TEORIA DO DIREITO E "FABRICAÇAO DE DECISÕES": A CONTRIBUIÇÃO DE BENJAMIN N. CARDOZO

THEORY OF LAW AND "DECISION MAKING": THE CONTRIBUTION OF BENJAMIN N. CARDOZO

Denis de Castro Halis*[1]

Recebido para publicação em agosto de 2005

Resumo: Benjamin Cardozo (1870-1938) foi um dos expoentes da "jurisprudência sociológica" e foi o sucessor de Oliver Wendell Holmes Jr. na Suprema Corte Norte Americana. Este estudo tem como objeto a análise do contexto e das idéias centrais de Cardozo relativas ao processo decisório dos juizes. Tais idéias, reunidas em livros ou consignadas em seus votos, provocaram verdadeiro questionamento crítico acerca das representações e práticas jurídicas que eram então hegemônicas. Cardozo foi um dos primeiros juristas norte-americanos a colocar em xeque os paradigmas de objetividade e pureza no processo de aplicação do direito pelos juízes. Baseou-se, para tanto, em suas próprias experiências, no chamado "pragmatismo filosófico" e nas doutrinas de Holmes. Preliminarmente, traça-se um panorama da "jurisprudência sociológica" e do "realismo jurídico norte-americano", visando entender melhor a atmosfera que influenciou o seu pensamento e a sua atuação. Esses movimentos problematizaram a prática decisória dos juízes, negando, parcialmente, as doutrinas oficiais do *common law*. Busca-se, pois, entender as doutrinas de sua época, pensando sua contribuição para a teoria do direito e o direito constitucional, em especial, acerca dos fins e funções a que o direito serve, adaptando suas normas às tarefas a serem realizadas.
Palavras-chave: Benjamin Cardozo. *Common law.* Jurisprudência sociológica. Realismo jurídico. Processo decisório dos juízes.

Abstract: Benjamin Cardozo (1870-1938) was one of the most distinguished members of the "sociological jurisprudence" and has succeed Oliver Wendell Holmes Jr. in the U.S. Supreme Court. This paper intends to present the context and central ideas of Cardozo related to the decision making process. Cardozo was one of the pioneers in questioning the paradigms of purity and objectivity in that process. Initially, it is presented a large view of sociological jurisprudence and the North-American legal realism movements. They both have criticized the judge's acting, partially refusing the official doctrines of common law.
Key Words: Benjamin Cardozo. Common law. Sociological jurisprudences. Legal realism. Decision-making process.

1. Introdução

O objeto primordial desta análise, dentro dos limites impostos, é estudar as idéias defendidas por Benjamin N. Cardozo (1870-1938), expoente da chamada "jurisprudência sociológica" e juiz da Suprema Corte Norte-Americana. No entanto, crê-se oportuna uma rápida apresentação de duas vertentes da teoria do direito norte

* Professor Visitante da Universidade de Jiaying, Meizhou, China. Pesquisador do grupo Direito, Tecnologia e Sociedade (DIRTS) vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito (PPGSD) - UFF. Prof. Licenciado da Faculdade de Direito Evandro Lins e Silva, da Unigranrio e da UGF – Rio de Janeiro; ex-professor de Sociologia Jurídica da Faculdade Nacional de Direito (FND) - UFRJ. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais –PPGSD-UFF e pós-graduado em Filosofia Contemporânea - UERJ. Bacharel e licenciado em Ciências Sociais pela UERJ e bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela FND/UFRJ. E-mail: dhalis@hotmail.com

americana: a jurisprudência sociológica e o realismo jurídico norte-americano[2], para poder melhor entender a atmosfera que influenciou o pensamento e a atuação de Cardozo. Esses movimentos - surgidos nos EUA no início do séc. XX - forneceram idéias que possibilitaram uma problematização da prática decisória dos juízes e uma parcial negação da "doutrina oficial" do *common law*. A referida prática seria supostamente orientada, segundo as doutrinas clássicas, pelas regras da lógica pura e da razão consciente.

Entre os objetivos que podem ser destacados está o de mostrar certas peculiaridades e divergências entre os adeptos desses movimentos, ressaltando a diversidade interna desses "revoltosos" contra as teorias analíticas e descritivas do direito estatal. A inserção de todos esses autores sob um só rótulo poderia resultar numa ocultação da sua pluralidade. Um dos intuitos deste trabalho é demonstrar que esses autores tinham críticas muito fortes entre si, não configurando uma escola ou corrente de idéias tão homogêneas como, geralmente, se quer mostrar nos trabalhos acadêmicos nacionais[3]. No entanto, cabe o registro de que não se propõe expor, de forma exaustiva, as idéias de cada um dos membros desses movimentos, mas sim, privilegiar algumas noções centrais de Cardozo. Buscar-se-á entender as doutrinas de sua época e pensar sua contribuição para a filosofia do direito, em especial, acerca dos fins e funções a que o direito serve, adaptando suas normas às tarefas a serem realizadas.

A base principal deste estudo é o livro *A Natureza do Processo e a Evolução do Direito* de Cardozo, traduzido e prefaciado por Lêda Boechat Rodrigues, historiadora do Supremo Tribunal Federal e especialista brasileira na história da Suprema Corte Norte-Americana. Trata-se de livro esgotado já há muitos anos e, portanto, de difícil acesso: a edição aqui usada data de 1956. Tendo sido uma das pioneiras no estudo do realismo e da jurisprudência sociológica, Rodrigues freqüentou, nos EUA, um curso de *Jurisprudence*[4], ministrado por Karl Llewellyn, um dos expoentes do realismo.

A edição brasileira dessa obra conjugou dois livros originalmente separados. O primeiro, *A Natureza do Processo*[5], foi fruto de uma série de palestras proferidas na Faculdade de Direito da Universidade de Yale nos EUA. Três anos mais tarde, em 1924, ele publicou *A Evolução do Direito*[6]. Outro livro importante, ao qual não se obteve acesso direto, foi *Os paradoxos da Ciência Jurídica*[7], publicado originalmente em 1928.

2. Pequena Biografia de Benjamin Nathan Cardozo

Vindo a se tornar conhecido como o "advogado dos advogados" (uma vez que preparava argumentos e sumários para outros advogados usarem nos tribunais), Benjamin Nathan Cardozo nasceu em Nova Iorque, em 24 de maio de 1870, e morreu no dia 9 de julho de 1938.

Foi nomeado juiz (*justice*) da Suprema Corte dos Estados Unidos em 15 de fevereiro de 1932 pelo então Presidente Herbert Hoover, ocupando a cadeira que fora antes de Oliver Wendell Holmes Jr. (*justice* de 1902 a 1932). O Senado Norte-Americano confirmou sua nomeação em 24 de fevereiro de 1932. Cardozo serviu àquela Corte até a sua morte, vindo a ser substituído por Felix Frankfurter, já no governo do presidente Franklin D. Roosevelt.

Em decisões que se tornaram históricas, Cardozo contribuiu com a conformação do *common law* às condições sociais da sua época.

Sua carreira na Suprema Corte ocorreu em paralelo com as inovações na sociedade advindas da política do *New Deal*.

Nos seus pareceres, Cardozo buscou fornecer um suporte jurídico a essa política de proteção social. Preocupado com os efeitos reais das suas decisões, com a sua influência para com as condições atuais e futuras da vida política e social norte-americana, buscou fundamentá-las visando à validação das ações governamentais que tinham por objeto a regulação da economia de mercado. Enfrentou novos conflitos -derivados de novas condições políticas, sociais e econômicas - de maneira exemplar, sendo reconhecido por possuir um grande senso de oportunidade e justiça.

Após um longo período de prosperidade e ascensão econômica, ocorreu nos Estados Unidos, em 1929, o início da "Grande Depressão"**.** A Corte Suprema possuía nessa época um bloco hegemônico que era "conservador": no sentido de não contribuir para uma reformulação da jurisprudência até então existente, mesmo face às mudanças da sociedade. Cardozo, juntamente com Louis Dembitz Brandeis e Harlan Fiske Stone**,** contrapôs-se a essa maioria conservadora, integrando o grupo dissidente que, até cerca de 1937, foi sistematicamente vencido. Essas derrotas davam-se, em especial, nas matérias sobre as funções e competências dos órgãos de governo. Porém, como sublinha Lêda Boechat Rodrigues, as "suas opiniões constituem hoje (...) o fundo do direito constitucional americano" (1956, p. XXV). Rodrigues declara ainda que Holmes, Brandeis e Cardozo perfizeram, conjuntamente com Marshall, Story e Taney, "meia dúzia de fontes vivas de inspiração do direito constitucional norte-americano" (Rodrigues, 1992, p. 102).

Nas obras - *A Natureza do Processo e a Evolução do Direito* (1956) - percebe-se a vasta influência em Cardozo de autores como Ihering, Savigny, Roscoe Pound, Gabriel Tarde, Durkheim, Eugen Ehrlich, François Geny, O. W. Holmes Jr., Herbert Spencer, John Dewey, William James...

3. A Jurisprudência Sociológica e o Realismo Jurídico Norte-Americano

3.1. Oliver Wendell Holmes Jr.

O que se propõe neste tópico é tentar uma primeira caracterização desses movimentos e seus defensores, além de fornecer alguns aspectos de distinção aceitáveis entre eles.

Primeiramente, há que se registrar a importância das idéias de Oliver Wendell Holmes Jr. (1841-1935) tanto para a jurisprudência sociológica como para o realismo jurídico norte-americano. Na verdade, não se pode falar de Cardozo sem mencionar Holmes. Daí justificar-se uma rápida apresentação sua.

Holmes é identificado por muitos como o fundador da *sociological jurisprudence*[8]. No entanto, pelo fato dele ter também influenciado, significativamente, as idéias realistas, crê-se aqui que ele deve estar acima das qualificações tanto de uma, quanto da outra corrente.

Tendo sido *justice* da Suprema Corte Norte-Americana por <u>três décadas</u> – de 1902 a 1932 - suas idéias, reunidas em livros ou consignadas nos seus votos, provocaram questionamentos críticos e reflexão entre os juristas acerca das representações e práticas que eram, então, consideradas hegemônicas.

Seu grande mérito foi o de ter sido um dos primeiros juristas norte-americanos a colocar em xeque os paradigmas de objetividade e pureza no processo de aplicação do direito pelos juízes. Foi Holmes quem primeiro expôs o que veio a ser chamado de *teoria da racionalização*, segundo a qual a sentença ou o acórdão não expressava as razões "reais" da decisão, mas apenas aquelas socialmente aceitáveis. Daí ser possível sustentar, coerentemente, acerca da irrelevância ou do *relativo* desvalor das razões declaradas pelos juízes

nas suas decisões. *Isso não significa rejeitar a obrigação de fundamentar as sentenças* - o que é de vital importância - mas, apenas, argumentar que, na maior parte dos casos, deve-se desconfiar dos motivos ali declarados[9]. Em síntese, pode-se dizer que ele sublinha, para o bem ou para o mal, o papel ativo preponderante exercido pela subjetividade do julgador, mesmo que de forma inconsciente.

Além da argumentação de que o juiz é um agente ativo e, de certa forma, dever sê-lo, afirma que o direito é um "fenômeno social" e não uma mera produção teórico-intelectual, ou, como se pode acrescentar, expressão máxima da racionalidade de uma época. Para se entender tal argumento, ilustra-se, dizendo que os valores de uma sociedade injusta tenderão a se refletir em um direito injusto (Geertz, 2002, p. 328).

Fortemente influenciado pelo ambiente filosófico dos EUA, em que as idéias do pragmatismo filosófico[10] tinham grande força, Holmes foi amigo de William James (1842-1910), um dos principais pragmatistas. Daí a afirmação que veio a se tornar sua marca registrada:

"A vida do direito não foi a lógica; foi a experiência. As necessidades sentidas em cada época, as teorias morais e políticas predominantes, intuições de ordem pública declaradas ou inconscientes, até os preconceitos que os juízes compartilham com os seus semelhantes, tiveram participação bem maior que o silogismo na determinação das normas que deveriam dirigir os homens. O direito incorpora a história do desenvolvimento de uma nação no curso de muitos séculos e não pode ser tratado como se apenas contivesse axiomas e corolários de um livro de matemática. Para saber o que é o direito, temos de saber o que foi e o que tende a ser. (...) Em qualquer tempo, a substância do direito, enquanto esteja ele em vigência, corresponde, de modo bem aproximado, ao que se tem então por conveniente; sua forma, entretanto, e seu mecanismo, e o grau em que é capaz de produzir resultados desejados, dependem muito do seu passado" (Holmes, [1963], p. 29).

Holmes argumentava que a preocupação do direito deveria estar nas realidades empíricas da vida social. Tinha em vista, portanto, solapar as "certezas" do chamado positivismo lógico e da escola analítica – da qual John Austin foi um dos expoentes.

Apesar de não ser um "realista" no sentido estrito, foi exatamente essa forma de pensar que levou Holmes a "contaminar" as concepções dos que vieram a chamar-se "*realistas norte-americanos*", impulsionando a formulação de suas idéias.

Até Holmes, segundo Rodrigues, o pensamento jurídico norte-americano ainda estava absorvido no pressuposto, dito ingênuo, de que o direito escrito nas tábuas sagradas, era um sistema completo e perfeito e de que os juízes apenas descobriam a lei (Rodrigues, 1992, p. 103). Tanto quis destacar o papel ativo do juiz, que chegou a argumentar que possuir um direito formal, legalmente garantido, pode nada significar. Isso, uma vez que a lei nada mais significa do que uma "profecia" de sentença: "As profecias daquilo que os tribunais de fato farão, e nada mais pretensioso, são o que eu entendo por direito [tradução livre]" (Holmes, 1897, p. 460-1).

Holmes combateu A defesa dogmática do chamado *laissez faire* econômico foi combatida em várias manifestações, quando de seus julgamentos. A *interpretação* da palavra "liberdade" - consignada na Constituição Norte-Americana - que mais inquietou, e contra a qual se levantou, foi aquela que conformava a negação de qualquer intervenção governamental no funcionamento do mercado econômico. Ou seja, era contra a interpretação que identificava a liberdade constitucional, reduzindo-a,

como a liberdade contra qualquer intervenção estatal na vida econômica, que se ele se insurgia em numerosos votos que foram inicialmente vencidos. Cardozo, que adotou, em sua época, posição semelhante à de Holmes, declarou que:

"Holmes percebeu vividamente o que quis dizer Tocqueville há um século: uma espécie de liberdade pode cancelar e destruir outra; ainda mais forte que o amor da liberdade é a paixão por algo diferente, diferente no nome, mas no fundo idêntica, que é a paixão pela igualdade. Restrições, vexatórias se vistas isoladamente, podem "ser vistas como necessárias a longo prazo para estabelecer a igualdade de posição" na qual a verdadeira liberdade começa. Muitos apelos à liberdade são disfarces de privilégios ou desigualdades que buscam entrincheirar-se atrás do lema de um princípio [tradução livre]" (Cardozo, 1947, p. 82).[11]

Dessa forma, em nome de uma suposta "liberdade", ou a defesa da "livre negociação", ou ainda, a defesa acrítica da máxima autonomia individual poderia redundar na ampliação da capacidade dos economicamente fortes de impor seus interesses aos, de fato, sem condições reais de barganha. Em outras palavras, como sugere Rodrigues, isto poderia promover a liberdade da "opressão econômica".[12]

Por fim, nos restritos limites deste trabalho, deve-se mencionar que o trabalho de Holmes com o direito sempre teve destaque: tanto por sua forma literária e por seu embasamento filosófico, como por seu conhecimento técnico. Resta, então, o registro da visão de Rodrigues, referente à atuação dos juízes (Holmes entre eles) por ela estudados:

"Pela originalidade do pensamento; pela força admirável de expressão; pela maneira como soube casar as exigências da uniformidade nacional e da diversidade local e as necessidades do Governo aos direitos e às liberdades individuais; pelo desprendimento com que, até os 40 anos, apesar de sofrer a incompreensão do meio e de seu próprio pai, se mantém fiel a si mesmo e ao estudo solitário e desinteressado do direito, complementado pela intensa leitura de filosofia e de literatura, foi Holmes o maior de todos" (Rodrigues, 1992, p. 102).

3.2. Jurisprudência Sociológica

Apesar da opinião de alguns autores[13], opta-se aqui por não enquadrar Holmes exclusivamente nessa categoria, compreendendo-o mais, como um precursor e fonte inspiradora de ambas.

Como membros específicos dessa forma de pensar e trabalhar o direito pode-se citar, em especial, dois juristas[14]: Benjamin Cardozo e Roscoe Pound (1870-1964). Este foi decano da *Law School* de Harvard. Apesar da opção de se priorizar às idéias de Cardozo, suscita-se, também, alguns argumentos de Pound.

Na época da atuação de Cardozo, uma significativa parcela das decisões dos juízes reforçava o entendimento, que no Brasil tende a ser chamado de "liberal", de que "tanto melhor é um governo quanto menos ele intervém na sociedade". Ou seja, o discurso predominante tinha como pano de fundo uma tradição teórico-política que concebia o Estado quase que em oposição à sociedade. Restava então à "sociedade", segundo esse discurso, impor determinadas regras cerceadoras e orientadoras das formas de exercício do poder daquele (Estado). Esta restrição ao poder de mando dos ocupantes do Poder Político garantiria, entre outros bens, a liberdade dos indivíduos.

Seguindo os passos de Holmes, Cardozo problematizou essa doutrina que acabava por impedir as ações do Poder Executivo e do Poder Legislativo que visavam

regular os grandes negócios e o chamado "mundo do trabalho"[15]. As interpretações jurídicas então predominantes validavam a restrição dos poderes governamentais em face de tais negócios e a quase impossibilidade de regulamentação das relações de trabalho. Cardozo prestava assim, sua homenagem a Holmes, alinhando-se ao seu pensamento de que a pura "liberdade de mercado", poderia, muitas vezes, corresponder à liberdade da opressão do mais fraco pelo mais forte, dadas as desiguais capacidades de viabilizar seus interesses.

Nesse contexto, ganha força a percepção da necessidade de uma nova compreensão dos (a) preceitos e definições legais, (b) das responsabilidades sociais dos atores jurídicos e (c) das práticas jurídicas recorrentes, face às "necessidades e fins sociais dos membros da sociedade". Pretende-se sinalizar, mais à frente, como toda a obra de Cardozo revela essas características.

De forma muito similar, atuou Roscoe Pound. Este expôs sistematicamente os *métodos e os propósitos* da jurisprudência sociológica, em um artigo publicado em 1912[16].

Pound tornou-se conhecido por classificar o direito como uma "engenharia social". Em outras palavras, o direito pode ser um instrumento para se conseguir determinados *resultados* mediante a ordenação das relações humanas e, para tal, necessita ser aperfeiçoado. Esses "resultados" estão relacionados ao fato de o direito ser considerado uma ferramenta para a melhoria da condição social e econômica das pessoas. Para ele, o direito deve satisfazer adequadamente as necessidades sociais (Moraes Filho, 1997, p. 166). Perseguindo esse propósito, Pound ressalta os interesses *sociais* (não mais privilegiando somente os interesses individuais, como no século XIX). Considera-os como pretensões ou desejos atrelados à *vida social* "civilizada" e devem ser afirmados em nome dessa vida (ibid.). Pode-se, em síntese, dizer que ele entende o direito como um motor de transformação social, possuidor de uma relevante função social, percebendo-se aí, uma das razões pela qual a jurisprudência sociológica é considerada como uma "*escola funcionalista*" do direito[17].

Como já se mencionou, há divergências na classificação desses teóricos. Para Grzegorczyk, Michaut e Troper (1992, p. 48)[18], a jurisprudência sociológica foi inaugurada por Holmes, a partir de sua definição de direito como "previsão das decisões futuras dos tribunais". Ainda segundo esses autores (ibid.), todos os grandes juristas dessa tendência - Cardozo entre eles - descreviam os comportamentos ou as práticas extra-legais que interferem na elaboração das regras jurídicas pelos juízes. Sublinham, também, o papel do direito como um instrumento da regulação das relações sociais (a referida "engenharia social" de Pound).

Pode-se dizer, pois, que essa "escola jurisprudencial" preocupava-se menos com a descrição das normas estatais oficiais e dos precedentes (ao contrário das perspectivas normativistas e formalistas) e mais com fornecer aos julgadores novas formas - ampliadas - de se trabalhar com essas mesmas normas e precedentes judiciais.

Em síntese, opunha a descrição à prescrição, construindo os moldes de uma teoria prescritiva. Teoria essa, ainda imprecisa, que designaria ao direito a realização de estratégias a serviço de fins sociais que lhe eram exteriores (ibid.), utilizando-se para tanto da chamada "construção do direito pelo juiz"[19].

3.3 Movimento Realista Norte-Americano

Sob essa denominação, agrupa-se uma pluralidade heterogênea de autores

com idéias, muitas vezes, conflitantes. Deve-se advertir, portanto, que a conveniência de registrá-los sob um mesmo termo não deve levar a crer tratar-se de um grupo com idéias homogêneas, não despojadas de antagonismo. Exatamente pelo fato de o realismo norte-americano estar longe de configurar uma escola científica coerente, que se justifica a preferência de não denominá-lo por escola ou corrente, mas sim de "movimento". Tal movimento se desenvolveu a partir dos anos 20, contando entre seus representantes mais conhecidos com Karl N. Llewellyn (1893-1962) e Jerome Frank (1889-1957). Segundo Llewellyn, não existe uma escola realista, o que existe são homens que, individualmente, refletem sobre o direito e seu lugar na vida social. A maneira pela qual eles "atacam" os problemas jurídicos é impregnada de um viés militante (Llewellyn[20] apud Grzegorczyk; Troper, 1992, p. 53, nota 26).

Tal como a jurisprudência sociológica, o realismo é fundamentalmente "anti-formalista" (no sentido de não priorizar o estudo da estrutura formal do direito). Seus adeptos tinham por principal objetivo desmistificar o processo formal de aplicação do direito positivo pelos juízes, tentando pensar "realisticamente" os problemas legais. Por "realisticamente" deve-se entender uma preocupação em pôr a prova os dogmas legais que "camuflavam" uma defasagem entre as formas prescritas de atuação, as justificativas declaradas, e os comportamentos que eram de fato adotados pelos juízes. Rejeitavam, por isso, qualquer especulação filosófica sobre o significado do direito, o que redundaria, segundo eles, em definições por demais "metafísicas"[21]. O atributo "realista" implicava ainda, uma refutação da "teoria oficial" do *common law* de então, no que diz respeito, especialmente, ao dogma da não construção do direito pelo juiz. Este, segundo o entendimento doutrinário predominante, deveria se limitar a aplicar as regras pré-existentes. Os autores realistas fazem "naufragar" essa doutrina, demonstrando ser ela impossível na prática, sendo necessário, portanto, abandonar as ficções doutrinais e reconhecer o papel decisivo do juiz no funcionamento do sistema jurídico.

No plano filosófico, os realistas foram influenciados pelas idéias do pragmatismo[22] de William James, John Dewey e Charles Sanders Peirce. Percebe-se essa associação no objeto que foi privilegiado pelos estudos realistas - o funcionamento dos órgãos judiciários e as regras *efetivas* de sua organização, além dos motivos reais que orientam os comportamentos pessoais tendo em vista decisões judiciárias - como também relativamente à definição das coisas segundo o que elas fazem, segundo os resultados ou efeitos que produzem. Ou seja, não há definições *a priori*, de caráter "especulativo" e nem a partir de deduções supostamente lógico-formais. Exemplificando essa influência há uma marcante frase de Jerome Frank: "(...) o direito é uma sentença anterior específica ou uma suposição da qual possa ser uma sentença futura" (Moraes Filho, 1997, p. 171). Segundo José de Oliveira Ascensão, "o realismo jurídico norte-americano vai ao ponto de reduzir toda a regra a uma mera previsão da maneira como o juiz decidirá aquele caso. A regra é pois um fato, precedendo outro fato futuro" (Ascensão, 2001, p. 30).

Advém daí, uma tendência ceticista fortemente presente em vários realistas. Ceticista porque questionam, por exemplo, a dependência do processo decisório dos juízes - cujo resultado é a sentença - das normas oficiais e da "lógica jurídica". Declaravam que essas regras formais serviam realmente para propiciar um verniz de legitimidade ou um álibi justificativo ao juiz, que, de fato, decide com base em motivos amplamente subjetivos e pessoais,

ou ainda por meio de verdadeiras intuições (*hunches*). Assim, o recurso declarado às regras oficiais, quando da justificativa da sentença, consistiria apenas numa forma de "racionalização"[23] das decisões tomadas intuitivamente. Em outras palavras, as sentenças dos juízes são frutos de suas preferências pessoais e das perspectivas escolhidas subjetivamente. E o que determina as preferências pessoais dos juízes? Dizem os realistas que aí entraria, por exemplo, a esfera do inconsciente. Assim, cabe perguntar: - *Seriam os juízes aqueles que tomam as decisões, optando conscientemente entre uma série de alternativas dadas, ou seriam eles tomados por elas*?

Alguns realistas, como Llewellyn, chegavam a manifestar um ceticismo com relação à "razão humana" como organizadora da sociedade e definidora de uma noção de justiça. Quanto a isso, pode-se dizer que o intuito dos realistas era *a radical revisão da apresentação do método (e, por conseguinte, do próprio método) de decisão judicial*, tal como fora apresentado na tradição clássica.

Exploradas essas idéias, chega-se à oposição, já típica na doutrina norte-americana, entre o (I) *direito formal*, aquele que oficialmente deve prevalecer, expresso nos textos legais e nas compilações jurisprudenciais (o *law in books*), e o (II) direito vivo ou "em ação", que se constrói na prática (o *law in action*). Uma abordagem que se preocupe unicamente com o primeiro (*law in books*) acaba por perder de vista a "realidade" (como as coisas são efetivamente feitas – o *law in action*), ou boa parte dela. Assim, é preciso entender esse último, e não renegar sua existência de maneira fictícia. Surge, daí, o discurso de que a atenção deve estar dirigida aos *fatos* e às suas descrições e não mais tanto às doutrinas.

Privilegiando os fatos e os mecanismos reais (nem sempre confessos ou transparentes) que influenciavam o processo de formação das decisões, os estudos realistas acabaram por privilegiar descrições fiéis das práticas concretas dos tribunais, ao invés de empreender descrições acerca do direito positivo. A partir desses resultados, eles reforçaram e embasaram suas posições de que é o juiz quem cria o direito. Assim, somente aquelas normas instituídas pelos tribunais, quando da tomada de decisões, merecem o atributo de "jurídicas". Para Jerome Frank, "ninguém conhece o direito relativo a nenhum assunto ou situação, transação ou acontecimento dados até que tenha havido uma decisão específica a respeito" (Frank[24] apud Moraes Filho, 1971, p. 179). Daí a acusação desferida por Pound de que os realistas são adeptos de "um culto da decisão concreta".

Benjamin Cardozo é considerado um realista moderado, por partilhar de várias dessas idéias. Ele chega a enumerar as várias escolhas (que poderiam ser arbitrárias) envolvidas no processo judicial, além de sustentar a criação do direito pelos magistrados. No entanto, deve-se registrar que as posições mais extremadas dos realistas fizeram Cardozo parecer um utópico. A apresentação de suas idéias aparece a seguir.

4. A Natureza do Processo e a Evolução do Direito em Cardozo

Cardozo foi um dos estudiosos do direito influenciados por um ambiente intelectual pleno de novidades filosóficas, o que propiciou o surgimento de determinadas concepções inovadoras no campo do direito. Essas novas concepções pretenderam, em maior ou menor grau, questionar visões teóricas que conformavam as práticas de então, ditas dogmáticas, formalistas e positivistas. Suas idéias propuseram novas formas de se compreender o direito e, conseqüentemente, de se operar juridicamente. Isso ficou manifesto em toda sua carreira.

Nas doutrinas desses estudiosos "rebeldes" (Cardozo, em especial), ficou latente a incorporação de certas doutrinas filosóficas e teorias das ciências sociais. Eles se insurgiram contra ordinárias afirmações de que o direito deveria ser visto de forma insulada, uma vez que configurava um "sistema autônomo".

Apesar de ser um dos expoentes principais da "jurisprudência sociológica", boa parte da obra de Cardozo poderia ser classificada de "realista"[25]. De fato, isso não significa qualquer contradição, uma vez que se tenha em mente que os dois "movimentos" nutriam-se mutuamente, apesar de algumas divergências contundentes. Essa "confusão" se justifica na medida em que Cardozo privilegia - da mesma forma que os realistas - o estudo da figura do juiz e seus métodos de julgamento (a "natureza" do processo e a operação das instituições judiciárias). Tal afirmação não autoriza, contudo, a suposição de que suas idéias tenham se limitado a apenas isso, ou que ele restringisse seu esforço teórico a uma mera descrição de práticas observáveis. A isso transcendeu amplamente. Segundo Moses J. Aronson, "(...) [Cardozo] teve consciência de que a sua teoria era primeiramente um programa e uma promessa do que poderia tornar-se a ciência do direito, se fecundada pela filosofia e pelas ciências sociais" (Aronson[26] apud Rodrigues, 1956, p. XXXI). O mesmo autor acentua ainda que "*ao descobrir as passagens subterrâneas que conduzem das ciências sociais à ciência jurídica, Cardozo ajudou a revigorar a teoria do direito, abrindo-lhe visões de novas perspectivas e horizontes mais largos* [sem grifo no original]" (Aronson[27] apud Rodrigues, 1956, p. XXXII).

Encarar o direito sob esse prisma significa considerá-lo como um fenômeno social, interagindo, de forma complexa, com variados aspectos e instituições sociais: idéias religiosas, relação de forças entre grupos sociais, expressão parcial dos valores da sociedade, opiniões maiormente divulgadas... É por isso que a análise do chamado "mundo jurídico" não pode alienar-se às considerações das outras ciências, tornando-se um instrumento capaz de averiguar a importância e os papéis do direito numa sociedade.

A maneira pela qual o direito é formulado, executado e aplicado - e por que não representado ou percebido? - tem conseqüências sociais, econômicas e políticas. Os chamados operadores do direito também pertencem, em posições diversas, a essa sociedade e possuem, portanto, diferentes visões acerca da realidade. Cardozo defende que esses operadores devem trabalhar com o direito – interpretando-o e fazendo certas leituras da realidade-, de forma a *potencializar uma função a ser cumprida*, que, em linhas gerais, pode ser considerada como sendo a de atingir o que ele chama de "*fins sociais autênticos*". Entende-se, daí, o argumento de que a responsabilidade desses operadores não se restringe a um exercício teórico-abstrato, segundo regras formais baseadas, em tese, numa "lógica jurídica pura". No seu primeiro livro (1903), *A jurisdição do Tribunal de Apelação do Estado de Nova York*, Cardozo escreve que[28]

"O tribunal não existe para o litigante individual, mas para o corpo indefinido de litigantes, cujas causas estão potencialmente envolvidas na causa específica em exame. Os danos sofridos pelos autores são apenas os símbolos algébricos dos quais o tribunal deve extrair a fórmula de justiça" (Cardozo apud Rodrigues[29], 1956, p. III).

Assim, pode-se argumentar que o aparato de administração judicial que, em tese, distribui "justiça", "solucionando" conflitos, não se confunde, automaticamente, com a própria noção de "justiça". Em outras palavras: não se deve identificar automaticamente o mero *funciona-*

mento formal da "máquina judiciária" - e seus produtos - com qualquer concepção de justiça que não se restrinja a um viés estritamente formal. Logo, não se admite aqui, for força deste argumento, que uma perspectiva única, de foco formal (ou oficial) da realidade, se identifique, para efeitos de discussão do "justo", ao próprio "justo" - entendido como uma *noção substantiva*. Tal noção envolve a percepção de múltiplas dimensões do direito e da "sociedade", o que exige abordagens não estritamente formalistas.

A partir dos livros de Cardozo - *A Natureza do Processo e a Evolução do Direito*[30] - depreende-se os seguintes pontos, que podem ser qualificados como principais.

1. Somente uma ampla cultura, sustentada por um saber multidisciplinar profundo, propiciará uma visualização dos problemas complexos e das suas soluções jurídicas. Cardozo transita pelo campo da psicologia, filosofia, história, sociologia, legal, etc.;

2. A discussão sobre as formas e os componentes reais das decisões dos juízes, sob o ponto de vista *pragmatista* de que não se pode compreender o que uma coisa realmente é senão depois de estudar o seu funcionamento ou àquilo que ela realiza.

3. A sugestão de uma determinada *forma de atuação judicial* (que não representa, na verdade, nenhuma "fórmula" rígida), edificada sobre "considerações de conveniência, de utilidade e dos mais profundos sentimentos de justiça". O peso dessas considerações pode afastar o "fetiche" por máximas implacáveis ou evitar uma atuação que busca parecer estritamente dogmática e que, nesse esforço, se "irracionalize";

4. A oposição de Cardozo à noção de uma inflexível e perpétua separação de poderes, em que os binômios juízes/intérpretes (lógico-formal) e legisladores/criadores configurariam um dogma. Essa noção - separação de poderes - deve ser encarada com *elasticidade*;

5. Novas leituras de regras antigas (inspiradas por outras realidades) conformariam adaptações da jurisprudência às novas condições e sentidos do "justo", e isso *não* significa usurpação de funções pelo juiz. Não se trata, mesmo, de nenhuma inovação radical, pois configura apenas o mesmo poder de criação e construção que tornou possível o *common law*. Este ponto é tratado de forma recorrente por Cardozo e já revela sua disposição de atentar primeiro para os fatos (ou, pode-se acrescentar, para uma leitura deles) e só depois para as regras abstratas;

6. A tentativa de desenvolvimento de uma filosofia que se ocupe das chamadas "causas finais do direito", denotando uma noção funcional e finalista ao direito. Esse ramo da filosofia do direito deve formular os princípios determinantes da escolha judicial;

7. O processo judicial é visto essencialmente como um compromisso entre extremos antitéticos (estabilidade/evolução; regra formal/algum ideal de justiça induzindo à quebra dessa regra; causas remotas/causas próximas; indivíduo/coletividade; liberdade/governo. É na solução dessas antíteses, reais ou aparentes, que se encontram os problemas do direito;

8. A função judicial qualificada como *dinâmica* ou *criadora*, ao contrário de meramente "mecânica", traduzindo o papel inevitavelmente ativo que é exercitado pelo juiz. A distinção entre certos campos em que a função judicial é estática ou imitativa (precedente) daqueles primeiros (criadora ou dinâmica). "A Constituição não é um código de prática civil";[31]

9. A tentativa de romper com doutrinas clássicas que afirmavam dever ser o juiz simples revelador do direito pré-existente.

10. Considerar as *exigências da vida social*, e não deduções lógicas, como a fonte primordial do direito;

11. A apresentação de vários métodos possíveis de orientar o juiz na busca pela decisão. Além do esforço de mostrar que a escolha do(s) método(s) é determinante do resultado, uma vez que métodos variantes levam a resultados variantes. Cardozo destaca, entre eles, o "sociológico". Sustenta, ainda, que *a interação entre vários métodos sempre ocorre*, mesmo que de forma inconsciente, não reconhecida.

Uma vez vistos esses pontos e admitidas as noções: (I) de que o juiz não é nem um mero declarador mecânico-passivo (o que conformaria uma criticável *mechanical jurisprudence*), nem o revelador de um direito pré-existente (juiz "oráculo"), e (II) de que a isso não se pode fugir, resta discutir os elementos condutores *reais* e os que se pode *desejar* da ação dos juízes.

Proceder dessa forma, implica em inserir o direito num processo de aprendizado que o mantenha vivo mesmo sem as certezas que o geraram. Isso, segundo Geertz, já ocorre com quase todas as outras instituições permanentes - a religião, a arte, a ciência, o Estado, a família (2002, p. 328). É preciso, portanto, respeitar, *mas não venerar "religiosa ou dogmaticamente"* as pretensões, por exemplo, de Montesquieu e Marshall[32].

Cardozo deixa bem claro ser o próprio juiz um criador de direito, vendo no exercício da função judicial uma oportunidade para moldá-lo, de forma criativa, tendo em vista as necessidades de uma ordem social em mudança. Essa "adequação" deve ser orientada por uma paciente pesquisa, envolvendo a profunda compreensão dos preceitos e princípios legais, que seriam interpretados à luz da sua história passada e do quadro ético, social, político e econômico atual. Desta forma, pode o magistrado ser capaz de dirigir os preceitos legais no sentido de uma maior utilidade social. Em suma, como o juiz já é um criador do direito, e a isso não se pode fugir, é preciso escolher o sentido da criação. E é exatamente por meio dessa inescapável "criação", que a lei vai mostrar-se permeável às transformações dos fatos e das idéias.

Já Hermes Lima registrou - e isso fica claro à luz da experiência jurídica vivida no Brasil - que "(...) muita coisa existente nos códigos só pode vir a servir com um trabalho de adaptação e construção" (Lima, 1977, p. 162-3). É ele também quem sublinha que "a noção de que a lei, obra do legislador, era algo de definitivo, cede lugar à idéia de que a lei, como assinala CARDOZO, nunca está concluída porque tem de acompanhar a vida da sociedade" (ibid., p. 163). É desta forma que determinadas interpretações, especialmente referentes ao campo do direito social, foram feitas visando uma maior proteção dos excluídos[33] do processo de acumulação de capital. Talvez já prevendo as possíveis críticas, Cardozo argumenta que:

"Algumas vezes nos dizem dever a mudança ser obra da lei e ser a função do processo judicial simplesmente de conservação. Historicamente isso não é verdade e se o fosse seria uma desgraça (...) O direito tem fórmulas e métodos de julgamento apropriados à conservação e fórmulas e métodos apropriados à mudança" (Cardozo[34] apud Rodrigues, 1956, p. XI).

Em seguida, parecendo dialogar com jusfilósofos positivistas[35], diz:

"A idéia de poder o jurista abandonar toda consideração do que deveria ser a lei surge da ficção de constituir o direito um sistema completo e fechado e de serem os juristas e juízes meros autômatos que registram a sua vontade ou fonógrafos que pronunciam suas disposições. Os sentimentos de justiça não podem ser banidos da teoria do direito nem de sua administração" (Cardozo[36] apud Rodrigues, 1956, p. XI).[37]

Corroborando um apelo de Cardozo[38] de que *ouvidos sacerdotais precisam ser abertos a outras vozes,* Rodrigues declara que "os juízes marcham às vezes para soluções impiedosas, convencidos da impossibilidade da escolha de outro desfecho [sem grifo no original]" (Rodrigues, 1956, p. VII).

Com relação à construção judicial do direito, concorda Cardozo com Pound:

"(...) a criação não significa a construção de alguma coisa tirada do nada. A atividade criadora toma materiais e dá-lhes forma, de modo que possam ser usados para fins a que não se adaptavam os materiais informes" (Pound apud Cardozo, 1956, p. 140).

Isso pode ser clarificado quando das discussões, por exemplo, em torno do significado das liberdades individuais[39]. "As declarações de direito asseguram ao indivíduo a preservação da sua liberdade. Não definem a liberdade que prometem. Cada geração dá a essa liberdade um novo conteúdo, de acordo com as suas necessidades" (Cardozo[40] apud Rodrigues, 1956, p. XII).

Logo, as leis adquirem nova função: não mais a de reprimir as forças através das quais se pode desenvolver o direito criado pelos juízes, mas, pelo contrário, para estimulá-los e libertá-los (Cardozo apud Rodrigues, 1956, p. XVII). Existindo dúvidas sobre a viabilidade dessas idéias para o ordenamento e a cultura jurídica brasileira, pode-se mencionar uma virtual resposta de Cardozo: "pode-se acorrentar o direito com toda sorte de cadeias e grilhões. O juiz sábio arranja sempre um meio de libertar a vítima. Isso é verdadeiro ainda nos sistemas baseados em *códigos*" (Cardozo[41] apud Rodrigues, 1956, p. XII-III). E, reforçando o argumento, registra-se:

"(...) mesmo em outros sistemas em que o poder da iniciativa judicial está mais estreitamente limitado pela lei, igual desenvolvimento paira no ar. Por toda parte vai se dando maior importância à idéia da analogia entre a função do juiz e a do legislador" (Cardozo, 1956, p. 67).

Não obstante, Cardozo sustenta que a criação do direito só pode ser exercida de forma limitada. O juiz deve atuar criativamente suprindo as fontes formais e, mesmo nesse âmbito, não pode, por exemplo, "restringir os princípios gerais da organização judiciária, explícita ou implicitamente consagradas, nem formular uma regulamentação pormenorizada para o exercício de certos direitos, estabelecendo dilatações de prazo, de formalidades, de regras de publicidade" (Cardozo, 1956, p. 65). Indo além, sustenta que qualquer seja a liberdade concedida aos juízes, ela tende a ser estreita, pois "liberdade completa, irrestrita e não dirigida, nunca existe" (ibid., p. 141).

A mudança que se percebe, então, face às concepções tradicionais, refere-se à natureza do fim a que se busca, voltando essa possibilidade a favor da humanidade da melhor maneira possível. Aqui, fica clara a influência das idéias utilitaristas na concepção de Cardozo: daí advém a obrigatoriedade de se ponderar, tecendo considerações de *vantagem social*. Caso contrário, corre-se o risco de deixar as razões inarticuladas e, muitas vezes inconscientes. Isso leva a uma alteração da abordagem:

Houve períodos em que a uniformidade, até mesmo a rigidez, e a eliminação do elemento pessoal foram consideradas as necessidades capitais. Por uma espécie de paradoxo, o fim era melhor servido quando posto de lado e quando se pensava apenas nos meios. Gradualmente, a necessidade de um sistema mais flexível foi se afirmando. (Cardozo, 1956, p. 66)

Com respeito a prováveis insinuações de concentração de poderes, distingue entre o legislativo e o judiciário:

"(...) o legislador não está cerceado por quaisquer limitações ao apreciar uma

situação geral, que regula de maneira totalmente abstrata, o juiz, que decide à vista de casos particulares e com referência a problemas absolutamente concretos, deve, aderindo ao espírito da nossa organização moderna e a fim de escapar aos perigos da ação arbitrária, libertar-se, tanto quanto possível, de qualquer influência pessoal ou proveniente da situação particular que lhe é apresentada, e basear sua decisão judicial sobre elementos de natureza objetiva" (Cardozo, 1956, p. 68).

Os "elementos de natureza objetiva" a que ele se refere, serão obtidos pela utilização do método sociológico (que é apresentado a seguir). Por mais paradoxal que possa parecer, ao sublinhar a importância desse método, ele externava suas preocupações com a incerteza do *common law*, devido a uma avalanche de precedentes. Menciona, então, o *Instituto de Direito Americano*, criado em 1923, "para combater o monstro da incerteza e destruí-lo (...) por meio de uma nova compilação científica e acurada do direito vigente (...)" (Cardozo, 1956, p. 110). É no meio termo entre a certeza asfixiante e a incerteza que inviabiliza o mínimo de expectativas, uma vez que ambas são destruidoras, que deverá ser encontrada a solução. "A valorização excessiva da certeza pode conduzir-nos à adoração de uma rigidez intolerável" (ibid., p. 117). Por outro lado, as virtudes da simetria e da ordem podem ter, por vezes, um preço demasiado alto. Esse meio termo, ou "compromisso entre extremos antitéticos", parece evidente no trecho a seguir, em que, apesar de reconhecer que um dos interesses sociais fundamentais é o da uniformidade do direito, Cardozo sublinha:

"A uniformidade deixa de ser um bem quando se torna uniformidade de opressão. O interesse social servido pela simetria ou certeza deve, portanto, ser equilibrado com o interesse social servido pela equidade e pelo sentimento de justiça, ou ainda, por outros elementos relativos ao bem-estar social. Tais elementos poderão impor ao juiz o dever de traçar a linha partindo de outro ângulo, de se arriscar por novos caminhos, de marcar novo ponto de partida, do qual começarão sua jornada outros que virão depois dele" (Cardozo, 1956; p. 64).

Retornando ao método sociológico, deve-se registrar ser ele "(...) o árbitro entre outros métodos. (...) [determina] em última análise, a escolha de cada um, pesando os seus pedidos concorrentes, colocando limites às suas pretensões, balançando-os, moderando-os e harmonizando-os" (Cardozo, 1956, p.55).

Os outros métodos estão relacionados à divisão em quatro categorias das forças e dos métodos a serem obedecidos e aplicados: (I) força da lógica ou analogia (método da filosofia); (II) força da história (histórico ou da evolução); (III) força do costume (tradição); (IV) força da justiça, da moral e do bem-estar social: os mores do dia, com o seu resultado ou expressão no método da sociologia. Quanto à lógica, ela é entendida como um instrumento impossível de ser abandonado por qualquer método. "A diferença entre a função da lógica em um caso e em outro é, na realidade, diferença de relevo. Ela é tratada, de um lado, com instrumento suficiente de evolução, e, de outro, como instrumento cooperador" (Cardozo, 1956, p. 143).

Existe, nesse ponto, um resgate das idéias pragmatistas, segundo as quais, as regras justificarão sua existência *como meios adaptados a fins escolhidos*. Para essa adaptação e justificação, é preciso que se faça uma previsão dos prováveis efeitos dos diferentes métodos. "Os métodos, quando classificados e separados, adquirem sua verdadeira importância e perspectiva como meios destinados a um fim, e não como fins em si mesmos" (Cardozo, 1956, p. 145).

Em síntese, o que Cardozo sustenta é que não há sabedoria possível nas escolhas, antes de se saber aonde elas, provavelmente, irão conduzir. "A concepção teleológica da *função do direito* deve estar sempre no espírito do juiz. Isso significa (...) que a filosofia jurídica do *common law* é, no fundo, a filosofia *pragmatista*. Sua verdade é relativa, e não absoluta [sem grifos no original]" (Cardozo, 1956, p. 58).

5. Considerações Finais

O exame desses movimentos jurídicos norte-americanos, bem como de seus campos de contato e de afastamento, permite perceber uma inspiração comum e alguns atributos e propósitos bem distintos.

A "jurisprudência sociológica" expressa um conjunto de idéias marcadamente *propositivas* - verdadeiro guia para a atuação dos juízes: fornecendo critérios, métodos a serem utilizados, etc. Em outras palavras, seus adeptos se preocupam em identificar as "ficções jurídicas", presentes nos relatos dos operadores jurídicos, negando-as, para poder sugerir formas específicas de se perceber o direito aplicável nas decisões judiciais.

Por outro lado, o "realismo jurídico norte-americano" consiste, sobretudo, num conjunto de "estudos-denúncias", de perfil mais radical, que também buscam desmistificar e fazer "naufragar" uma forma de entendimento sobre o direito e seu funcionamento, tido como "irreal". "Irreal", pois divorciado da "realidade das coisas" e de seu funcionamento efetivo. Com isso, ganha força o esforço e a importância de investigações sobre o funcionamento concreto dos tribunais. As idéias manifestas desse movimento não aparentam, portanto, pretender ser um guia para a ação dos juízes, ou ainda, fornecer a eles um roteiro teórico-prático "sem riscos". Devido ao caráter cético de seus adeptos, não haveria segurança alguma de que qualquer recomendação racional ou a adoção de critérios conscientes sobrepor-se-iam às escolhas já previamente definidas (de forma inconsciente ou irracional) pelos julgadores.

De qualquer forma, esses movimentos legaram aos estudiosos de hoje determinadas inquietações, que se faz preciso enfrentar. Abriram verdadeiro leque de alternativas teórico-práticas. Vários critérios se mostraram possíveis, sendo que a escolha deles deverá se dar por imperativos da realidade ou por princípios. Ao propor a construção do direito, eles sustentavam não estar agredindo a separação de poderes[42].

Os críticos desses movimentos receberam respostas "ácidas" envolvendo, invariavelmente, acusações de possuírem "mentes estreitas, estáticas e rígidas".

Resta ainda dizer que vários dos autores mencionados mencionam, em suas obras - o que foi impossível de se apresentar devido aos limites deste trabalho-, de *princípios*. Princípios esses que devem nortear o processo decisório do juiz. Essas menções sugerem que esses estudiosos são precursores de certas preocupações centrais de autores contemporâneos, como Ronald Dworkin, que têm grande centralidade no debate atual, tanto no campo da ciência política quanto no do direito.

Por fim, cabe registrar certa "frustração" ao se constatar que tais doutrinas, alternativas ao positivismo árido, estão sobremaneira afastadas da pauta de discussões e de estudos das faculdades de direito.[43] Doutrinas que acabam sendo menos importantes por aquilo que defendem do que pelo debate e pelas idéias que suscitam.

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CARDOZO, Benjamin Nathan. *A natureza do processo e a evolução do direito.* Rio de Janeiro, Editora Nacional de Direito, 1956.

_____. *Mr. Justice Holmes.* In: HALL, Margaret E. *Selected writings of Benjamin Cardozo: the choice of Tycho Brahe.* New York: Fallon Publications, [1947], p. 77-86.

EISENBERG, José; POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo, direito e política.* Revista Novos Estudos CEBRAP, n. 62, março de 2002, p. 107-121.

GEERTZ, Clifford. *O saber local: novos ensaios em antropologia interpretativa*. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2002 [1997].

GRZEGORCZYK, Christophe; MICHAUT, Françoise; TROPER, Michel. *Le positivisme juridique.* Paris: LGDJ, 1992.

HALIS, Denis de Castro. *Manuais que informam ou manuais que desinformam? O caso da jurisprudência sociológica e do realismo norte-americano nos livros de direito do Brasil.* Comunicação e artigo apresentados no XI Congresso Brasileiro de Sociologia, GT 12 - Ocupações e profissões. 1 a 5 set. 2003, Unicamp, Campinas.

HOLMES [JR], Oliver Wendell. *O direito comum: as origens do direito anglo-americano.* Rio de Janeiro: Edições O Cruzeiro, [1963].

_____. *The path of the law.* In: Harvard Law Review, vol. 10, n. 8, p. 457-478, 1897.

LIMA, Hermes. *Introdução à ciência do direito.* 25. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. *Do espírito das leis*. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Os pensadores)

MORAES FILHO, Evaristo de. *Estudos de direito do trabalho.* São Paulo: LTR, 1971.

_____. *O problema de uma sociologia do direito.* Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito.* São Paulo: Martins Fontes, 1996.

POUND, Roscoe. *The scope and purpose of the sociological jurisprudence.* In: Harvard Law Review, vol. 25, 1912, p. 513-6.

RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o direito constitucional americano.* 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992.

_____. *Notícia bio-bibliográfica de Benjamin N. Cardozo.* In: CARDOZO, Benjamin Nathan. *A natureza do processo e a evolução do direito*. São Paulo: Editora Nacional de Direito, 1956.

OLIVEIRA VIANNA, F. *Problemas de Direito Corporativo.* Rio de Janeiro: José Olímpio, 1938.

WEBER, Max. *Economia e sociedade.* Vol. 2: cap. VII. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

NOTAS

[1] O autor muito deve e agradece à Lêda Boechat Rodrigues, a Michel Troper, a Eric Millard e a Daniela Rodrigues Alves pelo constante suporte acadêmico e por suas amizades sinceras.

[2] Outro movimento distinto e posterior veio a se chamar "Realismo Jurídico Escandinavo". Para uma apresentação geral de tais movimentos, cf.: ARNAUD, André-Jean; DULCE, Maria José Fariñas. Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 102 e seq.

[3] Conferir, por ex., Evaristo de Moraes Filho. *O problema de uma sociologia do direito.* 1997. Neste manual, essas doutrinas aparecem sob o nome de "escolas funcionalistas do direito". Outro exemplo mais recente, em que algumas confusões podem ser percebidas, encontra-se em: EISENBERG, José; POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo, direito e política.* In: Revista Novos Estudos CEBRAP, n. 62, março de 2002, p. 107-121.

[4] Termo que pode ser associado à "teoria ou ciência do direito".

[5] No original em inglês *The nature of the judicial process* (1921).

[6] No original em inglês: *The growth of law* (1924)

[7] Original em inglês: *The paradoxes of legal science* (1928).

[8] *Jurisprudência Sociológica*.

[9] Esse argumento é mais bem desenvolvido quando da apresentação das idéias de Cardozo.

[10] O pragmatismo filosófico é mais abordado nas próximas seções. Entre os pragmatistas que possuem maior importância entre as doutrinas dos juristas aqui estudados, estão William James, John Dewey (com sua lógica da previsão) e Charles Sanders Peirce.

[11] Rodrigues percebeu, também a importância dessa passagem, citando-a parcialmente (1956, p. XVIII).

[12] Max Weber já havia registrado esse problema: "O resultado da liberdade de contrato é, portanto, a criação da possibilidade de usar a propriedade de bens, mediante a hábil aplicação dela no mercado, como meio para adquirir, sem encontrar barreiras jurídicas, poder sobre outras pessoas*"* (Weber, 1999, p. 65).

[13] Cf. Grzegorczyk; Troper, 1992, p. 48.

[14] Vários juízes da Suprema Corte (EUA) podem ser inseridos nessa tendência, como Louis Dembitz Brandeis e Felix Frankfurter. Considerando os propósitos limitados deste trabalho, a apresentação das idéias de Cardozo é suficiente para se entender as preocupações que perturbavam esses juristas.

[15] Em especial no que diz respeito às relações patrões-empregados e à regulação das condições de trabalho e das formas de admissão e de dispensa dos trabalhadores.

[16] POUND, Roscoe. *The scope and purpose of the sociological jurisprudence.* In: Harvard Law Review, vol. 25, 1912, p. 513-6: *"*1- Estudar os efetivos efeitos sociais das instituições e doutrinas legais e, conseqüentemente, atentar mais para o funcionamento do direito do que para o seu conteúdo abstrato; 2- Promover estudos sociológicos em conexão com estudos legais na preparação da legislação e, conseqüentemente, perceber o direito como uma instituição social que pode ser melhorada por meio de um esforço inteligente, descobrindo os melhores meios de aprofundar e conduzir tais esforços; 3- Estudar os meios de tornar as regras efetivas enfatizando propósitos sociais ao invés de se apoiar na mera sanção; 4- O estudo sociológico da história jurídica, ou seja, quais os efeitos sociais produzidos pelas doutrinas do direito no passado e como elas os produziram; 5- Defender o que tem sido chamado de aplicação equânime do direito e exortar que os preceitos legais devem ser percebidos mais como guias para resultados que sejam socialmente justos e menos como moldes inflexíveis; 6- Finalmente, o fim, na direção do qual todos os pontos anteriores são apenas meios, qual seja o de se esforçar efetivamente para alcançar os propósitos do direito [tradução livre]".

[17] Cf. Moraes Filho, 1997, p. 166 et seq.

[18] Cf. a introdução de *Le positisme juridique* **(**1992, p. 48).

[19] Isso é abordado mais à frente, na análise de Cardozo.

[20] *Some realism about realism.* Harvard Law Review, 44/1931, p. 1233.

[21] Essa noção – "metafísica" – é, por eles, empregada para qualificar toda proposição da qual não se pode ter demonstração certa, ou sobre as qualidades não-empíricas das coisas.

[22] Sobre o pragmatismo, cf., por ex.: EISENBERG, José; POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo, direito e política.* In Revista Novos Estudos CEBRAP, nº62, março de 2002, p. 107-121. Cf. também DURKHEIM, Émile. *Sociologia, pragmatismo e filosofia*. Porto/Portugal, ed. Rés, s/d.

[23] Entendida no mesmo sentido de Holmes: motivos irracionais reais *versus* racionais fictícios.

[24] *Are judges human?* In: University of Pennsylvania Law Review, vol. 80, 1931, p. 41.

[25] Por exemplo, quando ele diz: "Um princípio ou regra de conduta estabelecido de modo a justificar, com certeza razoável, a predição de seu reconhecimento pelos tribunais, caso a sua obrigatoriedade seja posta em dúvida, é, pois, para o propósito do nosso estudo, um princípio ou regra de direito" (Cardozo, 1956, p.136).

[26] Aronson, Moses J. *Cardozo's doctrine of sociological jurisprudence.* Journal of Social Philosophy, New York, outubro de 1938, vol. 4, nº1, p. 43.

[27] Ibid., p. 203.

[28] *The jurisdiction of the Court of Appeals of the State of New York.* Albany, N.Y., Banks & Co., 1909.

[29] Aqui, Lêda Boechat Rodrigues refere-se à citação presente na obra de Henry Cohen, *The powers of the New York Court of Appeals* (1934).

[30] A edição brasileira reuniu os dois num só volume, conforme já mencionado.

[31] Benjamim Cardozo em voto vencido no caso *Panamá Refining Co.* v. *Ryan*, 293, U.S. 388, 447, 440 (1935) citado por Lêda Boechat Rodrigues, 1956, p. XXV.

[32] Ambos enfatizavam uma atuação estritamente "objetiva" por parte do juiz. Montesquieu chega a sustentar que os julgamentos nunca devem ser mais do que um texto exato da lei, caso contrário, viver-se-ia numa sociedade sem saber precisamente os compromissos que nela

são assumidos (*Do espírito das leis*. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 150). Escreve, além disso, que "(...) os juízes de uma nação não são, como dissemos, mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor" (ibid., p. 152).

[33] Instigante a preferência de Zygmunt Bauman pelo termo *consumidores falhos* para classificar os excluídos do que ele chama de "a era do consumo". Conferir, em especial, *O mal estar da pós-modernidade***.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

[34] *The paradoxes of legal science.* 2. ed. New York, Columbia University Press. 1930 [1928], p. 7-8.

[35] Hans Kelsen (1881-1973) foi um dos maiores expoentes do "positivismo jurídico". Sua obra mais conhecida é *Teoria Pura do Direito*. Nela defende que somente a lógica do dever-ser convém à ciência jurídica. Essa lógica desenvolve-se dentro do próprio sistema jurídico positivo, sendo que os elementos do meio social não pertencem à esfera jurídica propriamente dita. Para se chegar à sentença deve-se partir dos conceitos e, por meio de deduções lógicas, chegar às proposições jurídicas que propiciarão as decisões judiciais.

[36] *The paradoxes of legal science.* 2.ed. New York: Columbia University Press, 1930 [1928], p. 27.

[37] Neste sentido, Cardozo parece um precursor das idéias de autores que são hoje reputados como Chaïm Perelman. Em seu *Ética e direito*, ele sustenta que se dá preferência, por vezes, a um valor não explicitamente protegido por lei ao invés de um valor legalmente sancionado: "Portanto, todo o direito não está nos textos legais. O juiz efetivamente leva em conta valores e regras, mesmo que estas não tenham sido votadas e promulgadas formalmente" (Perelman, 1996, p. 454-5).

[38] *A evolução do direito*, 1956, p. 144.

[39] Da mesma forma, muito se discutiu acerca do *due process of law*, traduzido como o "devido processo legal". Uma das discussões, curiosamente, disse respeito à exigência ou não do auxílio de advogado para os que não pudessem arcar com os seus honorários. Sobre a liberdade, tornou-se clássica a distinção de Benjamim Constant entre "liberdade dos antigos" (chamada de liberdade positiva) e "liberdade dos modernos" (chamada de liberdade negativa).

[40] *The Paradoxes of Legal Science*, op. cit., pág. 97.

[41] Ibid, pág. 28.

[42] Essa linha de argumentação foi usada, por ex., no livro *Problemas de direito corporativo*, de Oliveira Vianna (1938). Neste, O. Vianna busca sustentar seu projeto de organização da Justiça do Trabalho face às críticas do civilista Waldemar Ferreira, utilizando-se dos argumentos propiciados pelos dois movimentos vistos neste trabalho. Vianna diz ser o poder normativo dos juízes, por ele defendido, de natureza distinta do poder dos legisladores. Estes últimos criam normas gerais abstratas (leis), ao contrário das normas criadas pelos juízes, que não são leis, sendo antes regulamentos de natureza particular. Cf., em especial, os caps. II e III.

[43] Cf. Halis (2003).