “*Statutes* em derrogação da *common law* não receberão interpretação restritiva”; “*Statutes* devem ser interpretados à luz da *common law*” (cf. LLEWELLYN, Karl. Remarks on the theory of appellate decision and the rules or canons about how statutes are to be construed. **Vanderbilt Law Review**, v. 3, Issue 3, p. 394-406, 1950. p. 401, tradução nossa).

³¹⁷ HOLMES JR., Oliver Wendell. The path of the law. **Harvard Law Review**, v. 457, 1987. Disponível em: <https://moglen.law.columbia.edu/LCS/palaw.pdf>. Acesso em: 11 maio 2025. p. 1-2, tradução nossa.

é verdade ou, ao menos, nada pode ser demonstrado falso, pois sempre poderei encontrar uma decisão passada que, mediante uma interpretação hábil, justifique minha regra geral e, no raro caso de eu não encontrar essa decisão, sempre posso justificar minha regra geral no vago e não verificável “costume” do povo. Em uma ciência que descreve o resultado da atividade legislativa, a possibilidade de verificação é bem maior. Talvez isso explique o espanto que alguns leitores brasileiros têm ao dizer: “Não, é possível sim encontrar algo merecedor do nome ‘norma’ antes da decisão judicial; basta ler o texto da lei e conhecer o significado que as palavras do idioma têm”. No *common law* do início do século XX, uma leitura desse tipo não seria exatamente usual e, para muitos, seria aberrante.³¹⁸

Cohen dirá, como veremos oportunamente, que a posição de Holmes é marcada por uma parcimônia científica: um corpo de casos passados permite apenas formular uma previsão acerca do resultado de casos futuros, não a descoberta de uma prescrição com existência independente que governa todos os outros casos análogos àquele.

4.1.5 Primeiras críticas à suposição do domínio da lógica nos julgamentos

Holmes já adianta as principais críticas que os realistas posteriores dirigirão à visão tradicional. Para o autor, há uma visão muito comum de que a decisão judicial funciona de “forma lógica”, exclusivamente: se trataria, então, apenas de aplicar uma premissa maior a uma premissa menor e extrair conclusões. Holmes relata que a “dissidência judicial frequentemente é criticada, como se significasse simplesmente que um dos lados não soube fazer os cálculos corretamente e que, se ambos se esforçassem mais, o acordo inevitavelmente surgiria”. Para ele, porém, a atividade judicial é uma “batalha oculta, meio inconsciente, sobre questões de política legislativa”.³¹⁹

No entanto, pensar que se trata apenas de lógica é natural. É natural porque todo o treinamento do jurista é para pensar que analogia, discriminação e dedução são as operações relevantes – sendo todas as outras inoperantes. A linguagem das *opinions*, também, é sempre a linguagem da lógica. Mas, como observa Holmes:

³¹⁸ Yntema descreve que um dos trunfos do realismo foi a apresentação da legislação como um instrumento de manipulação da conduta judicial. Apesar disso, “desde o início, não foi tarefa fácil convencer a conservadora comunidade das faculdades de direito de que a legislação é um tema vital para o estudo jurídico” (YNTEMA, Hessel. Jurisprudence and metaphysics. A triangular correspondence. **The Yale Law Journal**, v. 59, n. 2, p. 273-287, Jan. 1950. p. 274, tradução nossa).

³¹⁹ HOLMES JR., Oliver Wendell. The path of the law. **Harvard Law Review**, v. 457, 1987. Disponível em: <https://moglen.law.columbia.edu/LCS/palaw.pdf>. Acesso em: 11 maio 2025. p. 9, tradução nossa.

Por trás da forma lógica está um juízo sobre o valor e a importância relativa de fundamentos legislativos concorrentes – muitas vezes um juízo inarticulado e inconsciente, é verdade, e ainda assim a raiz e o nervo de todo o processo. É possível dar a qualquer conclusão uma forma lógica.³²⁰

4.1.6 Um pouco de ideologia em Holmes: um aceno ao consequencialismo

Em “*The Path of the Law*”, também é possível encontrar algumas posições que reaparecerão em outros autores realistas (como em Max Radin, analisado a seguir): de que é desejável que os juízes, ao decidir, considerem as consequências da decisão e decidam segundo o que melhor atende às necessidades do caso. Diz Holmes:

Acredito que os próprios juízes falharam em reconhecer de forma adequada seu dever de ponderar considerações de vantagem social. Esse dever é inevitável, e o resultado da frequentemente proclamada aversão judicial a lidar com tais considerações é simplesmente deixar o verdadeiro fundamento e alicerce das decisões não articulado – e, como já disse, muitas vezes inconsciente [...] Não posso deixar de acreditar que, se a formação dos juristas os levasse a considerar de forma mais definida e explícita a vantagem social sobre a qual a regra que eles estabelecem deve se justificar, eles às vezes hesitariam onde hoje estão confiantes, e perceberiam que, na realidade, estão tomando partido em questões debatíveis – e muitas vezes inflamadas.³²¹

Holmes dirá que não é mais adequado e nem será mais aceito aplicar o direito porque “este direito foi estabelecido no tempo de Henrique VI” ou porque “a regra simplesmente persiste por imitação cega do passado”.³²²

Estas passagens sugerem em Holmes, é verdade, uma ideologia: não é, para ele, certo que o “direito aplicável” seja simplesmente “aquele que foi estabelecido”. O certo seria levar em consideração as circunstâncias do caso, as vantagens e desvantagens sociais que decorreriam das decisões possíveis.

³²⁰ *Ibid.*, p. 8, tradução nossa.

³²¹ *Ibid.*, p. 10, tradução nossa.

³²² *Ibid.*, p. 12, tradução nossa.

4.2 JOSEPH C. HUTCHESON JR.: A ATIVIDADE JUDICIAL É (E DEVE SER) INTUITIVA, E ISSO DEVE MUDAR O TRABALHO DAS FACULDADES DE DIREITO

4.2.1 Introdução

Tanto em “*Some realism about realism*”, de Llewellyn, quanto em “*Naturalizing jurisprudence*”, de Leiter, a única obra de Joseph Hutcheson citada é seu artigo de 1929 publicado na *Cornell Law Quarterly*, “*The judgement intuitive: the function of the ‘hunch’ in judicial decision*”. Porém, há ao menos mais um trabalho de interesse para esta pesquisa: o artigo “*This thing men call law*”, de 1934, publicado na *University of Chicago Law Review*. Esse artigo revela uma ideologia particular em Hutcheson, o que, naturalmente, é de interesse para o teste da primeira hipótese deste trabalho.

4.2.2 Juízes julgam por *hunch* e não há nada de errado nisso

Em 1929, o juiz texano Joseph C. Hutcheson Jr. publicou na “*Cornell Law Quarterly*” o artigo “*The judgement intuitive: the function of the ‘hunch’ in judicial decision*”. Esse artigo, sempre muito citado em obras realistas, tem dois aspectos, um descritivo e outro prescritivo. Hutcheson descreve como sendo a prática dos juízes em geral (inclusive a dele próprio) decidir a partir de um “*hunch*” (logo voltaremos a este conceito) e, apenas posteriormente, para redação da *opinion*, buscar nas categorias aceitas como integrantes do direito formas de justificar a decisão já tomada.

Hutcheson relata que, quando jovem, atuando como advogado, presenciou uma cena em que um juiz, ao final da apresentação de um caso particularmente difícil, anunciou que, “como a estreita e preconceituosa visão moderna acerca das obrigações do juiz nas decisões proíbe que ele recorra ao julgamento aleatório pelo uso de seu ‘pequeno dado’”, iria “tomar o caso sob consideração e, ruminando sobre ele, aguardaria seu *hunch*”. A palavra *hunch* pode ser traduzida como “pressentimento”, “instinto”, “intuição” etc. De acordo com o dicionário Webster, citado por Hutcheson, “*hunch*” significa “uma forte impressão intuitiva de que algo está para acontecer”. O juiz, então, iria, após

refletir longamente sobre o caso, dar “um tempo” e esperaria o aparecimento de um instinto, de uma intuição que lhe dissesse qual é a coisa certa a se fazer.³²³

Hutcheson afirma que, ao presenciar esse caso, achou absurda a forma de se comportar daquele juiz. Hutcheson, em suas palavras, estava “muito influenciado pelos codificadores, por John Austin e por Bentham, e pela paixão deles pela exatidão”. Enquanto ele sabia que “júris poderiam chegar a seus vereditos por *feeling*, repudiava como impossível a ideia de que um bom juiz fizesse a mesma coisa”. Para o jovem Hutcheson, a única forma correta de se decidir um caso era por operações lógicas a partir de conceitos abstratos previamente construídos. Para esse tipo de operação, Hutcheson usará ao longo do texto a palavra “*logomancy*”. Hutcheson, nessa época, reconhecia quatro tipos de julgamento: “Primeiro o reflexivo, de e pela reflexão e *logomancy*; segundo o aleatório, de e pelo dado; terceiro o intuitivo, de e pelo *feeling* ou ‘*hunching*’; e quarto o estúpido, de e pela estupidez”. Hutcheson considerava os três últimos como meras variações um do outro. Somente o julgamento de tipo reflexivo seria correto.³²⁴

Mas quando Hutcheson se tornou juiz e passou a julgar casos, ele “sentiu a incessante busca ansiosa da mente pela superação das confusões e perplexidades das evidências e dos restritivos e ultrapassados conceitos e, assim, pelo encontrar da verdade oculta”. E ao se sentir assim, “soube que não apenas era a prática dos bons juízes ‘sentir’ a decisão de um caso difícil [no original: *‘feel’ their way to a decision of a close and difficult case*], mas também que em casos assim qualquer outra prática é inadequada”.³²⁵ Aqui temos os aspectos descritivo e prescritivo do relato de Hutcheson. Por um lado, ele relata que é a prática judicial decidir “por sentimento”, ou “por *feeling*” e, por outro, ele afirma que, em casos difíceis, fazer qualquer coisa que não decidir dessa maneira é algo inadequado. Então, Hutcheson descreve uma realidade e afirma que ela corresponde àquilo que deve ser ou àquilo que é justo.

Quando se trata de um caso simples, Hutcheson “decide o caso mais ou menos de forma imediata e por uma *rule of thumb*”.³²⁶ A escolha da expressão “*rule of thumb*” nesta passagem é curiosa. Ela normalmente é usada para designar uma regra, mas não uma regra exata que vem de um livro de regras. A expressão indica normalmente um hábito ou um costume que alguém acha adequado e adota. A base da *rule of thumb* é

³²³ HUTCHESON JR., Joseph C. Judgement intuitive: the function of the hunch in judicial decision. 14 *Cornell Law Review*, v. 14, p. 274-288, Apr. 1929, p. 274, tradução nossa.

³²⁴ *Ibid.*, p. 275-276, tradução nossa.

³²⁵ *Ibid.*, p. 277, tradução nossa.

³²⁶ *Ibid.*, p. 278, tradução nossa.

normalmente a experiência e a aproximação. O *Cambridge Dictionary* define *rule of thumb* como “uma aproximação prática para se fazer ou medir algo” (“uma boa *rule of thumb* é que uma porção de arroz corresponde a duas mãos cheias”) ou como “um método de julgamento de uma situação ou condição não exato e baseado na experiência” (“como *rule of thumb*, o gelo no lago deve estar a ao menos duas polegadas para suportar o peso de uma pessoa”).³²⁷ Isso indica que, em casos fáceis, Hutcheson também não decide de forma dedutiva segundo conceitos gerais e abstratos, mas sim segundo um hábito ou costume algo impreciso. E quando se trata de casos difíceis, depois de “organizar todo o material disponível e diligentemente refletir sobre ele, dou espaço a minha imaginação e, remoendo o caso, aguardo pelo *feeling*, pelo *hunch*”. Após ter decidido qual é a solução para o caso é que o juiz inicia a redação da *opinion*, quando começa a trabalhar de acordo com a *logomancy*, em busca dos conceitos abstratos que ele é capaz de posicionar de modo a suportar a decisão que já foi tomada por *feeling*.³²⁸ Pois “ainda que um juiz possa ser, ele não pode parecer ser arbitrário. Ele deve ao menos parecer razoável, e a menos que ele encontre alguma categoria que ao menos ‘aparentemente’ suporte sua visão, ele se sentirá desconfortável”. Às vezes, “ele precisa quase inventar uma categoria, mas ele não pode fazer exatamente isso, pois, como vimos, o crescimento do direito é intersticial, e a nova categoria não pode ser tão nova a ponto de não ter contato com outras categorias anteriores”.³²⁹

Embora a diferenciação entre “casos fáceis” e “casos difíceis” apareça aqui e ali, o ponto geral de Hutcheson é que os juízes “não decidem casos por aplicação abstrata de regras”, mas, “tendo ouvido a causa e determinado que a decisão dever ir por este ou aquele caminho, ele inicia a busca por alguma categoria do direito onde o caso se encaixe”. O juiz “realmente sente ou pensa que um certo resultado é desejável” a partir de “seu treinamento, sua experiência ou seu ponto de vista geral”. O “juiz realmente decide por *feeling* e não por julgamento; por ‘*hunching*’ e não por racionalização”. A “racionalização somente aparece na *opinion*”.³³⁰

Hutcheson, porém, vai além de descrever a forma como os juízes trabalham e pensam: como já era de se esperar, uma vez que Hutcheson disse que ele próprio julga

³²⁷ RULE of thumb. In: **Cambridge dictionary**, Cambridge. Disponível em: <https://dictionary.cambridge.org/us/dictionary/english/rule-of-thumb>. Acesso em: 19 fev. 2025.

³²⁸ HUTCHESON JR., Joseph C. Judgement intuitive: the function of the hunch in judicial decision. 14 **Cornell Law Review**, v. 14, p. 274-288, Apr. 1929. p. 278-280, tradução nossa.

³²⁹ *Ibid.*, p. 287, tradução nossa.

³³⁰ *Ibid.*, p. 285, tradução nossa.

dessa maneira, o juiz texano dirá que “não há nada irreal ou falso nessa descrição do juiz e também não há nada nisso de que um juiz justo deva fugir”. Essa descrição é “verdadeira. Eu penso que devemos ir mais longe e dizer que ela deve ser verdadeira”.³³¹ Para Hutcheson, “conseguindo ou não o juiz apresentar em sua *opinion* razões para seu *hunch* que serão aceitas pela comunidade jurídica, ele decide e deve decidir casos difíceis e complicados somente quando tiver o *feeling* para a decisão”.³³²

Após ter dito tudo isso, Hutcheson conclui: “Se essas análises forem ao menos parcialmente corretas”, não deveria haver “alguma mudança nos métodos do estudo e do magistério do direito em nossas grandes faculdades de direito?”.³³³ Em tom conclusivo, portanto, Hutcheson pretende que a realidade descrita por ele e essa visão ideológica prescrita por ele levem à conclusão de que é necessária uma mudança no estudo e no ensino do direito.

4.2.3 A ideologia de Hutcheson

Em 1934, Hutcheson publicou na *University of Chicago Law Review* o artigo “*This thing men call law*”. Ao longo da maior parte do trabalho, Hutcheson discutirá o que ele considera uma questão que aparece em toda discussão jurídica. A questão é se os juízes são movidos por (e precisam se adequar a) uma força fora deles que produz o poder dirigente do “*statement of the law*” e no fim prevalece; ou se os próprios juízes são essa força.³³⁴

Antes de entrar nesse debate, há alguns fatos que Hutcheson considera dados: “Todo mundo sabe que antes de uma decisão específica ser proferida e antes de a legislação ser promulgada, tem de ter havido um corpo de opiniões, dominada por algum ideal recebido, para ser modelado na forma de direito”. Todos sabem, diz Hutcheson, “que no sentido bíblico de criação, no sentido de criação de algo a partir do nada, nenhum direito nunca foi criado”. Para Hutcheson, também, todos concordam que “no sentido qualificado de criação da forma, pela reunião de palavras para dar o efeito de direito a ideias e resultados já determinados, toda formulação de direito é criativa, e o juiz, neste sentido, cria

³³¹ *Ibid.*, p. 285, tradução nossa.

³³² *Ibid.*, p. 287, tradução nossa.

³³³ *Ibid.*, p. 288, tradução nossa.

³³⁴ HUTCHESON JR., Joseph C. *This thing men call law*. *The University of Chicago Law Review*, v. 2, n. 1, p. 1-13, Dec. 1934, p. 3.

direito”.³³⁵ Hutcheson dirá que “o processo contínuo pela qual os juízes dividem, subdividem, redividem, estendem e rearranjam” os fatos relevantes para o direito é, em um sentido real, criação. Porém, para Hutcheson, no debate sobre se as cortes criam ou declaram um direito preexistente, quando se argumenta que elas criam não se usa a palavra “criar” apenas nesse sentido. Nesse debate, segundo Hutcheson, se fala de “criação no sentido do Velho Testamento”, no sentido de “desenvolvimento de direito sem nenhuma existência prévia”. Não se trataria, então, de criar a forma jurídica, de dar forma jurídica a algo já existente, mas de criar direito do zero.³³⁶ Por outro lado, há quem defenda que o direito é meramente a expressão de costumes que se tornaram tão aceitos a ponto de serem articulados na forma de direito.³³⁷ Para Hutcheson, porém, “não é discutível que em teoria sempre e frequentemente de fato nossas cortes não professam, elas julgam, e dão efeito de direito não ao que acham que o direito deve ser ou se tornar, mas ao que eles acham que ele é para a controvérsia em questão”.³³⁸

Porém, de acordo com Hutcheson, a discussão séria é entre dois grupos: o primeiro grupo pensa que o direito é a quase infinita combinação de fatos e efeitos jurídicos que foram atribuídos a eles; o segundo grupo pensa no direito como uma força dinâmica. O primeiro grupo “pensa que essas combinações estabelecem padrões autoritativos para outros casos, e que ao decidir casos o juiz deve, como uma criança ao resolver um quebra-cabeça, mecanicamente arranjar e rearranjar fatos e direito até que eles se encaixem no padrão”. O segundo grupo acredita que o direito se encontra “no peito de todo juiz justo e o impulsiona a decidir a causa diante dele de acordo com o que ‘deve ser’”, e que há “intuição na decisão, não somente mecânica”. O primeiro grupo pensa que a atividade judicante é mecânica no sentido de que “quando ela assume sua melhor e mais efetiva forma ela é o trabalho de um mecânico versado e habilidoso em sua arte”. O segundo grupo “declara que o direito é mais bem realizado por uma mente incansável e ávida em busca da justiça a ser aplicada através do direito”.³³⁹ O primeiro grupo afirma que autorizar ao juiz que crie direito afeta a previsibilidade, pois o caso não é decidido segundo um direito preexistente, mas segundo a criação judicial. O segundo grupo acha que, ao contrário, a previsibilidade vem do precedente: através da publicação das decisões tomadas em casos semelhantes é que se pode prever o que acontecerá em um caso futuro, não

³³⁵ *Ibid.*, p. 3, tradução nossa.

³³⁶ *Ibid.*, p. 9, tradução nossa.

³³⁷ *Ibid.*, p. 9-10, tradução nossa.

³³⁸ *Ibid.*, p. 6, tradução nossa.

³³⁹ *Ibid.*, p. 4, tradução nossa.

através das formas generalizadas e excessivamente abstratas desse “direito preexistente ao juiz”.³⁴⁰

Hutcheson acredita que há certeza verdadeira e certeza falsa. A certeza falsa vem tanto da excessiva generalização quanto da excessiva individualização. A certeza verdadeira estaria, segundo Hutcheson, no meio do caminho. A generalização excessiva nega efeito a fatos diferenciadores e o direito se torna “rígido e injusto”. As pessoas, então não conseguem, segundo as especificidades de seu caso, conseguir suas “justas retribuições do direito”. Por outro lado, se não há regras abstratas a servirem como guia, se está diante do “grande perigo do capricho”. O dever do juiz – e do legislador, pois Hutcheson está sempre falando de ambos – seria, então, se situar em um meio termo, considerando diretrizes gerais aceitas, mas compatibilizando essas diretrizes às necessidades do caso.³⁴¹

4.3 HERMAN OLIPHANT E O COMPORTAMENTO JUDICIAL NÃO VOCALIZADO

4.3.1 Introdução

O trabalho de Oliphant mais citado é o artigo “*A return to stare decisis*”, de 1927. Esse trabalho advém de uma palestra dada por Oliphant no encontro anual da *Association of American Law Schools*. A preocupação do artigo, inclusive pelo evento no qual foi apresentado, vai muito no sentido do que devem fazer as faculdades de direito. Isso é um traço característico de muito dos textos clássicos do realismo estadunidense: estão sempre preocupados com a forma como acontece e como deveria acontecer o magistério do direito e a ciência do direito. Em “*Naturalizing jurisprudence*”, o artigo de 1927 é o único trabalho de Oliphant citado. Na lista de “*Some realism about realism*” esse artigo está acompanhado de outros dois, mas que não tratam do assunto objeto deste trabalho.

Além desse artigo, porém, outras duas publicações de Oliphant se revelaram de interesse para o trabalho. Em primeiro lugar, o pequeno artigo “*Current discussions of legal methodology*” (1921), que trata das funções do cientista do direito e do jurista enquanto tal, sobretudo diante de disparidades entre o direito e a opinião pública. Em segundo lugar, o artigo “*Study of the operation of rules of law*” (1923) trata da importância do estudo dos efeitos das regras jurídicas na sociedade e da importância da consideração

³⁴⁰ *Ibid.*, p. 11-12, tradução nossa.

³⁴¹ *Ibid.*, p. 13, tradução nossa.

deles pelo *American Law Institute*. Esses dois trabalhos foram publicados na *American Bar Association Journal*. Eles mostram, dentre outras coisas, a forma como Oliphant trata a atividade do jurista quando este acaba se colocando na posição de reformador do direito.

4.3.2 O conclamo de Oliphant: o resgate do *stare decisis* por uma nova ciência jurídica

Em 1927, o professor da faculdade de direito da *Columbia University* Herman Oliphant apresentou uma palestra no encontro anual da *Association of American Law Schools*, em Chicago. Na época, Oliphant era presidente da associação. Sua palestra foi posteriormente publicada em duas partes nas edições de fevereiro e março da *American Bar Association Journal*, sob os títulos “*A return to stare decisis*” e “*Stare decisis – continued*”. Esses artigos se tornaram clássicos do realismo jurídico estadunidense.

A tese de Oliphant é a seguinte: a cultura jurídica estadunidense está passando por uma transição da observância de decisões pretéritas para a observância de princípios; do *stare decisis* para o que Oliphant chama de *stare dictis*.³⁴²

Segundo Oliphant, a doutrina do *stare decisis* originalmente previa duas coisas: por um lado, que decisões passadas devem ser seguidas e não desconsideradas; e, por outro lado, que o que deve ser observado é a decisão e não alguma outra coisa. Oliphant está particularmente interessado neste segundo aspecto da doutrina do *stare decisis*. Segundo o autor, a doutrina tradicional do *stare decisis* previa que o que obrigava no caso era aquilo que lá foi decidido. Mas os níveis de generalização possíveis durante a operacionalização do *stare decisis* são múltiplos. Para serem aplicáveis a algum outro caso, as razões de decidir de uma decisão passada precisam ser generalizadas de modo a se aplicarem no mínimo a mais um caso além desse caso passado – do contrário, nenhuma aplicação é possível. É sempre necessário um mínimo de abstração, uma vez que dois casos são diferentes entre si, no mínimo, pelo tempo em que eles ocorrem. Mas se o mínimo de generalização exigido é aquele necessário para cobrir dois casos, por outro lado o universo de casos a que se apliquem as razões de decidir do precedente pode ser enorme, desde que ao menos um atributo comum esteja presente. A partir da decisão da corte pode ser erigida toda uma gradação de generalizações – e isso é tipicamente feito na *opinion* (ou seja, no registro escrito da decisão), embora nem sempre de forma clara.³⁴³

³⁴² OLIPHANT, Herman. A return to stare decisis. *American Bar Association Journal*, v. 14, n. 2, p. 71-76, Feb. 1928, p. 72.

³⁴³ *Ibid.*, p. 72-73.

Toda essa possibilidade de gradação e a imprecisão com que a escolha aparece na *opinion* já seriam dificuldades suficientes. Mas então, segundo Oliphant, a cultura jurídica estadunidense começou a desenvolver a necessidade de se buscar não exatamente o que se decidiu, mas “a ‘doutrina’ ou o ‘princípio’ do caso”. Assim, “cada precedente considerado por um juiz e cada caso estudado por um estudante fica no centro de um grande estádio vazio. O ângulo e a distância da qual o caso deve ser visto envolvem a escolha da cadeira”. Nem o juiz e nem o estudante podem escapar do fato de que eles precisam escolher. Eis a passagem do *stare decisis*, quando o que se respeitava era o que se havia decidido, para o *stare dictis*, quando o que se respeita é o princípio ou a doutrina do caso.³⁴⁴

Para Oliphant, essa passagem do *stare decisis* para o *stare dictis* é sintoma da passagem de uma época mais simples para uma época mais complexa. No *common law* inglês antigo, havia uma multitude de formas procedimentais através das quais os cidadãos poderiam buscar a tutela de seu direito. E cada uma dessas formas era específica para situações específicas da vida social. As “velhas ações dividiam e subdividiam as transações da vida para tratamento legal” específico. Para cada tipo de ação, o assunto que se discutia era sempre limitado a uma quantidade previamente enumerada de situações fáticas. O efeito disso era uma maior particularização na classificação operada pelo direito dos fatos da vida. Os “juízes estavam, pela particularidade das ações e dos pedidos, mais próximos” dos fatos. O “*stare decisis* significava algo diferente naquele tempo, sendo mais específico e definido. Ele operava em termos de abstrações não mais amplas do que as proposições jurídicas sobre as várias classes dessa classificação mais específica das transações humanas”. Além disso, naquele tempo, segundo Oliphant, vivia-se um “tempo e uma vida mais simples”. Juízes e juristas podiam tomar conhecimento das múltiplas realidades da vida que poderiam gerar discussões judiciais por simplesmente crescerem e viverem na comunidade. Ademais, por grandes períodos não havia alterações relevantes nas estruturas sociais. Abstrações feitas uma vez continuavam fazendo sentido por mais tempo.³⁴⁵

Por tudo isso, por mais abstratas que fossem as regras enunciadas na *opinion*, não havia tanto espaço para dúvidas, porque a *opinion* tinha de ser interpretada segundo os fatos específicos do caso – caso cujas especificidades eram refletidas mais intensamente na *opinion*. Em casos futuros, o precedente só seria aplicável se houvesse fatos

³⁴⁴ *Ibid.*, p. 73, tradução nossa.

³⁴⁵ *Ibid.*, p. 74, tradução nossa.

realmente semelhantes – ao menos semelhantes o bastante para se submeterem à mesma forma processual a que se submetera o caso do precedente. E o aparecimento de casos realmente semelhantes entre si era uma realidade, por conta da maior simplicidade da vida social da época.

Porém, com o passar dos anos a complexidade social aumentou. Não é mais possível dominar a complexidade de todos os extratos da vida social simplesmente por viver em sociedade. O aparecimento de casos realmente semelhantes um ao outro se torna menor: com o aumento da complexidade, cada caso passa a ser um caso diferente dos demais. E a forma como o pensamento jurídico encarou isso não foi por meio da construção de novas categorias específicas para o tratamento das novas realidades da vida: não houve, por exemplo, a concepção de novas e específicas formas processuais (formas de *writs*, *actions* e *pleadings*, diz Oliphant). O que aconteceu, na verdade, foi o contrário disso. Pelo aumento da complexidade, a solução não foi a criação de novas categorias tão específicas quanto as que havia em tempos mais simples, mas sim a eliminação de múltiplas categorias e o alargamento do campo de aplicação das que sobraram. Não há mais formas processuais, mas sim menos formas, cada uma delas altamente abstrata, de modo a poder ser manipulada para abarcar os diferentes e heterogêneos fatos da vida moderna. Nos Estados Unidos, diz Oliphant, na maior parte dos estados as formas processuais foram reduzidas a uma única. Em meio a esse movimento, “cortes e acadêmicos começaram a falar menos e menos sobre o que cortes no passado de fato fizeram” e “mais e mais sobre os universais que eles promulgaram”. O resultado é que o pensamento jurídico anglo-americano perdeu o traço de especificidade do *common law* antigo e passou a uma “orgia de hipergeneralização” típica da filosofia europeia continental. Absolutos e universais começaram a substituir meras generalizações e princípios gerais passaram a ser erigidos de poucos casos. Casos que contrariem os “princípios favoritos” de alguém começaram a ser considerados errados – errados em seus princípios.³⁴⁶

E quais são os problemas dessa nova tendência? Em primeiro lugar, Oliphant não dirá que o problema está na forma como as cortes passaram a julgar casos. Para ele, nesse aspecto não houve mudança:

Não que as cortes tenham parado de ser motivadas principalmente por intuição vinda da experiência e de responder aos estímulos dos fatos de casos concretos antes de aos estímulos de abstrações excessivamente genéricas e ultrapassadas

³⁴⁶ *Ibid.* p., 74-75, tradução nossa.

vindas de *opinions* e tratados. É algo a saber que os juízes vão continuar sendo seres humanos e que sempre teremos alguma medida dessa proteção.³⁴⁷

Então, o prejuízo da mudança não está na forma de se comportar do Judiciário. Ele está, para Oliphant, no âmbito da ciência e ensino do direito e da administração do sistema judicial (*judicial govern*). Da perspectiva da administração do sistema judicial, o *stare decisis* tradicional tem a vantagem de recusar a pura especulação. O jeito de pensar a atividade judicial que parte do *stare decisis* é parcimonioso, recusa generalizações apressadas. O uso de generalizações, nessa forma de pensar, sugere e orienta, mas não substitui a experiência real. Mas é da perspectiva da ciência jurídica e do ensino jurídico que o impacto se faz sentir especialmente. Segundo Oliphant, com a passagem do *stare decisis* para o *stare dictis*, o ensino do direito se tornou impreciso e irreal (“*loose and unreal*”). Pensando segundo o *stare dictis*, “nossas mentes ficam livres para vagar”. Por consequência, “a maior parte dos estudantes permanecem intelectualmente infantis”. A racionalidade declarada na *opinion* dos casos passados, pela mudança rápida da realidade e pela ausência de materiais teóricos para diferenciar situações diferentes, é um “cadáver” que não serve para outros casos novos. Mas, pela forma de pensar do *stare dictis*, essa racionalidade é artificialmente generalizada, tomada como um princípio que irá reger outros casos no futuro. O resultado é uma ciência estéril, cuja única relação com o empírico é a *opinion*, a partir da qual o estudioso elabora sua generalização: “Nossas categorias de pensamento se tornam irreais por conta de a vida tê-las deixado para trás e nenhum senso do que está realmente acontecendo freia nossos devaneios teóricos”. Para Oliphant, a passagem do *stare decisis* para o *stare dictis* é uma passagem da análise do comportamento judicial para a análise das falas judiciais (da *judicial action* às *judicial utterances*). Segundo o autor, “se nosso principal objetivo como cientistas do direito é prever o comportamento das cortes em decisões de casos futuros, então, quando reclamamos da quantidade de casos” o que estamos fazendo é “assumir a posição de um geólogo reclamando que há muitas coisas na terra para serem observadas”.³⁴⁸

Então, os prejuízos que a passagem do *stare decisis* para o *stare dictis* traz, na ótica de Oliphant, não têm a ver com a qualidade das decisões judiciais. Têm a ver, diferentemente, com a queda de precisão daquilo que a ciência jurídica diz para ela própria e para os estudantes e cortes. Ou seja, trata-se de uma ausência de correspondência entre o que se estuda e o que acontece. O que Oliphant defende que pode ser feito para o resgate

³⁴⁷ *Ibid.*, p. 75, tradução nossa.

³⁴⁸ *Ibid.*, p. 76 e 107, tradução nossa.

do *stare decisis*, então, é que a ciência jurídica se concentre não mais nas *judicial utterances*, mas sim nas *judicial actions*: “O elemento previsível em tudo isso é o que as cortes fizeram em resposta aos estímulos dos fatos”; não as *opinions*, mas a forma como os juízes se comportam. O “trabalho a ser feito não consiste em estudar racionalizações vagas e cambiantes” A resposta da intuição e da experiência aos estímulos das situações humanas “é aquele substrato material tendo a constância e objetividade necessárias para estudo realmente científico”.³⁴⁹

Segundo Oliphant, o comportamento judicial não é condicionado por teses de seus predecessores, mas por uma coisa mais certa e uniforme: a intuição quanto à adequação da solução ao problema. Um exemplo muito conhecido é dado por Oliphant nesse trabalho. Ele cita duas linhas de precedentes a respeito da validade de promessas de não competição. Segundo o autor, esses dois conjuntos de precedentes sempre foram tratados como conflitantes. Porém, se as *opinions* forem ignoradas, o fato é que “todos os casos considerando as promessas inválidas eram casos de empregados prometendo não competir com empregadores”. Em vista de códigos de conduta contemporâneos, a invalidade desse tipo de promessa de não competição é razoável. E em todos os casos em que as promessas de não competir foram consideradas válidas, tratava-se de promessa de alguém vendendo um negócio e prometendo não competir com o comprador. A realidade econômica contemporânea, para Oliphant, faz, novamente, essa solução adequada. Portanto, por mais que a análise das *opinions* indicasse haver grande divergência de entendimento, o fato é que a reação a estímulos foi sempre coerente.³⁵⁰

Em vista disso, para recuperar o terreno perdido pelo *stare decisis*, Oliphant entende que há três coisas que precisam ser feitas, todas elas pela ciência jurídica e pelas faculdades de direito. A primeira delas é que professores e estudantes de direito devem, antes ou depois da faculdade, obter um conhecimento compreensivo de toda a estrutura social. A segunda tarefa a se fazer é uma “radical reclassificação” do direito em termos das relações humanas que são afetadas em cada área do direito.³⁵¹ A terceira tarefa tem relação com a metodologia a ser, doravante, adotada pela ciência jurídica: essa metodologia envolve a consideração do fenômeno não como dotado de uma estrutura lógica, mas sim de uma estrutura intuitiva; com isso, o cientista do direito deve se manter sempre

³⁴⁹ OLIPHANT, Herman. *Stare decisis – continued*. *American Bar Association Journal*, March, 1928, v. 14, n. 3, p. 159-162, Mar. 1928, p. 159, tradução nossa.

³⁵⁰ *Ibid.*, p. 159, tradução nossa.

³⁵¹ *Ibid.*, p. 159-160, tradução nossa.

atento aos perigos, neste campo, da generalização e da dedução. A metodologia deve, em primeiro lugar, ser empírica, partir da observação do *case material*, e se atentar aos aspectos “não vocais” das decisões, ou seja, mais àquilo que as cortes fazem do que àquilo que as cortes dizem que fazem. O cientista do direito deve, também, examinar criticamente a metodologia das demais ciências sociais: suas possibilidades para a ciência jurídica devem ser estudadas e seu uso, tentado.³⁵²

4.3.3 Uma formulação da diferença entre teoria e ideologia em Oliphant

Oliphant, assim como Hutcheson, não era um crítico do fato de os juízes decidirem mais a partir da intuição e dos estímulos dos fatos do que a partir do “direito positivo”. Como dito, em “*A return to stare decisis*”, Oliphant afirma que o fato de os juízes julgarem majoritariamente por intuição é um fator de proteção para a sociedade.

Apesar disso, seria apressado falar que Oliphant desconhece a diferença de papel do cientista do direito enquanto tal e do crítico do direito. Enquanto o cientista do direito tem a função de descrever um objeto, o crítico pode, a partir dessa descrição e de juízos de valor (subjetivos, arbitrários etc.), propor alterações e prescrever. Não é incomum (e não há nada de errado nisso) que o cientista também critique. Mas ao criticar a realidade que é objeto de sua descrição, não está mais descrevendo seu objeto e, sob certa perspectiva, portanto, não está mais agindo propriamente como cientista. Em um artigo de 1921, Oliphant já havia mostrado conhecer essa distinção possível. Isso pode ser visto na seguinte passagem:

Dentre as pessoas que têm tempo e inclinação para refletir sobre essas coisas, há uma opinião cada vez mais próxima de se tornar unânime de que muitos dos fatores de nosso direito que são considerados seriamente defeituosos representam um resquício na teoria jurídica de um tempo em que as condições de vida tornavam desejável o fomento do interesse individual, com pouca consideração pelos interesses sociais [...] Isto é, certamente, uma das numerosas divergências entre o direito e a opinião pública [...] Esta é uma questão, no entanto, que nós podemos justificadamente deixar de lado [...] Questões fundamentais quanto a valores sociais estão fora do escopo de um jurista enquanto tal. Seu trabalho, diferentemente, é aceitar juízos de valor formulados por outros agentes em cujo escopo está esta formulação.³⁵³

³⁵² *Ibid.*, p. 161-162.

³⁵³ OLIPHANT, Herman. Current discussions of legal methodology. **American Bar Association Journal**, v. 7, n. 5, p. 241-243, May 1921, p. 241, tradução nossa.

Então, temos motivos para crer que, embora Oliphant, como Hutcheson e muitos outros realistas, não veja problemas na forma como os juízes de fato julgam casos (ou seja, a partir de intuição e de considerações práticas, ao invés de a partir do “direito positivo”), o autor entende que formular juízos de valor a respeito do objeto de uma ciência não é tarefa do cientista enquanto tal.

4.3.4 O estudo da realidade para os *restatements* do *American Law Institute*

Em 1923, Oliphant publica um artigo recomendando que o *American Law Institute* (ALI), em seu trabalho de “*restatement of the law*”, se oriente por um tipo particular de investigação – esse tipo de investigação é considerado necessário para o objetivo do instituto e envolve um diálogo entre juristas e outros cientistas sociais.

Oliphant está considerando o trabalho do *American Law Institute* (ALI). A missão do ALI é “esclarecer, modernizar ou aprimorar o direito para promover uma melhor administração da justiça”.³⁵⁴ O ALI faz esse trabalho através da edição de “*restatement of the law*”, publicações frequentemente consideradas autoritativas por juízes, inclusive. Segundo Oliphant, o ALI estava começando a “considerar o problema de encontrar meios para organização de dados a respeito dos efeitos práticos de normas jurídicas”. Esse problema seria “resultado de um reconhecimento geral de que não pode haver mero *restatement of the law*. O Instituto terá que formular muito direito novo”. Para Oliphant, sempre que alguém se encontrar na necessidade de formular direito novo, sua guia, de uma forma ou de outra, acaba precisando ser, em última análise, a conveniência prática das novas normas escolhidas.³⁵⁵ De acordo com Oliphant, até a contemporaneidade, os estudiosos do direito, incluindo juízes, advogados e professores de direito, tiveram pouca oportunidade de discutir e considerar os efeitos práticos das normas jurídicas. Até aqui, o que se fez nesse sentido foi, segundo Oliphant, apenas considerar os efeitos práticos da criação de normas através de senso comum: através de uma pressuposição equivocada de que o simples fato de alguém viver em uma dada estrutura social faz com que esse alguém conheça essa estrutura social e saiba os efeitos que mudanças nela geram. Para o autor, para

³⁵⁴ ABOUT ALI. **The American Law Institute**. Philadelphia. Disponível em: <https://www.ali.org/about>. Acesso em: 24 fev. 2025.

³⁵⁵ OLIPHANT, Herman. Study of the operations of rules of law. **American Bar Association Journal**, v. 9, n. 8, p. 497-500, Aug. 1923, p. 497.

o objetivo do ALI, é preciso que seja feito um estudo profundo e científico, que vá além do senso comum, a respeito dos efeitos do direito na sociedade.³⁵⁶

Antes de avançar, Oliphant justifica as razões de uma investigação desse tipo para o ALI. Em primeiro lugar, ainda que os estudos científicos sobre os efeitos das normas jurídicas levem ao mesmo lugar a que leva essa análise já baseada no senso comum, se as orientações do ALI forem baseadas em um estudo nos moldes do que propõe Oliphant, a tendência é elas serem dotadas de maior potênciasalidade de influência nas decisões dos juízes, o que é “uma questão de importância central”. Em segundo lugar, mesmo que o estudo leve à consideração de incerteza sobre os efeitos práticos de uma nova regra, ele será relevante para fazer surgir cautela na decisão. Em terceiro lugar, mesmo que o estudo leve à conclusão neutra de que múltiplas regras jurídicas têm efeitos sociais iguais, ele tem valor porque reduz as chances de considerações práticas relevantes serem desconsideradas.³⁵⁷

Como grande parte do direito se preocupa com questões associadas em maior ou menor medida com o mundo empresarial, grande parte do estudo que Oliphant propõe se debruça sobre a indústria e as relações comerciais modernas. Isso não significa, diz o autor, que “estamos tentando resolver problemas jurídicos a partir de teoria econômica, como é frequentemente pensado”. O que se estudará, diz Oliphant, não é a teoria econômica, mas os fatos da vida econômica e como eles interagem com o direito.³⁵⁸

Feitos esses esclarecimentos, Oliphant descreve alguns momentos de investigação. Em um primeiro momento, seria necessário delimitar que regras jurídicas precisam ser investigadas. A dificuldade, aqui, incluiria o fato de que muitas normas frequentemente pensadas como sendo simples ou aceitas facilmente, na realidade relevam enfrentar grande fricção e resistência social. Uma vez delimitado o que deve ser investigado, deve-se ir à investigação em si. Nesse segundo momento, o ALI precisaria dialogar com outros institutos de pesquisa existentes (Oliphant cita, por exemplo, o *National Bureau of Economic Research*, o *Bureau of Markets of the Department of Agriculture* e a *Engineering Foundation of New York*, o que permite a compreensão da ambição de seu projeto) e fomentar a criação de novos institutos, pois muitos dos assuntos que precisam ser estudados ainda não são cobertos dentro das múltiplas áreas de estudo efetivamente operantes. Em

³⁵⁶ *Ibid.*, p. 498.

³⁵⁷ *Ibid.*, p. 498, tradução nossa.

³⁵⁸ *Ibid.*, p. 498, tradução nossa.

um terceiro momento, os dados levantados por todos esses profissionais precisam ser sistematizados e organizados de modo a serem úteis para os membros da ALI que efetivamente irão redigir os *restatements*. Nesse momento seria imprescindível a leitura de todos os dados apresentados por um jurista, embora, para Oliphant, o ideal seria haver juristas ao longo de todos os momentos da investigação, para o fim de direcionar a pesquisa para as necessidades do ALI.³⁵⁹

4.4 HESSEL YNTEMA: O REALISMO COMO UMA EPIDEMIA CIENTIFICISTA

4.4.1 Introdução

Dos quatro trabalhos de Hessel Yntema citados em “*Some realism about realism*”, de Llewellyn, somente um se revelou interessante para as hipóteses deste trabalho: um artigo de 1931 publicado na *Columbia Law Review* intitulado “*The rational basis of legal science*”. Em “*Naturalizing jurisprudence*”, embora Yntema seja referido como um dos autores tipicamente associados ao realismo estadunidense, nenhuma obra específica sua é citada.

Em razão disso, expõe-se neste capítulo o artigo citado por Llewellyn e, além dele, mais três: “*American legal realism in retrospect*”, publicado em 1960 na *Vanderbilt Law Review*; “*Jurisprudence and metaphysics – a triangular correspondence*”; publicado em 1950 na *Yale Law Journal*; e “*What should the American Law Institute do?*”, publicado em 1936 na *Michigan Law Review*.

4.4.2 O debate entre Joseph W. Bingham e Morris R. Cohen: respostas de Yntema às críticas ao nominalismo e à ausência de normativismo no realismo jurídico

Em “*The rational basis of legal science*”, Yntema responde a críticas apresentadas por Morris R. Cohen no artigo “*Justice Holmes and the Nature of Law*”, publicado pouco antes. A resposta a essas críticas pode servir como introdução ao pensamento do autor dentro do realismo estadunidense.

³⁵⁹ *Ibid.*, p. 499-500.

Segundo Yntema, Cohen tem duas críticas a uma ciência do direito empírica: “Primeiro, que uma ciência jurídica empírica teria acolhido uma insustentável metafísica nominalista; segundo, que a ciência jurídica deveria ser não descritiva, mas ‘normativa’”.³⁶⁰

Quanto à primeira crítica, referente ao nominalismo, Morris R. Cohen a dirige a uma passagem do clássico “*What is The Law?*”, de Joseph W. Bingham, publicado na *Michigan Law Review* em 1912. Bingham afirma que juízes, casos e decisões existem no mundo, mas “princípios e regras não podem existir fora da mente [...] O significado, então, só existe na mente do orador ou escritor quando ele as proclama”.³⁶¹ Para Cohen, isso é expressão do dogma nominalista, uma “velha e popular metafísica reconduzível aos tempos medievais”. De acordo com ele, o “dogma nominalista segundo o qual somente particulares existem na natureza e universais existem apenas na mente logicamente retiraria de todo objeto particular da natureza todo o seu caráter e significado”. Para Cohen, desde que tenhamos o cuidado de não tomar as regras como “coisas adicionais, fantasmagóricas, flutuando no espaço etéreo”, mas como “qualidades abstratas universais e repetíveis, relações, transformações, que caracterizam objetos e eventos e constituem seu significado objetivo”, a existência de regras e princípios é perfeitamente possível. “Bingham, como outros nominalistas, confunde a existência de imagens em mentes individuais com o significado objetivo de regras e princípios em nosso mundo comum”, afirma Cohen. Ao considerar uma regra qualquer, “diferentes pensadores podem ter imagens diferentes, assim como podem se expressar em linguagens diferentes, mas se referem à mesma regra. Do contrário, não haveria nenhum tipo de comunicação entre eles”.³⁶²

Para Yntema, Bingham nunca negou que universais e outras categorias criadas na mente podem denotar (se referir a) características e realidades existentes no mundo exterior. Nem nega a existência desses universais e dessas categorias enquanto construções mentais. A única coisa é que Bingham distingue aquilo que existe no mundo exterior desses universais e dessas categorias. De forma semelhante ao que ocorre em Cohen, em

³⁶⁰ YNTEMA, Hessel. The rational basis of legal science. *Columbia Law Review*, v. 31, n. 6, p. 925-957, Jan. 1931, p. 937, tradução nossa.

³⁶¹ BINGHAM, Joseph W. What is The Law? *Michigan Law Review*, v. 11, n. 1, p. 1-25, Nov. 1912. p. 4-5, tradução nossa.

³⁶² COHEN, Morris R. Justice Holmes and the nature of law. *Columbia Law Review*, v. 31, n. 3, p. 352-367, Mar. 1931, p. 360-362, tradução nossa.

Bingham universais são considerados “implementos mentais fabricados pela mente e pelos sentidos para auxiliar na aquisição, retenção e comunicação do conhecimento de fenômenos objetivos”.³⁶³

Yntema dirá que não defende e nem nega o nominalismo. Para ele, é característico do realismo jurídico não ter adotado uma base epistemológica ou mesmo uma base filosófica específica. O realismo (o que Yntema chama de “*empiricism in law*”) não discute o que é e o que não é real. Para Yntema, ainda que todo cientista acabe partindo de certas posições epistemológicas, “como não há uso convencional de linguagem que possa evitar inferências epistemológicas, a única saída para a ciência é admitir o inevitável e prosseguir”. Há, nesse sentido, uma “indiferença do cientista” realista perante questões epistemológicas, e “descobertas científicas parecem ter sido frequentemente realizadas a despeito ou independentemente de ingenuidade metafísica [ou melhor, ingenuidade epistemológica, ontológica, filosófica em geral]”.³⁶⁴

Yntema se dá por satisfeito em dizer que o realismo jurídico nunca se debruçou sobre questões epistemológicas e filosóficas em geral; portanto, a acusação contra Bingham de ser nominalista não procede. No entanto, o autor acrescenta o seguinte:

Se, no entanto, estes protestos forem rejeitados como essencialmente impertinentes e se se insistir que o pântano do conhecimento seja analisado mais racionalmente, não há recursos que não solicitar guia. Primeiro, por que a ciência teria de considerar distinções supositivas como a distinção entre *Mente* e *Matéria* ou seus substitutos como autoevidentes? Segundo, assumindo esta distinção, por que a existência é limitada à *Matéria*? Terceiro, se não se nega a existência da *Mente*, como os nominalistas negam a *existência* de “universais”? Quarto, “universais” são inventados ou dados, e, se dados, como são encontrados? Quinto, em qualquer evento, como eles são provados – por referência a um conjunto finito de particulares ou de que outra forma? Sexto, se a prova dos “universais” está em particulares finitos, quais as vantagens do racionalista sobre o empirista?³⁶⁵⁻³⁶⁶

Percebe-se que, para Yntema, o pensamento realista nos Estados Unidos não se debruça sobre essas questões, notadamente sobre a questão acerca do que é e do que não é real. Portanto, quando Bingham afirma que os conceitos e as categorias jurídicas são construções mentais e não entes situados no mundo da realidade, não nega a existência

³⁶³ YNTEMA, Hessel. The rational basis of legal science. *Columbia Law Review*, v. 31, n. 6, p. 925-957, Jan. 1931, p. 937, nota 31a, tradução nossa.

³⁶⁴ *Ibid.*, p. 937-939, tradução nossa.

³⁶⁵ *Ibid.*, p. 941, tradução nossa.

³⁶⁶ Para uma discussão mais alongada sobre a questão do nominalismo, cf. YNTEMA, Hessel. Jurisprudence and metaphysics. A triangular correspondence. *The Yale Law Journal*, v. 59, n. 2, p. 273-287, Jan. 1950, *passim*.

desses conceitos e categorias enquanto construções mentais e nem nega que eles possam se referir e denotar realidades do mundo exterior. Por isso, Yntema questiona a ideia de que os universais não existam. Mas, ao mesmo tempo, questiona que eles existam enquanto algo diferente de uma construção mental que se refira a elementos no mundo exterior.

Embora as análises de Yntema confessadamente não aprofundem questões epistemológicas (e filosóficas em geral), o que se extrai da discussão é que o realismo não pretende negar a realidade dos conceitos e categorias jurídicas. E nem pretende afirmar que a partir de entes situados no mundo da realidade não é possível construir conceitos e categorias que se refiram a esses entes.

A segunda crítica de Cohen, à ausência de normativismo na ciência jurídica, é considerada mais séria por Yntema. Para Cohen, as leis da ciência jurídica têm por natureza caráter violável:

Regras jurídicas são em sua própria essência violáveis e, portanto, não são validadas pela observância e nem podem ser consideradas descritivas de uniformidades no comportamento social [...] O caráter das regras jurídicas é imperativo, sancionado, regulativo e, portanto, “normativo”.³⁶⁷

Yntema cita um trecho da seguinte passagem de Cohen:

Eles [muitos dos seguidores de Holmes] fazem do direito sinônimo daquilo que as pessoas efetivamente fazem, *i.e.*, comportamento social. Aqueles que fazem isso foram largamente influenciados pela concepção positivista do método científico, segundo o qual ele consiste exclusivamente na observação de fatos e extração de leis e uniformidades [...] O simples fato, portanto, de que nós tivemos o hábito de fazer as coisas de uma certa maneira faz com que nós tendamos a continuar agindo dessa maneira. Mas essa nem sempre é a melhor maneira. O jurista científico ou reflexivo deve, portanto, constantemente questionar o valor das doutrinas prevalentes, assim como o juiz deve considerar as diversas vantagens e desvantagens sociais que devem determinar sua decisão. É da essência do positivismo enxergar o direito exclusivamente como uniformidades de comportamento existente, em total desconsideração de ideias acerca do que deveria ser. Isso, no entanto, não pode resultar senão em um não declarado direito natural no qual o hábito e a inércia se tornam a norma ou regra absoluta. Teorias behavioristas estão, portanto, fadadas, se consistentemente consideradas, a terminar como as velhas teorias conservadoras do direito natural terminaram.³⁶⁸

³⁶⁷ YNTEMA, Hessel. The rational basis of legal science. *Columbia Law Review*, v. 31, n. 6, p. 925-957, Jan. 1931, p. 943, tradução nossa.

³⁶⁸ COHEN, Morris R. Justice Holmes and the nature of law. *Columbia Law Review*, v. 31, n. 3, p. 352-367, Mar. 1931, p. 357, 360, tradução nossa.

Yntema responderá a isso afirmando que “nós não disputamos o reino do *Ought*: nós perguntamos o que ele é que pode ser apropriadamente reconhecido pela ciência jurídica”. O realismo, para Yntema, “não nega ‘normas’, mas, se é para elas serem o objeto da ciência jurídica, nós insistentemente queremos saber como elas são formuladas, detalhadamente saber quais técnicas de descoberta, verificação e aplicação estão envolvidas – essa é a questão”.³⁶⁹

Na pendência da definição desse tipo de questão, uma “ciência jurídica normativa’ é ilúcida”. Em primeiro lugar, para Yntema, a situação das teorias da justiça, após dois mil anos, continua tão confusa quanto a situação da teoria do conhecimento: “normas”, aqui encaradas como “aquilo que deve ser”, ou seja, da perspectiva das teorias da justiça, podem denotar as mais diversas realidades. Em segundo lugar, uma “ciência do direito normativa” impede a “narrativa objetiva de princípios legais convencionais por confundir direito e ética”. Em terceiro lugar, o argumento de Cohen segundo o qual a lei do direito é, por natureza, violável (e assim se diferencia da lei da natureza) faz com que “ciência do direito seja identificada com seu objeto, o direito”. Não é porque o direito é prescritivo que não é possível uma descrição a respeito dele: não há nada de impossível em uma descrição a respeito de uma prescrição. Não é porque as afirmações do direito permanecem sendo afirmações do direito mesmo quando são violadas que as afirmações da ciência do direito precisam ter a mesma posição – o que levaria ao absurdo de uma ciência ter afirmações que permanecem verdadeiras mesmo quando experimentalmente negadas. Na ciência jurídica, assim como na ciência em geral, “a *ultima ratio* é a verificabilidade da hipótese”.³⁷⁰

Para Yntema, um ponto de vista mais satisfatório do que aquele de Cohen a respeito da ciência jurídica a identifica com a descrição de fenômenos: “Descrição se refere geralmente ao caráter objetivo da ciência, enquanto diferente de outras práticas, como as práticas estéticas e místicas”. Trata-se de denotar “aqueles tipos de investigação científica nas quais a ênfase está na verificação empírica de hipóteses”. Em última análise, “a objeção à aplicação dessa visão à ciência do direito é a tradição literária e especulativa da *jurisprudence*, sua insistência no abstrato e transcendental *Ought*”.³⁷¹ Yntema diz:

³⁶⁹ YNTEMA, Hessel. The rational basis of legal science. *Columbia Law Review*, v. 31, n. 6, p. 925-957, Jan. 1931, p. 943, tradução nossa.

³⁷⁰ *Ibid.*, p. 943-950, tradução nossa.

³⁷¹ *Ibid.*, p. 953, tradução nossa.

Será bom admitir a verdade sóbria – de que há que se distinguir entre descrição objetiva e uso profissional; juízes decidem e cientistas perguntam por quê; a verificação da teoria pelos fatos não vai destruir, mas fortificar a aplicação de normas do *Ought* no âmbito da reforma, da propaganda e das práticas governamentais. Na ciência, em qualquer caso, o divórcio entre razão e natureza é irracional e antinatural³⁷²

4.4.3 Realismo como uma epidemia científicista

Logo na abertura de “*The rational basis of legal institutions*”, Yntema discute se existe ou não uma nova escola de ciência do direito (uma nova *realistic jurisprudence*). E já de início o autor dá sua opinião: “Estamos diante de uma epidemia científica, não de uma nova escola de ciência do direito”.³⁷³

Na caracterização dessa “epidemia”, Yntema afirmará, aqui e ali, que a “ciência jurídica, em contraste com as ciências físicas, tem referência particular ao controle social e, por isso, pode ser pensada como, em essência, uma ciência empírica ou aplicada”.³⁷⁴ O fato de uma ciência ser empírica, para Yntema, não significa que ela não se valha de operações lógicas. Apenas, em uma ciência empírica as operações lógicas estão mais próximas de ter um caráter categórico, enquanto fora do ambiente empírico essas operações estão mais próximas de ter um caráter hipotético. Yntema cita a distinção de Cassius Keyser entre matemática e ciência:

Matemática é um esforço destinado a estabelecer proposições hipotéticas. Ciência é um esforço destinado a estabelecer proposições categóricas [...] O método matemático consiste de todos os meios possíveis para se estabelecer proposições hipotéticas, sendo a dedução lógica seu teste em todos os casos. O método científico consiste em todos os meios possíveis para se estabelecer proposições categóricas, sendo a observação seu teste em todos os casos.³⁷⁵

Para Yntema, o pensamento jurídico é referível à experiência, mas ao mesmo tempo é dotado de lógica; suas proposições são às vezes hipotéticas, quando o grau de verificação é menor, e às vezes são categóricas, quando o grau de verificação é maior.³⁷⁶ A partir disso, Yntema distingue três níveis de pensamento jurídico, que se diferenciam um do outro por grau:

³⁷² *Ibid.*, p. 953, tradução nossa.

³⁷³ *Ibid.*, p. 925-926, tradução nossa.

³⁷⁴ *Ibid.*, p. 927, tradução nossa.

³⁷⁵ KEYSER, Cassius. **On the study of legal science**. The Yale Law Journal, Vol. 38, No. 4 (Feb. 1929). p. 415 *apud* YNTEMA, Hessel. The rational basis of legal science. **Columbia Law Review**, v. 31, n. 6, p. 925-957, Jan. 1931, p. 927, tradução nossa.

³⁷⁶ YNTEMA, Hessel. The rational basis of legal science. **Columbia Law Review**, v. 31, n. 6, p. 925-957, Jan. 1931, p. 928.

(a) O reino matemático de fantasia jurídica, no qual símbolos não necessariamente referíveis à experiência são manipulados independentemente de sua correspondência com a realidade; (b) o reino da ciência jurídica pura, em que amplas e aproximadas formulações da experiência são apresentadas em termos relativamente simples e são manipuladas matematicamente, seja para expressar a observação convenientemente, seja para projetar a análise para futura verificação; (c) o reino de ciência descritiva, no qual proposições relativamente específicas baseadas na observação são manipuladas sobretudo para fins de futura generalização.³⁷⁷

Yntema claramente prefere que a ciência jurídica se circunscreva aos níveis de observação dos tipos (b) e (c): uma ciência jurídica que seja sempre, ao mesmo tempo, empírica e lógica. O autor sugere uma ciência que opere com uma relação próxima entre experiência e racionalização: que reconheça “a base descritiva da teoria ‘pura’ e o uso da teoria na descrição”. Yntema rejeita como “fantasia jurídica” uma ideia apresentada por Adler em uma resenha de *Law and the Modern Mind*, de Jerome Frank. A ideia em questão é desenvolver uma ciência da “*law in discourse*”. Frank e o realismo de forma geral afirmam que aquilo que se diz no discurso judicial não é uma fonte confiável dos reais motivos que levaram à decisão. Enquanto aquilo que se diz na *opinion* (supondo uma *opinion* não aberrante) pode pertencer a um sistema coerente consigo mesmo, o real comportamento dos juízes não é motivado por esse sistema – o ponto essencial é semelhante àquele de Oliphant, já analisado. Adler, então, propõe que se desenvolva uma ciência jurídica do *law in discourse*, ou seja, desse sistema coerente que aparece nas *opinions*.³⁷⁸ O problema da teoria, para Yntema, seria a descrição de um sistema de conceitos sem aderência com o empírico, como mencionado.

De tudo isso se pode intuir que, em Yntema, não se afirma que conceitos e categorias jurídicas abstratas não existem ou que não sejam possíveis. Eles são possíveis. Mas para serem científicos e não pura matemática, precisam encontrar substrato na realidade. Aqui está, em essência, sua divergência em relação ao nominalismo atribuído ao realismo por Cohen. Por outro lado, a ciência jurídica, para Yntema, não deve ser prescritiva, mas descritiva. O movimento realista, portanto, em Yntema, não é um movimento ideológico, mas científico.

Em “*Jurisprudence and metaphysics*”, Yntema diz que o “desenvolvimento mais significativo da ciência jurídica nos Estados Unidos” foi “a descoberta copernicana de que o direito é uma ciência prática. Ou em outras palavras, que o direito não é uma mera

³⁷⁷ *Ibid.*, p. 929, tradução nossa.

³⁷⁸ *Ibid.*, p. 929 *et seq.*

filosofia estática da justiça [...] mas uma empreitada dinâmica de controle social”. Essa “descoberta copernicana” teria levado a uma “expansão do escopo da educação jurídica e da ciência jurídica para além das velhas fronteiras da doutrina autoritativa”.³⁷⁹

Em “*American legal realism in retrospect*”, Yntema escreve que “o realismo jurídico americano deve ser caracterizado como uma fase da investigação humanística, ou, em outras palavras, científica, no campo do direito”. Ele envolveu a “concepção da pesquisa jurídica como uma empreitada científica”, dotada de “descrição desapegada e objetiva”.³⁸⁰

4.4.4 Quebra da cisão entre ser e dever: de que forma Yntema acolhe a crítica de Roscoe Pound?

Em “*American legal realism in retrospect*”, Yntema declara que, em sua filosofia, a distinção entre *is* e *ought* é abandonada (“A única resposta satisfatória é abandonar a distinção entre 'ser' e 'dever' para os fins da ciência jurídica”).³⁸¹ Essa afirmação, que parece drástica, precisa ser considerada com cuidado. Ela vem como acolhimento a uma crítica de Roscoe Pound, para quem, nas palavras de Yntema, “um retrato fiel do comportamento dos oficiais sem referência às ideias, valores e concepções técnicas pelas quais eles são motivados exclui atualidades significativas da ordem jurídica”. Para Yntema, “fatores ideais não devem ser excluídos no estudo do comportamento oficial”. Nesse sentido (e somente nesse) a cisão entre ser e dever existe, mas Yntema “ao mesmo tempo” insiste que “a função da ciência jurídica é científica, ou seja, descritiva, e não pode ser confundida com a arte ‘normativa’ praticada pelo juiz ou pelo advogado”.³⁸²

Yntema apenas reconhece que os juízes, ao decidir, levam em conta aquilo que, na concepção deles, “deve ser”. E, portanto, uma descrição “desapegada e objetiva” do comportamento judicial (que é o que cabe à ciência jurídica) precisa levar em conta e tratar daquilo que “deve ser” para esses oficiais. Isso não significa, porém, que Yntema pretenda que a ciência jurídica prescreva qualquer coisa.

³⁷⁹ YNTEMA, Hessel. Jurisprudence and metaphysics. A triangular correspondence. *The Yale Law Journal*, v. 59, n. 2, p. 273-287, Jan. 1950, p. 273, tradução nossa.

³⁸⁰ YNTEMA, Hessel. p. 322- American legal realism in retrospect. *Vanderbilt Law Review*, v. 14, Issue 1, p. 317-330, Dec. 1960, 323, tradução nossa.

³⁸¹ *Ibid.*, p. 325, tradução nossa.

³⁸² *Ibid.*, p. 324-325, tradução nossa.

4.4.5 O direito como meio para um fim: a vontade e a ideologia que motiva a “epidemia cientificista”

Em “*Jurisprudence and metaphysics*”, Yntema afirma que uma das contribuições do realismo estadunidense, analisado retrospectivamente, foi a concepção do direito como algo que não tem um fim em si mesmo, mas que, na verdade, é uma construção social destinada a certas finalidades. Essa concepção de direito, na perspectiva realista, tornou a ciência jurídica uma ciência não somente pura, mas aplicada. Se o direito é compreendido como algo que tem finalidade, além de estudá-lo em si torna-se de interesse estudar sua interação com a sociedade, estudar se os efeitos do direito estão ou não de acordo com seus fins. Daí que o estudo empreendido pelo realismo jurídico estadunidense simboliza uma “expansão de escopo da educação e da ciência jurídica para além das velhas fronteiras da doutrina autoritativa”.³⁸³ Essa expansão de escopo não significou uma rejeição dos conceitos e categorias do direito positivo (da “ciência jurídica pura”), como vimos, mas somente da imposição de que eles tenham base empírica (sob pena de se tornarem “fantasia jurídica”, mera matemática) e da complementação do estudo com a “ciência descritiva”. E, também, não significou uma rejeição da legislação nos Estados Unidos. Muito pelo contrário:

Essa concepção [do direito como algo dotado de finalidade e da ciência do direito como uma ciência prática, aplicada] motivou esforços enormes para o aprimoramento do conteúdo do sistema de educação jurídica. Mais imediatamente, ela implica reconhecimento, por um lado, da importância crítica da legislação como a principal técnica moderna de determinação dos objetivos sociais e, por outro, a relevância crucial para a justiça da natureza e efetividade dos processos empreendidos para realizar os mandatos de política social. Ela requer, como uma base para a crítica dos valores e processos atuais, a acumulação de informação adequada, validada e pertinente a respeito da real operação e efeitos da administração da justiça.³⁸⁴

Então, além de uma epidemia cientificista, existe uma outra vontade no realismo estadunidense: uma vontade de controle, manipulação e mudança. Uma vontade de averiguar criticamente se os fins sociais – encontrados, principalmente, na legislação – estão sendo atingidos pelo sistema jurídico e pela administração da justiça. Por efeito do realismo, houve “um desenvolvimento prodigioso da legislação como meio eficiente de garantia dos interesses nacionais”. O realismo estadunidense foi capaz (e ainda pode ser

³⁸³ YNTEMA, Hessel. *Jurisprudence and metaphysics. A triangular correspondence*. *The Yale Law Journal*, v. 59, n. 2, p. 273-287, Jan. 1950, p. 273, tradução nossa.

³⁸⁴ *Ibid.*, p. 273, tradução nossa.

capaz) de fomentar o “estudo do direito e fornecer conhecimento que é necessário não apenas para manter, mas para ajustar a ordem jurídica às necessidades atuais”.³⁸⁵

É certo que defender a legislação nos Estados Unidos tem um significado diferente daquele que tal defesa tem no Brasil. Yntema relata que “não foi uma empreitada fácil convencer a conservadora comunidade jurídica de que a legislação é um elemento vital no estudo jurídico”.³⁸⁶ De toda forma, a ideologia que existe por detrás da “epidemia científicista” do realismo não preconiza que se deve autorizar o juiz a fazer aquilo que ele, pessoalmente, ache mais justo para o caso; ela entende que o melhor é que se tome a decisão mais interessante para os fins sociais, encontrados majoritariamente na legislação. Essa ideologia precisou, para seus fins, de uma ciência “descritiva e desapegada” a respeito dos efeitos do direito na realidade. Uma ciência desse tipo foi sempre considerada imprescindível pelo realismo para qualificar o trabalho de reforma do direito (seja via legislação ordinária, seja via *restatements* pelo *American Law Institute*³⁸⁷) que dá vazão a essa ideologia.

4.5 MAX RADIN E AS GENERALIZAÇÕES IMPERFEITAS: UMA CIÊNCIA JURÍDICA NÃO SISTEMÁTICA

4.5.1 Introdução

Em “*Some realism about realism*”, as únicas obras de Radin citadas são “*The theory of judicial decision*” e “*The disseisin of chattels*”. Este último trabalho, porém, não trata do tema objeto desta monografia. Em “*Naturalizing jurisprudence*” aparecem também os artigos “*In defense of an unsystematic science of law*” e “*Statutory interpretation*”. Além desses trabalhos, foi considerado, também, o artigo “*Legal realism*”, em que Radin fala sobre seu próprio pensamento e sobre o realismo jurídico estadunidense

³⁸⁵ YNTEMA, Hessel. American legal realism in retrospect. **Vanderbilt Law Review**, v. 14, Issue 1, p. 317-330, Dec. 1960, p. 325-329, tradução nossa.

³⁸⁶ YNTEMA, Hessel. Jurisprudence and metaphysics. A triangular correspondence. **The Yale Law Journal**, v. 59, n. 2, p. 273-287, Jan. 1950, p. 274, tradução nossa.

³⁸⁷ Yntema, como Oliphant, foi um elogiador dos fins do American Law Institute e, quando criticou seus *restatements*, fez isso no sentido de sugerir que eles devem se debruçar mais sobre seus fins, o que consiste em mudar o direito de modo a atingir efeitos que sejam de interesse da sociedade. Cf. YNTEMA, Hessel. What should the American Law Institute do? **Michigan Law Review**, v. 34, n. 4., p. 461-473, Feb. 1936.

de forma geral. E, por fim, o livro *Law as logic and experience*, frequentemente citado e que é a base para o artigo “*In defense of an unsystematic science of law*”.

4.5.2 Realismo e conceptualismo

No artigo “*Legal realism*”, publicado em 1931 na *Columbia Law Review*, Max Radin apresenta duas ideias sobre o que seja o “realismo jurídico”.

Radin inicia com o que chama de “descrição imprecisa” da ideia realista inicial: “Direito é o que cortes e, em partes, agências administrativas irresponsáveis farão ou dirão dentro de limites postos pelos *statutes* e pela opinião pública”³⁸⁸. Esta visão inicial de Radin e a menção a “agências administrativas irresponsáveis” já revela que o autor não encara o direito como necessariamente algo bom ou dotado de nobreza.

Com essa descrição inicial, Radin apresentará suas duas ideias. Em primeiro lugar, o realismo no direito pode ser “um ideal”. Nesse sentido, “juízes são realistas quando se mantêm cientes de que devem basear seus julgamentos em eventos únicos nos quais estão envolvidos indivíduos humanos não intercambiáveis”; são realistas quando “estão cientes de que nem o evento nem o indivíduo são totalmente únicos, mas que são ambos largamente determinados por grupos e sequências que frequentemente se repetem” e são realistas quando “estão cientes de quais são os resultados prováveis de sua decisão, tanto para os indivíduos concretos que evocaram o julgamento quanto para outros que poderão ser governados por seu exemplo”. Isso, embora um ideal, é um ideal prático: segundo Radin, “realistas jurídicos gostariam que todos os juízes fossem realistas nesse sentido”.³⁸⁹ Este pode ser um primeiro conceito de realismo jurídico, considerado como aquilo que os realistas querem: que os juízes considerem as particularidades dos casos sem desconsiderar as semelhanças desses casos com outros ou a possibilidade de subsunção deles em conceitos abstratos (essa posição pode ser encontrada também em “*That thing men call law*”, de Hutcheson), e que levem em consideração as consequências fáticas de suas decisões (essa posição é semelhante à de Yntema em “*Jurisprudence and metaphysics*”).

³⁸⁸ RADIN, Max. Legal realism. *Columbia Law Review*, v. 31, n. 5, p. 824-828, May. 1931, p. 824, tradução nossa.

³⁸⁹ *Ibid.*, p. 824, tradução nossa.

Mas “para *professional lawyers*³⁹⁰ e o público para o qual eles atuam, o realismo consiste no reconhecimento de que juízes não são todos realistas ou não são sempre realistas no sentido que acaba de ser mencionado” e ainda no reconhecimento de que os juízes, por vezes, “classificam eventos diante deles em categorias determinadas por seu treinamento, seus preconceitos, seus interesses conscientes ou inconscientes, sua filosofia, suas tendências estéticas ou mesmo pelas circunstâncias aleatórias ao redor do julgamento em particular”. E uma vez tomada a decisão, “uma etiqueta conceitual pode sugerir uma inferência formal e resultar em um julgamento”.³⁹¹ Segundo Radin, uma pessoa “não é um realista se ele nega esse fato e não busca entender que influências” fazem a corte se comportar da maneira como ela se comporta. É, portanto, “tarefa do realismo conjecturar sobre a forma como um não realista se comporta”.³⁹² Juristas realistas “podem se manter distantes, se quiserem e puderem, de qualquer forma de metafísica ou não metafísica”. Mas “não podem ser realistas a menos que estejam cientes, seja enquanto juízes ou enquanto críticos dos juízes, de que o julgamento envolve decidir entre uma forma melhor ou pior de reajuste das relações humanas perturbadas por um evento, sendo que os termos melhor ou pior implicam valoração”. Então, também seria uma característica do realista, inclusive enquanto crítico do juiz, a opinião de que os julgamentos envolvem valorações. Apesar disso, “não há qualquer razão lógica pela qual realistas devem se preocupar com qualquer método de valoração particular ou rejeitar um método de valoração em favor de outro”.³⁹³

Então, para Radin, o realismo pode denotar uma ideologia, ou seja, uma opinião sobre o modelo ideal de decisão judicial: esse modelo é aquele em que os juízes se situam em um meio termo entre decidir com base em conceitos abstratos (as tradicionais normas

³⁹⁰ A expressão “*professional lawyers*” em Radin não se refere tão claramente apenas aos advogados, mas aos juristas de forma mais geral. Em outro artigo, Radin claramente inclui os juízes na categoria “*lawyers*”, razão pela qual a palavra, por vezes, é melhor traduzida como “juristas” do que como “advogados”: “*Of the two types of legal statements, those which the judge makes and those which he can be imagined as making, the latter are much the more numerous and more importante. The persons who do this imaginative forecast for us are those we call lawyers proper, though they are not lawyers in as complete a sense as the judges are. Their competene to make this forecast is based upon the fact that they are assumed to know a great deal about how judges think and how they are likely to reach their conclusions that a certain Thing ought to have done or might lawfully haave been omitted* (RADIN, Max. **Law as logic and experience**. [s.l.]: Archon Book, 1971. p. 39).

³⁹¹ RADIN, Max. Legal realism. **Columbia Law Review**, v. 31, n. 5, p. 824-828, May. 1931, p. 824, tradução nossa.

³⁹² *Ibid.*, p. 824, tradução nossa.

³⁹³ *Ibid.*, p. 825, tradução nossa. Apesar disso, Radin não nega que tem uma posição pessoal sobre como os juízes deveriam se comportar, mas nesse momento faz a ressalva: “Tenho falado dos realistas como um grupo, mas devo falar mais propriamente apenas de um realista, ou seja, de mim mesmo” (*loc. cit.*).

jurídicas), mas considerando as particularidades dos casos, e levar em conta as consequências práticas de suas decisões. Mas o realismo também pode ser uma descrição da realidade: uma afirmação de que os juízes nem sempre decidem da maneira ideal, já que frequentemente julgam segundo seus preconceitos, interesses e opiniões, para depois procurar uma etiqueta conceitual, de modo a parecer que decidiram segundo conceitos legais anteriores a eles próprios. Nesse segundo sentido, o realista não tem qualquer razão lógica para adotar este ou aquele ideal acerca do que seria “a melhor” forma de decidir. Esse segundo sentido parece mais forte do que o primeiro, em Radin. No primeiro sentido, se “pode” ser realista (“Realismo no direito pode ser uma questão puramente prática. Pode ser um ideal ao qual se espera que as cortes se conformem”). Porém, sem que se seja realista no segundo sentido, não se é um realista (“Um jurista não é um realista se ele negligenciar este fato”, “eles não podem ser realistas se não estiverem atentos a isso...”).³⁹⁴

De acordo com Radin, “o inimigo inerente do realismo é o conceptualismo”, considerado como “a teoria segundo a qual existe um número de princípios que podem ser expressos de forma esquemática”. Por essa teoria, “qualquer situação pertence, quase ao primeiro olhar, à área de referência de um desses princípios, que pode ser reduzido em escopo por um processo de dedução pseudoformal até que a possibilidade de subsunção do caso em alguma subdivisão dele seja demonstrada logicamente”.³⁹⁵ A fraqueza das teorias conceptualistas do direito seria que elas teriam “continuado a se apegar à esperança de que o desejo por justiça e o interesse pela realidade são compatíveis com um método que, por seus termos, pode dispensar a realidade e conhece a justiça apenas na forma” de “uma série de regras formuladas em palavras fixas ou generalizadas”.³⁹⁶

O realismo é o “inimigo jurado do conceptualismo”, mas ele não nega a lógica formal e pode encontrar um uso para o conceptualismo: um uso “mnemônico e expositivo” não desprezível. O realismo também não nega que haja um efeito na mente das pessoas (e dos juízes) da “economia de pensamento e harmonia de estrutura”: o realismo não teme o silogismo e nem nega sua contribuição na determinação de resultados judiciais. A única coisa é que o realismo se vale do conceptualismo para esses fins específicos

³⁹⁴ *Ibid.*, p. 824-825, tradução nossa.

³⁹⁵ *Ibid.*, p. 826, tradução nossa.

³⁹⁶ *Ibid.*, p. 826-827, tradução nossa.

(mnemônicos, explicativos etc.) e é cético em relação ao tamanho de sua contribuição para os resultados judiciais.³⁹⁷

4.5.3 Como os juízes pensam e como controlá-los e discipliná-los

Para uma leitura mais aproximada do que Radin quer dizer ao afirmar um lugar limitado de influência dos “conceitos”, “princípios”, “categorias” etc., é preciso a consideração de um outro trabalho seu: o influente “*The theory of judicial decision: or how judges think*”, publicado na *American Bar Association Journal* em 1925.

Radin imagina a situação do fictício juiz Zurishaddai Perkins, um erudito do grande estado do Connecticut que “conhece todas as decisões que já foram proferidas desde a fundação da histórica *Commonwealth*”. Diante de Zurishaddai Perkins aparece o caso de Obadiah Applegate contra Ezekiel Chuzzleworth.³⁹⁸ Applegate alega que vendeu mercadorias a Chuzzleworth e que não recebeu seu pagamento. Chuzzleworth apresenta objeções. O que Zurishaddai Perkins realmente faz? Ele busca em sua mente os “princípios da justiça”, divide-os dentro das classes I, II e III e, dentro da classe III, procura subclasses e subclasses, até encontrar aquela em que aqueles seres humanos específicos se subsumirão perfeitamente? “Por algum motivo”, Radin não acredita que algo assim aconteça. Mas então Zurishaddai Perkins pensará: “Eu conheço Chuzzleworth, ele é um trabalhador, uma pessoa simples”, alguém que “frequenta a igreja no Sabbath”, enquanto “Applegate é rico, gordo, engomado e não merecedor”; então, pelo melhor interesse da equidade, acolho as objeções? Também não parece um cenário crível.³⁹⁹

Então, o que de fato acontece na mente do juiz Perkins? Para Radin, não é difícil intuir. O caso Applegate v. Chuzzleworth é parecido, embora não igual, a muitos outros;

³⁹⁷ *Ibid.*, p. 827-828, tradução nossa. Radin foi considerado o principal exemplo de uma suposta contradição interna que teria acometido os realistas: criticar a suposição de que as decisões judiciais seriam mera aplicação lógico-formal daquilo que se encontra nos livros de direito e, ao mesmo tempo, pretender um conhecimento científico do direito, como se fosse possível a previsão dele (sobre esta suposta contradição, conferir DUXBURY, Neil. **Patterns of american jurisprudence**. Oxford: Oxford University Press, 1995). Trata-se, porém, de um erro de interpretação: proclamar a possibilidade de um conhecimento jurídico científico, de uma previsão do comportamento judicial e do uso de “conceitos” nessas empreitadas não é incompatível com negar que a atividade judicial seja mera aplicação lógico-dedutiva do que se encontra nos livros de direito e passível de ser prevista com certeza absoluta, como queriam os formalistas discípulos de Langdell. Sobre o tema, cf. MALAGOLI, Luca. El negocio de la profecía: Concepción de la ciencia jurídica, teoría de las decisiones judiciales y teoría de la interpretación de los documentos legislativos en la obra de Max Radin. **Revus Online**, v. 42, 2020. Disponível em: <https://journals.openedition.org/revus/6696>. Acesso em: 13 maio 2025.

³⁹⁸ É de surpreender que ninguém tenha pensado em atribuir a Max Radin a identidade de Thomas Pynchon.

³⁹⁹ RADIN, Max. The theory of judicial decision: or how judges think. **American Bar Association Journal**, v. 11, n. 6, p. 357-362, Jun. 1925, p. 357, tradução nossa.

é parecido com o caso de alguém que entrega uma limusine e não recebe pagamento e com o caso de alguém que entrega um saco de batata e não recebe pagamento. Esses casos vêm à mente do juiz Perkins quando ele se defronta com o caso *Applegate v. Chuzzleworth*, simbolizados por uma generalização. Atrelado a essa miríade de casos simbolizada por uma generalização está o entendimento de que, nesses casos, alguém como Chuzzleworth deve pagar o valor combinado. Mas as situações a que o juiz Perkins chega para comparar com *Applegate v. Chuzzleworth* não vêm à mente dele por uma dedução inevitável absorvida da contemplação do que é justo. Se a “Natureza e a Razão fossem seus únicos guias, teria sido igualmente fácil chegar a diferentes resultados”. O que de fato acontece é que as transações e suas regulações são familiares para o juiz Perkins por conta de sua experiência como cidadão e jurista. Ele as teve em mente por muito tempo. Ele as toma como dadas há mais tempo do que consegue se lembrar. Essas regras, para o juiz Perkins, se tornaram intuitivas: ele não pensa nelas; ele as considera simples e óbvias.⁴⁰⁰

O que é interessante nessa passagem de Radin é sua interpretação de que nos casos simples os juízes não decidem com base nas categorias do “direito positivo”, mas naquilo que é intuitivo para eles – por uma “*rule of thumb*”, como diria Hutcheson.

Em outros casos (normalmente casos menos ordinários e menos recorrentes), a operação, segundo Radin, fica um pouco diferente. Nesses casos, “ao invés de trabalharem de trás para frente a partir de padrões e princípios, eles trabalham de frente para trás, a partir de resultados”. Decidem os resultados que são os mais desejáveis e, uma vez tomada a decisão, encontram a categoria que permite apresentar esse resultado como se ele tivesse vindo de princípios jurídicos.⁴⁰¹ Isso é o que acontece quando as categorias e conceitos não chegam à mente do juiz de uma só vez: “Múltiplas categorias disputam em sua mente o privilégio de emoldurar a situação diante dele”. E se há essa disputa, “como agir de outra forma que não selecionar a categoria que parece para o juiz levar ao resultado mais desejável?”. Em algumas situações, a propósito, isso é dito diretamente pela corte.⁴⁰²

Nessas situações, o que faz um resultado parecer mais desejável do que outros para o juiz? Juízes são pessoas como outras quaisquer. Eles são em grande medida semelhantes a qualquer outra pessoa. Então, “se nós, em uma controvérsia na qual estamos envolvidos, conseguirmos nos livrar dos interesses pessoais que temos nela, poderíamos

⁴⁰⁰ *Ibid.*, p. 358.

⁴⁰¹ *Ibid.*, p. 358-359, tradução nossa.

⁴⁰² *Ibid.*, p. 359, tradução nossa.

adivinhar que a maior parte dos juízes gostaria de ver a mesma pessoa vencendo que nós gostaríamos de ver”. Mas, para isso, “temos de ter certeza de que desempenhamos essa difícil função de livrar completamente nossas mentes de nossos interesses pessoais no caso”. Se alguém conseguir analisar o caso com “desapego”, essa pessoa saberá “qual será a decisão provável”.⁴⁰³

É extremamente claro que o que Radin está fazendo não é prescrever, mas descrever. Não está, assim, sendo realista no primeiro sentido que ele previu em “*Legal realism*”, mas no segundo sentido (mais forte). Porém, em “*The theory of judicial decision*” Radin não deixa totalmente de discutir o que deve ser. Após descrever que os juízes se comportam, de fato, dessa maneira – e se trata de uma descrição muito lúcida e quase óbvia para quem trabalha com direito⁴⁰⁴ –, Radin dirá que eles têm “expressa autorização de uma grande escola moderna de ciência do direito” para agir dessa maneira: essa escola seria a escola da “sociologia jurídica” de Kantorowicz, Ehrlich e Dean Pound. É revelador que, ao pensar na escola de pensamento que chancela a conduta dos magistrados da forma como ela é, Radin não cita Bingham, Oliphant ou Holmes – cita Kantorowicz, Ehrlich e Pound.⁴⁰⁵

Até aqui, Radin não falou “nada sobre aquilo que parece ser o direito para um leigo, ou seja, *statutes*”. Sobre isso, Radin aborda a situação do juiz que se defronta com um *statute* do qual discorda. Radin pede a seu leitor que imagine um *statute* ideal, em que a imagem de Applegate (ou Chuzzleworth) é pintada tão claramente que o *statute* praticamente determina: decida em favor de Applegate (ou Chuzzleworth). O que acontece se o juiz estiver convencido de que eticamente, socialmente, economicamente, de acordo com os sentimentos das pessoas, Chuzzleworth precisa ganhar, embora o *statute* especifique que Applegate vencerá? O *statute* pode ser desconsiderado. Radin afirma apenas o seguinte: “Statutes várias vezes já foram desconsiderados ao serem simplesmente ignorados”. E poderiam os *statutes* ser desconsiderados deliberadamente, não apenas através de serem ignorados? Radin diz: “Curiosamente, em países acostumados com códigos surgiu uma escola de pensamento que afirma positivamente”. Radin se refere, obviamente, à Escola do Direito Livre de Fuchs e Karlsruhe (frequentemente tratada juntamente da

⁴⁰³ *Ibid.*, p. 359, tradução nossa.

⁴⁰⁴ Brian Leiter descreve um importante mérito do realismo jurídico: “Não é pequeno o mérito da Afirmação Central dos Realistas o fato de ela capturar aquilo que todo advogado praticante sabe” (LEITER, Brian. **Naturalizing jurisprudence: essays on american legal realism and naturalism in legal philosophy**. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 22, nota 37, tradução nossa).

⁴⁰⁵ RADIN, Max. The theory of judicial decision: or how judges think. **American Bar Association Journal**, v. 11, n. 6, p. 357-362, Jun. 1925, p. 360, tradução nossa.

escola sociológica de Ehrlich e Kantorowicz), que entendem que o juiz está inclusive autorizado a decidir *contra legem*. Mas para Radin, uma posição extrema desse tipo não é sequer necessária, pois um *statute* é uma afirmação geral; o *statute* descreve uma situação genérica, uma imagem com linhas tênues. O *statute*, diz Radin, “pode ser estendido para ficar muito amplo e contraído para ficar muito estreito. Se você for um pouco inteligente, ele vai pegar ou deixar de fora a situação que você está decidindo”. Para manipular a moldura dos *statutes*, além disso, as cortes desenvolveram toda uma técnica que garante que elas não tenham dificuldades com isso.⁴⁰⁶

Em um outro artigo, Radin dá informações importantíssimas para o teste de nossas hipóteses. Trata-se de “*Statutory interpretation*”, publicado na *Harvard Law Review* em 1930, no qual o autor descreve as inúmeras técnicas e os inúmeros “métodos de interpretação” de lei escrita já concebidos pela cultura jurídica. Para Radin, se a intenção dessas teorias era orientar a corte, o efeito obtido por elas é justamente o contrário: “A presença de ‘teorias’ e ‘métodos’ de interpretação múltiplos, confusos, contraditórios, sem sentido cria uma atmosfera turva sobre a corte, que não contribuiu para a clareza de pensamento”. Nesse contexto, o “bom senso de muitos juízes acaba penetrando essa cortina de fumaça para chegar a resultados que parecem satisfatórios, mas de forma frequentemente semiconsciente e quase sub-reptícia”.⁴⁰⁷

No mesmo artigo, Radin indica compreender e concordar com a preocupação com um sistema em que os juízes decidam livremente segundo suas vontades ou sentimentos: “Os perigos, quaisquer que sejam eles, envolvidos em uma *Gefühlsjurisprudenz* [jurisprudência dos sentimentos] não podem ser completamente evitados em nenhum sistema”. Mas “uma tentativa de evitá-los por declarar que juízes devem decidir a partir de princípios amplos e não a partir de situações particulares é inevitavelmente fútil”.⁴⁰⁸ Radin acrescenta:

Se existe uma contradição entre o que os juízes pensam que é desejável e o que a maioria da comunidade considera desejável, essa comunidade deve, pela função legislativa, limitar tão cuidadosamente quanto possível o campo dentro do qual o juiz pode escolher o que ele considera desejável, pelo uso de categorias mais facilmente determináveis [ou seja, menos amplas].⁴⁰⁹

⁴⁰⁶ *Ibid.*, p. 360-361, tradução nossa.

⁴⁰⁷ RADIN, Max. *Statutory interpretation*. *Harvard Law Review*, v. 43, n. 6, p. 863-885, Apr. 1930, p. 882, tradução nossa.

⁴⁰⁸ *Ibid.*, p. 884, tradução nossa.

⁴⁰⁹ *Ibid.*, p. 884, tradução nossa.

Uma comunidade não pode “se permitir usar palavras grandes, bonitas e sonoras e, depois, reclamar que as cortes não as tratam como se fossem precisas, definidas e irreverberantes”.⁴¹⁰

Apesar disso, Radin reconhece que, obviamente, existe a possibilidade de as cortes deliberadamente irem além dos limites estabelecidos pelos *statutes*: “*They might decide contra legem*”.⁴¹¹ Para isso, Radin sugere algo que parece confirmar a segunda hipótese em relação a ele:

Um sistema mais flexível e manejável de imposição da responsabilidade judicial do que qualquer um que tenhamos atualmente poderia diminuir de forma eficaz os perigos de ações arbitrárias por parte dos tribunais. Juízes que decidem *contra legem* são, sob o sistema atual, suscetíveis a *impeachment*. Esse método de disciplina geralmente colapsa pelo seu próprio peso. Mas um tribunal disciplinar que possa suspender, reprimir, remover, multar ou sentenciar à reparação pecuniária pode funcionar, ainda que a sugestão possa causar arrepio aos advogados da *common law*.⁴¹²

Radin, então, esquivando-se da tradição do *common law*, sugere não apenas meios de controle da atividade judicial pelo povo, mas também meios de responsabilização da conduta judicial *contra legem*. Isso é, claramente, incompatível com sustentar uma transferência de autoridade ou desconsiderar os princípios democráticos.

4.5.4 O que é o direito e como se fala do direito? Entre lógica e experiência

Ao longo de 1940, Radin deu uma série de aulas na universidade de Yale. Essas aulas posteriormente foram transformadas em um livro, intitulado *Law as logic and experience*. O livro, provavelmente por vir de uma série de aulas, aborda múltiplos assuntos e é algo heterogêneo. Após sua publicação e o aparecimento de algumas resenhas, Radin publicou no *Yale Law Journal*, em 1942, o artigo “*In defense of an unsystematic science of law*”. Esse artigo revisita os temas das aulas de 1940 e os reapresenta de forma organizada: Radin organiza sua própria obra em 16 pontos.

Começemos pelos dois primeiros pontos apresentados:

⁴¹⁰ *Ibid.*, p. 884, tradução nossa.

⁴¹¹ *Ibid.*, p. 884.

⁴¹² *Ibid.*, p. 884-885, tradução nossa.

1. O direito não é um sistema de regras governando a conduta humana. Sistemas desse tipo são o campo próprio da religião, da ética, da economia, da política, da sociologia e de todas as outras disciplinas que conscientemente ou inconscientemente valoram alguns exemplos do comportamento humano como melhores ou piores do que outros.

2. O direito, portanto, não tem um verdadeiro *subject matter* próprio, com exceção de seu próprio procedimento, que assume um valor independente quando, como foi o caso na maior parte dos estados ocidentais, o direito se torna o interesse especial de um grupo, mais ou menos se perpetuando a si mesmo, consistente em técnicos que desenvolvem uma terminologia especial própria e da qual eles têm muitos ciúmes.⁴¹³

Estes dois primeiros pontos sintetizam a seguinte tese de Radin: o direito não é aquele conjunto de regras que disciplina a vida das pessoas, mas somente regras associadas a um tipo muito particular de procedimento e linguagem – o procedimento, o modo de trabalhar e de se comunicar dos juristas e, principalmente, dos juízes. Direito, certamente, tem a ver com aquilo que deve e não deve ser feito. Afinal, os juristas estão “constantemente trabalhando dentro e fora das cortes dizendo a pessoas específicas que elas não devem praticar certos atos e devem praticar outros”.⁴¹⁴ Mas se o direito tem a ver com aquilo que certas pessoas em certas situações devem e não devem fazer, é curioso, diz Radin, que grande parte das experiências de que o direito trata não são reconhecidas como tal enquanto são praticadas.⁴¹⁵ Os “*juristische Handlungen* ou *juristische Tatsachen*” não são reconhecidos como tais enquanto são praticados. A “pessoa comum, cujas experiências estes fatos [jurídicos] são, não os considera fatos jurídicos quando eles ocorrem. Como eles se tornam fatos jurídicos, se é que isso acontece?”. Para Radin, a resposta é simples: “Eles se tornam fatos jurídicos a partir do momento em que um jurista começa a lidar com eles profissionalmente”. O jurista tem um “toque de Midas”: tudo o que ele toca se torna jurídico.⁴¹⁶

A experiência que é a vida do direito é, portanto, não a experiência dos juristas, mas de não juristas, e tem, em si, nenhum conteúdo, função ou coloração jurídica. Se essa experiência deve ser considerada – e eu penso que deve – como *subject matter* do direito, ela deve ser assim porque o direito não tem *subject matter* próprio, mas a exceção de seu procedimento.⁴¹⁷

⁴¹³ RADIN, Max. In defense of an unsystematic science of law. *The Yale Law Journal*, v. 51, n. 8, p. 1269-1279, Jun. 1942, p. 1270, tradução nossa.

⁴¹⁴ RADIN, Max. *Law as logic and experience*. [s.l.]: Archon Book, 1971. p. 10, tradução nossa.

⁴¹⁵ *Ibid.*, p. 14.

⁴¹⁶ *Ibid.*, p. 16, tradução nossa.

⁴¹⁷ *Ibid.*, p. 17, tradução nossa.

Experiências jurídicas poderiam ser definidas, diz Radin, como “experiências não jurídicas postas em movimento por juristas”.⁴¹⁸

Esta leitura da realidade, segundo Radin, coloca em xeque um conceito de direito compartilhado por filósofos modernos, como William Blackstone, e filósofos clássicos, como Crisipo de Solos: o conceito de “direito como algo que nos diz o que fazer e o que deixar de fazer”. Se o direito fizesse tudo isso, como se explicaria o fato de o funcionamento da realidade acontecer, em geral, independentemente do direito? Para Radin, a maior parte da função de “nos dizer o que fazer e o que deixar de fazer” é da “ética, da religião, da moral, da educação”. Se o direito é uma “*ought’ science, so are they*”.⁴¹⁹

O direito se diferenciaria, portanto, por seu procedimento altamente característico, pela forma como ele diz o que deve e o que não deve ser, e não pelo fato de dizer essas coisas. Esse procedimento se caracteriza pela presença de certos oficiais: “Para eles [ou seja, para o leigo] o direito significa juízes, juristas, xerifes, cadeias, policiais, coletores de impostos”, dentre outros.⁴²⁰ Portanto, as regras associadas a esses oficiais seriam, para Radin, o direito. Essas regras são casuísticas, contraditórias entre si e apenas imperfeitamente apresentáveis como integrantes de um sistema lógico. Apesar disso, elas apresentariam coerência suficiente para poderem ser objeto de estudo e para poderem ser comunicadas.⁴²¹ E isso nos leva aos dois próximos pontos de Radin, que extraem o lugar da lógica no direito – ao lado do lugar da experiência:

⁴¹⁸ *Ibid.*, p. 17, tradução nossa. Em outra passagem, Radin diz: “A maior parte da experiência humana é, portanto, habitual e inconsciente e, conseqüentemente, apenas muito raramente determinada pela aplicação consciente de normas, pelo menos de normas jurídicas. E quando normas são utilizadas, elas se baseiam em padrões que foram criados por sistemas de regulação como a ética ou a religião, ou por determinações quase-legislativas dentro dos próprios grupos” (*Ibid.* p. 25, tradução nossa).

⁴¹⁹ *Ibid.*, p. 18.

⁴²⁰ *Ibid.*, p. 13. Apesar disso, Radin entende que mesmo em sociedades onde não há total segregação de um corpo de oficiais organizados e que tem como função exclusiva solucionar casos que não seriam resolvidos de outra forma, ainda assim é possível que seja localizável o exercício de funções análogas à judicial. Isso significa que, para ele, o direito se diferencia (ainda que de forma menos clara) também em sociedades que não tenham algo como um Poder Judiciário organizado. Em essência, é esse o conteúdo dos pontos 6 e 7 de seu artigo “*In defense of an unsystematic science of law*” (1942).

⁴²¹ Diz Radin: “A fórmula estabeleceu a noção de que o direito é uma espécie de matemática que poderia ser manejada por funcionários que jamais precisariam ser submetidos à dolorosa operação de viver; e essa noção sempre foi singularmente sedutora porque nos promete a conquista fácil dos grandes objetivos da administração judicial: certeza, imparcialidade e permanência [...] Certamente, palavras e termos não são desprezíveis no direito. No direito como lógica, eles são os elementos que se somam, subtraem, dividem, diferenciam e integram; e, se forem inexatos ou ambíguos, teremos os tipos de equações que merecemos. No direito como experiência, os termos que usamos são certamente de mais do que importância secundária. Dizer que nos preocupamos com ideias e não com palavras é, por si só, insuficiente” (RADIN, Max. **Law as logic and experience**. [s.l.]: Archon Book, 1971. p. 3-4, tradução nossa). A posição de Radin é semelhante àquela de Yntema e de Bigham: sem negar a existência e a importância da lógica, do racionalismo e dos conceitos e abstrações no direito, os realistas reconhecem

3. Direito é a soma de generalizações derivadas de julgamentos que um grupo definido de oficiais, geralmente juízes e pessoas como juízes, fizeram ou provavelmente farão a respeito do comportamento humano. Esses julgamentos são mediata ou imediatamente derivados dos valores criados por essas outras disciplinas [ética, religião, moral etc.]. Eles compõem uma miscelânea, são casuísticos, historicamente determinados, inevitavelmente contraditórios e só podem ser organizados sob generalizações de forma muito imperfeita.

4. Essas generalizações imperfeitas, como são mesmo no que diz respeito ao campo dos juízos jurídicos, e sujeitas, como são, a mudanças por inclusão e exclusão, são suficientemente estáveis em qualquer “sistema jurídico” para serem os meios de se estudar e expor “o direito” e de justificar novos julgamentos de acordo com a facilidade com que eles podem ser encaixados na generalização estabelecida.⁴²²

De toda essa análise, Radin conclui que o direito e seu procedimento peculiar são, na verdade, chamados à resolução majoritariamente de casos marginais. Em geral, os conflitos são resolvidos sem referência a esse corpo organizado dotado de procedimento característico, mas por referência às categorias da ética, da moral, da religião e outras categorias construídas por hábito e por cultura na sociedade. É quando “a situação está fora das classificações gerais óbvias, quando ela pode ser chamada de marginal ou excepcional” que “é suficientemente provável que se chame o direito para julgá-lo”. Apesar disso, “quando o direito fala nesses casos marginais, ele usa uma linguagem de uma experiência muito mais generalizada”. Juristas “que vivem e trabalham nessa marginalidade da experiência humana usam palavras que professam cobrir uma área mais geral dessa experiência e não apenas a marginalidade”. Porque o “leigo espera isso de um jurista” e porque “juristas compartilham, é claro, a inclinação de tornar suas afirmações tão amplas e magníficas quanto possível”.⁴²³ Em síntese:

8. Qualquer julgamento jurídico particular é expresso em termos de maior ou menor generalidade. Ele é derivado, porém, de uma decisão atual ou conjecturada em um caso específico no qual um indivíduo ou pedido único é concedido ou negado. [...]

que essa importância tem seu lugar na comunicação e organização das ideias – sendo que ela frequentemente importa em uma simplificação e redução de complexidade. Em outra passagem, Radin criticará aqueles que tentam transformar o direito em matemática, pois operar matematicamente com as figuras jurídicas envolve abstrações e simplificações que tornam mais fácil o trabalho do jurista. Mas elegância, mnemônica e facilidade comunicativa não podem ser fins neles mesmos (RADIN, Max. **Law as logic and experience**. [s.l.]: Archon Book, 1971. p. viii). Neste ponto, a crítica de Radin é semelhante à de Oliphant, de que diante do aumento de complexidade da realidade, a teoria, ao invés de ter criado mais categorias específicas, reduziu o número de categorias, aumentando a abstração.

⁴²² RADIN, Max. In defense of an unsystematic science of law. **The Yale Law Journal**, v. 51, n. 8, p. 1269-1279, Jun. 1942, p. 1270, tradução nossa. Radin, a seguir, inclui um comentário interessante: “Este último fato [ou seja, que generalizações imperfeitas podem ser facilmente encaixadas nos casos] não é, por si só, considerado justificável suficiente para o julgamento, embora ele sirva de base para escolha quando múltiplos julgamentos, todos igualmente válidos pelos *standards* mencionados [ou seja, da ética, da moral, da religião etc], são possíveis” (*Ibid.*, p. 1270). Este é o quinto ponto de Radin.

⁴²³ RADIN, Max. **Law as logic and experience**. [s.l.]: Archon Book, 1971. p. 28-30, tradução nossa.

9. O “direito” como uma generalização de julgamentos jurídicos é sempre incompleto, pois ele está sempre preocupado com uma questão específica ainda não decidida e com milhares de questões já decididas. A prognose dessa decisão envolve uma estimativa antecipada dos fatores que vão determinar o futuro julgamento. A despeito da variedade e do número de fatores, a estimativa antecipada é altamente provável em um número de casos, de modo que as afirmações jurídicas podem ser feitas com um razoável grau de certeza e precisão [...]

10. Decisões serão conseqüentemente chamadas principalmente no que pode ser chamado *marginal cases*, nos quais a prognose é difícil e incerta. É esse fato que faz com que o corpo de julgamentos jurídicos pareça menos estável do que ele realmente é.⁴²⁴

Nestes dez primeiros pontos, Radin forneceu informações sobre suas opiniões a respeito daquilo que é o direito e de quais são as características do direito. Situou o conceito de direito no mundo do *Sein* e no campo daquilo que fazem os juízes. Em vários momentos, reafirmou a ideia que já aparecia em artigos anteriores no sentido de que, na maioria das vezes, a inserção de categorias lógicas no discurso judicial é um movimento posterior, que toma lugar quando a decisão já está tomada.⁴²⁵ Radin, porém, procurou se situar a meio caminho na polêmica entre nominalismo e conceptualismo: conceitos e abstrações existem e denotam entes da realidade; eles são imprescindíveis para a comunicação jurídica. Mas os conceitos jurídicos têm referentes na realidade (ou seja, a conduta judicial) e esses referentes são heterogêneos, de modo que o conceito importa uma simplificação imperfeita. As últimas ideias de Radin abordadas são interessantes: existe uma demanda social para que os julgamentos dos juristas sejam baseados em categorias mais amplas; existe uma vontade de justiça da sociedade que se traduz em uma demanda para que os casos sejam premissas menores de silogismos cujas premissas maiores existem antes do próprio caso. Mas os casos levados aos juristas (e notadamente aos juízes) tendem a ser justamente aqueles que não se amoldam tão facilmente às premissas maiores da ética, da moral, da religião etc. (que, por sua vez, também são as premissas maiores do direito, já que o direito não se diferencia pelo seu conteúdo, mas por sua forma, por seu procedimento) ou que se enquadram em mais de uma categoria de mais de uma premissa maior. O resultado é que o juiz decide por *hunch*, para emprestar a expressão de Hutcheson, e, posteriormente, declara que baseou seu entendimento em uma das categorias em disputa – já que há mais de uma disponível. Nesse processo, diz Radin, é possível que o

⁴²⁴ RADIN, Max. In defense of an unsystematic science of law. *The Yale Law Journal*, v. 51, n. 8, p. 1269-1279, Jun. 1942, p. 1271, tradução nossa.

⁴²⁵ Diz Radin: “Na maior parte das vezes, como Cardozo tão brilhantemente nos mostrou, o movimento pode ser melhor descrito como sendo para trás, e não para frente. Temos nossa conclusão antes mesmo de termos nossa premissa maior” (RADIN, Max. *Law as logic and experience*. [s.l.]: Archon Book, 1971. p. 9, tradução nossa).

fator determinante sejam preconceitos ou arbitrariedade judicial. Para diferenciar uma decisão baseada em justiça de uma decisão arbitrária, o critério só pode ser, para Radin, descobrir se esse entendimento a respeito do que é justo é ou não compartilhado por mais pessoas que não o juiz.⁴²⁶

Nos próximos pontos em “*In defense of an unsystematic science of law*” e no restante de *Law as logic and experience*, Radin dará algumas informações sobre o que, na opinião dele, seria uma boa forma de administração da justiça. Primeiro, o autor descreve o fato de que, quase sempre, quando um caso chega a um juiz é composto por “experiência morta”. Um juiz é quase sempre chamado a reconstruir o passado. Reconstituir algo que já aconteceu para chegar perto de ter novamente a experiência já tida. E, depois, corrigir o passado. Mas reverter a irrevogabilidade dos fatos é uma tarefa que somente o demônio de Maxwell é capaz de cumprir.⁴²⁷ Radin passa boa parte do segundo capítulo do livro discorrendo sobre as dificuldades em um julgamento com essa racionalidade: a de corrigir o que foi feito de errado no passado. Em seguida, Radin conta ao leitor uma história – que não lembra bem se lhe foi contada ou se ele próprio inventou –

⁴²⁶ Essa ideia aparece em várias passagens: “Na grande maioria dos casos, um tribunal que precisa escolher uma fórmula entre generalizações ambíguas apresentadas por estatutos ou precedentes será guiado por um vago senso de justiça e afirmará que foi orientado por esse princípio. E esse senso de justiça faz parte do equipamento moral e mental do tribunal. Como distinguir esse senso de justiça de um preconceito pessoal enraizado? Como diferenciá-lo de uma peculiaridade emocional caprichosa? A resposta só pode se basear no grau em que esse senso é compartilhado por outras pessoas [...] É justamente para evitar o capricho e a arbitrariedade que o juiz tem sido cada vez mais restringido por estatutos, que a teoria do precedente foi criada e que, nos sistemas que professam rejeitar o precedente, uma tradição doutrinária e acadêmica de autoridade foi colocada em seu lugar” (RADIN, Max. **Law as logic and experience**. [s.l.]: Archon Book, 1971. p. 156-157, tradução nossa). Adiante: “Evidentemente, os elementos presentes na mente do juiz que criam – ou que constituem – seu senso de justiça podem comprovar seu direito de assim serem chamados [ou seja, de serem chamados de justiça], se forem suficientemente comuns a um grupo amplo e diversificado de pessoas – principalmente juízes. Não há, claramente, nenhum indício de capricho nem razão para presumir arbitrariedade em uma ideia que é compartilhada por um grande número de pessoas que exercem uma função comum” (*Ibid.* p. 159, tradução nossa). Radin também fala em outros critérios, como o ideal kantiano de que as pessoas são fins em si mesmas e não meio (que aparece como ponto 15 em “*In defense of an unsystematic science of law*”), mas ao final conclui que nenhum critério objetivo é propriamente possível, pois a ideia de justiça envolve valorações emocionais. Nas palavras de Radin: “Mas havia uma doutrina paralela – e humanamente mais satisfatória, emocionalmente mais satisfatória – que afirmava que o melhor tipo de justiça era determinado por um senso irracional de fraternidade humana, por uma concessão à humanidade que, nesse caso, era o mesmo que humanidade no sentido de compaixão [...] O direito não é a razão correta, nem o meio para uma vida boa, nem a estrutura da sociedade, nem o alicerce do mundo, nem a harmonia das esferas. É uma técnica de administração de um mecanismo social complicado – tão complicado que alcança, em algum ponto, quase todas as esferas da conduta humana, mas muitas vezes apenas de forma superficial. Essa técnica não pode prescindir nem da lógica nem da experiência. Mas o direito não será um bom direito ao tornar-se uma técnica perfeitamente refinada, seja em termos de lógica, seja de experiência. Isso só pode ser alcançado quando homens justos desempenham a tarefa técnica do direito tendo diante de si a antiga fórmula – *ut inter bonos bene agier oportet* – como homens bons devem agir quando agem humanamente” (*Ibid.*, p. 162-164, tradução nossa).

⁴²⁷ RADIN, Max. **Law as logic and experience**. [s.l.]: Archon Book, 1971. p. 48-49.

sobre um Amir do Afeganistão e sobre um julgamento proferido por ele. Havia um campo entre as propriedades de dois súditos do Amir e ambos alegavam que aquele campo lhes pertencia. O Amir perguntou a um dos súditos: tens um filho? O súdito respondeu: sim! O Amir perguntou ao outro: tens uma filha? O súdito respondeu que sim e, então, o Amir disse: então casem estes dois jovens e deem a eles o campo. A solução pareceu boa para os súditos: uma forma de satisfazer as vontades das duas partes. Havia um inglês presente durante o julgamento. O inglês perguntou ao Amir: o que Vossa Alteza faria se eles não estivessem dispostos a casar seus filhos? E o Amir respondeu: neste caso, eu provavelmente mandaria enforcar os dois e tomaria o campo.⁴²⁸

A história é representativa de uma técnica de decisão que não está muito preocupada em fazer o caso ser a premissa menor de um silogismo cuja premissa maior o antecede (isso fica claro na resposta do Amir ao inglês), mas que está preocupada com outra coisa: diante da situação e da realidade como se encontra, encontrar a solução que melhor satisfaça a vontade das partes. Não há aqui preocupação em reconstruir o passado e corrigi-lo. O objetivo é prospectivo: é, pensando no futuro, criar a situação mais favorável aos interesses das partes.⁴²⁹ Radin dirá que, em muitos casos, esse tipo de racionalidade é uma boa alternativa para a administração da justiça. Quando o direito é chamado a tomar parte na reestruturação de empresas ou de negócios, melhor do que procurar culpados é buscar uma saída que melhor satisfaça os interesses dos envolvidos. Em questões de família essa racionalidade também pode funcionar muito bem.⁴³⁰

Embora Radin queira que as decisões sejam dessa maneira, quando possível, o autor reconhece que essa racionalidade não funcionará bem em todos os casos: por exemplo, no âmbito penal, condenar as pessoas com base no que elas poderão fazer no futuro não parece justo.⁴³¹

Nenhuma chave única servirá ao direito. Se em algumas matérias o método de julgamento a partir de conduta passada parece menos desejável do que uma aproximação do método de reajustamento, reconciliação, apaziguamento prospectivo, isso não significa que uma análise prospectiva seja sempre melhor.⁴³²

⁴²⁸ *Ibid.*, p. 65.

⁴²⁹ *Ibid.*, p. 66, 99.

⁴³⁰ *Ibid.*, p. 100.

⁴³¹ *Ibid.*, p. 108.

⁴³² *Ibid.*, p. 101.

A única coisa que, para Radin, não poderia variar no julgamento é a utilização do senso de justiça,⁴³³ como uma análise humana não racional, nem pautada pela lógica e nem pautada pela experiência. Em síntese:

11. O tempo determinante dos julgamentos quase sempre foi o tempo em que ocorreu o conflito de interesses que exigiu uma decisão judicial. Esse tempo é necessariamente um tempo passado e a reconstrução completa desse tempo passado, sobre a qual a decisão deve ser baseada, é uma impossibilidade óbvia. A reconstrução pode, claro, ser aproximada, mas em grande parte é artificial e muitas vezes criada a partir de padrões gerais derivados da experiência registrada.

12. Em alguns casos, é possível desconsiderar o elemento passado e basear a decisão em uma desejável reorganização prospectiva das relações das partes afetadas, sejam elas litigantes ou não. Essa é a situação em certos tipos de julgamentos nos quais grandes grupos de interesses comerciais estão simultaneamente envolvidos, como na reorganização corporativa, e também em casos nos quais grupos econômicos estão em conflito, como em casos trabalhistas.

13. É muito duvidoso se esse método pode ser geralmente estendido a conflitos entre indivíduos, uma vez que a reorganização prospectiva exige a aplicação de uma escala de valores menos propensa a ser amplamente aceitável do que aquelas usadas para corrigir injustiças passadas.

14. O único valor que nunca pode ser completamente desconsiderado em qualquer julgamento legal é aquele baseado em um senso de justiça aceito. O fato de que os componentes desse senso de justiça variam consideravelmente no espaço e no tempo é demonstrável. Mas também é demonstrável que, para tipos de sociedades desenvolvidas ao longo de muitos séculos, alguns desses componentes têm sido permanentes.

15. Desses componentes permanentes, a noção de que cada ser humano é um fim em si mesmo, conforme expressa a fórmula kantiana, é talvez a mais provável de ser o núcleo de qualquer readaptação do senso de justiça às mudanças econômicas e sociais. A partir dela, os valores simbolizados pelas palavras liberdade e fraternidade podem, eu acho, se desenvolver com maior facilidade.

16. Em qualquer corpo de julgamentos legais, uma reavaliação em termos de justiça é, de vez em quando, inevitável. Mas o fato de a aplicação de julgamentos legais frequentemente ser confiada a um corpo institucionalizado de técnicos especialistas torna provável que a reavaliação será tentada apenas quando a conformidade com um conjunto tradicional de generalizações levar a resultados amplamente divergentes do senso de justiça aceito, seja em seus elementos permanentes ou em alguns dos mais marcantes criados por circunstâncias especiais de tempo e lugar.⁴³⁴

Estes últimos pontos deixam claro que a ideologia de Radin é uma que gostaria que as decisões judiciais adotassem, em alguns casos, uma postura prospectiva, não tanto centrada em corrigir o passado, mas mais em reorganizar a realidade com vistas para o futuro. Isso sem nunca abandonar um senso de justiça baseado na ética kantiana, em um ideal de justiça que a iguala àquilo que é considerado certo pela comunidade em geral e

⁴³³ Sobre isso, cf. nota 427.

⁴³⁴ RADIN, Max. In defense of an unsystematic science of law. *The Yale Law Journal*, v. 51, n. 8, p. 1269-1279, Jun. 1942, p. 1272, tradução nossa.

em um ideal que considera a justiça uma atitude emocional, não racional, mas eminentemente humana.

4.6 FELIX COHEN E O MÉTODO FUNCIONAL

4.6.1 Introdução

Ao contrário de seu pai, Morris R. Cohen – que era um crítico do realismo –, Felix Cohen se tornou conhecido como um nome importante do realismo jurídico dos Estados Unidos. O autor, porém, não aparece na lista de Llewellyn em “*Some realism about realism*”. Edwin Patterson apontou esta como uma omissão notável.⁴³⁵ O autor é citado, em mais de um artigo de Leiter, como um dos representantes do realismo. Ao longo de “*Naturalizing jurisprudence*”, porém, sua única obra citada é o relevante artigo “*Transcendental nonsense and the functional approach*”, de 1935.

A ele podemos acrescentar “*The problems of a functional jurisprudence*”, publicado na *Modern Law Review* em 1937, “*Modern ethics and the law*”, publicado na *Brooklyn Law Review* em 1934, e o livro *Ethical systems and legal ideals*, de 1933.

4.6.2 A crítica às categorias “transcendentais” no direito: em direção a uma ciência do direito funcionalista

No artigo de 1935, “*Transcendental nonsense and the functional approach*”, Felix Cohen apresenta algumas críticas àquilo que ele chama de “*transcendental nonsense*” no pensamento jurídico. Para Cohen, “em todos os campos do direito nós devemos ser capazes de encontrar o mesmo hábito de ignorar questões práticas de valor ou fatos positivos e tomar refúgio em ‘problemas jurídicos’ que podem sempre ser resolvidos pela manipulação de conceitos jurídicos”. Em “todos os campos do direito nós encontramos conceitos peculiares que não são definidos nem em termos de fatos empíricos nem em termos de ética”. “*Corporate entity, property rights, fair value, e due process* são conceitos desse tipo. Assim como *title, contract, conspiracy, malice, proximate cause* e todas as

⁴³⁵ PATTERSON, Edwin. **Jurisprudence**: men and ideas of the law. Brooklyn: Foundation Press, 1953. p. 537, nota 7.

outras palavras mágicas da ciência do direito tradicional”, aponta Cohen. Para ele, “discussões jurídicas em torno desses termos são necessariamente circulares, já que esses termos são, eles próprios, criações jurídicas”. Essas discussões são tão valiosas para o conhecimento quanto “a descoberta médica de Moliere de que ópio faz as pessoas dormirem porque contém propriedades soníferas”.⁴³⁶ Em suma:

Conceitos jurídicos (por exemplo, *corporations* ou *property rights*) são entidades sobrenaturais que não têm realidade verificável a não ser aos olhos da fé. *Normas jurídicas* que se referem a esses conceitos jurídicos não são descrições de fatos sociais (como o costume das pessoas ou o costume dos juizes) e nem afirmações de ideias morais, mas sim teoremas em um sistema independente. Consequentemente, uma *argumentação jurídica* nunca pode ser refutada por um princípio moral e nem por um fato empírico. *Ciência do direito*, então, é um sistema autônomo de conceitos jurídicos, regras e argumentos, independente tanto da ética quanto das ciências positivas, como economia ou psicologia. Na verdade, é um ramo especial da ciência da *transcendental nonsense*.⁴³⁷

O argumento de Cohen pode ser mais bem compreendido por seus exemplos. Mas o ponto do autor é que, a todo momento, dentro das discussões correntes no interior da ciência jurídica, os argumentos apresentados não são refutáveis a partir de verificação de fatos empíricos e nem a partir de ética.⁴³⁸ O resultado é que não há vencedores e nem perdedores em qualquer discussão, porque os argumentos simplesmente não podem ser verificados ou falseados: discutir direito sem que os conceitos abordados se refiram à realidade é exatamente como discutir quantos anjos cabem na cabeça de um alfinete. Cohen, na verdade, rejeita como “*transcendental nonsense*” toda discussão sobre algo que não pode ser verificado: se não há verificabilidade, não há, nunca, vencedores nem perdedores na discussão e qualquer decisão sobre quem está certo e quem está errado é arbitrária. Isso fica claro em alguns exemplos de discussões em torno da *transcendental nonsense*: a pergunta “onde está uma *corporation*?” será o bastante para esclarecimento.

Quando, em uma discussão jurídica, alguém pergunta “onde está uma *corporation*?” a pergunta é obviamente subordinada à definição do que seja uma *corporation*. Mas o conceito de *corporation* não é um conceito definido de nenhuma forma que não

⁴³⁶ COHEN, Felix. *Transcendental nonsense and the functional approach*. In: COHEN, Felix. **The legal conscience**: selected papers of Felix Cohen. [s.l.]: Archon Books, 1970. p. 45-46, tradução nossa.

⁴³⁷ *Ibid.*, p. 46, tradução nossa.

⁴³⁸ Como será melhor abordado adiante, a ética em Cohen é, também, um estudo empírico, verificável e, por isso, passível de ser científico: “*Modern ethics is, above all, matter-of-fact*” (COHEN, Felix. *Modern ethics and the law*. In: COHEN, Felix. **The legal conscience**: selected papers of Felix Cohen. [s.l.]: Archon Books, 1970. p. 29. Cf. *Ibid.*, p. 24 *et seq.* Amplamente, sobre o tema, cf. COHEN, Felix. **Ethical systems and legal ideals**: an essay on the foundation of legal criticism. [s.l.]: Falcon Press, 1933.

jurídica. Quando se fala de *corporation* não necessariamente se fala em um algo existente no mundo do espaço e do tempo, mas possivelmente se fala em algo diferente. O resultado é que, como nada se sabe dessa tal *corporation*, qualquer coisa que se diz dela pode ser considerada verdadeira ou falsa, sem a possibilidade de verificação pela comparação com a realidade. Cohen cita casos em que se disse que uma *corporation* estava em uma dada cidade porque nessa cidade, de fato, havia um prédio com o nome dela e vários funcionários cujos nomes apareciam em contratos com ela. Do fato de o estabelecimento e os funcionários da *corporation* estarem naquela cidade derivou-se que, provavelmente, a própria *corporation* também estaria lá. Mas Cohen também cita casos em que se entende que, embora o estabelecimento e os funcionários da *corporation* estejam em dada cidade, não seria possível dizer que a própria *corporation*, que é conceitualmente distinta do estabelecimento e dos funcionários, está naquela cidade também.⁴³⁹

Contra isso, Cohen diz o seguinte:

Nosso sistema jurídico é cheio de conceitos sobrenaturais, ou seja, conceitos que não podem ser definidos em termos de experiência, e dos quais supõe-se que todo tipo de decisão empírica deveria seguir. Contra esses conceitos não verificáveis a ciência jurídica moderna apresenta um ultimato. Qualquer palavra que não possa encontrar correspondência nos fatos deve ser declarada falida e não vamos mais discutir sobre ela.⁴⁴⁰

Esta é a primeira fundação do que Cohen chama de “*functional jurisprudence*”: o abandono de conceitos que não encontrem correspondência na realidade.

A segunda fundação da ciência jurídica proposta por Cohen (*i.e.*, da ciência jurídica que segue o método funcional) é uma extensão à ciência jurídica do método funcional aplicado em outras ciências. Ela é resumida pela seguinte frase: “*A thing is what it does*”. Em outras palavras:

Ao invés de assumir causas escondidas ou princípios transcendentais por detrás de tudo o que vemos ou fazemos, nós devemos redefinir os conceitos do pensamento abstrato como construções, funções, complexo, padrões, arranjos das coisas que nós efetivamente vemos ou fazemos. Todos os conceitos que não podem ser definidos em termos dos elementos da experiência são sem significado.⁴⁴¹

⁴³⁹ COHEN, Felix. Transcendental nonsense and the functional approach. *In*: COHEN, Felix. **The legal conscience**: selected papers of Felix Cohen. [s.l.]: Archon Books. p. 34-37.

⁴⁴⁰ *Ibid.*, p. 48, tradução nossa.

⁴⁴¹ *Ibid.*, p. 52, tradução nossa.

Esta segunda fundação, também compreensível como uma simples consequência da primeira, colocaria Felix Cohen sob a mira da crítica que seu pai, Morris Cohen, dirigiu a Bingham: pensar que “*a thing is what it does*” e nada mais e que, portanto, só podemos levar em consideração conceitos que se refiram ao mundo empírico não seria uma forma de nominalismo? A resposta teria de ser a mesma que Yntema deu à crítica de Morris Cohen: Felix Cohen não está propriamente negando a existência das construções abstratas do pensamento. Ele apenas defende que elas sejam tomadas por aquilo que elas são: funções, arranjos, organizações, formas de expressar e comunicar entes existentes no mundo do espaço e do tempo. A existência desses entes é ligeiramente diferente da existência das categorias abstratas do pensamento: estas últimas existem como função dos entes a que elas se referem, como nome, título, forma de comunicar ou de falar a respeito deles. Portanto, não têm uma existência se não como sendo precisamente isso: o conceito é o que ele faz e, portanto, é apenas uma forma de comunicar aquilo a que ele se refere.

Para Cohen, o método funcional levou Russell a, na matemática moderna, afirmar que os chamados “*sign numbers*” (como $+7$ e -7) não são propriamente números, mas sim funções de números: $+7$ significa apenas a operação de mover-se de um inteiro para seu sucessor repetida 7 vezes; e -7 significa mover-se de um inteiro para seu antecessor 7 vezes – essas categorias ($+7$ e -7) não são números (como é o número 7), mas sim funções de números. A mesma metodologia, segundo Cohen, teria sido a que permitiu à física moderna parar de supor a existência de um éter luminífero onde as coisas se movimentam para além de apenas coisas se movimentando: a “teoria da relatividade começa com o reconhecimento de que relações entre objetos físicos envolvem uma dimensão temporal, além de uma dimensão espacial”, sendo que é apenas “conveniente para certos propósitos substituir a noção de espaçotempo por aquela de espaço”, por exemplo.⁴⁴² A mesma coisa acontece com a noção contemporânea de “comprimento”, por exemplo. Se antes o “comprimento” era um algo existente, agora “o conceito é sinônimo com o grupo de operações correspondentes. Se o conceito é físico, como o de comprimento, as operações em questões são físicas, ou seja, aquelas pelas quais se mede o comprimento”. Em outras palavras: o comprimento não é mais um algo específico existente de forma autônoma, mas nada

⁴⁴² *Ibid.*, . p. 52-53, tradução nossa.

mais do que uma palavra que se usa para denotar genericamente o resultado de operações de medição.⁴⁴³

Holmes, na interpretação de Cohen, teria efetuado exatamente essa operação na ciência jurídica: tomar um conceito exatamente por aquilo a que se chega quando se cumprem as operações usadas para obter o conteúdo desse conceito. Holmes teria “oferecido a base lógica para redefinir todo conceito jurídico em termos empíricos, i.e. em termos de decisões judiciais”.⁴⁴⁴ O motivo dessa redefinição é, em primeiro lugar, de natureza científica: nos Estados Unidos, a teoria tradicional procura retirar da conduta judicial conceitos, categorias, princípios, como se esses conceitos, categorias e princípios tivessem uma existência autônoma, independente e preexistente à própria conduta judicial. O movimento realista, nesse aspecto, apenas procura paralelizar a redefinição do conceito de comprimento e o abandono do éter luminífero: enxergar com clareza que não há motivos para crer que há um algo além do padrão de comportamento judicial que se localiza pela busca de padrões de comportamentos judiciais. Aqui, o valor inspirador é, no máximo, o princípio de parcimônia, um princípio orientador de prudência científica.

Um segundo motivo para a redefinição consiste no reconhecimento da insuficiência da visão tradicional do direito: Cohen cita mais de uma vez que, para a empreitada do advogado que “pretende usar” as “forças sociais que controlam o comportamento judicial”, a “familiaridade com as palavras de decisões passadas e a habilidade de manipulação de conceitos jurídicos” não são o bastante.⁴⁴⁵

Em terceiro lugar, ao definir o conceito de direito dessa maneira – ou seja, tomando o direito como uma função do empírico –, Holmes teria possibilitado a crítica ao direito pela moral:

O mundo fantasmagórico de entidades legais sobrenaturais a quem as cortes delegavam a responsabilidade moral de decidir casos esvanece; em seu lugar nós vemos conceitos jurídicos como padrões do comportamento judicial, comportamento este que afeta vidas humanas para melhor ou pior e é, portanto, passível de crítica moral.⁴⁴⁶

⁴⁴³ *Ibid.*, p. 53, tradução nossa. Nesta passagem, Cohen cita WU, John C. H. **Realistic analysis of legal concepts: a study in the legal method of Mr. Justice Holmes**. *China Law Review*, 1932. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/chinlr5&div=5&id=&page=>

Acesso em: 10 abr. 2025. Para mais sobre a interpretação de Wu sobre Holmes, cf. WU, John C. H.

The juristic philosophy of Justice Holmes. *Michigan Law Review*, v. 21, n. 5, p. 523-541, Mar. 1923.

⁴⁴⁴ *Ibid.*, p. 54, tradução nossa.

⁴⁴⁵ *Ibid.*, p. 60, tradução nossa.

⁴⁴⁶ *Ibid.*, p. 54, tradução nossa.

Da perspectiva de Cohen, então, o funcionalismo é pressuposto justamente para a viabilização da crítica ao comportamento judicial: essa posição não é compatível com uma defesa de uma transferência de autoridade. O método funcional “descobre o significado de princípios legais no comportamento efetivo de juízes, oficiais e litigantes, ao invés de fazê-lo na consideração convencional de princípios que juízes, oficiais e litigantes ‘deveriam’ seguir”.⁴⁴⁷ Definir o direito como algo que existe em função da conduta judicial, portanto, não envolve atribuir o predicado de “dever ser” àquilo que se chama de direito e, portanto, a redefinição não implica uma transferência de autoridade.

Em Cohen, a redefinição do conceito de direito é defendida não sob o argumento de que ela é verdadeira, enquanto as alternativas são falsas. Para Cohen, “uma definição de direito é *útil* ou *inútil*. Ela não é *verdadeira* ou *falsa*”. Uma definição é um tipo de “seguro contra riscos de confusão”. Cohen não nega que a definição de direito como “o que as cortes fazem” carrega, em si, suas próprias ambiguidades (*e.g.*, o que é uma corte? O que uma corte faz significa o que ela de fato faz ou o que ela diz que faz?). Mas, para o autor, essas ambiguidades são bem menos graves do que aquelas existentes nos conceitos clássicos de direito, que caem em uma ambiguidade muito mais grave: a ambiguidade entre ser e dever.⁴⁴⁸

O conceito de direito a que a ciência realista se opõe é o conceito tradicional, simbolizado nos Estados Unidos pelos escritos de Blackstone: o direito são as normas “prescritas pelo poder soberano em um Estado, comandando o que é certo e proibindo o que é errado”.⁴⁴⁹ De acordo com Cohen, esta definição de Blackstone procura misturar duas ideias incompatíveis entre si, uma atribuída a Cook e outra atribuída a Hobbes.

Por um lado, Blackstone traz uma ideia de direito como uma “perfeição da razão”, algo a que se chega pela descoberta racional daquilo que é bom, justo, correto – ideia de direito atribuída a Cook. Isso aparece na parte final do conceito de Blackstone (“comandando o que é certo e proibindo o que é errado”). Aqui, dirá Cohen, as palavras “certo” e “errado” não são usadas apenas no sentido legal, mas também em um sentido ético.⁴⁵⁰ Lendo Blackstone, fica claro que o autor acredita em um direito natural e acredita

⁴⁴⁷ *Ibid.*, p. 57, tradução nossa.

⁴⁴⁸ *Ibid.*, p. 62, tradução nossa.

⁴⁴⁹ *Ibid.*, p. 63, tradução nossa. A definição de Blackstone pode ser encontrada em BLACKSTONE, William. **Commentaries on the laws of England**. Book I. Of the rights of persons. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 36.

⁴⁵⁰ *Ibid.*, p. 64.

que uma parte do “*municipal law*” que é objeto de seu conceito é reconhecimento desse direito natural. Uma outra parte, porém, é decisão sobre o que seja certo ou errado:

Pelo que foi exposto, a veracidade da primeira parte da nossa definição está (acredito) suficientemente evidente: que “o direito municipal é uma regra de conduta civil prescrita pelo poder supremo de um Estado”. Passo agora à segunda parte dessa definição: que se trata de uma regra assim prescrita, “ordenando o que é certo e proibindo o que é errado”. Ora, para que isso seja feito de forma completa, é antes de tudo necessário que os limites entre o certo e o errado sejam estabelecidos e determinados pela lei. [...] Para esse fim, pode-se dizer que toda lei consiste em várias partes: uma delas, *declaratória*, pela qual os direitos a serem observados e os erros a serem evitados são claramente definidos e estabelecidos. [...] Com relação à primeira dessas partes, a parte declaratória do direito municipal, esta não depende tanto da lei revelada ou da lei natural, mas sim da sabedoria e da vontade do legislador. Essa doutrina, que antes foi apenas brevemente mencionada, merece uma explicação mais detalhada. Aqueles direitos, portanto, que Deus e a natureza estabeleceram – e que, por isso, são chamados de direitos naturais, como a vida e a liberdade – não necessitam do amparo das leis humanas para estarem mais plenamente assegurados a cada indivíduo do que já estão; tampouco recebem qualquer força adicional ao serem declarados pelas leis municipais como invioláveis. Pelo contrário, nenhum legislador humano tem o poder de restringi-los ou aboli-los, a menos que o próprio titular cometa algum ato que implique a perda desses direitos. Do mesmo modo, deveres divinos ou naturais (como, por exemplo, o culto a Deus, o sustento dos filhos e semelhantes) não se tornam mais obrigatórios por serem também declarados como deveres pela lei do país. O mesmo se aplica aos crimes e delitos que são proibidos pelas leis superiores – e, por isso, chamados de *mala in se* (ou seja, errados por si mesmos) –, como o assassinato, o roubo e o perjúrio; esses atos não se tornam mais repulsivos por serem declarados ilegais por uma legislação inferior. Pois, nesse sentido, o legislador age, como já foi dito, em subordinação ao grande legislador (Deus), apenas transcrevendo e publicando os seus preceitos. Assim, de modo geral, a parte declaratória do direito municipal não possui força ou efeito algum no que diz respeito a ações que são naturais e intrinsecamente certas ou erradas. Porém, com relação às coisas que são em si mesmas indiferentes, o caso é totalmente diferente. Essas passam a ser certas ou erradas, justas ou injustas, deveres ou delitos, conforme o legislador municipal considerar adequado para promover o bem-estar da sociedade e realizar de forma mais eficaz os propósitos da vida civil.⁴⁵¹

Então, o pensamento de Blackstone comporta a crença em coisas que são certas e erradas objetivamente e que foram definidas assim pelo “grande legislador (Deus)”, em suas palavras. Em relação a essas coisas, o “legislador municipal” não pode fazer nada: não tem o poder de abolir as prescrições que ditam a obediência àquilo que é naturalmente certo ou a proibição do que é naturalmente errado.

Mas, ao mesmo tempo, Blackstone inclui em seu conceito a definição de direito em Hobbes, na qual “não há qualquer apelo à razão ou à bondade. O direito comanda obediência não por conta de sua bondade ou sua justiça ou sua racionalidade, mas por

⁴⁵¹ BLACKSTONE, William. **Commentaries on the laws of England**. Book I. Of the rights of persons. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 42-43, tradução nossa.

conta do poder por detrás de si”. Este, para Cohen, é o cerne da definição de direito em Hobbes – que aparece na primeira parte da definição de Blackstone.⁴⁵²

Então, em Blackstone haveria uma terrível confusão entre ser e dever. Direito é, ao mesmo tempo, aquilo que a autoridade de fato soberana comanda e aquilo que é estabelecido como “certo” ou “justo” por deus ou pelo direito natural. Esse sincretismo faria com que qualquer discussão jurídica terminasse em um círculo: “Se o legislador ou a corte discordar de uma dada teoria, trata-se apenas de uma questão de demonstrar que essa discordância é injusta, não razoável, monstruosa e, portanto, não é ‘direito justo’”. Mas, por outro lado, “o intruso moralista que objeta uma doutrina jurídica com base em ela ser injusta ou indesejável pode ser rechaçado para o reino da moralidade de onde ele veio, já que o direito é o comando do soberano e não uma questão de teoria moral”.⁴⁵³

Cohen, então, argumenta que a definição de direito como uma “salada de força política e valor ético amalgamados de forma ambígua” tem o problema de que todo conceito jurídico, regra ou questão terá a mesma ambiguidade. Quando alguém pergunta “‘há um contrato?’”, para o realista essa questão “diz respeito ao comportamento efetivo das cortes [...] A questão relativa a o que as cortes *devem* fazer é irrelevante aqui”. Cohen traz que esse tipo de questão (a questão “há um contrato?” compreendida como “um juiz provavelmente entenderá que há força obrigatória neste acordo?”) é o que “um advogado praticante bem-sucedido enfrenta e responde em qualquer caso. O direito, como o advogado realista usa o termo, é o corpo de respostas a perguntas deste tipo. A tarefa de previsão não envolve, em si, nenhum julgamento de valor ético”. Segundo Cohen, “crenças morais são uma questão completamente desinteressante para o advogado praticante, assim como para o observador científico”.⁴⁵⁴ Quem segue o conceito de Blackstone fica oscilando entre “o plano das realidades sociais e o plano dos valores”, sem parar em nenhum dos dois lugares por tempo suficiente para formular questões significantes. Essa “oscilação confusa entre o mundo dos fatos e o mundo da justiça vicia todo argumento e toda análise”.⁴⁵⁵

Em “*The problems of a functional jurisprudence*”, publicado na *Modern Law Review* em 1937, Cohen adota um tom um pouco menos combativo que o de seu artigo

⁴⁵² COHEN, Felix. Transcendental nonsense and the functional approach. In: COHEN, Felix. **The legal conscience**: selected papers of Felix Cohen. [s.l.]: Archon Books. p. 63-64, tradução nossa.

⁴⁵³ *Ibid.*, p. 65, tradução nossa.

⁴⁵⁴ *Ibid.*, p. 66, tradução nossa.

⁴⁵⁵ *Ibid.*, p. 68, tradução nossa.

de 1935. Agora, Cohen procurará demonstrar que é possível “defender a abordagem funcional na ciência do direito sem atacar as doutrinas ou as conquistas de qualquer outra escola”. Cohen lembrará das revoluções de Galileo na física, de Lobachewsky e Riemann na matemática e de Karl Marx na história: todos estes grandes pensadores não revolucionaram seus campos de pensamento, diz Cohen, rejeitando o que havia, mas sim perguntando coisas que, até então, ninguém perguntava: “quão rápido um corpo caindo cai?”, “que consequências existem se assunções geométricas diferentes das euclidianas forem adotadas?”, “como este ou aquele fenômeno se relaciona com o sistema de produção e distribuição vigente naquele tempo e espaço?”. Para Cohen, o funcionalismo na ciência do direito “não é uma refutação das teorias passadas nem um aprimoramento em nossos métodos atuais de pesquisa jurídica, mas na verdade uma insistência em certas questões que até recentemente eram ignoradas em estudos jurídicos”.⁴⁵⁶

Nesse novo trabalho, Cohen falará em dois aspectos do método funcional aplicado ao direito: “Quando aplicada ao campo do direito em si, esta abordagem leva à definição dos conceitos legais, regras e instituições em função de decisões judiciais ou outros atos de força estatal”; e “quando aplicada ao campo mais amplo do comportamento humano em geral, essa mesma abordagem leva à apreciação do direito em termos da conduta humana que é afetada pelo direito”. No primeiro campo, haveria “*realistic jurisprudence*” e, no segundo, “*sociological jurisprudence*”.⁴⁵⁷

Quanto ao direito enquanto função das decisões judiciais (“*realistic jurisprudence*”), Cohen narra que o movimento iniciou-se com alguns autores que passaram a sugerir que as palavras nos *statutes* “frequentemente têm apenas uma semelhança superficial com os *statutes* em funcionamento: uma boa parte da *statute law* acaba se revelando, sob investigação, como sem nenhuma força – *law-in-book* ao invés de *law-in-action*”. Outras partes da *statute law* receberam “novos significados em construções judiciais, administrativas e populares – significados que nunca poderiam ter sido deduzidos das palavras dos legisladores”. Assim, a leitura dos *statutes* não era capaz de fornecer um retrato

⁴⁵⁶ COHEN, Felix. The problems of functional jurisprudence. In: COHEN, Felix. **The legal conscience: selected papers of Felix Cohen**. [s.l.]: Archon Books, 1970. p. 77-78. Como escreve Malagoli, “o objetivo perseguido pelo programa de Cohen, mais do que o de refutar as outras teorias que ocupavam a cena jusfilosófica ou o de elaborar uma ‘definição do direito’ exaustiva, autossuficiente e definitiva, parece ser, isto sim, o de orientar a análise – numa perspectiva tipicamente realista – para aspectos e problemas negligenciados por outras abordagens teóricas [...] Em suma, o objetivo de Cohen parece ser uma compreensão melhor e mais aprofundada do *law-in-action*” (MALAGOLI, Luca. **We subscribe to no label: studi apologetici per John Chipman Gray, Felix S. Cohen e Karl N. Llewellyn**. Genova: Genova University Press, 2019. p. 192-193, tradução nossa).

⁴⁵⁷ *Ibid.*, p. 81, tradução nossa.

realista do direito em funcionamento. Esse mesmo espírito cético foi aplicado aos discursos oficiais dos juízes: isso levou à conclusão de que as “*opinions* passaram a ser vistas como não mais e nem menos confiáveis do que as afirmações pelas quais octagenários, campeões de golfe ou banqueiros explicam suas conquistas”. Por isso, ao invés dessas fontes pouco confiáveis, “somos convidados a examinar fatores não mencionados que levaram a uma dada decisão. Esses fatores podem abranger de fraqueza intelectual ou distúrbios digestivos até crenças políticas ou *background* econômico”.⁴⁵⁸⁻⁴⁵⁹

Esta nova abordagem, diz Cohen, é de particular interesse, além de para o cientista, para o advogado: o cliente não quer saber qual é o “estado presente do direito”, mas sim a forma como as cortes lidarão com seus processos. Essa análise inicial dos precursores do realismo e do método funcional aplicado ao direito exige uma sensível alteração na educação jurídica: o estudante de direito não pode mais apenas conhecer os *statutes* e os casos; ele precisa também conhecer a realidade na qual os *statutes* e casos atuam e as realidades que determinam a forma como as cortes funcionam.⁴⁶⁰

Mas nesse segundo artigo, Cohen também falará de outro aspecto do método funcional aplicado ao direito: o direito como um algo determinante do comportamento humano (“*sociological jurisprudence*”). Se “*a thing is what it does*” e os conceitos e regras jurídicas são o que eles fazem os juízes fazerem, o direito em si é o que ele faz o entorno social fazer. Então, é de se esperar que os efeitos que o direito tem sobre as pessoas seja algo de interesse para o cientista do direito que adota o método funcional. Apesar disso, os efeitos do direito na comunidade são um assunto que as escolas jurídicas tradicionais “acharam conveniente ignorar”.⁴⁶¹

Nesse segundo artigo, Cohen dedica um capítulo a prevenir o “uso normativo” de sua definição de direito. Para ele, “o uso normativo de definições é uma das mais comuns fontes de confusões” no pensamento jurídico. É preciso um cuidado especial contra o uso normativo do funcionalismo, porque há uma ambiguidade no significado da palavra “função”: quando alguém diz que os juízes têm como função fazer isso ou aquilo,

⁴⁵⁸ *Ibid.*, p. 81-82, tradução nossa.

⁴⁵⁹ Dizer que direito é aquilo que os juízes fazem não é exatamente a mesma coisa que dizer que o direito é algo que é criado ou gerado pelos juízes. Em outra obra, Cohen dirá o seguinte: “*Judges make law only in the way that electrons make physics, amoebae make biology and Trobrian Islanders make anthropology. What is the law, as that term is most commonly used by lawyers, is the way or pattern in which judges decide cases, and this way or pattern may be as remote from the mind of the judge as is the Gestalt psychology from Köhler’s anthropoid subject*” (s p. 12).

⁴⁶⁰ COHEN, Felix. The problems of functional jurisprudence. In: COHEN, Felix. **The legal conscience: selected papers of Felix Cohen.** [s.l.]: Archon Books. p. 85-86.

⁴⁶¹ *Ibid.*, p. 87, tradução nossa.

é possível que se esteja dizendo que os juizes devem decidir dessa ou daquela maneira (função enquanto dever) ou apenas que eles, de fato, decidem dessa ou daquela maneira (função enquanto efeitos). No primeiro sentido, trata-se de um juízo de valor, um julgamento ético. No segundo sentido, há uma descrição. Nas palavras de Cohen: “Deve ser enfatizado que a análise funcional de uma regra jurídica ou decisão é puramente um processo descritivo”. A “tarefa de valoração permanece em aberto”.⁴⁶²

4.6.3 A decisão judicial é sempre uma decisão sobre ética: Cohen responde a Hart vinte anos antes

Afirmou-se no tópico anterior que as questões jurídicas (há um contrato? onde está uma *corporation*? etc.) analisadas por um advogado ou por um cientista realista têm como respostas funções do comportamento das cortes, independentemente de qualquer tipo de juízo de valor. Mas as questões jurídicas podem ser interpretadas de uma maneira diferente, e ainda serem passíveis de respostas falseáveis, quando quem faz a pergunta é o juiz. Quando o juiz se pergunta “há um contrato?” ele obviamente não quer saber o que, provavelmente, ele próprio fará. Esse exemplo, inclusive, foi motivo de uma das principais críticas ao movimento realista, exemplificada no “*Scandinavian realism*” de Hart.⁴⁶³ Embora anos antes do artigo de Hart, Cohen já em 1925 respondeu a este ponto.

Quando um juiz põe a si mesmo essa questão [há um contrato?], enquanto elabora a *opinion*, ele não está tentando prever seu próprio comportamento. Ele está, na verdade, levantando a questão, de uma maneira obscura, sobre se alguém *deve* ou não ser responsabilizado por certos atos. Esta é inescapavelmente uma questão ética.⁴⁶⁴

Para Cohen, então, quando um juiz tem de decidir um caso, a questão que ele tem diante de si, de fato, não é uma questão sobre a previsão de seu próprio comportamento ou do comportamento de seus pares. Mas, para Cohen, também não é verdade que a solução do caso saia do juiz “*as gum comes forth from a vending machine*”. Cohen também não acredita que as questões jurídicas para o juiz consistam em um problema de “encontrar” dentro do labirinto de conceitos jurídicos desenvolvidos pela cultura jurídica,

⁴⁶² *Ibid.*, p. 93, tradução nossa.

⁴⁶³ Cf. HART, H.L.A. *Scandinavian realism*. *The Cambridge Law Journal*, v. 17, n. 2, p. 233-240, Nov. 1959.

⁴⁶⁴ COHEN, Felix. *Transcendental nonsense and the functional approach*. In: COHEN, Felix. *The legal conscience: selected papers of Felix Cohen*. [s.l.]: Archon Books. p. 67.

pelos precedentes ou pelos *statutes* a resposta que é irresistivelmente a correta. O autor dirá que essa maneira de pensar a decisão judicial é falsa e esconde que a decisão do juiz é, sim, uma escolha sobre o que é o melhor a ser feito naquele caso.⁴⁶⁵ Perceber que a decisão judicial é uma decisão sobre o que é melhor ou pior é o que permite, na perspectiva de Cohen, sujeitar a decisão judicial a crítica:

A doutrina da *slot machine*, segundo a qual os julgamentos emergem dos juízes como chicletes saem de uma máquina de vendas automática, faz com que as crenças do juiz sobre ética não terem nada a ver com seu trabalho na tribuna. Essa doutrina oferece muita ajuda e conforto para o juiz em momentos de estresse social. Não há sentido em chutar uma *slot machine*. Reclamações devem ser dirigidas aos proprietários. Protesto público contra as coisas que os juízes fazem ou dizem deve ser dirigido aos órgãos que elaboram a lei do estado ou da nação ou, quando esses órgãos se recusarem a assumir a culpa, aos *Founding Fathers*, que, estando mortos, dão ainda menos atenção ao clamor do público do que juízes vivos. Por que, de fato, qualquer juiz deveria defender seu julgamento com base na ética quando é tão mais fácil se refugiar dos protestos morais se escondendo atrás da doutrina da *slot machine*?⁴⁶⁶

Para Cohen, “é um grande desserviço da concepção clássica do direito que ela esconda dos olhos dos juízes o caráter ético de toda questão judicial, servindo para perpetuar preconceitos de classe e assunções morais não críticas que não poderiam sobreviver à luz do debate ético livre”.⁴⁶⁷

Cohen diz que muitos juízes americanos, ao decidirem, escrevem a *opinion* como se a decisão do caso particular decorresse logicamente do que foi decidido em casos passados. Mas, para o autor, uma decisão particular de um caso nunca pode decorrer, apenas através da lógica, de um corpo de casos passados, porque uma proposição geral nunca pode ser derivada apenas com base na lógica de uma proposição particular (e enquanto a decisão de um primeiro caso particular é uma proposição particular, uma *rule of law* servindo de premissa maior à decisão de um segundo caso é uma proposição geral).⁴⁶⁸ Além disso, para derivar uma regra de um primeiro caso ou de um grupo de casos, é preciso decidir que certos fatos que aparecem no caso são cruciais e que outras centenas de fatos envolvidos no caso não tiveram efeito no julgamento final e podem ser ignorados na derivação da regra. Essa decisão não exige apenas clareza de pensamento, mas também

⁴⁶⁵ COHEN, Felix. Modern ethics and the law. In: COHEN, Felix. **The legal conscience**: selected papers of Felix Cohen. [s.l.]: Archon Books, 1970. p. 17-18.

⁴⁶⁶ *Ibid.*, p. 19, tradução nossa.

⁴⁶⁷ COHEN, Felix. Transcendental nonsense and the functional approach. In: COHEN, Felix. **The legal conscience**: selected papers of Felix Cohen. [s.l.]: Archon Books, 1970. p. 67, tradução nossa.

⁴⁶⁸ COHEN, Felix. The problems of functional jurisprudence. In: COHEN, Felix. **The legal conscience**: selected papers of Felix Cohen. [s.l.]: Archon Books, 1970. p. 88.

consideração sobre o que “a corte *deve* derivar do caso passado”. E como, segundo Cohen, “a ética moderna assume para seu próprio domínio todo julgamento sobre o ‘bom’, ‘ruim’, ‘certo’, ‘errado’, ‘deve’ e ‘não deve’”, esta questão é uma questão ética.⁴⁶⁹

Assim como Ross, Cohen não nega que a definição funcionalista ou realista de direito não é a mesma adotada por um juiz ao decidir um caso com base no que ele entende ser “direito”. Mas a definição de direito em Cohen e em Ross não tem essa pretensão: aqui e lá o que os autores fazem é adotar uma definição de direito para os fins da ciência do direito. Os constantes paralelismos, em Cohen, entre os avanços de Holmes e os de revolucionários da física, da matemática, da biologia, da história, da arquitetura e das mais diversas ciências deixam esse fato claro – só não tão claro quanto a expressa diferenciação entre *gyldig* e *gældende* em Ross.

Mas o juiz, na posição dele, não recebe questões a serem respondidas em termos de ciência do direito, mas em termos de ética – em termos do que deve ou não ser feito diante daquele caso. Se o juiz entender que ele deve decidir o caso de acordo com um sistema de prescrições gerais estabelecidas por alguém que não ele – por exemplo, pelo legislador, pelo costume do povo ou por outros juizes anteriores a ele próprio –, terá acabado de tomar uma decisão ética.⁴⁷⁰ A partir daí, sua empreitada poderá ser científica, mas somente se aquilo que ele decidiu adotar como sendo as “prescrições gerais” que ele considerou que deverá aplicar for algo com referência empírica: do contrário, qualquer coisa que ele diga a respeito dessas “prescrições gerais” não poderá ser demonstrado nem verdadeiro e nem falso e teremos retornado, no máximo, à ciência especial de “*transcendental nonsense*”.

⁴⁶⁹ COHEN, Felix. Modern ethics and the law. In: COHEN, Felix. **The legal conscience**: selected papers of Felix Cohen. [s.l.]: Archon Books. p. 26, tradução nossa.

⁴⁷⁰ John Dickinson também direcionou ao realismo estadunidense a crítica que Hart direcionou ao realismo escandinavo (DICKINSON, John. Legal rules: their function in the process of decision. **University of Pennsylvania Law Review and American Law Register**, v. 79, n. 7, p. 833-868, May 1931. p. 843-844). Dickinson também disse que o conceito realista de direito não resolve o problema do juiz, que não quer saber o que ele está prestes a fazer. Cohen respondeu a essa crítica específica afirmando que ela presumia “que o dever do juiz é *encontrar* o direito ao invés de *moldá-lo*, uma assunção que nenhum realista faz” (COHEN, Felix. **Ethical systems and legal ideals**: an essay on the foundation of legal criticism. [s.l.]: Falcon Press, 1933. p. 12-13, nota 16, tradução nossa). A resposta de Cohen atribui a Dickinson a posição da teoria declaratória da jurisdição, que normalmente é considerada ultrapassada no *common law*. No *common law*, desde Bentham é relativamente claro que os juizes, de fato, criam direito ao decidir casos, e não apenas aplicam o costume do povo. A partir dessa criação judicial de direito surgem os precedentes que, tardiamente na história do *common law*, passaram a ser considerados obrigatórios pela cultura jurídica do *stare decisis*. Aparentemente, então, o comentário de Cohen (dando a entender que o realismo entende que o “dever” dos juizes é “moldar” o direito ao invés de “encontrar” o direito) é nesse sentido. Sobre a história do *common law* e do avanço da teoria declaratória para a teoria constitutiva da jurisdição, cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011. p. 24-33.

4.6.4 A resposta a John Dickinson: a crítica ao direito pode não se basear na ética?

Em 1931, John Dickinson publicou na *University of Pennsylvania Law Review* um artigo intitulado “*Legal rules: their function in the process of decision*”. Nesse trabalho, Dickinson direciona ao pensamento realista uma crítica comum: se direito é o que os juízes fazem, se tornaria difícil “encontrar um padrão apropriado de crítica ao comportamento judicial”.⁴⁷¹

A resposta a essa passagem de Dickinson veio em uma nota de rodapé do livro *Ethical systems and legal ideals*, de 1933. Na nota 16, entre as páginas 12 e 13 do livro, Cohen diz:

Dickinson argumenta que se devemos chamar a responsividade judicial a motivos inadequados de direito, se tornaria “difícil... encontrar qualquer padrão apropriado para a crítica do comportamento do juiz”. Novamente, ao assumir sem questionamento a premissa tradicional que os realistas vêm atacando, Dickinson chega ao absurdo que ele adscrive a seus oponentes. A menos que alguém assuma que o direito está acima da crítica ética, não há dificuldade em criticar o juiz por construir ou perpetuar direito ruim [...] uma descrição do comportamento judicial é uma regra do que é [*a rule of isness*]. Dickinson confundiu ciência normativa e descritiva, falhando em perceber que descrição de comportamento intencional [*purposive behavior*] não é ela própria intencional.⁴⁷²

Esta resposta de Cohen revela o que o autor considera ser a natureza da crítica ao direito: a crítica ao direito, em Cohen, é de natureza ética. Diz o autor:

Fundamental para todo pensamento adequado sobre política e sociedade é a questão sobre o que o direito deve fazer, uma busca por padrões válidos de crítica jurídica. O problema é, em primeiro lugar, um problema ético, já que a crítica jurídica consiste em formular julgamentos de bom e mau, certo e errado.⁴⁷³

A viabilização da crítica ao direito exige que se expurgue da definição de direito qualquer coisa que condicione sua existência a ser ele bom ou ruim. Do contrário, não há sentido em criticar: se “direito” é “aquilo que é bom”, por definição o “direito” nunca poderá ser “ruim” e, portanto, está isento de qualquer crítica. Nas palavras de Cohen:

⁴⁷¹ DICKINSON, John. *Legal rules: their function in the process of decision*. **University of Pennsylvania Law Review and American Law Register**, v. 79, n. 7, p. 833-868, May 1931. p. 838, tradução nossa.

⁴⁷² COHEN, Felix. **Ethical systems and legal ideals**: an essay on the foundation of legal criticism. [s.l]: Falcon Press, 1933. p. 12-13, nota 16, tradução nossa.

⁴⁷³ *Ibid.*, p. 2, tradução nossa.

“Direito é direito, seja ele bom ou ruim, e só na assunção desta platitude é possível discussão significativa sobre a bondade ou ruindade do direito”.⁴⁷⁴

A crítica ao direito, então, é sempre de natureza ética; afinal, ela é um juízo sobre se o direito é bom ou ruim. Portanto, a crítica ao direito não é propriamente o que, em Cohen, se assume como sendo a tarefa do cientista do direito, cuja função é exclusivamente descritiva, independente de juízos de valor. Na verdade, nas ciências em geral não é uma tarefa do cientista enquanto tal criticar seu objeto de estudos, mas, pelo contrário, descrever esse objeto de forma isenta, imparcial, ou seja, da forma como ele é e independentemente de o cientista aprovar ou não a realidade que ele descreve.

Mas Cohen procurará delinear um conceito de ética que viabilize a discussão ética no ambiente científico. Ele narra que ao longo dos anos teria havido um “declínio” da moral em razão da ascensão do comércio moderno e do crescimento da ciência moderna. O comércio moderno permitiu a convivência entre diferentes civilizações e o trânsito entre diversos territórios. A visualização de diferenças culturais e de diferentes concepções de bem e mal leva a um ceticismo sobre a possibilidade de debates éticos com natureza objetiva. O comércio também levou ao crescimento das cidades, um lugar sempre do estranho, do incomum e do excêntrico – o que, para Cohen, contribuiu para o declínio da disciplina ética. Essa tendência foi confirmada pelos avanços das ciências, que, ao mesmo tempo que trazem novos conhecimentos, revelam os limites e os erros do conhecimento pretérito, trazendo esse espírito de dúvida. A ética, tradicionalmente baseada na certeza de textos sagrados, não conviveu bem com esse espírito de dúvida trazido pela nova ciência.⁴⁷⁵

O limite desse processo estaria no divórcio entre ética e ciência em Kant. Segundo Cohen, Kant popularizou a ideia de que a ciência se preocupa com o mundo material, da causa e do efeito, enquanto a ética se preocupa com um mundo diferente desse. Esse mundo, em Kant, seria encontrado na vontade humana, sendo que, supondo-se que um mal destrói a si mesmo, o teste para saber o que é certo e errado dependeria apenas da razão – não tendo base nos desejos e sofrimentos humanos. Com isso, para Cohen, “a tarefa da ética passa a ser vista como uma busca mórbida da consciência por sentimento de culpa”.⁴⁷⁶

⁴⁷⁴ *Ibid.*, p. 15, tradução nossa.

⁴⁷⁵ COHEN, Felix. Modern ethics and the law. In: COHEN, Felix. **The legal conscience**: selected papers of Felix Cohen. [s.l.]: Archon Books. p. 22.

⁴⁷⁶ *Ibid.*, p. 22-23, tradução nossa.

Cohen rejeita esta forma de encarar a ética, isto é, supor que o objeto de estudos da ética seja algo fora do mundo da causa e efeito, acessível por uma “razão”. O autor adota as ideias do que ele chama de “*modern ethics*”, representada pelas obras de G. E. Moore, Ralph B. Perry e DeWitt Parker. Por essa perspectiva, “questões de certo e errado são encaradas como envolvendo questões de fato que devem ser respondidas por alguma ciência”. A ética moderna de Cohen procuraria o conhecimento pelos métodos da ciência. Ao invés de introspectivamente se procurar o “sentimento de culpa”, os valores das pessoas são encarados como fatos: “Valores percebidos são trazidos para um sistema na ética moderna”.⁴⁷⁷ Em outras palavras:

Os ditados da consciência envolvem o *subject matter* da ética. Este *subject matter* pode ser atacado com os métodos da ciência. A natureza dos objetos que nós aprovamos ou condenamos pode ser definida pela ciência e podemos, assim, estar mais próximos de saber o que nós valorizamos.⁴⁷⁸

Em combinação com o estudo científico dos efeitos de certos atos, “podemos projetar julgamento moral para o futuro”, o que é imprescindível para a crítica do direito.⁴⁷⁹

Analisar detidamente aquilo que, para Cohen, é o exato critério da crítica ao direito (“aquilo que nós valorizamos”, que seria o “bom” a partir do qual é possível um julgamento ético)⁴⁸⁰ fugiria do escopo deste trabalho. Aqui, o que importa é saber que a crítica (sempre ética) que Cohen entende possível não é uma crítica a partir de critérios situados fora do espaço e do tempo, mas sim a partir de uma ciência – uma ciência que se chama “ética” e que é diferente da ciência jurídica – que investiga “aquilo que nós valorizamos” enquanto um fato e cujas afirmações não são imunes a dúvidas e podem ser falseadas.

4.7 UNDERHILL MOORE: O MÉTODO LEGAL E O MÉTODO INSTITUCIONAL

4.7.1 Introdução

⁴⁷⁷ *Ibid.*, p. 25, tradução nossa.

⁴⁷⁸ *Ibid.*, p. 28, tradução nossa.

⁴⁷⁹ *Ibid.*, p. 28, tradução nossa.

⁴⁸⁰ Em *Ethical systems and legal ideals*, Cohen se debruçará mais profundamente sobre “aquilo que nós valorizamos” e que é o critério para a crítica ao direito. Nessa obra, ele considerará esse critério como sendo a noção de “*good life*”, ideia que o autor aprofunda (Cf. COHEN, Felix. **Ethical systems and legal ideals: an essay on the foundation of legal criticism.** [s.l]: Falcon Press, 1933. p. 113 et seq).

Os trabalhos de Underhill Moore citados em “*Some realism about realism*” são o artigo “*Rational basis of legal institutions*”, publicado em 1923 na *Columbia Law Review*, e mais dois textos destinados à aplicação da ciência jurídica de Moore a problemas jurídicos específicos. Llewellyn cita, primeiro, o artigo “*An institutional approach to the law of comercial banking*” (em coautoria com Theodore S. Hope Jr.), publicado na *Yale Law Journal* em 1929, e, depois, os quatro primeiros artigos da série “*Legal and institutional methods applied to the debiting of direct discounts*” (em coautoria com Gilbert Susman), publicado na *Yale Law Journal* de 1931. Este último trabalho, na verdade, é uma série de seis artigos.

Em “*Naturalizing jurisprudence*”, são citados novamente os artigos “*An institutional approach to the law of comercial banking*” e “*Rational basis of legal institutions*”. Leiter acrescenta o artigo de 1943 “*Law and learning theory: a study in legal control*” (em coautoria com Charles Callahan), publicado no *Yale Law Journal*, e o sexto volume da série “*Legal and institutional methods applied to the debiting of direct discounts*”.

4.7.2 Método jurídico e método institucional: comportamento institucional, comportamento desviante e aferição do grau de desvio

Para Moore, “o problema central do jurista é a previsão de decisões judiciais e administrativas de oficiais do governo”. O autor entende, porém, que os juristas vêm falhando nesse objetivo. Isso porque para a previsão o que é sempre considerado são os “fatos do caso” e a “decisão”. Procura-se, a partir desses dois dados extraídos de múltiplos casos, formular leis que seriam capazes de prever o comportamento judicial, como se este dependesse apenas dos “fatos do caso”. Segundo Moore, esse método acaba por desconsiderar a existência de inúmeros outros fatores, além dos fatos do caso, que influenciam na tomada de decisão, como fatores culturais que atingem o juiz, questões psicológicas, personalidade, inteligência, dentre outros.⁴⁸¹

Esta é a primeira característica do que Moore chama de método jurídico (“*legal method*”): apenas os fatores “fatos do caso” e “decisão” são segregados de uma multitude

⁴⁸¹ MOORE, Underhill; HOPE JR., Theodore S. An institutional approach to the law of comercial banking. *The Yale Law Journal*, v. 38, n. 6, p. 703-719, Apr. 1929. p. 703-705.

de outros fatores, como se esses dois fossem os únicos necessários para a previsão pretendida.⁴⁸²

A segunda característica típica do método jurídico é que os “fatos do caso” são obtidos através da leitura, exclusivamente, de *law reports* e não de *records* e *briefs*. Ou seja, o método jurídico se baseia naquilo que constou nas *opinions* dos juízes e não nos documentos a que os juízes tiveram acesso no momento de decidir. Há aí uma presunção de que a *opinion* inclui todos os fatos que teriam sido relevantes para a tomada de decisão.⁴⁸³

Após a leitura das *opinions* e a consideração dos “fatos do caso” e das “decisões” ali descritas, o método jurídico constrói categorias abstratas para organizar grupos de “fatos” e atrelá-los a grupos de “decisões”.⁴⁸⁴ Como diz Moore, “se mais frequentemente do que não ‘fatos’ em alguma medida parecidos são acompanhados de decisões em alguma medida semelhantes, generalizações são tentadas e inseridas na pirâmide do sistema”. Essas categorias são “muito amplas e maleáveis”.⁴⁸⁵ Com isso, espera-se que, se os fatos do caso são conhecidos, o comportamento futuro dos juízes pode ser previsto.⁴⁸⁶ Esta é a terceira característica típica do método jurídico.⁴⁸⁷

Essa caracterização do “método jurídico” a que o autor se opõe é um primeiro conceito necessário para a compreensão do pensamento de Underhill Moore.

Moore apresentará como alternativa ao método jurídico o chamado “método institucional”. Para a compreensão desse método é preciso compreender primeiro o que o

⁴⁸² MOORE, Underhill; SUSSMAN, Gilbert. Legal and institutional methods applied to the debiting of direct discounts. II. Institutional method. **The Yale Law Journal**, v. 40, n. 4, p. 555-575, Feb. 1931. p. 556-557.

⁴⁸³ *Ibid.*, p. 557.

⁴⁸⁴ *Ibid.*, p. 557.

⁴⁸⁵ MOORE, Underhill; SUSSMAN, Gilbert. Legal and institutional methods applied to the debiting of direct discounts. I. Legal method. **The Yale Law Journal**, v. 40, n. 3, p. 381-400, Jan. 1931. p. 381.

⁴⁸⁶ MOORE, Underhill; HOPE JR., Theodore S. An institutional approach to the law of commercial banking. **The Yale Law Journal**, v. 38, n. 6, p. 703-719, Apr. 1929. p. 703.

⁴⁸⁷ Moore também cita mais três características típicas, porém elas são algo implícitas nas três primeiras ou se referem muito especificamente ao contexto em que o artigo foi escrito. Essa listagem de características aparece no segundo artigo da série “*Legal and institutional methods applied to the debiting of direct discount*”. Esse segundo artigo explica o “método institucional” que será aplicado nos artigos subsequentes da série. Mas ele também se refere e explica o primeiro artigo da série (intitulado “*Legal method: banker's set-off*”). Esse primeiro artigo procura aplicar o método jurídico, mas não explica profundamente seus pressupostos. Essa explicação vem no segundo artigo da série, que, em seu capítulo inicial, pinta o primeiro artigo como um exemplo intencional do desleixo e da ingenuidade do método jurídico: Moore escreveu um trabalho com um método que ele mesmo despreza, para o fim de descrever esse método em crítica posterior de autoria dele mesmo. O procedimento, um tanto criticável, é mais comum do que deveria. (Cf. MOORE, Underhill; SUSSMAN, Gilbert. Legal and institutional methods applied to the debiting of direct discounts. II. Institutional method. **The Yale Law Journal**, v. 40, n. 4, p. 555-575, Feb. 1931. P. 558-559).

autor entende por uma “instituição”, ou melhor, por “comportamento institucional”. Já em seu artigo de 1929 intitulado “*An institutional approach to the law of comercial banking*”, Moore propõe, diante do fracasso do método jurídico, que a atenção do jurista vá além dos “fatos do caso” constantes na *opinion* e considere “a relação entre o comportamento judicial e o comportamento institucional (frequente, repetido, usual) da cultura contemporânea do lugar onde os fatos aconteceram e onde a decisão foi tomada”.⁴⁸⁸ O autor apresenta a hipótese de que existe uma relação entre o grau de desvio de uma conduta (ou seja, o quanto ela se diferencia do comportamento normal daquela sociedade naquela circunstância) e a reação judicial: os juízes reagiriam para remediar a situação apenas a partir de certo grau de desvio – antes disso, os pedidos sempre tenderiam a ser julgados improcedentes.⁴⁸⁹

Segundo Moore, “comportamento institucional (i.e., comportamento que frequentemente, repetidamente, usualmente ocorre) pode ser definido como uma classe de transações sequenciais”. O autor considera que o estudo proposto é um estudo do comportamento. Assim, o *subject-matter* desse campo de investigação é “uma classe de segmentos de comportamento que possuem os fatores comuns pelos quais o campo é definido”. Um “segmento de comportamento” é uma “sucessão de eventos de comportamento” que estejam “em alguma relação um com o outro”. A relação em questão é a relação causal. O maior segmento de comportamento envolvendo uma relação causal é chamado de “*transaction-series*” (“série de transações”). O menor segmento é chamado de “*transaction*” (“transação”). Classes de transações podem ser obtidas com referência a semelhanças descritivas (transações que se parecem uma com a outra, não que têm consequências semelhantes). Essas classes são obtidas pela descrição de um tipo genérico. Uma transação verdadeira que corresponda, ponto por ponto, a esse tipo genérico é uma “*sequential transction*” (“transação sequencial”). Volta-se, então, à definição: “Comportamento institucional (i.e., comportamento que frequentemente, repetidamente, usualmente ocorre) pode ser definido como uma classe de transações sequenciais”.⁴⁹⁰

⁴⁸⁸ MOORE, Underhill; HOPE JR., Theodore S. An institutional approach to the law of comercial banking. **The Yale Law Journal**, v. 38, n. 6, p. 703-719, Apr. 1929. p. 705, tradução nossa.

⁴⁸⁹ Essa ideia é apresentada em antecipação para fins didáticos (de forma semelhante àquilo que faz RUMBLE JR., Wilfred E. **American legal realism: skepticism, reform and the judicial process**. Ithaca: Cornell University Press, 1968. p. 162-163). A real profundidade da hipótese de Moore será melhor compreendida ao final do capítulo, espera-se.

⁴⁹⁰ MOORE, Underhill; HOPE JR., Theodore S. An institutional approach to the law of comercial banking. **The Yale Law Journal**, v. 38, n. 6, p. 703-719, Apr. 1929. p. 706-707, tradução nossa.

Em 1923, Underhill Moore publicou na *Columbia Law Review* um artigo intitulado “*Rational basis of legal institutions*”. Esse artigo, na verdade, é uma crítica estruturada à coletânea de mesmo nome editada por John Wigmore e Albert Kocourek, com capítulos de vários autores e uma introdução de Holmes.⁴⁹¹ O trabalho, porém, oferece alguns esclarecimentos sobre o conceito de Moore de “comportamento institucional”.

Nesse artigo, Moore afirmará que dizer que há uma instituição é dizer que “um grupo de pessoas está fazendo algo”. Mas não se trata de alguém ou algumas pessoas agirem uma única vez: uma “instituição jurídica é o acontecimento de novo e de novo do mesmo tipo de comportamento”. Mas mesmo a repetição não é o bastante: “O comportamento repetitivo deve ser de tal modo que resulte de um hábito”. Não se trata de apenas repetidos atos desconexos, cada um derivado de um impulso próprio. Trata-se, ao contrário, de comportamentos repetidos e que têm por detrás deles um hábito de se comportar dessa maneira. É esse dado que traz a ideia de segurança e previsibilidade que está atrelada à ideia de “instituição”.⁴⁹²

Uma transação, então, é uma unidade de comportamento que se encontra em relação causal com outras unidades de comportamento. Quando uma classe de transações existentes de fato corresponder, ponto a ponto, por semelhança, a uma classe de transações descritas abstratamente, essa classe é um “comportamento institucional”. Além disso, poderíamos acrescentar, só há comportamento institucional se as unidades reais de comportamento em relação causal correspondentes à descrição abstrata forem unidades de comportamento que se repetem reiteradamente em função de algum tipo de hábito.

Este parece um bom conceito de “instituição” ou “comportamento institucional” em Underhill Moore.

Qualquer transação que não seja uma transação sequencial (ou seja, não corresponda por semelhança às características da generalização) é uma transação desviante.⁴⁹³

Com isso, a partir de uma generalização qualquer (ou seja, da construção de uma transação hipotética), podemos analisar transações reais e defini-las como transações sequenciais (ou seja, que correspondem, ponto por ponto, à transação obtida da generaliza-

⁴⁹¹ WIGMORE, John H.; KOCOUREK, Albert (ed.). **Rational basis of legal institutions**. New York: The Macmillan Company, 1923.

⁴⁹² MOORE, Underhill. Rational basis of legal institutions. **Columbia Law Review**, v. 23, n. 7, p. 609-617, Nov. 1923. p. 609-610, tradução nossa.

⁴⁹³ MOORE, Underhill; HOPE JR., Theodore S. An institutional approach to the law of commercial banking. **The Yale Law Journal**, v. 38, n. 6, p. 703-719, Apr. 1929. p. 707.

ção) ou como transações desviantes (ou seja, não sequenciais). Essa é a essência do método de Moore: a construção mental de certas transações e a comparação dessas transações com transações reais para a classificação destas últimas em transações sequenciais ou desviantes e para a aferição do grau de desvio.

Em “*An institutional approach to the law of comercial banking*”, Moore irá construir as transações a serem usadas para comparação e as transações a serem comparadas com elas arbitrariamente. Em “*Legal and institutional method applied to the debiting of direct discount*”, o autor e seus auxiliares desenvolverão uma longa pesquisa empírica para chegar às transações a servirem de fator de comparação. E, depois, compararão essas transações “ideais” às transações existentes em três casos reais. No primeiro artigo, Moore desenvolve a teoria do que ele aplicará no segundo artigo. Com isso, o autor será capaz de relacionar o grau de desvio com a conduta judicial. Isso será objeto do capítulo seguinte. Mas, antes, é preciso saber a forma como Moore desenvolverá a análise do grau de desvio.

Moore está preocupado, em ambos os artigos citados, com a conduta de bancos: ou seja, a preocupação do autor é estudar até onde pode ir o comportamento dos bancos até que haja represália judicial. A hipótese é que a represália judicial é função do desvio do comportamento do banco em relação ao comportamento comum dos bancos. Assim, a análise do grau de desvio precisa ser uma comparação atrelada àquilo que caracteriza e motiva o comportamento comum dos bancos. Existe, então, “um alto grau de correlação entre os comportamentos que são mais lucrativos e aqueles que são institucionais. Lucratividade, então, pode ser considerado o fator constante nas transações institucionais dos bancos”.⁴⁹⁴ Além disso, “em razão da maneira como a abstração, ou instituição, foi derivada, um alto grau de correlação entre os comportamentos que são frequentemente seguidos e aqueles que são institucionais”. Com isso, Moore chega nos termos de comparação: lucratividade e familiaridade.⁴⁹⁵

Quanto à lucratividade, Moore a analisará como função do retorno bruto, dos custos gerais (*joint cost*), do custo da operação específica (*severable cost*) e das perdas. O retorno bruto e o *joint cost*, segundo Moore, são informações inacessíveis e, em tese, invariáveis. Por isso, o autor considera possível desconsiderá-los. Sobram, então, o *severable cost* e as perdas. O *severable cost*, segundo Moore, é o produto entre a eficiência (*efficiency*) e a precisão (*certainty*) da operação. A eficiência, para Moore, se relaciona ao

⁴⁹⁴ *Ibid.*, p. 717-718, tradução nossa.

⁴⁹⁵ *Ibid.*, p. 718.

custo do trabalho e dos materiais necessários para que uma transação qualquer tenha sucesso (aqui compreendido como o atingimento do mesmo resultado da transação generalizada elaborada). E a precisão seria a probabilidade de, com o emprego de trabalho e materiais adequados, se obter o sucesso. Como o custo de uma operação bem-sucedida é, em geral, o mesmo de uma operação malsucedida, isso significa que uma operação malsucedida custa o resultado de uma operação bem-sucedida. Daí a ideia de o *severable cost* ser o produto entre precisão e eficiência.⁴⁹⁶ Quanto às perdas, segundo Moore, elas se expressam nos riscos de prejuízos que a operação pode trazer. Os riscos mapeados são cinco: risco de prejuízo direto, risco de despesas coletivas (ter de investir dinheiro para evitar outras perdas), risco de perda da boa vontade do cliente, risco de prejuízo ao próprio crédito e risco de despesas judiciais.⁴⁹⁷

A definição do grau de desvio proposta por Moore para este tipo de situação analisa 13 aspectos, e dentro de cada um define se a transação desviante contém “*slight dissimilarity*” em relação à transação sequencial (ou seja, a obtida de generalização) ou “*gross dissimilarity*”. Os 13 aspectos são efetividade (o quanto a transação desviante implica mais custos do que a sequencial), precisão (quão menos provável em relação à transação sequencial ela é de chegar ao resultado a que chega a transação sequencial), familiaridade (quão pouco familiar a transação desviante é), risco de prejuízo direto para o banco (a quão mais risco de prejuízo direto o banco se expõe na transação desviante em relação à sequencial), risco de despesas coletivas para o banco, risco de prejuízo ao crédito do banco, risco de perda de boa vontade do cliente, risco de despesas judiciais pelo banco, risco de prejuízo direto ao cliente, risco de despesas coletivas para o cliente, risco de abalo de crédito do cliente, risco de perda da boa vontade do banco e risco de despesas judiciais pelo cliente.⁴⁹⁸

Com estes três conceitos gerais será possível compreender o trabalho feito por Moore na série “*Legal and institutional methods applied to the debiting of direct discount*”.

4.7.3 O método institucional em prática: *Callaham, Delano e Goldstein*

⁴⁹⁶ *Ibid.*, p. 718.

⁴⁹⁷ *Ibid.*, p. 719.

⁴⁹⁸ *Ibid.*, p. 719.

Em “*Legal and institutional methods Applied to the debiting of direct discount*”, Underhill Moore aplicará o método pensado abstratamente em “*An institutional approach to the law of commercial banking*”. O objetivo é que o método proposto no primeiro artigo e sua hipótese subjacente (ou seja, que existe uma relação entre grau de desvio e represália judicial) sejam testados pela aplicação à análise de casos reais.⁴⁹⁹

Moore selecionou três casos para análise segundo o método institucional: *Callaham v. Bank of Aderson*, decidido em 1904 na Carolina do Sul; *Delano v. Equitable Trust Co.*, decidido em 1920 em Nova Iorque; e *Goldstein v. Jefferson Title & Trust Co.*, decidido em 1928 na Pennsylvania. O problema em todos os três casos é o seguinte: um cliente emite uma nota promissória em favor de um banco; essa nota promissória vence e o cliente não tem fundos para pagamento no banco sacado; após o vencimento da nota promissória, o banco nega pagamento a um cheque emitido pelo cliente, com o argumento de que estaria compensando o valor devido pelo cliente ao banco em razão da nota promissória inadimplida. O cliente ajuíza ação contra o banco alegando o dever da instituição de honrar o cheque.⁵⁰⁰

No caso *Delano* e no caso *Goldstein*, a ação foi julgada em favor do banco. Em *Callaham*, em favor do cliente do banco.⁵⁰¹ Estes três casos são particularmente oportunos para o teste do método e da hipótese de Moore porque são “as únicas decisões” sobre o assunto. São somente três. E os fatos “são tão semelhantes quanto se pode esperar que situações litigiosas diferentes sejam”. Além disso, “cada caso foi decidido por uma corte diferente e em um estado diferente”. Na Carolina do Sul, a decisão é de 1904 e as outras duas são de 1920 e 1928. A diversidade, por um lado, e a semelhança, por outro, segundo

⁴⁹⁹ MOORE, Underhill; SUSSMAN, Gilbert. Legal and institutional methods applied to the debiting of direct discounts. II. Institutional method. **The Yale Law Journal**, v. 40, n. 4, p. 555-575, Feb. 1931. p. 564.

⁵⁰⁰ *Ibid.*, p. 555.

⁵⁰¹ A argumentação usada em *Delano* e *Goldstein* é resumida em uma *opinion* dissidente do caso *Callaham*: “É, sem dúvida, regra geral que o banco está obrigado a honrar o cheque de seu depositante, caso possua fundos suficientes do depositante para pagar o cheque no momento da apresentação, em razão do contrato implícito decorrente da relação entre as partes. A relação ordinária entre o depositante e o banco é, respectivamente, a de credor e devedor, até o montante do depósito, e enquanto essa relação permanecer assim, aplica-se a regra amplamente enunciada acima. Contudo, se, no momento da apresentação do cheque, essa relação se altera, e o depositante se torna devedor do banco por alguma obrigação relevante sobre a qual o banco teria direito de ação contra ele, então é evidente que é justo que o banco possa compensar a dívida vencida do depositante com sua responsabilidade referente ao depósito geral – como se o depositante estivesse, naquele momento, movendo ação contra o banco para reaver o valor depositado. Entender de forma diferente seria negar ao banco o mesmo direito de compensação reconhecido a todas as demais pessoas” (MOORE, Underhill; SUSSMAN, Gilbert. Legal and institutional methods applied to the debiting of direct discounts. II. Institutional method. **The Yale Law Journal**, v. 40, n. 4, p. 555-575, Feb. 1931. p. 382, tradução nossa).

Moore, favorecem o estudo proposto e o teste do método institucional e de sua hipótese subjacente.⁵⁰²

Definido o tema de estudo, Moore aplicará o método ensaiado em “*An institutional approach to the law of commercial banking*”. O autor vai imaginar, arbitrariamente, os mais variados comportamentos com os quais os comportamentos dos litigantes nos casos poderiam ser comparados. Dentro desse universo, ele limitará os comportamentos que, segundo um juízo preliminar, têm alguma chance de serem comportamentos institucionais.⁵⁰³ Para este fim, Moore considera o comportamento dos litigantes como sendo não aqueles descritos nas *opinions*, mas sim aqueles que aparecem nos “*briefs and records*”, ou seja, nos documentos que foram apresentados às cortes e nas transcrições de audiências e semelhantes.⁵⁰⁴

A partir dos “fatos do caso”, Moore fala em 80 transações diferentes que ele especula que poderiam ser transações institucionais. E faz isso através dos seguintes conceitos:

Discount: O cliente apresenta, e o banco aceita para desconto ou concede um empréstimo com base em uma nota promissória a prazo emitida pelo cliente, pagável ao banco.

Credit: O banco lança um crédito na conta do cliente no valor do produto do empréstimo ou do desconto.

Security: O cliente oferece garantias [“*collaterals*”] ao banco como forma de segurança pela operação.

Notice: Antes da data de vencimento, o banco envia ao cliente uma notificação sobre a proximidade do vencimento da nota promissória.

Hold: Na abertura do expediente, na manhã do dia do vencimento, o banco realiza um bloqueio na conta do cliente no valor correspondente à nota promissória.

Check-on (before, after): O cliente, na data [“*on*”], antes [“*before*”] ou depois [“*after*”] do vencimento, entrega ao banco um cheque-memorial (um documento com a forma de cheque, sacado sobre sua conta corrente no próprio banco e emitido em favor do banco, no valor equivalente ao da nota promissória).

Instructions-on (before, after): O cliente, na data [“*on*”], antes [“*before*”] ou depois [“*after*”] do vencimento, instrui o banco a lançar um débito em sua conta pelo valor da nota promissória.

Debit-check: O banco, na data (antes, no, ou depois do vencimento) em que o cheque-memorial está datado, realiza o lançamento de débito na conta do cliente pelo valor do cheque-memorial.

Debit-instructions: O banco, na data (antes, na, ou depois do vencimento) em que recebe instrução para tanto, lança um débito na conta do cliente no valor da nota promissória.

⁵⁰² MOORE, Underhill; SUSSMAN, Gilbert. Legal and institutional methods applied to the debiting of direct discounts. II. Institutional method. **The Yale Law Journal**, v. 40, n. 4, p. 555-575, Feb. 1931. p. 565-566, tradução nossa.

⁵⁰³ *Ibid.*, p. 566-567.

⁵⁰⁴ *Ibid.*, p. 567.

Debit-opening (close, after): O banco, na abertura (ou no encerramento do expediente, ou após) o dia do vencimento, lança um débito na conta do cliente no valor da nota promissória.

Notice-debit: O banco, após realizar o lançamento de débito referente ao valor da nota promissória (sem que tenha havido instruções ou emissão de cheque), envia ao cliente uma notificação informando sobre o referido débito.⁵⁰⁵

A partir disso, Moore generaliza as primeiras 8 transações possíveis:

FIGURA 1 – PRIMEIRAS TRANSAÇÕES POSSÍVEIS

1.	Discount	credit	security	notice	hold	check-on	debit-check
2.	Discount	credit		notice	hold	check-on	debit-check
3.	Discount	credit	security		hold	check-on	debit-check
4.	Discount	credit			hold	check-on	debit-check
5.	Discount	credit	security	notice		check-on	debit-check
6.	Discount	credit		notice		check-on	debit-check
7.	Discount	credit	security			check-on	debit-check
8.	Discount	credit				check-on	debit-check

FONTE: MOORE, Underhill; SUSSMAN, Gilbert. Legal and institutional methods applied to the debiting of direct discounts. II. Institutional method. *The Yale Law Journal*, v. 40, n. 4, p. 555-575, Feb. 1931. p. 572.

Após isso, as transações 9-16 são idênticas à sequência 1-8, porém substituindo “*instructions-on*” por “*check-on*” e “*debit-instructions*” por “*debit-check*”. Transações 17-20 são idênticas a 5-8, porém ao invés de “*check-on*” e “*debit-check*” aparece “*debit-opening*”. Transações 21-24 são como 17-20, mas “*notice-debit*” aparece após “*debit-opening*”. Transações 25-32 são como 1-8, mas “*debit-close*” aparece no lugar de “*check-on*” e “*debit-check*”. Transações 33-40 são como 25-32, mas “*notice-debit*” aparece no lugar de “*debit-close*”. Transações 41-44 são idênticas a 5-8, mas “*check-before*” aparece no lugar de “*check-on*”. Transações 45-48 são como 13-16, mas “*instructions-before*” aparece no lugar de “*instructions-on*”. Transações 49-56 são como 1-8, mas “*check-after*” aparece no lugar de “*check-on*”. Transações 57-64 são como 9-16, mas “*instructions-after*” aparecem ao invés de “*instructions-on*”. Transações 65-80 são como 25-40, mas “*debit-after*” aparece no lugar de “*debit-close*”.⁵⁰⁶

Agora, com as generalizações feitas, é preciso averiguar quais delas são as mais frequentes, repetitivas, habituais no comportamento dos bancos e quais são mais raras, mais aberrantes. Em outras palavras: quais são as transações mais institucionais e quais são as menos institucionais. A partir disso, será possível comparar a conduta dos litigantes a alguma das transações institucionais e estipular o grau de desvio.

⁵⁰⁵ *Ibid.*, p. 571-572, tradução nossa.

⁵⁰⁶ *Ibid.*, p. 572-573.

Para descobrir quais das 80 transações são as institucionais, Moore, com o auxílio de Gilbert Sussman e de uma equipe de pesquisadores, fará uma pesquisa empírica de fôlego. Essa pesquisa analisará o comportamento dos bancos em 1904, 1920 e 1928 na Carolina do Sul, Nova Iorque e Pensilvânia. Mas antes disso, para fins de teste e ajustes na metodologia da pesquisa empírica, Moore liderará uma investigação no estado de Connecticut. Esse estudo, seu método e resultados são apresentados no terceiro artigo da série.⁵⁰⁷

Após Connecticut, Moore e sua equipe foram aos bancos da Carolina do Sul. Lá, descobriram que havia 169 bancos em funcionamento em 1904. Desses, 71 continuavam operando como bancos independentes na época do estudo, 13 haviam se tornado filiais de outros bancos, 7 haviam se fundido ou sido absorvidos por algum dos 71 e outros 2 se fundiram com um banco que passou a existir em abril de 1930. Moore considerou, então, que os registros de 1904 poderiam ser encontrados em 93 dos 169 bancos e que, desses, uma amostragem de 20 seria o bastante. Foram selecionados 2 em Charleston, 2 em Columbia e os outros 16 espalhados da maneira mais ampla possível pelo estado. Em 11 desses 20 bancos, o método de pesquisa consistiu na análise dos registros escritos da época. Em 9 deles foram analisados os registros de descontos de títulos de créditos e os Livros Razão Individuais. Desses 9, em 2 também foram consultados o Lembrete de Descontos e o Razão de Passivos. Dos outros 2, em um houve a análise do Lembrete de Descontos e dos Livros Razão Individuais, e em outro os Livros Razão Individuais e os Razão de Passivos.⁵⁰⁸ Também foram realizadas entrevistas nos 20 bancos, sendo que em 9 deles foram entrevistados funcionários que trabalhavam no banco em 1904, para melhor compreensão da dinâmica da época e para melhor interpretação dos registros contábeis.⁵⁰⁹

A partir dos dados encontrados na Carolina do Sul, Moore e sua equipe puderam levantar 333 casos em que foram emitidas notas promissórias em favor dos bancos e nos quais essas notas promissórias acabaram sendo liquidadas (portanto, casos que começam e terminam da forma como terminaram os fatos em *Callaham*). Desses 333, em 8 casos o pagamento não foi integral, a despeito do lançamento a débito em conta corrente ter le-

⁵⁰⁷ MOORE, Underhill; SUSSMAN, Gilbert. Legal and institutional methods applied to the debiting of direct discounts. III. The Connecticut Studies. *The Yale Law Journal*, v. 40, n. 5, p. 752-778, Mar. 1931.

⁵⁰⁸ MOORE, Underhill; SUSSMAN, Gilbert. Legal and institutional methods applied to the debiting of direct discounts. IV. The South Carolina and Pennsylvania Studies. *The Yale Law Journal*, v. 40, n. 6, p. 928-953, Apr. 1931. p. 928-929.

⁵⁰⁹ *Ibid.*, p. 930.

vado ao registro da liquidação da promissória. Em 118 casos, o pagamento ocorreu inteiramente por cheque de outro banco ou em dinheiro. Em 19 casos o pagamento aconteceu em parte mediante débito em conta corrente, mas em parte mediante pagamento em dinheiro ou cheque de outro banco. Isso nos deixa com 188 casos realmente comparáveis a *Callaham*, ou seja, casos em que a liquidação da promissória se deu por débito na conta corrente do banco beneficiário da promissória.⁵¹⁰ Desses 188 casos, foram discriminados 16 tipos de transação. Em todos os 188 casos a liquidação da promissória aconteceu mediante entrega, pelo cliente, de cheque do próprio banco (em todas as transações aparece “*check-before*”, “*check-on*” ou “*check-after*”). Em nenhum caso houve simplesmente o débito em conta do valor da promissória (nenhuma das transações inclui “*instruction-before*”, “*instruction-on*”, “*instruction-after*”, “*debit-opening*”, “*debit-close*”, “*debit-after*” ou mesmo “*notive-debit*”). E em nenhum dos casos houve bloqueio de valores em conta no dia do vencimento da promissória (em nenhuma das transações aparece “*hold*”).⁵¹¹

Fica claro que a prática do banco do caso *Callaham* foi uma prática nada usual para a época. Segundo Moore, a explicação para a decisão do caso ter sido a que foi é que a corte considerou como padrão para julgamento os comparáveis institucionais da Carolina do Sul de 1904 – nos quais a compensação da promissória mediante aproveitamento do crédito em conta corrente não era uma prática usual.⁵¹²

Após a Carolina do Sul, Moore e seus colegas foram à Pennsylvania. O levantamento na Pennsylvania foi realizado em 1930, de modo que foi possível trabalhar com dados contemporâneos para se ter noção do padrão institucional de *Goldstein* (julgado em 1928). Na Filadélfia, havia cerca de 170 bancos em funcionamento. No restante do estado, havia aproximadamente mais 1325. A equipe de Moore visitou 36 bancos na Filadélfia e 47 fora da Filadélfia. Para a escolha dos 36, não houve qualquer critério além da necessidade de representação de todos os distritos da cidade e “conveniência de acesso”. Para a escolha dos 47, foram selecionadas as 16 cidades mais populosas fora da Filadélfia. Os critérios de seleção foram os mesmos dos usados na Filadélfia. Em cada banco, um questionário com 14 perguntas foi entregue aos funcionários.⁵¹³

⁵¹⁰ *Ibid.*, p. 935.

⁵¹¹ *Ibid.*, p. 937.

⁵¹² MOORE, Underhill; SUSSMAN, Gilbert. Legal and institutional methods applied to the debiting of direct discounts. VI. The Decisions, the institutionals and the degrees of deviation. **The Yale Law Journal**, v. 40, n. 8, p. 1299-1250, Jun. 1931.

⁵¹³ *Ibid.*, p. 943.

O resultado do questionário nos bancos da Pennsylvania revelou como frequentes as operações de “*debit-check*”, “*debit-instruction*”, “*notice-debit*” e “*hold*”, ao contrário do que acontecia na Carolina do Sul de 1904.⁵¹⁴ Isso significa que o comportamento do banco em *Goldstein* não desviou do comportamento institucional, o que explica, pela teoria de Moore, a ausência de represália judicial.

Em Nova Iorque, foi adotado um método ligeiramente diferente. Os pesquisadores elaboraram um questionário a ser entregue a um funcionário de cada banco, com campos para preenchimento de informações sobre as operações ocorridas naquele dia. Esses questionários foram preenchidos pelos funcionários do banco por 3 dias. Além disso, foram realizadas entrevistas sistematicamente durante o período, tanto sobre a dinâmica do banco em 1931 quanto em 1920.⁵¹⁵ Em todos os bancos, em geral, os funcionários relataram que as práticas de 1920 eram as mesmas de 1931.⁵¹⁶ A seleção dos bancos dentro dos quais houve pesquisa foi pelo critério daqueles que existiam em 1920 e ainda estavam operando em 1931.⁵¹⁷

Os resultados, novamente, mostram como parte do comportamento institucional dos bancos nova-iorquinos operações como “*debit-check*”, “*debit-instruction*”, “*notice-debit*” e “*hold*”.⁵¹⁸

4.7.4 A teoria do aprendizado e os efeitos das normas no comportamento: o aspecto behaviorista do pensamento de Moore

Além do método institucional descrito, o pensamento de Moore se caracteriza por uma forte influência da psicologia behaviorista. Isso é perceptível na parte da sua obra que se destina a analisar o efeito que certas prescrições enunciadas por certas autoridades têm no comportamento dos destinatários dessas prescrições. O principal exemplo desse tipo de investigação é “*Law and Learning Theory: a study in legal control*”, publicado em 1943 no *Yale Law Journal*, em coautoria entre Moore e Charles C. Callahan.⁵¹⁹

⁵¹⁴ *Ibid.*, p. 947.

⁵¹⁵ MOORE, Underhill; SUSSMAN, Gilbert. Legal and institutional methods applied to the debiting of direct discounts. V. The New York study. **The Yale Law Journal**, v. 40, n. 7, p. 1055-1073, May. 1931. p. 1055-1056.

⁵¹⁶ *Ibid.*, p. 1066.

⁵¹⁷ *Ibid.*, p. 1063.

⁵¹⁸ *Ibid.*, p. 1067 *et seq.*

⁵¹⁹ Uma versão resumida do estudo de Moore e Callahan e de suas premissas pode ser encontrada em MOORE, Underhill; CALLAHAN, Charles C. Underhill Moore. In: BINGHAM, Joseph Walter *et al.* **My philosophy of law**. Boston: Boston Law Book Co., 1941. p. 201-229.

“*Law and Learning Theory*” é, essencialmente, o relato e interpretação de um estudo empírico e quantitativo realizado pelos autores e por sua equipe no período de 1933 a 1937:

Durante os anos de 1933 até 1937, certos aspectos do comportamento de pessoas que dirigiam e estacionavam automóveis em quinze diferentes áreas localizadas em seis ruas na cidade de New Haven, Connecticut, foram observados. Em cada área foram feitas observações imediatamente antes e, novamente, imediatamente depois de uma regulamentação sobre direção e estacionamento na área e introdução de sinalização informando tal regulamentação.⁵²⁰

O objetivo do estudo, dentre outros, era averiguar se havia alteração no comportamento após a regulamentação e a nova sinalização e se essas alterações “poderiam ser justificadamente relacionadas à regulamentação”.⁵²¹

Aqui não é relevante entrar em detalhes sobre os métodos e resultados desse estudo. Mas Moore, assim como outros realistas, preocupou-se com os efeitos das prescrições emanadas por certas autoridades no comportamento das pessoas (não apenas no comportamento judicial, mas também no comportamento da comunidade em geral). Moore, porém, foi além e procurou fazer esse estudo a partir de uma teoria geral sobre o comportamento humano.

O estudo de Moore, então, “está dentro do âmbito da ciência do direito”, mas também está “dentro do campo da psicologia behaviorista”. Moore “posiciona a ciência do direito dentro do campo da psicologia” e “problemas da ciência do direito se tornam problemas da psicologia a serem atacados pelo uso das proposições de uma teoria psicológica do comportamento e por métodos quantitativos e experimentais”.⁵²² Para o autor, as escolas de pensamento que o antecederam (inclusive os outros autores “realistas”⁵²³) trataram daquilo que elas consideraram como sendo o “direito”, mas nunca levaram a cabo investigações empíricas, experimentais e quantitativas “a respeito da quantidade e grau de conformidade às regras de direito positivo”. Por isso, nunca foi possível subsumir esses dados em uma “teoria geral do comportamento humano”.⁵²⁴

⁵²⁰ MOORE, Underhill; CALLAHAN, Charles C. Law and learning theory: a study in legal control. **The Yale Law Journal**, v. 53, n. 1, p. 1-136, Dec. 1943. p. 3.

⁵²¹ *Ibid.*, p. 4.

⁵²² *Ibid.*, p. 1.

⁵²³ Estas aspas são de Moore: “*Analytical, natural-law, historical, sociological, and ‘realistic’ jurists, legislators, administrators, cultural anthropologists, sociologists, and Other have dealt with positive law and with whatever each classifies as law*” (MOORE, Underhill; CALLAHAN, Charles C. Law and learning theory: a study in legal control. **The Yale Law Journal**, v. 53, n. 1, p. 1-136, Dec. 1943. p. 1-2).

⁵²⁴ MOORE, Underhill; CALLAHAN, Charles C. Law and learning theory: a study in legal control. **The Yale Law Journal**, v. 53, n. 1, p. 1-136, Dec. 1943. p. 2.

Segundo o autor, a ausência desse tipo de investigação poderia decorrer da asunção, consciente ou não, pelos juristas de uma das seguintes pressuposições, ou de ambas: a primeira seria a suposição de que os efeitos de uma regra de direito positivo se comportariam de uma maneira muito diferente dos efeitos de outros instrumentos que afetam o comportamento humano, de modo que os efeitos das regras jurídicas teriam de ser objeto de uma teoria particular; a segunda seria a suposição de que “uma proposição do direito, ou sua administração, é a única causa de ‘seus’ efeitos”, ou seja, a suposição de que o comportamento que vem após a produção das prescrições ditas “jurídicas” é uma variável dependente cujo valor depende somente dessas prescrições e não de outros fatores.⁵²⁵

Moore desafiará essas pressuposições apresentando, em primeiro lugar, a hipótese de que “uma proposição jurídica é um instrumento e sua administração, uma forma de comportamento, cujos efeitos podem ser descritos pelas mesmas leis que descrevem os efeitos de qualquer instrumento ou comportamento”. E, em segundo lugar, Moore desafiará as pressuposições tentando verificar, empiricamente, as hipóteses deduzidas de uma teoria geral do comportamento humano aplicada ao comportamento afetado por prescrições emanadas por autoridades.⁵²⁶

A teoria geral que, na hipótese de Moore, poderia explicar os efeitos das normas jurídicas editadas por autoridades no comportamento humano é uma reformulação da “teoria do aprendizado” (“*learning theory*”). Essa teoria advém de estudos dos psicólogos behavioristas russos e norte-americanos: Pavlov, Thorndike, Watson, Hull, Miller e Dollard. Por essa teoria, o comportamento humano que decorre de um estímulo externo pode ser de três tipos: ou uma resposta puramente reflexiva (*e.g.*, reflexo patelar); ou uma resposta aleatória; ou uma resposta aprendida.⁵²⁷ Quando esse comportamento é uma resposta aprendida (como Moore sustenta que há de ser o comportamento em reação a uma prescrição emanada), ela consiste em uma resposta a um gatilho. O aprendizado (cujo resultado é uma resposta específica a um gatilho) exige, então, quatro fatores: uma “ten-

⁵²⁵ *Ibid.*, p. 2. Moore fala, ainda, de uma terceira pressuposição possível, mas que parece menos importante do que as duas primeiras: “*The third presupposition is either that complete conformity on the part of substantially all the persons whose behavior is prescribed or proscribed by the proposition follows the issuing of the rule, or that, if all do not completely conform, the number or percentage of persons conforming and the degree of conformity are known*” (MOORE, *loc. cit.*).

⁵²⁶ *Ibid.*, p. 2-3.

⁵²⁷ MOORE, Underhill; CALLAHAN, Charles C. Underhill. Underhill Moore. *In*: BINGHAM, Joseph Walter *et al.* **My philosophy of law**. Boston: Boston Law Book Co., 1941. p. 207.

dência” (“*drive*”), um gatilho (“*cue*”), uma resposta (“*response*”) e uma recompensa (“*reward*”). Para aprender é preciso ter uma tendência a oferecer uma certa resposta a um gatilho e essa resposta precisa ser recompensada.⁵²⁸ Como escrevem Miller e Dollard, “*in order to learn one must want something, notice something, do something, and get something*”.⁵²⁹

Uma “tendência” (“*drive*”, “*want something*”) é um “estímulo interno que motiva ação”. Um “gatilho” (“*cue*”, “*notice something*”) é o fator que identifica uma situação na qual uma resposta particular levará a uma recompensa. Durante o aprendizado acontece a “seleção de gatilho” (“*cue selection*”), processo em que se aprende a identificar gatilhos mais ou menos associados às tendências, respostas e recompensas. A “resposta” (“*response*”, “*do something*”) é o comportamento praticado na presença de um gatilho, sendo que a conexão entre resposta e gatilho é reforçada por uma recompensa. E a “recompensa” (“*reward*”, “*get something*”) é apenas a redução, o alívio, da tendência.⁵³⁰

A resposta dos cidadãos às regras de trânsito foi analisada a partir dessa teoria. Os resultados quantitativos em relação à observância ou não das novas prescrições foram relatados detalhadamente no estudo.⁵³¹

4.8 KARL LLEWELLYN

4.8.1 Introdução

Em “*Some realism about realism*”, Llewellyn cita alguns de seus próprios trabalhos: “*Free speech in time of peace*”, “*Implied warranties of wholesomeness again*”, “*Contracts in american law*”, “*The effect of legal institutions in economics*”, “*Law observance and law enforcement*”, “*A realistic jurisprudence: the next step*”, “*The conditions for and the methods for legal research*”, “*Cases and materials for the law of sales*”, *The Bramble Bush*, “*Legal tradition and social science methods*”.

Ao longo de “*Naturalizing jurisprudence*”, Leiter cita “*The Bramble Bush*”, “*Remarks on the theory of appellate decision and the rules and canons about how statutes*

⁵²⁸ MOORE, Underhill; CALLAHAN, Charles C. Law and learning theory: a study in legal control. **The Yale Law Journal**, v. 53, n. 1, p. 1-136, Dec. 1943. p. 61.

⁵²⁹ MILLER, Neal E.; DOLLARD, John. **Social learning and imitaion**. [s.l]: Routledge, 2007. p. 21.

⁵³⁰ MOORE, Underhill; CALLAHAN, Charles C. Law and learning theory: a study in legal control. **The Yale Law Journal**, v. 53, n. 1, p. 1-136, Dec. 1943. p. 61-62.

⁵³¹ *Ibid.*, p. 70 *et seq.*

are to be construed”, “*Some realism about realism: responding to Dean Pound*”, *The common law tradition: deciding appeals*, “*A realistic jurisprudence: the next step*” e “*The rule of law in our case-law of contract*”.

Alguns desses trabalhos, porém, se referem a institutos jurídicos específicos, normalmente associados ao direito contratual e à “*law of sales*”. Outros tratam de temas gerais, como liberdade de expressão e economia. Outros têm, para os fins deste trabalho, conteúdo essencialmente coincidente entre si. Com a exclusão desses, ficamos com a seguinte relação de trabalhos: “*A realistic jurisprudence: the next step*”, “*Some realism about realism: responding to Dean Pound*”, “*The common law tradition: deciding appeals*”, “*Remarks on the theory of appellate decision and the rules and canons about how statutes are to be construed*” e *The Bramble Bush*.

Essas obras parecem uma amostragem suficiente para a consideração do pensamento de Llewellyn a respeito dos dois problemas objeto deste trabalho.

4.8.2 A ciência jurídica proposta por Llewellyn: *paper rules* e *real rules*

As opiniões de Llewellyn sobre a ciência jurídica (e as opiniões do realismo em sua interpretação) podem ser bem compreendidas pela leitura de “*A realistic jurisprudence: the next step*”, “*Some realism about realism: responding to Dean Pound*” e “*Legal tradition and social science methods*”.

O artigo “*A realistic jurisprudence: the next step*”, publicado em 1930 na *Columbia Law Review*, é às vezes considerado o trabalho fundador do realismo jurídico. Apesar de ser de uma época em que muitos dos trabalhos considerados clássicos do realismo estadunidense já tinham sido produzidos, o artigo de Llewellyn aparece como um reconhecimento da existência de um movimento com características comuns merecedor do nome “*a realistic jurisprudence*” (“uma ciência jurídica realista”). Após essa obra, Roscoe Pound publicou na *Harvard Law Review* de 1931 um artigo em resposta a Llewellyn. Nesse texto, Pound aponta uma série de características que, segundo ele, podem ser atribuídas a esse “movimento realista” proclamado por Llewellyn. A cinco dessas características, Pound tece duras críticas.⁵³² Posteriormente, em 1931, Llewellyn publica na

⁵³² POUND, Roscoe. The call for a realist jurisprudence. *Harvard Law Review*, v. 44, n. 5, p. 697-711, Mar. 1931. p. 701-708.

mesma *Harvard Law Review* uma réplica a Pound: “*Some realism about realism: responding to Dean Pound*”.⁵³³ Nesse artigo, Llewellyn averiguará se de fato as cinco características criticadas por Pound se encontram nos autores realistas. Como veremos, para Llewellyn as cinco características na verdade não são típicas do realismo. Em “*Some realism about realism*”, Llewellyn procurará demonstrar isso e indicar quais são as verdadeiras características típicas do realismo. Essa polêmica entre Pound e Llewellyn é considerada, por alguns, como o início do reconhecimento e da organização de algo como um “movimento” (ou, nas palavras de Llewellyn, um *ferment*; nas de Yntema, uma *epidemic*) realista e da identificação de suas características típicas.⁵³⁴ É interessante que o reconhecimento de um movimento realista tenha já começado com uma discussão sobre quais são as características desse movimento. Isso é revelador de um dado que, em certo sentido, é o motivador das duas hipóteses deste trabalho: parece existir, nos críticos do realismo, uma opinião generalizante a respeito do que seja esse pensamento – mas uma opinião que é compreendida como simplesmente equivocada por qualquer pessoa que tenha se dado o trabalho de efetivamente ler os autores identificados como realistas. As críticas ao realismo são muito frequentemente erroneamente direcionadas: elas não erram em seu conteúdo, mas em seu alvo.⁵³⁵

O estudo dessas três obras citadas (as duas de Llewellyn e a de Pound), então, se mostra imprescindível para a compreensão do realismo – e, mais importante, para a eliminação da crença em alguns dos principais erros de interpretação a respeito do pensamento realista e em algumas das principais mentiras que são ditas sobre seus pensadores.

Llewellyn inicia “*A realistic jurisprudence*” afastando a ideia de que, para os realistas, “direito é o que os juízes dizem que é direito e nada mais”.⁵³⁶ Uma afirmação desse tipo é equivocada por dois motivos. Em primeiro lugar, um traço do pensamento realista é considerar como direito não aquilo que os juízes “dizem que é direito”, mas

⁵³³ Para evitar confusões: Llewellyn se refere a Pound como “*Dean Pound*”, mas seu nome é “Roscoe Pound”. “*Dean*” significa “reitor”.

⁵³⁴ Cf. YNTEMA, Hessel. American legal realism in retrospect. *Vanderbilt Law Review*, v. 14, Issue 1, p. 317-330, Dec. 1960.p. 317 *et seq.*

⁵³⁵ Esse dado é algo que, espera-se, deve ficar claro para qualquer leitor deste trabalho. Ele também já foi identificado por outros: Leiter, por exemplo, denuncia haver uma diferença entre a “*received view*” do realismo estadunidense (que toma todo o pensamento realista pelo pensamento de Jerome Frank, fenômeno que Leiter chama de “*Frankification*”) e o movimento como de fato ele é (LEITER, Brian. **Naturalizing jurisprudence: essays on american legal realism and naturalism in legal philosophy**. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 16). Na nota 307 é possível encontrar alguns exemplos do reducionismo que quase sempre acontece em trabalhos sobre o realismo.

⁵³⁶ Essa tentativa de síntese aparece em SABBAG NETO, Thomé. **Juízes criam normas? Objeções à tese de que não há normas antes da interpretação da lei**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024.

aquilo que eles (os juízes) efetivamente fazem ao decidir casos. Isso pode ser percebido, por exemplo, pela importância, para o movimento, da noção de comportamento judicial não vocalizado de Oliphant. Mas mais importante do que isso: embora tratar como direito “aquilo que os juízes fazem” seja de fato uma característica típica do realismo americano, tratar como direito exclusivamente isso não é – a frase erra principalmente por incluir “e nada mais”.

O primeiro capítulo de “*A realistic jurisprudence*” se chama “*The problem of defining law; focus versus confines*”. Nesse capítulo, Llewellyn dirá que, para ele, “um conceito [...] é construído para um propósito. É uma ferramenta do pensamento. Ele serve para tornar nossos dados mais manejáveis”.⁵³⁷ Para o autor, a palavra “direito” é usada para indicar muitas coisas diferentes e, a depender do contexto, as pessoas moldam o conceito de direito para melhor atender aos seus fins específicos naquele contexto: “A palavra [direito] evoca referências amplamente dispersas e díspares, *de acordo com as circunstâncias*” em que ela é usada.⁵³⁸ Por isso, Llewellyn “não vai tentar uma definição de direito”. Não vai adotar a definição de ninguém e muito menos a dele próprio. Porque uma definição “tanto inclui quanto exclui [...] e a exclusão é quase sempre arbitrária”. Llewellyn, então, não irá “descrever um perímetro, um local de parada, uma barreira”. O autor apenas devotará sua atenção “ao *foco* de assuntos jurídicos”. Ele procurará apenas um “*ponto de referência*” em relação ao qual ele acredita que os assuntos jurídicos possam ser “referidos da forma mais útil”. Llewellyn procurará um “foco, um núcleo, um centro – com os limites e fronteiras externas indefinidas”.⁵³⁹ Então, ao menos em relação a Llewellyn, afirmar que o autor entende que aquilo que ele chama de “direito” é tudo, não havendo “nada mais” a merecer este nome, é revelador de simples ausência de leitura.

Para definir o “foco”, o “núcleo”, o “centro” do conceito de direito, Llewellyn partirá de uma digressão histórica. Segundo o autor, em estágios iniciais do desenvolvimento das sociedades a noção de “direito” era a noção, apenas, de “*rules of remedies*”. Ou seja, o direito era um conjunto de regras sobre “algumas maneiras de levar um homem ao tribunal e algumas coisas que você ou a corte podiam fazer com ele uma vez ele es-

⁵³⁷ LLEWELLYN, Karl. A realistic jurisprudence – the next step. In: LLEWELLYN, Karl. **Jurisprudence: realism in theory and practice**. Chicago: University of Chicago Press, 1962. p. 3, tradução nossa.

⁵³⁸ *Ibid.*, p. 4, tradução nossa.

⁵³⁹ *Ibid.*, p. 5, tradução nossa.

tando lá”. Nessa época, só se lidava com aquilo que podia ser observado, não com abstrações além daquilo.⁵⁴⁰ Posteriormente, começou-se a indagar por que os *remedies* existiam. Afinal, eles precisariam existir para alguma finalidade, não por eles mesmos. Essa finalidade só poderia ser a proteção de alguma outra coisa. E essa outra coisa era algo que se podia imaginar e que podia receber um nome: *rights*. Quando essa noção surge, as “regras” começam a ser consideradas como primariamente preocupadas com a definição dos *rights*, daquilo que era merecedor de proteção. E haveria outras regras, algo secundárias, estabelecendo a forma de se proteger esses *rights*, ou seja, estabelecendo *remedies*. Com isso se estabeleceu a diferenciação entre “direito substantivo” e “direito adjetivo”, sobre a qual a cultura jurídica contemporânea se ergueu.⁵⁴¹ O desenvolvimento dessa noção de um algo que existe independentemente dos *remedies* e de que os *remedies* têm por fim proteger permitiu a criação de uma outra noção: não é porque não há um *remedy* que não há *right*. As duas coisas não se confundem. Então, seria um desconhecimento dessa diferença elementar dizer, por exemplo, o seguinte:

O *right* poderia ser mais precisamente conceituado da seguinte maneira: se a outra parte não cumprir o combinado, você pode processá-la, e se você tiver um bom advogado e nada der errado com suas testemunhas ou com o júri e você desistir de quatro ou cinco dias de seu tempo e algo entre 10 e 30 por cento das custas, e esperar de 2 a 20 meses, você *provavelmente* vai ter uma condenação ao pagamento de uma soma consideravelmente menor do que o cumprimento do combinado valeria – o que, se a outra parte for solvente e não ocultar o patrimônio dela, você pode no futuro receber com juros de 6 por cento em caso de atraso. Argumentar algo assim seria confundir o *remedy* (que pode ser visto) com o *substantive right* (que não é visível, mas que você sabe que está lá – em algum lugar: as pessoas te dizem isso).⁵⁴²

A diferenciação entre *right* e *remedy* teve um papel importante: o *substantive right* fica a salvo dos acidentes que podem acontecer durante a administração dos *remedies*. Segundo o autor, atualmente, o público em geral está confortável com essa diferenciação: considera-se, por exemplo, que um *statute* significa alguma coisa simplesmente por ter “*paper authority*”, independentemente de o *statute* ser ou não aplicado.⁵⁴³

⁵⁴⁰ *Ibid.*, p. 8-9, tradução nossa.

⁵⁴¹ *Ibid.*, p. 9-10. Llewellyn usa a palavra “*right*” e não “*law*”, mas ele conhece a distinção entre *subjective Recht* e *objective Recht*. O autor afirma que a diferenciação, porém, não é importante para sua análise. Tudo o que se diz sobre *right* se poderia falar de *law* também (*Ibid.*, p. 10, nota 9).

⁵⁴² *Ibid.*, p. 10-11, tradução nossa.

⁵⁴³ *Ibid.*, p. 11.

Apesar disso, para Llewellyn esse avanço conceitual teve duas consequências indesejáveis. Em primeiro lugar, a diferenciação entre *rights* e *remedies* afastou o debate jurídico do “*checkup of fact*”.⁵⁴⁴ Ou seja: como os conceitos jurídicos em discussão não são mais dependentes dos fatos, nas discussões não é possível saber quem está certo e quem está errado pela análise dos fatos.

Em segundo lugar, a diferenciação custa em termos de ambiguidade: “Uma regra pode significar algo prescritivo: ‘isso é o que *deve* ser; o que os juízes *devem* fazer nestes casos’. Ou pode significar algo descritivo: ‘isso é o que *é*; o que os juízes *efetivamente* fazem nestes casos”. Segundo Llewellyn, nas discussões sobre direito, teóricos a todo momento se movimentam de um ao outro sentido, por vezes sem perceber e, quase sempre, sem deixar claro quando estão em um e quando estão em outro sentido.⁵⁴⁵

Com isso, o que Llewellyn propõe é uma mudança de foco: mudar o centro de referência a partir do qual as discussões e os conceitos jurídicos devem ser analisados. Em essência, para o autor “preceitos, ou regras, ou direitos que são a contraparte lógica das regras – *palavras*, em uma palavra – como *centro* de referência no pensamento sobre direito é um bloqueio à clareza de pensamento”.⁵⁴⁶ Llewellyn faz alguns esclarecimentos a esse respeito:

Eu quero, novamente, ter certeza de que não serei mal compreendido. (1) Eu não estou argumentando que “regras de direito substantivo” não tenham importância. (2) Eu não estou argumentando que não seja humanamente *possível* usar a análise interesse-direito e regras-remédios e ainda assim pensar claramente e de forma útil sobre o direito. (3) Menos ainda estou tentando excluir os direitos substantivos e as regras do campo do “direito”. Ao invés dessas coisas, eu estou argumentando (1) que regras de direito substantivo são de importância muito menor do que muitos teóricos assumiram em seu pensamento e em seus escritos, e que elas *não* são o centro de referência mais útil para discussões jurídicas; (2) que a presença do termo “direitos e regras” no arranjo dos interesses (a) tem uma tendência persistente de direcionar toda a atenção para esses termos; (b) que evitar esta tendência é um grande ganho de clareza; e (c) que para tentar evitar esta tendência e manter a terminologia é incutir na discussão muita informação desnecessária e opaca; (3) que direitos substantivos devem ser removidos de sua posição de estarem no *ponto focal* das discussões jurídicas, em favor da *área de contato* entre *comportamento* judicial (ou oficial) e o *comportamento* do público e geral; que direitos substantivos e regras não devem ser estudados como existentes neles próprios, nem como o

⁵⁴⁴ *Ibid.*, p. 11. Esta preocupação em recolocar o objeto do cientista jurídico no mundo dos fatos revela uma proximidade entre o pensamento de Llewellyn e aquele de Cohen, analisado anteriormente. A proximidade foi percebida por MALAGOLI, Luca. **We subscribe to no label: studi apologetici per John Chipman Gray, Felix S. Cohen e Karl N. Llewellyn**. Genova: Genova University Press, 2019. p. 234-235.

⁵⁴⁵ *Ibid.*, p. 12, tradução nossa.

⁵⁴⁶ *Ibid.*, p. 15, tradução nossa.

principal ponto de referência, mas eles próprios como em constante referência a essa área de contato de comportamentos.⁵⁴⁷

Então, a proposta de Llewellyn é colocar o “centro de referência” das discussões jurídicas na área de contato entre comportamento judicial e comportamento da população. Para ele, é uma obviedade que

[...]o aspecto *mais significativa* (eu não digo o *único* aspecto significativo) das relações entre direito e sociedade está no campo do comportamento, sendo que palavras só se tornam importantes se elas forem comportamento ou se for possível demonstrar que elas refletem ou influenciam comportamento.⁵⁴⁸

Acontece que as “regras” como tradicionalmente concebidas normalmente têm a forma de prescrições (*ought rules*). Essas prescrições, segundo Llewellyn, apenas raramente podem ser repetidas na forma de descrições do comportamento judicial. Para o autor, isso não significa que não haja qualquer relação entre o comportamento judicial e as “regras”: alguma relação há. Mas o fato é que regras diferentes têm diferentes formas e graus de influência no comportamento judicial: a questão é descobrir como, quanto e em que sentido as “*accepted rules*” e a prática das decisões divergem.⁵⁴⁹

Aqui, Llewellyn introduz a diferenciação entre “*paper rules*” e “*real rules*”. “*Real rules*” são funções de comportamento. São descrições do comportamento judicial. São “descritivas, não prescritivas”. São o que os cientistas do direito tradicionais chamariam de “a prática das cortes” e não considerariam “regras”. “*Paper rules*” são aquilo que foi tratado tradicionalmente como regras jurídicas: a “*doutrina aceita do tempo e do lugar* – o que os livros dizem que é ‘direito’ nesse tempo e lugar”.⁵⁵⁰

Na proposta de Llewellyn, então, as “*real rules*” (ou seja, descrições do comportamento das cortes) assumem o foco, o centro de referência da ciência jurídica. O primeiro problema do estado atual da arte desaparece porque as “*real rules*” têm referência na realidade, de modo que as discussões passam a se sujeitar ao “*checkup of fact*”. O segundo problema também desaparece, desde que sempre fique claro que as “*real rules*” têm conteúdo exclusivamente descritivo, não prescritivo.⁵⁵¹

⁵⁴⁷ *Ibid.*, p. 16, tradução nossa. Llewellyn fala em “interesses” como aquilo que existe na realidade e independentemente do direito e que é objetivo dos *substantive rights* proteger. Não é imprescindível, para os fins deste trabalho, uma compreensão aprofundada desse aspecto do texto de Llewellyn.

⁵⁴⁸ *Ibid.*, p. 17, tradução nossa.

⁵⁴⁹ *Ibid.*, p. 17.

⁵⁵⁰ *Ibid.*, p. 21-22, tradução nossa.

⁵⁵¹ O caráter apenas descritivo das *real rules* é posto mais de uma vez, e de forma explícita e clara, por Llewellyn. Esse é claramente um ponto no qual ele realmente não gostaria de ser incompreendido.

Mas o fato de as “*real rules*” ocuparem o centro obviamente não significa que Llewellyn reserve somente a elas a qualidade de normas jurídicas e tampouco significa que só sobre elas o autor pretenda que se debruce a ciência jurídica; também as “*paper rules*” são classificadas como normas jurídicas e devem ser objeto de estudo. As *paper rules*, porém, devem ser tratadas como o que elas são: “regras de *ought* autoritativas, destinadas a oficiais, dizendo a *oficiais* o que esses *oficiais* devem fazer”. As *paper rules*, umas vez estudadas e analisadas, porém, devem ser comparadas às *real rules* pela ciência jurídica, para que se possa saber “quando oficiais não prestam atenção (a *pure paper rule*; a letra morta do *statute*; o caso obsoleto) ou prestam atenção parcial (a regra ‘interpretada’ de modo a não ser mais reconhecível [...]) ou prestam atenção com total atenção (a regra com a qual o comportamento oficial coincide)”.⁵⁵² E além do momento anterior ao foco (as *paper rules*), o momento posterior também faria parte do escopo da ciência jurídica: o comportamento da comunidade em geral e sua relação com *real* e *paper rules* também seria escopo da ciência jurídica pretendida por Llewellyn.⁵⁵³

Em um capítulo conclusivo de “*A realistic jurisprudence*”, Llewellyn irá abordar o problema sobre “ideais sobre o que o direito deve ser”. O autor entende que a proposta por ele formulada é de grande utilidade para a realização de mudanças na sociedade. Após a investigação sobre o que é o melhor para a sociedade, no momento de realizar as mudanças que foram constatadas como necessárias, é preciso saber de que forma é possível influenciar a conduta judicial. Assim, a perspectiva proposta é imprescindível para o legislador que, por *statutes*, queira mudar a sociedade.⁵⁵⁴

Em uma nota de rodapé, Llewellyn dirá também que considera a perspectiva proposta vantajosa para quem pretenda criticar o direito: “Quando alguém vier a aplicar os valores escolhidos na crítica ao ‘direito positivo’ [o estudo proposto permite], que ele considere o direito em ação além do direito dos livros”.⁵⁵⁵

Após esse artigo inicial, como dito, Rosco Pound publicou “The theory of judicial decision”. Nele, Pound aponta cinco fatores merecedores de críticas que teoricamente estariam presentes no pensamento realista.

⁵⁵² LLEWELLYN, Karl. A realistic jurisprudence – the next step. In: LLEWELLYN, Karl. **Jurisprudence: realism in theory and practice**. Chicago: University of Chicago Press, 1962. p. 23-25, tradução nossa.

⁵⁵³ *Ibid.*, p. 31-32.

⁵⁵⁴ *Ibid.*, p. 39. Cf., também, *ibid.* p. 20, nota 11.

⁵⁵⁵ *Ibid.*, p. 20, nota 11, tradução nossa.

O primeiro ponto citado por Pound é que, para ele, os realistas acreditam que “massas de números” têm significado por si só. Para Pound, dados estatísticos não significam nada por si só. Na verdade, “eles adquirem significado a partir da conexão em que foram buscados e da conclusão – provavelmente alcançada inicialmente com base em outro critério – que eles confirmam”. A utilidade desses dados estaria no fato de que um “pesquisador científico pode ter uma ideia que pode ser reforçada ou confirmada ao saber onde e como encontrar uma massa de números significativa para seu propósito”⁵⁵⁶. Esta pode ser chamada de crítica à estatística no realismo.

Em “*Some realism about realism*”, Llewellyn não verificou esse traço como característico do pensamento realista.⁵⁵⁷ Dentre os autores analisados neste trabalho (menos amplo do que o de Llewellyn), aquele que realmente se baseia em dados estatísticos é Underhill Moore. Porém, o autor não comete aquilo que Pound critica. Moore, na verdade, tem uma visão teórica anterior, a título de hipótese (*i.e.*, que o que define a decisão é o grau de desvio do comportamento dos litigantes em relação ao comportamento institucional), confirmada por suas análises empíricas, exatamente como Pound sugere que deveria ser.

A segunda crítica de Pound consiste em uma suposta posição dos realistas no sentido de que a clareza terminológica seria o suficiente para resolver reais problemas de filosofia do direito: “A utilidade da terminologia precisa e dos significados exatos está mais relacionada à diferenciação entre problemas e pseudoproblemas e à formulação de resultados do que à oferta de soluções. Nenhum dos problemas fundamentais da ciência jurídica é resolvido pela terminologia”.⁵⁵⁸ Esta pode ser chamada de crítica à terminologia no realismo.

Llewellyn, aqui, também não encontrou evidências dessa posição em nenhum dos autores realistas que ele considera.⁵⁵⁹ Uma preocupação com precisão terminológica é, de fato, muito presente nas obras realistas (sobretudo, talvez, em Llewellyn, aliás). Apesar disso, não é possível encontrar nos autores realistas uma posição tão pretensiosa como essa criticada por Pound: ninguém diz que a precisão terminológica resolverá todos

⁵⁵⁶ POUND, Roscoe. The call for a realist jurisprudence. **Harvard Law Review**, v. 44, n. 5, p. 697-711, Mar. 1931. p. 702, tradução nossa.

⁵⁵⁷ LLEWELLYN, Karl. Some realism about realism. In: LLEWELLYN, Karl. **Jurisprudence: realism in theory and practice**. Chicago: University of Chicago Press, 1962. p. 48-49.

⁵⁵⁸ POUND, Roscoe. The call for a realist jurisprudence. **Harvard Law Review**, v. 44, n. 5, p. 697-711, Mar. 1931. p. 702, tradução nossa.

⁵⁵⁹ LLEWELLYN, Karl. Some realism about realism. In: LLEWELLYN, Karl. **Jurisprudence: realism in theory and practice**. Chicago: University of Chicago Press, 1962. p. 49.

os problemas e nem que as discussões tradicionais de direito são somente confusões quanto ao significado das palavras. O que se diz é que há muito desse tipo de confusão nas discussões tradicionais (o que se depreende, por exemplo, das próprias passagens de Llewellyn citadas neste capítulo). Não significa que as discussões tradicionais se reduzam a discussões terminológicas. Não é porque alguém se preocupa muito com um problema que esse seja o único problema com o qual ela se preocupa.

A terceira crítica de Pound se dirige à ideia de que a única forma válida de se estudar o direito seria através de alguma das diferentes vertentes da psicologia (behaviorismo, psicanálise etc.), sendo que todas as outras seriam erradas.⁵⁶⁰ Esta pode ser chamada de crítica à psicologia no realismo.

Llewellyn também não reconhece o traço descrito por Pound como uma característica típica do realismo. O autor identifica que, dos 20 autores considerados, nenhum deles parece adotar uma perspectiva como sendo a única possível.⁵⁶¹ Llewellyn não considera os escritos de Moore em “*Law and learning theory*”, mas talvez nessa obra o autor esteja se filiando ao behaviorismo e assumindo as outras formas de conhecimento psicológico como equivocadas. A posição, no entanto, não parece um traço típico do pensamento realista.

A quarta crítica de Pound identifica no realismo uma insistência na leitura do caso enquanto uma singularidade: “Sem dúvida, casos singulares são, em maior ou menor medida, únicos [...] Da mesma forma, existem fatores comuns no caso [...] Os aspectos únicos, os aspectos comuns e as generalizações a partir desses aspectos comuns podem ou não ser instrumentos úteis”.⁵⁶² Esta crítica é semelhante àquela que Morris R. Cohen dirigiu a Bingham e, por falta de expressão melhor, pode ser didaticamente chamada de crítica ao pretenso nominalismo no realismo.

Llewellyn considerou que, embora talvez Frank possa ser considerado um autor que nega qualquer tipo de uniformidade no comportamento judicial, todos os demais entendem que há, sim, uniformidade.⁵⁶³ Dentre os autores analisados neste trabalho, a crítica de Pound parece, nesse ponto, uma interpretação exagerada da recomendação de vários

⁵⁶⁰ POUND, Roscoe. The call for a realist jurisprudence. **Harvard Law Review**, v. 44, n. 5, p. 697-711, Mar. 1931. p. 705.

⁵⁶¹ LLEWELLYN, Karl. Some realism about realism. In: LLEWELLYN, Karl. **Jurisprudence: realism in theory and practice**. Chicago: University of Chicago Press, 1962. p. 50.

⁵⁶² POUND, Roscoe. The call for a realist jurisprudence. **Harvard Law Review**, v. 44, n. 5, p. 697-711, Mar. 1931. p. 707, tradução nossa.

⁵⁶³ LLEWELLYN, Karl. Some realism about realism. In: LLEWELLYN, Karl. **Jurisprudence: realism in theory and practice**. Chicago: University of Chicago Press, 1962. p. 51.

autores realistas no sentido de análise de casos passados através de categorias mais específicas. Isso se encontra, muito claramente, em Oliphant, por exemplo. Mas recomendar o uso de categorias menos amplas não é o mesmo que negar que o uso de categorias seja possível. As palavras de Pound parecem muito similares àquelas que Yntema respondeu ao tratar da crítica de Morris R. Cohen a Bingham: não se trata de nominalismo, mas apenas de enxergar que as categorias não têm uma existência nelas mesmas, mas apenas como ferramentas e construções mentais para comunicação (o que não significa que elas não denotem algo dotado de existência objetiva).

A quinta crítica de Pound é a seguinte:

Muitos dos novos realistas jurídicos concebem o direito como um conjunto de instrumentos voltados para os propósitos dos negócios, em vez de como um conjunto de meios voltados para fins sociais gerais. Eles colocam toda a ênfase nas exigências de uma fase da ordem econômica.⁵⁶⁴

Esta crítica pode ser chamada, por falta de expressão melhor, de crítica à economia no realismo.

Novamente, Llewellyn não indica essa característica como típica do realismo.⁵⁶⁵ Neste trabalho são encontradas vozes negando expressamente esse fato. Radin, por exemplo, embora entenda que para as atividades empresariais possa fazer sentido um tipo específico de julgamento (como o julgamento do Amir afegão), entende também que o direito não é feito somente de atividades empresariais – motivo pelo qual o Amir não seria um bom juiz em muitos casos.

Depois de responder a Pound, Llewellyn procurará descrever, então, quais seriam as características próprias do realismo, para ele. Mas antes de mais nada, Llewellyn fará uma afirmação importante: “Não há uma escola de realistas [...] Não há um grupo com um credo oficial ou aceito ou mesmo emergente”. E isso é bom: “Novos recrutas adquirem ferramentas e estímulo, não mestre”.⁵⁶⁶ Há, no entanto, um “*movimento*”, um “*ferment*” (uma “agitação”, uma “efervescência” em um determinado sentido algo pulverizado).⁵⁶⁷

⁵⁶⁴ POUND, Roscoe. The call for a realist jurisprudence. **Harvard Law Review**, v. 44, n. 5, p. 697-711, Mar. 1931. p. 708, tradução nossa.

⁵⁶⁵ LLEWELLYN, Karl. Some realism about realism. In: LLEWELLYN, Karl. **Jurisprudence: realism in theory and practice**. Chicago: University of Chicago Press, 1962. p. 51.

⁵⁶⁶ *Ibid.*, p. 53, tradução nossa.

⁵⁶⁷ *Ibid.*, p. 54.

Llewellyn, então, falará em nove características realmente típicas do realismo estadunidense. Dessas nove características, o autor apontará entre a primeira, a segunda, a terceira e a quinta como presentes também em precursores do realismo (Holmes, Gray etc.) e as demais (quarta, sexta, sétima, oitava e nona) como “marcas características do movimento” realista (e não apenas de seus precursores).⁵⁶⁸

A primeira característica presente no movimento realista seria uma crença em um “direito em fluxo”: uma crença de que o direito não é estático e uma crença na “criação judicial de direito”.⁵⁶⁹ Esse ponto de fato pôde ser encontrado em alguns realistas, mas a afirmação não tem o mesmo significado quando feita no *common law* e no *civil law*. Em nossa tradição, que normalmente procura o direito das leis editadas por um poder criado para editá-las e para servir de contrapeso ao Poder Judiciário, falar em criação judicial de direito tem um determinado peso. No *common law*, tradicionalmente se pensa no direito como sendo o costume (*e.g.*, do povo inglês), descoberto pelo juiz na decisão do caso. Essa concepção tradicional existe, por exemplo, em Blackstone e Coke. Mas no *common law* não demorou para surgir a percepção de que o juiz, ao decidir o caso, não está declarando ou descobrindo o costume: ele está, na verdade, criando, decidindo, constituindo o costume. Essa posição começa a ser sustentada por positivistas como Austin e Bentham. Então, quando Llewellyn fala em uma crença na criação judicial de direito – assim, sem cerimônia alguma – é porque o que ele pretende dizer é algo, ao menos em sua percepção, relativamente elementar – no mínimo, muito menos pretensioso do que seria a mesma afirmação no *civil law*.⁵⁷⁰

A segunda característica citada por Llewellyn é a ideia de “direito como meio para fins sociais e não como um fim em si mesmo”. Por isso, haveria uma particular importância no estudo dos efeitos que o direito (as *paper rules*, aqui) tem na sociedade.⁵⁷¹ Isso pode ser visto desde nas preocupações de Oliphant com o ALI até, de uma forma um pouco diferente, na abordagem funcionalista de Cohen.

A terceira característica típica do realismo citada por Llewellyn é a concepção de “sociedade em fluxo, e em um fluxo tipicamente mais rápido do que aquele do direito,

⁵⁶⁸ *Ibid.*, p. 57, tradução nossa.

⁵⁶⁹ *Ibid.*, p. 55, tradução nossa.

⁵⁷⁰ Sobre esse desenvolvimento do *common law*, cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011. p. 24-33. A posição aparece na resposta de Cohen a Dickinson na nota de rodapé de número 16 de “*Ethical systems and legal ideals*” (cf. nota 471).

⁵⁷¹ LLEWELLYN, Karl. Some realism about realism. In: LLEWELLYN, Karl. **Jurisprudence: realism in theory and practice**. Chicago: University of Chicago Press, 1962. p. 55.

de modo que a probabilidade é sempre que qualquer porção do direito exige reexame”.⁵⁷² Isso aparece muito claramente na explicação de Oliphant para a passagem do *stare decisis* para o *stare dictis*. No entanto, é uma afirmação algo óbvia demais para caracterizar um movimento: que a sociedade se move muito mais rápido que o direito (que as *paper rules*) é algo de que ninguém em sã consciência discordaria.

A quarta característica típica citada por Llewellyn é o “divórcio *temporário* entre Ser e Dever para fins de estudo [...] Durante o estudo daquilo que É, a observação, a descrição e o estabelecimento de relações devem ser mantidos o *mais* livres *possível* dos desejos do observador”. Mais especificamente, “isso envolve durante o estudo daquilo que as cortes estão fazendo o esforço de desconsiderar questões sobre o que elas deveriam fazer”. O divórcio entre “Ser e Dever”, porém, é temporário: ele acontece durante o estudo. Mas isso não significa que os realistas não se interessem pelo que deve ser. Na verdade, eles são, em grande medida, movidos por uma vontade de mudança – e essa vontade só pode ser legítima se envolver uma discussão sobre o que deve ser. No “lado do Dever” o realismo se caracteriza como uma “insistência em valorações informadas, ao invés de especulações de poltrona”.⁵⁷³

A separação entre ser e dever é constante no realismo estadunidense (como foi no escandinavo). Isso foi objeto da crítica de Morris R. Cohen, inclusive, para quem a ciência do direito deveria ser normativa (isto é, se debruçar sobre o que “deve ser”), requisito que não é cumprido pela ciência realista. A preocupação com o dever, porém, está presente em diversos autores realistas (ver, por exemplo, um primeiro sentido de realismo sustentado por Radin nos primeiros parágrafos de “*Legal realism*” ou os trabalhos de Cohen sobre ética). Essa preocupação, porém, está longe de ser uma defesa de que as coisas permaneçam sendo como elas são: o movimento realista é um movimento de mudança, que investiga formas de controlar e manipular o comportamento judicial (por *statute*, por *restatements* etc.), e não perpetuá-lo. É, portanto, uma interpretação equivocada aquela que acha que aquilo que é objeto de descrição pelo realismo (ou seja, o comportamento judicial como efetivamente acontece) coincide com aquilo que é objeto de sua prescrição.

A quinta característica notada por Llewellyn é uma desconfiança em relação ao potencial descritivo do comportamento judicial das regras jurídicas como tradicionalmente concebidas (as *paper rules*).⁵⁷⁴ As *paper rules* são, obviamente, normas sobre o

⁵⁷² *Ibid.*, p. 55, tradução nossa.

⁵⁷³ *Ibid.*, p. 55-56, tradução nossa.

⁵⁷⁴ *Ibid.*, p. 56.

dever. O ponto realista é que essas normas não são mais do que isso: elas não são (ou, ao menos, nem sempre são, raramente são) também uma descrição precisa do comportamento judicial.

De “mãos dadas” com a quinta característica, Llewellyn coloca como sexta característica “uma desconfiança em relação à teoria de que formulações de normas prescritivas, como tradicionalmente concebidas, seja o fator determinante na produção de decisões judiciais”.⁵⁷⁵ Esta é a tese que Brian Leiter considera a “*Core Claim*” do movimento realista.⁵⁷⁶

A sétima característica típica do movimento realista seria uma crença no valor da análise e organização dos casos dentro de categorias mais estreitas, mais específicas, mais concretas e menos amplas, menos genéricas e menos abstratas do que as categorias que tradicionalmente são aplicadas ao direito.⁵⁷⁷ Isso aparece de forma característica, por exemplo, no conclamo de Oliphant pelo resgate do *stare decisis*.⁵⁷⁸

A oitava característica típica identificada por Llewellyn é uma “insistência na avaliação de qualquer parte do direito em termos de seus efeitos e no valor de tentar encontrar seus efeitos”.⁵⁷⁹ Esse traço fica bem evidenciado no método funcional de Cohen.

E, por fim, a nona característica típica do movimento realista seria a “insistência em um *ataque sustentado e programático* a qualquer problema jurídico a partir de qualquer uma dessas linhas”. Para o autor, os oito primeiros pontos citados não são novos e nem típicos do realismo – podem ser encontrados, por exemplo, nos precursores do realismo. O que é típico é uma insistência nessas oito perspectivas: pegar ideias que foram adotadas aqui e ali em alguns momentos do passado e insistir no uso “sustentado e programático” delas para pesquisas de fôlego e conclusivas.⁵⁸⁰

É interessante notar que na lista de autores que Llewellyn considerou como realistas não aparecem, por exemplo, Holmes ou Gray. Normalmente, quando se fala em realismo estadunidense os autores que se enquadram no movimento são autores que publicaram nos periódicos americanos ao longo dos anos 20, 30 e início dos anos 40. Esses

⁵⁷⁵ *Ibid.*, p. 56, tradução nossa.

⁵⁷⁶ LEITER, Brian. **Naturalizing jurisprudence**: essays on american legal realism and naturalism in legal philosophy. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 21-22.

⁵⁷⁷ LLEWELLYN, Karl. Some realism about realism. In: LLEWELLYN, Karl. **Jurisprudence**: realism in theory and practice. Chicago: University of Chicago Press, 1962. p. 56-57.

⁵⁷⁸ Um esforço semelhante aparece aplicado na obra de Leon Green como um todo. Cf, por todos, GREEN, Leon. **Judge and jury**. Chicago: Green J&J, 1930.

⁵⁷⁹ LLEWELLYN, Karl. Some realism about realism. In: LLEWELLYN, Karl. **Jurisprudence**: realism in theory and practice. Chicago: University of Chicago Press, 1962. p. 57, tradução nossa.

⁵⁸⁰ *Ibid.*, p. 58.

autores, em geral, foram influenciados, em maior ou menor medida, pelo pensamento de Holmes. Mas eles foram além de Holmes: aplicaram seus conceitos, extraíram consequências deles e delinearão as bases para que um novo tipo de ciência do direito fosse produzido. Mas Holmes (e Gray) não são propriamente realistas: antes, são precursores desse movimento.

Esses dois trabalhos de Llewellyn e o artigo de Roscoe Pound oferecem um retrato fiel do todo o movimento realista nos Estados Unidos.

4.8.3 Os espaços de manobra dos precedentes como tradição do *common law*

Em 1960, Llewellyn publica o que talvez seja seu principal trabalho: o livro *The common law tradition: deciding appeals*. Nesse livro, além de muitas outras coisas, Llewellyn irá desmentir um erro comum:

Eu não sei de nenhum outro aspecto de nosso direito tão mal compreendido quanto nosso sistema de precedentes. O erro de concepção básico é que um precedente ou os precedentes irão de fato (e, em um sistema de precedentes, deverão) simplesmente ditar a decisão do caso – não às vezes, nem frequentemente, nem em áreas do direito especiais e bem sedimentadas [...] mas sempre e em todo lugar, com exceção de casos aberrantes de “primeira impressão” ou em casos incomuns que envolvem “analogias em conflito”, ou “conflitos de princípios” ou cem anos de obsolescência⁵⁸¹

Segundo Llewellyn, faz parte da cultura e da tradição do *common law* uma forma de decidir casos a partir de um uso altamente flexibilizado de precedentes. O autor cita passagens de decisões de Lord Mansfield, um importante juiz inglês do século XVIII, em que ele alterna entre “os casos são duros, mas são muito fortes para não serem aplicados” e “todos os casos do tempo do Rei William estão baseados em um princípio equivocado”, passando por “a razão e o espírito dos casos faz o direito, e não a letra de um precedente particular” e pela aplicação de “justiça natural” quando os precedentes disponíveis não atendiam ao caso.⁵⁸² Esse tipo de uso flexível de precedentes também aparece no que Llewellyn chama de “*American Grand Style*”, uma forma típica de julgamento existente entre 1820 e 1850 nos Estados Unidos. A partir de 1920, diz Llewellyn, os juízes teriam voltado a praticar o *Grand Style* do século XIX. Apesar disso, teriam passado a justificar a decisão com o vocabulário do estilo de decisão predominante no final do século XIX,

⁵⁸¹ LLEWELLYN, Karl. *The common law tradition: deciding appeal*. Boston, Toronto: Little, Brown and Company, 1960. p. 62, tradução nossa.

⁵⁸² *Ibid.*, p. 63, tradução nossa.

quando havia uma tendência de se tentar permanecer mais adstrito ao precedente (“*Formal Style*”).⁵⁸³

Para demonstrar e caracterizar o “*American Grand Style*”, Llewellyn citará e discutirá vinte casos julgados em Nova Iorque no ano de 1842 e mais dez casos julgados em Ohio em 1844.

Em Nova Iorque, Llewellyn cita, por exemplo, o caso *Winants v. Sherman*, no qual o juiz disse o seguinte: “Uma regra foi posta neste estado, a qual, embora não seja inteiramente satisfatória em minha opinião, eu me sinto obrigado a seguir”. O juiz em questão citou cinco casos, a Bíblia, comentadores teológicos e analogia com outro caso para concluir que a regra em questão estava “posta”. Em *Orser v. Hoag*, por outro lado, “políticas públicas do país desfilam com bandeiras; e para adequar Nova Iorque a essa política, um caso anterior de Nova Iorque é *overruled*”. Em Ohio, Llewellyn cita múltiplos casos em que a decisão é tomada com base em bom senso, sem que a corte tenha se preocupado em indicar um fundamento normativo (seja em *statute*, seja em precedentes), além de alguns casos em que os precedentes considerados aplicáveis são submetidos a “testes”, para se averiguar se a solução proposta por eles seria justa para o caso – ficando claro que a “*avoidance*” seria uma opção ao dispor do juiz, se ele entendesse que era melhor não aplicar o precedente.⁵⁸⁴

A questão que se coloca, então, é saber se o manejo com precedentes inclui, atualmente, tantas margens de manobra assim, como acontecia na época do *Grand Style*

⁵⁸³ LLEWELLYN, Karl. Remarks on the theory of appellate decision and the rules or canons about how statutes are to be construed. *Vanderbilt Law Review*, v. 3, Issue 3, p. 394-406, 1950. p. 396. Em *The Common Law Tradition*, Llewellyn esclarece que mesmo na época do *Formal Style* havia toda uma caixa de ferramentas à disposição dos juizes para que eles pudessem manipular os casos. Assim, seria equivocada a visão, por exemplo, de Cecil Fifoot e Roscoe Pound no sentido de que os espaços de manobra dos precedentes desapareceriam com o amadurecimento do sistema de precedentes. Llewellyn cita o estudo de Eugene Wambaugh que, na edição de 1909, “dedica mais de trinta seções a mais de trinta formas diferentes de se livrar de um precedente, *i.e.*, de *evitar* qualquer *controle*” (LLEWELLYN, Karl. **The common law tradition: deciding appeal**. Boston, Toronto: Little, Brown and company, 1960. p. 74). A passagem de Wambaugh citada é a seguinte: “*There are sound dicta— thousands of them. There are thousands of decisions which are subject to one or another of the comments enumerated, but which, notwithstanding the comments, would be followed by any court, and rightly. Indeed, if courts were to discard all cases upon which some unfavorable comment can be made, they would have little aid from their predecessors. Counsel must learn from experience — if they be not born with lawyerlike wisdom — when the comments will be received with attention and when with impatience*” (WAMBAUGH, Eugene. How to use decisions and statutes. In. LILE, William M. **Brief making and the use of law books**. St. Paul: West Publishing Co., 1909. p. 130-131). Llewellyn também cita uma leitura quase igual à de Wambaugh apresentada por Henry Campbell Black em BLACK, Henry Campbell. **Handbook on the construction and interpretation of the laws**. St. Paul: West Publishing, 1911.

⁵⁸⁴ LLEWELLYN, Karl. **The common law tradition: deciding appeal**. Boston, Toronto: Little, Brown and company, 1960. p. 64-72, tradução nossa.

e mesmo do *Formal Style*. Llewellyn levantará pouco mais de 60 casos, a maioria deles recentes para a época do livro, que tratam de formas de se usar precedentes. O autor identificará, nesses casos, 32 técnicas para se seguir um precedente, 15 técnicas para evitar aplicar um precedente e mais 12 técnicas menos usuais, normalmente para alterar o alcance de um precedente.

Dentre as 32 técnicas para seguir um precedente destacam-se casos em que se disse que “embora haja dúvidas ou desaprovação política, a regra ainda é muito bem estabelecida para ser perturbada” (*Broughton v. City of Cleveland*, Ohio, 1957) ou que “o estado do precedente afasta um princípio mais amplo que, se não fosse ele, seria aplicável” (*Forastiere v. Springfield Institution for Savings*, Massachussets, 1939). Há também, em meio a essas 32 técnicas, algumas em que, ao se seguir o precedente, cria-se normativa também. Há o caso em que “um *holding* não posto pela decisão anterior de forma alguma é extraído dela, formulado e seguido” (*State v. Barton*, Washington, 1940) ou “uma *prática judicial* pretérita, desacompanhada de discussão, é notada, descrita e seguida” (*Keljian v. Star Brewing Co.*, Massachussets, 1939). Há também casos em que uma omissão nos precedentes é seguida: “Sem precedente positivo, *portanto*, sem direito” para a parte (*Germanow v. Standard Unbreakable Watch Crystals*, Nova Iorque, 1940). Llewellyn também fala de casos em que, apesar de os fatos serem distintos, o precedente é aplicado, porque “suas razões” seriam “aplicáveis” (*Canton Provision Co. v. Gauder*, Ohio, 1935). O fenômeno contrário também aparece: dois casos são semelhantes o bastante para, a princípio, justificar a aplicação do precedente, mas isso não ocorre porque suas “razões não se encaixam” (*Davis v. Starkenburg*, Washington, 1940). Também há o caso inverso a *Germanow*: não há precedente e, portanto, “um ‘direito’ pede” a criação de um (*Rozell v. Rozell*, Nova Iorque, 1939). Por fim, Llewellyn cita casos em que “um princípio não verbalizado é extraído da decisão e aplicado” (*Matter of Divisich v. Marshall*, Nova Iorque, 1939) e casos em que “‘tendência de uma decisão’ é afirmada, consagrada, e é encontrada a regra” (*Valera v. Reading Co.*, Pensilvânia, 1944).⁵⁸⁵ Fica claro que o fato de os juízes estarem “seguindo” um precedente não significa que o precedente seja o fator determinante da decisão: muitas vezes decisões que “seguem” ou “aplicam” precedentes na verdade se valem de raciocínios não reconduzíveis aos precedentes, sem fundamento neles.

⁵⁸⁵ *Ibid.*, p. 77-84, tradução nossa.

Dentre as 15 técnicas para evitar aplicação de um precedente, Llewellyn cita casos em que apenas se considera que as particularidades do caso fazem com que ele saia (ou entre) no campo de aplicação da norma do caso anterior.⁵⁸⁶ Esse tipo de caso ilustra um argumento que já apareceu, por exemplo, em Cohen: cada caso tem particularidades que sempre o irão diferenciar do precedente; decidir se essas particularidades ensejam ou não o *distinguishing* é uma resolução que não pode ser tomada simplesmente a partir do precedente, exigindo outros estímulos. Llewellyn também cita casos em que se diz que o caso é “distinguível” do precedente, sem que se diga mais nada além disso (*Seattle v. King County*, Washington, 1940).⁵⁸⁷ Além disso, há casos de “técnicas ilegítimas”, como quando “o caso antigo é conscientemente desconsiderado, sem menção” (*Gelpcke v. Dubuque*, USSC, 1863) ou quando “os fatos do caso anterior – ou do ‘precedente’ – são erroneamente representados ou erroneamente classificados para evitar a aplicação” (*Hargous v. Stone*, Nova Iorque, 1851).⁵⁸⁸ Há ainda casos em que, por exemplo, a corte diz que “nós aqui limitamos aquela regra” (*Hoffman v. Knollman*, Ohio, 1939) ou que o precedente “deve ser confinado a seus fatos exatos” (*Grain Dealers National Fire Ins. Co. v. Union Co.*, Ohio, 1953); ou, ainda, que o precedente antigo envolveu uma “aplicação equivocada do verdadeiro princípio” (*McPherson v. Buick*, Nova Iorque, 1916). Há, por fim, o caso do *overruling* expresso (como em *Hughes v. State*, Idaho, 1958).⁵⁸⁹

Por fim, há 12 técnicas para alterar o campo de aplicação de um precedente. Há, por exemplo, casos em que se “estabelece um novo método de interpretação dos fatos” (*Moran v. Standard Oil Co.*, Nova Iorque, 1914). Ou, também, casos em que se extrai uma regra não do material publicado do precedente, mas de cortes inferiores, de material não publicado do precedente, como *briefs* e *records* (*Northwestern Ohio Natural Gas Co. v. Public Utilities Commission*, Ohio, 1939). Há, ainda, situações em que se julga a partir de regras do “senso comum” (*Rozell v. Rozell*, Nova Iorque, 1939) ou de regras extraídas de “literatura crítica” (*Gerburg v. Crosby*, Washington, 1958).⁵⁹⁰

Depois de levantamento de todas essas múltiplas técnicas para manipulação de precedentes, Llewellyn submeterá sua hipótese (*i.e.*, que o precedente, na realidade, no máximo guia, mas não resolve o caso propriamente) a um último teste. Esse teste leva em conta que os inúmeros casos que Llewellyn selecionou para ilustrar a tradição de técnicas

⁵⁸⁶ *Ibid.*, p. 84.

⁵⁸⁷ *Ibid.*, p. 84.

⁵⁸⁸ *Ibid.*, p. 85-86, tradução nossa.

⁵⁸⁹ *Ibid.*, p. 86-87, tradução nossa.

⁵⁹⁰ *Ibid.*, p. 88-91, tradução nossa.

de manipulação de precedentes não foram selecionados segundo um crivo de aleatoriedade. Então, a validade estatística dos casos é discutível. Para remediar essa situação, Llewellyn sorteou dois dias e analisou os julgamentos que aconteceram nesses dias: 20 de março de 1944 na Pensilvânia e 11 de julho de 1939 em Nova Iorque. Os dois dias, selecionados aleatoriamente, revelaram os mesmos dados identificados nos demais casos:

Técnicas de precedentes divergentes, mutuamente inconsistentes, estão operando no dia a dia das cortes de apelação. *O caso pequeno, o caso ordinário, é uma ocasião constante e veículo de escolha criativa e de atividade criativa, para a modelagem e constante remodelagem de nosso case law.*⁵⁹¹

4.8.4 O fenômeno paralelo nos *statutes*

Os espaços de manobra que existem nos *precedents* existem também, de forma espelhada, nos *statutes*. Em 1950, Llewellyn publicou na *Vanderbilt Law Review* o artigo “*Remarks on the theory of appellate decision and the rules or canons about how statutes are to be construed*”, em que ele relata esse paralelismo. De forma semelhante ao que foi descrito sobre sua leitura dos “*leeways of precedente*”, quanto aos *statutes* Llewellyn cita 28 cânones de interpretação de *statutes* já utilizados pelas cortes americanas e 28 cânones opostos a cada um dos primeiros.⁵⁹²

A análise de Llewellyn, embora parta de uma análise empírica de casos reais, é semelhante a análises muito comuns nos sistemas de *civil law* sobre as múltiplas e variadas técnicas de interpretação de textos – frequentemente em rota de colisão uma com a outra.⁵⁹³

4.8.5 Como prever? Os *steadying factors* do comportamento judicial

Apesar de os precedentes e os *statutes* não decidirem casos, mas no máximo guiarem a decisão, Llewellyn não é um autor que acredita em uma impossibilidade de se

⁵⁹¹ *Ibid.*, p. 99, tradução nossa.

⁵⁹² LLEWELLYN, Karl. Remarks on the theory of appellate decision and the rules or canons about how statutes are to be construed. **Vanderbilt Law Review**, v. 3, Issue 3, p. 394-406, 1950. p. 401-406.

⁵⁹³ A percepção de que muitas diretivas estão em rota de colisão uma com a outra pode ser identificada inclusive em grandes obras sobre o assunto, que até tentam achar critérios para casos de conflitos (como as diretivas secundárias de Wróblewski, em grande parte aproveitadas por Chiassoni), mas dificilmente conseguem convencer a ponto de deixar de ser verdadeiro que a margem de manobra continua existindo (cf., por exemplo, WRÓBLEWSKI, Jerzy. **The Judicial Application of Law**. Dordrecht: Springer, 1992 e CHIASSONI, Pierluigi. **Técnica da interpretação jurídica**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020).

prever o comportamento judicial (o que aparece, como veremos, em Frank). Para ele, é, sim, possível prever. Em *The common law tradition*, o autor dedicará um capítulo à forma de prever: faz isso através da análise de fatores que, materialmente, estabilizam a conduta judicial, de modo que a tarefa de previsão passa pelo estudo e consideração de todos esses fatores.

Llewellyn fala, exemplificativamente, em 14 “*steadying factors*”.

O primeiro fator de estabilização da conduta judicial é o fato de os oficiais que julgam serem “condicionados pelo direito”. Juízes não são leigos. São juristas que foram treinados: eles pensam como juristas, enxergam significados nas coisas como juristas enxergam. Isso funciona como um fator de estabilização – muito embora essa estabilidade seja limitada pela enorme diversidade de formação e experiência que um jurista pode ter.⁵⁹⁴

O segundo fator de estabilização estaria no fato de que é em geral aceito que a decisão, seja ela qual for, precisa ser justificável a partir de “doutrina jurídica” correntemente aceita – seja ela envolvida em regras postas em *statutes*, em *case law* ou em “linhas aceitas de organização”, “conceitos, ‘campos’ do direito”, “princípios”, “ideais” típicos da comunidade jurídica etc. Esse fator de estabilização seria limitado, também, pelo fato de que as “normas” encontradas em *statutes*, *case law* e nas demais prescrições da comunidade jurídica podem ser manipuladas para que “qualquer caso decentemente manejado e em que valha a pena apelar” se enquadre em múltiplas soluções.⁵⁹⁵

O terceiro fato de estabilização seriam as “técnicas doutrinárias conhecidas” ou o que Llewellyn chama de “*the law of leeway*”. Ainda que existam múltiplas técnicas aceitas para manipulação dos materiais jurídicos (*statutes*, precedentes, literatura especializada etc.), “é compreendido e aceito que os materiais doutrinários são para serem manejados propriamente somente por um número limitado de técnicas reconhecidas como corretas”. Como visto nos capítulos anteriores, as mais variadas técnicas são usadas e reconhecidas como possíveis no momento da interpretação dos *statutes* e dos precedentes.

⁵⁹⁴ LLEWELLYN, Karl. *The common law tradition: deciding appeal*. Boston, Toronto: Little, Brown and company, 1960. p. 19-20.

⁵⁹⁵ *Ibid.*, p. 20-21, tradução nossa.

Essa diversidade cria um amplo espaço de manobra. Mas “a ausência de um guia explícito” ou livre de espaços de manobra não pode ser confundida com “ausência de qualquer guia”.⁵⁹⁶⁻⁵⁹⁷

O quarto fator de estabilização seria um sentimento de “responsabilidade pela justiça” nos julgadores. Para Llewellyn, seria característico do julgador uma tentativa de julgar conforme o que lhe parece justo. Embora o que parece justo a cada um seja algo que possa variar, há espaços em comum que funcionam como fatores de estabilização.⁵⁹⁸

O quinto fator de estabilização seria uma ideologia corrente de que só haveria “uma única resposta certa”. Quanto a este fator, Llewellyn confessa ter dúvidas sobre seu real potencial estabilizante: “Esse clima [de que só há uma resposta certa] me parece ainda ser um fato e uma condição de muito da atual prática de julgamento das cortes de apelação americanas. Se isso aumenta a calculabilidade geral de seus resultados é algo sobre o que não posso formar uma opinião clara”.⁵⁹⁹ O fato é que esse é mais um fator que precisa ser levado em conta para fins de previsão da decisão.

O sexto fator de estabilização é dado pela “*opinion*”. É absolutamente bem aceito que toda decisão deve ser seguida de um documento escrito que a descreva e a justifique. Esse documento é a *opinion*. A *opinion* exerce uma pressão no decisor em vários sentidos: ela deve se dirigir também à parte que perdeu, para que ela tenha ao menos o sentimento de ter tido um julgamento justo; ela deve explicar quais serão os julgamentos futuros em casos semelhantes; ela deve expressar a opinião do grupo e, portanto, deve ser aderente a outros julgamentos de outros juízes. Tudo isso funcionaria, novamente, como fator de estabilização.⁶⁰⁰

Um sétimo fator de estabilização seria a existência de um “*frozen record from below*”. Llewellyn, aqui, se referirá a uma regra que é basicamente equivalente à regra brasileira de que as cortes supremas não podem considerar uma moldura fática diversa

⁵⁹⁶ *Ibid.*, p. 21-23, tradução nossa.

⁵⁹⁷ Como visto nos capítulos anteriores, Llewellyn reconhece que, dentre as várias técnicas de manipulação, existem algumas que são ilegítimas. Mas isso não altera o fato de elas pertencerem à cultura jurídica analisada. Apesar disso, Llewellyn dedicará um capítulo a dizer que, em sua leitura, o uso de técnicas realmente ilegítimas é raro (LLEWELLYN, Karl. **The common law tradition: deciding appeal**. Boston, Toronto: Little, Brown and company, 1960. p. 133 *et seq.*).

⁵⁹⁸ LLEWELLYN, Karl. **The common law tradition: deciding appeal**. Boston, Toronto: Little, Brown and company, 1960. p. 23-24.

⁵⁹⁹ *Ibid.*, p. 24-25.

⁶⁰⁰ *Ibid.*, p. 26-28.

daquela considerada pelo juízo que proferiu a decisão recorrida. Segundo Llewellyn, esta regra funcionaria, também, como um fator de estabilização.⁶⁰¹

Um oitavo fator de estabilização seria o fato de que os argumentos apresentados pelos advogados em geral são o que molda a decisão: dificilmente os juízes analisarão os fatos sob uma ótica diversa daquela proposta nas petições – isso, além de demandar um trabalho adicional, frequentemente é entendido como injusto com a parte perdedora, que não teve oportunidade de se defender senão daquilo que a outra parte lhe dirigiu. Por outro lado, “uma corte de apelação em missão por justiça pode fazer (e vem fazendo isso frequentemente) um trabalho de reformulação de petições mal elaboradas”.⁶⁰²

Em nono lugar, há um fator de estabilização que seria a habilidade dos advogados em questão. O sistema de trabalho adversarial em que os advogados trabalham funciona como uma pressão para garantir que a corte considere as autoridades, intensificando a pressão exercida pelo fator de estabilização de número três. Por outro lado, se a habilidade dos advogados não é equivalente dos dois lados, esse fator de previsão pode ser posto em cheque: uma previsão que apenas se baseia na consideração de um julgamento completo e no qual todas as questões são postas em discussão pode ser comprometida por ausência de habilidade dos advogados.⁶⁰³

Um décimo fator de estabilização existiria nas decisões colegiadas. Para Llewellyn, é mais provável que haja estabilidade nas decisões quando elas são tomadas por um grupo, com um membro contrabalanceando eventuais idiosincrasias dos demais, do que quando são tomadas individualmente.⁶⁰⁴

Como décimo primeiro fator de estabilização, Llewellyn cita a independência judicial: juízes não poderem ser punidos, em geral, pela decisão tomada. Isso tiraria a influência de ameaças e medo na tomada de decisão – fatores estes que são tipicamente não sondáveis.⁶⁰⁵

Um décimo segundo fator de estabilização diz respeito ao fato de o tribunal ser cognoscível: a existência de *opinions* e de relatórios a respeito de casos passados permite que cada juiz e órgão colegiado seja estudado individualmente – o que já se faz há muito

⁶⁰¹ *Ibid.*, p. 28. Esta é uma regra que se enquadraria na categoria de regras com alta aplicabilidade (caso em que a prescrição poderia ser reformulada, sem cair em grande imprecisão, como uma descrição).

⁶⁰² *Ibid.*, p. 29, tradução nossa.

⁶⁰³ *Ibid.*, p. 30-31.

⁶⁰⁴ *Ibid.*, p. 31-32.

⁶⁰⁵ *Ibid.*, p. 32-33.

tempo com os juízes das cortes supremas, mas muito raramente com os demais juízes. Assim, com um estudo individualizado de cada juiz a previsão se tornaria possível.⁶⁰⁶

O décimo terceiro fator de estabilidade seria o “estilo do período”. Para Llewellyn, existe um “estilo” particular de decidir: não propriamente uma linguagem em que as decisões são escritas, mas uma forma de se pensar e de se tomar decisões em casos. Esse estilo varia de tempos em tempos, de forma análoga a movimentos de períodos específicos na arquitetura, na música, no teatro. O “estilo do período” é a maneira geral em um país de “se realizar um trabalho, a silhueta geral, as formas do *know-how* profissional, as coisas a que juristas são sensíveis e pelas quais eles lutam, o tom e os traços do trabalho e de seus resultados”. Llewellyn, nesse capítulo, falará do “*American Grand Style*” novamente: um “estilo de período” em que o precedente era considerado altamente persuasivo, mas era submetido sempre a testes para averiguação da razoabilidade da aplicação do precedente: se o precedente não fizesse sentido a partir de “princípios” correntemente aceitos ou se as consequências de sua aplicação fossem indesejáveis, poderia não ser aplicado sem a necessidade de se mascarar esse procedimento por manipulações pseudológicas (o que teria passado a acontecer no *Formal Style*). Para Llewellyn, o *Grand Style* é o método mais previsível, pois as “regras de razoabilidade” ou de “bom senso” com que os precedentes são testados têm, elas sim, uma grande chance de funcionarem da mesma maneira mesmo com a alteração do juiz – atingindo o antigo ideal de julgamento por “*laws and not men*”. O *Formal Style* só poderia trazer resultados calculáveis se as regras enormemente abstratas aplicadas fossem claras e inequívocas.⁶⁰⁷

Por fim, o décimo quarto fator de estabilização da conduta judicial é aquele que, para Llewellyn, é o mais importante: o cargo. As pessoas que tomam as decisões ocupam um cargo, como profissionais de tempo integral. Esse cargo, para Llewellyn, carrega um poder simbólico, uma tradição de respeitabilidade, que levaria o ocupante a “honrar o cargo” tanto quanto possível. A ideia desse “cargo” estimularia uma tentativa constante do juiz de exercer sua função de forma cada vez melhor, esforçando-se para olhar não apenas para o caso, mas para toda a sociedade, para ficar equidistante em relação às partes, para se fazer ouvir e para manter-se aberto a ser convencido. Isso não necessariamente

⁶⁰⁶ *Ibid.*, p. 34-35.

⁶⁰⁷ *Ibid.*, p. 35-45, tradução nossa. Ao longo do livro, Llewellyn irá falar na importância que o “senso comum” (“*horse sense*”) tem no julgamento de casos. Por esta passagem fica claro que Llewellyn entende que essas regras “do senso comum” são mais claras e menos variáveis do que as “*paper rules*” como tradicionalmente concebidas (cf. *Ibid.*, p. 178-213).

significa uma uniformidade absoluta, diz Llewellyn. Mas seria um relevante fator de estabilização – o mais relevante, segundo o autor.⁶⁰⁸

4.8.6 Considerações sobre a educação jurídica proposta por Llewellyn

Talvez a obra mais conhecida de Llewellyn sejam as palestras dadas a alunos recém-ingressados na *Columbia Law School* em 1929 e 1930 e posteriormente publicadas sob o título “*The bramble bush: on our law and its study*”. Nessas palestras, Llewellyn se dirige a pessoas que “têm em mente a ideia de que como resultado do estudo irão se tornar advogados [...] pessoas que apresentam casos a cortes”. O objetivo das palestras era responder as seguintes perguntas: o que é esse “direito” que vocês se propõem a estudar? O que vocês terão de fazer para estudá-lo, quais instrumentos vocês têm à disposição? O que vocês terão de fazer após formados?⁶⁰⁹

Alguns aspectos das respostas a essas perguntas interessam às hipóteses deste trabalho.

Em primeiro lugar, ao responder à primeira pergunta (o que é esse “direito” que vocês pretendem estudar?), Llewellyn narrará uma desilusão: aqueles que vêm à faculdade de direito e apenas estudam regras, conceitos, prescrições e nada mais sairão da faculdade apenas com a superfície do direito, e não com a substância. Os professores de direito descobriram que “a instância concreta, o acúmulo de instâncias concretas, o presente, a memória vital de uma multitude de instâncias concretas é o que é necessário para fazer qualquer proposição geral [...] significar qualquer coisa”.⁶¹⁰ Posteriormente no livro, o autor falará da importância que o aprendizado do “*hunch*” tem para o formado em direito – e narrará o método para aprendê-lo:

Uma coisa, no entanto, eu preciso abordar: o treinamento da sua capacidade de *hunch* quanto ao desfecho de um caso, quanto à direção que um tribunal tomará. Se estou certo no que argumentei sobre a incerteza do direito em qualquer detalhe específico, se estou certo quanto à margem de liberdade que o tribunal tem diante dos fatos e dos precedentes, se estou certo quanto à enorme importância da postura do tribunal – então *hunch* deve ser vital para sua prática. Seu cliente paga você para que tenha um *hunch* corretamente. Claro, ele também paga se você tiver o *hunch* errado. Uma vez. Esse *hunch*, no entanto, não é mero palpite [...] Boa capacidade de *hunch* é o resultado de bom senso, imaginação e muito conhecimento. Quanto mais conhecimento sobre o que os

⁶⁰⁸ *Ibid.*, p. 45-51.

⁶⁰⁹ LLEWELLYN, Karl. **The bramble bush: on our law and its study**. New Orleans: Quid Pro, 2012. p. 11, tradução nossa.

⁶¹⁰ *Ibid.*, p. 12, tradução nossa.

tribunais têm feito, mais preciso será o *hunch*. Quanto melhor for a qualidade desse conhecimento, quanto mais clara for a leitura dos casos, mais preciso será o *hunch*. Assim, seu trabalho com os casos aqui constrói uma base, de outra forma, para toda a sua prática. Apenas com uma ressalva: a base construída nas aulas não é ampla o suficiente. Você precisa de mais casos, mais casos, mais e mais casos. Não é tão importante que você memorize seus detalhes, suas decisões, onde podem ser encontrados novamente. O importante é a leitura constante e cuidadosa – observar, seguir e compreender as reações dos tribunais, repetidamente. Ao receber os fatos de um caso, espere o *hunch* primeiro, antes de saber o desfecho. Depois, volte e reveja. Se você acertou, suas bases foram aquelas que o tribunal expôs? Se errou, onde foi que se equivocou?⁶¹¹

Isso parece indicar que o direito não pode ser feito somente de “regras”. Llewellyn, então, dirá que o direito é primariamente sobre disputas: a sociedade é recheada de disputas e há um corpo de oficiais especialmente designados e organizados para resolver essas disputas – o que esses oficiais fazem a respeito dessas disputas, diz o autor, é o direito. Logo em seguida, Llewellyn dirá que sabe que poucos concordam com ele nessa posição. A maioria entende que o direito é “*uma relação de regras de conduta*”. O autor descreverá as principais teorias que consideram um conjunto de prescrições, para depois afirmar: “Tudo isso não diz tanto sobre a importância das ‘regras’ quanto sobre a importância *não exclusiva* de disputas”.⁶¹² Aqui, o autor se aproxima da posição sustentada em “*A realistic jurisprudence – the next step*”, já abordado.

Em segundo lugar, ao responder à segunda pergunta (quais instrumentos estão disponíveis para se estudar o direito?), Llewellyn gastará grande parte do livro explorando o “*case method*” – ou seja, a forma de analisar casos e extrair deles regras aplicáveis a outros casos. Isso torna evidente que o autor não tem uma posição de desconsiderar a importância desse tipo de prática tradicional (ainda que proponha alguns ajustes nessa prática) para a formação profissional e para a previsão das condutas judiciais.⁶¹³

E em terceiro lugar, já antecipando o que talvez seja o principal ponto de “*The common law tradition*”, Llewellyn declara, para que os estudantes saibam de antemão quando entrarem no mercado: “Regras *guiam*, mas elas não *controlam* a decisão. Não há um precedente que o juiz não possa, segundo sua necessidade, limar até ficar com a espessura de uma lâmina ou expandir até que vire uma maça”.⁶¹⁴

⁶¹¹ *Ibid.*, p. 109, tradução nossa.

⁶¹² *Ibid.*, p. 36-37, tradução nossa.

⁶¹³ *Ibid.*, p. 46 *et seq.*, p. 60 *et seq.* e p. 73 *et seq.*

⁶¹⁴ *Ibid.*, p. 151-152, tradução nossa.

4.9 JEROME FRANK

4.9.1 Introdução

Em “*Some realism about realism*”, a única obra de Jerome Frank citada é seu livro *Law and the Modern Mind*, de 1930. Em “*Naturalizing jurisprudence*”, Leiter cita também os dois artigos da série “*Are judges human?*”, ambos publicados na *University of Pennsylvania Law Review* em 1931.

Esses trabalhos parecem o bastante para os fins desta monografia.

4.9.2 O “mito de base” no direito: a busca pelo direito tradicional como uma busca por uma figura paterna

No início de *Law and the Modern Mind*, Frank introduz a ideia de que há um “mito de base” (“*basic myth*”) no direito como concebido tradicionalmente. Esse mito consiste na crença de que apenas uma pequena porção do direito – compreendido aqui como um conjunto de prescrições estável, claro e livre de dúvidas – não está ainda determinada e certa e que essa porção poderia ser aclarada de forma relativamente fácil através de certos critérios.⁶¹⁵

Segundo Frank, porém, o público em geral percebe, aos poucos, que a realidade não é essa. Atribui-se a culpa por esse infortúnio aos juristas: há uma “crença em que os juristas complicam o direito, e o complicam de forma desnecessária”, uma crença de que “se as profissões jurídicas não interpusessem suas artimanhas, o direito poderia ser claro, exato e certo”. O direito, então, seria, realmente, claro, exato e estável: o que o tornaria obscuro, equívoco e variável seria um corpo de profissionais cuja arte consiste precisamente em manipulá-lo. Mas “a noção popular quanto à possibilidade de exatidão jurídica é baseada em uma concepção equivocada. O direito sempre foi, hoje é, e sempre continuará sendo amplamente vago e variável”.⁶¹⁶

O alcance do mito de base, porém, vai além do público em geral: os próprios juristas também acreditam nesse mito. E os advogados orientam seus clientes desta forma: eles sustentam o mito de base e fazem parecer que o direito já é inteiramente estável e

⁶¹⁵ A caracterização do *basic myth* acontece ao longo do primeiro capítulo de *Law and the modern mind* (FRANK, Jerome. **Law and the Modern Mind**. Gloucester: Anchor Books, 1970. p. 3-14).

⁶¹⁶ FRANK, Jerome. **Law and the Modern Mind**. Gloucester: Anchor Books, 1970. p. 5-6, tradução nossa.

invariável. Quando o cliente, porém, eventualmente aparece com um problema que o advogado considera duvidoso, este se apressa em instruí-lo no sentido de que a situação é excepcional, pois em termos gerais o direito é claro e pode ser afirmado definitivamente. Ou, eventualmente, o advogado procura argumentar que o direito, temporariamente, se encontra indefinido: “Os juízes que recentemente trabalharam com o direito neste assunto são excepcionalmente estúpidos” ou “O Congresso acaba de editar um *statute* mal escrito”.⁶¹⁷

Além disso, se o direito é estável e claro, que explicação um advogado que perde uma ação pode dar? Porque se o direito é de fato assim, a derrota na ação é amplamente previsível; então, por que ela é ajuizada? Em muitos casos, dirá Frank, é por conta de desconhecimento do advogado ou por insistência do cliente. Mas é certo, diz o autor, que em muitos casos advogados honestos e inteligentes de ambos os lados conscientemente aconselham seus clientes a ingressarem na controvérsia posteriormente perdida: é possível que haja derrota na ação sem que seu ajuizamento tenha sido recomendado de forma tecnicamente equivocada e nem desonesta – porque o direito é, realmente, incerto antes da decisão.⁶¹⁸

Mas os argumentos dos advogados perante as cortes, frequentemente os argumentos dos advogados perante seus clientes e as próprias decisões das cortes, são apresentados como se não fosse esse o caso, mas como se houvesse um direito exato, claro, invariável e como se a decisão fosse simples resultado da aplicação lógica desse direito aos fatos do caso.⁶¹⁹

Haveria, então, uma grande hipocrisia nas profissões jurídicas? Estaria o público em geral correto na desconfiança que tem em relação aos juristas? Seriam eles apenas pessoas mal-intencionadas, maquiando a realidade do direito para que os cidadãos não conheçam sua real natureza incerta? Para Frank, não há hipocrisia. Juristas não são “*conscientemente* enganosos. Os próprios juristas, como o público em geral, não percebem o caráter essencialmente plástico e mutável do direito”.⁶²⁰

Nestas pequenas passagens citadas, um dado salta aos olhos: Frank em geral dirá que a visão do direito como exato e rígido é um “mito”. Dirá, normalmente de passagem e em alguns poucos momentos, que um direito rígido não é de interesse porque em uma

⁶¹⁷ *Ibid.*, p. 8, tradução nossa.

⁶¹⁸ *Ibid.*, p. 9.

⁶¹⁹ *Ibid.*, p. 9.

⁶²⁰ *Ibid.*, p. 10, tradução nossa.

sociedade plural, com muitas situações diferentes, um único direito não manejável não seria apto a atender às demandas sociais.⁶²¹ Dirá, também, que os perigos de um direito variável são exagerados – na verdade, ninguém faz negócios pensando e contando com a estabilidade do direito: em geral, o direito não é levado em consideração, e muito menos sua estabilidade.⁶²² No entanto, o traço principal de seu discurso não é dizer que o direito estável é indesejável – isso aparece apenas de passagem. O traço principal é que o direito estável é um mito: é uma ilusão, é algo que não existe na realidade.

Isso fica particularmente claro nas considerações de Frank sobre o debate entre autores que, no *common law* histórico, debateram sobre a teoria declaratória e constitutiva da jurisdição. Frank descreve o que seria uma visão tradicional:

A visão convencional pode ser resumida da seguinte forma: O direito é um corpo completo de regras que existe desde tempos imemoriais e é imutável, exceto na medida limitada em que os legislativos o modificam por meio de estatutos promulgados. Os legisladores têm poder expresso para alterar a lei dessa forma. Mas os juízes não devem criar nem mudar a lei, apenas aplicá-la. A lei, já pronta, preexiste às decisões judiciais. Os juízes são simplesmente “oráculos vivos” da lei. São meramente “a lei falada”. Sua função é puramente passiva. Eles são “apenas a boca que pronuncia a lei”. Eles não criam nem inventam novas leis, assim como Colombo não criou nem inventou a América. As opiniões judiciais são evidências do que é a lei; as melhores evidências, mas nada além disso. Quando uma decisão anterior é revogada, não devemos dizer que a regra anunciada na decisão anterior era a lei e foi agora mudada pela decisão posterior. Devemos ver a decisão anterior como tendo estabelecido uma regra errônea. Era um mapa falso da lei, assim como um mapa pré-colombiano do mundo era falso. Enfaticamente, não devemos nos referir à nova decisão como uma criação de nova lei. Ela apenas parece fazer isso. É meramente um pedaço de cartografia jurídica revisada. Se um juiz realmente tentasse criar uma nova regra, estaria cometendo uma usurpação de poder, pois somente o Legislativo tem autoridade para mudar a lei. Os juízes, escreve Blackstone, não foram “delegados para pronunciar uma nova lei, mas para manter e expor a antiga”; mesmo quando uma decisão anterior é abandonada por ser “claramente contrária à razão”, os “juízes posteriores não fingem criar uma nova lei, mas vindicar a antiga de uma má interpretação”. A visão do juiz anterior estava “defeituosa” e ele cometeu “um erro” ao encontrar a lei, erro esse que agora está sendo corrigido por seus sucessores.⁶²³

A visão descrita tem impingida nela, claramente, uma ideologia: uma opinião sobre como as coisas devem ser. Ela assume que a palavra “direito” carrega consigo o significado de “algo que é bom”, “algo que é justo”, “algo que deve ser respeitado”. E, por isso, precisa descrever o direito como algo independente do que fazem os juízes –

⁶²¹ Cf. *Ibid.*, p. 7 e p. 11. Frank, porém, faz uma ressalva: ele não pretende aprovar a simples variação (*Ibid.*, p. 7, nota 4). O que o autor defende é que a libertação do desejo por estabilidade pode ser útil para facilitar o crescimento: “*The relief from fear of chance need not result in the adoption of a policy of incessant, hectic change, but should lead to a policy of healthy and vital growth*” (*Ibid.* p. 267).

⁶²² *Ibid.*, p. 38-39.

⁶²³ *Ibid.*, p. 35-36, tradução nossa.

afinal, se o “aquilo que é bom”, o “aquilo que é justo” e o “aquilo que deve ser respeitado” for definido pelo juiz, haveria uma usurpação de competência do Legislativo.⁶²⁴

A contraposição de Frank, porém, desloca a discussão para outro nível: do dever ao ser. Frank descreve uma visão alternativa como aquela que “qualquer observador imparcial deve aceitar como a visão obviamente correta”, embora seja uma visão minoritária. Essa visão é a seguinte: “Juízes [...] criam e mudam, sim, o direito. A visão minoritária é patentemente correta”.⁶²⁵ Frank, então, descreve a visão convencional como uma “negação obstinada da realidade judicial”, como um “mito ou ilusão” por detrás do qual há “o desejo infantil de ter um universo fixo e controlado paternalmente, livre de acaso e erro derivado da falibilidade humana” e como um “crescimento direto de uma necessidade subjetiva de acreditar em um mundo jurídico estável, quase inalterável – na verdade, um mundo infantil”.⁶²⁶

A visão tradicional é uma visão que busca, claramente, chegar no conceito de direito através daquilo que seus elaboradores acham que deve ser. A visão de Frank busca chegar no conceito de direito através daquilo que é. Nenhum dos dois está certo ou errado nas definições, pois os significados das palavras para fins científicos podem ser definidos arbitrariamente.⁶²⁷ Mas ambos estão errados ao acharem que as duas visões são incompatíveis. A visão tradicional, de Blackstone e de Joseph Henry Beale, por exemplo, pressupõe que o direito é “algo que deve ser”, “algo que deve ser respeitado”. O problema é que afirmações sobre “aquilo que deve ser” não podem ser falseadas por afirmações sobre aquilo que é. Por isso, Frank não refuta a definição convencional ao dizer que ela não corresponde à realidade – pois a definição convencional não está preocupada ou comprometida com o que acontece na realidade, mas com o que deveria acontecer: ela não tem a pretensão de ser descritiva, ou seja, não tem a mesma pretensão que tem a definição de Frank.

⁶²⁴ Esse caráter da “visão convencional” fica ainda mais claro em um próximo capítulo de Frank (FRANK, Jerome. **Law and the Modern Mind**. Gloucester: Anchor Books, 1970. p. 53-62). A ideia de que há uma relação congênita e inabalável entre o significante “direito” e o significado “aquilo que deve ser” foi apontada (em tom crítico) na resposta de Frank à definição de direito de Dickinson (FRANK, Jerome. Are judges human? Part one: the effect on legal thinking of the assumption that judges behave like human beings. **University of Pennsylvania Law Review and American Law Register**, v. 80, n. 1, p. 17-53, nov. 1931. p. 20-21).

⁶²⁵ FRANK, Jerome. **Law and the Modern Mind**. Gloucester: Anchor Books, 1970. p. 36, tradução nossa.

⁶²⁶ *Ibid.*, p. 37-38, tradução nossa.

⁶²⁷ Sobre isto, cf. nota 24 no início deste trabalho. O próprio Frank sabe disso: “É claro que qualquer pessoa pode definir ‘direito’ como quiser” (FRANK, Jerome. **Law and the Modern Mind**. Gloucester: Anchor Books, 1970. p. 51, nota 4, tradução nossa).

O que nos interessa é que Frank não refutará a visão tradicional no mesmo nível de discussão em que ela se encontra (isto é, no nível do que deve ser): não dirá que os juízes “devem ser autorizados a manipular o direito como acharem melhor” ou que os juízes “devem decidir com base em suas subjetividades”. O que ele dirá é que os juízes, de fato, fazem essas coisas. A visão convencional não é descrita por Frank como maldosa, insensível, nefasta, mal-intencionada ou coisa que o valha. Ela é descrita como ilusória, mitológica, irreal: como sintoma de um desejo de ver as coisas não como elas são, mas como o observador gostaria que elas fossem. Quem adota a visão de Frank é descrito como “qualquer observador imparcial”, não como “qualquer pessoa sensível”, “bem-intencionada” ou “de bem”. Isso deixa claro que a transferência de autoridade não é um traço característico de Frank: o deslocamento do conceito de direito,⁶²⁸ no autor, tem outro caráter – ainda que Frank, de fato, considere indesejável um direito estático e sem espaços para adaptações às necessidades de mudança da sociedade moderna.

Em “*Are judges human?*”, de 1931, Frank discutirá com Dickinson a respeito das ideias holmesianas. A resposta de Frank é definitiva: ela não deixa qualquer dúvida de que o autor não está defendendo uma transferência de autoridade:

Os holmesianos discordam de Dickinson. Eles dizem: “O elemento pessoal é inevitável nas decisões judiciais. Sendo inevitável, deve ser reconhecido como tal e não tratado como algo negligenciável e sem importância. É infantil, imprudente e perigoso – aqui como em todos os assuntos humanos importantes – ignorar o que é inevitável e fingir que isso não existe. Já que o elemento pessoal existe, o caminho sensato é lidar com ele e, tanto quanto possível, aperfeiçoá-lo. De fato, como muitos elementos inevitáveis, quando encarado com coragem e inteligência, ele pode até trazer certas vantagens”. Como Dickinson interpreta essa tese? Da seguinte forma: aqueles que sustentam essa visão querem, segundo ele, mudar nosso sistema. Eles buscam, tola e perigosamente, aumentar o elemento pessoal na justiça. Querem ampliar os poderes arbitrários e caprichosos do juiz individual. Nosso sistema jurídico, diz ele, foi concebido justamente para que as decisões judiciais sejam tomadas de maneira que restrinjam, ao menos em parte, as reações puramente pessoais e imprevisíveis dos juízes individuais, fazendo com que eles deem influência controladora a considerações que, até certo ponto, foram padronizadas para todos os juízes. Esses perigosos holmesianos querem abandonar essas salvaguardas contra o desvio dos juízes. Eles querem que os juízes deixem de dar “influência controladora a considerações que, até certo ponto, foram padronizadas para todos os juízes”. Aí está a dificuldade. Para alguns seguidores de Holmes, o sistema tradicional não funciona como afirma funcionar. A descrição convencional do sistema judicial (à qual Dickinson adere) é, para eles, uma descrição incorreta. Eles questionam se é verdade que as “considerações padronizadas” às quais Dickinson se refere realmente têm uma “influência controladora” sobre nossos juízes. Eles não dizem que tais considerações não têm efeito. Nem dizem que tais considerações não deveriam ser controladoras ou que não desejam que elas sejam. Eles dizem, simplesmente, que essas considerações, em grande parte, não controlam. Certamente há uma diferença entre dizer: “A Terra se move” e

⁶²⁸ Mais sobre o conceito de direito em Frank, no tópico 4.9.3, abaixo.

dizer: “Eu gostaria que a Terra se movesse” ou “Fico encantado que a Terra se mova” [...] O “é” dele [de Dickinson] significa “eu gostaria”. Consequentemente, quando um holmesiano diz “é”, Dickinson assume que se pode substituir por “eu gostaria”.⁶²⁹

E em um momento posterior, Frank fala dele mesmo e revela suas opiniões sobre o que deve ser:

O autor [Frank falando dele mesmo] admite abertamente, então, que acredita que nosso sistema judicial está completamente permeado pela justiça do Cadi. Ele não vê maneira de evitá-la. Por acaso, é uma alma que gosta de conforto e – especialmente em casos que envolvem documentos legais que ele mesmo preparou – muitas vezes gostaria de viver em um mundo onde “regras autoritativas” fossem frequentemente aplicadas de forma automática. Mas ele descobriu que esse mundo é tão irreal quanto anjos ou dragões. Ele considera sábio aprender os fatos da vida, não evitá-los. Ele não defende um “retorno à justiça do Cadi”. Para ele, esse programa é tão sem sentido quanto um “retorno à mortalidade” ou um “retorno à respiração”. O que ele diz é: “Em todo sistema jurídico, a justiça do ‘Cadi’ está ativa. O nosso é um sistema onde ela está ativa, mas oculta. Essa ocultação impede que compreendamos nosso sistema. Vamos nos tornar conscientes de sua verdadeira natureza. Dessa forma, poderemos usá-la com mais eficiência e, se possível, melhorá-la”.⁶³⁰

E por fim:

Há juízes brilhantes e juízes medíocres; juízes fortes e juízes fracos; juízes equilibrados e juízes volúveis; juízes frios e juízes emocionais; de “mente fechada” e de “mente aberta”; honestos e desonestos. Todos eles são afetados, em algum grau, pelas chamadas regras jurídicas. Ninguém pode generalizar sobre o quanto essas generalizações legais realmente influenciam. O efeito varia de juiz para juiz. E, mesmo em relação a um juiz específico, é quase impossível dizer, em um caso concreto com testemunhos conflitantes, até que ponto ele será influenciado pelas regras.⁶³¹

Tudo isso deixa muito clara a inexistência de uma transferência de autoridade.

⁶²⁹ FRANK, Jerome. Are judges human? Part one: the effect on legal thinking of the assumption that judges behave like human beings. *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, v. 80, n. 1, p. 17-53, nov. 1931. p. 25-26, tradução nossa.

⁶³⁰ *Ibid.*, p. 31, tradução nossa. A menção ao Cadi é de Roscoe Pound, no seguinte contexto: “na verdade, a justiça sem lei é o tipo normal. Antes da existência da lei, temos justiça sem lei; e mesmo após o surgimento da lei e durante sua evolução, ainda a temos sob o nome de discricionariedade, justiça natural, ou equidade e boa consciência — como um elemento antijurídico. O juiz amarrado de pés e mãos por um código e pelo princípio de que a melhor lei é aquela que deixa o mínimo possível à discricção do juiz, é nosso objetivo natural — e não o Cadi oriental administrando justiça no portão da cidade à luz da natureza, temperada pelo estado de sua digestão naquele momento” (POUND, Roscoe. *The decadence of equity*. *Columbia Law Review*, Vol. 5, No. 1 (Jan., 1905). p. 20-21). A preferência de Pound por uma sociedade em que o juiz tenha menos autorização para julgar segundo sua vontade, porém, não é incompatível e em nada é contraditória com a opinião de Frank de que os juízes, de fato, não decidem por aplicação lógica de “regras”, como tradicionalmente compreendidas.

⁶³¹ *Ibid.*, p. 42, tradução nossa.

Frank também responde à crítica de Morris R. Cohen no sentido de que haveria um “nominalismo” no pensamento realista:

Uma maneira fácil de se livrar daqueles de quem você discorda é apresentar uma versão distorcida do trabalho deles e, assim, justificar a atribuição de um nome pejorativo. Esse é o método empregado pelo Professor Morris R. Cohen em suas críticas aos céticos do direito. Segundo ele, essas pessoas iludidas são “nominalistas” extremos que afirmam que não existem regras jurídicas precisas e que, na verdade, não existem regras jurídicas de forma alguma. O Professor Cohen não tem dificuldade em demolir essa tese absurdamente tola. O único problema com sua crítica é que ninguém jamais foi tolo o suficiente para defender tal tese absurda. O que os céticos realmente dizem é algo bem diferente:

“Passamos”, dizem eles, “muitos anos observando o que acontece nos tribunais. Como consequência, duvidamos que as regras jurídicas sejam tão eficazes quanto se supõe. Também questionamos seu valor como descrições adequadas do que os juízes fazem ou de como pensam”. Isso não é nominalismo. Se um homem afirma que a lei de proibição é raramente aplicada, ele não está negando que ela tenha sido promulgada. Afirmar que a lua não é feita de queijo não é o mesmo que afirmar que não existe queijo ou que a lua é indescritível.⁶³²

Isso deixa claro que não há, também, uma transferência de autoridade “acidental” derivada da negação da existência daquilo que normalmente se considera “direito”.

Mas, superado este ponto, a obra de Frank está particularmente preocupada – e talvez este seja seu traço mais inovador – com a causa desse “mito de base”. Por que haveria um desejo tão ferrenho de enganar-se a si mesmo? A resposta de Frank está na infância: “Estamos na trilha de uma ilusão teimosa. Onde melhor, então, para procurar pistas do que na infância?”⁶³³

Frank relata, então, o percurso do primeiro choro de nascimento ao mito de base. A criança é forçada a sair de um pequeno mundo de segurança absoluta e garantida, independentemente de qualquer esforço. Ela nasce. E, ali, cessa a segurança e inicia-se a luta pela sobrevivência. A harmonia e a perfeição pré-natal estão acabadas. Mesmo assim, no início suas vontades são poucas e quase imediatamente atendidas pelos pais. A criança se aproxima da onipotência: seus prantos magicamente comandam respostas do ambiente. Com o passar dos anos, a onipotência diminui. Mas de que há onipotência em algum lugar, a criança não tem dúvidas. O acaso ainda não existe para ela. O caos está além do crível. Mas os anos continuam passando, e a criança continua a se deparar com sua incapacidade de controlar o mundo exterior. A criança corre pedir socorro para seus pais: eles ficam entre a criança e o caos do mundo exterior. Eles são poderosos e sabem de tudo.

⁶³² *Ibid.*, p. 44, tradução nossa.

⁶³³ FRANK, Jerome. **Law and the Modern Mind**. Gloucester: Anchor Books, 1970. p. 14, tradução nossa.

Eles controlam o mundo exterior: eles sabem o que é o certo e o que é o errado e trazem ordem ao caos. A criança recupera sua onipotência. Mas agora, uma onipotência vicária: através dos pais. Aqui, surge uma importante divisão de tarefas: a mãe representa a ternura doméstica, a ajuda; o pai assume a posição do árbitro final, da força e da autoridade. A mãe incorpora a ternura protetora, enquanto o pai incorpora a certeza, a segurança, o infalível: incorpora a exata produção da lei, pronúncia da lei e aplicação da lei. A criança, em sua luta pela sobrevivência, faz um uso vital de sua fé em um pai onipotente e onisciente, um pai que estabelece regras de conduta precisas e infalíveis. Mas os anos continuam passando. E a experiência erode essa supervalorização ficcional do pai. Há muito que o pai não sabe e há muito que ele não consegue fazer. Outros humanos conseguem se opor a ele: há forças no mundo além de seu controle. A criança não consegue aceitar essa realidade: ela está, mais uma vez, desorientada. Mas não é possível: com certeza, sente a criança, em algum lugar deve existir Alguém que pode controlar a realidade, fazer as coisas obscuras claras, fazer o incerto certo. Substitutos surgem: o padre, o pastor, os líderes do grupo. Eles também decepcionam. Conforme a criança deixa de ser criança, essa busca impetuosa se torna mais inconsciente e a figura paterna procurada se torna mais impessoal, mais vaga. Para cumprir esse papel surge, por exemplo, a religião. Também a ciência. Isso foi sempre notado, segundo Frank. Mas o mesmo fenômeno acontece em relação ao direito: para a criança, o pai é o Juiz Infalível, Ele produz regras de conduta definitivas, Ele sabe precisamente o que é bom e o que é ruim. O Direito – um direito certo, estável, infalível, como aquele da concepção tradicional de Blackstone e Beale – se torna um substituto para o Pai-Como-Juiz-Infalível.⁶³⁴

Frank chama isso de uma “explicação parcial”. Ele não pretende ter encontrado a causa única da maneira como as pessoas encaram o que seja o direito. Além disso, ele reconhece as limitações que as teorias psicológicas ainda possuíam na época de seus escritos:

Usamos as expressões “um determinante importante” e “um elemento importante” ao nos referirmos à atitude em relação ao pai como uma explicação da ilusão básica de total previsibilidade jurídica. Pois não se pretende que tenhamos isolado a única causa de uma reação que, como a maioria das reações humanas, é naturalmente o produto de uma constelação de várias forças. No entanto, para fins de ênfase, trataremos, no que segue, uma explicação parcial como se fosse a única. Assumiremos aberta e declaradamente a parte pelo todo;

⁶³⁴ *Ibid.*, p. 14-22. Neste item, Frank cita análises antropológicas de Bronislaw Malinowski a respeito do papel do pai nas sociedades. Cf., por exemplo, MALINOWSKI, Bronislaw. **Father in the primitive psychology**. New York: The Norton Library, 1966.

empregaremos o que foi apropriadamente chamado de uma “ficção negligente”. Com tais qualificações, podemos agora afirmar de forma sucinta nossa resposta à intrigante pergunta: por que os homens buscam uma certeza irrealizável no direito? Porque, respondemos, eles ainda não abandonaram a necessidade infantil de um pai autoritário e, inconscientemente, tentaram encontrar no direito um substituto para aqueles atributos de firmeza, segurança, certeza e infalibilidade atribuídos na infância ao pai. [...] Dissemos que se trata de uma explicação parcial. Outras, é claro, ocorrerão ao leitor. (Catorze entre muitas outras explicações possíveis estão listadas no Apêndice I.) A “causa” isolada e tratada como constante não é a única causa, muitas vezes não é a mais importante, não é incessante, e é em grande parte inconsciente. Mas tem sido negligenciada. [...] Outro alerta. A psicologia ainda está em sua juventude; a maioria de seus conceitos são “como se” ou “vamos fingir”, e pouco reconhecidos como tais pelos próprios psicólogos. Mas, embora esses conceitos ainda sejam instrumentos grosseiros, são fruto de uma observação muito mais direta do que aquela que a antiga (chamada) ciência do direito dedicou ao seu material. São os melhores instrumentos atualmente disponíveis para o estudo da natureza humana. Entre esses conceitos está a noção de “substituto do pai”. Ela tem se mostrado altamente eficaz no tratamento de problemas reais de comportamento de muitas crianças e das excentricidades nos modos de agir de muitos adultos. Não é o único conceito desse tipo. Mas pareceu particularmente útil para revelar, de forma vívida, o pensamento confuso sobre o direito.⁶³⁵

Percebe-se, então, um diagnóstico da concepção de direito. Um diagnóstico, em certo sentido, crítico: em Frank há um claro juízo positivo de valor sobre as investigações sobre o que é e, talvez até de forma inconsciente, um juízo de valor negativo sobre as investigações a respeito do que deve ser (do que o investigador gostaria que fosse). Para Frank, fica implícito, é infantil acreditar em algo que, embora sem referência na realidade, sem verificabilidade empírica, o investigador afirma que deve ser, ou que é desejável.

4.9.3 O conceito de direito e a advocacia

Qual, então, seria o conceito de direito proposto por Frank? O que deveria ser colocado no lugar dessa concepção tradicional não verificável na realidade? A forma como Frank responde a esta pergunta é algo que merece grande atenção:

Falamos muito sobre o direito. Mas o que é o “direito”? Uma definição completa seria impossível e até mesmo uma definição funcional esgotaria a paciência do leitor. Mas talvez não seja impróprio investigar o que, em um sentido geral, o direito significa para o homem comum de nossos tempos quando ele consulta seu advogado.⁶³⁶

[...]

É claro que qualquer um pode definir “direito” como quiser. A palavra “direito” é ambígua e talvez fosse melhor se pudéssemos aboli-la. Mas, até que se invente um substituto, não parece impróprio aplicá-la àquilo que é central no trabalho do advogado em exercício. Este livro trata principalmente do “direito”

⁶³⁵ *Ibid.*, p. 22-23, tradução nossa.

⁶³⁶ *Ibid.*, p. 46, tradução nossa.

na medida em que afeta o trabalho do advogado atuante e as necessidades dos clientes que o contratam. Sob esse ponto de vista, o direito judicial pode ser definido, de forma geral, como decisões judiciais específicas – passadas ou futuras – que são cumpridas ou com as quais se cumpre.⁶³⁷

Não há pretensões de esgotamento do problema aqui. Não há aqui – como não houve em Llewellyn, como não houve em Cohen, como não houve em Holmes e como não houve em nenhum dos autores realistas estadunidenses analisados – pretensões de eleger um conceito de direito que seria o único possível, enquanto todos os demais são errados. Frank está, como fez Llewellyn, escolhendo um foco: Frank está preocupado com a advocacia e com os cidadãos comuns que procuram advogados. Define direito levando em consideração o que esses cidadãos esperam que seja o direito.

Para qualquer pessoa leiga, o direito é uma decisão judicial, pois é a decisão judicial (e nada que exista antes dela) que afeta essa pessoa. Enquanto a corte não decidiu o caso, da perspectiva da pessoa leiga a única coisa que há em termos de direito é a opinião de um ou vários advogados sobre o que as cortes provavelmente farão. Por essa perspectiva, então, Frank propõe que o direito pode ser ou “(a) direito atual, *i.e.*, uma decisão específica passada, a respeito dessa situação [do cliente], ou (b) direito provável, *i.e.*, um palpite sobre a decisão judicial específica futura”.⁶³⁸

Essa perspectiva permite um tipo de honestidade para com o cliente e do próprio jurista para com ele mesmo que não existe com a concepção tradicional. Na concepção tradicional, se um cliente traz um caso, o advogado analisará os conceitos jurídicos aceitos pela comunidade jurídica, os textos de decisões judiciais passadas e dispositivos de leis editadas pelo Legislativo e, a partir disso, dirá o que deve acontecer no caso do cliente. Como o cliente supõe que o juiz conhece o direito tão bem quanto seu advogado e julga conforme esse direito, ele acredita que aquela fala do advogado significa que o caso provavelmente será julgado da forma como o advogado disse que ele deveria ser julgado. O que passa despercebido é que a concepção tradicional de direito não está preocupada com o que os juízes fazem e, inclusive, se orgulha de sua independência em relação à conduta judicial.⁶³⁹ O advogado certifica com absoluta convicção que esse e aquele são os direitos

⁶³⁷ *Ibid.*, p. 51-52, tradução nossa.

⁶³⁸ *Ibid.*, p. 50-51, tradução nossa.

⁶³⁹ Frank critica essa característica no pensamento de Beale: “O que é o Direito segundo a definição de Beale? Ele consiste em três partes: (1) *statutes*, (2) regras e (3) ‘o corpo geral de princípios aceitos como princípios fundamentais da *jurisprudence*’. Este terceiro elemento é ‘a característica mais importante do direito: ou seja [...] um corpo de princípios científicos [...]. ‘O direito, portanto, é formado em

de seu cliente – e ele não está mentindo (ao menos não intencionalmente); ele realmente acredita que as categorias do direito levam àquela conclusão. Se ele fosse especificamente perguntado sobre o que ele acha que os juízes farão, provavelmente a convicção diminuiria. Mas até que o cliente faça exatamente essa pergunta, o advogado lavar as mãos: “O meu papel eu fiz, eu disse ao cliente qual era o direito; se o juiz não aplicar o direito, a culpa não é minha”. O problema é que o cliente está sendo enganado: ele acha que aquela convicção toda é em relação a o que o juiz fará, não em relação a “o que é o direito” nesta concepção tradicional, que em nada lhe interessa. A perspectiva realista de Frank é im-

parte pela legislação; em parte se baseia no precedente; e, em grande parte, consiste em um corpo homogêneo, científico e abrangente de princípios...’ Esse corpo abrangente de princípios científicos homogêneos constitui um ‘sistema filosófico’. Tais sistemas são ‘verdadeiramente direito’, mesmo ‘que nenhum tribunal tenha sancionado muitos de seus princípios’. É claro que ele acrescenta: ‘a aplicação de seus princípios é tarefa de um tribunal, que, sendo humano, pode errar, e o *common law*, sendo aplicado de forma equivocada, torna-se, no direito positivo do Estado, diferente do sistema básico [...] Mas deve ser óbvio que nem por legislação legislativa nem por legislação judicial o sistema básico do direito pode ser alterado’ [...] ‘Outra característica necessária do direito é a continuidade [...] porque a sociedade precisa conhecer o direito antes que o poder judicial se pronuncie sobre ele [...]. Deve ser possível para qualquer pessoa, por conta própria ou com a ajuda do conhecimento de outros, descobrir a aplicação do direito a qualquer ato que esteja planejando... Se houvesse descontinuidade no direito – se, por exemplo, um tribunal judicial tivesse o poder de mudar o direito como quisesse, ou discricionariedade quanto à aplicação do direito aos fatos – o cliente buscaria aconselhamento em vão, pois o advogado, por mais instruído que fosse, só poderia adivinhar vagamente qual seria o direito no momento de uma possível futura disputa judicial. A previsibilidade da decisão judicial é necessária para que o direito cumpra sua verdadeira função social; e essa previsibilidade só é possível se o direito for contínuo’ [...] Como explicar o fato de que Beale, que acredita que ‘a sociedade precisa conhecer o direito antes da atuação judicial sobre ele’, que ‘deve ser possível para qualquer pessoa, por conta própria ou com a ajuda do conhecimento de outros, descobrir a aplicação do direito a qualquer ato planejado’ e que ‘para esse fim, deve ser possível para alguém instruído em direito falar com autoridade sobre a aplicação da lei a atos propostos e prever com um grau razoável de certeza a decisão dos tribunais caso a legalidade dos atos seja questionada’ – como é possível que uma pessoa aparentemente tão interessada em prever decisões judiciais futuras ainda possa sustentar firmemente que tais decisões são relativamente pouco importantes e que as regras ou princípios dos quais se diz que derivam são as verdadeiras realidades jurídicas?’ (FRANK, Jerome. **Law and the Modern Mind**. Gloucester: Anchor Books, 1970. p. 56-61, tradução nossa). Em outra obra, Frank criticará Roscoe Pound pelo fato de ele, embora reconheça que às vezes o juiz decide sem se basear nas “regras” como tradicionalmente compreendidas, encarar tais hipóteses como “*justice without law*”, em oposição a “*justice according to law*”: “Ele disse que não existe apenas a ‘justiça de acordo com a lei’; existe também a ‘justiça sem a lei’. [...] Mas, sem dúvida, ele obscureceu seu próprio argumento. Se houve alguém que escondeu sua luz debaixo do alqueire, esse alguém foi Pound. Ele era como um homem subindo uma ladeira íngreme de costas. Pois, se a ‘discrição’ e a ‘individualização’ não fossem direito, se o direito fosse ‘tipicamente’ o uso de regras, então seria necessário pedir desculpas por estudantes e advogados considerarem aquilo que é ‘antilegal’ ou ‘não legal’. Rotular algo como ‘antilegal’ certamente não era a melhor forma de torná-lo aceitável para os homens do direito”. Nesta medida, Pound teria obscurecido a lição de Holmes: se o objetivo de Holmes é justamente que sejam estudados nas faculdades de direito (*law schools*) fatores diversos das regras, seria um desserviço chamar o julgamento de acordo com esses fatores de “justiça sem direito” (*justice without law*), pois assim se poderia não estudá-los; afinal, não se trata de direito, mas de “discrição” (FRANK, Jerome. Are judges human? Part one: the effect on legal thinking of the assumption that judges behave like human beings. **University of Pennsylvania Law Review and American Law Register**, v. 80, n. 1, p. 17-53, Nov. 1931. p. 19, tradução nossa).

prescindível para o advogado: ou o advogado baseia seu aconselhamento em uma investigação realista orientada a o que os juízes farão ou seu aconselhamento é enganoso e de nada serve ao cliente.⁶⁴⁰

Por isso, talvez, a constante preocupação do realismo (em Hutcheson, Oliphant, Llewellyn e outros) com a formação dos juristas nas faculdades de direito: o modelo tradicional de ensino não capacita o bacharel ao exercício profissional – e fomenta situações em que os clientes se sentem enganados por advogados que sempre tiveram as melhores das intenções.⁶⁴¹

Isso, aliado ao caráter “ilusório” do mito de base da concepção tradicional, é o que, essencialmente, leva Frank à sua modalidade particular de deslocamento do conceito de direito. Esse deslocamento o autor expressa em outra obra: a visão tradicional assume que $R \times F = D$ (Regra x Fato = Decisão); a visão de Frank acredita que $E \times P = D$ (Estímulos afetando o juiz x Personalidade do juiz = decisão).⁶⁴²

⁶⁴⁰ Frank relata o seguinte, em resposta a Dickinson: “Ao ‘visualizar o juiz diante das regras’, será fácil ‘fazer previsões precisas’ da maioria das decisões? Se você conhece apenas a regra de decisão e nada mais, consegue fazer ‘uma previsão razoavelmente segura’ sobre o comportamento decisório do juiz? Teme-se que não. Teme-se também que o estudante de direito que acredita nessa fábula seja levado ao erro, em seu próprio prejuízo. Ele terá ideias falsas sobre como as decisões são formadas. Ele construirá para si uma visão excessivamente simplificada do processo judicial” (FRANK, Jerome. *Are judges human? Part one: the effect on legal thinking of the assumption that judges behave like human beings. University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, v. 80, n. 1, p. 17-53, nov. 1931. p. 23, tradução nossa).

⁶⁴¹ Em “*Are judges humans?*”, Frank dirá o seguinte: “O que é uma faculdade de direito? Uma instituição de ensino onde se supõe que o ‘direito’ seja ensinado, onde se estudam livros de ‘direito’, onde os homens são presumivelmente treinados para se tornarem ‘advogados’ que irão praticar o ‘direito’ ou para atuarem como juízes em tribunais de ‘direito’, onde decidirão ações ‘legais’. As faculdades de direito, portanto, têm uma responsabilidade séria. A maneira como elas definem o ‘direito’ inevitavelmente afetará o pensamento dos futuros advogados e juízes. Se, como têm feito por anos, as escolas definem o direito como consistindo exclusiva ou principalmente de regras jurídicas (assim chamadas), os estudantes de direito – os futuros advogados e juízes –, ao pensarem sobre o direito, tenderão a limitar sua atenção a essas regras. Pois eles vêm à faculdade de direito para estudar o direito e, se o direito consiste apenas de regras (assim chamadas) e nada mais, por que se preocupar com qualquer outra coisa além dessas regras?” (FRANK, Jerome. *Are judges human? Part one: the effect on legal thinking of the assumption that judges behave like human beings. University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, v. 80, n. 1, p. 17-53, nov. 1931. p. 17, tradução nossa). E adiante: “O que se diria de uma escola de engenharia onde os alunos aprendessem pouco ou nada sobre fricção ou pressão do vento? Tais obstáculos à engenharia são deploráveis do ponto de vista ideal. Mas eles são chamados de ‘patológicos’ e, por isso, ignorados? O que se pensaria de um livro-texto de engenharia que relevasse todos os fatos desagradáveis às notas de rodapé, com o argumento de que são ‘anormais’? Que cientista político, hoje, daria um curso sobre administração municipal sem dedicar bastante tempo ao estudo da corrupção? Como podemos nos permitir formar homens para a prática do direito induzindo-os a fechar os olhos para o efeito de propinas e ‘influências’ sobre as decisões?” (*Ibid.*, p. 34, tradução nossa).

⁶⁴² FRANK, Jerome. *Are judges human? Part two: As through a class darkly. University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, v. 80, n. 2, p. 233-242, Dec. 1931. p. 242.

4.9.4 O método da racionalização e as causas do *hunch* judicial: como prever o comportamento judicial?

Além de considerar o direito do ponto de vista do advogado e de seus clientes, Frank também analisará o direito do ponto de vista do juiz. E isso levará à teoria particular dele sobre de que forma seria possível prever e conhecer os reais mecanismos que causam a decisão judicial.

Como o nome já diz, juízes julgam. Como juízes são seres humanos como outros quaisquer, a forma como eles produzem seus julgamentos há de ser a mesma forma como outros seres humanos fazem isso. Segundo Frank, a psicologia mostra que o processo de formação de julgamentos raramente começa com uma premissa a partir da qual se chega a uma conclusão. Esse processo começa, na verdade, com uma conclusão mais ou menos vaga já formada e apenas depois se buscam as premissas que a sustentarão. Se não é possível encontrar premissas, a menos que alguém seja “arbitrário ou maluco”, esse alguém vai abandonar a conclusão e procurar outra.⁶⁴³ Como juízes são seres humanos, seus julgamentos não são obtidos de forma tão artificial como através de aplicação de regras silogísticas sobre premissas maiores preexistentes: “As decisões judiciais, como outros tipos de julgamento, sem dúvida, na maioria dos casos, são elaboradas de trás para frente, a partir de conclusões formuladas de forma provisória”.⁶⁴⁴

Frank acredita que os juízes julgam de forma semelhante àquela descrita por Hutcheson: por *hunch*, por aquilo que o instinto deles diz que deve ser feito no caso. O resultado do caso varia a depender do que o juiz *hunch* disser que são os “fatos do caso” e a depender do que ele disser que deve ser feito diante desses fatos.⁶⁴⁵

Para que fosse possível prever o que os juízes farão, então, seria preciso investigar quais são os *hunches* e quais são suas causas: quais são os estímulos que fazem o juiz achar que deve buscar as premissas que justificam uma ou outra conclusão? Frank dirá: “As regras e princípios do direito são uma classe desses estímulos”. Mas seguramente há muitos outros. Segundo o autor, nas raras vezes em que esses outros estímulos são considerados, os autores limitam-se a descrever a presença dos “preconceitos políticos, econômicos e morais” dos juízes. Mas, para Frank, essas três categorias são imprecisas. Uma investigação mais aprofundada revela que as opiniões políticas, econômicas e morais de

⁶⁴³ FRANK, Jerome. **Law and the Modern Mind**. Gloucester: Anchor Books, 1970. p. 108.

⁶⁴⁴ *Ibid.*, p. 109, tradução nossa.

⁶⁴⁵ *Ibid.*, p. 109-112.

uma pessoa – e a grande premissa aqui é que o juiz é uma pessoa como outra qualquer – são motivadas e modificadas por afeição e animosidade em relação a certas pessoas ou grupos, o que decorre de experiências únicas que o indivíduo teve. Os traços peculiares, predisposições, vieses e hábitos dos juízes são determinantes para a tomada de decisão, uma vez que eles estão operando a todo momento.⁶⁴⁶

Há aqui um ponto importante: esses fatores peculiares da personalidade do juiz que afetam seu julgamento operam sem que o juiz necessariamente tenha consciência disso e muito menos da forma como essa operação acontece. Então, para se conhecer as causas dos *hunches* e, assim, efetivamente prever a conduta judicial, seria necessário que os próprios juízes se submetessem a processos de autodescobrimento. Ninguém que não o próprio juiz ou um psicólogo em contato próximo com ele pode compreender toda a complexidade e os múltiplos fatores subjetivos que tornam enviesado qualquer julgamento. Se isso fosse feito e se o processo fosse documentado, a compreensão dessas “selvas da mente” poderia avançar muito. Frank é pessimista quando à velocidade de avanços nesse sentido. Mas ele não é um completo descrente de que isso seria possível e de imenso valor para os juristas, em especial para os advogados – e, conseqüentemente, para toda a sociedade.⁶⁴⁷

Nesse ponto da obra de Frank fica claro, novamente, o quanto ele foi influenciado pela psicanálise. A ideia de que o próprio juiz, muitas vezes, não está consciente daquilo que o fez decidir da forma como ele decidiu é típica dessa influência. Para se descobrir a causa, então, seria necessário um processo de análise em que o próprio juiz, junto de um psicanalista, poderia sondar o funcionamento de seu psicológico durante o momento da decisão. Com a publicização desses entendimentos, então, seria possível a previsão.

4.10 CONCLUSÕES PARCIAIS

Com a análise de todos esses autores, temos de voltar a nossas hipóteses.

Em relação à primeira hipótese (o deslocamento do conceito de direito implica uma transferência de autoridade?), ela parece ter sido corroborada em grande medida, mas não inteiramente.

⁶⁴⁶ *Ibid.*, p. 121, tradução nossa.

⁶⁴⁷ *Ibid.*, p. 125.

Em nenhum dos autores analisados “direito” significa “aquilo que, por ser o que é, deve ser respeitado”. Em alguns autores, a negação do aspecto normativo da teoria por eles proposta é expressa. Hessel Yntema respondeu a uma crítica de Morris R. Cohen que reclamava de o realismo de Bingham ser não normativo. Yntema não disse que a teoria realista era normativa. Disse, ao contrário, que a ciência realista não era normativa (ou seja, não discute o que deve ser) e não precisava ser: não é porque o discurso objeto de uma ciência é normativo que o discurso dessa ciência também precisa ser. Uma posição altamente positivista, presente também em Kelsen, por exemplo. Felix Cohen diz expressamente que a descrição do direito na ciência pretendida por ele deixa a questão ética sobre o que é bom, ruim, justo, injusto inteiramente por debater. Cohen abre um capítulo próprio em um de seus artigos para tratar dos perigos de interpretar uma teoria normativamente, como se aquilo que ela dissesse que “é” fosse uma afirmação sobre o que “deve ser”. Jerome Frank dirá que ele próprio gostaria de viver em uma realidade em que os juízes apenas julgam segundo premissas maiores predefinidas. Mas isso não é o que acontece na realidade. Frank inclui em seu conceito particular de direito até mesmo previsões sobre os atos de juízes corruptos e incompetentes. É claro que nenhum realista que chama de “direito” aquilo que os juízes fazem ou previsões sobre o que eles farão está atribuindo à palavra “direito” o significado de “aquilo que é bonito, nobre, deve ser respeitado por ser o que é” ou coisa que o valha.

Sobre o perigo de uma transferência de autoridade acidental, não pretendida ou implícita, também não há. Não há uma transferência de autoridade ao juiz como consequência da alegação de que, antes da decisão judicial, não há nada cognoscível como direito. Isso porque não há uma afirmação de que o conceito de direito como tradicionalmente concebido não existe. Isso aparece, por exemplo, na resposta que Yntema dá à crítica de Morris R. Cohen no sentido de o realismo ser nominalista: o realismo não nega a existência ou a possibilidade de se extrair conceitos e premissas maiores de casos passados ou do costume; ele apenas afirma que essas premissas maiores não são o que define o resultado de casos. Como diz Frank: o realismo apenas diz que a lua não é feita de queijo, não que não existe queijo ou que a lua não pode ser descrita. Karl Llewellyn expressamente dirá que não busca um “conceito de direito”: Llewellyn está preocupado com o foco do estudo jurídico, não com seus limites. Por isso, ele não afirma que o direito como tradicionalmente concebido seja inexistente ou não cognoscível. Aliás, Llewellyn inclui o direito como tradicionalmente compreendido no campo de estudo de sua ciência

do direito: *paper rules* também são *rules* e também são objeto de estudo da ciência proposta por Llewellyn. Felix Cohen defende uma ciência do direito funcionalista, mas diz expressamente que, com isso, não pretende eliminar ou substituir a ciência do direito tradicional.

Outros indícios interessantes foram encontrados no sentido de que não é própria do realismo a posição de que os juízes podem decidir “como eles quiserem” ou “como acharem melhor”. Na verdade, a história do realismo americano está associada à história da legislação nos Estados Unidos. Yntema relata que o estudo do realismo estadunidense na conduta judicial veio associado a um interesse na manipulação dessa conduta para que ela atendesse aos melhores interesses da sociedade. O mecanismo mais eficaz para essa manipulação foram os *statutes*. O realismo tentou introduzir o uso de *statutes*, o que encontrou resistência da comunidade jurídica conservadora. Muitos dos autores realistas, inclusive, estiveram envolvidos com legislação: Llewellyn trabalhou no *Uniform Commercial Code*, Cohen teve um papel importante no direito indígena americano, Leon Green foi um importante reformador na *tort law* americana. Llewellyn cita o legislador como um dos sujeitos que mais pode se beneficiar de seus estudos, já que para mudar a sociedade é preciso saber a quais *paper rules* os juízes obedecem e a quais eles não obedecem. Além da proposta de introduzir o uso dos *statutes*, também foram encontrados esforços reformistas por meio da participação de autores realistas nos *restatements* do American Law Institute. Oliphant, por exemplo, cita que é importante que o ALI faça seus *restatements* considerando os efeitos práticos daquelas diretivas, pois só assim o instituto conseguiria a obediência judicial. Um esforço desse tipo é incompatível com uma transferência de autoridade.

Em algumas passagens muito laterais de alguns dos autores analisados, é verdade, algum nível de transferência de autoridade existe. Holmes sugere que seria desejável que os juízes decidissem levando em consideração as vantagens sociais e dá a entender que esse método seria mais adequado do que a aplicação do direito que foi estabelecido previamente por alguma autoridade. Max Radin indica um possível sentido de “realismo jurídico” que envolve uma transferência de autoridade: o juiz realista seria aquele que decide levando em consideração as consequências da decisão na realidade social. O segundo sentido de “realismo jurídico” seria, porém, a opinião de que os juízes muitas vezes não são realistas no primeiro sentido. Em outra obra o autor indica que, para algumas situações, mais adequado do que procurar amoldar o caso a um esquema lógico predefinido, no qual o caso assume o lugar de premissa menor, seria olhar para a frente: buscar

a solução que trará o maior número de consequências positivas e o menor número de consequências negativas possível. Esse é o método de julgamento do Amir afegão de Radin. O autor, porém, ressalva expressamente que esse método seria mais adequado para alguns tipos de controvérsia, como as empresariais, mas não é adequado para outras, como as controvérsias criminais ou familiares. Llewellyn sugere que o “*American Grand Style*” seria o melhor estilo de decidir: levar em consideração os precedentes, como um fator altamente persuasivo, mas submeter a *ratio* antiga a testes para verificar se de fato é justo e adequado aplicá-la ao caso. Hutcheson dirá que para casos difíceis o juiz “deve decidir” por *hunch*. Oliphant diz que a maneira como os juízes de fato decidem casos (ou seja, levando em consideração, primariamente, fatores diversos das “regras” como tradicionalmente concebidas) representa, em certo sentido, uma proteção à população.

Tudo isso, porém, não significa que eles estejam dizendo que querem que os juízes decidam da forma como bem entenderem. Radin, embora pareça não achar crível um cenário em que os juízes em geral contrariem os interesses dos cidadãos comuns (afinal, juízes são pessoas como outras quaisquer), indica que se houver divergência entre a decisão democrática da população e a decisão judicial, uma medida possível seria o uso de punições para os juízes – o autor até indica formas de punição que podem ser eficazes. Llewellyn tem em mente o uso do “senso comum” (“*horse sense*”) como meio de teste dos precedentes teoricamente aplicáveis. Não se trataria, então, de uma decisão arbitrária, mas de uma decisão baseada em uma razoabilidade ou no senso de justiça comum da sociedade. Segundo Llewellyn, esse método levaria inclusive a maior previsibilidade do que contar com a previsibilidade das fórmulas genéricas da teoria tradicional. O *hunch* de Hutcheson é, em certo sentido, um instinto sobre o que é mais justo, não uma arbitrariedade (ao menos na forma como o autor pensa o conceito). Em outra obra, Hutcheson dirá que, para ele, o mais desejável é que os juízes encontrem um equilíbrio entre aplicar conceitos jurídicos previamente existentes e decidir segundo o que é mais desejável naquele caso concreto.

O leitor pode tirar disso tudo a conclusão que quiser. Mas o que parece é que essas posições só foram encontradas porque foram procuradas. Elas não são, certamente, o cerne e nem o aspecto principal de nenhuma das obras analisadas. Há obras em que os autores realistas procuraram discutir o que deve ser. De todas as analisadas, as que mais têm esse caráter são *Law as logic and experience*, de Radin, e *Ethical systems and legal ideas*, de Felix Cohen. O conteúdo do primeiro já foi recapitulado: ele não implica uma

transferência de autoridade absoluta ao Judiciário, mas apenas a ideia de que seria desejável, em alguns casos, a decisão considerar o que tem mais viabilidade de trazer consequências positivas. Na obra de Cohen, as visões éticas do autor não se relacionam com o juiz, mas com a noção de “*good life*”, que leva em consideração as visões éticas da população em geral. A discussão ética, ao contrário do que aconteceu no realismo escandinavo, está presente, de forma lateral, no realismo estadunidense. Ela inclui a defesa de um espaço maior de liberdade judicial. Mas esse espaço maior de liberdade é, em geral, em função de interesses sociais ou de consequencialismo. Talvez a única exceção seja Hutcheson e sua defesa do essencialmente arbitrário *hunch* (embora tudo indique que o autor não o enxerga propriamente dessa maneira: o juiz precisa “esperar pelo *hunch*”, ele é análogo a “jogar um dado”, não é algo que o juiz decide, mas algo que, de algum modo, vem até ele).

Quanto à segunda hipótese, ela foi corroborada, mas também não inteiramente. De fato, começar a considerar como necessário incluir no objeto da ciência do direito a forma como os juízes decidem, em oposição a apenas as “regras” como tradicionalmente concebidas, tem uma base empírica. Essa base é a realidade pela qual os juízes decidem por conta, principalmente, de fatores que não as “regras”. A forma de apreensão da realidade, porém, é variável. Em muitos dos autores (Oliphant, Radin, Hutcheson, Frank) essa realidade é declarada sem provas. A única evidência citada é a própria experiência do autor ou o caráter “improvável” do retrato da conduta judicial pintado pela teoria tradicional. Em outros autores, porém, notadamente em Karl Llewellyn e Underhill Moore, há uma pesquisa empírica intensa. Llewellyn levantou inúmeros casos para obter um retrato da conduta judicial que demonstra os enormes espaços de manobra que, de fato, os juízes têm para decidirem da forma como lhes parecer melhor, e não da forma como já predecidido por alguma “regra”. O levantamento de Llewellyn ganha contornos até estatísticos pelo uso de aleatoriedade na amostragem sob análise. Moore isolou uma situação específica e, verificando que a teoria tradicional não explicava as divergências jurisprudenciais sobre o assunto, iniciou uma pesquisa empírica de proporção nacional. Visitando as instituições financeiras de múltiplos estados americanos e registrando dados quantitativos, conseguiu corroborar (ao menos provisoriamente) sua hipótese: que em casos contra bancos julgados improcedentes, a conduta do banco é menos desviante em relação ao comportamento de dia a dia (ou, na expressão dele, em relação ao comportamento institucional), e em demandas julgadas procedentes a conduta do banco tem um grau de desvio maior. Mesmo falando da mesma conduta, em uma época em que ela era ordinária, as

ações que a condenavam foram julgadas improcedentes, e em uma época em que ela era pouco usual, a demanda foi julgada procedente. Portanto, houve ao menos duas intensas pesquisas empíricas que justificam a “afirmação central” do realismo: as “regras”, como tradicionalmente concebidas, não são o fator determinante para um caso ser julgado dessa ou daquela maneira.

Em muitos casos, como dito, a base empírica foi apenas atestada, sem uma pesquisa de fundo. E mesmo nos casos de Moore e Llewellyn, a metodologia é algo questionável do ponto de vista de sua relevância e conclusividade estatística – o que é tema para outro estudo, porém.

Apesar de este motivo empírico existir, porém, ele não se revelou como o único e nem como o principal motivo do “deslocamento”. Na verdade, aqui não há tanto um deslocamento; é mais uma expansão. Como dito, os autores analisados não estão explicitamente procurando um conceito de direito único e que substitua todos os outros. É frequente, na verdade, a posição expressa de que não se está procurando negar os conceitos anteriores, mas sim incluir mais coisa no conceito. A necessidade dessa inclusão vem, além de por esses motivos empíricos, por outros motivos, todos indo no seguinte sentido: é necessário que a ciência do direito passe a estudar, além do que sempre estudou, mais essas e essas coisas. Portanto, o que se busca aqui, como no realismo escandinavo, não é tanto uma expansão no *gyldig ret*, mas sim uma expansão no *gældende ret*: não se trata de expandir qualquer coisa que não o objeto da ciência do direito; não se trata de expandir aquilo que é considerado “justo”, “certo”, “nobre”, “merecedor de respeito”, ou mesmo de expandir “aquilo que deve ser aplicado pelos tribunais”, mas sim de expandir o que deve ser estudado pela ciência do direito. Como dito, trata-se de uma expansão, mais do que de um deslocamento: no *gældende ret* do realismo estadunidense cabem tanto as *real rules* quanto as *paper rules*.

Além do fator empírico descrito, a expansão em questão também é motivada por ao menos três ideais, dois deles cientificistas e um deles prático. O ideal prático que motiva a expansão do conceito, de mãos dadas com a constatação da disparidade entre *paper rules* e *real rules* na realidade, é a constatação de que o que interessa para os advogados e para o público em geral (ou seja, para grande parte dos interessados em direito) não é aquilo que sempre se estudou nas faculdades de direito (*paper rules*), mas outra coisa: *real rules*. Os dois ideais cientificistas são os seguintes: a necessidade de um tipo de parcimônia científica e a necessidade de uma ciência que tenha afirmações verificáveis. Aqui, é importante ter em mente qual é a teoria tradicional a que o realismo estadunidense

está se opondo: a teoria tradicional americana toma por “direito” um conjunto de prescrições extraídas de generalizações do corpo de casos passados e dos costumes e diretrizes aceitos pela comunidade jurídica. Há um ideal de parcimônia no realismo americano, por exemplo, na forma como Cohen, com John Wu, interpreta Holmes, que não pretende tomar como direito “nada mais pretensioso” do que previsões sobre o que os juízes farão: rejeita-se, em certa medida, a busca nos casos passados por princípios e regras gerais que levaram à decisão, já que se assume que algo assim na verdade não existe (os realistas também dizem, com Bentham e Austin, que, na realidade, o juiz do *common law* não descobre, mas cria direito); ao invés disso, a análise dos casos passados no máximo pode permitir previsões sobre como os juízes se comportarão nos casos futuros. O método funcionalista de Cohen coloca o direito sempre como função exclusivamente daquilo que existe na realidade: ou seja, decisões judiciais – e não princípios e regras gerais preexistentes – comandariam essas decisões. O método funcionalista, no argumento de Cohen e Wu, é comparável a deixar de tomar o conceito de “metro” como um ente com existência independente e, ao invés disso, definir “metro” única e exclusivamente como unidade de medida, pela descrição da forma e dos usos dos instrumentos pelos quais se mede um metro. Isso não significa um nominalismo: não significa negar a possibilidade de construções de generalizações, mas apenas a exigência de que essas generalizações sejam funções do que existe na realidade e nada mais. Com um grande parentesco com este primeiro motivo cientificista, está presente, novamente com especial intensidade em Cohen, mas também em Holmes e em Llewellyn, por exemplo, o ideal de que o direito deve se debruçar primariamente sobre aquilo que tenha existência objetiva na realidade. Há aqui uma tentativa de evitar discussões cujas afirmações não sejam verificáveis: é essa a essência do que Cohen chama de “*transcendental nonsense*”. A preocupação de Cohen em evitar *transcendental nonsense* é muito parecida com a guerra de Hägerström contra a metafísica.

O que salta aos olhos no realismo estadunidense são as possibilidades: se outros estudos como os de Moore e de Llewellyn fossem realizados, quanto conhecimento não seria acumulado? Se fossem produzidas pesquisas destinadas a uma teoria geral do comportamento judicial, quão grande não seria o ganho para a advocacia, para a segurança jurídica, para a efetividade da legislação, para a administração da justiça (pois quando se sabe como juízes reagem a estímulos, ações perdidas não são tentadas) e para tantas outras áreas? Quanto da discussão contemporânea na dogmática jurídica não é *transcendental*

nonsense? Muito foi feito. Mas muito ficou por fazer. Se permitimos que o realismo escandinavo caísse no esquecimento por um erro de tradução, da mesma forma permitimos ao realismo estadunidense sucumbir à patética anedota do juiz que julga improcedente porque ainda não almoçou.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Alguns meses antes de este trabalho ser concluído, o ministro Luís Roberto Barroso, na primeira sessão do ano de 2025, defendeu que o Supremo Tribunal Federal não é um tribunal ativista. Disse, por exemplo, o seguinte: “Há quem ache que a violência policial descontrolada contra populações pobres é uma boa política de segurança pública. Mas não é o que está na Constituição”; “há quem ache natural presos viverem sob condições indignas de violência e insalubridade. Mas não é o que está na Constituição”.⁶⁴⁸ O papa Leão XIV, em sua primeira missa, disse: “Ainda hoje, não faltam contextos nos quais Jesus, embora apreciado como homem, é simplesmente reduzido a uma espécie de líder carismático ou super-homem”.⁶⁴⁹

A esta altura, o parentesco entre essas duas falas deve estar claro.

O STF não determinou o uso de câmeras corporais nos policiais porque “é o que está na Constituição”. Decidiu da forma como decidiu porque “a violência policial descontrolada contra populações pobres” é algo considerado antiético pela corte. Não condenou a realidade das prisões brasileiras porque “é o que está na Constituição”. Decidiu da forma como decidiu porque “presos viverem sob condições indignas de violência e insalubridade” é algo considerado antiético pela corte.⁶⁵⁰ No fundo, todo mundo sabe de tudo isso. Se alguém fosse trabalhar apenas com o texto da Constituição, com um mínimo de habilidade jurídica conseguiria manipular o texto para defender qualquer um dos dois lados nessas controvérsias. Não é crível que, nesses casos, os advogados da parte perdedora tenham sido incapazes de apresentar argumentos defensáveis à luz do texto constitucional, considerado isoladamente. E mesmo se fosse esse o caso, o STF não pode dizer que sempre decide a partir do texto constitucional isoladamente: não foi assim quando decidiu que, apesar do “entre o homem e a mulher” no art. 226, §2º da Constituição, também existe união estável entre pessoas do mesmo sexo. Aqui, novamente, o tribunal não decidiu porque “era o que estava na Constituição”, mas sim porque era, na opinião

⁶⁴⁸ FEITOZA, César. Criticar o STF por aplicar a Constituição não é justo, diz Barroso. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 5 fev. 2025. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2025/02/criticar-o-stf-por-aplicar-a-constituicao-nao-e-justo-diz-barroso.shtml>. Acesso em: 12 maio 2025.

⁶⁴⁹ ESTRELA, Giovanna. Jesus não é “super-homem” nem “charlatão”, afirma Leão XIV em homilia. **Metrópoles**, 9 maio 2025. Disponível em: <https://www.metropoles.com/mundo/jesus-nao-e-super-homem-nem-charlatao-afirma-leao-xiv-em-homilia>. Acesso em: 12 maio 2025.

⁶⁵⁰ Aqui, sinto a necessidade de dizer, embora isso seja totalmente irrelevante: minha opinião pessoal é idêntica à de Barroso; se tivesse a oportunidade, eu decidiria exatamente como decidiu o STF nessas matérias. Mas sei que decidiria assim porque é o que acho ético e justo, não porque “é o que está na Constituição”.

da corte, a coisa certa a ser.⁶⁵¹ A mesma posição progressista não foi adotada, porém, quando o STF negou o reconhecimento a uniões estáveis simultâneas (se baseando, agora, em um “princípio de monogamia” ironicamente infraconstitucional). Novamente, a decisão foi porque a corte considerou que o certo a fazer era decidir da forma como decidiu.⁶⁵²

O problema é que uma afirmação sobre “o que está na Constituição” corre um sério risco de ser tão pouco falseável quanto uma afirmação sobre “o que é Jesus Cristo”. Alguns pretenderão demonstrar falsa uma afirmação sobre “o que está na Constituição” através do levantamento de *travaux préparatoires* que indiquem qual era a intenção do constituinte (qual era o “significado subjetivo” dos atos do constituinte, para usar a terminologia kelseniana). Alguns pretenderão demonstrar falsa uma afirmação sobre “o que é Jesus Cristo” através de documentos sobre o Jesus Cristo histórico. Mas a isso não será difícil objetar: o Jesus histórico não é o Jesus de que Leão XIV fala; a vontade do constituinte não é a Constituição de que Barroso fala. O Jesus de que Leão XIV fala é aquele que é descrito na Bíblia; a Constituição de que Barroso fala é o significado das palavras que estão no documento constitucional. Então, alguém poderia objetar uma afirmação sobre “o que é a Constituição” ou “o que é Jesus Cristo” pelo significado do texto constitucional e do texto bíblico. Mas os textos são muitos. E há todo um corpo de “técnicas de interpretação” conhecidas, de modo que, na prática, qualquer significado não totalmente absurdo que alguém quiser extrair desses textos, se tiver um mínimo de habilidade, provavelmente conseguirá. E particularmente na Constituição, temos, por exemplo, um texto que diz que é preciso promover, acima de tudo, a “dignidade da pessoa humana” – um texto com significado absolutamente maleável. Então, sempre será possível afirmar que existe essa ou aquela prescrição no sistema porque essa existência é necessária para proteger isso ou aquilo que o juiz considerar que é necessário proteger para se promover a dignidade da pessoa humana.

O resultado é que uma investigação sobre “o que está na Constituição” ou “o que está nas leis” é uma investigação que corre sérios riscos de ser não científica, porque suas afirmações correm o risco de serem tão pouco verificáveis quanto as afirmações da teologia. O único jeito de evitar isso é definir, com Cohen, “constituição” ou “leis” de uma forma precisa e enquanto uma função do que existe no *continuum* espaço-tempo e é acessível ao conhecimento. Pois, como demonstrou Hägerström, se acreditamos ou estudamos

⁶⁵¹ Idem à nota 651.

⁶⁵² Aqui, pessoalmente, discordo da decisão do STF, tanto como pesquisador e profissional quanto como cidadão.

um mundo diverso do *continuum* espaço-tempo a afirmação da Lei de Contradição não é mais possível. E, por consequência, a demonstração da falsidade pela não verificação não é possível – porque, por mais que a coisa não exista no *continuum* espaço-tempo, pode ser que ela exista em outro *continuum* não acessível ao conhecimento. E, então, estaremos discutindo no mesmo nível de quem discute se deus existe ou não existe, ou de quem discute se Jesus é isso ou aquilo ou ainda de quem discute quantos anjos cabem na cabeça de um alfinete.

O esforço de criar um conceito de *gældende ret* que seja inteiramente função do que existe na realidade teve resultados diferentes no *civil law* escandinavo e no *common law* dos Estados Unidos. Na Escandinávia, esse esforço levou o *gældende ret* a ser definido como aquelas prescrições que a população entende (supersticiosamente) como dotadas de uma força obrigatória pelo simples fato de serem o que são. Este é, grosso modo, o sistema de Karl Olivecrona. Essas prescrições, nas sociedades contemporâneas, seriam principalmente aquelas que passaram pelo processo de legislação segundo a constituição. Mas o papel da ciência do direito é a descrição dessas prescrições como coisas que são objeto de crença e, portanto, como entes situados no *continuum* do espaço-tempo – não como coisas com existência independente em um *continuum* separado, como o mundo do *Söllen* ou coisa que o valha. Uma ciência do direito como essa não é tão diferente da ciência do direito descrita por Kelsen: as *Rechtsnormen* a serem descritas pelas *Rechtssätze* também são aquelas a que se refere a *Grundnorm* e, portanto, aquelas normas que são, em geral, eficazes. A diferença é que Kelsen insiste em afirmar que o que se está descrevendo não é exatamente aquilo que efetivamente se acredita ser obrigatório e se cumpre (ou seja, aquilo que é, em geral, eficaz), mas um duplo desse algo no mundo do *Söllen*: não se trata do significado subjetivo dos atos de vontade, mas do significado objetivo, acessível através das lentes da *Grundnorm* funcionando como *Deutugsschema*. A visão é ainda menos diferente da proposta por Hart e por sua *rule of recognition* – que, lembremos, tem um conteúdo definido empiricamente. Alf Ross chegou a dizer que entre sua teoria e a de Hart não há, em essência, diferença alguma.

Não é de surpreender que os realistas escandinavos tenham chegado a um lugar semelhante àquele a que chegaram Kelsen e Hart: as preocupações dos dois são comuns. Embora Kelsen esteja comprometido com uma separação entre *Sein* e *Söllen* e com situar seu *gældende ret* no *Söllen*, ele também está preocupado em ter uma base empírica, pois, do contrário, tudo vira jusnaturalismo. Na verdade, as “teorias da vontade” a que Hägerström dirigiu suas críticas (e aqui podemos incluir a teoria kelseniana) eram, na época, a

alternativa às teorias do direito natural: ao invés de dizer que direito é algo situado fora do espaço-tempo, dizia-se que ele era, na verdade, fruto da vontade de certos sujeitos reais. É uma posição, na verdade, bastante realista, neste sentido: a preocupação era trazer o objeto de estudo para o espaço-tempo. Kelsen precisaria manter essa preocupação, do contrário voltaria ao direito natural. Por isso as normas objeto de sua descrição são as normas que são, em geral, eficazes: a validade pressupõe a eficácia em Kelsen.

Voltando ao sistema de Olivecrona: prescrições que a população entende (supersticiosamente) como dotadas de uma força obrigatória pelo simples fato de serem o que são. Olivecrona dirá que as prescrições que tipicamente têm essa característica são aquelas que passam pela formalidade da legislação segundo a constituição. Mas elas não são as únicas: havendo qualquer maneira de criar no imaginário popular a ideia de uma força obrigatória, há *gældende ret*. Tanto é que Olivecrona não traz uma diferenciação tão forte e definida entre direito e moral: para ele, as normas morais seriam apenas aquelas em que há maior abstração do sujeito que emitiu o comando. Alf Ross, por levar particularmente a sério uma ideia kelseniana, desenvolveu uma teoria que diferencia direito de moral mais fortemente: direito de fato são as normas para os juízes, o restante é no máximo moral. Portanto, normas jurídicas em Ross passam a ser prescrições que os juízes entendem (supersticiosamente) como dotadas de uma força obrigatória pelo simples fato de serem o que são. E para diferenciar ciência do direito de história do direito, Ross incluirá o elemento da previsão: estudar o direito do presente é prever, hoje, o que provavelmente um juiz decidirá amanhã. Aqui, somente com Ross o realismo escandinavo se aproxima totalmente do realismo estadunidense. Mas, pensando em Olivecrona, o estudo por ele proposto na verdade não envolve uma negação do estudo da legislação e nem nada do gênero.

No realismo estadunidense, o contexto era outro. Lá, a teoria tradicional extraía as prescrições gerais tradicionalmente consideradas “direito” de casos específicos do passado. Porém, isso envolvia uma pressuposição de que os casos passados foram julgados através da aplicação de uma prescrição geral, de uma “regra” ou “princípio” aplicado logicamente sobre o caso, que a corte entende que deve se aplicar a todo caso semelhante àquele. Um tal corpo de princípios e regras a partir dos quais os juízes dos casos passados decidiram, porém, não existe: não há algo como um arquétipo de prescrições coerentes entre si de que os casos passados são testemunho. O realismo americano, então, é parcimonioso: o que aconteceu no caso é o que aconteceu no caso e nada mais. Todos os con-

ceitos da ciência jurídica precisam ser definidos como funções de coisas que são inequívoca e precisamente existentes na realidade. Então, todos os conceitos da ciência jurídica devem ser reformulados como funções do aspecto sensível, visível, empiricamente apreensível do fenômeno jurídico. Na tradição do *common law* isto significa que os conceitos devem ser função da decisão judicial. Esta é, em essência, a interpretação que Felix Cohen e John Wu têm da obra de Holmes. A mesma preocupação com uma base empírica para tudo o que se discute na ciência jurídica aparece como motivo dessa alteração no *gael-dende ret* em Llewellyn.

O realismo estadunidense, de fato, não dá tanta atenção ao estudo dos *statutes* como nos países de *civil law* damos ao estudo do material legislado. Mas se o realismo estadunidense fizesse isso, ele estaria sendo extremamente radical. Os *statutes*, na época do realismo, eram frequentemente caracterizados como simples registros para facilitação de trabalho e mnemônica do *common law* – que vinha, ele próprio, não dos *statutes*, mas dos costumes, dos precedentes ou de outras coisas. O realismo estadunidense não foi uma rejeição ao estudo das leis, muito pelo contrário. A história do realismo estadunidense é, em grande medida, a história dos *statutes* nos Estados Unidos sendo paulatinamente aceitos como meios para manipulação da conduta judicial com vista a fins sociais específicos.

Então, um dado importante sobre os dois realismos – talvez o mais importante, e por isso a posição ocupada por ele nestas Considerações Finais – é uma busca por situar o objeto de estudo da ciência do direito no mundo da realidade: é preciso que estejamos discutindo, sempre, sobre a realidade. Do contrário, tudo o que se diz pode ser verdade e pode ser mentira – não há como saber. Esta é uma necessidade científica, não ideológica.

A verificabilidade das afirmações da ciência do direito sofre muito com uma característica que alguns pretendem atribuir a seu objeto, como se esta fosse uma característica “essencial” dele: a contrafactualidade. Historicamente, o “direito” sempre foi chamado para socorrer a humanidade das injustiças. Como as injustiças são parte da realidade e como o direito precisaria ser usado para criticar essas injustiças, o direito precisaria ser contrafactual. Essa é a crítica de John Dickinson ao realismo: se direito é o que os juízes fazem, como criticar o que os juízes fazem? É também a crítica de Lon Fuller a Herbert Hart: se direito é o direito que é posto, como criticar o direito que é posto? A resposta que Hart deu a Fuller é a mesma que Cohen deu a Dickinson: chamar algo de “direito” não significa dizer que esse algo é bom e está acima das críticas. Mas criticar não é a tarefa de uma ciência. A uma ciência cabe descrever seu objeto como ele é, não criticá-lo ou prescrever a forma como ele deveria ser. Se o direito é “aquilo que deve ser”,

voltamos à *transcendental nonsense*: como o que “deve ser” não pode ser dito nem verdadeiro e nem falso, qualquer discussão sobre isso é improdutiva. Um conhecimento científico de um dado objeto nunca pode ser usado como substrato para criticar esse objeto, porque as duas coisas coincidem: se o conhecimento científico é correto, ele reflete com exatidão o objeto de sua descrição. A única forma de um conhecimento científico ser usado para criticar algo é se esse algo for diverso do que é objeto desse conhecimento. Se definirmos como objeto da ciência do direito as “decisões legislativas”, esse conhecimento não poderá ser usado para criticar as decisões legislativas – é um problema semelhante ao identificado por Fuller no positivismo. Se definirmos como objeto da ciência do direito “decisões judiciais”, esse conhecimento não poderá ser usado para criticar as decisões judiciais – é o que apontou Dickinson. Mas isso sempre acontecerá. Da mesma forma, um conhecimento científico (leia-se, descritivo) nunca poderá ser usado para prescrever a forma como seu objeto deve ser. Porque, do contrário, a conclusão (pseudológica) seria que o objeto deve ser como é.

Quanto às hipóteses de investigação em si, remeto, para uma análise mais detalhada, aos itens próprios de “conclusões parciais” em cada capítulo. Mas em geral, a primeira hipótese foi amplamente corroborada em relação ao realismo escandinavo. Em relação ao realismo estadunidense a hipótese também foi corroborada, mas ela foi mostrada não totalmente verdadeira em razão de algumas passagens laterais de alguns autores. A conclusão é que, embora alguns dos autores realistas estadunidenses se mostrem contentes com a ideia de os juízes terem maior liberdade para decidirem segundo seus arbítrios (Hutcheson, talvez Oliphant), segundo o senso comum (Llewellyn, talvez Oliphant) ou segundo uma análise das consequências práticas da decisão (Radin, talvez Llewellyn), isso não se mostra um dado central nas obras realistas e nem uma uniformidade. Na verdade, foram encontradas passagens de autores que disseram ser partidários de uma ideologia de *judicial restraint* (Frank) e até mesmo trechos tratando da forma como devem ser punidos os juízes que divergirem dos desígnios do povo (Radin). Mais de uma vez foi encontrada a posição expressa de que o realismo jurídico não tem natureza normativa (Yntema, Cohen, Llewellyn, Frank). Foram encontradas, também, obras que francamente não apresentaram nenhum indício sobre as ideologias de seus autores (Moore). A segunda hipótese foi amplamente refutada em relação ao realismo escandinavo e parcialmente refutada em relação ao realismo estadunidense. No realismo escandinavo, o deslocamento do conceito de direito acontece por necessidades científicas (e também ontológicas e epistemológicas, em termos gerais). No realismo estadunidense, o deslocamento (ou melhor,

a expansão) decorre, em partes, da identificação empírica de uma disparidade entre o que os juízes decidem nos casos e o que a teoria tradicional chama de direito (“prescrições”). No entanto, este não aparece como o principal motivo e nem sempre essa identificação empírica vem de uma pesquisa científica (frequentemente, trata-se de uma opinião particular baseada em experiências do autor; exceções são Underhill Moore e Karl Llewellyn). Os principais motivos parecem ser preocupações científicas semelhantes às aquelas do realismo escandinavo e, também, uma preocupação com as necessidades práticas dos advogados e do público em geral (notadamente em Holmes e Frank).

Com tudo isso, o que se espera é que outros estudos sobre o realismo – e, mais importante, outros estudos realistas – possam ser produzidos na academia. E que mantenhamos olhos e ouvidos atentos: nós, juristas, estamos debatendo como cientistas ou como clérigos?

REFERÊNCIAS

- AARNIO, Aulis. **Lo racional como razonable**: un tratado sobre la justificación jurídica. Lima: Palestra, 2016.
- ADORNO, Theodor. W. **Introdução à dialética**. São Paulo: Editora Unesp, 2022.
- AUSTIN, John. **Lectures on jurisprudence**. London: John Murray, Albemarle Street, 1875.
- BARBERIS, Mauro. Un poco de realismo sobre el realismo “genovês”. *In*: FERRER BELTRÁN, Jordi; RATTI, Giovanni B. **El realismo jurídico genovês**. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 201-216.
- BARBERIS, Mauro. El realismo jurídico europeo-continental. *In*: FABRA ZAMORA, Jorge Luis; NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro (org.). **Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho**. México: UNAM, 2015. v. I. p. 3-35.
- BARROS, Matheus de. **As contribuições do realismo jurídico escandinavo para a teoria do direito contemporânea**: um lugar para a máquina social. 2019. 200 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.
- BARROS, Matheus de. Realismo jurídico escandinavo e a noção de ponto de vista interno. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade**, Canoas, v. 8, n. 3, p. 297-312, 2020.
- BERGBOHM, Karl. **Jurisprudenz und Rechtsphilosophie**. Leipzig: Verlag von Dunccker & Humblot, 1892.
- BINDER, Julius. Remark on the controversy about legal method in the science of private law. *In*: SCHOCH, M. Magdalena (org.). **The jurisprudence of interests**. Cambridge and Massachusetts: Harvard University Press, 1948.
- BINDREITER, Uta. A note on the translation of ‘gyldig’ and ‘gældende ret’ as ‘valid’ and ‘scientifically valid’. *In*: ROSS, Alf. **On law and justice**. Oxford: Oxford University Press, 2019. p. I-IV
- BINGHAM, Joseph W. What is The Law? **Michigan Law Review**, v. 11, n. 1, p. 1-25, Nov. 1912. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1275560>. Acesso em: 23 abr. 2025.
- BLACKSTONE, William. **Commentaries on the laws of England**. Book I. Of the rights of persons. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- BULYGIN, Eugenio. El problema de la validez en Kelsen. *In*: KELSEN, Hans; BULYGIN, Eugenio; WALTER, Robert. **Validez y eficacia del derecho**. Buenos Aires: Astrea, 2005. p. 99-119.
- CASTIGNONE, Silvana. **La macchina del diritto**: il realismo giuridico in Svezia. Torino: Giappichelli, 1974.

COHEN, Felix. **Ethical systems and legal ideals**: an essay on the foundation of legal criticism. [s.l.]: Falcon Press, 1933.

COHEN, Felix. Transcendental nonsense and the functional approach. *In*. COHEN, Felix. **The legal conscience**: selected papers of Felix Cohen. [s.l.]: Archon Books, 1970. p. 33-76.

COHEN, Felix. The problems of functional jurisprudence. *In*:. COHEN, Felix. **The legal conscience**: selected papers of Felix Cohen. [s.l.]: Archon Books, 1970. p. 77-94.

COHEN, Felix. Modern ethics and the law. *In*: COHEN, Felix. **The legal conscience**: selected papers of Felix Cohen. [s.l.]: Archon Books, 1970. p. 17-32.

COHEN, Morris R. Justice Holmes and the nature of law. **Columbia Law Review**, v. 31, n. 3, p. 352-367, Mar. 1931. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1114890>. Acesso em: 14 abr. 2025.

COSTA MATOS, Andityas Soares de Moura. A norma fundamental de Hans Kelsen como postulado científico. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 58, p. 41-84, jan./jun. 2011.

DICKINSON, John. Legal rules: their function in the process of decision. **University of Pennsylvania Law Review and American Law Register**, v. 79, n. 7, p. 833-868, May 1931. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/3307597>. Acesso em: 22 abr. 2025.

DISPOSIZIONE (E NORMA). **Enciclopédia del Diritto**. Milano: Giuffrè, 1964. v. XIII. p. 195-209.

ELIAESON, Sven; MINDUS, Patricia; TURNER, Stephen P. **Axel Hägerström and modern social thought**. Oxford: The Bardwell Press, 2014.

ESTRELA, Giovanna. Jesus não é “super-homem” nem “charlatão”, afirma Leão XIV em homilia. **Metrópoles**, 9 maio 2025. Disponível em: <https://www.metropoles.com/mundo/jesus-nao-e-super-homem-nem-charlatao-afirma-leao-xiv-em-homilia>. Acesso em: 12 maio 2025.

FABBRIS, Angela Tacca. Modelo jurídico – realismo jurídico escandinavo. **Prisma Jurídico**, São Paulo, v. 5, p. 79-86, 2006.

FEITOZA, César. Criticar o STF por aplicar a Constituição não é justo, diz Barroso. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 5 fev. 2025. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2025/02/criticar-o-stf-por-aplicar-a-constituicao-nao-e-justo-diz-barroso.shtml>. Acesso em: 12 maio 2025.

FRANK, Jerome. Are judges human? Part one: the effect on legal thinking of the assumption that judges behave like human beings. **University of Pennsylvania Law Review and American Law Register**, v. 80, n. 1, p. 17-53, nov. 1931. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/3308020>. Acesso em: 7 maio 2025.

FRANK, Jerome. Are judges human? Part two: As through a class darkly. **University of Pennsylvania Law Review and American Law Register**, v. 80, n. 2, p. 233-242, Dec. 1931. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/3308599>. Acesso em: 7 maio 2025.

FRANK, Jerome. **Law and the Modern Mind**. Gloucester: Anchor Books, 1970.

GRAY, John Chipman. **The Nature and Sources of the Law**. Columbia: University Press, 1972.

GREENE, Jamal; PERSILY, Nathaniel; ANSOLABEHERE, Stephen. Profiling originalism. **Columbia Law Review**, v. 111, n. 2, p. 356-418, 2011.

GRUBBA, Leilane Serratine; MONTEIRO, Kimberly Farias. Realismo jurídico norte-americano e realismo jurídico escandinavo: o problema da metafísica. **Prisma Jur.**, São Paulo, v. 17, n. 2, p. 272-292, jul./dez. 2018.

GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e argomentare**. Milano: Giuffrè, 2011.

HÄGERSTRÖM, Axel. **Das Prinzip der Wissenschaft: eine logisch-Erkenntnistheorie** Untersuchung. Uppsala: Almqvist & Wiksells, 1908.

HÄGERSTRÖM, Axel. **Botanisten och filosofen: om kunskapsfilosofiens nödvändighet**. Stockholm: Albert Bonniers, 1910.

HÄGERSTRÖM, Axel. **Ein Stein, Ihr Herren, is ein schlechtes Argument**. Stockholm: Fönstret, 1934.

HÄGERSTRÖM, Axel. Kelsen's theory of law and the state: a review on Kelsen's *Allgemeine Staatslehre*, 1925. In: HÄGERSTRÖM, Axel. **Inquiries into the Nature of Law and Morals**. Uppsala: Almqvist & Wiksells, 1953. p. 255-298.

HÄGERSTRÖM, Axel. Die Obligation als mystische Gebundenheit einer Person durch eine andere. Introductory chapter to the work: Der römische Obligationbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung. In: HÄGERSTRÖM, Axel. **Inquiries into the Nature of Law and Morals**. Uppsala: Almqvist & Wiksells, 1953. p. 1-18.

HÄGERSTRÖM, Axel. On the Question of the Notion of Law. In: HÄGERSTRÖM, Axel. **Inquiries into the Nature of Law and Morals**. Uppsala: Almqvist & Wiksells, 1953. p. 56-256.

HÄGERSTRÖM, Axel. Is positive law an expression of will? In: HÄGERSTRÖM, Axel. **Inquiries into the Nature of Law and Morals**. Uppsala: Almqvist & Wiksells, 1953. p. 17-55.

HÄGERSTRÖM, Axel. On the truth of moral propositions. In: HÄGERSTRÖM, Axel. **Philosophy and religion**. London: George Allen & Unwin LTD, 1964.

HÄGERSTRÖM, Axel. The philosophy of Axel Hägerstrom. In: HÄGERSTRÖM, Axel. **Philosophy and religion**. London: George Allen & Unwin LTD, 1964.

HÄGERSTRÖM, Axel. A summary of my philosophy. *In*: HÄGERSTRÖM, Axel. **Philosophy and religion**. London: George Allen & Unwin LTD, 1964. p. 33-74

HART, H. L. A. Positivism and the Separation of Law and Morals. **Harvard Law Review**, v. 71, n. 4, p. 593-629, Feb. 1958. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1338225>. Acesso em: 11 ma. 2025.

HART, H. L. A. Scandinavian Realism. **The Cambridge Law Journal**, v. 17, n. 2, p. 233-240, nov. 1959. Disponível em: Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1338225>. Acesso em: 12 mar. 2025.

HART, H. L. A. **The concept of law**. Oxford: Oxford University Pres, 1961.

HIERRO, Liborio L. Sostiene Barberis. Consideraciones sobre el trayecto genovês desde el realismo jurídico al constitucionalismo. *In*: FERRER BELTRÁN, Jordi; RATTI, Giovanni B. **El realismo jurídico genovês**. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 217-236.

HOGEMANN, Edna Raquel. A influência das antigas teses do realismo jurídico na atualidade do direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, Goiânia, v. 45, n. 2, p. 1-26, 2021.

HOLMES JR., Oliver Wendell. The Path of the Law. **Harvard Law Review**, v. 457, 1987. Disponível em: <https://moglen.law.columbia.edu/LCS/palaw.pdf>. Acesso em: 11 maio 2025.

HUTCHESON JR., Joseph C. Judgement intuitive: the function of the hunch in judicial decision. **Cornell Law Review**, v. 14, p. 274-288, Apr. 1929.

HUTCHESON JR., Joseph C. This Thing Men Call Law. **The University of Chicago Law Review**, v. 2, n. 1, p. 1-13, Dec. 1934. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1596293>. Acesso em: 17 mar. 2025.

KANT, Immanuel. **Prolegômenos a qualquer metafísica futura que possa apresentar-se como ciência**. São Paulo: Estação Liberdade, 2014.

KELSEN, Hans. **Hauptprobleme der Staatsrechtslehre**. Tübingen: Verlag von J. C. B. Mohr, 1911.

KELSEN, Hans. **Allgemeine Staatslehre**. Dodrecht: Springer, 1925.

KELSEN, Hans. **Pure theory of law**. Tradução: Max Knight. Berkeley: University of California Press, 1967.

KELSEN, Hans. **Teoría pura del derecho**. Tradução: Roberto Vernengo. México: UNAM, 1982.

KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. Viena: Österreichische Staatsdruckerei, 1992.

KELSEN, Hans. Una teoría “realista” y la teoría pura del derecho. *In*: KELSEN, Hans. **Contribuciones a la teoría pura del derecho**. Colonia del Carmen: Fontanamara, 2008. p. 7-46.

LACALLE, Óscar Vergara. **El derecho como fenómeno psicosocial**: un estudio sobre el pensamiento de K. Olivecrona. Granada: Comares, 2004.

LEITER, Brian. **Naturalizing jurisprudence**: essays on american legal realism and naturalism in legal philosophy. Oxford: Oxford University Press, 2007.

LLEWELLYN, Karl. Some Realism about Realism: Responding to Dean Pound. **Harvard Law Review**, v. 44, n. 8, p. 1222-1264, Jun. 1931. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1332182>. Acesso em: 30 abr. 2025.

LLEWELLYN, Karl. Remarks on the theory of appellate decision and the rules or canons about how statutes are to be construed. **Vanderbilt Law Review**, v. 3, Issue 3, p. 394-406, 1950. Disponível em: <https://scholarship.law.vanderbilt.edu/vlr/vol3/iss3/4/>. Acesso em: 28 abr. 2025.

LLEWELLYN, Karl. **The common law tradition**: deciding appeals. Boston, Toronto: Little, Brown and Company, 1960.

LLEWELLYN, Karl. A realistic jurisprudence – the next step. *In*: LLEWELLYN, Karl. **Jurisprudence**: realism in theory and practice. Chicago: University of Chicago Press, 1962. p. 3-41.

LLEWELLYN, Karl. Some realism about realism. *In*: LLEWELLYN, Karl. **Jurisprudence**: realism in theory and practice. Chicago: University of Chicago Press, 1962. p. 42-76.

LLEWELLYN, Karl. **The bramble bush**: on our law and its study. New Orleans: Quid Pro, 2012.

LUNDSTEDT, Anders Vilhelm. **Legal thinking revised**: my views on the law. Stockholm: Almqvist & Wiksell, 1955.

LYLES, Max. **A call for scientific purity**: Axel Hägerström’s critique of legal science. Stockholm: Institutet för rättshistorisk forskning, 2006.

MALAGOLI, Luca. **We subscribe to no label**: studi apologetici per John Chipman Gray, Felix S. Cohen e Karl N. Llewellyn. Genova: Genova University Press, 2019.

MALAGOLI, Luca. El negocio de la profecía: Concepción de la ciencia jurídica, teoría de las decisiones judiciales y teoría de la interpretación de los documentos legislativos en la obra de Max Radin. **Revus Online**, v. 42, p. 1-17, 2020. Disponível em: <https://journals.openedition.org/revus/6696>. Acesso em: 13 maio 2025.

MARANHÃO, Clayton de Albuquerque; PREZEPIORSKI, Eduardo Fantin. Uma proposta de formulação para a teoria cética da interpretação e sua relação com o problema

de Hume. **Revista Científica da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Piauí**, v. 12, n. 1, Teresina. p. 15-35, jan./jun. 2024.

MARANHÃO, Clayton de Albuquerque; PREZEPIORSKI, Eduardo Fantin. Ação rescisória por violação a norma jurídica: um tema com variações. *In*: CARVALHO, Fabiano; RIZZI, Sérgio; ARRUDA ALVIM, Teresa. **Ação rescisória: homenagem ao professor Rodrigo O. Barioni – v. II**. p. 140-153.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. São Paulo: Boitempo, 2007.

MARX, Karl. **O 18 de brumário de Luís Bonaparte**. São Paulo: Boitempo, 2021.

MILLER, Neal E.; DOLLARD, John. **Social learning and imitaion**. [s.l]: Routledge, 2007.

MINDUS, Patricia. **A real mind: the life and work of Axel Hägerström**. Dordrecht: Springer, 2009.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2017.

MITIDIERO, Daniel. **Ação rescisória: do juízo rescindente ao juízo rescisório**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MOORE, Underhill. Rational basis of legal institutions. **Columbia Law Review**, v. 23, n. 7, p. 609-617, Nov. 1923. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1111188>. Acesso em: 21 abr. 2025.

MOORE, Underhill; HOPE JR., Theodore S. An Institutional Approach to the Law of Commercial Banking. **The Yale Law Journal**, v. 38, n. 6, p. 703-719, Apr. 1929. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/pdf/790071.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2025.

MOORE, Underhill; SUSSMAN, Gilbert. Legal and institutional methods applied to the debiting of direct discounts. I. Legal method. **The Yale Law Journal**, v. 40, n. 3, p. 381-400, Jan. 1931. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/790176>. Acesso em: 22 abr. 2025.

MOORE, Underhill; SUSSMAN, Gilbert. Legal and institutional methods applied to the debiting of direct discounts. II. Institutional method. **The Yale Law Journal**, v. 40, n. 4, p. 555-575, Feb. 1931. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/790602>. Acesso em: 23 abr. 2025.

MOORE, Underhill; SUSSMAN, Gilbert. Legal and institutional methods applied to the debiting of direct discounts. III. The Connecticut Studies. **The Yale Law Journal**, v. 40,

n. 5, p. 752-778, Mar. 1931. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/790660>. Acesso em: 24 abr. 2025.

MOORE, Underhill; SUSSMAN, Gilbert. Legal and institutional methods applied to the debiting of direct discounts. IV. The South Carolina and Pennsylvania Studies. **The Yale Law Journal**, v. 40, n. 6, p. 928-953, Apr. 1931. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/789880>. Acesso em: 24 abr. 2025.

MOORE, Underhill; SUSSMAN, Gilbert. Legal and institutional methods applied to the debiting of direct discounts. V. The New York study. **The Yale Law Journal**, v. 40, n. 7, p. 1055-1073, May. 1931. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/790441>. Acesso em: 25 abr. 2025.

MOORE, Underhill; SUSSMAN, Gilbert. Legal and institutional methods applied to the debiting of direct discounts. VI. The Decisions, the institutionals and the degrees of deviation. **The Yale Law Journal**, v. 40, n. 8, p. 1299-1250, Jun. 1931. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/791118>. Acesso em: 25 abr. 2025.

MOORE, Underhill; CALLAHAN, Charles C. Underhill Moore. *In*: BINGHAM, Joseph Walter *et al.* **My philosophy of law**. Boston: Boston Law Book Co., 1941. p. 201-228.

MOORE, Underhill; CALLAHAN, Charles C. Law and Learning Theory: A Study in Legal Control. **The Yale Law Journal**, v. 53, n. 1, p. 1-136, Dec. 1943. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/792883>. Acesso em: 25 abr. 2025.

OLIPHANT, Herman. Current Discussions of Legal Methodology. **American Bar Association Journal**, v. 7, n. 5, p. 241-243, May 1921. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/25700850>. Acesso em: 25 mar. 2025.

OLIPHANT, Herman. Study of the Operation of Rules of Law. **American Bar Association Journal**, v. 9, n. 8, p. 497-500, Aug. 1923. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/25711361>. Acesso em: 24 mar. 2025.

OLIPHANT, Herman. A Return to Stare Decisis. **American Bar Association Journal**, v. 14, n. 2, p. 71-76, Feb. 1928. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/25707348>. Acesso em: 27 mar. 2025.

OLIPHANT, Herman. Stare Decisis – Continued. **American Bar Association Journal**, v. 14, n. 3, p. 159-162, Mar. 1928. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/25707378>. Acesso em: 27 mar. 2025.

OLIVECRONA, Karl. **Law as fact**. London: Oxford University Press, 1939.

OLIVECRONA, Karl. Editor's preface. *In*: HÄGERSTRÖM, Axel. **Inquiries into the Nature of Law and Morals**. Uppsala: Almqvist & Wiksells, 1953. p. X-XXVII.

OLIVECRONA, Karl. El imperativo de la ley. *In*: OLIVECRONA, Karl. **El derecho como hecho**. Buenos Aires: Roque Depalma, 1959. p. 169-197.

OLIVECRONA, Karl. **El derecho como hecho**. Buenos Aires: Roque Depalma, 1959.

OLIVECRONA, Karl. **Law as fact**. London: London Stevens, 1971.

OLIVECRONA, Karl. **Lenguaje jurídico y realidad**. Colonia del Carmen: Fontanamar, 1991.

PACHUKANIS, Evguiéni. **Teoria geral do direito e marxismo**. São Paulo: Boitempo, 2017.

PATTERSON, Edwin. **Jurisprudence: men and ideas of the law**. Brooklyn: Foundation Press, 1953.

POUND, Roscoe. The call for a realist jurisprudence. **Harvard Law Review**, v. 44, n. 5, p. 697-711, Mar. 1931.

POUND, Roscoe. The decadence of equity. **Columbia Law Review**, Vol. 5, No. 1 (Jan., 1905).

RADIN, Max. The theory of judicial decision: or how judges think. **American Bar Association Journal**, v. 11, n. 6, p. 357-362, Jun. 1925. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/25709281>. Acesso em: 7 abr. 2025.

RADIN, Max. Statutory interpretation. **Harvard Law Review**, v. 43, n. 6, p. 863-885, Apr. 1930. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1330769>. Acesso em: 9 abr. 2025.

RADIN, Max. Legal realism. **Columbia Law Review**, v. 31, n. 5, p. 824-828, May. 1931. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1114380>. Acesso em: 9 abr. 2025.

RADIN, Max. In Defense of an Unsystematic Science of Law. **The Yale Law Journal**, v. 51, n. 8, p. 1269-1279, Jun. 1942. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/792598>. Acesso em: 11 abr. 2025.

RADIN, Max. **Law as logic and experience**. [s.l.]: Archon Book, 1971.

RAND, Rose. Logik der Forderungssätze. **Revue Internationale de la theorie du Droit**, v. 1, p. 308-322, 1939.

RITTER, Joachim; GRÜNDER, Karlfried; GABRIEL, Gottfried. **Historisches Wörterbuch der Philosophie**. [s.l.]: Schwabe Verlag, 1971-2007.

ROSS, Alf. Imperatives and Logic. **Philosophy of Science**, v. 11, n. 1, p. 30-46, jan. 1944. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/184888>. Acesso em: 14 mar. 2025

ROSS, Alf. **Hacia una ciencia realista del derecho: critica del dualismo en el derecho**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961.

ROSS, Alf. **Tû-Tû**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

ROSS, Alf. El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural. *In*: ROSS, Alf. **El concepto de validez y otros ensayos**. Del Carmen: Fontanamara, 2006. p. 199-220.

ROSS, Alf. **On law and justice**. Oxford: Oxford University Press, 2019.

SABBAG NETO, Thomé. **Juízes criam normas?** Objeções à tese de que não há normas antes da interpretação da lei. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Course in general linguistics**. Columbia: University Press, 2011.

SCARPELLI, Uberto. Norma. *In*: GALIMBERTI, Umberto (coord.). **Gli strumenti del sapere contemporâneo**. Torino: UTET, 1985.

SCHAUER, Frederick. The Social Construction of the Concept of Law: a reply to Julie Dickson. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 25, n. 3, p. 493-501, 2005. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/3600679>. Acesso em: 19 mar. 2025

SCHAUER, Frederick. Normative legal positivism. *In*: MINDUS, Patricia; SPAAK, Torben. **The Cambridge companion to legal positivism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2021. p. 61-79.

SERBENA, Cesar Antonio. **Novas perspectivas do realismo jurídico**. Vasco da Gama: Lumen Juris, 2022.

SERBENA, Cesar Antonio. A disputa entre Hans Kelsen e Alf Ross sobre o realismo jurídico. *In*: COSTA, Valterlei da; DO VALLE, Maurício. **Estudos sobre a teoria pura do direito**. São Paulo: Almedina, 2023. p. 408-409.

SGARBOSSA, Luís Fernando. A norma fundamental da teoria pura do direito à teoria geral das normas. **Direitos fundamentais e justiça**, Belo Horizonte, v. 8, n. 26, p. 111-135, jan./mar. 2014.

SPAACK, Torben. **A critical appraisal of Karl Olivecrona's legal philosophy**. Dordrecht: Springer, 2014.

TARELLO, Giovanni. **La interpretación de la Ley**. Lima: Palestra, 2013.

TREVES, Renato; PERRIN, Jean-François. Un inédit de Kelsen concernant ses sources kantiennees. **Droit et société**, n° 7, p. 327-335, 1987.

TRUJILLO, Isabel. Iusnaturalismo tradicional clássico, medieval e ilustrado. *In*: FABRA ZAMORA, Jorge Luis; NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro (org.). **Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho**. México: UNAM, 2015. v. I. p. 3-35.

WAISMANN, F.; MACKINNON, D. M.; KNEALE, W. C. Symposium: Verifiability. **Proceedings of the Aristotelian Society, Supplementary Volumes**, v. 19, Oxford: Oxford University Press, 1945.

YNTEMA, Hessel. The Rational Basis of Legal Science. **Columbia Law Review**, v. 31, n. 6, p. 925-957, Jan., 1931, p. 937, tradução nossa. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1114509>. Acesso em: 4 abr. 2025.

YNTEMA, Hessel. What Should the American Law Institute Do? **Michigan Law Review**, v. 34, n. 4, p. 461-473, Feb. 1936. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1281694>. Acesso em: 31 mar. 2025.

YNTEMA, Hessel. Jurisprudence and Metaphysics. A Triangular Correspondence. **The Yale Law Journal**, v. 59, n. 2, p. 273-287, Jan. 1950. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/793100>. Acesso em: 2 abr. 2025.

YNTEMA, Hessel. American Legal Realism in Retrospect. **Vanderbilt Law Review**, v. 14, Issue 1, p. 317-330, Dec. 1960.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Madrid: Trotta, 2011.