



**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA – EDB
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

NAIARA REGINA HERMÓGENES DE OLIVEIRA

REALISMO JURÍDICO

**BRASÍLIA/DF
NOVEMBRO 2017**

NAIARA REGINA HERMÓGENES DE OLIVEIRA

REALISMO JURÍDICO

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado na Faculdade de Direito da
Escola de Direito de Brasília – EDB/IDP
como requisito básico para conclusão do
Curso de Direito.

Orientador: Paulo Gustavo Gonet Branco

Brasília/DF
Novembro 2017

NAIARA REGINA HERMÓGENES DE OLIVEIRA

REALISMO JURÍDICO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado na Faculdade de Direito da Escola de Direito de Brasília – EDB/IDP como requisito básico para conclusão do Curso de Direito.

Brasília-DF, 20 de novembro de 2017.

Prof. Paulo Gustavo Gonet Branco

Membro da Banca Examinadora CEPES

Membro Externo

Dedico este trabalho a meu afilhado,
Mario Gustavo, a minha família e amigos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a minha família pelo apoio na realização deste trabalho, em especial minha mãe, Vera Hermógenes.

Aos professores Paulo Mendes que foi uma luz e inspiração para escrever o artigo Realismo Jurídico: perspectivas e mito da teoria da decisão, o Professor Álvaro Ciarlini sem o qual não seria possível terminar este trabalho, a professora Luciana Garcia quem sempre me incentivou e a meu orientador.

RESUMO

Este trabalho tem o fito de analisar como o Realismo Jurídico, movimento doutrinário de cunho antimetafísico, que rechaça a jurisprudência mecanicista da Escola Exegética, caracterizado por ser cético ante as normas e conceitos, constitui-se como método concreto de tomada da decisão pelo Supremo Tribunal Federal. Intenta determinar como esta escola procura desvendar a linguagem jurídica, aproximando a realidade jurídica, da realidade social (fatores sociais) do conflito jurídico, por meio da interpretação dos textos normativos. Pretende-se, ainda, analisar a finalidade do realismo jurídico na Reclamação 4.335 Acre. Para tanto a metodologia parte do eixo dogmático instrumental do estudo bibliográfico das obras de Alf Ross e Riccardo Guastini, numa análise comparativa entre a concepção do realismo americano, escandinavo e genovês e sua visão pelos teóricos e práticos brasileiros, pois, para isto, será necessário compreender a função do juiz e seu modo de interpretar o texto normativo. Desnudando a linguagem na tomada da decisão por meio de reflexões jurídicas no caso concreto. O trabalho tomará por base as escolas realistas estadunidense, escandinava e genovesa. Pretende-se desconstruir a visão de que o realismo seria o que o STF diz ser o direito, visto que o direito é uma concepção interpretativa, um conjunto de significados, uma variável dependente da interpretação, na definição de Guastini. Depreende-se do estudo que o realismo é utilizado de forma a fundamentar a decisão, mas não como método de tomada da decisão visto persistir muita confusão sobre o que vem a ser o realismo e sua aplicação como método de decisão, pois atribui a ele a vontade, crenças e cultura dos juízes, definindo-o como ativismo judicial. Concluindo através do estudo que o realismo quando utilizado como instrumento do direito no Brasil, não é empregado como meio de aproximação da realidade social da realidade jurídica, mas como argumento de autoridade para fazer valer o discurso do magistrado.

PALAVRAS-CHAVES: Realismo Jurídico. Realismo estadunidense. Realismo escandinavo. Realismo genovês. Teoria da decisão. Interpretação.

ABSTRACT

This work has the purpose of analyzing how legal realism, an ant-metaphysical doctrinal movement, which rejects the mechanic jurisprudence of the Exegetical School, characterized by being skeptical as norms and concepts, is constituted as concrete method of decision-making of the Supremo Federal Court. It tries to determine how this school seeks to unveil legal language, approaching legal reality, social reality (social factors) of legal conflict, through the interpretation of normative texts. It is also intended to analyze the purpose of legal realism in Complaint 4.335 Acre. For this, the methodology starts from the dogmatic instrumental analysis of the bibliographic study of the works of Alf Ross and Riccardo Guastini, a comparative analysis between a conception of American, Scandinavian and Genoese realism and its vision by Brazilian theorists and practitioners. From this, it is necessary, a function of the judge and his way of interpreting the normative text. Stripping a language in the decision making through legal reflections in the concrete case. The work will be based on realistic American, Scandinavian and Genoese schools. It is intended to deconstruct a view of the realism is what the STF says to be the right, since what is an interpretation, in the definition of Guastini. It appears from the study that realism is used in a way to substantiate a decision, but not as a Decision Method, since much confusion persists about what a realism really is and its application as a method of decision, because it attributes to it the will, beliefs and culture of judges, defining it as judicial activism. Concluding through study at the same time when used as an instrument of law in Brazil, it is not used as a means of approaching social reality, but as an argument of authority to assert the magistrate's speech.

KEYWORDS: Legal Realism. American realism. Scandinavian realism. Genovese realism. Theory of decision. Interpretation.

Sumário

INTRODUÇÃO.....	8
1. REALISMO JURÍDICO.....	12
1.1 Conceito.....	12
1.2 SURGIMENTO DO REALISMO JURÍDICO.....	16
2. ESCOLAS REALISTAS.....	20
2.1 Escola Americana.....	21
2.2 Realismo Jurídico Europeu Continental.....	25
1. Escola Escandinava.....	26
2. Escola Genovesa.....	30
3. REALISMO JURÍDICO NO BRASIL.....	36
3.1 REALISMO JURÍDICO NA TOMADA DE DECISÃO.....	41
3.2 ESTUDO DE CASO.....	44
1. Metodologia.....	45
2. Análise do Voto	47
CONCLUSÃO.....	57
REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA.....	60

INTRODUÇÃO

Este trabalho¹ tem como objetivo verificar em que medida serviria o Realismo Jurídico para pensar a prática concreta na tomada da decisão, demonstrando como é utilizado pelo Supremo Tribunal Federal.

Conceituando e demonstrando por meio das escolas americanas, escandinava e genovesa suas principais diferenças e similitudes, pela visão de Alf Ross, Riccardo Guastini e outros autores americanos.

Busca-se por meio deste trabalho analisar as escolas realistas, com intuito de ampliar a discussão do discurso dogmático tradicional, demonstrando que a decisão judicial não está vinculada apenas ao que diz a lei, mas a interpretação dada à lei.

E analisar como o Supremo Tribunal Federal tem se servido do Realismo Jurídico para pensar a prática concreta do direito, bem como sua lógica na tomada da decisão. Diante dos recursos utilizados na tomada de decisão, buscaremos analisar decisões que se valem do raciocínio jurídico, assim como os fatores de decisão que se apresentam aos Ministros tem relevância ou se para estes o modo como as normas jurídicas se apresentam tem maior valor, para isso necessário será explorar como as decisões se valem do realismo e sua finalidade nas decisões.

Para tanto, necessário se faz desmistificar o que é o Realismo jurídico, movimento doutrinário de caráter antimetafísico desenvolvido nos Estados Unidos da América e nos países escandinavos, o Realismo contrapõe-se a jurisprudência² mecanicista da Escola Exegética, caracterizado por ceticismo ante as normas e conceitos jurídicos.

¹ Este trabalho teve como base o artigo Realismo Jurídico: perspectivas e mitos na teoria da decisão, que tirou o primeiro lugar no Congresso Internacional de Direito Constitucional – Hermenêutica e Jurisdição Constitucional, uma homenagem a Lênio Streck, realizado nos dias 18, 19 e 20 de maio de 2017, João Pessoa – PB.

² Entende-se como jurisprudência as decisões tomadas pelos Tribunais.

Pois dizer que o realismo entende o direito como aquilo que decidem os juízes e tribunais, tendo em vista suas crenças, ideologias e idiossincrasias seriam reducionistas. A tomada da decisão para o realista não é fruto da discricionariedade do juiz, não de forma irracional como gostam de ressaltar seus críticos, mas alicerçado na moldura interpretativa de Hans Kelsen.

Para o realista, o pensamento é instrumento do direito, por meio de um ajuste das reflexões jurídicas tornando-se aparato para resolução de problemas concretos, por via do pragmatismo.

Será por meio da percepção de pensadores como Karl Llewellyn, Benjamin Cardozo, Alf Ross, Axel Hägerström e Riccardo Guastini, através de estudo bibliográfico destes autores que foi construído o conceito de Realismo Jurídico e sua aplicação no direito, em especial nas escolas norte-americana, escandinava e genovesa que retrataremos como se aplica tal pensamento na teoria da decisão, e sua aplicação no Brasil por meio do estudo da análise do voto do Ministro Eros Grau na Reclamação 4335-5/AC.

No primeiro capítulo, que está dividido em duas seções – conceito e surgimento do realismo -, trataremos na primeira seção o conceito do Realismo Jurídico, movimento de cunho antimetafísico que rechaça o formalismo da escola exegetica. Passando pela concepção das escolas norte-americana, escandinava e genovesa, que explicam o que é sua filosofia e aplicação no direito vigente.

Na segunda seção retrataremos o surgimento do realismo como movimento progressista, influenciado pela escola do direito livre, fundado na obra *Der Zweck im Recht*, do filósofo do direito Rudolf Von Jhering, e por meio da *Freirechtsschule* que influenciará a escola estadunidense, por meio de Roscoe Pound, e pensadores escandinavos. E será os seguidores de Jhering, Eugen Ehrlich e Herman Kantorowicz que sustentarão que o Direito precisa de outras ciências, como economia, sociologia e *Rechtsgefühl*, para a tomada da decisão.

Apesar de pertencentes a escolas distintas – Estados Unidos, Common law e Escandinávia, Civil law - estes países compartilham do mesmo interesse

cognitivista pelo pragmatismo e os reflexos da engenharia social das medidas públicas para reduzir os problemas sociais enfrentados com o capitalismo do *laissez faire*.

O capítulo segundo trará das escolas realistas - estadunidense e do continente europeu. Dividido em duas partes, a primeira retratará o realismo norte-americano, apresentando o pensamento de juristas como Karl Llewellyn, Roscoe Pound, Benjamin Cardozo e Jeromy Frank, mostrarão como o movimento acadêmico transformou a forma de estudar o direito nas universidades e aplicação por advogados e juízes. Os realistas estadunidenses buscam desconstruir a neutralidade judicial, fundada no formalismo excessivo da tradição americana.

Na segunda parte do capítulo retrataremos as escolas realistas do continente europeu, em especial as escolas escandinava e genovesa. Começando pela escandinava, dando especial ênfase ao trabalho de Alf Ross e Axel Hägerström, precursor do movimento realista, pela escola de Uppsala. Hägerström busca provar que a ciência jurídica pode ser uma ciência empírica através do estudo de fatos derivados da experiência social e observação do direito.

Os pensadores escandinavos motivados pelo desejo de varrer com os elementos da metafísica do direito rejeitam o direito natural e entende o direito como fenômeno social, assim como a escola estadunidense. Mas será Alf Ross quem dará um caráter empírico ao direito, afirmando que o pensamento jurídico deve ser interpretado na mesma lógica em que se baseiam as ciências empíricas.

Utilizará do conceito de validade para definir a aplicação das regras, dando ênfase a interpretação normativa atribuindo serem as normas experiências socialmente vinculantes pelos juízes e demais autoridades que a aplicam.

A escola genovesa trará uma nova percepção do que vem a ser o realismo jurídico, diferentemente do realismo americano, o realista genovês acredita que o intérprete terá grande valor na aplicação do direito. Por meio do realismo metodológico de Riccardo Guastini, que propõe uma teoria realista da interpretação jurídica, com características céticas quanto à atividade interpretativa do direito, com

influência de Hans Kelsen, e do capítulo sobre a interpretação do livro *A Teoria Pura do Direito*.

O capítulo terceiro, subdividido em três partes – realismo no Brasil, o realismo na tomada de decisão e estudo de caso. Retratará no primeiro instante o realismo no Brasil, a visão de alguns autores e sua aplicação pelos tribunais. Neste capítulo percebemos que persiste, na mente de algumas pessoas, serem o realismo jurídico apenas o que o judiciário diz ser o direito, conceito advindo do início da escola estadunidense do início do século passado.

Ademais, percebe-se que para alguns o realismo seria ativismo judicial. O que será desmistificado neste capítulo, demonstrando a concepção do que vem ser o realismo e em especial a influência do realismo metodológico da escola genovesa.

Na segunda parte do capítulo tratará do realismo na tomada da decisão, trazendo o entendimento da autora portuguesa Cristina Queiroz quanto a aplicação do realismo jurídico no direito vigente, como método interpretativo do texto constitucional. A autora traduz o papel do juiz constitucional na fundamentação das decisões discursivas, que utilizam do critério de autoridade para valer da decisão.

A terceira e última parte do capítulo fará um estudo do voto do Ministro Eros Grau, na Reclamação 4335-5/AC. Voto que demonstra como o Ministro sustenta ser o direito aquele que é dito pelo Supremo, fundado numa visão do realismo pragmático norte-americano. Encerramos o capítulo explicando o método utilizado na pesquisa para a análise do estudo de caso apresentado.

1. REALISMO JURÍDICO

Trataremos neste capítulo o conceito de Realismo Jurídico na concepção dada pelas escolas que estudam este movimento doutrinário no Direito, escolas americanas, escandinava e genovesa, que criticam o formalismo na tomada da decisão, assim como retrataremos seu surgimento.

Partindo das transformações sociais, política e econômicas ocorridas no início do século passado, este movimento revoluciona o estudo do Direito nos Estados Unidos e Escandinávia e será por meio desta nova percepção do que vem a ser o Direito que retrataremos o que é o Realismo jurídico.

1.1 Conceito

Movimento doutrinário de cunho antimetafísico desenvolvido nos Estados Unidos da América e nos países escandinavos, o Realismo Jurídico contrapõe-se a jurisprudência mecanicista da Escola Exegética, caracterizado por ser cético ante as normas e conceitos jurídicos.

Corrente doutrinária desenvolvida nos idos dos anos 20 e 30, decorrente da descrença no positivismo clássico como forma de solução para questões jurídicas controvertidas. O Realismo busca no pragmatismo a inspiração para compreender a dimensão jurídica de seus ideais, caracterizado pelo ceticismo e focado no comportamento judicial. Diga-se, em tempo, que tal concepção é do realismo norte-americano que se fundou no pragmatismo filosófico estadunidense, que resultou no relativismo como crítica ao formalismo jurídico.

Sendo o pragmatismo uma teoria do conhecimento que objetiva responder a pergunta “como se dá o conhecimento?”, Benjamin Cardozo inspirou-se em pergunta análoga indagando como se dá o conhecimento jurídico nos tribunais, pois sua

busca não será por meio da ciência em sentido estrito, mas como se processa a aquisição do saber em relação ao que seja o direito³.

No entanto, será Oliver Wendell Holmes Jr. quem dirá que o direito não é lógica, é experiência⁴. Assim, Denis Lloyd esclarece que a expressão pragmatismo jurídico baliza a expressão dividida por Holmes, Pound e Cardozo, de que a lei não seria um sistema de deduções, de decisões corretas, de princípios jurídicos pré estabelecidos, contudo um procedimento experimental na tomada de decisão, um ensaio para soluções corretas no sentido de que funcionem nas circunstâncias sociais em que agem⁵.

Será por meio destes juristas (Oliver Holmes, Roscoe Pound e Benjamin Cardozo) que o pragmatismo será conhecido no direito como realismo jurídico, em especial por Holmes. A expressão Realismo Jurídico é empregada para explicar a teoria e a prática do direito devido. Rechaçam – Holmes, Cardozo e Pound - o formalismo excessivo da tradição jurídica norte-americana⁶, por meio do ceticismo as normas e regras buscando, desta forma, constituir uma ciência empírica do direito com o fito de retratar a realidade jurídica.

Visão compartilhada pela escola escandinava que, assim com a escola estadunidense, entende o direito como fenômeno social. O Realismo escandinavo se assentará na filosofia para explicar o realismo no sistema legal, na análise das teorias e conceito do Direito.

Para os escandinavos, o Realismo Jurídico não passa de um fato segundo o qual o direito seria um sistema de normas de um certo tipo⁷, visão influenciada pela Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, quem trouxe a Alf Ross a percepção de que há um vazio especulativo na metafísica do direito e da moral. A quem fará forte

3 SHOOK, John. **Os pioneiros do pragmatismo americano**. Rio de Janeiro: DpeA, 2002, p.11.

4 "The life of the law has not been logic: it has been experience". Tradução livre: "A vida do direito não é lógica, mas experiência". Cf. HOLMES, Oliver Wendell. **The path of law and the common law**. New York: Kaplan, 2009. p. 31

5 LLOYD, Denis. **A ideia da lei**. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 267.

6 FREITAS, Lorena; FEITOSA, Enoque. A cerca do Realismo Jurídico como um método para pesquisa jurídica.

7 GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Trad. Edson Bini – Apresentação: Heleno Taveira Tôres – São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 107

crítica, pois sustenta que não cabe ao intérprete fazer “da validade uma relação internormativa”, o que obsta o intérprete de enfrentar a problemática da vigência do direito: “relação entre o conteúdo ideal normativo e a realidade social”. O que ressaltará o desejo de varrer com os elementos da metafísica do Direito.

Estavam, os realistas escandinavos, imbuídos em aproximar o realismo e o empirismo da jurisprudência através do estudo de fatos e de fatos derivados da experiência e observação do direito.

Será por meio da escola de Uppsala (Hägerström, Lundstedt, Olivecrona) que o realismo escandinavo será definido como realismo psicológico, por considerar a regra jurídica como aquela aceita pela consciência jurídica popular, assim determinada pelas reações dos juízes ante a aplicação das normas jurídicas, derivadas e secundárias, pelos tribunais⁸.

Alf Ross, no entanto, será quem criticará o realismo psicológico escandinavo e o realismo comportamental norte-americano⁹, concluindo pelo realismo psicossociológico, no qual é comportamentista

na medida em que visa a descobrir consistência e previsibilidade no comportamento verbal externamente observado do juiz; e é psicológico na medida em a aludida consistência constitui um todo coerente de significado e motivação, somente possível com base na hipótese de que em sua vida espiritual o juiz é governado e motivado por uma ideologia normativa cujo conteúdo nós conhecemos¹⁰.

No entanto, será por meio do realismo genovês, que se diferencia do norte-americano, por acreditar que existe entre o texto jurídico e a decisão judicial um intermediário, qual seria, o intérprete. Segundo Bouvier, “*este intermediário influye en la actividad judicial, de manera tal que la producción jurídica no se encuentra*

8 ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Trad. Edson Bini – Revisão técnica Alysson Leandro Mascaro – Bauru, SP: EDIPRO, 1ª reimpressão, 2003. p. 13

9 O realismo comportamental norte-americano busca modificar a realidade do direito em fatos sociais, abarcado no comportamento dos tribunais. Por esta concepção a vigência do direito é resultante da sua aplicação. ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Trad. Edson Bini – Revisão técnica Alysson Leandro Mascaro – Bauru, SP: EDIPRO, 1ª reimpressão, 2003. p. 13-14

10 ROSS, Alf. *op.cit.*, p. 14

(necessariamente) em la producción de sentencias, sino em la conjunción entre dogmática y decisión de casos judiciales”¹¹.

Será por meio de um dos maiores expoentes do Realismo Genovês, Riccardo Guastini, que propõe uma teoria realista da interpretação jurídica, como uma teoria cética da atividade interpretativa do direito. Define a teoria como composta de três teses: o realismo jurídico ontológico, que lida com a abordagem sobre o conceito teórico de direito; o realismo jurídico epistemológico estuda a concepção teórica sobre a ciência do direito; e o realismo jurídico metodológico, que tem como finalidade o objeto da interpretação do direito¹². Guastini professa que seu trabalho refere-se ao realismo metodológico, “uma teoria cética sobre a interpretação” do direito.

A teoria genovesa parte da afirmação de que os juízes e/ou doutrinadores criam (ou determinam a existência) de uma norma jurídica¹³. Para tanto basta observar as inúmeras interpretações dadas aos textos jurídicos. Na visão de Mauro Barberis e Pierluigi Chiassoni, a teoria genovesa retrata uma teoria não cognitiva acerca do direito, pois o realismo genovês analisa as normas como um produto da interpretação e interpretar é atividade volitiva exercida por juízes e doutrinadores¹⁴.

Percepção que será mais detalhadamente trabalhado visto buscar aproximar a realidade social, que gera o conflito social, da realidade jurídica, trazendo uma nova perspectiva do que vem a ser o realismo na atualidade e sua aplicação no direito vigente.

Portanto, vemos que o Realismo Jurídico é um movimento doutrinário de cunho antimetafísico que visa contrapor-se a jurisprudência mecanicista da Escola

11 Tradução livre: Este intermediário influencia na atividade judicial, de modo que a produção legal não se encontra (necessariamente) na produção de sentenças, mas na conjunção entre dogmática e decisão judicial. BOUVIER, Hernán G. **Lenguaje y teoría del derecho**. Tenciones em una variante del realismo jurídico. ISONOMÍA – Revista de Teoría y Filosofía del Derecho. n. 35. Octubre, 2011. apud. GUASTINI, Riccardo y Giorgio Rebuffa, “**Introduzione**” em **Giovanni, Tarello, Cultura jurídica e política del diritto**, Il Mulino, Bologna, 1988. p. 29

12 MELLO, Cláudio Ari. O Realismo Metodológico de Riccardo Guastini. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte. n. 113. p. 187-244. jul./dez. 2016. p. 191

13 BOUVIER, BOUVIER, Hernán G. **Lenguaje y teoría del derecho**. Tenciones em una variante del realismo jurídico. ISONOMÍA – Revista de Teoría y Filosofía del Derecho. n. 35. p. 25-51, Octubre, 2011. p. 32

14 BOUVIER, op. cit., p. 32

Exegética, caracterizado por ser cético ante as normas e conceitos jurídicos, que busca por meio da interpretação da norma amoldar a realidade social a realidade jurídica, aplicando-a no direito vigente. Compreendendo a aderência da atualidade da ordem jurídica com fundamento da ciência do direito.

Mas para compreendermos esta escola, urge entendermos as circunstâncias e fatores que influenciaram seu surgimento, o que será retratado no próximo capítulo.

1.2 Surgimento do Realismo Jurídico

O Realismo Jurídico surge por meio do Freirechtsschule que influenciará a escola estadunidense, conforme assume James Herget¹⁵, em especial, Roscoe Pound. No entanto, será o trabalho de Rudolf Von Jhering, *Der Zweck im Recht*, que salienta que a tomada de decisão abrange o interesse de variados grupos sociais e que isso não poderia ser feito sem os recursos argumentativos da política e da moral, os quais existem independentes da existência de um sistema legal¹⁶, que embasará os argumentos que instigará o surgimento deste novo pensamento nos Estados Unidos e Escandinávia, por meio da escola do direito livre.

A escola do direito livre, conforme preceitua Jhering, defende a ideia de uma descrença fundamental na suposta habilidade anônima do sistema fechado da *Begriffsjurisprudenz* de produção e correção das decisões, que encontra nos seus opositores uma crítica quanto ao silogismo prático de sua aplicação não funcionaria visto que a ciência jurídica necessita para sua aplicação atentar para as conseqüências práticas das decisões judiciais.

15 HERGET, James E. **The influence of German thought on American Jurisprudence**, in *The Reception of Continental Ideas in The Common Law World 1820-1920*, 203-228 (Mathias Reiman ed. 1993) apud PIHLAJAMAKI, heikki. **Against Methaphysics in law: The historical background of American and Scandinavian legal realism compared**. 52 *Am. J. Comp. L.* 469, 488 (2004) HeinOnline. p. 475.

16 PIHLAJAMAKI, op. cit., p. 52

Confirma Jhering, corroborado por meio de seus seguidores Eugen Ehrlich e Herman Kantorowicz, que o Direito precisa da economia, da sociologia e da *Rechtsgefühl*, que devem ser consideradas na tomada de decisão e não apenas por normas instituídas e padronizadas, o que levará os pensadores do realismo jurídico a questionar como são feitas as tomadas de decisão pelos tribunais e juízes e se eles atentam para a realidade social atinentes ao caso concreto.

Mas, o que faz com que surja nos Estados Unidos e na Escandinávia o interesse de juristas de culturas jurídicas distintas compartilharem do mesmo interesse com elementos cognitivos estruturantes pautados no pragmatismo? Apesar de serem nuances distintas do realismo, compartilham somente a exigência de uma jurisprudência realista. Uma vez que a corrente estadunidense prima pelo interesse em descobrir “O que a corte realmente faz”, enquanto que a corrente escandinava concentra-se em entender a lei pelo ponto de vista da psicologia¹⁷. Será, portanto, o interesse pela engenharia social que fomentará o interesse destes por esta linha de pensamento.

O conceito de engenharia social é influenciado pela filosofia, ciências sociais e o pensamento Europeu contra o pensamento legal, que despertará em alguns estudiosos o desejo de estudar o Realismo como movimento. Com o fito de demonstrar que muitos realistas, ao menos nas discussões mais programáticas insistiram para que a erudição jurídica não se distanciasse das ciências sociais.

Estudos revelam que pensadores antiformalistas alemães como Hermann e Kantorowicz, influenciaram o pensamento que culminou com o desenvolvimento da ciência social estadunidense do final do século XIX a 1920¹⁸, o que representará o nascimento do movimento Direito e Economia, que fará crítica ao *laissez faire*.

Like its American counterpart, Scandinavian legal realism has usually been understood within the general framework of increased state intervention during the early 1900s. Thus although JØRGEN DALBERG-LARSEN links the emergence of only the first critical movements (RUDOLPH VON JHERING and his followers) to the

17 PIHLAJAMAKI, op.cit., p. 470

18 ROSS, Dorothy. **The Origins of American Social Science (1993)** apud PIHLAJAMAKI, heikki. **Against Metaphysics in law: The historical background of American and Scandinavian legal realism compared.** 52 Am. J. Comp. L. 469, 488 (2004) HeinOnline. p. 472

social problems brought with industrialization and sees actual legal realism as a “manifestation of a new orientation based on changes in the general conception of science,” he also sees “the inclusion of social considerations as... of decisive importance in the political process” following the world-wide economic crisis of the 1930s. According to JES BJARUP, Scandinavian legal realists abandoned natural law theories as metaphysical and legal positivism as unscientific. Instead, “jurisprudence was to be understood as social theory, legal policy as social technology”. Finally, MARKKU HELIN emphasizes the connections between both American and Scandinavian realist thought common to the entire Western world in the early twentieth century. Key words such as “functionalism” and social engineering, according to Helin, apply characterize the world-view of the realists and their way of conducting legal research¹⁹.

Engenharia social seria as medidas públicas progressivas tomadas para atenuar os problemas sociais causados pelo capitalismo do laissez faire, como forma de construção para o estado de bem-estar social²⁰. Podemos observar que a engenharia social tem muito do realismo jurídico.

O que causou impacto no Direito, e em outros setores da vida social como forma de solucionar os malefícios advindos do capitalismo disponível no mercado. Para um maior entendimento dos fatores históricos, precisamos lembrar que se trata dos idos dos anos de 1920 e 1930, entre guerras, a grande depressão. O realismo trazia uma nova forma de pensar e ver o direito ante aos problemas enfrentados pela

19 Tradução livre: Assim como a sua contraparte americana, o realismo jurídico escandinavo foi compreendido, no quadro geral, no início dos anos 1900. Assim, embora Jorgen Dalberg-Larsen liga o surgimento de apenas os primeiros movimentos críticos (RUDOLPH VON JHERING e seus seguidores) aos problemas sociais trazidos com a industrialização e vê o realismo jurídico como uma “manifestação de uma nova orientação baseada em mudanças na concepção geral da ciência”, “ele também vê” a inclusão de considerações sociais como... de importância decisiva no processo político” na seqüência da crise econômica mundial dos anos 30. De acordo com JES BJARUP, as listas legais escandinavas abandonaram as teorias do direito natural como positivismo metafísico e jurídico como não-científicas. Em vez disso “a jurisprudência deveria ser entendida como teoria social, política legal como tecnologia social”. Finalmente, MARKKU HELIN enfatiza as conexões entre o pensamento realista americano e escandinavo comum a todo o mundo ocidental no início do século XX. Palavras-chave, como “funcionalismo” e engenharia social, segundo Helin, caracterizam a visão mundial dos realistas e sua maneira de realizar pesquisa jurídica. PIHLAJAMAKI, heikki. **Against Methaphysics in law: The historiac background of American and Scandinavian legal realism compared.** 52 Am. J. Comp. L. 469, 488 (2004) HeinnOnline. p. 472

20 PIHLAJAMAKI, heikki. **Against Methaphysics in law: The historiac background of American and Scandinavian legal realism compared.** 52 Am. J. Comp. L. 469, 488 (2004) HeinnOnline. p. 472

falta de capital e desemprego e de novos conflitos sociais resultantes dessas relações que surgem com a nova realidade social, política e econômica.

Contudo o pensamento de Rudolf Von Jhering²¹ que tem como ponto focal, na obra *Der Zweck in Recht*, que as decisões judiciais deviam envolver interesses de diversos grupos sociais e para que isso fosse feito necessário que Zweck, ou seja, o propósito da lei proporcionasse possibilidade da vida social.

Ademais, será o *Freirechtsschule*, herança do pensamento de Jhering que influenciará o Realismo Jurídico, especialmente Roscoe Pound nos Estados Unidos da América e pensadores escandinavos, mesmo não pertencentes a mesma tradição jurídica, desenvolveram entendimentos semelhantes da natureza básica do direito, buscando meios semelhantes para solução das mudanças por meio de uma ideologia progressiva do direito.

Entendimentos que serão melhor demonstrado no próximo capítulo, em que estudaremos as escolas realistas nos Estados Unidos e do Continente Europeu (escola Escandinávia e Genovesa), suas concepções e aplicações ao direito vigente, por meio dos seus precursores e maiores expoentes.

21 JHERING, Rudolf Von. **A evolução do Direito**. Trad. francesa de O. De Meulenaere. Antiga Casa Bertrand – José Bastos & C. A – Editores. Lisboa. 1963. p. 443-447

2. ESCOLAS REALISTAS

Surgido de um movimento político progressista, existe muita divergência se seria o Realismo Jurídico uma escola ou movimento, resultante da sua interdisciplinaridade para a aplicação do direito.

De acordo com o Dicionário Técnico Jurídico, escola seria uma corrente de pensamento que defendem os mesmos princípios²². A partir desta definição o Realismo Jurídico seria uma escola de pensamento jurídico.

Apesar de que Karl Llewellyn defendia que o realismo jurídico não era uma escola realista, mas um movimento. Fato este retratado em sua carta em resposta a Roscoe Pound²³. Llewellyn conclui após buscar a assinatura de colegas professores que tinham a mesma visão não tradicionalista, membros da Escola de Direito de Columbia e Yale, em resposta a crítica de Pound no escrito *The Call of a Realist Jurisprudence*, publicado pela Harvard Law Review, percebeu que o Realismo não formava uma escola teórica, tinham apenas similaridades de pensamentos e escritos.

Ainda assim, o realismo jurídico ficou conhecido como uma escola do pensamento jurídico nos Estados Unidos, na Escandinávia, França e Itália, por representar uma corrente de pensamento.

Apesar da existência da escola francesa este trabalho não a estudará por questões metodológicas.

22 DICIONÁRIO TÉCNICO JURÍDICO. Organização Diocleciano Torrieri Guimarães. - São Paulo: Rideel; 1995. p. 300

23 There is, however a *moviment* in thought and work about law. The moviment, the method of attack, is wider than the number of its adherents..." Tradução livre: Há no entanto, um movimento de pensamento e trabalho sobre lei. O movimento, é método de ataque, é mais amplo que o número de seus adeptos. LLEWELLYN, Kal. Some realism about realism: Responding to Dean Pound. **Harvard Law Review**. Vol. 44, No. 8 (Jun., 1931), pp. 1222-1264. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1332182#>>. Acesso em: 05/07/2017

2.1 Escola Americana

O realismo americano caracterizado como um movimento de tendência pragmática e de resistência ao formalismo excessivo da tradição jurídica americana tem como objetivo analisar as atividades dos tribunais com aporte nas ciências sociais²⁴.

Representou o contraponto direto com a tradição clássica dos estudos do Direito, da concepção formal do Direito, tanto na dimensão ontológica quanto interpretativa. Representou um movimento de teoria do direito mais importante dos Estados Unidos durante o século XX, pois teve grande relevância para a academia jurídica e o ensino jurídico, além de produzir a reforma no direito e na advocacia estadunidense.

Ocupa-se, o Realismo Jurídico, da análise da relação entre a norma e sua aplicação, que pode sofrer alterações ao longo do tempo. Pautados em decisões conservadoras respaldadas no direito formal e na academia por meio do método de estudo de casos, ascende à crítica acadêmica com professores, advogados e juízes do cunho de Karl Llewellyn, Roscoe Pound e Jeromy Frank²⁵. O que leva o estudo jurídico a adquirir um status de ciência na medida em que observa como a prática e a interpretação se relacionam²⁶.

O movimento não era uma continuação de ideias filosóficas aplicadas ao Direito, seus estudiosos buscavam desconstruir as crenças sobre neutralidade judicial e a correta interpretação do Direito. Em especial, a falsa ideia de que os juízes pautam-se com base em regras legais e razão lógica de próprio entendimento. Os realistas mostraram baseados em investigação empírica, como os juízes julgavam pautados naquilo que acham justo e não de acordo com o Direito²⁷.

24 TARELLO, Giovanni. **Positivismo Giurídico**. Giuffrè, Milano, 2007. volumen a cardo fr Pierluigi Chiassoni, Riccardo Guastini e Giovanni B. Ratti. p. 23.

25 CESTARI, Roberto; NOJIRI, Sérgio. **Interpretações Históricas e Teóricas do Realismo Jurídico**. p. 142-166. p. 144

26 TARELLO, op. cit. p. 76.

27 PEZZETTA, Silvina. Derecho y Sociedad. Historia y presente de los herederos del Realismo Jurídico Estaduniense. **Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho**. Vol. Uno. Organizado por

Buscavam eles o reconhecimento da lei como meio e não como fim, assim como buscavam o reconhecimento da prática social a frente da lei compreendendo que aquela poderia modificar esta. Demonstravam interesse em como ocorre o processo decisório do magistrado, os efeitos da decisão judicial, tal qual o reconhecimento do nível factual ante o dever ser sem que este obscureça a importância dos fatos para o direito. Além de demonstrar a descrença nas regras e conceitos como reais parâmetros do que acontece nos tribunais.

Llewellyn retrata bem este posicionamento em seu texto *Some Realism About Realism*,

before rules, were facts; in the beginning was not a Word, but a Doing. Behind decisions stand judges; judges are men; as men they have human backgrounds. Beyond rules, again, lies effects: beyond decisions stand people whom rules and decisions directly or indirectly touch²⁸.

O que ocasionou uma crise de legitimidade do Direito e seu estudo visto trazerem para o centro da discussão a indeterminação do Direito, buscando nas ciências sociais a segurança perdida. Obtendo nesta, a chave para ascender à realidade, tendo as ciências sociais aberto caminho para três classes de conhecimento objetivo: a real razão que fundamenta as decisões judiciais; se os assuntos sociais realmente resolvem o Direito; e os limites provindos da neutralidade das decisões²⁹.

O texto Realismo Jurídico Estadunidense escrito por Brian Leiter³⁰, o autor

Jorge Luiz Fabra Zamora, Álvaro Núñez Vaquero, editores. México. p. 667-691

28 Tradução livre: Antes das regras, eram fatos; no começo não era uma palavra, mas um fazer. Atrás das decisões estão juízes; juízes são homens; como homens, eles têm origens humanas. Além das regras, novamente deitam-se os efeitos: para além das decisões, há pessoas nos quais as regras e as decisões tocam direta ou indiretamente. LLWELLYN, Karl. *Some Realism About Realism – Responding to Dean Pound*. **Harvard law Review**, v. 44, p. 1222. 1931. Disponível em: <<http://www.jstor.org/discover/10.2307/1332182uid=3737664&uid=2&uid=70&uid=4&sid=211023098688241>>. Acesso em 17/10/2017.

29 PEZZETTA, Silvina. Derecho y Sociedad. Historia y presente de los herederos del Realismo Jurídico Estaduniense. **Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho**. Vol. Uno. Organizado por Jorge Luiz Fabra Zamora, Álvaro Núñez Vaquero, editores. México. p. 667-691. Disponível em: <<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3875-enciclopedia-de-filosofia-y-teoria-del-derecho-volumen-uno>>. Visualizado em: 19/03/2017.

30 LEITER, Brian. Realismo Jurídico Estadounidense. **Enciclopedia de filosofía y teoría del**

ressalta a indeterminação do Direito vista pelos realistas norte-americanos expressas de duas formas: a) que o direito era racionalmente indeterminado, no sentido de que as razões disponíveis não justificariam uma única decisão; b) o direito é casual ou explicitamente indeterminado, no sentido de que as razões jurídicas não são suficientes para explicar como decidem os juízes.

Fato este severamente argüido por Jerome Frank, que sustenta que a indeterminação resulta da incompetência judicial. Argumenta que os realistas a favor da indeterminação racional do direito pautam-se na existência de cânones incompatíveis, no entanto, legítimos para a interpretação dos precedentes e estatutos.

Llewellyn demostró, por ejemplo, que las cortes aceptado al mismo tiempo, el principio de que interpretación legislativa de que “un estatuto puede ir más allá de su texto”, pero también el principio que “para dar efecto a su propósito un estatuto debe ser implementado más allá de su texto”³¹.

Tendo por principal traço, a aplicação da tradição filosófica pragmática ao problema da interpretação jurídica, o realismo americano alcançou seu ponto fulminante com o New Deal, onde os realistas se autodenominavam “enfants terribles” dedicados a desmascarar os apreciados mitos jurídicos³².

Oliver Holmes, somado a Roscoe Pound e Benjamin Cardozo, compartilham a crença de que a lei não seria

um processo de deduções corretas dos princípios jurídicos estabelecidos, mas, antes, um contínuo processo ou adaptação experimental de tomada de decisão em determinados casos, numa

derecho. Vol. Uno. Organizado por Jorge Luiz Fabra Zamora, Álvaro Núñez Vaquero, editores. México. p. 241-276, Disponível em: <<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3875-enciclopedia-de-filosofia-y-teoria-del-derecho-volumen-uno>>. Visualizado em: 19/03/2017.

31 Tradução livre: Llewellyn mostrou, por exemplo, que os tribunais aceitaram ao mesmo tempo, o princípio de que a interpretação legislativa que “um estatuto pode ir além do seu texto”, mas também o princípio de que “para dar efeito ao seu objetivo, um estatuto deve ser implementado para além do seu texto. LEITER, Brain. Realismo Jurídico Estadounidense. **Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho.** Vol. Uno. Organizado por Jorge Luiz Fabra Zamora, Álvaro Núñez Vaquero, editores. México. p. 241-276. p. 244. Disponível em: <<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3875-enciclopedia-de-filosofia-y-teoria-del-derecho-volumen-uno>>. Visualizado em: 19/03/2017.

32 ACKERMAN, Bruce A. **Del Realismo al Constructivismo Jurídico.** Trad. Juan Gabriel López Guix. 1ª edición: Octubre 1988. Editorial Ariel, S.A. Barcelona, 1988. p. 35

tentativa de chegar a soluções que sejam corretas apenas no sentido de que realmente funcionaram no contexto social em que agiram³³.

Para os precursores do jus pragmatismo estadunidense, as instituições jurídicas devem objetivar às necessidades sociais que tem a finalidade de cevar. Seu ceticismo acerca das abstrações legais permitia aos juristas prosseguir com consciência e infinitas variações sobre formas tradicionais de linguagem tradicional, apesar da imensa crise de legitimidade provocada pelo mesmo discurso³⁴.

No entanto, a pretensão desta corrente jus filosófica permeia a tomada de decisão que se fará por meio do questionamento: “É o realismo jurídico americano uma expressão do pragmatismo filosófico?”. Entretanto, o foco é situar o realismo jurídico de forma diversa do irracionalismo decisionista pelo qual vale qualquer decisão³⁵, deixando de lado a premissa de que os juízes primeiro decidem e depois buscam os fundamentos lógicos para sua decisão³⁶. Salienta Godoy, “porque o pensamento seria instrumento para ajuste das condições de vida, a reflexão jurídica seria mecanismo para resolução de problemas concretos”³⁷.

O Realismo Jurídico estadunidense provoca reflexão. A norma deixa o plano principal da tomada de decisão, elevando o pensamento, que segundo Oliver Wendell Holmes, de que “o direito não é lógica, é experiência”. Pois, seria uma crítica a lógica apregoada ao direito, para aproximar o direito das transformações sociais, por meio da ciência social (sociologia, psicologia) e economia. Denuncia o fundamento metafísico do direito encontrado na tradição clássica, desconsiderando a objetividade imposta pelo formalismo jurídico.

Na sequência estudaremos como o pragmatismo terá influência no continente europeu, em especial na Escandinávia e Itália. Salienta-se, que o direito como fenômeno social será também na Escandinávia suporte para a compreensão do Direito.

33 LLOYD, Denis. **A ideia da lei**. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 267.

34 ACKERMAN, Bruce A. **Del Realismo al Construtivismo Jurídico**. Trad. Juan Gabriel López Guix. 1ª edición: October 1988. editorial Ariel, S.A. Barcelona, 1988. p. 36-37

35 FREITAS, Lorena; Feitosa, Enoque. **Acerca do Realismo Jurídico como um método para a pesquisa jurídica**. Teoria da decisão e realismo jurídico (Recurso eletrônico on-line) organização CONPEDI/UFS – Florianópolis:CONPEDI, 2015. p. 142-166

36 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Introdução ao Realismo Jurídico Norte-americano**. Brasília: edição do autor, 2013. p. 6

37 *Ibidem*, 2013. p. 5

2.2 Realismo Jurídico Europeu Continental

O Realismo continental se apresenta como uma crítica a doutrina tradicional do início do século XX, especialmente na visão escandinava que se apresentava como uma verdadeira ciência jurídica. O que configura a principal diferença entre o Realismo Continental e o Norte-americano.

As escolas do Realismo Continental europeu – escandinava, genovesa e francesa - criticam fortemente a doutrina tradicional alemã, assim como eclode o debate entre jus naturalismo e positivismo jurídico, radicalizando as teses positivistas. E será confrontando as duas teses – jus naturalista e positivismo jurídico – que os realistas do continente responderão a pergunta se trata o realismo de uma forma mais radical do positivismo. Barberis assim introduz o tema

El realismo jurídico ha irrumpido em la discusión internacional – hasta ahora limitada al debate entre iusnaturalismo y positivismo jurídico – radicalizando las teses positivistas, hasta el punto de hacer dudar de que se lo pueda distinguir del positivismo jurídico. De hecho, el Kelsen “americano” había terminado por presentar su propia teoría como “radicalmente realista”; y hasta el propio Ross pretender ser má positivista que Kelsen, tachando la Teoría pura de “casi positivismo”. El único modo de responder a esta pregunta - ¿no es el realismo jurídico sólo una forma radical de positivismo jurídico? - es confrontando las teses de ambas teorías. Em el caso del realismo jurídico, se trata de tres tesis³⁸.

38 Tradução livre: O Realismo Jurídico explodiu no debate internacional – até agora limitado ao debate entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico – radicalizando as teses positivistas, a ponto de trazer uma dúvida de que pode ser distinguido do positivismo jurídico. Na verdade, o “americano” Kelsen acabou por apresentar sua própria teoria como “radicalmente realista”; e mesmo Ross, ele mesmo fingindo ser mais positivista do que Kelsen, descartando a teoria pura do “quase positivismo”. A única maneira de responder a esta pergunta – não é o realismo jurídico apenas uma forma radical de positivismo jurídico? - está enfrentando as teses de ambas as teorias. No caso do realismo jurídico, estas serão três teses. BARBERIS, Mauro. El Realismo Jurídico Europeo-continental. **Enciclopédia de Filosofía y teoría del derecho**, volumen uno. Jorge Luis Fabra Zamora, Álvaro Núñez Vaquero, editores. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015. Disponível em: <<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3875-enciclopedia-de-filosofia-y-teoria-del-derecho-volumen-uno>>. Visualizado em: 19/03/2017.

Por questões metodológicas trataremos nesta parte das escolas escandinava e genovesa, deixando de retratar o realismo Francês, que será tema de estudo em momento oportuno.

1 Escola Escandinava

A escola escandinava contribuiu significativamente para o desenvolvimento do pensamento jurídico no século passado com juristas, como Axel Hägerström, Vilhelm Lundstedt, Karl Olivecrona e Alf Ross, líderes do movimento. Motivados pelo desejo de varrer com os elementos da metafísica no direito, imbuídos de aproximar o realismo e o empirismo da jurisprudência através do estudo de fatos derivados da experiência e observação do direito.

Os pensadores desta escola rejeitavam o direito natural, pois a consideravam fora dos padrões para uma análise científica e real da concepção jurídica, enquanto que considerava o positivismo uma combinação dos conceitos de direito natural.

Contudo, compartilha com a escola americana a visão do direito como fenômeno social, apesar de o realismo escandinavo aproximar-se mais da filosofia, e estarem interessados principalmente na função do sistema legal como um todo e na análise das teorias e conceitos do direito³⁹, os realistas norte-americanos compartilham apenas de uma perspectiva empírica.

Shernejuk, no seu texto *Scandinavian Realism*, em análise ao trabalho de Hägerström, sustenta que o dever legal é comando da autoridade legislativa. Chega à conclusão de que a noção de dever legal não pode ser definida por referência a qualquer fato, mas tem uma base mística, pois acredita que assumir que direitos e deveres têm uma existência objetiva leva a uma concepção de lei metafísica ou

39 SHERNAJUK, D. J. **Scandivavian Realism**. Heinonline, p. 58-75. Acesso em: 28/03/2017. p. 59

natural do sistema jurídico⁴⁰. Hängerström busca pela essência do direito, seu interesse centrava-se na epistemologia e no conceito de realidade, reduzindo a filosofia legal a sociologia do direito⁴¹.

Em seu trabalho Hängerström faz grande crítica a teoria do direito como encontrados nos trabalhos de Austin e no positivismo. Pois rejeita a teoria da vontade por acreditar incompatíveis com fatos históricos e inconsistentes como a realidade empírica, por poder ser atribuída, seja pela vontade do monarca, do parlamento ou mesmo a vontade geral do povo.

Sustenta firmemente que direito e dever não podem ser reduzidos a um comando, crítica ao positivismo, “under the will-theory combined with the doctrine of nature rights, there is certainly not in principles any confusion between the willing of the state and its objectively valid establishment of right and duties”⁴².

Este pensamento aparece como crítica a Hans Kelsen, e continua sua crítica ao pensamento de Austin

(W)hen jurisprudence mistakenly tries to reduce its own mystical ideas of right and legal duty to the actual expressions of powerful will, it merely seeks to explain ideas which have no basis in reality by something which has as little real basis. For that there is a real will which expresses itself in law is not confirmed by the facts⁴³.

40 *ibidem*. p. 59

41 HÄGERSTRÖM, Axel. **Inquires into Nature of Law and Moral**. Edited by Karl Olivecrona. Translated by C. D. Broad. Vol. 40. Acta societatis Litterarum Humaniorum Regiae Upsaliensis. Uppsala: Almqvist & Wiksell, 1953. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/837139#>. Visualizado em: 08/11/2017.

42 Tradução livre: Sob a teoria da vontade combinada com os direitos da doutrina da natureza, certamente não há princípios de confusão entre a vontade do Estado e seu estabelecimento objetivamente válido de direito e deveres. HÄGERSTRÖM, Axel. **Inquires into Nature of Law and Moral**. Edited by Karl Olivecrona. Translated by C. D. Broad. Vol. 40. Acta societatis Litterarum Humaniorum Regiae Upsaliensis. Uppsala: Almqvist & Wiksell, 1953. p. 112. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/837139#>. Visualizado em: 08/11/2017.

43 Tradução livre: Quando a jurisprudência erroneamente tenta reduzir suas próprias ideias místicas de direito e dever para as expressões reais de vontade pessimista, ela simplesmente busca explicar ideias que não têm base na realidade por algo que tem tão pouca base real. Para isso, existe uma vontade real que se expressa em lei não é confirmada pelos fatos. HÄGERSTRÖM, Axel. **Inquiries into the Nature of Law and Morals**. Edited by Karl Olivecrona. Translated by C. D. Broad. Vol. 40. Acta societatis Litterarum Humaniorum Regiae Upsaliensis. Uppsala: Almqvist & Wiksell, 1953. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/837139#>. Visualizado em: 08/11/2017. p. 11

Bouvier, na sua obra *Lenguaje y Teoría del Derecho*, afirma que o realismo escandinavo tem três teses fundamentais que o caracterizam: a) rejeição a teorias idealísticas; b) inexistência de um direito natural; e c) o direito deve ser descrito, enfaticamente, à luz dos princípios empiristas⁴⁴, visão dada por Hängerström.

Para Alf Ross, a lei não tem origem divina ou sobrenatural, como noções legais fundamentais, devem, contudo, ser interpretadas como concepções da realidade social, do comportamento da sociedade humana e nada mais. Desse modo, ele rejeita a lei natural e o positivismo, incluindo o formalismo kelseniano, como sendo dissociado da realidade social e elevando a lei acima do mundo dos fatos. Segundo ele, os métodos da ciência empírica moderna deveriam ser usados no campo do direito. O pensamento jurídico deve ser interpretado “formalmente em termos da mesma lógica daquela em que se baseiam outras ciências empíricas”⁴⁵.

As instituições do direito estão entre os fatores do ambiente que moldam as atitudes morais individuais. Os últimos por sua vez estão entre os fatores práticos que, por meio da consciência jurídica moral, vão moldar a evolução da lei⁴⁶.

Enquanto ele se une a Lundstedt e Duguit em sua denúncia das ideias metafísicas tradicionais no conceito de Direito. Concorda, que a única realidade demonstrável nas chamadas situações de direitos consiste na função do mecanismo do direito. Questiona como o conceito de Direito pode ser utilizado como ferramenta para o pensamento jurídico. Conclui Ross, que a tarefa do jurista é esclarecer as condições sob as quais o conceito de Direito é usado e definir com mais precisão seu âmbito de aplicação⁴⁷.

Influenciado por Hängerström, herdou a concepção materialista da realidade e as vertentes da crítica filosófica da linguagem. Do mesmo modo que advoga ser a subjetividade dos valores expressão de sentimentos e desejos, não vinculados as

44 BOUVIER, Hernán G. **Lenguaje y teoría del derecho**. Tenciones em una variante del realismo jurídico. *ISONOMÍA – Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. n. 35. p. 25-51, Octubre, 2011. p. 28

45 ROSS, Alf. *Direito e Justiça – Tradção Edson Bibi – revisão técnica Alysson Leandro Mascaro – Bauru, SP: EDIPRO, 2000. p. 35*

46 BOUVIER, op. cit., p. 31

47 BOUVIER, op. cit., p. 34

propriedades do objeto, não cabendo atribuir-lhe como verdadeiros ou falsos⁴⁸. Em face da influência de Hängerström, critica a ideia de Kelsen de validade jurídica, defendendo uma reconstrução realista deste autor e outras concepções do direito, com o fim de obter conhecimento empírico.

Em sua análise do conceito de validade jurídica, Ross considera a natureza deste a partir da noção das regras de xadrez. Defende que, dizer que uma regra é válida significa que a regra é de fato seguido pelos jogadores, e que eles se sentem seguros para seguir as regras. Não obstante, as regras legais são erigidas sobre o mesmo modelo, diz ele; a lei significa ato abstrato de ideias normativas que servem de alicerce de interpretação para os fenômenos do direito em ação⁴⁹, que as caracterizam como normas a serem seguidas, pois são experiências consideradas socialmente vinculantes, pelo juiz e pelas demais autoridades legais que a aplicam⁵⁰. “Em suma, a proposição de que x é lei válida é uma previsão do comportamento judicial e seu sentimento motivador”⁵¹.

Sustenta, Ross, que uma norma é válida se houver motivos suficientes para supor que será aceita pelos tribunais como base para sua decisão. Entretanto, nesta perspectiva, será válida a norma que se clara será aplicada pelos tribunais, essa regra, logo, é uma lei válida, independente da consciência jurídica popular, reflexo do realismo psicológico da escola de Uppsala.

Para ele, a ideia de justiça, não toma parte numa discussão sobre o valor da lei. Não refuta a concepção da existência de conexão entre o "direito positivo" e ideia de justiça. Pelo contrário, reconhece a relevância da justiça na caracterização das decisões judiciais. Pois, o conceito de justiça exige que haja uma lei como base para a decisão judicial, e que a decisão seja uma correta aplicação da lei⁵². Seu objetivo

48 BOUVIER, op. cit., p. 34

49 Direito em ação é uma teoria jurídica, relacionado com o realismo jurídico, que estuda o papel do direito nos estatutos e casos e como se aplicam na sociedade. Seus estudiosos investigam o comportamento dos tribunais e buscam na filosofia jurídica que os orientam e a jurisprudência tradicional do tribunais. ROSS, Alf. **Direito e justiça**. – Tradção Edson Bibi – revisão técnica Alysson Leandro Mascaro – Bauru, SP: EDIPRO, 2000. p. 35

50 BOUVIER, Hernán G. **Lenguaje y teoría del derecho**. Tenciones em una variante del realismo jurídico. ISONOMÍA – Revista de Teoria y Filosofia del Derecho. n. 35. p. 25-51, Octubre, 2011. p. 30

51 *Ibidem*, 2011, p. 37

52 BOUVIER, op. cit., p. 36

não é buscar propósitos e valores últimos do direito, mas proporcionar os meios reais para o ajustamento da lei às condições técnicas e ideológicas modificadas.

Em suma, a contribuição da escola escandinava é incontestável quanto à explicação do mito da teoria da vontade do direito e em expor os fundamentos metafísicos do positivismo ao apresentar a relação entre lei-moralidade por uma nova perspectiva, através de análise dos conceitos e da linguagem jurídica, aproximando os seguidores da teoria tradicional do seu entendimento racional. Ressalta-se seu mérito na propositura da ciência jurídica pautado nos estudos empíricos dos sistemas de regras da sociedade, com o fito de compreender, bem como aplicar a lei.

2.2.2 Escola Genovesa

Influenciado pela escola americana e escandinava, o realismo jurídico genovês diferencia-se do americano, pois aquele acredita que existe entre o texto jurídico e a decisão judicial um intermediário, qual seria o intérprete. Segundo Bouvier, “este intermediário influye en la actividad judicial, de manera tal que la producción jurídica no se encuentra (necesariamente) em la producción de sentencias, sino em la conjunción entre dogmática y decisión de casos judiciales”⁵³.

Ainda segundo Bouvier, existem cinco teses básicas relativas ao realismo genovês: 1) considerações relativas à teoria do significado e da teoria da linguagem não são importantes para a teoria do direito; 2) distinção entre texto vs. Significado; 3) não há norma sem interpretação, a interpretação é uma atividade essencialmente volitivo-atributiva dos juízes e/ou doutrinadores, o que resultará na produção de uma

53 Tradução livre: Este intermediário influencia a atividade judicial, de modo que a produção judicial não se encontra (necessariamente) na produção de sentenças, mas na conjunção entre dogmática e decisão judicial. GUATINI, Riccardo y Giorgio Rebuffa, “**Introduzione**”, em **Giovanni, Tarello, Cultura giuridica e politica del diritto**, Il Mulino, Bologna, 1988. p. 29 Apud: BOUVIER, Hernán G. **Lenguaje y teoría del derecho**. Tenciones em una variante del realismo jurídico. ISONOMÍA – Revista de Teoría y Filosofía del Derecho. n. 35. Octubre, 2011

norma; 4) análise de estados psicológicos é irrelevante para a teoria do direito; e 5) necessidade de conhecer o que os juristas/advogados fazem⁵⁴.

A teoria genovesa parte da afirmação de que os juízes e/ou doutrinadores criam (ou determinam a existência) de uma norma jurídica⁵⁵. Para tanto basta observar as inúmeras interpretações dadas aos textos jurídicos. Na visão de Mauro Barberis e Pierluigi Chiassoni, a teoria genovesa retrata uma teoria não cognitiva acerca do direito, pois o realismo genovês analisa as normas como um produto da interpretação, e interpretar são atividade volitiva exercida por juízes e doutrinadores⁵⁶.

Um dos maiores expoente do realismo genovês, Riccardo Guastini, propõe uma teoria realista da interpretação jurídica, como uma teoria cética da atividade interpretativa do direito. Define a teoria realista do direito como composto de três teses: o realismo jurídico ontológico, que lida com a abordagem sobre o conceito teórico de direito; o realismo jurídico epistemológico estuda a concepção teórica sobre a ciência do direito; e o realismo jurídico metodológico, que tem como finalidade o objeto da interpretação do direito⁵⁷. No entanto, o realismo de Guastini é, sobretudo uma teoria realista sobre a interpretação jurídica (realismo metodológico), com ênfase na teoria cética sobre a interpretação.

Influenciado pela escola realista Genovesa fundada por Giovanni Tarello, fundador das bases que desenvolveu uma teoria analítica do direito na Itália, que criou um grupo de estudiosos que desenvolveu um novo caminho para o realismo jurídico, por meio da interpretação. Bem como Norberto Bobbio, do qual adquiriu uma abordagem analítica sobre o direito, e Alf Ross, cuja teoria realista e da interpretação refletiu na primeira fase de sua obra, que afirma existir uma ciência jurídica e que é uma ciência empírica.

A influência de Ross trouxe ao trabalho de Guastini a visão de que os enunciados podem ser verdadeiros ou falsos, que são enunciados empíricos, pois

54 BOUVIER, op. cit., p. 30

55 BOUVIER, op. cit., p. 32

56 BOUVIER, op. cit., p. 32

57 MELLO, Cláudio Ari. O Realismo Metodológico de Riccardo Gustini. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte. n. 113. pp. 187-244. jul./dez. 2016. p. 191

tratam sobre fatos (sociais) apreciáveis, sendo, portanto verificável quanto sua veracidade ou falsidade. Além de asseverar que os fatos sociais constituem objeto da ciência jurídica, que segundo sua visão, que a tida ciência jurídica praticada por juristas modernos e contemporâneos, não é uma “ciência genuína, mas antes uma praxe política que pretende influenciar as decisões jurisdicionais”⁵⁸.

Argúi que Ross faz uma prescrição da ciência jurídica, isto é, faz uma análise daquilo que os juristas devem fazer. Apesar de influenciado pela obra do pensador dinamarquês, Guastini faz uma crítica do conceito de validade empregado na obra *Direito e Justiça*, atribui a um erro na tradução para o inglês, que traduziu como validade as expressões *gyldig* (‘válido’) e *gaeldende* (‘vigente’) como sinônimos, trazendo um sentido que “identifica validade de uma norma com efetividade”. Concluindo que a teoria da ciência jurídica conforme professa Ross está divorciada entre a vigência e a força vinculante⁵⁹.

Mas, será a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, que produzirá maior impacto nos seus estudos sobre a interpretação jurídica, em especial o último capítulo da obra de Kelsen que trata da teoria da interpretação jurídica⁶⁰, que modificará o pensamento do autor, demonstrando uma posição diferente da primeira parte de sua obra, não influenciado por Ross.

Guastini assume a influência de Hans Kelsen nos seus estudos, por meio de uma releitura da obra kelseniana, seguida por outros autores como Uta Bindreiter (*The realist Hans Kelsen*⁶¹), e Perluigi Chiassoni (*Wiemer Realism*).

Segundo Cláudio Ari Mello, a teoria realista da interpretação de Guastini pauta-se no emotivismo moral (teoria metaética⁶²), de visão não-cognitivista acerca

58 GUSTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Trad. Edson Bini – Apresentação: Heleno Taveira Tôres – São Paulo: Quartier Latim, 2005. p. 107

59 GUASTINI, op. cit., p. 118

60 MELLO, Cláudio Ari. O Realismo Metodológico de Riccardo Gustini. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte. n. 113. pp. 187-244. jul./dez. 2016. p. 191 p. 192

61 BINDREITER, Uta. Kelsen revisited. **New essays on the pure theory of law**. ed./Luís Duarte d’Almeida; John Gardner; Leslie Green. Hart Publishing Ltd, 2013. p. 101-129. Disponível em <[http://portal.research.lu.se/portal/en/publications/the-realist-hans-kelsen\(518ab881-f303-4f46-b875-b4bfe796f1a4\)/export.html](http://portal.research.lu.se/portal/en/publications/the-realist-hans-kelsen(518ab881-f303-4f46-b875-b4bfe796f1a4)/export.html)>. Acesso em 17 de fevereiro de 2017.

62 A metaética é uma teoria filosófica não normativa, visto que não está preocupada em ditar condutas morais, tendo como escopo apresentar justificativas e razões de validade dos juízos

de verdades morais ou políticas. Compreende, Guastini, os valores políticos e morais como entidades metafísicas, não reconhecidas pelos sentidos e, portanto, não tendo realidade fática. Sustenta que a teoria do direito deve ser descritiva e avaliativa, ou seja, livre de valores.

Declara Cláudio Ari de Mello que:

O autor italiano defende uma teoria realista sobre a interpretação, ou seja, uma teoria que se pergunta sobre como os intérpretes realmente interpretam; porém, sustenta uma concepção não realista acerca da Moral, isto é, sustenta que não existem fatos morais, valores morais ou propriedade morais na realidade. Em Guastini, como em muitos outros teóricos do direito, o realismo jurídico está associado a uma rejeição do realismo moral⁶³.

Visão compartilhada por Hans Kelsen, pois para ele juízos de valor não podem ser respondidos por meio de cognição racional, que depende de um julgamento de valor determinado por fatores emocionais, de caráter subjetivo⁶⁴.

Outra teoria realista defendida por Guastini seria o ceticismo sobre a interpretação das normas. Argúi o autor que as normas possuem uma indeterminação semântica sujeito a interpretações conflitantes. Salaria que será o intérprete quem dará o significado ao texto. Interpretar é atividade de conferir significado ao texto, que somente terá significado com a ação do intérprete.

Afirma que “não há direito sem textos a serem interpretados (primeira tese ontológica); mas não há direito (segunda tese ontológica) sem interpretação e manipulação de tais textos”⁶⁵. Seguindo esta visão aduz que (i) o direito é um

morais. Destaca-se por questionar a viabilidade da justificação racional de normas e princípios morais, a partir de fatos e critérios objetivos, independentemente de quaisquer atitudes emocionais ou demais questões que recaiam na subjetividade. É uma questão de extrema importância por garantir, sobretudo, segurança jurídica às normas e princípios jurídicos de cunho moral dado o uso de princípios morais na interpretação e aplicação do direito. <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2591/Metaetica-e-objetividade-da-moral>> acesso em: 16 de fevereiro de 2017.

63 MELLO, Cláudio Ari. O Realismo Metodológico de Riccardo Guastini. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte. n. 113. pp. 187-244. jul./dez. 2016. p. 195

64 KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 10

65 GUASTINI, Riccardo. Il realismo giuridico ridefinito. **REVUS**. n. 19/2013: Revija Pravna metodologija. Disponível em; <<https://revus.revues.org/2400#entries>> Acesso em: 10/11/2013

conjunto de textos normativos; (ii) é um conjunto de normas, resultado da interpretação “criativa” e manejo dos textos; e (iii) conjunto de regras em vigor.

A visão das normas como manejo de interpretação é encontrada na moldura interpretativa de Hans Kelsen⁶⁶, que admite mais de uma interpretação ao texto normativo, desde que este não extrapole os limites da moldura, que impõe restrições as definições que podem ser atribuídas a um enunciado normativo.

E, por último, Guastini estabelece que o mais importante dos conceitos fundamentais de sua teoria do direito situa-se no conceito de norma jurídica. E diante disto, não esconde a influência de Alf Ross e Tarello na distinção entre disposição e norma jurídica⁶⁷. Enfatiza que norma é a noção conferida pelo intérprete a uma disposição. Aduz Mello em seu trabalho que

A relação entre disposição e norma é bastante complexa: (i) de uma única disposição é possível deduzir duas ou mais normas jurídicas (ii) podem ser necessárias duas ou mais disposições para a formação de uma única norma jurídica; (iii) é possível deduzir a existência de normas implícitas, que não decorrem diretamente de nenhuma disposição, mas podem ser inferidas logicamente de uma ou mais disposições; (iv) é possível a construção de normas jurídicas não expressas, que não decorrem diretamente da interpretação de qualquer disposição textual⁶⁸.

Inspirado por Kelsen, que patrocina a ideia de moldura de interpretação, no qual o intérprete pode tirar várias interpretações, que conduzirá a diversas normas jurídicas. Evidencia, entretanto, que norma legal é o resultado de um ato volitivo resultante de uma escolha que os intérpretes fazem dentre as múltiplas possibilidades interpretativas das normas. Confere a decisão judicial, a noção de norma jurídica, sendo o ato de vontade do magistrado que escolhe dentre todas as

66 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 387

67 GUASTINI, Riccardo. **Teoria e dogmatica delle fonti**. Milano: Guiffré Editore, 1998. p. 25. Disposições, enunciados normativos como: constituições, leis, atos administrativos normativos e decisões judiciais. Norma, definições resultantes da interpretação das disposições.

68 MELLO, Cláudio Ari. O Realismo Metodológico de Riccardo Guastini. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte. n. 113. pp. 187-244. jul./dez. 2016. p. 200

possibilidades de interpretação das normas constitucionais ou infraconstitucionais, qual incide no caso concreto⁶⁹.

A teoria realista de Guastini e a escola genovesa demonstram a importância da interpretação dos textos normativos, demonstrando que um sistema jurídico tem mais que normas e regras instituídas pela autoridade política; ressalta o valor do intérprete, como ator na decisão da definição do conteúdo normativo de um sistema jurídico, posto que os textos normativos adquiram sentido a partir da interpretação dada pelos juízes e doutrinadores. Na busca da aproximação da realidade social da realidade jurídica por meio da interpretação da norma ao caso concreto.

No próximo capítulo estudaremos o realismo jurídico no Brasil, bem como é conceituado e aplicado no direito vigente, buscando desmistificar o mito que persiste no imaginário jurídico brasileiro.

69 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 388

3 REALISMO JURÍDICO NO BRASIL

O realismo jurídico surge como escola hermenêutica, antimetafísica, que procura desvendar a linguagem jurídica, aproximando tanto a realidade jurídica por meio das regras como a realidade social (fatores sociais) do conflito.

No Brasil, persiste uma visão de que o realismo jurídico seria ter o juiz mais liberdade de decisão, pautado num decisionismo de forma discricionária fundada nos valores pessoais do julgador aliando-se ao ativismo judicial. Entretanto, segundo Luís Roberto Barroso em seu artigo *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*, conceitua ativismo como

(...) o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes⁷⁰.

Atribui-se ao juiz, erroneamente, a ideia de que o realismo dá a ele liberdade de criar e ditar o direito aplicável ao caso concreto, não olhando para os parâmetros e limitações dadas pela lei, expandindo, segundo Barroso, seu sentido e alcance com o fito de produzir um resultado ao caso concreto além das limitações dadas pela norma e extrapolando as fronteiras da moldura interpretativa.

Ressaltando a ideia de que “a Constituição é aquilo que o Supremo Tribunal Federal diz que é” e “o Direito infraconstitucional é o que o Superior Tribunal de

70 BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf> acesso em: 13 de abril de 2017.

Justiça diz ser” o direito. Visão defendida no início da escola pragmática norte-americana, que estudava as decisões judiciais, com intuito de prever o comportamento judicial do julgador (Realismo Comportamental). Que tinha como premissa, articulado por Godoy⁷¹, que primeiro os juízes decidiam e depois buscavam deduções lógicas, através de mecanismos de reflexão jurídica para solucionar os casos concretos.

Lênio Streck, que apesar de contrário ao realismo jurídico conforme apresentado no Brasil, defende que:

O direito é um conceito interpretativo e é aquilo que é emanado pelas instituições jurídicas, sendo que as questões a ele relativas encontram, necessariamente, respostas nas leis, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e nos precedentes que tenham DNA constitucional, e não na vontade do aplicador, ou seja, o direito possui, sim elementos decorrentes de análises sociológicas, morais, etc. Só que estas, depois que o direito está posto – nesta nova perspectiva (paradigma do Estado Democrático de Direito) – não podem vir a corrigi-lo de forma indutivista, transferindo o locus do discurso de validade para a cabeça do juiz, sob pena de completa ausência de legitimidade democrática⁷².

Observamos que Lênio Streck concorda que o direito é interpretação e que esta interpretação deve ser moldada dentro de parâmetros estabelecidos pela lei. Não cabe ao juiz criar regramentos para julgar ou usar da irracionalidade decisória para fazer valer sua vontade.

Percebe-se que permeia no imaginário jurídico brasileiro que o realismo jurídico seria o juiz criar e aplicar o direito ao seu bel prazer, coisa que não é verdade, senão vejamos a visão do realismo genovês de Riccardo Guastini, que numa fusão entre o realismo americano (pragmático) e a visão de Alf Ross do realismo escandinavo, sintetiza bem a função do juiz e seu modo de interpretação. Pois em seu livro, *Interpretare e Argomentare*, diz:

71 GODOY, Armando Sampaio de Moraes. **Introdução ao Realismo Jurídico Norte-Americano**. Brasília: edição do autor, 2013. p. 13

72 STRECK, Lênio. **O passado, o presente e o futuro do STF em três atos**. Publicação da Conjur de 15/11/2015. disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-15/senso-incomum-passado-presente-futuro-stf-tres-atos>> acesso em: 13/04/2017.

Se si concepisce il diritto vigente (non come un insieme di testi, ma) come un insieme di significati, si può bem dire – anzi se deve dire – che il diritto è una variable dependente dell'interpretazione. Ma non si può dire – intendendolo alla lettera – che il diritto sia creato dagli interpreti, e da essi soli. Perché, banalmente, non vi è interpretazione senza un testo da interpretazione: una sedicente “interpretazione” che non avesse ad oggetto un testo preesistente non sarebbe affatto interpretazione, sarebbe genuina normazione. Sicché il diritto nasce dalla cominazione di legislazione (acora in senso “materiale”) e interpretazione⁷³.

Conforme preleciona Hans Kelsen em Teoria Pura do Direito, corroborado por Guastini, que para aplicar o Direito, o órgão jurídico precisa adotar sentido as normas que vai aplicar, ou seja, interpretá-las⁷⁴. Diz que

A interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior. Na hipótese em que geralmente se pensa quando se fala de interpretação, na hipótese da interpretação da lei, deve responder-se à questão de saber qual o conteúdo que se há de dar à norma individual de uma sentença judicial ou de uma resolução administrativa, norma essa a deduzir da norma geral da lei na sua aplicação a um caso concreto⁷⁵.

Ademais, apreende-se em vários julgados essa percepção do julgador, que não enxerga a norma de forma binária, como sim ou não, certo ou errado, legal ou ilegal, mas que utiliza da moldura interpretativa de Hans Kelsen, na percepção da vagueza do texto normativo para interpretá-lo à luz do caso concreto.

Os críticos deste pensamento não compreendem a distinção entre norma e texto, e os concebe como sinônimos. Com o Realismo Genovês aprendemos que ainda persiste uma concepção positivista de argumentar que um texto ainda não é

73 GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e Argomentare**. Milano, Giuffré Editore, 2011. interpretação da autora: Se se concebe a lei existente (não como um conjunto de textos, mas) como um conjunto de significados, bem se pode dizer – antes se deve dizer - que o direito é uma variável dependente da interpretação. Mas não se pode dizer – entendendo literalmente - que o direito seja criado pelos intérpretes, e por eles apenas. Porque, simplesmente, não há interpretação sem um texto a ser interpretado: uma “interpretação” que não tiver um texto preexistente dificilmente será interpretado, uma genuína normação. Assim, o direito tem origem na combinação entre legislação (no sentido “material”) e interpretação.

74 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 387

75 *Ibid.* p. 387

um padrão. Contrariamente, a visão genovesa explica que o texto é justamente produto da atividade humana praticado por quem tem autoridade para produzir o texto, ou seja, a norma jurídica estrita. No entanto, para que a norma jurídica em sentido estrito exista necessária que haja interpretação. Logo, no dizer de Bouvier:

Por tanto, aquello que hace verdadero a 'este es una regla y es jurídica' es un hecho complejo que incluye al menos: a) el acto de un sujeto o sujetos que, autorizados por una determinada norma jurídica, produce un texto; b) el acto de interpretación de esse texto, si el cual no hay norma o regla jurídica alguna⁷⁶.

Desta feita, observamos que o Realismo é um movimento que visa acompanhar as condições sociais, pois a política se inicia com uma investigação destas condições, segundo Aléxis de Tocqueville, este é o produto de um fato e para conhecermos uma legislação precisamos estar familiarizados com os hábitos desta nação. Ressalta-se, na visão de Warren e Brandeis, ser necessário que de tempos em tempos haja novas definições no Direito, posto que haja mudanças políticas, sociais e econômicas que devem ser acompanhados pelos juristas, como o reconhecimento de novos direitos diante de novas demandas da sociedade⁷⁷.

Evidencia-se que no Brasil ainda existe uma forte influência da filosofia analítica, justificado pela escola filosófica analítica e metafísica alemã, e do funcionalismo francês, o que explica sua resistência ao realismo jurídico, justificando sua relutância ao movimento, que corrobora com a teoria da decisão.

Mas, como o realismo pode ser aplicado na realidade brasileira de transformações econômicas, políticas e sociais de forma a exigir do Supremo Tribunal Federal uma mudança comportamental na sua tomada de decisão? Será retrocedendo às motivações que levaram estudiosos do direito estadunidense e

76 Tradução livre: Portanto, o que torna verdadeiro "esta é uma regra e é legal" é um fato complexo que inclui pelo menos: a) o ato de um assunto ou sujeitos que, autorizada por uma determinada regra legal, produzem um texto; b) o ato de interpretação deste texto, se não houver nenhuma norma ou regra jurídica. BOUVIER, Hernán G. LENGUAJE Y TEORÍA DEL DERECHO. TENSIONES EN UNA VARIANTE DEL REALISMO JURÍDICO. Publicado em **ISONOMÍA – Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**. n. 35, p. 25-51, Octubre 2011. p. 37

77 WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The right to privacy. **Harvard Law Review**. Vol. IV; n. 5, December 15, 1890. Disponível em: <<http://faculty.uml.edu/sgallagher/Brandeisprivacy.htm>> Acesso em: 23/04/2017.

escandinavo a olharem para a escola livre do direito e para as percepções da aplicação do direito dadas por Jhering, na obra *Der zweck im Recht*, que perceberemos que tais transformações fazem-se necessárias.

Assim como as transformações ocorridas no final do século XIX e 1920-1930, oriundas do entre guerras e da grande depressão foi necessário que uma nova forma de olhar para o direito e para a tomada de decisão, fizeram-se necessárias para a resolução dos conflitos sociais que emergiam diante da vagueza e muitas vezes ausência normativa.

Vivemos no Brasil um momento de grandes transformações econômicas, políticas e sociais que se deparam com a vagueza da lei para a solução de problemas reais, os quais exigem do magistrado fundar-se não apenas na lei, mas em outros fatores como sociologia, psicologia e economia para a solução do caso concreto. Que encontra fundamento no pensamento da escola do direito livre, da *Freireschtsschule* e no próprio realismo jurídico.

Questões como anencefalia, aborto, liberdade de expressão – no tocante ao consumo de drogas, como maconha, etc., que assolam a vida social, mas que muitas vezes não encontram aporte na lei, mas que necessitam de resolução para as questões no caso concreto. Que, portanto, serão resolvidos, na vagueza da lei, com aporte na interpretação do juiz que se fundando na moldura interpretativa buscará decidir de forma a aproximar a realidade social da realidade jurídica, visão baseada no realismo metodológico genovês.

Apesar de vivermos tais transformações na sociedade brasileira, percebemos que nem sempre o juiz julgará de forma a se pautar na lei, segundo José Rodrigo Rodriguez, “os juristas brasileiros agem de maneira *personalíssima* ao decidir casos concretos e têm a tendência de *naturalizar seus conceitos* ao refletir sobre o direito em abstrato”⁷⁸, o que vemos no voto do Ministro Eros Grau, que será analisado mais adiante, na Reclamação 4335-5/ACRE. Continua Rodriguez

78 RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as Cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)**. FGV Editora. 1 edição. Rio de Janeiro:FGV. 2013. p. 7

Quando pensam sobre um caso concreto, como se verá, os juristas brasileiros estão mais preocupados em apresentar suas *opiniões pessoais* sobre o problema que têm diante de si do que em demonstrar analiticamente a correção da solução que defendem. (...) *Cada juiz parece relacionar com a esfera pública de forma independente*: sua individualidade está acima das eventuais “razões do Tribunal” que, aliás, não organizam os fundamentos dos votos em uma decisão coerente ou impõe a necessidade de se elaborar um “voto da corte”⁷⁹.

Em seu voto o Ministro Grau não pensa no caso concreto, mas de impor a doutrina um novo pensamento, expressando que deve a doutrina acompanhar o julgamento e o pensamento do Supremo e não o contrário. Para valer seu argumento, o ministro não se preocupa em interpretar o texto normativo, na ânsia de amoldá-lo a realidade, mas, antes, quer fazer valer sua vontade por meio do discurso de autoridade para impor sua posição.

Conclui-se que mesmo entre os juristas ainda persiste o mito de que o realismo é o que o Tribunal diz ser o direito, e, que não precisa se basear na lei para, por meio da interpretação buscar solução para os casos concretos, como forma de aproximar a realidade social da realidade jurídica. Mas, valer-se do discurso de autoridade para pautar sua decisão, numa visão pragmática do que foi o realismo estadunidense de outrora.

Na próxima seção estudaremos como o realismo aparece na tomada de decisão, tal e qual apresenta-se na tomada de decisão no Brasil através da análise do voto do Ministro Eros Grau na Reclamação 4335-5/ACRE.

3.1 Realismo Jurídico na Tomada de Decisão

Nos capítulos anteriores tivemos a oportunidade de estudar as escolas realistas e como o realismo é visto no Brasil, seus principais pensadores e a sua

⁷⁹ *Ibid.*, p. 7

influência no direito vigente. Agora buscaremos demonstrar como essa escola do pensamento server(ia) para pensar a prática concreta do direito, por meio do estudo da hermenêutica constitucional.

Apresentando como cerne do ‘método’ realista de interpretação constitucional o intérprete-aplicador como o genuíno legislador, e não o autor do texto normativo. Tendo como ponto crucial acreditar que o que os juízes faziam não era diferente do que fazia o legislativo, e suas funções deveria ser exercidas de forma a se auto limitar. O que será explorado pelo Bispo Haadley

quem tiver o poder absoluto de interpretar qualquer lei escrita ou oral é verdadeiramente o legislador para todos os efeitos e resultados e não aqueles que primeiro a escreveu ou pronunciou”. Deste modo, a ciência do direito teria por objeção não a descrição das normas jurídicas, mas “pre-dizer” o comportamento dos juízes e dos “tribunais”. “As profecias daquilo que farão efectivamente os tribunais – e nada de mais ambicioso – é o que compreendo por direito”⁸⁰.

Os realistas estadunidenses singularizaram o significado jurídico dos conceitos, pois não tinham como suporte um raciocínio jurídico delineado, mas os gostos e inclinações políticas e morais de seus aplicadores.

Mostrando-se mais dedicados a evolução do direito em face dos fatos sociais. Sendo pragmáticos ao intimar os juristas a observarem o direito para além da técnica aplicada pelos julgadores, para desta forma avançarem nas novas correntes da ciência social – sociologia, psicologia e behaviorismo – assim como a economia, que se tornaram fatores relevantes para o estudo do sistema jurídico e do direito constitucional.

Segundo Cristina Queiroz⁸¹, o papel do juiz constitucional é buscar a fundamentação das suas decisões discursivamente, abandonando a linguagem “autoritária”. Tomando por objeto não a interpretação das normas jurídicas, mas o

80 THAYER, James Bradley. **The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law**. In Harvard Law Review (1893), p. 152. apud QUEIROZ, Cristina. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial – sobre a epistemologia da construção constitucional**. Coimbra Editora, 2000. p. 140-141

81 QUEIROZ, Cristina. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial – sobre a epistemologia da construção constitucional**. Coimbra Editora, 2000. p. 141

comportamento dos juízes e dos tribunais, conduzindo de uma casuística judicial orientada para valores e princípios. Ou seja, a decisão judicial deixa de pautar-se na observância cega do texto normativo para buscar nos valores e principais argumentos estruturais para suas decisões.

O direito deixa de ser visto, basicamente, como o conjunto das normas jurídicas para passar a ser compreendido e inteligido como conjunto de decisões⁸².

Contrariamente ao pensamento de Benjamin Cardozo que testemunha que “o juiz ‘legisla apenas entre as lacunas’ da lei, não a partir de opiniões puramente subjectivas”. Avança pregando que a Common Law é toda jurisprudencial, e que o juiz, na ausência ou inexistência de norma aplicável ao caso, “legisla”, mas “nos interstícios da lei”, cria ele próprio “normas sub-constitucionais”, que poderão posteriormente vir ou não a ser derogadas pelo legislador comum, mas que remetem, em todos os casos, para um “modelo subjectivo” de justiça, tendo por base a “moralidade usual dos homens e mulheres justos e rectos” “modelos aceitos pela sociedade e pelos costumes das épocas”⁸³. Afirma que os juízes modificam as regras dos precedentes ‘à luz’ das novas situações e experiências.

A hermenêutica ensina ao intérprete que as diretivas de ação e as proposições valorativas, contidas nos preceitos jurídicos, só podem ser cabalmente compreendidas e inteligidas quando aplicadas a situações concretas. Somente no juízo do julgador, chamado a colmatar a distância entre o fato e a norma, interpretando os fatos segundo a norma e a norma segundo os fatos, a “multifuncionalidade” que se destaca do teor literal dos enunciados normativos se encontraria em condições de se projetar na realidade, procurando o momento da sua concretização⁸⁴.

82 QUEIROZ, Cristina. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial – sobre a epistemologia da construção constitucional**. Coimbra Editora, 2000. p. 141

83 CARDOZO, Benjamin N. **A natureza do processo judicial e A Evolução do Direito**. Coleção AJURIS/9. Porto Alegre – 1978. p. 69

84 QUEIROZ, op. cit., p. 151

Para Castanheira Neves a interpretação jurídica seria o momento da concreta e problemática-decisória realização do direito. Ou seja, conscientemente ou não a hermenêutica atende agora a processo de criação distinto do da lei.

A “pré-compreensão” do juiz deixa-se impregnar pelo *topoi* de uma “tradição” espiritual. Esta dirige o relacionamento entre a “norma” e a “situação de fato” “à luz” de princípios históricos confirmados. A racionalidade da decisão vem medida a partir de “stands” que não são ainda “costumes condensados” nos quais a lei acaba por vir medida” por uma sabedoria jurisprudencial antecipada”. O número possível de argumento (ou “regras do discurso”) torna-se então ilimitados⁸⁵.

Cristina Queiroz conclui que o instrumento decisivo do “método” de interpretação constitucional não é mais a tradição dogmática, mas a retórica e o argumento⁸⁶.

Diante desta perspectiva, vejamos como o Supremo Tribunal Federal trabalha a questão da interpretação constitucional na aplicação do realismo ao caso concreto ou se o utiliza como método na tomada da decisão. Para tanto, primeiramente analisaremos a metodologia utilizada para a análise do estudo de caso.

3.2 Estudo de Caso

Neste capítulo faremos a análise do voto do Ministro Eros Grau, na Reclamação 4.335 ACRE, promovida pela Defensoria Pública da União em face da Sentença do Juiz de Direito da Vara e Execuções Penais da Comarca de Rio Branco/AC.

Reclamação. 2. Progressão de regime. Crimes hediondos. 3. Decisão reclamada aplicou o art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, declarado inconstitucional pelo Plenário do STF no HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1.9.2006. 4. Superveniência da Súmula Vinculante

85 QUEIROZ, op. cit., p. 151

86 *Ibidem*. p. 153

n. 26. 5. Efeito *ultra partes* da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso. Caráter expansivo da decisão. 6. Reclamação julgada procedente⁸⁷.

A escolha dessa decisão processou-se em razão da posição do Ministro que se posta de forma a utilizar de um pensamento realista para fundamentar sua decisão. E em razão da sua fundamentação analisaremos se serviria o realismo como ferramenta concreta para a tomada de decisão.

Insta ressaltar que tal posicionamento não reflete o pensamento do Supremo Tribunal Federal, apenas o modo de pensar no Ministro Eros Grau.

Começaremos a realizar o estudo de caso pela metodologia escolhida para o estudo de caso e posteriormente analisaremos o voto em questão.

1 Metodologia

O objeto desta pesquisa é o Realismo Jurídico. Todavia seu objetivo é didático-metodológico, visto tratar subjetivamente do realismo jurídico por meio das suas escolas mais representativas, escola norte-americana, escola escandinava e escola genovesa, assinalando e desmistificando os conceitos que deturpam o entendimento desta escola.

Para efeito de demonstração a ser desenvolvida, o método utilizado é concebido como o caminho para atingir o objetivo, e a metodologia, a forma como pensar esse método⁸⁸.

87 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação. Progressão de regime. Reclamação n. 4335-5 ACRE, Plenário, Brasília, DF, 21 de outubro de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>> Acesso em: 13/10/2017.

88 FREITAS, Lorena; Feitosa, Enoque. **Acerca do Realismo Jurídico como um método para a pesquisa jurídica**. Teoria da decisão e realismo jurídico (Recurso eletrônico on-line) organização CONPEDI/UFS – Florianópolis:CONPEDI, 2015. p. 142-166

Compreender a metodologia realista reflete perceber as características teóricas de como o problema se apresenta e como pensar os institutos jurídicos com fito de compreender suas consequências práticas, e neste trabalho como suas características teóricas se aplicam na tomada de decisão no Brasil.

Utilizaremos, para tanto, como metodologia, além da pesquisa bibliográfica, o estudo de caso, isto é, a análise do voto do Ministro Eros Grau, na Reclamação 4335-7/AC para observarmos se houve ou há aplicação dos critérios do realismo jurídico na tomada de decisão, quais eles: de aproximação da realidade social da realidade jurídica; da observação das transformações sociais, políticas e econômicas da sociedade brasileira e da interpretação cética da lei. E por meio dos instrumentos bibliográficos estudados mostraremos sua aplicação na tomada de decisão.

O objetivo do estudo da análise do texto do voto era situar o realismo jurídico de forma diversa de um irracionalismo decisionista pelo qual vale qualquer decisão. Contemplamos nas palavras do Ministro Eros Grau que decisões podem ser irracionais desde que para fazer valer seu desejo.

A escolha da Reclamação 4335-5/AC se deu em razão do posicionamento do Ministro ao verbalizar seu pensamento

Sucedem que estamos aqui não para caminhar seguindo os passos da doutrina, mas para produzir o direito e reproduzir o ordenamento. Ela nos acompanhará, se nos mantivermos fiéis ao compromisso de que se nutre a nossa legitimidade, o compromisso de guardarmos a Constituição. O discurso da doutrina (= discurso sobre o direito) é caudatário do nosso discurso, o discurso do direito. Ele nos sujeitará e não o contrário⁸⁹.

O que revela uma visão distorcida do que vem a ser o realismo jurídico, mas pautando-se no movimento realista estadunidense do século passado, a percepção de que o direito é o que o Judiciário diz ser o Direito.

89 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação. Progressão de regime. Reclamação n. 4335-5 ACRE, Plenário, Brasília, DF, 21 de outubro de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>> Acesso em: 13/10/2017.

A decisão que aqui será estudada pode ser considerada um caso paradigmático para o judiciário brasileiro que teve, diante da vagueza legislativa e na urgência de dar solução ao caso concreto, analisar situação, que em muitos casos extrapolavam a norma posta, em prol da satisfação ao cidadão que necessitava ter seus direitos garantidos. É por esta razão que o caso, ora estudado, em que o Ministro do STF manifestou-se utilizando da expressão “o direito é o que o STF diz ser o direito”, que analisaremos como o pensamento realista é utilizado no Brasil.

Portanto, será com fundamento no realismo metodológico de Riccardo Guastini que analisaremos se o Realismo Jurídico serve como prática concreta para tomada de decisão da nossa Corte Superior, e analisaremos a Reclamação 4335-5/AC, pautado no voto do Ministro Eros Graus, que discute a “mutação constitucional” referente ao texto constitucional do art. 52, X.

A pesquisa tem caráter descritivo porque expõe as características do realismo jurídico, definindo sua natureza e aplicação, bem como explicativa, pois visa identificar os fatores que contribuem para compreensão e aplicação deste método na tomada da decisão no voto em questão⁹⁰.

Diante do estudo bibliográfico realizado neste trabalho, observamos a aplicação de argumentos realistas no voto do Ministro. Mas antes de adentrarmos na análise do voto e demonstrarmos se há ou não argumentos realistas necessário entender o que foi a Reclamação.

2 Análise do Voto

O caso que será estudado por meio da pesquisa visa demonstrar como o realismo jurídico é utilizado na tomada da decisão pelo Supremo Tribunal Federal.

90 FREITAS, Wesley R. S.; JABBOUR, Charbel J. C. Utilizando Estudo de Caso(s) como Estratégia de Pesquisa Qualitativa: Boas Práticas e Sugestões. Disponibilizado em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2148238/mod_resource/content/1/Protocolo%20de%20estudo%20de%20caso.pdf>. Acesso em: 02/11/2017

Visto o foco de a pesquisa ser fenômenos contemporâneos da vida real, buscamos analisá-los por meio de estudos exploratórios e descritivos⁹¹.

No entanto, vale salientar que o que faremos será a análise do texto do voto proferido pelo Ministro Eros Grau na Reclamação 4335-5/AC, no qual o Ministro manifesta explicitamente que, o Supremo decide e cabe a doutrina seguir o pensamento da Corte.

Sucedem que estamos aqui não para acompanhar seguindo os passos da doutrina, mas para produzir o direito e reproduzir o ordenamento. Ela nos acompanhará, a doutrina. Prontamente ou com alguma relutância. Mas sempre nos acompanhará, se nos mantivermos fiéis ao compromisso de que se nutre a nossa legitimidade, o compromisso de guardarmos a Constituição. O discurso da doutrina (= discurso sobre o direito) é caudatário do nosso discurso, o discurso do direito. Ele nos seguirá; não o contrário⁹².

Entendimento compartilhado por outros ministros que ao proferir seus votos em outros casos utilizam da mesma posição para validar seu posicionamento, como nas decisões proferidas pelo Ministro Marco Aurélio Mello na ADI 3.937/SP⁹³ e o Ministro Teory Zavascki no AI nos EREsp 644.736/PE⁹⁴, que ressaltam tal posição.

91 YIN, Robert K. **Estudo de caso: planejamento e método**. Trad. Daniel Grassi. - 3. ed. - Porto Alegre: Bookman, 2005. p. 19

92 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação. Progressão de regime. Reclamação n. 4335-5 ACRE, Plenário, Brasília, DF, 21 de outubro de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>> Acesso em: 13/10/2017.

93 Venho afirmando que o julgador, ao deparar-se com determinada questão jurídica, busca nas convicções íntimas, na formação humanística, enfim, na cosmovisão que possui, a resposta que mais lhe afigure correta e justa. É o que chamam de contexto de descoberta. Em seguida, procura, no ordenamento jurídico, os fundamentos capazes de sustentar a conclusão. Surge aí solução mais justa, na concepção particular do intérprete, não encontra esteio no arcabouço normativo, impõe-se a revisão do sentimento inicial. Às vezes, o politicamente correto simplesmente não equivale ao juridicamente acertado. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade. ADI 3.937-7 São Paulo, Plenário, Brasília/DF, 04 de julho de 2008. publicação em: 10/10/2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=553763>>. Acesso em: 13/10/2017.

94 Sendo assim e considerando que a atividade de interpretar os enunciados normativos, produzidos pelo legislador, está cometida constitucionalmente ao Poder Judiciário, seu intérprete oficial, podemos afirmar, parafraseando a doutrina, que o conteúdo da norma não é, necessariamente, aquele sugerido pela doutrina, ou pelos juristas ou advogados, e nem mesmo o que foi imaginado ou querido em seu processo de formação pelo legislador; o conteúdo da norma é aquele, e tão somente aquele, que o Poder Judiciário diz que é. Mais especificamente, podemos dizer, como se diz dos enunciados constitucionais (= a Constituição é aquilo que o STF, seu intérprete e guardião, diz que é), que as leis federais são aquilo que o STJ, seu guardião e intérprete

Portanto, diante do voto pergunta-se em que medida o realismo jurídico é usado, no Brasil, na tomada da decisão? Em face do voto proferido, percebemos que o Realismo não é utilizado como uma ferramenta hermenêutica pelos Ministros de nossa Corte Suprema, que tem forte influência da filosofia analítica alemã. Mas percebe-se que diante de uma deficiência de sustentar a escolha da sua decisão, o Ministro se alicerça no pensamento jurídico no início do século XX, onde os juízes primeiro decidiam e depois buscava argumentos para fundamentar sua posição, reflexo do Realismo Jurídico Estadunidense.

A decisão aqui estudada apresenta-se como um caso paradigmático para o judiciário brasileiro, que deverá analisar a situação, de forma a não extrapolar o texto normativo, e ainda, garantir os direitos dos cidadãos a luz do texto constitucional. Sem, portanto, valer-se do discurso de autoridade, conforme feito pelo Ministro Grau ao manifestar seu posicionamento usando da expressão “o direito é o que o STF diz ser o direito”.

Destarte, será por meio do realismo metodológico de Riccardo Guastini que analisaremos como o Realismo Jurídico pode ser ferramenta concreta na prática da tomada de decisão da nossa Corte Suprema, mediante a análise da Reclamação 4335-5/ACRE.

Constatamos que, segundo a visão de Cristina Queiroz,

Interpretar uma lei significa transmitir e compreender o significado e alcance de uma disposição jurídica. Os textos jurídicos interpretam-se quando, pragmaticamente, não são suficientemente claros para os fins de comunicação face a determinados contextos. Se não existem dúvidas, não há necessidade de se proceder a interpretação. Se o operador entende que a lei é clara, a sua aplicação é automática, sem mais juízo de valor do que o da lei e nenhuma da sua parte⁹⁵.

Se o texto normativo é preciso, óbvio sua aplicação ao caso concreto não deixa dúvida à interpretação dada, sendo possível extrair das muitas possibilidades

constitucional, diz que são. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo. AI no EREsp nº 859.214 Pernambuco. Plenário, Brasília/DF, 24 de agosto de 2001. disponível em: <www.stf.jus.br/portal/autenticacao_sob_numero_7825616>. Acesso em: 20/09/2017.

95 QUEIROZ, Cristina. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial – sobre a epistemologia da construção constitucional**. Coimbra Editora, 2000. p. 103

interpretativas a que melhor se aplica sem qualquer dúvida razoável, mas não sendo claro e preciso necessário que se interprete o texto, trazendo luz ao caso concreto. Devendo salientar, que a interpretação deve ser pautada dentro da moldura interpretativa de Kelsen, o interprete não pode extrapolar sua interpretação para não configurar ativismo judicial.

Mas, antes de adentrarmos na análise do voto, necessário se faz compreender do que se trata o caso em questão. A Reclamação 4335-5/ACRE trata do pedido de preservação da competência do STF e garantia da autoridade da sua decisão que não foi cumprida pelo julgador da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco – AC, no qual o Defensor Público do Estado apresentou a referida Reclamação com base na decisão do STF no HC 82979-7/SP, que afasta a vedação da progressão de regime aos indivíduos condenados pelos ilícitos descritos na Lei 8.072/90 – Lei dos Crimes Hediondos. Pedindo, a Defensoria, pela progressão de regime aos apenados, o que não foi respeitada pelo juiz a quo, resultando a Reclamação.

Em seu voto o Ministro posiciona-se de maneira a afirmar que cabe à doutrina acompanhar o posicionamento do Supremo, a quem cabe interpretar a constituição e não o Supremo acompanhar o pensamento da doutrina, numa real tentativa de impor sua posição por meio do discurso de autoridade. Não a autoridade descrita por Hängerström, que entendo o dever legal como comando da autoridade legislativa, mas da autoridade encontrado em Cardozo que compreende a autoridade do intérprete do direito que na lacuna da lei pauta-se no argumento de autoridade para fazer valer seu poder.

O que observamos no voto, foi à falta de argumentos suficientes para sustentar a interpretação dada pelo intérprete que vai buscar na linguagem de autoridade suporte para sua fundamentação, então não cabe aos magistrados acompanhar “os passos da doutrina”, “ela nos acompanhará”.

Benjamin Cardozo assim atesta, “o juiz legisla apenas entre as lacunas da lei, não a partir de opiniões puramente subjetivas”. Continua dizendo que os juízes modificam as regras dos precedentes ‘a luz’ das novas situações e experiências⁹⁶.

Contudo, atribuir o posicionamento do Ministro Eros Grau ao pensamento realista estadunidense, que se mostra mais tendente a evolução do direito em face dos fatos sociais. Sua postura pragmática convoca os juristas a olharem além da técnica jurídica, com o fito de avançar novas correntes relacionadas à sociologia, psicologia, behaviorismo e economia. Não condiz com a realidade brasileira, dado que na concepção do Ministro o esforço legislativo é vão, na medida em que o que irá, ao final, reger o caso será aquele determinado pela Corte. O instrumento decisivo do ‘método’ de interpretação constitucional não é mais a tradição dogmática, mas a retórica e o argumento.

Cristina Queiroz assim adverte

A tarefa da interpretação constitucional será então a de encontrar o resultado constitucionalmente ‘correto’ através de um procedimento racional e controlável, e de fundamentar esse resultado, de modo igualmente racional e controlável, não o simples acaso, o da decisão pela decisão⁹⁷.

Valida o Ministro no seu voto o argumento de que o intérprete é quem vincula o texto, senão vejamos:

são duas as forças que, em direções opostas, percorrem o direito, uma tendente à rigidez, outra à elasticidade; e duas são as exigências fundamentais que nele se manifestam: a da (i) certeza e liberdade individual garantidas pela lei no sistema do direito burguês e a da sua (ii) contínua adequação ao devir social, garantida pela interpretação. Aquela apenas será assegurada na medida em que o texto vincule o intérprete; esta demanda criativa que pode fazê-lo ir além do texto. Essa oposição apenas poderá ser compreendida se nos dispusermos a admitir que o texto e norma não se superpõem; que o processo legislativo termina no momento do texto --- a norma virá depois, produzida no bojo de um outro processo, a interpretação⁹⁸.

96 QUEIROZ, op. cit., p. 143

97 QUEIROZ, op. cit., p. 123

98 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação. Progressão de regime. Reclamação n. 4335-5 ACRE, Plenário, Brasília, DF, 21 de outubro de 2014. Disponível em:

Observamos os argumentos do realismo metodológico genovês, que traz a distinção entre norma e texto, ressaltando a importância do intérprete para a aplicação da lei ao caso concreto. Conforme, preleciona Guastini, a interpretação é atividade que essencialmente confere significado ao texto, afirma o autor italiano, que “antes da interpretação, o texto não possui um significado. É o intérprete que confere a ele um ou mais significados”⁹⁹.

A importância de compreendermos que no Brasil o Realismo Jurídico é visto de forma diversa do real conceito e aplicação como método de decisão, levando em consideração o voto do Ministro percebeu que sua decisão está pautada na vontade, na sua crença, não refletindo a posição ou visão do Tribunal.

A relevância do voto mostra que ainda persiste muita confusão quanto ao que vem a ser o realismo e como os juízes podem se valer dele para fundamentar a tomada de decisão. O realismo não se resume na visão estadunidense de que o direito seria aquilo que decidem os juízes e tribunais, tendo em vista suas crenças, ideologias, idiosincrasias etc. Fundamental é perceber, todavia, que eles (juízes) decidem em um determinado contexto e tal é aquilo que pode ser justificado normativamente. Portanto, o realismo se subsume na ideia de moldura interpretativa, logo, pode o juiz decidir como quiser desde que justificada normativamente a decisão, conforme afirma Cristina Queiroz de forma racional e controlável.

O objetivo do estudo da análise do texto do voto é situar o realismo jurídico de forma diversa de um irracionalismo decisionista pelo qual vale qualquer decisão. Contempladas nas palavras do Ministro Eros Grau que decisões podem ser irracionais desde que para fazer valer seu desejo.

*O juiz não pode se considerar livre para criar e ditar o direito aplicável “in concreto”, o julgador deve atuar num regime colaborativo, não pode se apegar literalmente a letra da lei, nem pode agir de forma a esquecer dela, agindo deliberadamente *proeter* ou *contra legem*¹⁰⁰.*

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>> Acesso em: 13/10/2017.

99 MELLO, Cláudio Ari. O Realismo Metodológico de Riccardo Guastini. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte. n. 113. pp. 187-244. jul./dez. 2016. p. 198

100 QUEIROZ, op. cit., p. 123

Em outras palavras, o juiz não pode agir como um mero autômato na execução da lei deve atuar de forma intelectual, a interpretação apesar de posta ao descobrimento real do significado das expressões, não podem ser totalmente livre, como presume Hermann Kantorowicz, nem completamente amarrada, como defende a escola exegética¹⁰¹.

O posicionamento do Ministro mostra-se importante justamente porque não acompanha a evolução do pensamento realista influenciado por Alf Ross e da releitura de Kelsen, por Guastini. O realismo molda-se no próprio conceito de norma, resultante da interpretação dada ao texto no caso concreto e não fundado no desejo do julgador.

O ministro assim manifesta no seu voto

Até que ponto o intérprete pode caminha, para além do texto que o vincula? Onde termina o legítimo desdobramento do texto e passa ele, o texto, a ser subvertido?

Temo que essa seja uma questão que só possa e deva ser respondida de modo indubitável caso a caso. Não obstante, em outra ocasião, pretendendo dar-lhe resposta, observei que, sendo a interpretação uma *prudência* (ela não é saber puro, separado do ser), haverá subversão do texto quando o intérprete autêntico produzir interpretante (= norma) não correta. A apuração dessa subversão também é (dever ser) objeto de uma prudência. O interpretante será correto quando --- a conclusão é de AULIS AARNIO --- (i) se insere no quadro (na moldura) do direito; (ii) atende ao código dos valores dominantes.

Tal posicionamento, de que o direito é o que o STF diz ser, foi alvo de fervorosa crítica de Lênio Streck que chama o entendimento do Ministro de “Realismo Retrô”¹⁰², pois é, um retrocesso às razões pelas quais juristas, advogados, juízes, professores e estudantes de direito, nos Estados Unidos nos idos dos anos 20 começaram o estudo do comportamento dos tribunais. Foi por meio das

101 QUEIROZ, op. cit., p. 123

102STRECK, Lênio. Presente, passado e futuro do STF em três atos. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-nov-15/senso-incomum-passado-presente-futuro-stf-tres-atos#_ftnref2> acesso em> 13/03/2017

decisões prolatadas que buscaram compreender o direito por eles aplicado, ou seja, o direito vigente.

Visão compartilhada por Hart em *O Conceito de Direito*, que nos dirá que essa concepção dada pelo Ministro configura um “realismo enfadonho” que não pode ser denominado Realismo Jurídico, pois assevera existir algumas versões sobre o Realismo que prega “nenhuma lei faz parte do direito até que seja de fato aplicada por um tribunal”¹⁰³. Contudo, Hart nos traz a citação do Bispo Hooley citado por Gray no livro *The Nature and Sources of Law*, que sintetiza bem o posicionamento do Ministro Grau: “Ora, quem quer que possua autoridade absoluta para interpretar quaisquer leis, escritas ou orais, é este, para todos os efeitos, o legislador, e não a pessoa que as escreveu ou formulou verbalmente pela primeira vez”¹⁰⁴.

Inferimos isso, ainda no posicionamento do ilustre ministro que confirma em seu voto que o intérprete entre na tradição do texto que é sustentado por ele, sustenta que o “intérprete há de construir a norma respeitando a coerência interna do texto, sujeito a uma série de associações, oposições e homologias que conferem sentido ao texto, de modo que, em verdade, não inventa a norma”¹⁰⁵.

O Ministro cita Paolo Grosso em seu voto para confirmar seu pensamento

Existem duas forças que, em direções opostas, percorrem o direito, uma tendente à rigidez, outra à elasticidade; e duas são as exigências fundamentais que nele se manifestam: a da (i) certeza e da liberdade individual garantidas pela lei no sistema do direito burguês e a da sua (ii) contínua adequação ao devir social, garantida pela interpretação. Aquela apenas será assegurada na medida em que o texto vincule o intérprete, esta demanda criatividade que pode fazê-lo ir além do texto. Essa oposição apenas poderá ser compreendida se nos dispusermos a admitir que o texto e norma não se sobrepõem; que o processo legislativo termina no momento do texto ---- a norma virá depois, produzida no bojo de um outro processo, interpretação¹⁰⁶.

103HART, H. L. A. **O conceito do direito**. Pós-escrito organizado por Penélope A. Bulloch e Joseph Raz; trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara; revisão da tradução Marcelo Brandão Cipolla; revisão técnica Luiz Vergílio Dalla-Rosa. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p.86

104HART, op.cit., p. 183

105BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação. Progressão de regime. Reclamação n. 4335-5 ACRE, Plenário, Brasília, DF, 21 de outubro de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>> Acesso em: 17/10/2017.

106GROSSO, Paolo. **Assolutismo giuridico e diritto privato**. Giuffrè, milano. 1998. p. 358-359

Cristina Queiroz entende que a tarefa do intérprete ao realizar a interpretação constitucional será de encontrar o “resultado constitucionalmente correto” mediante técnica racional e controlável, e que este resultado deve ser fundamentado, “de modo igualmente racional e controlável”, com fito de promover a “certeza e previsibilidade jurídica, não o simples acaso, o da decisão pela decisão”¹⁰⁷.

Por oportuno salientar que tal posicionamento não é o do STF, mas a posição do Ministro Eros Grau, ao manifestar seu voto na Rcl 4335-5/ACRE. O que encontra sustentáculo do pensamento de Chaïm Perelman¹⁰⁸ ao dizer em seu livro que *Logique Juridique* que “é aos Tribunais - e não aos teóricos do direito – que vem atribuída a competência de dizer o direito ao fundamentarem as suas decisões. Ao cabo e ao resto, é o raciocínio judicial que permite destilar a lógica que opera num Estado e num momento determinado”.

Pensamento que encontra sustentáculo em Georges Abboud que diz existir no Brasil um “Realismo à Brasileira”, que tem um tipo de decisão que se pauta as margens política de ocasião.

Este Realismo à brasileira, que busca como referência um realismo pragmático que não evoluiu, que não busca nas relações sociais e nas relações jurídicas resposta às questões suscitadas ao direito, mas na vontade do juiz o aporte para suas decisões não pode ser chamado de Realismo Jurídico, talvez o realismo enfadonho de Hart, ou realismo retrô de Streck. Mas não de Realismo Jurídico, seja pela corrente pragmática norte-americana, filosófica escandinava ou metodológica genovês, pois não busca aproximar a realidade fática que gera o conflito da realidade jurídica, contudo, faz valer a vontade do juiz, revelando suas crenças e ideologias por meio do discurso de autoridade.

107 QUEIROZ, op.cit., p. 123

108 Perelman pertence a Escola de Bruxelas, sustenta que existe uma lógica “especificamente jurídica”, atribuindo a esta lógica a nomenclatura “Lógica Argumentativa”. PERELMAN, Chaim. **Logique Juridique**. p. 212 apud QUEIROZ, Cristina. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial – sobre a epistemologia da construção constitucional**. Coimbra Editora, 2000. p.

Demonstrando, contudo, que o intérprete dará a interpretação a norma em conformidade com seu entender, conforme assume Rodriguez¹⁰⁹ de forma a refletir suas opiniões pessoais e de acordo com as razões do Tribunal, e não pautado na necessidade de aproximar a realidade social da realidade jurídica, constituindo um realismo à brasileira que busca fazer valer a autoridade do Tribunal por meio do argumento e não na razão.

109RODRIGUE, José Rodrigo. **Como decidem as Cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)**. FGV Editora. 1 edição. Rio de Janeiro:FGV. 2013. p. 7

CONCLUSÃO

O presente trabalho tem como propósito compreender em que medida o Realismo Jurídico serve como prática concreta na tomada de decisão pelo Supremo Tribunal Federal.

Movimento doutrinário de caráter antimetafísico que se contrapõe ao formalismo exegético caracterizado pelo ceticismo ante as normas e conceitos jurídicos. Notamos que apesar de existirem escolas distintas, o realismo jurídico se pauta em aproximar a realidade social que gera o conflito da realidade jurídica, utilizando de meios além do texto da lei, como sociologia, psicologia e economia, para fundamentar a tomada da decisão no caso concreto.

Assim como os fatores que ensejaram o movimento em países como Estados Unidos e Escandinávia, vindo a influenciar o surgimento do pensamento na Itália. A evolução do pensamento realista, influenciado por Alf Ross e da releitura da Teoria Pura do Direito por Riccardo Guastini, que percebemos que o realismo molda-se no próprio conceito de norma, que é resultante da interpretação dada ao texto no caso concreto.

Porém serão os fatores resultantes do entre guerras e da grande depressão que fará com que os juristas norte-americanos olhem para o movimento da escola do direito livre e motivado pelo Freireschtsschule irão buscar na sociologia, psicologia e economia meios para solução dos conflitos que não encontram solução pacífica em razão da vagueza da lei. Processo que também influenciarão juristas e filósofos da escola de Uppsala na Escandinávia.

Percebe-se por meio do estudo realizado que a escola estadunidense que buscou estudar o comportamento, realismo comportamental conforme Ross, dos juízes como base para a compreensão, ou melhor, previsão de como julgará os juízes no caso concreto. Embasam seu pensamento no repúdio ao formalismo exacerbado do judiciário, busca no pragmatismo a resposta para atribuir ao direito o status de ciência jurídica, uma vez que investigará a relação entre a norma e sua

aplicação respaldada do direito formal e na academia por meio do método de estudo de casos.

Contudo, terá grande importância no estudo jurídico por suscitar a reflexão, tirando a lei de ponto focal na tomada da decisão, aproximando o Direito das transformações sociais por intermédio das ciências sociais e da economia.

Assim como o realismo do continente europeu que critica a doutrina tradicional, essas duas vertentes do realismo se diferem no fato de que o realismo escandinavo tem como base a filosofia e o genovês dará ênfase na interpretação do texto. O realismo ainda assim tem a mesma justificativa, rechaçar a doutrina metafísica, contrapondo-se a jurisprudência mecanicista da escola exegética.

No entanto, este trabalho buscou investigar em que medida serviria o Realismo Jurídico como método concreto na tomada de decisão pelo Supremo Tribunal Federal, concluindo que se percebe em alguns votos, e não na decisão de plenário, que alguns Ministros buscam da compreensão do realismo do início do século passado, resultante da influência do pragmatismo estadunidense, no qual os juízes primeiro decidem e depois buscam os fundamentos para susterm sua posição.

Percepção encontrada no voto do Ministro Eros Grau, na Reclamação 4335-5/ACRE, que se vale do argumento de que a doutrina deve acompanhar o posicionamento da Corte, através de um argumento de autoridade, invocando ser o agente julgador o intérprete da norma constitucional.

Depreende-se do estudo, que ainda persiste no Brasil a visão de que o Realismo Jurídico seria compreender o direito de acordo com o que o Judiciário diz ser o Direito, ou seja, que o direito é o que o Supremo Tribunal Federal diz ser o direito. Visão expressa no voto do Ministro Grau que utilizando do argumento de autoridade afirma que o Supremo faz o comando que deve ser seguido pela doutrina.

Interessante salientar que tal posicionamento extrapola a compreensão do Realismo Jurídico que visa aproximar a realidade social, que gera os fatores reais do

conflito, da realidade jurídica por meio da interpretação constitucional dentro dos limites estabelecidos pela norma, isto é, dentro dos limites atribuídos pela moldura interpretativa de Kelsen. Sendo salutar dizer, que interpretar dentro da moldura não configura ativismo judicial, comumente atribuído às decisões em que o julgador pauta-se no realismo para a tomada de decisão.

Contudo, observamos no voto em questão que a mística de que o STF diz ser o direito ainda persiste no imaginário brasileiro, representado por meio de votos que na falta de fundamento para sustentar sua decisão, utilizam do argumento de autoridade, numa visão ultrapassada do que seria o realismo, conforme preceitua Hart e Streck, uma visão enfadonha para utilizá-la como razão na tomada de decisão.

Diante do estudo e da análise do voto do Ministro Grau percebemos que os argumentos realistas da interpretação cética da norma para a aplicação no caso concreto não é feito conforme a atividade de interpretação realista, mas vemos o argumento de autoridade, disfarçado de um falso realismo para consolidar o posicionamento no voto diante da falta de razão lógica para a tomada de decisão, configurando no entender de Abboud, um Realismo Jurídico à brasileira.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

- ACKERMAN, Bruce A. **Del Realismo al Constructivismo Jurídico**. Trad. Juan Gabriel Lòpez Guix. 1ª edición: Octubre 1988. Edorial Ariel, S.A. Barcelona, 1988
- BARBERIS, Mauro. El Realismo Jurídico Europeo-continetal. **Enciclopédia de Folisofia y teoría del dercho**, volumen uno. Jorge Luis Fabra Zamora, Álvaro Nùñez Vaquero, editores. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídica, 2015. Disponível em: <<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3875-enciclopedia-de-filosofia-y-teoria-del-derecho-volumen-uno>>. Acesso em: 19/03/2017
- BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. acesso em: 13/04/2017
- BINDREITER, Uta. Kelsen revisited. **New essays on the pure theory of law**. ed./Luís Duarte d’Almeida; John Gardner; Leslie Green. Hart Publishing Ltd, 2013. p. 101-129. Disponível em <[http://portal.research.lu.se/portal/en/publications/the-realist-hanskelsen\(518ab881-f303-4f46-b875-b4bfe796f1a4\)/export.html](http://portal.research.lu.se/portal/en/publications/the-realist-hanskelsen(518ab881-f303-4f46-b875-b4bfe796f1a4)/export.html)>. acesso em: 17/02/2017
- BORDONI, Miucha. **O DIREITO ALTERNATIVO E A ORDEM JURÍDICA POSITIVA BRASILEIRA**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25403-25405-1-PB.pdf>>
- BOUVIER, Hernán G. **lenguaje y teoría del derecho**. Tenciones em una variante del realismo jurídico. ISONOMÍA – Revista de Teoria y Filosofía del Derecho. n. 35. Octubre, 2011
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação. Progressão de regime. Reclamação n. 4335-5 ACRE, Plenário, Brasília, DF, 21 de outubro de 2014.

Disponível em:
 <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>.
 acesso em: 13/10/2017

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade. ADI 3.937-7 São Paulo, Plenário, Brasília/DF, 04 de julho de 2008. publicação em: 10/10/2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=553763>>. Acesso em: 13/10/2017

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo. AI no EREsp nº 859.214 Pernambuco. Plenário, Brasília/DF, 24 de agosto de 2001. disponível em: <www.stf.jus.br/portal/autenticacao_sob_numero_7825616. acesso em: 13/10/2017

CARDOZO, Benjamin N. **A natureza do processo judicial e A Evolução do Direito**. Coleção AJURIS/9. Porto Alegre – 1978

CESTARI, Roberto; NOJIRI, Sérgio. **Interpretações Históricas e Teóricas do Realismo Jurídico**. p. 142-166.

DICIONÁRIO TÉCNICO JURÍDICO. Organização Diocleciano Torrieri Guimarães. - São Paulo: Rideel; 1995.

FREITAS, Lorena; FEITOSA, Enoque. **A cerca do Realismo Jurídico como um método para pesquisa jurídica**

FREITAS, Wesley R. S.; JABBOUR, Charbel J. C. **Utilizando Estudo de Caso(s) como Estratégia de Pesquisa Qualitativa: Boas Práticas e Sugestões**. Disponibilizado em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2148238/mod_resource/content/1/Protocolo%20de%20estudo%20de%20caso.pdf>. acesso em: 02/11/2017

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Introdução ao Realismo Jurídico Norteamericano**. Brasília: edição do autor, 2013

- GROSSO, Paolo. **Assolutismo giuridico e diritto privato**. Giuffrè, milano. 1998.
- GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Trad. Edson Bini – Apresentação: Heleno Taveira Tôrres – São Paulo: Quartier Latin, 2005
- GUASTINI, Riccardo. **Teoria e dogmatica delle fonti**. Milano: Guiffré Editore, 1998
- GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e Argomentare**. Milano, Giuffré Editore, 2011
- HART, H. L. A. **O conceito do direito**. Pós-escrito organizado por Penélope A. Bulloch e Joseph Raz; trad. antônio de Oliveira Sette-Câmara; revisão da tradução Marcelo Brandão Cipolla; revisão técnica Luiz Vergílio Dalla-Rosa. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009
- HÄGERSTRÖM, Axel. **Inquiries into the Nature of Law and Morals**. Edited by Karl Olivecrona. Translated by C. D. Broad. Vol. 40. Acta societatis Litterarum Humaniorum Regiae Upsaliensis. Uppsala: Almqvist & Wiksell, 1953.
- HOLMES, Oliver Wendell. **The path of law and the common law**. New York: Kaplan, 2009.
- JHERING, Rudolf Von. **A evolução do Direito**. Trad. francesa de O. De Meulenaere. Antiga Casa Bertrand – José Bastos & C. A – Editores. Lisboa. 1963.
- KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000
- LEITER, Brian. Realismo Jurídico Estadounidense. **Enciclopedia de filosofia y teoría del derecho**. Vol. Uno. Organizado por Jorge Luiz Fabra Zamora, Álvaro Núñez Vaquero, editores. México.
- LLEWELLYN, Kal. **Some realism about realism: Responding to Dean Pound**. Harvard law Review, v. 44, p. 1222. 1931. Disponível em: <<http://www.jstor.org/discover/10.2307/1332182uid=3737664&uid=2&uid=70&uid=4&sid=211023098688241>>. Acesso em 05/05/2017

- LLOYD, Denis. **A ideia da lei**. São Paulo: martins Fontes, 1998
- MELLO, Cláudio Ari. O Realismo Metodológico de Riccardo Guescini. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte. n. 113. p. 187-244. jul./dez. 2016
- PEZZETTA, Silvina. Derecho y Sociedad. Historia y presente de los herederos del Realismo Jurídico Estaduniense. **Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho**. Vol. Uno. Organizado por Jorge Luiz Fabra Zamora, Álvaro Núñez Vaquero, editores. México.
- PIHLAJAMAKI, Heikki. **Against Methaphysics in law: The historiac background of American and Scandinavian legal realism compared**. 52 Am. J. Comp. L. 469, 488 (2004) HeinnOnline
- QUEIROZ, Cristina. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial – sobre a epistemologia da construção constitucional**. Coimbra Editora, 2000.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as Cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)**. FGV Editora. 1 edição. Rio de Janeiro:FGV. 2013
- ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Trad. Edson Bini – Revisão técnica Alysson Leandro Mascaro – Bauru, SP: EDIPRO, 1ª reimpressão, 2003
- SHERNAJUK, D. J. **Scandivavian Realism**. Heinonline
- SHOOK, John. **Os pioneiros do pragmatismo americano**. Rio de Janeiro: DpeA, 2002,
- STRECK, Lênio. **O passado, o presente e o futuro do STF em três atos**. Publicação da Conjur de 15/11/2015. disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-nov-15/senso-incomum-passado-presente-futuro-stf-tres-atos> . acesso em: 13/03/2017
- TARELLO, Giovani. **Positivismo Giurídico**. Giuffrè, Milano, 2007
- YIN, Robert K. **Estudo de caso: planejamento e método**. Trad. Daniel Grassi. - 3.

ed. - Porto Alegre: Bookman, 2005

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. **The right to privacy**. Harvard Law Review. Vol. IV; n. 5, December 15, 1890. Disponível em: <<http://faculty.uml.edu/sgallagher/Brandeisprivacy.htm>>. acesso em: 23/04/2017