

SOCIOLOGICAL JURISPRUDENCE E REALISMO JURÍDICO - A FILOSOFIA JURÍDICA NORTE-AMERICANA NA PRIMEIRA METADE DO SÉCULO XX¹

SOCIOLOGICAL JURISPRUDENCE AND LEGAL REALISM - NORTH-AMERICAN LEGAL PHILOSOPHY IN THE FIRST HALF OF THE TWENTIETH CENTURY

Eugênio Facchini Neto²

Doutor em Direito Comparado (Florença/Itália)

Ana Paula Martini Tremarin Wedy³

Mestre em Direito na PUCRS

ÁREA(S) DO DIREITO: filosofia e história do direito.

RESUMO: O presente ensaio aborda a evolução da filosofia jurídica norte-americana na primeira metade do século XX, quando se abandona o formalismo jurídico, difunde-se a escola sociológica do direito e desemboca-se no movimento do realismo jurídico.

Analisa-se especialmente a contribuição da *sociological jurisprudence* para o realismo jurídico, com destaque para a influência de Oliver Wendell Holmes, Jr.

PALAVRAS-CHAVE: *sociological jurisprudence*; realismo jurídico; Holmes.

ABSTRACT: *The essay discusses the evolution of American legal philosophy in*

¹ O presente texto foi originariamente escrito pela coautora Ana Paula M. T. Wedy como atividade inerente ao seu Mestrado em Direito junto ao PPGD da Faculdade de Direito da PUCRS. Referido texto original, com 17 laudas, foi inicialmente reduzido pelo coautor Facchini para 15 laudas e posteriormente por ele aumentado, com suas próprias contribuições, até as 44 laudas de sua feição definitiva (no formato texto, pré-impressão). Assim, pode-se dizer que se trata de texto efetivamente escrito a quatro mãos.

² Mestre em Direito Civil (USP). Professor Titular dos Cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS. Professor e ex-diretor da Escola Superior da Magistratura/ Ajuris. Desembargador do TJRS. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/6714748405905770>.

³ Juíza Federal Substituta do TRF da 4ª Região. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/2940168453092379>.

the first half of the 20th century, when it departs from the legal formalism, goes through the sociological jurisprudence of law and ends in the legal realism movement. It analyzes in particular the contribution of sociological jurisprudence to legal realism, with emphasis on the influence of Oliver Wendell Holmes, Jr.

KEYWORDS: *sociological jurisprudence; legal realism; Holmes.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A escola sociológica do direito; 2 Oliver Wendell Holmes, Jr. – Jurista; 3 Oliver Wendell Holmes, Jr. – Magistrado; 4 O realismo jurídico norte-americano; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Sociological jurisprudence; 2 Oliver Wendell Holmes, Jr. – Jurist; 3 Oliver Wendell Holmes, Jr. – Magistrate; 4 The north american legal realism; Final considerations; References.*

INTRODUÇÃO

O movimento do Realismo Jurídico⁴ norte-americano sucedeu à *sociological jurisprudence*, sendo que ambas representaram um movimento acadêmico e forense em reação ao pensamento jurídico clássico, também conhecido por formalismo langdelliano⁵, predominante na

⁴ A denominação Realismo Jurídico é comum ao movimento contemporâneo fundado na Escandinávia pelo filósofo sueco Axel Hägerström (1868-1939), e desenvolvido principalmente pelo jusfilósofo Karl Olivecrona (1897-1980), também sueco, e pelo jusfilósofo dinamarquês Alf Ross (1899-1979). Ambas as correntes procuram explicar o que o Direito realmente é e como funciona praticamente. Não se procura compreendê-lo a partir das lições doutrinárias e de princípios abstratos. Mas, afora esse ponto em comum, as duas escolas não possuem praticamente outros pontos de contato. A vertente escandinava procura destruir as influências distorcidas da metafísica sobre o pensamento legal, ao passo que o movimento norte-americano tem outras características, que serão abordadas no texto. Uma erudita e aprofundada análise do pensamento de Hägerström e de Ross encontra-se no livro *Contributi ao Realismo Giuridico* (org. por Enrico Pattaro, Milano: Giuffrè, 1982, p. 5 a 167 – sobre Hägerström; e 173 a 293 – sobre A. Ross).

⁵ O pensamento jurídico clássico norte-americano ou formalismo langdelliano é associado a Christopher Columbus Langdell (1826-1906), diretor da Universidade de Harvard no período de 1870 a 1895. Apesar de ser criticado pela sua vinculação ao formalismo, a contribuição de Langdell ao estudo do direito, nos EUA, é inestimável. Até hoje, os cursos jurídicos daquele país seguem a metodologia (*case method*) e o currículo por ele introduzido. O método socrático por ele instituído é desde então utilizado em todas as faculdades de direito norte-americanas. Tanto o *case method* (em que o professor da disciplina seleciona a jurisprudência mais relevante e pertinente ao curso que ministrará, devendo esse material ser lido pelos alunos, antes das aulas) quanto o método socrático (por meio do qual o professor, em vez de ministrar aulas, tais como nós a concebemos, vai indagando os alunos a partir da prévia leitura do material fornecido, forçando-os a extraírem conclusões a partir de princípios por eles identificados nos casos analisados) foram por ele introduzidos na relevantíssima reforma dos estudos jurídicos da Harvard Law School, no período em que ele foi Diretor.

academia jurídica dos Estados Unidos, com reflexos nos posicionamentos jurisprudenciais, na segunda metade do século XIX até o início do século XX. O formalismo defendia a autonomia do Direito, que teria soluções predeterminadas para todos os casos possíveis, pregando a utilização de métodos objetivos, dentro de um sistema lógico fechado. Consoante a visão formalista, os princípios gerais do Direito deveriam ser extraídos de precedentes, dos quais sempre seria possível deduzir soluções para os casos futuros⁶.

Entre as tendências que sucederam ao formalismo, talvez uma importância maior deva ser dada ao Realismo Jurídico, por ter possibilitado uma visão interdisciplinar no estudo do Direito e uma aproximação do Direito com a realidade social. Com isso, abriu-se espaço para o fortalecimento de várias escolas do pensamento jurídico focadas em uma abordagem mais pragmática do Direito⁷. Essa visão multidisciplinar do Direito acolheu *insights* oriundos da sociologia, da economia e da psiquiatria, entre outros ramos da ciência, em nítida oposição ao formalismo.

Os maiores nomes do Realismo Jurídico norte-americano, Karl Llewellyn e Jerome Frank, reconhecem ter sofrido a influência de prévio movimento de pensamento norte-americano, a escola sociológica, que teve por nomes mais significativos o de Roscoe Pound e o de Oliver Wendell Holmes. Este, por

Eis como importantes autores referem seu legado ao ensino do Direito: "Langdell transformou a Faculdade de Direito de Harvard em inúmeras formas. Como condição de matrícula na Faculdade, ele exigiu dos interessados que ou apresentassem um título de bacharel (*baccalaureate*) em um prévio *College* (como ainda hoje se exige) ou que fossem aprovado num exame de seleção (exigências inexistentes até então); estendeu o curso de Direito de dois para três anos; criou tanto o método socrático como forma básica de ensino como seu auxiliar indispensável, o *casebook*; introduziu a necessidade de aprovação em exames finais nas diversas disciplinas; criou a *Harvard Law Review* (a primeira e mais importante Revista Jurídica norte-americana); empregou professores de tempo integral, no lugar de juristas práticos horistas, como era a regra até então; aumentou tanto o número como a qualidade dos estudantes, bem como o valor das anuidades; aumentou o tamanho da Faculdade; expandiu a biblioteca; e, mais importante, impregnou de forma permanente a ideologia de que o Direito era uma ciência" (HALL, Kermit L.; WIECEK, William M.; FINKELMAN, Paul. *American Legal History - Cases and Materials*. 2. ed. New York: Oxford University Press, 1996. p. 337).

⁶ GRECHENIG, Kristoffel; GELTER, Martin. A divergência transatlântica no pensamento jurídico: o direito e economia norte-americano *vs.* o doutrinalismo alemão. Tradução de Gustavo Sampaio de Abreu Ribeiro. *Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE). Annual Papers*. Publication date: 26.04.2010. Disponível em: <<http://escholarship.org/uc/item/5rh8f1vf>>. Acesso em: 25 jan. 2016. p. 16-18.

⁷ GICO JR., Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

meio de seus livros *The Common Law*⁸ e *The path of the Law*, bem como de suas decisões, mesmo que em grande parte vazadas em votos vencidos (não à toa foi cognominado de *The Great Dissenter*), proferidas enquanto *Associate Justice* da Suprema Corte norte-americana, no período de 1902 a 1932, influenciou grandemente o postulado básico do movimento Realista, principalmente por sua máxima “a vida do Direito não tem sido lógica: mas experiência” (“*The life of the law has not been logic; it has been experience*”).

Neste ensaio, pretendemos analisar a superação do pensamento formalista e as influências da escola sociológica sobre a escola realista, com destaque para o pensamento e legado de Holmes.

1 A ESCOLA SOCIOLOGICA DO DIREITO

A Escola norte-americana da *sociological jurisprudence* tem suas raízes na filosofia do também norte-americano William James, conhecida como pragmatismo⁹. Em seus escritos sobre o pragmatismo, W. James afirmava que uma das distinções mais importantes na filosofia era a existente entre racionalismo e empirismo. O racionalista seria um “devoto de princípios abstratos e eternos”; já o empirista seria um “amante dos fatos em toda a sua

⁸ Para salientar a importância desse livro, cito o seguinte trecho: “*His Common Law was the first American work to have examined legal institutions and conceptions exclusively with a view to their historical development. For the first time, an American Jurist viewed the law as anthropologists might view it – as an organic part of the culture within which it grew up*”. “*This was the book that was to change both Holmes’s life and the course of American law*”. Nesses termos: SCHWARTZ, Bernard. “Main Currents in American Thought”, trecho inserido na obra *The Spirit of American Law*, editada por George Grossman, capítulo denominado “Justice Oliver Wendell Holmes Jr” (Boulder/Colorado: Westview, 2000, p. 187).

⁹ A origem mais remota do pragmatismo filosófico é associada aos artigos de Charles Sanders Peirce de 1878: “The Fixation of Belief” e “How to Make Our Ideas Clear”. O artigo “Philosophical Conceptions and Practical Results”, publicado em 1898 por William James, engrandeceu o movimento. A Escola do Pensamento pragmatista, capitaneada também por John Dewey, foi fundamental para o pragmatismo tornar-se a principal tendência da filosofia norte-americana. No entanto, apenas no final do século XX, o movimento do pragmatismo ultrapassou a filosofia para abranger as ciências sociais (sociologia e ciência política), o direito e a literatura. Os elementos constitutivos do pragmatismo filosófico são: antifundacionalismo (no sentido de ser apenas um método de pensamento, sem dogmas, sem doutrina), consequencialismo (método empírico e experimentalista: as consequências práticas como critério de escolha das diferentes possíveis interpretações) e contextualismo (experiência humana, crenças, valores, tradições são fundamentais para o resultado das investigações científicas e filosóficas). Sobre esses aspectos, v. POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo: teoria social e política*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005. p. 10-14.

crua variedade”. O racionalista crê na eternidade da razão; o empirista, na variedade da experiência¹⁰.

Na verdade, pode-se remontar as influências sobre a escola sociológica norte-americana até o utilitarismo de Bentham e Stuart Mill. Arthur Kaufmann¹¹, por exemplo, refere a influência do utilitarismo em Holmes e Pound, esclarecendo que “o *pragmatismo* de Charles S. Peirce (1839-1914) só dificilmente poderá ainda ser descrito como utilitarismo”.

Na verdade, o contraste entre racionalismo e empirismo foi o campo de batalha da filosofia jurídica norte-americana nas primeiras décadas do século XX. O século anterior foi dominado pelo pensamento racionalista e idealista. A filosofia do direito natural dominava o pensamento dos juristas. Considerava-se a *Common Law* como um sistema racional, encarnação da razão transcendental, que continha em si todos os elementos necessários para a decisão de qualquer caso particular.

No campo estritamente jurídico, coube à Escola Sociológica do Direito, que incorporou a filosofia do pragmatismo, capitanear o ataque ao pensamento formalista até então dominante, que nos Estados Unidos atende, por vezes, pelo nome de *analytical jurisprudence* ou *legal positivism*.

Não há consenso sobre o que realmente se entende por formalismo jurídico nos Estados Unidos. Em interessante ensaio sobre o tema, Martin Stone referiu nada menos do que sete ideias sobre o que caracterizaria um ‘formalista’, indicando os autores que as adotam. Segundo essas variações, um formalista seria alguém que:

1) defends the equal right of all persons to own property and to exchange their property and labour with others through contract (Ernest Weinrib); 2) seeks to gain theoretical information and/or practical guidance concerning law through attention to its “form” as opposed to its (historically and geographically variable) content, and hence without regard for the detailed findings of history, sociology, anthropology,

¹⁰ JAMES, William. Pragmatism (1907) apud BODENHEIMER, Edgar. *Teoria del Derecho*. Trad. Vicente Herrero. 2. ed. México: FCE, 1994. p. 348/349.

¹¹ KAUFMANN, Arthur. “A problemática da filosofia do direito ao longo da história”. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Trad. Marcos Keel e Manuel S. de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 90.

and so on (Judith Shklar); 3) fails to decide legal cases in light of social policy; or adheres to a legal rule without regard to its background reasons, or denies that courts should have the power to make exceptions to rules in light of the purposes they serve (H. Hart, Larry Alexander, F. Schauer, R. Unger, R. Summers); 4) maintains that there are cases in which the application of a legal rule is clear without interpretation, or asserts that the law affords a basis for resolving some cases without appeal to “policy” or “morality” (Stanley Fish, R. Unger, H. Hart, Mark Tushnet, D. Kennedy, G. Peller, Thomas Grey); 5) believes that all cases are legally regulated (that the law is complete and univocal), or that a judge need never go outside the law and exercise a law-creating power in order to make a decision (H. Hart, Grey, M. Horowitz, B. Leiter, D. Lyons, R. Summers); 6) asserts that legal validity is content-independent, or that the law can be identified on the basis of distinct sources, without recourse to moral or political argument (A. Sebok, Shklar); 7) denies that the law, or some region of it, is to be understood as an instrument of social policy (E. Weinrib, O. W. Holmes).¹²

Um dos juristas mais atacados tanto pela Escola Sociológica quanto pelos realistas, por encarnar como ninguém a visão clássica de Direito, foi Christopher Columbus Langdell. Langdell era um positivista. Estava convencido de que os juristas deveriam utilizar-se dos mesmos métodos usados pelas ciências da natureza para o estudo de sua ciência. Ele achava que as bibliotecas e as coleções de jurisprudência constituíam o “laboratório dos juristas”. Por meio do estudo dos casos jurisprudenciais, o jurista poderia extrair os princípios gerais e as ideias básicas da *common law*. Como o número de casos jurisprudenciais já era grande, naquela época, ele defendia que ao professor competia fazer a seleção daqueles casos que realmente importavam, separando-os daqueles irrelevantes.

¹² STONE, Martin. “Formalism”. In: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott (Ed.). *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*. New York: Oxford University Press, 2002. p. 170-171.

A reunião daqueles se dava por meio do *case-book*. Ele mesmo elaborou um importante *case-book* em matéria de contratos¹³.

O porta-voz mais destacado da reação ao pensamento formalista foi Roscoe Pound¹⁴. Pound segue William James na atitude de “deixar de lado as coisas primeiras, os princípios, categorias” e “examinar as coisas últimas, frutos, consciências, fatos”. Nega ele a existência de princípios jurídicos eternos e imutáveis. O Direito, segundo afirma, é fluido e muda quando mudam as condições sociais que lhe dão vida. A verdade de seus princípios é relativa, não absoluta. A ciência do Direito nada mais é do que uma espécie de “engenharia social” (*social engineering*), ou seja, um instrumento para a melhoria da ordem social e econômica por meio de um esforço consciente e inteligente. É um instrumento da civilização.

Pound admite que outras instituições, como a família, igreja, escola, associações profissionais, organizações sociais, etc., também desempenham um papel no processo de “engenharia social”, mas afirma que “*the brunt of the task falls on the legal order*” (o peso principal da tarefa recai sobre a ordem jurídica), com seu aparato político da regulação e coerção¹⁵.

A correta compreensão de sua visão de *social engineering*, porém, pressupõe uma prévia classificação do “fator normativo” e de uma prévia classificação dos “interesses”. Pound dedicou-se longamente, e em mais de uma oportunidade, a esses temas¹⁶. Segundo Pound, o *fator normativo* seria constituído por (1º) *rules* (regras), ou seja, proposições que ligam precisas consequências

¹³ Uma síntese de sua contribuição para o direito norte-americano nos é dada por GALLO, Paolo. *Grandi Sistemi Giuridici*. Torino: Giappichelli, 1997. p. 302/304.

¹⁴ Roscoe Pound (1870-1964) foi um dos maiores juristas norte-americanos de todos os tempos. De 1916 a 1936, foi Diretor da Faculdade de Direito de Harvard. Sua concepção mais conhecida é a do Direito como espécie de *social engineering* (engenharia social). Sua vinculação com o pragmatismo fica nítida por meio de algumas de suas máximas, como aquela segundo a qual *Law is experience developed by reason and applied continually to further experience* (Direito é experiência desenvolvida pela razão e aplicada continuamente a ulteriores experiências), ou esta outra: *Law must be stable, but it must not stand still* (O direito deve ser estável, mas não pode permanecer imóvel).

¹⁵ POUND, Roscoe. “*A Theory of Social Interests*” (1921), citado por KELLY, J. M. *A Short History of Western Legal Theory*. New York: Oxford University Press, 1996. p. 364.

¹⁶ A classificação comparece, inicialmente, no livro de Pound intitulado “*An Introduction to the Philosophy of Law*” (New Haven, 1922, p. 115-120), sendo posteriormente reelaborada no ensaio “*Hierarchy of Sources and Forms in Different Systems of Law*”, publicado na *Tulane Law Review*, v. VII, 1933, p. 475 e ss., especialmente entre as páginas 482-486.

jurídicas a precisas situações de fato; (2º) *principles* (princípios), que são privilegiados pontos de partida para o raciocínio jurídico, invocáveis quando os conflitos de interesse não são ou não são claramente resolvidos pelas regras; (3º) *conceptions* (conceitos), são categorias legalmente autorizadas, nas quais podem ser subsumidos os casos ou situações em debate, extraíndo-se as consequências jurídicas pertinentes; (4º) *doctrines* (doutrinas), que são agrupamentos de regras, princípios e conceitos vinculados a situações subjetivas específicas, ou a determinados aspectos da organização social, articulados em vista de uma função argumentativa; (5º) *standards*, ou protótipos de conduta, prescritos a partir de uma fonte de conhecimento situada fora da norma.

Já os interesses se dividiriam, na visão de Pound, em individuais, públicos e sociais, que ele especifica especialmente no livro *Outlines of Lectures in Jurisprudence*. Segundo ele, os interesses emergem historicamente e são historicamente mutáveis e relativos. Historicamente mutável é também a qualificação cultural dos interesses como sendo individuais, públicos ou sociais, sendo que também esses interesses, de tanto em tanto, apresentam-se, no campo normativo, sob a forma de regras, ou princípios, ou como conceitos, doutrinas ou *standards*¹⁷.

Essa visão, segundo a qual o Direito não consistiria na dedução lógica das soluções a partir de princípios apresentados *a priori*, sendo necessário procurar os resultados socialmente úteis, “equilibrando” os interesses em presença (*balancing of interests*), chegou a ser equiparada, por Batiffol¹⁸, à *Interessen jurisprudentz* dos alemães¹⁹.

Uma das grandes contribuições de Pound ao pensamento jurídico, influenciando grandemente o posterior movimento do Realismo Jurídico, foi sua distinção entre “Law in Books and Law in Action” (denominação de um célebre artigo publicado em 1910, na revista *American Law Review*, v. 44), em que afirma que “podemos estar certos de que a *law in the books* frequentemente tende

¹⁷ Uma excelente síntese do pensamento de Pound é fornecida por TARELLO, Giovanni. *Cultura giuridica e política del diritto*. Bologna: Il Molino, 1988. p. 387/390, especialmente as p. 388/389.

¹⁸ BATIFFOL, Henri. *A filosofia do direito*. Lisboa: Editorial Notícias, s/d. p. 46.

¹⁹ Essa aproximação entre as duas tradições jurídico-filosóficas também é feita por Roberto Lyra Filho: “Pound é, talvez, a figura mais influente e complexa de todo o sociologismo americano e um dos autores mais divulgados entre nós, como na Europa. Ele desenvolve uma construção aparentada à ‘jurisprudência dos interesses’ e ao teleologismo de Ihering” (*A filosofia jurídica nos Estados Unidos da América: Revisão Crítica*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1977. p. 57).

a ser muito diferente da *law in action*” (*we may be sure that law in the books will often tend to be very different from the law in action*)²⁰.

Em 1931, Roscoe Pound publica um breve artigo denominado “The Call for a Realist Jurisprudence”²¹, no qual procura traçar as características principais do movimento do Realismo Jurídico então nascente. Esse artigo provocou alentada resposta de Karl N. Llewellyn, que publicou, no mesmo ano, um artigo denominado “Some Realism About Realism – Responding to Dean Pound”²². Esses dois artigos são considerados essenciais para a compreensão do pensamento jurídico norte-americano naquele período histórico.

Outro grande nome da *american sociological jurisprudence* foi Benjamin Nathan Cardozo²³ (1870-1938), igualmente um dos maiores juristas norte-

²⁰ Entre os inúmeros exemplos que ele cita em seu artigo, para demonstrar essa discrepância entre a “realidade dos livros” e a vida real, o primeiro consiste no dogma afirmado em todos os livros, no sentido de que todas as dúvidas devem ser resolvidas em favor da constitucionalidade de uma lei (*all doubts are to be resolved in favor of the constitutionality of a statute*) – e que os tribunais não reconhecerão que uma lei está em conflito com a constituição salvo na presença de evidências claras e indubitáveis. Todavia, disse ele, a prática jurisdicional se afasta de tal teoria, afirmando que “*the courts in practice tend to overturn all legislation which they deem unwise*” (os tribunais, na prática, tendem a derrubar toda legislação que eles repute insensata). E na sequência, cita texto do Prof. Dodd: “*The courts have now definitely invaded the field of public policy and are quick to declare unconstitutional almost any law of which they disapprove, particularly in the fields of social and industrial legislation*”. O texto foi lido na coletânea organizada por FISHER III, William W.; HORWITZ, Morton J.; REED, Thomas A. (Ed.). *American Legal Realism*. New York: Oxford University Press, 1993. p. 39 e ss.

²¹ Na *Harvard Law Review*, v. 44 (1931), p. 697-711. Esse artigo foi também incluído na coletânea anteriormente referida: FISHER III, William W.; HORWITZ, Morton J.; REED, Thomas A. (Ed.). *Op. cit.*, p. 59 e ss., em que foi acessada.

²² Publicado na *Harvard Law Review*, v. 44 (1931), p. 1222 e ss., igualmente reproduzida na coletânea anteriormente citada, p. 68 e ss.

²³ Benjamin Nathan Cardozo (1870-1938), oriundo de uma família judia, tornou-se membro da justiça estadual de Nova Iorque em 1914, quando passou a integrar a New York Court of Appeals (equivalente, grosso modo, aos nossos Tribunais de Justiça, embora com composição substancialmente menor), a qual passou a presidir a partir de 1926 até sua nomeação para o cargo de *Justice* da Suprema Corte em 1932, em que permaneceu até alguns meses antes de falecer em 1938.

Enquanto integrava a justiça de Nova Iorque, tornou-se o mais destacado juiz da *common law*, tendo dado duradouras contribuições para o desenvolvimento do direito privado norte-americano. Na área da responsabilidade civil (*tort law*), expandiu o espectro das pessoas civilmente responsáveis, por meio de decisões memoráveis, como *MacPherson v. Buick* (1916), que constitui a base sobre a qual desenvolveu-se posteriormente a responsabilidade dos produtores. Em outra decisão (*Ultramars Corporation v. Touche*), em 1931, contribuiu para aumentar a proteção de terceiros não contratantes. Na área contratual, desenvolveu doutrinas visando à introdução da ideia de lealdade contratual (*fairness*) nas relações negociais. O contrato, dizia ele, não pode ser encarado como gerador de comportamento puramente competitivo (*purely competitive behavior*) entre as partes, mas sim deve pressupor a

-americanos de todos os tempos. Cardozo afirmava que a sentença não representa apenas um processo de revelação do Direito, mas também – em grau considerável – um processo de criação. O juiz interpreta a consciência social e a concretiza em suas decisões, mas, ao assim fazer, também contribui para formar e modificar a consciência que interpreta. Concordava com os postulados essenciais da escola sociológica e do pragmatismo filosófico ao qual se vinculava, no sentido de ver no Direito uma ciência que possuía relação íntima com os fatos e realidades da vida social, bem como o fato de o Direito ser um produto das forças sociais e não uma mera decorrência do poder formal do soberano²⁴.

Tal como Pound, Cardozo admite que princípios podem colidir entre si. Quando isso acontece, os juízes são forçados a escolher qual deles aplicar. Todavia, diferentemente de Pound, Cardozo não se limita a essa constatação. Ele insiste ser necessário compreender como os juízes fazem essa escolha, ou seja, por que os juízes dão mais valor a um princípio do que a outro que com aquele colida no caso concreto. Para ilustrar como isso ocorre, Cardozo recorre

existência de um comportamento reciprocamente cooperativo (*mutually cooperative behavior*) entre as partes. Possuía uma visão aberta do fenômeno jurídico, defendendo que o direito devia ser entendido pelos seus fins e pela sua função, e não como algo puramente conceitual ou formal.

Quando Oliver Wendell Holmes aposentou-se, gerou-se um sentimento unânime e generalizado entre todos os operadores jurídicos e a imprensa no sentido de que a vaga daquele outro gigante da magistratura norte-americana deveria ser ocupada por Cardozo. O Presidente Herbert Hoover não teve outra escolha senão nomeá-lo.

Segundo avaliação de Bernard Schwartz, depois de Holmes, Cardozo foi o segundo mais importante e proeminente magistrado americano da primeira metade do século XX. “O que foi Holmes para o direito público, foi Cardozo para o direito privado” (SCHWARTZ, Bernard. *Algunos artifices del derecho norteamericano*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1989. p. 147 – a obra original, *Some Makers of American Law*, foi escrita em 1985).

De acordo com outro grande jurista norte-americano, Grant Gilmore, os livros *The Common Law*, de O. W. Holmes, e *The Nature of the Judicial Process*, de Benjamin N. Cardozo, “são os dois livros mais célebres na história da doutrina jurídica americana” (GILMORE, Grant. *Le grandi epoche del diritto americano*. Trad. ital. de Ilaria Mattei. Milano: Giuffrè, 1991. p. 73).

Costuma-se dizer, porém, que as maiores contribuições de Cardozo para o direito norte-americano ocorreram quando ele pontificou na Corte de Apelações de Nova Iorque. Discorrendo sobre a importância de um de seus julgamentos, Ronald Dworkin refere que “*A judge reasoning from the inside-out will rarely find either the time or the need to undertake long, laborious research or argument. Sometimes, however, he will. Benjamin Cardozo felt that necessary in MacPherson v. Buick Motor Co., and he changed the character of our law*”. Tal necessidade de uma argumentação mais extensa e profunda foi por ele sentida porque ele buscou arrimo em um “*principle that had not been recognized in the past*” (DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes*. Cambridge/Mass.: Belknap Press of Harvard University Press, 2006. p. 55 e 63).

²⁴ Uma ótima síntese da escola sociológica, com análise do pensamento de Pound, Holmes e Cardozo, encontra-se em BODENHEIMER, Edgar. *Teoria del Derecho*. Trad. Vicente Herrero. 2. ed. Mexico: FCE, 1994. p. 348 a 360, de onde extraímos várias ideias e as informações expostas no texto.

a um caso que fora julgado pela Corte de Apelações de Nova Iorque em 1889 – o caso *Riggs v. Palmer*. O caso envolvia a discussão sobre se poderia um neto continuar sendo herdeiro testamentário de seu avô, apesar de tê-lo assassinado para ficar com a herança. Não havia qualquer norma legal que o afastasse da herança ou que rompesse o testamento em razão do assassinato. Havia alguns princípios colidentes a respeito. Um deles sustentava a plena validade e eficácia de um testamento feito de acordo com as normas vigentes. Outro princípio da *common law* sustentava que uma corte civil não poderia acrescentar outros efeitos às penas impostas na esfera criminal. Todavia, os julgadores optaram por retirar a eficácia ao testamento, invocando o princípio segundo o qual ninguém pode se locupletar da própria torpeza. Cardozo se pergunta por que os juízes optaram por esse princípio, em detrimento dos outros que com ele colidiam, respondendo que foi porque o princípio aplicado *led to justice* (conduzia à justiça). Esse princípio, segundo o qual era mais importante evitar que um criminoso tirasse vantagem de seu ato do que garantir o direito à propriedade, atendia mais profundamente ao interesse social²⁵.

No livro *The Nature of the Judicial Process*, que reúne a série de conferências que Cardozo proferiu em 1920, junto à Yale Law School, ele se dedica a analisar o problema do procedimento que um juiz deve seguir ao decidir um caso. Ele refere que somente ocasionalmente o processo decisional comporta um ato criativo por parte do juiz; neste caso, deve o juiz considerar o que ele chamava “método” da filosofia, da história, da tradição e da sociologia. Com a expressão “método da sociologia”, ele queria dizer que, em uma situação em que o juiz não encontra arrimo em qualquer base jurídica, deve ele levar em consideração os efeitos socioeconômicos de sua decisão (*insight* aceito também pelo movimento realista e, posteriormente, pela *economic analysis of law*). Na sua última conferência, relatando o que definiu como “angústia judicial”, a partir de sua experiência como magistrado, ele assim se exprimiu:

Durante os meus primeiros anos de magistratura, o meu espírito esteve profundamente desconcertado diante à insuperabilidade do oceano em que me aventurei. Eu procurava a certeza: fui oprimido e desencorajado quando me dei conta que a minha procura era fútil. [...]

²⁵ Essa análise foi extraída de DUXBURY, Neil. *Patterns of American Jurisprudence*. New York: Oxford University Press, 1997. p. 217-218.

Com o passar dos anos, refleti cada vez mais sobre a natureza do processo judicial e me reconciliei com a incerteza, porque me resignei a vê-la como inevitável. Percebi que o processo não é descoberta, mas criação; e que as dúvidas e as apreensões, as esperanças e os temores fazem parte do trabalho da mente.²⁶

Para Cardozo, a tarefa do juiz consistia em adaptar a experiência do passado de modo que servisse melhor aos interesses do presente. Cardozo sustentava que, enquanto os juízes se limitam a ser meros porta-vozes da legislação, atuando o que ela determina, a sua atividade, no essencial, é de se considerar meramente administrativa – e não judicial. Esta, propriamente, só cobra existência quando intervém a dúvida, a mesma dúvida em razão da qual puderam criar o direito, o pretor, em Roma, e o chanceler, na Inglaterra²⁷.

Na Suprema Corte, Cardozo também foi um grande defensor da liberdade de pensamento como condição fundamental para o exercício de todas as demais liberdades. No importante caso *Palko v. Connecticut* (1937), ele afirmou que “*freedom of speech was the matrix, the indispensable condition, of nearly every other form of freedom*”²⁸.

Referiremos, agora, alguns trechos de sua obra doutrinária, em que expõe uma visão do mundo jurídico e forense à qual permanecerá fiel durante sua vida, e que revelam o quanto tal filosofia influenciou o realismo jurídico [depois de distinguir as motivações conscientes daquelas por ele denominadas de subconscientes, diz ele que]:

“Maissutissãoasforçascolocadastãoabaixodasuperfície que não podem, razoavelmente, ser classificadas senão como subconscientes. Muitas vezes, é através delas que os juízes se mantêm coerentes consigo próprios e incoerentes em relação aos outros. Recordamos William James [...], que cada um de nós tem, na verdade, uma

²⁶ CARDOZO, Benjamin Nathan. *The Nature of the Judicial Process* (1921), apud GILMORE, Grant. Op. cit., p. 74.

²⁷ CARDOZO, Benjamin N. *Selected Writings*, p. 257, apud BRUTAU, José Puig. *A jurisprudência como fonte do direito*. Porto Alegre: Coleção Ajuris, 1977. p. 75.

²⁸ Citado por FRIEDMAN, Lawrence M. *American Law - An Introduction*. 2. ed. New York: Norton, 1998. p. 223.

filosofia básica de vida [...]. Há, em cada um de nós, uma torrente de tendências [...] que dá coerência e direção ao pensamento e à ação. Os juízes não podem escapar a essa corrente mais do que outros mortais. Durante suas vidas, forças que não reconhecem e não podem nomear os estiveram impulsionando continuamente – instintos herdados, crenças tradicionais, convicções adquiridas; e a resultante é uma visão da vida, uma concepção das necessidades sociais, um sentido – [...] que pode determinar [...] onde deverá recair a escolha”. [...] “Podemos tentar ver as coisas tão objetivamente quanto desejamos. Não obstante, nunca podemos vê-las com outros olhos exceto os nossos próprios”²⁹.

“Atrás dos precedentes estão as concepções judiciárias básicas, os postulados do raciocínio judicial, e ainda mais atrás os hábitos de vida, as instituições sociais que originaram essas concepções”³⁰.

“Nada é estável. Nada absoluto. Tudo é fluído e passível de modificação. Há um interminável ‘vir a ser’”. E mais adiante: “a interpretação de uma lei de maneira alguma deve permanecer para sempre a mesma. Falar de uma interpretação exclusivamente correta, que seria o verdadeiro sentido da lei, desde o início até o fim de seus dias, é inteiramente errôneo”³¹.

“A causa final do direito é o bem-estar da sociedade. A regra de direito que falha a esta finalidade não pode justificar permanentemente sua existência. Considerações éticas não podem mais ser excluídas da administração da justiça, que é o fim e o propósito de todas as leis civis”³².

²⁹ CARDOZO, Benjamin Nathan. *A natureza do processo e a evolução do direito*. Trad. e notas de Leda Boechat Rodrigues. 3. ed. Coleção Ajuris/9. Porto Alegre: AGE, 1978. p. 53.

³⁰ Idem, p. 57.

³¹ Idem, p. 62 e 100.

³² Idem, p. 89.

“Não é mais nos textos ou em sistemas derivados da razão que devemos procurar a fonte do direito: é na utilidade social, na necessidade de que certas conseqüências estejam ligadas a determinadas hipóteses. [...] Quando se trata de fixar o sentido dessas regras, onde deveremos pesquisar? Manifestamente, na sua fonte; o que vale dizer, nas exigências da vida social”³³.

“O juiz, mesmo quando livre, não o é totalmente. Ele não pode inovar a seu bel-prazer. Não é um cavaleiro-errante, vagando à vontade em busca de seu próprio ideal de beleza ou de bondade. Deve extrair sua inspiração de princípios consagrados. Não deve ceder ao sentimento espasmódico, à benevolência indefinida e desgovernada. Deve exercer uma discricção informada pela tradição, disciplinada pelo sistema e subordinada ‘à necessidade primordial de ordem na vida social’ (Gény)”³⁴.

“Muitas vezes perturbei-me, nos meus primeiros anos de exercício da magistratura, ao descobrir quão pouco navegado era o oceano sobre o qual eu embarcara. [...] À medida que os anos passaram, refleti mais e mais sobre a natureza da função judicial e reconciliei-me com a incerteza, porque, amadurecido, vi-a como inevitável. Amadurecido, vi que o processo em seu apogeu não é descobrimento, mas criação; as dúvidas e suspeitas, as esperanças e temores constituem parte do trabalho do espírito, das ânsias da morte e do nascer, nas quais os princípios que serviram a seus dias expiram e novos princípios nascem. Já valei das forças de que os juízes confessadamente se valem para dar forma e conteúdo a seus julgamentos. Raramente são de todo conscientes.

³³ Idem, p. 124.

³⁴ Idem, p. 134/135.

[...] Profundamente abaixo da consciência estão outras forças, as simpatias e antipatias, as predileções e prevenções, o complexo de institutos, emoções, hábitos e convicções que fazem o homem, seja ele litigante ou juiz”³⁵.

“O espírito da época [...] é, muito frequentemente, apenas o espírito do grupo em que os acidentes do nascimento, da educação, da profissão ou da companhia nos colocaram. Nenhum esforço ou revolução do espírito removerá totalmente e para sempre o império dessas fidelidades subscientes. ‘As nossas crenças e opiniões’, diz James Harvey Robinson, ‘assim como os nossos padrões de procedimento, vêm-nos insensivelmente como produto da nossa convivência com outros homens, não como resultado da nossa experiência pessoal e das inferências que nós próprios tiramos, individualmente, das nossas próprias observações. Somos constantemente mal induzidos pela nossa extraordinária faculdade de racionalização – isto é, de imaginar argumentos plausíveis para aceitar aquilo que nos é imposto pelas tradições do grupo a que pertencemos. Somos abjetamente crédulos por natureza e aceitamos instintivamente as sentenças do grupo. [...] estamos sempre de novo ouvindo a vozinha tranquila do rebanho e prontos a defender e justificar suas instruções e conselhos, aceitando-os como maduros resultados do nosso próprio raciocínio”³⁶.

“[...] quando tivermos atingido a certeza, devemos lembrar-nos que ela não é o único bem; podemos comprá-la por preço excessivamente alto, pois há tanto perito na aquiescência perpétua quanto no movimento

³⁵ Idem, p. 151/152.

³⁶ Idem, p. 156.

perpétuo: a harmonia deve ser encontrada num princípio de evolução”³⁷.

“Onde há decisões em conflito só poderá haver escolha inteligente se estivermos informados sobre qual destas decisões na prática provou ser mais eficiente e mais útil. Alguns dos erros dos tribunais têm sua origem no conhecimento imperfeito das consequências econômicas e sociais da decisão, ou das necessidades econômicas e sociais a que ela deverá responder”³⁸.

Como vimos, a jurisprudência sociológica nega que o Direito possa ser compreendido sem considerar os fatos e as realidades da vida social humana. Um juiz que deseja cumprir satisfatoriamente sua missão tem que ter um conhecimento íntimo dos fatores sociais e econômicos que modelam o Direito e influem sobre o mesmo. E é aqui que entra em cena a figura central de Oliver Wendell Holmes Jr. (1841-1936), que já na primeira página de seu clássico *The Common Law* (publicado em 1881) afirma que:

A vida do Direito não tem sido a lógica, mas sim a experiência. As necessidades sentidas da época, as teorias políticas e morais predominantes, as intuições sobre o interesse público – confessadas ou inconscientes –, inclusive os preconceitos que os juízes compartilham com seus concidadãos, têm tido muito mais influência que o silogismo na determinação das normas pelas quais os homens devem ser governados.³⁹

Sobre sua notável contribuição para o direito norte-americano – tanto doutrinariamente quanto jurisprudencialmente –, discorreremos na sequência.

³⁷ Idem, p. 175.

³⁸ Idem, p. 237.

³⁹ HOLMES JR., Oliver Wendell. *The Common Law*. New York: Dover Publications Inc., 1991. O texto citado, traduzido livremente, está na página 1 do seu livro, já a partir de sua quinta linha.

2 OLIVER WENDELL HOLMES, JR.⁴⁰ – JURISTA

Nascido em 1841 e criado em Boston, as credenciais de seu pai, Oliver Wendell Holmes⁴¹, professor de medicina na Universidade Harvard e um dos

⁴⁰ Holmes foi o mais idoso *Justice* a ocupar a Suprema Corte (na qual assumiu suas funções em 1902, aos 61 anos de idade). Aposentou-se em 1932, aos 90 anos, ainda perfeitamente lúcido, havendo consenso no sentido de ter sido ele um dos mais brilhantes magistrados norte-americanos de todos os tempos. Para os padrões norte-americanos, sua produção de votos ao longo de seus trinta anos de judicatura junto à Suprema Corte é impressionante – e até hoje restou imbatido: foram 873 *opinions* proferidas em três décadas (segundo informação colhida em HALL, Kermit L.; PATRICK, John J. *The Pursuit of Justice – Supreme Court Decisions that Shaped America*. New York: Oxford University Press, 2006. p. 84). Do ponto de vista quantitativo, porém, esse número é muitíssimo inferior à quantidade de acórdãos redigido por qualquer magistrado brasileiro de segunda ou terceira instância em um único ano! Se essa diferença numérica impressiona, impressiona ainda mais, porém, o fato de que, do ponto de vista qualitativo, tais votos até hoje são festejados, celebrados e muitos deles continuam regendo importantes setores da sociedade americana, coisa que raramente se poderá dizer de qualquer acórdão proferido em terra brasilis há cem anos atrás.

Na introdução à reimpressão, em 1991, de sua grande obra doutrinária, *The Common Law*, escrita originariamente em 1881, o Professor Sheldon M. Novick assim se referiu à obra de Holmes: “O livro *The Common Law*, de Oliver Wendell Holmes, tem sido identificado como a maior obra jurídica da doutrina americana e uma das maiores peças intelectuais da América do século XIX. *The Common Law* teve um considerável impacto no direito contratual e da responsabilidade civil, tanto nos Estados Unidos quanto na Grã-Bretanha; mais amplamente, *The Common Law* foi uma das pedras fundamentais, talvez a mais importante, das escolas ‘sociológica’ e ‘realista’ de pensamento jurídico, que dominaram a doutrina e a academia norte-americana no século vinte; e Holmes conseqüentemente foi considerado o líder da sua geração na ‘revolta contra o formalismo’” (p. III). (HOLMES JR., Oliver Wendell *The Common Law...*, 1991 [1881], p. 3.

Sua outra obra doutrinária famosa, *The Path of the Law*, originou-se de uma conferência que ele fez em 1897, na Boston University School of Law, por ocasião da inauguração de uma nova ala. Nessa obra, Holmes mostra um pensamento mais conservador, afirmando que “*Law was not a question of morality or ethics, but a system of codified behavior. The function of law was to establish rules. [...] Judges are far less free than legislators to determine what the law should be. [...] Judges may only enforce the law that is*”. Um boa apreciação dessa obra, suas origens, seu impacto e sua crítica encontra-se em COHEN, Jeremy. *Congress Shall make no law – Oliver Wendell Holmes, the First Amendment, and Judicial Decision Making*. Ames: Iowa State University Press, 1989. p. 61 a 68. O historiador de direito Lawrence Friedman, depois de criticar amargamente o estilo de redação das *opinions* dos juízes norte-americanos, inclusive os da Suprema Corte, por serem demasiadamente longas, empoladas e sem estilo, refere que “talvez a mais proeminente exceção e talvez o mais famoso de todos os justices da Suprema Corte, foi Oliver Wendell Holmes Jr.”, referindo que “*no one more brilliant and protean has ever graced the Supreme Court*” (FRIEDMAN, Lawrence M. *American Law in the 20th Century*. New Haven: Yale University Press, 2002. p. 277).

⁴¹ O fato de seu pai ter sido uma figura extremamente bem sucedida e admirada no seu tempo acarretou a Holmes Jr. dificuldades para afirmação de uma personalidade própria. É o que se extrai do seguinte trecho de uma comparação entre ambos: “*His father was not merely a competent physician and well-known poet but also a leading public figure of his time; he loved publicity, social companionship, and good conversation, and his public reputation was thereby so deeply entrenched that when the younger Holmes was appointed to the Supreme Court in 1902, at age sixty-one, he was chiefly described as Dr. Holmes’s son. Holmes reacted early*

mais conhecidos escritores norte-americanos do século XIX, permitiram-lhe conviver com a elite do pensamento norte-americano, a exemplo de Charles Sanders Peirce e William James, com quem veio a fundar o Clube Metafísico de Harvard, base do desenvolvimento do pragmatismo filosófico⁴².

Holmes lutou pela abolição da escravatura, servindo ao Exército da União por três anos na guerra civil norte-americana⁴³. Em 1866, graduou-se em direito na Harvard Law School, nos quinze anos seguintes, dedicou-se ao exercício da advocacia e ao ensino do Direito. Publicou vários ensaios jurídicos, artigos, sumários, críticas literárias e, finalmente, o livro *The Commow Law* (1881), em que critica o formalismo e o método do ensino jurídico inserido em Harvard por Christopher Columbus Langdell.

Em 1883, foi nomeado juiz da Suprema Corte Judicial de Massachusetts, onde trabalhou por vinte anos, sendo os últimos três como Chief Justice. Publicou o artigo *The Path of the Law*, em 1897, no qual criticou o pensamento jurídico formalista e a perspectiva lógico-histórica adotados na construção do

*and sharply against the stature and impact of his father. He was a solitary and self-preoccupied as his father was garrulous; as serious and introspective as his father was effervescent and glib. Dr. Holmes thought his son given to 'looking at life as a solemn show where he is only a spectator' [...]. For his part, Holmes thought his father 'largely distracted into easy talk and occasional verse'; had Dr. Holmes been 'less popular', said his son, 'he might have produced a great work'" (nesses termos: WHITE, G. Edward. *The American Judicial Tradition* – Profiles of Leading American Judges. New York: Oxford University Press, 1988. p. 156).*

Também costuma ser referido que seu pai não se entusiasmou quando Holmes Jr. manifestou sua decisão de se matricular em uma faculdade de direito, pois achava impossível que um advogado pudesse vir a ser um “grande homem”. Mais tarde, já reconhecido como um grande jurista, Holmes Jr. teve a oportunidade de dizer, como espécie de resposta tardia ao seu pai: “Eu digo – e agora o digo sem sombra de dúvidas – que no Direito se pode viver com grandeza, tal como alhures; que aqui como alhures o pensamento pode realizar a sua unidade em uma perspectiva sem limites; que aqui como alhures podemos satisfazer a nossa sede de viver, beber o amargo cálice do heroísmo, consumir o espírito na busca do inalcançável” (*Collected Legal Papers*, p. 30, citado por Carmelo Geraci, na sua *introduzione* a HOLMES, Oliver Holmes. *Opinioni Dissenzienti*. Milano: Giuffrè, 1975. p. XXV).

⁴² GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. O Realismo Jurídico em Oliver Wendell Holmes Jr. Disponível em: <<http://www.arnaldogodoy.adv.br/artigos/holmes.htm>>. Acesso em: 25 nov. 2015.

⁴³ A experiência militar de Holmes foi marcante e efetiva. Ele lutou em grandes batalhas e foi seriamente ferido por três vezes. Seus biógrafos referem que sua participação na guerra “afetou substancialmente toda sua posterior visão de mundo”. Sua experiência na guerra “o curou de ilusões sociais [...] e o conduziu à aceitação da vontade predominante na sociedade que ele jurou servir”, o que explica sua doutrina da *judicial self-restraint*, destinada a ser o principal elemento da filosofia judicial de Holmes – Nesses termos: SCHWARTZ, Bernard. “Main Currents in American Thought”, trecho inserido na obra *The Spirit of American Law*, editada por George Grossman, capítulo denominado “Justice Oliver Wendell Holmes Jr”. Boulder/Colorado: Westview, 2000, p. 186/187.

common law, enfatizando que o Direito deveria ser construído à luz dos objetivos sociais que se propõe a alcançar.

Em 1902, aos sessenta e dois anos de idade, foi nomeado Associate Justice para a Suprema Corte pelo Presidente Theodore Roosevelt. Enquanto membro da Suprema Corte, no período de 1902 a 1932, foi consagrado como o mais importante prolator de votos vencidos de toda história jurídica dos Estados Unidos, em razão de seus votos dissidentes, que, embora vencidos, geralmente antecipavam grandes guinadas na jurisprudência norte-americana.

Holmes era cético sobre a habilidade das leis para proverem a solução para os casos concretos e enfatizou a influência de fatores externos à lei na tomada da decisão judicial, concepção mais tarde adotada como fundamento máximo do Realismo Jurídico.

No ensaio *The Path of the Law* (1897), Holmes desenvolveu a “teoria da predição” (*prediction theory*), ou alegoria do homem mau (*bad man*), teoria depois adotada como um dos pressupostos do Realismo Jurídico, segundo a qual, na interpretação do Direito, os juristas deveriam focar na previsão de como os tribunais decidirão:

O que é o Direito? Vocês encontrarão autores que dirão que é algo diverso do que é decidido por tribunais de Massachusetts ou da Inglaterra, que é um sistema racional, que é uma dedução a partir de princípios éticos ou de axiomas consolidados, que pode ou não coincidir com o que foi decidido por aqueles tribunais. Mas se nós pegarmos o ponto de vista do nosso amigo, o homem mau (*bad man*), nós perceberemos que ele não dá a mínima para princípios ou axiomas ou deduções. O que ele quer saber é como as cortes de Massachusetts ou da Inglaterra realmente decidirão seu caso. E eu concordo com essa visão. *Profecias sobre o que as cortes efetivamente farão, e nada mais pretensioso do que isso, é o que entendo por Direito.*⁴⁴

⁴⁴ HOLMES, Oliver Wendell. *The path of the Law*. Harvard Law Review, 10: 457 (1897). Também disponível em: <<http://www.gutenberg.org/files/2373/2373-h/2373-h.htm>>. Acesso em: 25 jan. 16. O ensaio

Ou seja, Holmes adota a perspectiva de um hipotético bandido (*bad man theory*) que, quando processado, está apenas interessado nas consequências jurídicas decorrentes da violação da lei. Ele não tem preocupações morais. Apenas deseja saber como será julgado. Para Holmes, conhecer o Direito é prever como os juízes irão julgar determinados casos.

Influenciado por John Dewey, William James e Charles S. Peirce, Holmes concebia o direito como “experiência”, e que o conhecimento do mundo somente é possível por meio da experimentação. Segundo ele, o Direito é “constituído por práticas contextuais, situadas, radicadas nos costumes e nas expectativas compartilhadas”. Defendia a opinião de que “a continuidade com o passado não é um dever, mas somente uma necessidade”⁴⁵.

Enquanto magistrado, os votos dissidentes de Holmes concederam prestígio e popularidade às opiniões vencidas da Suprema Corte, possibilitando a concepção atual dos votos dissidentes como importantes métodos da expressão judicial. Suas decisões judiciais são caracterizadas não apenas pelo emprego de metáforas como instrumento estilístico distintivo⁴⁶, mas também pela brevidade, inovação e franqueza da linguagem empregada, pela insistência

foi publicado pela primeira vez em 1897, no volume 10 da Harvard Law Review (p. 457). O trecho, no original é: “*What constitutes the Law? You will find some text writers telling you that it is something different from what is decided by the courts of Massachusetts or England, that it is a system of reason, that it is a deduction from principles of ethics or admitted axioms or what not, which may or may not coincide with the decisions. But if we take the view of our friend the bad man we shall find that he does not care two straws for the axioms or deductions, but that he does want to know what the Massachusetts or English courts are likely to do in fact. I am much of his mind. The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law*”.

⁴⁵ Trechos da obra de Holmes, citados por MINDA, Gary. *Teorie postmoderne del diritto*. Trad. de Cristina Colli. (1995). Bologna: Il Mulino, 2001. p. 33 e 34.

⁴⁶ Apesar de sua própria afirmação no sentido de que “o direito não é lugar para o artista ou para o poeta”, Holmes tinha “a alma do artista e do poeta”, que empregava as palavras como ferramentas para adaptar o direito às necessidades contemporâneas e, ao fazê-lo, enriquecer tanto o idioma inglês quanto a jurisprudência. Como disse um colega seu, “desejaria poder fazer que meus casos soassem tão simples e fáceis como Holmes faz soar os seus” (as duas últimas citações são do *Justice Stone*). Citando Cardozo, diz B. Schwartz que, “como estilista e construtor de frases, Holmes não foi segundo para ninguém. Quem mais foi capaz de condensar a totalidade de uma filosofia jurídica em um parágrafo?” Estilisticamente, Holmes somente pode ser comparado com Voltaire, por sua capacidade para comprimir profundos pensamentos em epigramas e aforismos (SCHWARTZ, Bernard. “Oliver Wendell Holmes”. In: *Algunos artifices del derecho norteamericano...*, p. 133 e 134).

em ser específico e não formalista, em identificar valores e políticas ao invés de invocar fórmulas⁴⁷.

Analisaremos, a seguir, alguns votos célebres de Holmes, que demonstram a coerência entre suas ideias filosóficas e sua aplicação jurisprudencial.

3 OLIVER WENDELL HOLMES, JR. – MAGISTRADO

Holmes acreditava que os juízes precisam transcender suas próprias convicções. Sustentava que suas opiniões políticas não interferiam no desempenho de seu papel enquanto membro da Suprema Corte. Conscientemente ele resistiu à pressão dos partidos políticos e da opinião pública, concentrando-se mais no desenvolvimento das estruturas fundamentais do Direito. Para Holmes, o mais importante era definir como o caso seria julgado e não quem ganharia a disputa⁴⁸.

Analisaremos, a seguir, alguns dos mais importantes casos julgados por Holmes, no qual sua filosofia jurídica encontra aplicação prática.

3.1 OTIS V. PARKER, 187 US 606 (1903) – EM DEFESA DA CONTENÇÃO JUDICIAL

Trata-se de um dos primeiros casos julgados por Holmes, poucos meses após assumir o cargo de *Justice* da Supreme Court. Nele, teve Holmes a oportunidade de expor o fundamento básico de sua filosofia hermenêutica, sustentando suas ideias sobre tolerância e equidistância judicial.

Em determinado trecho do acórdão, afirmou Holmes que,

ainda que os tribunais devam julgar de modo autônomo, isso não significa que seja inválida toda a lei que os juízes considerem excessiva ou incôgrua relativamente ao que parece ser seu escopo, ou fundada em concepções morais que não sejam por eles compartilhadas. É preciso deixar considerável espaço para pontos de vista diferentes.⁴⁹

⁴⁷ POSNER, Richard A. *The essential Holmes: selections from the letters, speeches, judicial opinions and other writings of Oliver Wendell Holmes*. University of Chicago Press, 1992.

⁴⁸ AICHELE, Gary Jan. *Oliver Wendell Holmes Jr. – Soldier, scholar, judge*. Twayne Publishers, 1989. p. 136-140.

⁴⁹ Acórdão traduzido e incorporado na obra HOLMES, Oliver Wendell. *Opinioni dissenzienti...*, p. 23/29.

3.2 LOCHNER V. NEW YORK (1905) - EM DEFESA DE UMA CONSTITUIÇÃO ABERTA E PLURAL

O tristemente famoso caso *Lochner v. New York*, julgado em 17 de abril de 1905 pela Suprema Corte norte-americana, por escassa maioria de 5 a 4, simbolizou durante três décadas o conservadorismo da maioria dos membros daquela Corte, acolhendo e reforçando o chamado *substantive due process of law* (devido processo legal substantivo). Eis os fatos subjacentes: na última década do século XIX inicia-se um movimento social que buscava algumas reformas sociais por meio da legislação de alguns Estados, visando, entre outros objetivos, garantir maior proteção a alguns trabalhadores – especialmente mulheres, crianças e trabalhadores em atividades insalubres ou perigosas. Constatou-se, então, que, diante da inexistência de legislação restritiva, os padeiros que trabalhavam no Estado de Nova Iorque costumavam trabalhar mais de cem horas semanais, normalmente em condições as mais insalubres possíveis (locais quentes e abafados no verão e frios no inverno), com potenciais danos à sua saúde. Esse movimento logrou convencer os políticos a editarem uma lei – o *Bakeshop Act* –, em 1895, que vedava o trabalho de padeiros por períodos superiores a dez horas diárias ou sessenta dias por semana. Os pequenos proprietários de padarias, que empregavam poucos padeiros e não obtinham muitos lucros, sentiram-se especialmente prejudicados pela nova legislação. Um desses pequenos padeiros, chamado Joseph Lochner, foi multado em 50 dólares, com base em tal legislação, por ter um padeiro trabalhando por mais de sessenta horas semanais. Ele recorre à justiça estadual nova-iorquina, sustentando a inconstitucionalidade da legislação, mas perde em todas as instâncias estaduais. Seu advogado consegue, então, levar o caso até a Suprema Corte norte-americana, alegando violação da 14ª Emenda Constitucional, pois fora ele privado de sua liberdade e propriedade sem o devido processo legal.

A noção clássica de *due process of law*, prevista desde a Emenda Constitucional nº 5 (integrante do *Bill of Rights* proposto em 1789 e aprovado em 1791, estabelecendo que o governo federal não poderia privar ninguém da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal) e reproduzida na Emenda Constitucional nº 14, de 1868 (que estendeu também aos Estados-membros a obrigação de respeitar o devido processo legal), sempre fora entendida como uma obrigação imposta a todos os entes governamentais de operar de acordo com o princípio da legalidade, usando procedimentos justos. Ou seja, tratava-se de um devido processo legal de natureza processual ou procedimental. Todavia, já a partir dos anos oitenta do século XIX, uma corrente conservadora passou a

sustentar a existência de limites maiores à atuação governamental, advogando-se um devido processo legal de natureza substancial ou substantiva (*substantive due process of law*). Segundo tal posicionamento, da Constituição Federal e de suas emendas se extrairiam limites àquilo que poderia ser editado como lei pelo Legislativo, ou ao menos impor a observância de determinados requisitos procedimentais. Tal ideia sustentava a possibilidade de as cortes judiciais analisarem o conteúdo da legislação emanada, bem como a validade dos meios adotados para sua implementação, principalmente quando essa “legislação econômica e social” entrava em potencial conflito com algum direito previsto na Constituição. Essa ideia já estava sendo adotada para derrubar a legislação estadual reguladora das ferrovias e veio a se consolidar no caso *Lochner*, quando a maioria dos juízes da Suprema Corte entendeu que o benefício público decorrente de tal legislação não justificava a privação dos padeiros do seu direito de trabalhar sob os termos e as condições contratualmente estabelecidos.

O direito constitucional que teria sido violado pelo Bakeshop Act nova-iorquino de 1895 seria a *liberty of contract*. Tal direito não fora previsto diretamente na constituição ou em suas emendas posteriores, mas estava sendo “construído” pela jurisprudência das cortes judiciais a partir de uma leitura ampliada da 14ª Emenda à Constituição Federal, pois se sustentava que a *liberty* protegida pela *due process clause* incluía “*the right to pursue an ordinary trade or calling*” (como sustentado já em 1873 no voto dissidente do Justice Stephen Field, nos célebres *Slaughterhouse cases*). A partir dos anos oitenta do século XIX, a doutrina da *liberty of contract* vinha sendo recorrentemente usada pelas cortes estaduais para defender que a Constituição protegia o direito de estabelecer relações contratuais livres de qualquer interferência governamental desarrazoada. A Suprema Corte, porém, só havia aplicado tal entendimento uma única vez, no caso *Allgeyer v. Louisiana*, em 1897. O redator do caso *Allgeyer*, Justice Rufus Peckham, foi também o redator do caso *Lochner*. Ele expande e reforça os argumentos já anteriormente adotados, afirmando que a legislação nova-iorquina necessariamente interferiria com os direitos contratuais entre empregadores e empregados. Ele textualmente afirmou que a liberdade garantida pela 14ª Emenda à Constituição incluía o direito de comprar e vender trabalho (“*included the right to purchase and sell labor*”)⁵⁰. Portanto, qualquer legislação interferindo com esse direito seria considerada inválida, a não ser que

⁵⁰ *Lochner v. New York* (198 U.S. 45-1905). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/198/45/case.html>>. Acesso em: 29 nov. 2014.

houvesse circunstâncias especiais e relevantes. Seu voto recebeu a adesão de outros quatro *justices*, formando a maioria.

Em um dos quatro votos dissidentes, o *Justice* John Marshall Harlan sustentou que a maioria havia baseado sua argumentação em uma presunção equivocada. Harlan acreditava que, quando a validade de uma lei era questionada em termos de sua compatibilidade constitucional, dever-se-ia partir da presunção de sua constitucionalidade. Em suas palavras, tomadas de posição legislativa deveriam ser acolhidas, “*unless they are plainly and palpably beyond all question in violation of the fundamental law of the Constitution*” (em tradução livre: a não ser que sua violação a normas fundamentais da Constituição fosse clara e manifesta). Harlan foi acompanhado pelos *Justices* White e Day. Com argumentação um pouco diversa, posicionou-se o quarto dissidente, Oliver Wendell Holmes, sustentando que uma lei estadual deveria ser tida como constitucional a não ser que violasse princípios fundamentais do ordenamento jurídico ou das tradições vigentes, segundo a percepção de uma pessoa racional. Holmes também criticou acerbamente a maioria vencedora, afirmando que a doutrina por ela acolhida nada mais fazia do que refletir teorias de darwinismo social e da economia do *laissez-faire*. Em suas famosas palavras: “*A constitution is not intended to embody a particular economic theory. It is made for people of fundamentally differing views*” (em tradução livre: “uma constituição não pretende incorporar uma particular teoria econômica. Ela é feita para pessoas de diferentes pontos de vista fundamentais”).

Holmes condenou a visão político-libertária da Suprema Corte e assim se manifestou sobre a interpretação da XIV Emenda da Constituição e a cláusula do devido processo legal⁵¹: “*Proposições gerais não decidem casos concretos (general propositions do not decide concrete cases)*. A decisão dependerá mais de

⁵¹ Na verdade, em 1891, quando ainda integrava a Corte Suprema de Massachusetts, Holmes já havia manifestado seu pensamento, divergindo da maioria no caso *Commonwealth v. Perry*. Naquele caso, aquela corte estadual fora acionada para apreciar a legitimidade, frente à Constituição de Massachusetts, de uma lei daquele Estado que proibia cláusulas contratuais permitindo desconto do salário dos empregados da indústria têxtil em razão de imperfeições identificadas nas peças fabricadas. A maioria dos juízes entendeu que, ainda que não houvesse uma vedação constitucional expressa, a lei violava o direito natural e inviolável do cidadão de “adquirir, possuir e defender sua propriedade”, direito esse que abrangia o direito de estipular “contratos razoáveis”. Holmes, ainda que admitindo uma ampla liberdade contratual, alertou para o perigo de tal cláusula contratual para o contratante mais vulnerável, o que justificava a intervenção do legislador. – Sobre esse caso, reproduzindo parte do voto vencido de Holmes, v. HOLMES, Oliver Wendell. *Opinioni dissenzienti...*, p. 5/8.

uma escolha fundada em uma sutil intuição do que de qualquer premissa maior bem articulada”⁵².

Apesar das críticas veementes feitas não só pela minoria vencida, em fundamentados votos, mas também por boa parte dos juristas, políticos e a sociedade em geral, as ideias acolhidas pela maioria no caso *Lochner* continuaram a exercer forte influência sobre toda a jurisprudência norte-americana durante as três décadas seguidas, chamadas de *Era Lochner*. Entre 1905 e 1937, quando a Corte, com a mudança de sua composição, finalmente alterou seu posicionamento, no caso *West Coast Hotel v. Parrish*, um sem-número de leis estaduais (e algumas federais) foi derrubada com base no precedente do caso *Lochner*⁵³.

O mesmo raciocínio e a mesma divergência foi exposta por Holmes alguns anos mais tarde, ao julgar o caso *Adkins v. Children’s Hospital*, em 1923. A diferença ficou por conta de que, no caso *Lochner*, tratava-se da constitucionalidade ou não de lei que fixava jornada máxima de trabalho (naquele caso, para os padeiros de Nova Iorque), ao passo que no caso *Adkins* tratava-se da constitucionalidade ou não de uma lei do Congresso que fixava um salário-mínimo para as trabalhadoras do Distrito de Colúmbia (distrito federal, capital dos EUA). Em determinado trecho de sua dissidência, Holmes, coerente com sua filosofia de autorrestrrição judicial, afirmou que “o critério de constitucionalidade a seguir não consiste em saber se, ao nosso juízo, a lei responda ou não ao bem público”.

Neste contexto, umas das bandeiras do Realismo Jurídico era a oposição à jurisprudência *laissez-faire*, característica da era *Lochner*. Para tanto, valeu-se da concepção desenvolvida por Holmes, de que Direito é experiência e não lógica, para lançar a teoria da indeterminação do Direito⁵⁴.

⁵² Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/198/45/case.html>>. Acesso em: 29 nov. 2014.

⁵³ Informações sobre o contexto histórico desse caso e seus desdobramentos encontra-se no verbete “*Lochner v. New York*”, elaborado por Paul Kens, para *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, editado por HALL, Kermit L. (Ed.). *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*. New York: Oxford University Press, 1992.

Outra boa fonte de informações sobre o caso, seu contexto histórico, com reprodução do voto dissidente de Holmes e análise das consequências do julgamento, consiste no livro editado por Mark Tushnet, *I Dissent – Great Opposing Opinions in Landmark Supreme Court Cases*. Boston: Beacon Press, 2008. p. 81-92.

⁵⁴ GRECHENIG, Kristoffel; GELTER, Martin Gelter. A divergência transatlântica no pensamento jurídico: o direito e economia norte-americano *vs.* o doutrinalismo alemão. Trad. Gustavo Sampaio de

3.3 COPPAGE V. KANSAS (1915) – EM DEFESA DAS EXPERIMENTAÇÕES SOCIAIS

Os votos dissidentes de Holmes são reconhecidos por manifestarem uma política de moderação judicial (*judicial restraint*). Holmes continuamente reiterou que a responsabilidade por determinar que medidas eram necessárias para enfrentar os problemas econômicos e sociais recaía sobre o povo e seus representantes eleitos, e não nos juízes (caso *Baldwin v. Missouri*, julgado em 1930). O enfoque de Holmes baseava-se na convicção de que era algo terrível interrogar um ato dos representantes eleitos do povo e que o poder de fazê-lo não deveria ser exercido senão quando as circunstâncias estivessem claramente além de qualquer dúvida.

No entanto, contrapondo-se à postura ativista adotada pela Suprema Corte no período, a deferência ao legislador como argumento de seu voto dissidente, proferido no caso *Coppage v. Kansas* (1915), não evitou que a Suprema Corte declarasse a inconstitucionalidade de uma lei que visava a proteção de empregados do Estado do Kansas, considerando ilícita a pactuação de cláusulas contratuais que impedissem os empregados de filiarem-se a sindicatos. Referida norma foi declarada inconstitucional ao fundamento de que a proibição legal violava o direito constitucional ao devido processo legal dos empregadores e que não era dever do Estado assegurar equivalentes poderes de barganha entre empregadores e empregados.

Não obstante, apesar de vencido, a fundamentação de Holmes reiterando seu entendimento de que não compete ao Judiciário decidir se os políticos devem ou não optar por uma legislação progressista e com preocupações sociais, e que a Constituição não proíbe tais escolhas, até hoje é invocada quando se pretende defender uma postura de contenção judicial⁵⁵.

De fato, acórdãos da Suprema Corte da década de 1970 invocam seu nome para afirmar que “os pontos de vista opostos de política pública, relativos a negócios, economia e assuntos sociais, constituem matéria de escolha legislativa” (caso *North Dakota Board of Pharmacy v. Snyder’s Drug Store*, 1973), ou, que “as cortes devem deferência às opções legislativas, a menos que

Abreu Ribeiro. Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE). Annual Papers. Publication date: 26.04.2010. p. 38.

⁵⁵ Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/236/1/case.html>>. Acesso em: 2 abr. 2015.

se demonstre sua arbitrariedade ou irracionalidade” (caso *Duke Power Co. v. Carolina Environmental Study Group*, 1978), ou, ainda, “o poder judicial não deve estabelecer-se como uma super-legislatura para julgar a sabedoria ou as vantagens de determinadas políticas legislativas... na esfera econômica local, somente o ato totalmente arbitrário é que não se deve tolerar” (caso *New Orleans v. Dukes*, 1976).

Como pontua Posner⁵⁶,

judicial modesty or self-restraint, understood as the rejection of judicial activism in the sense of judicial aggrandizement at the expense of the other branches of government, is not a legalist idea but a pragmatic one. The notion of Holmes and Brandeis that the states are laboratories for social experimentation is at once quintessentially pragmatic in exalting experimentation over a priori judgments and a keystone of a policy of judicial modesty.

3.4 A DOCTRINA DO CLEAR AND PRESENT DANGER E O CASO SCHENCK V. UNITED STATES (1919)

O caso *Schenck v. United States* abre a série de casos ligados à Primeira Guerra Mundial, envolvendo a Lei de Espionagem, de 15.06.1917 (alterada e ampliada pela Sedition Act de 16.05.1918), que incriminava qualquer conduta que pudesse representar incitamento à obstrução de recrutamento, insubordinação militar ou redução da produção bélica.

A importância do caso reside no fato do conflito de tal vedação com a liberdade de manifestação de pensamento. Nesse caso, é formulada, pela primeira vez, a doutrina do *clear and present danger*.

Tratava-se de recurso de réus condenados sob tal legislação, por terem elaborado e divulgado panfletos contra o recrutamento e arrolamento de soldados durante a Primeira Guerra Mundial. O recurso dos condenados era apoiado na liberdade constitucional de palavra e de imprensa.

Ao julgar esse caso, Holmes concluiu que a supressão legal do discurso contrário à guerra não violava a cláusula constitucional da liberdade de

⁵⁶ POSNER, Richard A. *How Judges Think*. Cambridge/Massachusetts: Harvard University Press, 2008. p. 287/288. Mais adiante, Posner completa seu posicionamento a respeito: “*To foreclose social experiments adopted by elected legislatures is not only unpragmatic, it is undemocratic*” (p. 339).

expressão, ao fundamento de que a nação em guerra tem o direito de suprimir o discurso que seria tolerável em tempos de paz. Ele também ressaltou que o *freedom of speech*, embora constitucionalmente protegido, não era um direito absoluto, ilustrando seu pensamento com uma frase destinada a ser invocada incontáveis vezes depois daquele julgamento:

o caráter de cada ação depende das circunstâncias em que ela é realizada [...] *A mais rigorosa garantia da liberdade de expressão não protegeria quem, em um teatro, gritasse "fogo", causando pânico entre os expectadores [...].* O problema consiste em saber se as palavras são usadas em circunstâncias tais e são de tal natureza que criam o *perigo claro e iminente* do dano substancial que o Congresso tem o poder de impedir. É um problema de gradação.

A prova do *clear and present danger* serve para indicar a liberdade de expressão em uma sociedade livre, mas também para enfatizar que seu exercício deve ser compatível com a preservação de outras liberdades essenciais para uma democracia, garantidas constitucionalmente. Quando esses outros atributos de uma democracia são ameaçados por meio da palavra, a Constituição não nega poder ao governo para restringi-la.

No caso *Schaefer v. United States* (1920), Holmes sustentou que "*clear and present danger*" não é um *standard*, nem um absoluto matemático - "é uma questão de proximidade e grau"; portanto, sua aplicação variará caso a caso e dependerá das particulares circunstâncias que se apresentem. Discursos que seriam inócuos se dirigidos a uma plateia esclarecida poderiam produzir um resultado inteiramente diferente em bairros onde uma leve fagulha poderia ser suficiente para acender uma chama⁵⁷.

3.5 O CASO ABRAMS V. UNITED STATES (1919) - EM DEFESA DA LIVRE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO

A dissidência de Holmes no caso *Abrams* estabelece o fundamento da Primeira Emenda à Constituição norte-americana como sendo o de um "livre

⁵⁷ Esse posicionamento de Holmes tem clara inspiração em John Stuart Mill, que, em seu celebrado ensaio *On Liberty*, formulou exemplo bastante assemelhado, segundo Bernard Schwartz, *Algunos artifices del derecho norteamericano...*, p. 130 (a obra original, *Some Makers of American Law*, foi escrita em 1985).

mercado de ideias”, que, por meio da competição para sua aceitação pelo povo, propicia o melhor teste para a verdade⁵⁸.

No caso *Abrams v. United States*, a Suprema Corte manteve a condenação de seis imigrantes russos pela prática do crime de conspiração, previsto no Espionage Act de 1917. Em 1918, os réus escreveram e distribuíram panfletos em Nova Iorque em que criticavam o governo norte-americano por enviar tropas para a Sibéria (em apoio às forças reacionárias que resistiam à Revolução Russa) e incitavam os trabalhadores a realizarem uma greve geral em apoio à revolução bolchevique.

Em seu voto dissidente, Holmes analisou de forma mais criteriosa a intenção dos réus e o real impacto que o discurso proibido na Lei de Espionagem poderia causar nos leitores, concluindo pela impossibilidade de supressão e criminalização da liberdade de expressão no caso.

Holmes, nesse caso, ofereceu, pela primeira vez na história da Corte, uma poderosa defesa da liberdade de expressão. Excepcionando a postura de contenção judicial por ele tradicionalmente adotada, enfatizou a proteção ao “livre mercado de ideias” como essencial ao desenvolvimento do processo democrático:

Quando a humanidade perceber que o tempo tem estremecido muitos dos valores pelos quais lutam, talvez possam acreditar [...] que o maior bem comum desejável é melhor alcançável pelo livre mercado de ideias: que o melhor teste da verdade é o poder do pensamento ser aceito no mercado competitivo, e que a verdade é único fundamento sobre o qual seus desejos podem ser realizados de forma segura.

Influenciado por e citando John Milton e J. Stuart Mill, Holmes enfatizou a capacidade da verdade para vencer em um mercado intelectual livre. Para que isso se desse, era imprescindível que houvesse o livre intercâmbio de ideias.

Alguns anos mais tarde, em 1925, Holmes novamente divergiu da maioria, em caso envolvendo liberdade de expressão. Tratava-se do caso *Gitlow v. New York* (268 U.S. 652), que envolvia a legalidade da condenação, em 1919, de Benjamin Gitlow, um dos líderes extremistas do movimento socialista norte-

⁵⁸ Nesses termos, SCHWARTZ, Bernard. *A History of the Supreme Court*. New York: Oxford University Press, 1993. p. 221.

-americano, por ter divulgado um “manifesto da esquerda”, incentivando a “anarquia criminal”, o que seria incriminado por uma lei nova-iorquina (Criminal Anarchy Act, de 1902). A maioria da Suprema Corte, esposando ideias contrárias àquelas de Gitlow, manteve a condenação, considerando o “manifesto” um incitamento à concreta e imediata ação revolucionária. O dissenso de Holmes, acompanhado de Brandeis, novamente invoca a doutrina do *clear and present danger*. Holmes esclarece que

toda ideia é um incitamento à ação. Essa se oferece como credo e, se acolhida, faz estrada, a menos que um outro credo suplante o anterior ou uma insuficiência de energia sufoque o movimento em seu nascedouro. A única diferença entre a expressão de uma opinião e um incitamento está na paixão de quem fala. A eloquência pode dar foco à razão.

Em correspondência que manteve com o jurista inglês Pollock, explicitou que, quando defendia a liberdade de pensamento, “não estava se referindo à liberdade de pensamento para aqueles que pensam como nós, mas sim liberdade para o pensamento que odiamos”⁵⁹. Coerente com esse pensamento, no caso *United States v. Schwimmer* (1928), que envolvia a condenação de um líder do partido comunista norte-americano, que defendia ideias tradicionalmente odiadas pelos americanos, Holmes sustentou que “se a longo prazo as crenças depositadas na ditadura do proletariado estão destinadas a serem aceitas pelas forças dominantes da comunidade, o único significado da liberdade de expressão é que se lhes dê oportunidade de se manifestarem”.

Porque a liberdade de palavra constitui verdadeiro pressuposto para qualquer noção de liberdade, Holmes estava muito mais disposto a identificar abusos legislativos ou executivos nessa área do que em outras, como no opinável campo das reformas econômicas. Ainda que a chamada Preferred Position Doctrine (uma doutrina criada jurisprudencialmente que sustenta a possibilidade de hierarquizar os direitos e as liberdades previstos na constituição, entre os quais encontra lugar privilegiado a liberdade de pensamento e opinião) tenha sido formulada inicialmente na década de 1940, pelo *Justice Harlan Stone*, no caso *Jones v. City of Opelika*, não há dúvida de que tal *doctrine* encontrou forte inspiração nos votos de Holmes.

⁵⁹ SCHWARTZ, Bernard. *Algunos artífices del derecho norteamericano...*, p. 127 (a obra original, *Some Makers of American Law*, foi escrita em 1985).

3.6 O CASO OLMSTEAD V. UNITED STATES (1928) – EM DEFESA DA PRIVACY

O caso Olmstead envolvia a condenação de integrantes de uma rede de contrabandista de bebidas alcoólicas, em razão da interceptação telefônica de suas conversas, feitas clandestinamente por agentes federais. A defesa invocava a quarta e quinta emendas constitucionais para invalidar a interceptação e, com isso, anular todas as provas dela derivadas. A maioria dos *justices* manteve as condenações. Holmes e outros colegas divergiram. Em um trecho de seu voto dissidente, Holmes afirmou que

devidos ter em mente duas coisas igualmente desejáveis, mas que não podemos ter juntas, o que nos compele a fazer uma escolha. É certamente desejável que os delinquentes sejam descobertos e punidos e que toda e qualquer prova existente seja utilizada para tal fim, mas também é desejável que o governo não se utilize de provas obtidas mediante um crime. [...]. É preciso escolher e, quanto a mim, prefiro que alguns delinquentes escapem da justiça do que o governo empregue condutas ignóbeis.⁶⁰

Vera Fradera, em interessante artigo sobre a *sociological jurisprudence*⁶¹, identifica traços que aproximam tal movimento da Escola alemã da Jurisprudência dos Interesses, especialmente quanto ao pressuposto de que a ordem jurídica está repleta de lacunas, “cabendo ao julgador ‘achar’ a solução justa para o caso não previsto”.

Encerrando esse capítulo sobre a *sociological jurisprudence* e sobre as contribuições de Holmes, é de se referir que ela acabou influenciando o movimento do realismo jurídico norte-americano, sobre o qual falaremos na sequência.

Por meio da influência de Dewey, indiretamente Holmes também acabou influenciando uma das maiores preocupações da escola da análise econômica do direito, qual seja a das consequências econômicas das tomadas de decisões, legislativas ou judiciais. Segundo Dewey,

⁶⁰ Acórdão traduzido e incorporado na obra HOLMES, Oliver Wendell. *Opinioni dissenzienti...*, p. 145/147.

⁶¹ FRADERA, Vera Maria Jacob de. “A jurisprudência sociológica nos Estados Unidos da América do Norte”. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, v. 1, n. 28, p. 123-133, 1992.

a lógica dedutiva deve ser substituída por um tipo de lógica que, em vez de partir dos antecedentes, tenha seu centro de gravidade na consideração das consequências. Os princípios jurídicos gerais devem ser considerados somente como hipóteses de trabalho e, nessa condição, necessitam ser constantemente verificados, sob o critério de exame dos efeitos que produzem, ao serem aplicados às situações concretas.⁶²

4 O REALISMO JURÍDICO NORTE-AMERICANO

Se o formalismo representa, de alguma forma, o correspondente norte-americano de movimentos como a Escola francesa da Exegese e a Escola alemã das Pandectas, o realismo jurídico norte-americano pode ser aproximado aos movimentos antiformalistas europeus, como a Escola Científica do francês Geny, e as escolas alemãs da jurisprudência dos interesses (Ihering) e a do direito livre, de Kantorowicz⁶³.

O movimento do Realismo Jurídico veio na sequência da escola sociológica, foi influenciado por ela, mas radicalizou alguns aspectos, especialmente em sua crítica ao formalismo jurídico. Segundo Renato Treves⁶⁴, “o movimento do realismo jurídico, que teve seu maior desenvolvimento na década de 1930, foi estritamente ligado aos ensinamentos de Holmes e Pound”. Também B. Schwartz⁶⁵ aponta Holmes como o mais relevante precursor e inspirador do movimento do realismo jurídico.

⁶² DEWEY, John. Logical Method and Law. *Cornell Law Review*, X, 1924, apud HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 63.

⁶³ Nesse sentido, GALLO, Paolo. Op. cit., p. 307. Aliás, a própria escola da *sociological jurisprudence* pode ser aproximada às escolas europeias do mesmo período histórico. Basta lembrar que Cardozo, no seu “A Natureza do Processo”, referiu expressamente os nomes dos líderes dessas escolas, aceitando seus fundamentos: “O juiz, como intérprete do sentimento do direito e da ordem da comunidade, deve suprir as omissões, corrigir as incertezas e harmonizar os resultados com a justiça, por meio do método de livre decisão – “*libre recherche scientifique*”. Este é o ponto de vista de Gény, Ehrlich, Gmelin e outros”. E um pouco mais adiante, cita expressamente Kantorowicz: “Da cultura do juiz depende, em última análise, todo o progresso da evolução do direito” (CARDOZO, Benjamin Nathan. Op. cit., p. 55 e 56, n.r. 10).

⁶⁴ TREVES, Renato. *Sociologia do Direito*. Trad. Marcelo Branchini. 3. ed. Barueri/SP: Manole, 2004. p. 142.

⁶⁵ SCHWARTZ, Bernard. *Algunos artifices del derecho norteamericano...*, p. 131 (a obra original, *Some Makers of American Law*, foi escrita em 1985).

Jerome Frank⁶⁶, um dos maiores expoentes do realismo jurídico, adotando a metáfora do “*bad man*” de Holmes, chegou a dizer que “*Holmes’s bad man will, sooner or later, compel all intelligent persons to acknowledge that the centre of the legal world is not in the rules but in specific court decisions (i.e. judgments, orders, and decrees) in specific lawsuits*”.

Há quem afirme que o momento inicial do realismo jurídico tenha se dado com a publicação do artigo “*What is the Law?*”, de J. W. Bingham, na *Michigan Law Review*, em 1912. Todavia, existe consenso no sentido de que o movimento atingiu seu ápice na primeira metade da década de 1930⁶⁷.

De fato, segundo G. Tarello, em sua excelente obra sobre o realismo jurídico norte-americano, por volta dos anos trinta, um grupo de juristas passou a submeter as doutrinas e normas tradicionalmente aceitas a uma crítica do ponto de vista do seu “realismo” (ou seja, de sua real capacidade descritiva). Esses críticos se diziam “realistas” e foram assim denominados pelos seus colegas. Coube a Karl Llewellyn, porém, em artigo doutrinário publicado em 1931 (“*Some realism about realism. Responding to dean Pound*”), usar a expressão “realismo jurídico” (*legal realism*) para designar o conjunto de juristas americanos que, nos anos precedentes, ainda que sob perspectivas e finalidades distintas, havia submetido a uma crítica que podia ser descrita como realista, uma série de conceitos, noções, processos mentais, técnicas argumentativas próprias do pensamento jurídico tradicional. Havia pontos em comum entre esses vários juristas, mas também havia divergências importantes sobre aspectos fundamentais. Por essa razão nunca foi usada a palavra “Escola” para designar o movimento. O próprio Llewellyn afastou categoricamente a existência de uma escola orgânica de pensamento. Isso não impede de reconhecer que, entre os integrantes do movimento realista, houvesse afinidades importantes, como o envolvimento com alguns problemas jurídicos típicos, o uso de determinadas premissas metodológicas, bem como a obtenção de alguns resultados comuns. Entre os integrantes do movimento, Tarello inclui Thurman Arnold, Joseph W. Bingham, Felix Cohen, Walter Cook, William O. Douglas, Jerome Frank, Leon Green, Karl Llewellyn, Herman Oliphant, Max Radin e Hessel Yntema, justificando a inclusão desses nomes. A maior parte das contribuições desses

⁶⁶ FRANK, Jerome (1889-1957), artigo publicado na *Cornell Law Quarterly* 17 (1932), p. 578, reproduzido por KELLY, J. M. Op. cit., p. 367.

⁶⁷ STONE, Julius. *The Province and Function of Law*. London, 1947, p. 385 apud BRUTAU, José Puig. Op. cit., p. 25.

autores deu-se entre 1925 e 1940, “havendo razões para considerar o realismo jurídico americano como um capítulo encerrado no período posterior a 1940”⁶⁸.

É possível distinguir dois grupos de realistas – o do realismo jurídico radical (integrado por Felix Cohen, Walter Wheeler Cook e Robert Hale, entre outros) e o do realismo jurídico progressista, que representaria um desenvolvimento do pragmatismo de Holmes, capitaneado por Karl Llewellyn⁶⁹. O realismo progressista aceita a ideia fundamental da teoria langelliana, segundo a qual “o direito é uma ciência”, mas pondera que se trata de uma ciência social; abandona o conceitualismo dos formalistas e se utiliza de abordagens sociológicas para suas análises jurídicas, levando em conta as finalidades perseguidas pelo Direito.

O movimento em questão surgiu juntamente com as transformações que marcaram a primeira metade do século XX, recebendo influxos do pragmatismo na filosofia. Propôs uma visão interpretativa do direito integrada à realidade e necessidades sociais, enaltecendo o papel do juiz na criação do Direito⁷⁰.

Quanto à última afirmação, de fato, K. Llewellyn sustentava que o Direito é o que fazem aqueles que estão encarregados de aplicá-lo, e não o que eles dizem que fazem, nem o que os livros dizem que devem fazer⁷¹. Realmente, nenhuma outra corrente soube dar o devido destaque à criação do Direito pelos juízes, como o realismo jurídico⁷². E a razão disso nos é dada por Jerome Frank, segundo o qual os argumentos relativos à interpretação e à analogia somente servem para encobrir que, na verdade, a interpretação retira do código exatamente aquilo que nele de antemão colocou, pois “o intérprete cria os princípios, e, ao depois, para revesti-los de autoridade, atribui-os ao legislador”. Ou, então, em outra passagem, sustenta que, acima ou à margem da lógica, o que decide o caso é a escolha das premissas – a tarefa autêntica do juiz seria a de selecionar uns princípios, segundo o seu critério do que é justo (premissa maior), e, a seguir, selecionar os fatos que, qualificados como provados, formarão a premissa menor. Em outras palavras, a consequência resultará não da confrontação entre

⁶⁸ TARELLO, Giovanni. *Il realismo giuridico americano*. Milano: Giuffrè, 1962. p. 3 a 8.

⁶⁹ Segundo MINDA, Gary. Op. cit., p. 50.

⁷⁰ ARRUDA, Thais Nunes. *Juízes & Casos Difíceis: o pragmatismo de Richard Posner e a Crítica de Ronald Dworkin*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 59/60.

⁷¹ Um dos artigos semanais de Llewellyn, em que ele divulga os fundamentos do movimento, apareceu em 1930, com o nome de *A Realistic Jurisprudence - The Next Step*, publicado na *Columbia Law Review*, v. 431 (1930), p. 432 e ss. Uma seleção dos trechos mais significativos encontra-se em – FISHER III, William W.; HORWITZ, Morton J.; REED, Thomas A. (Ed.). Op. cit., p. 53 e ss.

⁷² Segundo BRUTAU, José Puig. Op. cit., p. 27.

duas premissas – a maior e a menor –, mas da tarefa prévia a esta operação pretensamente lógica, que é a de assentar quais serão essas premissas. Em síntese, “a seleção das premissas constitui a tarefa mais importante do julgador”. Vale dizer: sob a aparência de raciocínios lógicos, e contrariamente ao que sobradas vezes se pretende, escondem-se juízos de política judiciária⁷³.

Aliás, já o civilista e comparatista francês Raymond Saleilles, por primeiro havia afirmado que “se começa por querer o resultado para só depois procurar-se o princípio que o justifica: essa, a gênese de toda a interpretação judicial”. Jerome Frank, posteriormente, foi na mesma direção, sustentando que

o juízo, na mente do julgador, costuma iniciar-se com uma conclusão mais ou menos vagamente formulada, para buscar ao depois as premissas capazes de sustentá-la. O advogado, ao contrário, trabalha desde logo com a hipótese do resultado favorável ao seu cliente, recolhendo e ordenando os fatos com vistas ao resultado pretendido, para oferecê-los ao tribunal.⁷⁴

Foi dito anteriormente que o Realismo Jurídico não constitui propriamente uma “Escola” jurídica, mas sim um “movimento”, pois não foi integrado por um grupo de juristas identificados por um credo comum e um programa unificado. Segundo José Ramón Cossío Díaz⁷⁵, “*por realismo jurídico se comprende una amplia corriente de pensamiento o movimiento y no una teoría acabada sobre el derecho*”.

A razão da dificuldade, ou impossibilidade, de identificar no movimento realista uma verdadeira escola prende-se a três dificuldades: “muitas das ideias propostas por jovens *scholars* do início do movimento derivavam do pensamento de velhos dissidentes; os realistas discordavam entre si em relação a inúmeros temas; e eles nunca se agruparam numa organização profissional de ‘*legal realists*’”⁷⁶.

⁷³ FRANK, Jerome. *Law and the Modern Mind*. New York: Brentano’s Inc, 1930. p. 66 e 191 apud BRUTAU, José Puig. Op. cit., p. 32, 35 e 36.

⁷⁴ FRANK, Jerome. *Law and the Modern Mind...*, p. 101 apud BRUTAU, José Puig. Op. cit., p. 40.

⁷⁵ DÍAS, José Ramón Cossío. *Derecho y análisis económico*. México: Fondo de Cultura Económica, 2014. p. 287.

⁷⁶ Nesses termos se manifestaram os organizadores de notável obra, que reúne os principais textos que influenciaram o realismo (especialmente Holmes e Pound, mas também Dewey e Cardozo) e os mais relevantes textos dos “realistas”, em todas as áreas jurídicas em que eles se envolveram (K. LLewellyn, L. Fuller, R. Hale, M. Cohen, L. Jaffe, M. Radin, H. Oliphant, J. Frank, W. Cook e outros) – FISHER III, William W.; HORWITZ, Morton J.; REED, Thomas A. (Ed.). Op. cit., p. XIII.

Além disso, não há consenso sequer sobre quem são todos os integrantes de tal movimento ou que o influenciaram. Basta atentar que Karl Llewellyn, indiscutivelmente um dos líderes do movimento, referiu que o movimento se distinguiu não só da tradição do formalismo jurídico, como também das iniciativas protorealistas de Holmes, Cardozo, Gray e Pound. Esses nomes, aliás, jamais foram incluídos nas listas publicadas ou não, elaboradas por Llewellyn e J. Frank, contendo a nominata dos adeptos do movimento. “A razão de tal exclusão permanece um mistério”⁷⁷.

O que o caracteriza o movimento é um método peculiar de focar os problemas jurídicos. Os pensadores realistas consideram o direito mais como um corpo de decisões judiciais do que como um corpo de normas. Afirmam que as regras jurídicas tem uma influência relativamente pequena sobre as decisões dos juízes, destacando enfaticamente a importância do elemento humano no processo judicial – como os preconceitos, os instintos herdados, a opinião pública, bem como as fraquezas, as qualidades de caráter e a bagagem cultural dos juízes.

Para os realistas, os juízes primeiramente decidem e depois aperfeiçoam modelos de dedução lógica. Neste contexto, os juízes decidem de acordo com o que os fatos provocam em seus ideários, e não em função de regras gerais que levariam a resultados particulares. Os juízes respondem mais fortemente aos fatos (*fact-responsives*) do que às leis (*rule-responsives*)⁷⁸.

Uma boa síntese da contraposição da corrente realista com a teoria normativista (formalista) nos é dada por Giuseppe Lumia⁷⁹:

Para a teoria normativista, é válida a norma criada pelo legislador em conformidade com as regras ditadas para tal fim, ainda que, de fato, tal norma não seja jamais aplicada ou seja somente de forma escassa; para a teoria realista, é válida a norma que, com toda a probabilidade, será aplicada pelos juízes. Uma dirige sua atenção ao momento produtor do Direito, em que

⁷⁷ DUXBURY, Neil. Op. cit., p. 77.

⁷⁸ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. O realismo jurídico norte-americano, a tese de Charles Beard e a experiência constitucional internacional contemporânea. Disponível em: <<http://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDIET/article/viewFile/4478/2787>>. Acesso em: 24 nov. 2014.

⁷⁹ LUMIA, Giuseppe. “Empirismo logico e positivismo giuridico”. Milano: Giuffrè, 1963, p. 117 apud DÍAZ, Elías. *Sociología y Filosofía del Derecho*. Madrid: Taurus, 1988. p. 118.

a norma é criada pelo legislador; a outra enfatiza o momento executivo do direito, em que a norma é aplicada pelo juiz. O realismo jurídico identifica a validade de cada norma com sua eficácia; o normativismo rechaça essa identificação.

Um dos expoentes de tal corrente, Karl Llewellyn (1893-1962), em paradigmático artigo doutrinário publicado em 1930⁸⁰, indicou nove traços que caracterizariam tal movimento. Entre eles, destacaremos os cinco que reputamos os mais importantes:

1) the conception of Law in flux, of moving Law, and of judicial creation of law; 2) the conception of law as a means to social ends and not as an end in itself; 3) the conception of society in flux, and in flux typically faster than the law...; 5) distrust of traditional rules and concepts insofar as they purport to describe what either courts or people actually doing...; 6) ... distrust of the theory that traditional prescriptive rule formulations are the heavily operative factor in producing court decisions...

No ano seguinte (1931), Llewellyn publica outro importante artigo doutrinário, rebatendo ensaio de R. Pound. Nesse artigo, denominado “Some Realism about Realism – Responding to Dean Pound” (44 Harvard Law Review, p. 1222), ele elenca o que entende serem os sete pontos principais do movimento:

- 1) os realistas concebem o direito como algo em contínua evolução e admitem um papel criativo do juiz;
- 2) concebem o direito como um meio para se atingir finalidades sociais;
- 3) entendem que a sociedade evolui mais rapidamente do que o direito;
- 4) afirmam que frequentemente a motivação do juiz é apenas uma racionalização *a posteriori* das verdadeiras razões de decidir, que permanecem ocultas;
- 5) acreditam na dissociação entre princípios gerais e regras particulares;
- 6) crêem na oportunidade de elaborar conceitos jurídicos mais restritos do que aqueles tradicionais;

⁸⁰ LLEWELLYN, Karl. “A Realistic Jurisprudence – The Next Step”. *Columbia Law Review*, 30, p. 55-57, 1930.

7) colocam o acento sobre a oportunidade de avaliar as regras jurídicas com referência ao seu impacto social.⁸¹

Os realistas pregavam ser um disparate ensinar o Direito como uma realidade objetiva, capaz de direcionar a decisão judicial para um único caminho certo a ser seguido. Defendiam a necessidade de reformar o sistema de ensino jurídico, para que, além do ensino baseado nos precedentes (*casebooks*), os operadores do Direito fossem treinados a lidar com as consequências sociais de suas decisões.

Outra característica geral comum aos autores integrantes do movimento do realismo foi sua abertura interdisciplinar. A convicção de fundo era de que outros cientistas sociais haviam desenvolvido instrumentos cognitivos mais apropriados à compreensão da sociedade complexa do que aqueles oferecidos pela dogmática tradicional. Oliphant, por exemplo, propunha que se utilizassem os instrumentos elaborados por sociólogos e politólogos para a refundação da ciência jurídica⁸². Pode-se também citar aqui a grande contribuição de Jerome Frank (especialmente no seu *Law and the Modern Mind*), ao se utilizar de noções oriundas da psiquiatria para a compreensão do processo de tomada de decisão dos juízes e suas motivações inconscientes e não reveladas.

Para os realistas, os juízes deveriam ser conscientizados da importância de proferirem decisões politicamente sábias, ao invés de simplesmente seguir cegamente os ditames do passado na forma de precedentes judiciais⁸³.

⁸¹ Conforme síntese de GALLO, Paolo. Op. cit., p. 309.

⁸² MATTEI, Ugo. *Common Law – Il diritto anglo-americano*. Torino: UTET, 1992. p. 285.

⁸³ Sobre o valor e a importância do precedente, no sistema norte-americano, o jurista italiano Enrico dell'Aquila atribui a James Kent (na primeira metade do século XIX) uma postura favorável a uma rigorosa aderência ao precedente, que via no *stare decisis* a premissa essencial para a obtenção da certeza e estabilidade do direito. Por outro lado, identifica em Holmes um posicionamento de maior liberdade do juiz para afastar-se do precedente. Holmes afirmava que uma incondicionada admiração pela tradição podia tornar-se um verdadeiro cativo intelectual. Uma terceira posição, mais moderada, é identificada com Cardozo (“[...] *stare decisis* is an important factor in the judicial process, but it is not the entire process by a long shot[...]”) – in “Case law e *stare decisis* nel diritto nordamericano”, na obra coletiva *La giurisprudenza forense e dottrinale come fonte di diritto*, p. 331-332. Aliás, há uma belíssima passagem de Cardozo que bem ilustra a força operativa prática do precedente, mas ao mesmo tempo revela sua limitação e relatividade: depois de afirmar que “*Stare decisis* é, pelo menos, a norma operante diária do nosso direito”, afirma que “alguns juízes raramente vão além dele, seja qual for o caso. Sua noção do dever limita-se à ideia de casar as cores do caso concreto, que tem em mãos, com as cores de muitos modelos de casos, espalhados sobre a sua mesa de trabalho. Aquele que mais se aproxima do seu nos meios tons fornece a norma aplicável. Mas, naturalmente, nenhum sistema de direito vivo pode evolver mediante tal processo, e nenhum juiz de uma alta Corte, digno de sua investidura, encara sua função tão estreitamente. [...] É quando as cores não se casam, quando as

Coerentes com a posição de que o direito consistiria em meio para a consecução de finalidades sociais, quase todos os realistas envolveram-se na redação da legislação do *New Deal*. Alguns deles chegaram a deixar por períodos relativamente longos a vida acadêmica para aceitar encargos públicos⁸⁴.

Karl N. Llewellyn, um dos vinte mais citados juristas norte-americanos do século XX, inclusive por ter sido o principal redator do importantíssimo Uniform Commercial Code, foi um representante moderado do Realismo. Sustentava que o Direito nada mais é do que a forma como os juízes decidem suas causas. As normas jurídicas tem alguma influência nesse processo, mas não são mais do que apenas um fator entre os vários que influenciam o resultado final⁸⁵.

Segundo análise de M. Rehbinder⁸⁶, ponto central e de partida do *legal realism* de Llewellyn é sua concepção de direito como uma *instituição* que age na vida social. Para ele, direito é algo mais do que a simples “soma de todas as normas jurídicas”. O direito tampouco se resume nas representações (ideais) de justiça; ao direito pertencem também os seres humanos que se ocupam da aplicação e da realização das normas jurídicas, a chamada classe dos juristas (*law-men*). É preciso levar em consideração o comportamento efetivo desta classe de juristas, porque as normas jurídicas como tais dizem muito pouco: elas devem antes passar pelo filtro hermenêutico da classe dos juristas. Direito e classe dos juristas formam, portanto, um todo indiviso, dele resultando a relação de tensão entre a certeza do direito e a justiça do caso singular. À norma jurídica corresponde a regularidade do agir com previsibilidade e certeza do direito. À classe dos juristas corresponde o juízo individualizador da situação particular, o que exige uma margem de liberdade decisional.

Já a vertente mais extremada do Realismo Jurídico pode ser exemplificada na figura de Jerome Frank (1889/1957). Frank tenta relacionar o resultado de

referências do fichário falham, quando não há qualquer precedente decisivo, que começa a atividade séria do juiz. Ele deve, então, elaborar o direito para os atuais litigantes. Ao elaborar o direito para estes, estará elaborando-o, também, para outros” (CARDOZO, Benjamin Nathan. *A natureza do processo...*, p. 58.

⁸⁴ É o que nos informa MATTEI, Ugo. Op. cit., p. 285.

⁸⁵ Outras publicações de Llewellyn são *What Price Contract? – An Essay in Perspective* (publicado na *The Yale Law Journal*, v. 40, 1931, p. 704 e ss.), *Remarks on the Theory of Appellate Decisions and the Rules or Canons About How Statutes are to Be Construed* (publicado na *Vanderbilt Law Review*, v. 3, 1950, p. 395 e ss.), além de clássica obra de de antropologia jurídica, em coautoria com E. Adamson Hoebel, denominada *The Cheyenne Way: Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence*, publicada em 1941 pela University of Oklahoma Press.

⁸⁶ REHBINDER, Manfred. *Sociologia del Diritto*. Trad. ital. de Salvatore Patti. Padova: Cedam, 1982. p. 68.

casos judiciais à personalidade do juiz. Usou sua própria experiência como juiz de uma Corte Federal de Apelações⁸⁷ (de 1941 a 1957) para afirmar que as decisões judiciais são influenciadas pela dieta do juiz, suas preferências e aborrecimentos pessoais, seus preconceitos e seu estado de ânimo.

Na verdade, Frank distinguia dois grupos dentro do realismo jurídico norte-americano, por ele denominados *rule-sceptics* e *fact-sceptics* (incluindo-se a si próprio neste último). Os primeiros seriam aqueles que não acreditavam na certeza e previsibilidade do Direito, afirmando que, além das “regras do papel”, outros fatores e valores, invisíveis e não revelados, realmente influenciavam o resultado de um determinado caso. Esses valores não revelados afetavam a mente do julgador, especialmente os de segunda instância, sobre os quais recaía a atenção principal dos membros desse grupo. Já os integrantes do grupo dos *fact-sceptics*, embora aceitassem e incorporassem essa visão dos *rule-sceptics*, iam além: afirmavam que o próprio processo da reconstrução judicial dos fatos relevantes para a decisão de um caso era altamente errático. Uma série enorme de fatores e elementos, muitos dos quais inconscientes, poderia determinar o que um juiz (tipicamente o juiz monocrático de primeira instância, sobre quem recaíam preferencialmente as atenções dos *fact-scepticism*) aceitaria como “fatos” da causa. A reconstrução dos fatos dependeria não só de testemunhos deliberadamente falsos, pouco precisos ou equivocados (por falha da memória), mas também de uma vasta soma de preconceitos afetando a avaliação de uma parte ou testemunha, ou até mesmo a disposição pessoal momentânea do juiz (ou jurado) poderia ser decisiva⁸⁸.

Defendendo a ideia de que a livre discricção judicial é a essência do aspecto criador do Direito, afirma Frank que o conhecimento das normas jurídicas pouco serve para prever as decisões de um determinado juiz, segundo sustenta. “Ninguém conhece o direito relativo a algum tema ou situação, transação ou dado acontecimento, até que tenha havido uma decisão específica a respeito”, afirmou ele em seu influente *Law and the Modern Mind*⁸⁹, escrito em 1930, após ter ele se

⁸⁷ Interessante notar que em livro escrito em 1942 (*If Men Were Angels*), Frank também invocou sua própria experiência profissional para defender a atribuição de funções judiciais a determinadas agências administrativas. Referiu ter sido juiz-presidente da importante *Security and Exchange Commission* e referiu que nessa posição dispunha de meios infinitamente mais poderosos e eficazes para apurar fatos do que aqueles de que dispunha na condição de juiz de um tribunal comum – segundo BRUTAU, José Puig. Op. cit., p. 70.

⁸⁸ Uma boa síntese do pensamento de J. Frank encontra-se em KELLY, J. M. Op. cit., p. 367.

⁸⁹ FRANK, Jerome. Op. cit., p 21.

dedicado ao estudo da psicologia e psiquiatria durante algum tempo. Passagem famosa desse seu livro (que influenciou uma das vertentes do movimento acadêmico “Law and...”⁹⁰, precisamente o “Law and Psychiatry”) é aquela em que afirma ser um mito a opinião de que o Direito possa ser estável, firme e fixo. Para ele, essa opinião é uma sobrevivência infantil de um “complexo paterno”. Ele afirma que nosso anseio pela certeza do direito nada mais é do que uma espécie de desejo infantil de autoridade paterna (“*Father-Authority*”). Ou seja, ao perdermos a segurança que nos propicia a autoridade do pai, que tudo resolve para nós quando crianças, fornecendo respostas prontas às nossas dúvidas, buscamos resgatar tal segurança na lei, transferindo-lhe a mesma confiança que depositávamos na figura do pai. Como a vida é uma aventura, as relações sociais são mutáveis, e nada é previsível, é infantil, segundo ele, pretendermos obter segurança por meio do direito. Ao homem maduro não restaria alternativa senão aceitar a imprevisível e contínua criação e recriação do direito. À indagação “por que os homens buscam uma certeza jurídica impossível de alcançar?” responde: “porque não superaram a necessidade infantil de um pai autoritário e trataram inconscientemente de procurar no Direito um substituto daqueles atributos de firmeza, certeza e infalibilidade que se conferem, na infância, ao pai”⁹¹.

Segundo Lawrence Friedman⁹², em seu clássico *History of American Law*, Jerome Frank e Karl Llewellyn repudiavam a mentalidade dos juristas e juízes do final do século XIX, que privilegiavam a lógica jurídica e a pureza dos conceitos e seguiam as lições do formalismo langdelliano. Eles pregavam que o Direito era apenas um instrumento a serviço da sociedade. “Eles se perguntavam: para que serve esta teoria, ou esta regra de Direito? E não aceitavam, como resposta, uma bela série de citações; não bastava invocar a autoridade de nobres figuras

⁹⁰ A partir da década de sessenta, muitas faculdades de direito passaram a incluir em seu currículo disciplinas que apontavam para análise interdisciplinar do direito. A primeira delas foi a influente “Law and Economics”. Mas na sequência outras disciplinas foram criadas, como “Law and Literature”, “Law and Society”, “Law and Psychiatry”, “Law and Gender”, “Law and Bioethics”, e também os movimentos da *Critical Race Theory*, *Critical Legal Studies*, *Gay and Lesbian Theory*, etc.). Como referido por Godoy, “o Realismo Jurídico possibilitou também a ascensão do movimento Estudos Críticos do Direito (*Critical Legal Studies*), segundo o qual o direito é política e a assertiva caracteriza o núcleo conceitual do movimento” (GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. “O critical legal studies movement de Roberto Mangabeira Unger: Um clássico da filosofia jurídica e política.” *Revista Jurídica*, Brasília, v. 8, n. 82, p. 49-63, dez./jan. 2007).

⁹¹ FRANK, Jerome, Op. cit.

⁹² FRIEDMAN, Lawrence M. *Storia del diritto americano*. Trad. de Elsa Cirilini et alii. Milano: Dott. A. Giuffrè Ed., 1995. p. 712.

de juízes do passado, ou de algum tratado jurídico, nem mesmo deduzir um determinado resultado a partir de princípios expressos em casos precedentes”.

Há quem sustente que a vertente atual do Realismo Jurídico é o pragmatismo legal, movimento crescente na academia jurídica norte-americana, o qual se caracteriza principalmente por adotar a racionalidade como critério de decisão, exigir a consideração das consequências sistêmicas e não apenas específicas ao caso concreto e priorizar o método empírico para a tomada de decisões.

Para Richard Posner, o pragmatismo legal se diferencia do Realismo Jurídico por entender que o último era politicamente comprometido e por isso perdeu vitalidade quando as preocupações políticas que o animaram esmoreceram. Refere que o Realismo Jurídico identificava-se com a política do New Deal, e fundamentava-se em preferências e aversões políticas para suplantarem o lugar do formalismo legal, diferentemente do que ocorre com o pragmatismo legal, o qual se baseia na economia, na teoria dos jogos, na ciência política e em outras disciplinas sociocientíficas⁹³.

A maior vulnerabilidade do movimento reside em que os realistas concentram sua atenção naqueles aspectos do Direito que giram ao redor dos processos judiciais. Pouco ou nada se ocuparam do Direito existente fora dos tribunais, que modela a vida diária dos milhões de pessoas que nunca chegam a ter contato com o Judiciário ao longo de sua vida. De fato, como lembra Bodenheimer⁹⁴, o homem comum encontra o direito não litigioso em cada passo de sua vida. A relação matrimonial em que vive, a empresa que dirige, a propriedade que possui, os contratos que celebra, tem sua sanção e garantia jurídica. Se trabalha como assalariado, sua relação com o empregador e as condições do seu trabalho encontram-se fixadas na lei, assim como seus direitos e obrigações, caso seja funcionário público. Em todas essas hipóteses, há pouca imprecisão e incerteza jurídica de que falam os realistas. A maior parte dos conflitos que surgem na vida social resolvem-se fora dos tribunais. Assim, tal constatação faz com que se limite o alcance da importância do realismo jurídico a um segmento relativamente pequeno do Direito existente. E a segunda grande objeção ao realismo jurídico reside em que se pode concordar que uma certa

⁹³ POSNER, Richard A. *Direito, pragmatismo e democracia*. Trad. Teresa Dias Carneiro, revisão técnica Francisco Bilac M. Pinto Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 65.

⁹⁴ BODENHEIMER, Edgar. *Teoria del Derecho*. Trad. de Vicente Herrero. 2. ed. Mexico: FCE, 1994. p. 365.

descrição judicial pode ser conveniente, necessária ou inevitável. Todavia, uma discricção ilimitada do juiz é intolerável e disfuncional.

Também Pérez Luño critica o Realismo Jurídico, taxando-o de demiurgo, na acepção platônica de força criadora e suprema, discordando da concepção em que os juízes exercem o monopólio judicial na criação do Direito⁹⁵.

Para encerrar, colocamos uma reflexão comparativa, trazida por Giovanni Tarello, envolvendo a noção de independência judicial pregada pelos realistas com aquela difundida na Europa, no mesmo período histórico. De fato, segundo Tarello,

enquanto na Europa a ideologia da independência do judiciário constituía (ainda que mais ilusória do que real) um obstáculo à supressão das liberdades civis e políticas levadas a efeito pelo legislativo, na América essa mesma ideologia constituía (na realidade) um obstáculo à política social e aos interventos econômicos do legislativo federal; enquanto na Europa a classe judiciária era vista (ainda que normalmente se tratasse de uma visão errada) como uma tenaz defensora das liberdades civis e políticas, na América a classe judiciária era (frequentemente) uma tenaz defensora das liberdades econômicas individuais.⁹⁶

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Acompanhando movimentos de reação ao formalismo e dogmatismo que dominaram o século XIX na Europa, também nos Estados Unidos se sentiu uma “revolta contra o formalismo” na primeira metade do século XX. Na Europa, a reação à exegese francesa e ao pandectismo alemão deu-se principalmente por meio da Escola Científica francesa, capitaneada por François Geny, e das escolas alemãs da jurisprudência dos interesses (Ihering) e a do direito livre, de Kantorowicz. Nos Estados Unidos, a reação se deu, inicialmente, pela *sociological jurisprudence* e, de forma mais radical, pelo movimento do realismo jurídico norte-americano (que não tem pontos significativos de contato com o movimento homônimo escandinavo).

⁹⁵ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Perspectivas e tendências atuais do Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 67-71.

⁹⁶ TARELLO, Giovanni. *Il realismo giuridico americano...*, p. 246.

Em todos esses movimentos ou escolas, tanto os europeus quanto os norte-americanos, sobressai uma crítica a uma visão dogmática e positivista do direito, como algo fechado, quase imóvel, e de cujas normas derivassem respostas inequívocas para todos os conflitos humanos e sociais. Tais escolas críticas se abrem a uma visão mais interdisciplinar e reconhecem que o dado legislativo não é tanto o ponto de chegada, mas sim o ponto de partida, que exige a mediação do jurista – com destaque para o juiz, segundo as correntes norte-americanas – para sua concreta aplicação. Ao contrário das teorias clássicas, reconhece-se um papel criador do juiz, *malgré lui-même*.

Enquanto na Europa as escolas e os movimentos jurídicos quase sempre são concebidos, gestados e aprofundados na Academia, nos Estados Unidos quase sempre há uma participação importante dos magistrados, mercê de uma histórica posição de maior destaque do Judiciário norte-americano como motor jurídico da nação frente à doutrina.

No caso da *sociological jurisprudence*, as figuras de maior destaque envolveram o acadêmico Roscoe Pound e o magistrado Oliver Wendell Holmes, Jr., além de outro notável magistrado, Benjamin Nathan Cardozo. Sua crítica ao formalismo e o reconhecimento de um papel criador do magistrado foram retomadas pelo movimento que surgiu na sequência.

Especialmente a visão jurídica de Holmes influenciou grandemente o movimento do realismo jurídico norte-americano, capitaneado pelo jurista Karl N. Llewellyn e pelo jurista-magistrado Jerome Frank. A abertura interdisciplinar desse movimento foi maior do que a admitida pela *sociological jurisprudence*. Também sua crítica ao formalismo foi mais radical. Especialmente J. Frank ironizava a suposta certeza buscada pelas pessoas ao recorrerem ao Direito, afirmando que tal certeza era um mito que explicava com base em uma visão psicanalítica – as pessoas infantilmente buscavam na lei a segurança e conforto que a figura do pai lhes propiciava na infância. Também foi importante a contribuição – embora demasiadamente radical – de ambos os movimentos (com destaque para a visão radical de Frank) para mostrar como o ato de julgar não é tão puro e isento como se pregava, pois não havia como o juiz pudesse evitar ser influenciado por fatores inconscientes, preconceitos, e até mesmo por estados de espírito conjunturais.

Outra grande contribuição, especialmente do realismo jurídico, foi chamar a atenção para a necessidade do jurista em geral – e do magistrado em particular – de levar em consideração as consequências das soluções jurídicas

alvitradas ou das decisões tomadas. Ou seja, não bastaria ao magistrado montar um abstrato silogismo logicamente coerente. Tão importante quanto isso era prestar atenção às reais consequências da decisão, já que o Direito deveria estar permanentemente comprometido com determinadas finalidades sociais.

Tanto a abertura para a interdisciplinaridade quanto a necessidade de se estar atento às consequências das decisões jurídicas foram aspectos que subsistiram ao ocaso dos movimentos, sendo incorporados principalmente pelo importante movimento do *Law and Economics*, ou *economic analysis of law*.

Em que pese o Realismo Jurídico não ter sido explorado e incorporado na doutrina do ordenamento jurídico pátrio, é incontestável que, a exemplo do ocorrido no Judiciário norte-americano, o movimento abriu espaço para o pragmatismo jurídico, o qual, em consonância com a maior complexidade das causas, da mutação da dinâmica da realidade mais fortemente vivenciada, exige que a decisão judicial considere não apenas os ditames legais, mas também os efeitos sistêmicos decorrentes, concentrando-se mais nas consequências reais de decisões políticas e jurídicas do que em teorias abstratas.

O presente estudo, longe de abordar por completo os movimentos da *sociological jurisprudence* e do Realismo Jurídico e seus efeitos na comunidade jurídica norte-americana, apenas realça os seus aspectos mais importantes, que, ao desacreditar as bases do pensamento jurídico clássico, mudou para sempre a aplicação e interpretação do Direito, notadamente possibilitando o fortalecimento de várias escolas do pensamento jurídico focadas em uma abordagem mais realista e pragmática do Direito, com forte abertura interdisciplinar.

Um exemplo da visão empírica e pragmática legada por Holmes é dado pelo seguinte trecho constante do seu *The Path of the Law*: “É revoltante não poder dar a uma norma justificação melhor do que o fato de ter sido promulgada à época do reinado de Henry IV. Ainda mais revoltante é o fato de que, apesar de terem desaparecido no tempo as razões pelas quais foi promulgada, esteja ela ainda vigente apenas por uma cega imitação do passado”⁹⁷.

Lá, como aqui, tal visão deve servir de permanente guia, para evitar que continuemos a reproduzir acriticamente o passado, como se o Direito fosse um navio que navegasse com uma lanterna na popa.

REFERÊNCIAS

⁹⁷ O. Wendell Holmes. “The Path of the Law”, lido na tradução italiana “La via del diritto”, in: HOLMES, Oliver Wendell. *Opinioni dissenzienti...*, p. 271.

AICHELE, Gary Jan. *Oliver Wendell Holmes Jr. – Soldier, scholar, judge*. Twayne Publishers, 1989.

ARRUDA, Thais Nunes. *Juízes & Casos Difíceis: o pragmatismo de Richard Posner e a Crítica de Ronald Dworkin*. Curitiba: Juruá, 2014.

BATIFFOL, Henri. *A filosofia do direito*. Lisboa: Editorial Notícias, s/d.

BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del Derecho*. Trad. de Vicente Herrero. 2. ed. Mexico: FCE, 1994.

BRUTAU, José Puig. *A jurisprudência como fonte do direito*. Porto Alegre: Coleção Ajuris, 1977.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *A evolução do ativismo judicial na Suprema Corte norte-americana*. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_06_04693_04741.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2014.

CARDOZO, Benjamim Nathan. The nature of the judicial process (1921) apud GILMORE, Grant. *Le grandi epoche del diritto americano*. Trad. ital. de Ilaria Mattei. Milano: Giuffrè, 1991.

COHEN, Jeremy. *Congress Shall make no law – Oliver Wendell Holmes, the First Amendment, and Judicial Decision Making*. Ames: Iowa State University Press, 1989.

COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott (Ed.). *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*. New York: Oxford University Press, 2002.

DELL'AQUILA, Enrico. "Case law e stare decisis nel diritto nordamericano". In: AA.VV. *La giurisprudenza forense e dottrinale come fonte di diritto*. Milano, Giuffrè, 1985.

DÍAS, José Ramón Cossío. *Derecho y análisis económico*. México: Fondo de Cultura Económica, 2014.

DUXBURY, Neil. *Patterns of American Jurisprudence*. New York: Oxford University Press, 1997.

DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. São Paulo: Martins Fonte, 2010.

_____. *Justice in Robes*. Cambridge/Mass.: Belknap Press of Harvard University Press, 2006.

FISHER III, William W.; HORWITZ, Morton J.; REED, Thomas A. (Ed.). *American Legal Realism*. New York: Oxford University Press, 1993.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. "A jurisprudência sociológica nos Estados Unidos da América do Norte". *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, v. 1, n. 28, p. 123-133, 1992.

FRANK, Jerome. *Law and the Modern Mind*. New York: Brentano's Inc, 1930.

FRIEDMAN, Lawrence M. *American Law – An Introduction*. 2. ed. New York: Norton, 1998.

_____. *American Law in the 20th Century*. New Haven: Yale University Press, 2002.

_____. *Storia del diritto americano*. Trad. de Elsa Cirlini et alii. Milano: Dott. A. Giuffrè Ed., 1995.

GALLO, Paolo. *Grandi Sistemi Giuridici*. Torino: Giappichelli, 1997.

GICO JR., Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GILMORE, Grant. *Le grandi epoche del diritto americano*. Trad. ital. de Ilaria Mattei. Milano: Giuffrè, 1991.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. “O critical legal studies movement de Roberto Mangabeira Unger: Um clássico da filosofia jurídica e política.” *Revista Jurídica*, Brasília, v. 8, n. 82, p. 49-63, dez./jan. 2007.

_____. O Realismo Jurídico em Oliver Wendell Holmes Jr. Disponível em: <<http://www.arnaldogodoy.adv.br/artigos/holmes.htm>>. Acesso em: 25 nov. 2015.

_____. *O realismo jurídico norte-americano, a tese de Charles Beard e a experiência constitucional internacional contemporânea*. Disponível em: <<http://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDIET/article/viewFile/4478/2787>>. Acesso em: 24 nov. 2014.

GRECHENIG, Kristoffel; GELTER, Martin Gelter. A divergência transatlântica no pensamento jurídico: o direito e economia norte-americano *vs.* o doutrinalismo alemão. Tradução de Gustavo Sampaio de Abreu Ribeiro. Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE). Annual Papers. Publication date: 26.04.2010. Disponível em: <<http://escholarship.org/uc/item/5rh8f1vf>>. Acesso em: 25 jan. 2016.

HALL, Kermit L.; PATRICK, John J. *The Pursuit of Justice – Supreme Court Decisions that Shaped America*. New York: Oxford University Press, 2006.

_____; WIECEK, William M.; FINKELMAN, Paul. *American Legal History – Cases and Materials*. 2. ed. New York: Oxford University Press, 1996.

HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

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

HOLMES, Oliver Holmes. *Opinioni Dissenzienti*. Milano: Giuffrè, 1975.

HOLMES, Oliver Wendell. *The path of the Law*. Harvard Law Review, 10: 457 (1897). Também disponível em: <<http://www.gutenberg.org/files/2373/2373-h/2373-h.htm>>. Acesso em: 7 jan. 2016.

JAMES, William. Pragmatism (1907) apud BODENHEIMER, Edgar. *Teoria del Derecho*. Trad. Vicente Herrero. 2. ed. Mexico: FCE, 1994.

KAUFMANN, Arthur. "A problemática da filosofia do direito ao longo da história". In: _____; HASSEMER, Winfried (Org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Trad. Marcos Keel e Manuel S. de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KELLY, J. M. *A Short History of Western Legal Theory*. New York: Oxford University Press, 1996.

KENS, Paul. Verbete "Lochner v. New York". In: HALL, Kermit L. (Ed.). *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*. New York: Oxford University Press, 1992.

LIRA FILHO, Roberto. *A filosofia jurídica nos Estados Unidos da América: Revisão Crítica*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1977.

LLEWELLYN, Karl. "A Realistic Jurisprudence - The Next Step". *Columbia Law Review*, 30, p. 55-57, 1930.

MATTEI, Ugo. *Common Law - Il diritto anglo-americano*. Torino: UTET, 1992.

MINDA, Gary. *Teorie postmoderne del diritto*. Trad. de Cristina Colli. (1995). Bologna: Il Mulino, 2001.

PATTARO, Enrico (Org.). *Contributi ao Realismo Giuridico*. Milano: Giuffrè, 1982.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Perspectivas e tendências atuais do Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo: teoria social e política*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005.

POSNER, Richard A. *Direito, pragmatismo e democracia*. Trad. Teresa Dias Carneiro, revisão técnica Francisco Bilac M. Pinto Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. *How Judges Think*. Cambridge/Massachusetts: Harvard University Press, 2008.

_____. *The essential Holmes: selections from the letters, speeches, judicial opinions and other writings of Oliver Wendell Holmes*. University of Chicago Press, 1992.

REHBINDER, Manfred. *Sociologia del Diritto*. Trad. ital. de Salvatore Patti. Padova: Cedam, 1982.

SCHWARTZ, Bernard. *Algunos artifices del derecho norteamericano*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1989.

_____. "Justice Oliver Wendell Holmes, Jr". In: GROSSMAN, George (Ed.). *The Spirit of American Law*. Boulder/Colorado: Westview, 2000.

_____. *A History of the Supreme Court*. New York: Oxford University Press, 1993.

TARELLO, Giovanni, *Cultura giuridica e política del diritto*. Bologna: Il Molino, 1988.

_____. *Il realismo giuridico americano*. Milano: Giuffrè, 1962.

TREVES, Renato. *Sociologia do Direito*. Trad. Marcelo Branchini. 3. ed. Barueri/SP: Manole, 2004.

TUSHNET, Mark. *I Dissent - Great Opposing Opinions in Landmark Supreme Court Cases*. Boston: Beacon Press, 2008.

WHITE, G. Edward. *The American Judicial Tradition - Profiles of Leading American Judges*. New York: Oxford University Press, 1988.

Submissão em: 22.07.2016

Avaliado em: 18.08.2016 (Avaliador A)

Avaliado em: 28.07.2016 (Avaliador B)

Aceito em: 14.09.2016

