



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**



**O realismo jurídico como pragmatismo:
A retórica da tese realista de que direito é o que
os juízes dizem que é direito**

LORENA DE MELO FREITAS

Tese de Doutorado

Recife
2009



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**



**O realismo jurídico como pragmatismo:
A retórica da tese realista de que direito é o que
os juízes dizem que é direito**

LORENA DE MELO FREITAS

Tese de Doutorado

Recife
2009

LORENA DE MELO FREITAS

O realismo jurídico como pragmatismo: A retórica da tese realista de que direito é o que os juízes dizem que é direito

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas/ Faculdade de Direito do Recife/ Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Área de concentração: Teoria do Direito e Decisão Jurídica.

Linha: Retórica Jurídica e Teoria da Argumentação

Orientador: Prof. Dr. George Browne Rego

Recife
2009

Lorena de Melo Freitas

O realismo jurídico como pragmatismo: a retórica da tese realista de que direito é o que os juízes dizem que é direito.

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco PPGD/UFPE, como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor.

Área de concentração : Teoria do Direito e Decisão Jurídica

Orientador: Dr. George Browne Rego

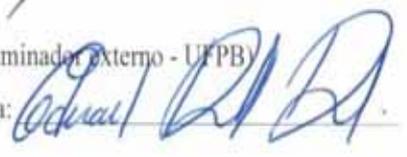
A banca examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeira, submeteu a candidata à defesa, em nível de Doutorado, e o julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL: aprovado

Professor Dr. *João Maurício Leitão Adeodato* (Presidente - UFPE)

Julgamento: aprovado Assinatura: 

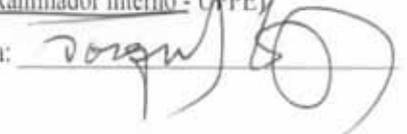
Professor Dr. *Eduardo Ramalho Rabenhorst* (1º Examinador externo - UFPB)

Julgamento: Aprovad. c/ restrição Assinatura: 

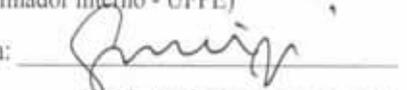
Professor Dr. *Karl Heinz Efken* (2º Examinador externo - UNICAP)

Julgamento: aprovada Assinatura: 

Professor Dr. *Torquato da Silva Castro Junior* (3º Examinador interno - UFPE)

Julgamento: aprovado c/ rest. Assinatura: 

Professor Dr. *Gustavo Just da Costa e Silva* (4º Examinador interno - UFPE)

Julgamento: Aprovado Assinatura: 

Recife, 01 de dezembro de 2009.

Coordenador Prof. Dr. Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti

A vovó Celita, mulher batalhadora,
que deixou saudades demais...

(in memoriam)

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, prof. Dr. George Browne, pelos livros emprestados, pelas contribuições e pela convivência pragmática;

Aos professores do PPGD, cujas disciplinas se fazem presentes como contribuições nesta tese;

Aos antigos orientadores e mestres de sempre: Dr. Luciano Oliveira, Cláudio e Solange Souto.

A minha família, por todo apoio e compreensão nos momentos de ausência dos compromissos familiares e por respeitar a eterna bagunça de livros amontoados no quarto;

Aos amigos de sempre Thaís, Enoque, Taciana e Fernando Maia;

Ao Grupo de Pesquisa Efetividade do Processo e Realismo Jurídico, na pessoa de Andréa Barbosa, por todos;

A Pedro Ivo, eterno e incondicional amor, mesmo brigando com os fatos, porque nada é impossível de mudar;

À Vovó Celita e Tereza, pelos exemplos de vida, eternizados pela saudade, que eu possa sempre honrar suas lembranças.

Nada é impossível de mudar¹

Desconfiai do mais trivial,
na aparência singelo.
E examinai, sobretudo, o que parece habitual.
Suplicamos expressamente:
não aceiteis o que é de hábito como coisa natural,
pois em tempo de desordem sangrenta
de confusão organizada, de arbitrariedade consciente,
de humanidade desumanizada,
nada deve parecer natural, nada deve parecer impossível de mudar.

¹ BRECHT, Bertold. **Antologia poética**. São Paulo: Perspectiva, 1983, p. 45.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

- 1. Do realismo jurídico como objeto de tese..... 12
- 2. Da metodologia de abordagem e da estrutura da tese 18

PARTE I

REALISMO E PRAGMATISMO JURÍDICO

CAPÍTULO 1 – AS BASES DO REALISMO JURÍDICO NORTE-AMERICANO NO PRAGMATISMO FILOSÓFICO

- 1.1. Dos fundamentos do realismo jurídico norte-americano em suas articulações com a filosofia pragmática: a rejeição aos dualismos como característica do pragmatismo se expressando na rejeição realista ao legalismo e ao decisionismo.....28
- 1.2. A concepção pragmática de efeitos práticos como uma categoria útil para a compreensão do direito.....42
- 1.3. Distinções entre realismo americano e o realismo escandinavo49

CAPÍTULO 2 – A LÓGICA E O REALISMO JURÍDICO NORTE-AMERICANO

- 2.1. A abdução peirceana como expressão da apagogé aristotélica: “um nome novo para velhas idéias”57
- 2.2. Abdução e entimema: O realismo jurídico promovendo um diálogo entre pragmatismo e retórica.....62
- 2.3. O processo da *ratio decidendi* a partir da concepção peirceana sobre lógica E direito..... ..65
- 2.4. É a decisão judicial um exemplo de raciocínio abduativo?.....70

CAPÍTULO 3 – AS INFLUÊNCIAS PSICOLOGISTAS DO PRAGMATISMO JAMESIANO NO REALISMO

- 3.1. O “atual dilema da filosofia” como expressão pragmática da rejeição aos dualismos74
- 3.2.O realismo de Cardozo: o elemento subconsciente na decisão judicial e a tese dos “temperamentos humanos” de William James.**Erro! Indicador não definido.**

PARTE II

PARA UMA ANÁLISE RETÓRICA DO REALISMO JURÍDICO

CAPÍTULO 4 – ACERCA DOS NÍVEIS RETÓRICOS CONFORME OTTMAR BALLWEG NAS TESES DO REALISMO JURÍDICO

- 4.1. O ceticismo jus-realista como crítica ao formalismo..... 85
- 4.2. Dos níveis retóricos: retórica material, estratégica e analítica 89
- 4.3. A identificação dos níveis retóricos a partir da fonética: Cardozo como sujeito98
- 4.4. A retórica material no contexto histórico de formação do pragmatismo jurídico: O clube metafísico de Boston 106

CAPÍTULO 5 – PARA UMA RETÓRICA ANALÍTICA: O DIREITO COMO EXPERIÊNCIA E A CRÍTICA AO FORMALISMO JURÍDICO

- 5.1. “a natureza do processo judicial” como gênero deliberativo e/ ou epidíctico e a característica do tempo presente na crítica ao formalismo do direito..... 112
- 5.2. O pluralismo metodológico como representativo das influências dos pioneiros do pragmatismo: interação e continuidade 114
- 5.3. O criticismo realista em cardozo e o formalismo no direito: aproximações com Oliver Wendell Holmes Jr. 116

**CAPÍTULO 6 – TESTANDO A TESE REALISTA DE QUE DIREITO É O QUE OS
JUÍZES DIZEM A PARTIR DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS E DA COISA
JULGADA**

6.1. Dos embargos declaratórios e da coisa julgada no ordenamento pátrio.....	129
6.2. O viés hermenêutico deste tipo de embargo processualístico: hipóteses de cabimento.....	134
6.3. Uma perspectiva realista de tomada de decisão: a problemática zetética das questões de fato e de direito	140
CONSIDERAÇÕES FINAIS	144
REFERÊNCIAS.....	153
GLOSSÁRIO.....	161

RESUMO

FREITAS, Lorena de Melo. O realismo jurídico como pragmatismo: A retórica da tese realista de que direito é o que os juízes dizem que é direito. 2009. 166p. Tese de Doutorado – Centro de Ciências Jurídicas / Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

A tese tem como tema o realismo jurídico norte-americano. Defende-se que esta corrente se insere no pensamento jurídico como representante do pragmatismo filosófico ao considerar que direito é o que os juízes dizem que é direito. Esta tese do realismo é o objeto de estudo no presente trabalho a ser estudado com o recurso metodológico da retórica. Por meio da retórica material ou existencial se identificará o ambiente do Clube metafísico de Boston com vistas a se investigar as bases do realismo jurídico norte-americano no pragmatismo filosófico. Na segunda parte o trabalho analisa retoricamente o realismo norte-americano elegendo Benjamin Nathan Cardozo e sua principal obra *The nature of the judicial process* como referencial teórico. A questão central é identificar como os argumentos do realismo jurídico norte-americano presentes em Cardozo expressam o pragmatismo. Para testar o modelo realista e fundamentar a tese foram analisados dois institutos do ordenamento pátrio, coisa julgada e embargos de declaração. A partir destes é que se apresenta a conclusão, isto é a retórica analítica, como terceiro nível retórico, refletindo a tese da autora acerca da tese do realismo.

Palavras-chave:

Realismo jurídico norte-americano. Pragmatismo. Benjamin Nathan Cardozo.

ABSTRACT

FREITAS, Lorena de Melo. The legal realism as pragmatism: The rethoric of realism thesis that law is what judge say it. 2009. 166p. PHD – Centro de Ciências Jurídicas / Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

The aim of this PhD thesis is to study the north-American legal realism. It is argued that this current is representative of philosophical pragmatism. The north-legal realism considers that law is that judge say it and this realism thesis will be studied through rhetoric as a method. The material or existential rhetoric level will used to identify the context of The Metaphysical Club of Boston and its contributions for growth of north-American legal realism. On second part, the thesis analyses the rhetoric of legal movement expressed by Benjamin Nathan Cardozo and his main book *The nature of the judicial process*. From the Cardozo's thought, the question is to identify how the legal realism arguments reflect the pragmatism. Two Brazilian juridical subjects, *coisa julgada* and *embargos declaratórios*, were used for testing the legal realistic model. Therefore, the conclusion is exactly an analytical rhetoric, or better, the third rhetorical level, and means our thesis concerning the legal realism thesis.

Keywords:

North-American legal realism. Pragmatism. Benjamin Nathan Cardozo.

INTRODUÇÃO

1. DO REALISMO JURÍDICO COMO OBJETO DE TESE

Charles Sanders Peirce advertia que não se devia duvidar em teoria daquilo que não se duvida no coração². Inicia-se a tese com tal exemplo para trazer também algumas advertências no sentido de afastar algumas confusões que embaçam o entendimento do pragmatismo e do realismo.

Quanto ao pragmatismo, não é propósito do estudo adentrar nos meandros lingüísticos que a pragmática envolve. Há duas dimensões ou desenvolvimentos básicos a partir das concepções de Peirce, a seara lingüística e a filosófica. Ainda que a tese proponha uma análise retórica do realismo jurídico, esta incursão não se faz por meio da análise do discurso como discussão retórica a priori ensejaria. O pragmatismo será trabalhado exclusivamente a partir de seu desenvolvimento como filosofia voltada para ação.

Neste ínterim, a presente tese tem por objeto de estudo o realismo jurídico americano visto como desenvolvimento do pragmatismo filosófico no âmbito jurídico. Para tanto se defenderá aqui a expressão pragmatismo jurídico como de melhor adequação terminológica para o movimento.

Esta identificação se revela na crítica realista ao dogmatismo no direito. Tal crítica reflete no campo do direito uma das preocupações centrais do pragmatismo

² PEIRCE, Charles Sanders. **Algumas conseqüências das quatro incapacidades**. Col. Os Pensadores. São Paulo: Abril cultural, 1980, p. 71.

filosófico, qual seja seu caráter relativista quanto à concepção dos fatos, sem que isso o leve nem a um solipsismo e nem a um ceticismo extremado quanto à existência de um mundo externo.

Tal relativismo vai denotar um ceticismo, mas não um irracionalismo quanto à forma de conceber a atividade judicial. São céticos os realistas por abandonarem pressupostos - pilares incondicionados - para pensar o fundamento do direito e, nesse sentido, há uma crítica contundente a toda forma de jusnaturalismo. Todavia, como convictos juspositivistas, os realistas também não recaem nem no legalismo da Escola de Exegese nem no decisionismo³, pois que, ao considerarem que direito é o que os juízes dizem que é direito não abandonam o parâmetro normativo⁴, ou seja, não se afastam da inegabilidade dos pontos de partida, ou em termos do *common law*, da adesão ao precedente

O viés pragmático do realismo será analisado a partir dos pioneiros do pragmatismo filosófico. Em outras palavras, o ponto de partida desta tese está em Charles Sanders Peirce, John Dewey e William James e o que falaram direta ou indiretamente no concernente à lógica da tomada de decisão e aos elementos psicológicos nela envolvidos .

³ Rorty chega a se referir à rejeição aos dualismos como uma pretensão característica do pragmatismo concentrada em desmascará-los. Diz: “a movement which has specialized in debunking dualisms and in dissolving traditional problems created by these dualisms”. Cf. MARGOLIS, Joseph. **Reinventing Pragmatism: American Philosophy at the end of the twentieth century**. New York: Cornell University press, 2002, p. 17.

⁴ “Adherence to precedent must then be the rule rather than the exception if litigants are to faith in the even-handed administration of justice in the courts”. CARDOZO, Benjamin Nathan. **The nature of judicial process**. New York: Dover, 2005, p. 121-122; “The true view, as I submit is that the law is what the Judges declare; that statutes, precedents, the opinions of learned experts, customs and morality are the sources of the law”. GRAY, John Chipman. The nature and sources of the law. *In*: FISHER, William; HORWITZ, Morton; REED, Thomas (edt.). **American Legal realism**. New York: Oxford University Press, 1993, p. 34-38.

Aqui é fundamental fazer um esclarecimento prévio quanto à ênfase e/ou delimitação desta tese na questão do papel do juiz. Apesar da discussão do realismo poder abranger o papel do decididor como um todo, nesta tese, o realismo será trabalhado no seu foco em relação à figura do juiz mesmo⁵.

É neste sentido que a presente tese tende a abordar com certa tônica a figura do juiz mais do que a do decididor como um todo, logo a espécie em detrimento do gênero.

Quanto às características do realismo na sua versão norte-americana, tem-se como pontos centrais o psicologismo e a crítica ao formalismo jurídico. Tais elementos são temas fundamentais nos expoentes desta corrente, dentre os principais destacando-se Oliver Wendell Holmes Jr. e Benjamin Nathan Cardozo.

Todavia, a pretensão de analisar essa corrente jusfilosófica na sua ênfase nos elementos subconscientes que permeiam a tomada de decisão se fará por meio de um problema de partida. Este pode ser sintetizado na seguinte questão: É o realismo jurídico americano uma expressão do pragmatismo filosófico?

A partir desta problemática central, e refletindo exatamente o objetivo geral da tese, que é situar o realismo jurídico de forma diversa de um irracionalismo decisionista pelo qual “qualquer decisão vale”, tem-se alguns desdobramentos que também podem ser expostos como problemáticas conexas refletindo os objetivos secundários, a saber:

⁵ Sobre este foco do realismo norte-americano, ver: POUND, Roscoe. **Justiça conforme a lei**. 2.ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1976, p. 90.

Pode-se considerar o realismo como um pragmatismo jurídico, entendido assim não como mais uma teoria sobre o direito, mas como um método voltado para a práxis jurídica?

Tal método se assentaria na crítica ao “ensimesmamento” do direito, assim uma postura que rejeita as ilusões referenciais ou idealismos no direito? Serviria o realismo para pensar a prática concreta do direito, leia-se a tomada da decisão, ou melhor, haveria uma lógica da tomada de decisão?

A problemática ilustrada nestas questões tem por propósito investigar como o psicologismo da tese realista se instrumentaliza como meio para uma crítica ao formalismo jurídico.

A pertinência deste debate para a literatura jurídica pátria, a partir de um referencial teórico americano, justifica-se na medida em que o realismo jurídico se desenvolveu concretizando o debate da filosofia pragmática no cenário dos tribunais. Os grandes nomes desta escola, embora conceituados juristas acadêmicos, direcionaram predominantemente suas ações no sentido de desenvolverem atividade profissional ligada à práxis do direito. No caso de Holmes e Cardozo, estes foram, inclusive, juízes da Suprema Corte Americana.

Nesta tese, a discussão sobre o realismo jurídico toma como modelo prático de análise o instituto processual dos embargos de declaração e no tocante a esta discussão, adentra-se também, ainda que *an passant*, noutro instituto, qual seja, a coisa julgada.

É um exercício de pura abstração que não se faz coerente com o espírito pragmático desenvolver uma tese sobre o realismo jurídico e não contextualizar uma aplicação e percepção prática desta concepção teórica no ordenamento pátrio.

A escolha dos embargos de declaração como caso prático para se verificar a tese realista de que direito é o que os juízes o dizem serve primeiramente pela carga hermenêutica que tal recurso encerra, visto ter cabimento quando a sentença ou acórdão é omissa, obscuro ou contraditório. Veja-se que desde logo se pode conjecturar sobre o que seria a obscuridade numa decisão, inclusive podendo ser definida como um ponto em que a interpretação é discordante, o juiz achou claro e a parte não viu tal clareza.

Com efeito, o viés hermenêutico possibilita uma análise mais percuciente da lide. Mas, apesar disso não se pode prescindir de uma certa delimitação que, à luz da pesquisa jurisprudencial, e por intermédio dos embargos de declaração, traz à baila as relações entre questões de fato e de direito e vem denotar pragmaticamente como a decisão judicial revela-se na tese realista de que direito é o que os juízes dizem que é direito, data vênua a repetição.

Por fim, justifica-se trazer o direito processual para um debate que se insere na linha de Teoria Geral e Filosofia do Direito procurando desse modo ser fiel às premissas pragmáticas, sobretudo na forma como as expressou William James.⁶ Ao mesmo tempo em que critica as abstrações nas quais os debates filosóficos se

⁶ “The pragmatical method is primarily a method of settling metaphysical disputes that otherwise might be interminable”. JAMES, William. **Pragmatism**. Philosophical classics. New York: Dover, 1995, p.18.

tornavam estéreis, James propõe o pragmatismo como um método cujo propósito estaria em assentar disputas metafísicas que de outra forma se alongariam indefinidamente. Assim, o propósito é assentar a discussão sobre o pragmatismo jurídico com casos concretos.

No plano da justificativa do porquê do pragmatismo jurídico como objeto de estudo revela-se o ponto que inspirou a idéia desta tese o qual se assenta no que podemos chamar de uma certa confusão existente na doutrina sobre a relação entre pragmatismo filosófico, pragmatismo lingüístico, realismo jurídico americano, realismo escandinavo e jurisprudência sociológica.

O cerne dubitativo está na proximidade entre estes. Além do ponto em comum, à exceção do realismo jurídico escandinavo, de terem um mesmo berço na sociedade norte-americana. A tese de que tal filosofia pragmática no campo jurídico adquiriu uma autonomia a ponto de se poder identificar um movimento jusfilosófico – o pragmatismo jurídico – é pouco versada pelos autores.

A dita confusão tem sede, como preliminarmente são nossas hipóteses, ou na completa falta de menção ao próprio termo pragmatismo jurídico⁷, ou na identificação de Holmes, Pound e Cardozo como expoentes do realismo jurídico americano⁸, ou na identificação destes como autores da Escola Sociológica Americana (*Sociological Jurisprudence*)⁹.

⁷ ABBGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2003; ARNOUD, André-Jean *et alii* (dir.). **Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito**. Trad. Vicente P. Barretto. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

⁸ LLOYD, Dennis. **A idéia de lei**. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 267.

⁹ BOECHAT, Leda. Notícia bibliográfica. (estudo introdutório) In: CARDOZO, Benjamin Nathan. **A natureza do processo judicial e a evolução no direito**. Porto Alegre: AJURIS, 1978, p. 16.

2. DA METODOLOGIA DE ABORDAGEM E DA ESTRUTURA DA TESE

Quanto à metodologia de abordagem científica, utilizar-se-á como instrumento de análise o método abduativo de Charles Sanders Peirce. Com efeito, saliente-se que este referencial metodológico norteará toda a lógica da presente pesquisa.

A abdução é descrita por Peirce como uma inferência criativa, no sentido de que traz uma probabilidade e não uma certeza como pretendem a dedução e a indução. A hipótese ou abdução ocorre “quando percebemos que em certos aspectos duas coisas possuem uma forte semelhança e daí inferimos que elas se assemelham fortemente em outros aspectos”.¹⁰ Ainda que tal tema vá ser abordado à miúdo no decorrer da tese, cumpre desde já salientar que nesse modelo, raciocina-se dos efeitos para a causa e não vice-versa, assim, a conclusão vem primeiro, com uma antecipação das conseqüências. Um processo de adivinhação (*insight*).

Nesta tese o realismo jurídico é considerado como uma das expressões de manifestação do pragmatismo no direito. Esta hipótese é aferida a partir da observação de certos efeitos práticos, a saber:

a) No plano da discussão teórica sobre as duas escolas tem-se a percepção das características do pragmatismo filosófico de Peirce e James (respectivamente a lógica peirceana e o psicologismo jamesiano) no

¹⁰ PEIRCE, Charles Sanders. Dedução, indução e hipótese. In: **Ilustrações da lógica da ciência**. São Paulo: Idéias e letras, 2008, p. 173.

desenvolvimento da noção dos elementos subconscientes na tomada de decisão; idéia que se vai mais nitidamente presente na obra de Cardozo, a qual, inclusive, recebeu a seguinte epígrafe: *A natureza do processo judicial*, e que será, como se pode inferir do sumário desta tese, um paradigma em torno do qual gravitam os argumentos e as inferências contidas neste trabalho.

b) No plano da discussão prática e/ou dogmática sobre os embargos de declaração elegeu-se a pesquisa jurisprudencial para constatação empírica. Seu papel consiste em evidenciar a característica realista de um certo relativismo e ceticismo quanto ao direito. No caso em tela, a relatividade hermenêutica de que se faz menção é a que impregna as decisões dos recursos que envolvem o tênue limiar da distinção entre questões de fato e de direito.

Assim, tanto em “a” quanto em “b”, as duas dimensões desta pesquisa, raciocina-se abducativamente e a tese, que no final será argüida não pretende – coerentemente aos postulados pragmáticos – chegar a uma conclusão em definitiva, o que seria assim incoerente com o método adrede escolhido.

Para um detalhamento da abordagem da parte “a” supra citada, o seu meio de consecução apoia-se no desenvolvimento de uma análise retórica. Esta tem por objetivo verificar os paradigmas que aproximam o pragmatismo do realismo jurídico americano e nesse intento a retórica funciona como método auxiliar.

A pretensão é torná-la um instrumento hábil à análise dos argumentos elencados por Oliver Wendell Holmes Jr. e que ganham continuidade e coerência nas conferências de Benjamin Nathan Cardozo – razão esta da escolha das

conferências de Cardozo como alvo da análise retórica que se fará na segunda parte desta tese. Tais conferências resultaram na obra *A natureza do processo judicial*.¹¹

O paradigma cardoziano se funda em três dimensões:

- a) Por ser considerado, por uma boa parte dos realistas jurídicos americanos, um dos seus mais lídimos expoentes;
- b) o fato de ter Cardozo desenvolvido suas concepções jurídicas vis-à-vis às práticas dos tribunais, como ele mesmo gostava de se referir: “nos caldeirões dos tribunais”;
- c) finalmente, e concordantemente com este modo de ser, ao proferir conferências na Universidade de Yale para estudantes de Direito, sua opção consistiu em dialogar sobre estas mesmas práticas e não se limitar a considerações de ordem estritamente doutrinárias, para as quais fora inicialmente convidado.

Os pressupostos que dão sustentação a esta tese começam pela admissibilidade de que o realismo jurídico americano não deixa de ser uma manifestação ou expressão do próprio pragmatismo. Embora controversa, pretende-se ao longo do trabalho fundamentar essa asserção.

¹¹ Configura-se também como razão que justifica a delimitação e escolha do referencial em Cardozo sua postura mais prudente em relação a alguns excessos dos demais realistas, como se vê na análise de Alf Ross: “Benjamin Cardozo não aprova os excessos do realismo, mas aceita a idéia fundamental que está em conceber que o juiz contempla na tomada de decisão um vasto e pouco preciso conglomerado de princípios, regras, costumes, usos e padrões morais, prontos para serem incorporados numa decisão conforme certo processo de seleção a ser praticado por ele e que se estes elementos estiverem estabelecidos de sorte a justificar, com razoável certeza, a previsão de que encontrarão o respaldo do tribunal no caso de sua autoridade ser questionada, então o juiz dirá que são direito”. ROSS, Alf. **Direito e justiça**. 2.ed. São Paulo: EDIPRO, 2007, p. 100.

Nesse diapasão – quanto à estrutura da tese - os três primeiros capítulos retratam, primeiramente, as discussões dos pioneiros do pragmatismo filosófico, nomeadamente Peirce e James e sua conexão à tese cardoziana.

Aqui, procurar-se-á dar destaque aos elementos subscientes que estão de forma inarticulada, para usar a expressão de Holmes, na base das tomadas de decisão nos tribunais evidenciando o elo que consolida a relação entre Cardozo e James.

Neste ínterim, a investigação da pesquisa busca perceber o psicologismo como característica central do realismo jurídico americano. A partir da percepção de tal característica se questionará acerca do relativismo que poderia também caracterizar a postura realista quanto ao direito - e que comumente é a principal crítica que se faz ao realismo jurídico americano.

Para responder tal crítica, a argumentação que embasa a tese aqui defendida arvora-se na hipótese de que o pragmatismo jurídico não é teoria relativista, apesar de ter um enfoque contextual do direito, o que dá mais conta do caráter relativo do fenômeno jurídico do que da aceitação do relativismo enquanto visão de mundo como expressão de uma interpretação cética da tomada de decisão.

Seria este então o momento adequado de trazer à baila o recurso metodológico auxiliar oferecido pela retórica para efeito de melhor instrumentalizar e explicitar o significado e as funções das decisões judiciais, sobretudo na forma como são articuladas no pensamento de Cardozo.

Uma incursão nos meandros lógicos que a discussão sobre a tomada de decisão implicaria, tem espaço nesta tese na tentativa de problematizar e compreender a crítica ao formalismo jurídico como forma de se pensar o direito. Assim, o já acima assinalado método abduutivo será o instrumento procedimental adequado à compreensão da *ratio essendi* das decisões.

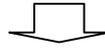
O leitor observará que algumas palavras-chave que compõem o cenário desta tese, a exemplo de retórica analítica, embargos de declaração, abdução etc, serão convenientemente elucidadas em seu *locus* apropriado, além do que, para perseguir a clareza necessária a um trabalho científico, constam também no glossário como elemento pós-textual.

Ainda do ponto de vista de sua estrutura, a tese compreende duas partes. A primeira explorando a dimensão teórica da filosofia pragmática de Cardozo. Ressalte-se que do ponto de vista da própria natureza do pragmatismo, é defeso separar teoria da prática. Não é este o propósito, e sim, o de simplesmente ofertar um quadro referencial do pragmatismo de Cardozo sem, contudo, perder de vista o seu caráter instrumental.

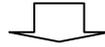
Desse modo o fluxograma que abaixo se delineia pretende estabelecer os liames de continuidade entre a teoria e a prática do pensamento de Cardozo, bem como as interações com o pragmatismo clássico.¹²

¹² Continuidade e interação são duas palavras-chave ligadas ao pragmatismo. Dewey em *Experiência e natureza* traz especialmente nos dois primeiros capítulos a preocupação em mostrar este processo de ligação indissolúvel e o corte abstrato que se faz ao tratar dos fatos, i.e., desconsiderar sua natureza de um *continuum*: “Para muitos, a associação das duas palavras [experiência e natureza] parecerá algo como falar de um quadrado redondo, tão difundida é a noção da separação entre o homem e a experiência, de um lado, e a natureza, de outro”. Cf. DEWEY, John. **Experiência e natureza**. Col. Os pensadores. São Paulo: Abril, 1974,

Pragmatismo filosófico



Pragmatismo jurídico



Realismo jurídico americano: relativismo como crítica ao formalismo jurídico

A problemática central é, pois, ligada, às seguintes questões:

Como podemos situar, nesse contexto de recíprocas influências teóricas, o pensamento de Cardozo?

As idéias centrais (pluralismo metodológico e o elemento subconsciente) que se articulam nas conferências de 1920 em Yale ratificam uma perspectiva realista de se perceber o direito de inspiração pragmática?

Ou apesar da pretensão pragmática, digo, voltada para a ação, caem num solipsismo de discussões metodológicas a ponto de *A evolução no direito* (obra

p. 161.

Contudo, os princípios da interação e continuidade são, especialmente, discutidos quando Dewey desenvolve suas idéias filosóficas/ pedagógicas cuja temática central é a teoria da experiência. Para se compreender a natureza da experiência, é necessário perceber que ela encerra dois elementos especialmente combinados. O primeiro é o **princípio do continuum experiencial** ou **princípio da continuidade de experiência**, segundo o qual, toda e qualquer experiência toma algo das experiências passadas e modifica de algum modo as experiências subseqüentes. Esse princípio serve para discriminar entre experiências de valor educativo e experiências sem valor educativo. O segundo princípio fundamental para interpretar uma experiência em sua função e em sua força educativa é o **princípio de interação**. Esse princípio atribui direitos iguais aos fatores da experiência – as condições objetivas e as condições internas –, sendo qualquer experiência um jogo entre os dois grupos de condições. Tomadas em sua interação, constituem uma situação. Os indivíduos vivem, pois, em uma série de situações, ou seja, há interação entre o indivíduo e objetos e outras pessoas: “Uma experiência é o que é, porque uma transação está ocorrendo entre um indivíduo e o que, ao tempo, é o seu meio [...]. O meio ou o ambiente [...] é formado pelas condições, quaisquer que sejam, em interação com as necessidades, desejos, propósitos e aptidões pessoais de criar a experiência em curso”. Cf. DEWEY, John. **Experiência e educação**. 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1976, p. 37.

Assim, a experiência não se processa apenas dentro da pessoa: “Toda experiência genuína tem um lado ativo, que muda de algum modo as condições objetivas em que as experiências se passam.” DEWEY, John. **Experiência e educação**. 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1976, p. 31.

posterior, também resultante de um ciclo de debates) ter um caráter prescritivo ao versar sobre como os juízes devem decidir, ao passo que *A natureza do processo judicial* tinha como mote - uma natureza descritiva - a questão de como os juízes decidem?

Estes seriam os problemas cuja tese pretende enfrentar. Para tanto os primeiros capítulos ilustram o contexto de desenvolvimento do pragmatismo e as idéias de Peirce e James naquilo que se aproximam das idéias de Holmes e Cardozo.

Na segunda parte o cerne da investigação do realismo é pelo viés retórico. A preocupação está na busca de alguns argumentos de Cardozo que se identificam com os de Holmes como expressivos da tese realista de que direito é o que os juízes dizem que é direito¹³. Ou seja, identificar que idéias levantadas por Cardozo contribuíram para o pragmatismo jurídico.

Elencar-se-á como ponto de partida dois temas recorrentes e centrais debatidos ao longo das quatro conferências, quais sejam: (i) a necessidade de métodos de julgamento (filosófico, sociológico e histórico); (ii) o elemento subconsciente na decisão judicial.

Especificamente nos capítulos quarto e quinto, a tese traz como recurso auxiliar, como já dito, a retórica. Argumenta-se que a partir da identificação dos

¹³ CARDOZO, Benjamin Nathan. **The nature of judicial process**. New York: Dover, 2005, p. 121-122; GRAY, John Chipman. The nature and sources of the law. *In*: FISHER, William; HORWITZ, Morton; REED, Thomas (edt.). **American Legal realism**. New York: Oxford University Press, 1993, p. 34-38.

níveis retóricos desnuda-se o ceticismo realista como forma de crítica ao formalismo. Por conseguinte, evidencia-se a base pragmática do realismo jurídico.

Ainda que tais níveis retóricos sejam conceituados nos referidos capítulos, adianta-se aqui apenas a noção de que estes níveis se sobrepõem como meta-linguagens, de forma que a realidade mesma é o que se vai chamar de retórica material, daí o pragmatismo filosófico, suas raízes lógicas e psicológicas serem esta materialidade da retórica que, por seu turno, são (re)construídos pelos juristas realistas (retórica estratégica) cada um com sua argumentação própria em defesa de idéias realistas para se pensar o direito. A retórica analítica é, por fim, o trabalho inteiro da própria tese, ou seja, a idéia que ora este trabalho defende não deixa de ser uma análise/ construção argumentativa possível acerca das demais formulações feitas pelos realistas e sobre os realistas.

Para coroar as conjecturas defendidas ao longo dos capítulos - em torno da identificação do realismo como expressão do pragmatismo e assim, trazendo para o direito ares de ceticismo numa rejeição aos dualismos que se vai evidenciar como crítica ao formalismo jurídico - a parte final, no capítulo sexto, traz o viés prático do debate realista que a tese propõe. A formulação de uma aplicação concreta das premissas e características do pragmatismo jurídico vai ser trabalhada com o instituto dos embargos de declaração. Por este se ilustrará a defesa realista de que direito é o que os juízes assim o compreendem.

O propósito maior é ilustrar perspectivas realistas quanto ao direito ao se buscar identificar a *ratio decidendi* exposta na tomada de decisão. Para tanto se

fará necessário retomar às lições de processualística e hermenêutica *pari passu* se problematiza em torno da aplicabilidade do referencial realista para uma compreensão crítica do direito.

Vista a estrutura de desenvolvimento da tese, faz-se saber que nos elementos pós-textuais se julgou pertinente e importante fazer um glossário dos principais termos e expressões ligados a este debate sobre realismo jurídico e retórica, além destes termos serem convenientemente elucidadas em seu locus apropriado.

O leitor observará que algumas palavras-chave que compõem o cenário desta tese, a exemplo de retórica analítica, embargos de declaração, abdução etc, serão convenientemente elucidadas em seu *locus* apropriado, além do que, para perseguir a clareza necessária a um trabalho científico, constam também no glossário como elemento pós-textual.

- PARTE I -

REALISMO E PRAGMATISMO JURÍDICO

CAPÍTULO 1

AS BASES DO REALISMO JURÍDICO NORTE-AMERICANO NO PRAGMATISMO FILOSÓFICO

Sumário: 1.1. Dos fundamentos do realismo jurídico norte-americano em suas articulações com a filosofia pragmática: A rejeição aos dualismos como característica do pragmatismo se expressando na rejeição realista ao legalismo e ao decisionismo; 1.2. A concepção pragmática de efeitos práticos como uma categoria útil para a compreensão do direito; 1.3. Distinções entre realismo americano e o realismo escandinavo.

1.1. DOS FUNDAMENTOS DO REALISMO JURÍDICO NORTE-AMERICANO EM SUAS ARTICULAÇÕES COM A FILOSOFIA PRAGMÁTICA: A REJEIÇÃO AOS DUALISMOS COMO CARACTERÍSTICA DO PRAGMATISMO SE EXPRESSANDO NA REJEIÇÃO REALISTA AO LEGALISMO E AO DECISIONISMO

Para tratar do realismo jurídico norte-americano e do pragmatismo, um primeiro corte epistemológico se faz necessário, tal diz respeito à própria filosofia pragmática. A pretensão de discutir o campo de aplicação dessa filosofia no direito padeceria de incompletude se antes não se percebesse o movimento maior e que lhe dá sustentáculo, qual seja, o pragmatismo filosófico.

Não é aqui o propósito estudar os meandros lingüísticos em que a pragmática se desenvolve, mas tão-somente o campo da Filosofia e da Filosofia do Direito.

Esta vertente da filosofia prática,¹⁴ dado que sua principal característica é a de “se reivindicar como uma filosofia da ação”.¹⁵, tem caráter genuinamente estadunidense, deitando suas raízes na própria história dos EEUUA¹⁶.

Filosoficamente o pragmatismo constitui um dos alicerces culturais da nova mentalidade americana pós-guerra civil, é natural, portanto que tenha exercido igualmente papel relevante na reformulação do sistema jurídico, particularmente

¹⁴ O termo entrou em uso por ocasião do debate recente, resultante da recepção do neo-aristotelismo, acerca das teorias éticas e políticas designa a retomada de intuições da filosofia prática aristotélica, recorrendo-se ao saber prático tal como Aristóteles o definiu em relação ao seu objeto. A reabilitação da filosofia prática se desenvolve sob a influência de textos como Verdade método (Gadamer) e Vita activa (Arendt), cada um a seu modo, estes contribuíram para a redescoberta da concepção aristotélica de saber prático, desembocando na década de 70 passada com a discussão da atualidade dos problemas da racionalidade prática e seu aspecto mais significativo é a reabilitação da inteligência prática (ou *fronesis*). Fora toda referência a Aristóteles é possível encontrar na história dos sistemas de saber a permanência constante de um saber chamado filosofia prática – ainda que não compareça tal divisão explícita - dividida em ética, economia e política, distinta da filosofia puramente teórica, metafísica por exemplo. Cf. VOLPI, Franco. Filosofia prática. In: Monique Canto-sperber (org.). **Dicionário de ética e filosofia moral**. São Leopoldo: Sinus, v. 1, 2003, p. 642-648.

Ainda sobre esta racionalidade prática, outro possível desdobramento desta tese é explorando o referencial habermasiano ao debater que num ambiente ideal, as decisões poderiam ser tomadas num contexto de racionalidade discursiva. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007, vol. 1, *passim*.

¹⁵ FEITOSA, Enoque. **Direito e Humanismo nas Obras de Marx no período de 1839-1845**. Dissertação de Mestrado. Recife: UFPE, 2004, p. 154. Neste sentido pode-se argüir uma aproximação entre pragmatismo e marxismo na medida em que ambas têm como preocupação central se voltar à prática, bastas lembrar a 11ª tese: “Os filósofos têm apenas interpretado o mundo de maneiras diferentes; a questão, porém, é transformá-lo”, cf. MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. Teses sobre Feuerbach (11ª tese). In: **A ideologia alemã**. São Paulo: Centauro, 2005, p. 124.

¹⁶ Aléxis de Tocqueville já advertia que, o estudo da política se inicia com uma investigação das condições sociais de cada nação, que esta é o produto de um fato e que se nós quisermos nos tornar familiarizados com a legislação e os hábitos de uma nação devemos começar pelo estudo de suas condições sociais. Cf. TOCQUEVILLE, Aléxis de. **Democracy in América**. New York: Mentos books, 1960, p. 49; JASMIN, Marcelo Gantus. História e retórica política. In: **Alexis de Tocqueville: A historiografia como ciência da política**. 2.ed. Belo Horizonte/ Rio de Janeiro: UFMG/ IUPERJ, 2005, p. 243 ss.

no que concerne ao chamado realismo jurídico norte-americano.¹⁷ Desenvolveu-se, pois, a partir de alguns ensaios clássicos, de autoria de Charles Sanders Peirce, de William James, de John Dewey e de Oliver Wendell Holmes Jr.¹⁸, juiz da suprema corte norte-americana, precursor do realismo jurídico e representante do pragmatismo no ambiente forense.

O pragmatismo é fundamentalmente uma teoria do conhecimento que visa a dar uma resposta à pergunta “Como se dá o conhecimento?”¹⁹

Pode-se dizer que Cardozo inspirou-se numa pergunta semelhante, questionando como se dá o conhecimento jurídico nos tribunais; tomando conhecimento não no sentido de ciência estritamente, mas como aquisição do saber/ conhecimento/ experiência acerca do que é direito.

O texto que inaugura e inspira o movimento intitula-se *Como tornar claras as nossas idéias*, escrito por Peirce em 1878. No artigo tem-se a máxima de que “a ação do pensamento é exercida pela irritação da dúvida, e que cessa quando se atinge a crença; de modo que a produção da crença é a única função do pensamento”.²⁰ Aduz ainda que:

A função global do pensamento consiste em produzir hábitos de ação [...]. Então chegamos ao que é tangível e concebivelmente prático como sendo a raiz de qualquer distinção real do pensamento [...] e não há distinção de

¹⁷ REGO, George Browne. Considerações em torno do pragmatismo e da filosofia jurídico-pragmática de Oliver Wendell Holmes Jr. *In: Anuário dos cursos de pós-graduação e direito da UFPE*. N. 17. Recife: Ed. Universitária UFPE, 2007, p. 63.

¹⁸ REGO, George Browne. Considerações em torno do pragmatismo e da filosofia jurídico-pragmática de Oliver Wendell Holmes Jr. *In: Anuário dos cursos de pós-graduação e direito da UFPE*. N. 17. Recife: Ed. Universitária UFPE, 2007, p. 41 ss.

¹⁹ SHOOK, John. *Os pioneiros do pragmatismo americano*. Rio de Janeiro: DP&A, 2002, p. 11.

²⁰ “The action of thought is excited by the irriation of doubt, and ceases when belief is attained; so that the production of belief is the sole function of thought”. PEIRCE, Charles Sanders. **How to make our ideas clear**. Disponível em <<http://www.peirce.org/writings/p119.html>>. Acesso em 17/5/05, p. 3 de 12.

significado por mais fina que seja que não consista numa possível diferença da prática.²¹

Assim, o significado de um conceito está nas suas conseqüências práticas, nas possibilidades de ação que ele define, do que podemos concluir que a clareza de uma idéia reside na sua utilidade.

James acabou trazendo polêmica quando em *The will to believe* propõe um ensaio sobre a justificação da fé. Na verdade o problema surgido não foi exatamente ao fazer esta justificativa, mas a forma que ela tomou, que em síntese apertada pode ser simplificada na idéia de que é melhor acreditar em deus frente às danosas conseqüências práticas de uma descrença se por acaso deus existir.²²

Desta forma James acaba por promover uma alusão do pragmatismo ao utilitarismo, associação esta que rigorosamente não corresponde à essência do método pragmático, mas que, todavia, não deixa de ser-lhe elemento característico.

O pragmatismo no direito teve sua primeira representação com Oliver Wendell Holmes Jr. e é dele o mais famoso aforismo jurídico norte-americano, que nos dá conta de que a vida do direito não é lógica, é experiência²³, o que aponta um eixo essencialmente prático para a atividade jurídica e afastando-a de qualquer viés formal e metafísico.

²¹ “the function of thought is to produce habits of action [...]. Thus, we come down to what is tangible and conceivably practical, as the root of every real distinction of thought [...] and there is no distinction of meaning so fine as to consist in anything but a possible difference of practice”. PEIRCE, Charles Sanders. **How to make our ideas clear**. Disponível em <<http://www.peirce.org/writings/p119.html>>. Acesso em 17/5/05, p. 5 de 12.

²² JAMES, William. **A vontade de crer**. São Paulo: Loyola, 2001, p. 49-50.

²³ “The life of the law has not been logic: it has been experience”. Cf. HOLMES, Oliver Wendell. **The path of law and the common law**. New York: Kaplan, 2009, p. 31; LATORRE, Angel. **Introdução ao Direito**. Coimbra: Almedina, 1979, p. 175.

Por pragmatismo jurídico delimita-se a expressão da perspectiva compartilhada por Oliver Holmes, Roscoe Pound e Benjamin Cardozo, principalmente, de que a lei não seria um processo de deduções de decisões corretas dos princípios jurídicos estabelecidos, mas, antes, um contínuo processo ou adaptação experimental de tomada de decisão em determinados casos, numa tentativa de chegar a soluções que sejam corretas apenas no sentido de que realmente funcionaram no contexto social em que agiram.²⁴

Evidencia-se aí uma crítica implícita ao programa da Exegese e ao formalismo jurídico então predominante, que viam, fundamentalmente, o processo de formação da decisão como mera operação silogística na qual uma relação puramente reflexiva entre norma abstrata e caso concreto é quem produziria, dedutivamente, a decisão, ao invés, como proposto acima, de abordar o direito pelo aspecto de sua funcionalidade.

Contextualmente, o pragmatismo jurídico é uma escola da teoria do direito (embora seja de salientar, como se afirmou na introdução, que essa vertente nunca pretendeu formular uma teoria do direito e sim, no máximo, constituir uma concepção prática sobre as atividades ligadas à decisão) que nasceu nos EUA no início do século XX tendo por principal característica o esforço de aplicar a tradição filosófica do pragmatismo ao problema da interpretação jurídica.²⁵

²⁴ LLOYD, Denis. **A idéia da lei**. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 267.

²⁵ EISENBERG, José. Pragmatismo jurídico. *In: Dicionário de filosofia do direito*. Vicente de Paulo Barretto (org). São Leopoldo/ Rio de Janeiro: Unisinos / Renovar, 2006, p. 656-657.

No âmbito do direito o pragmatismo fez suas primeiras incursões por meio daquilo que ficou conhecido como o realismo jurídico do próprio Holmes, além dos demais citados, Roscoe Pound e Benjamin Cardozo. O termo realismo jurídico é utilizado para descrever a teoria e a prática desses juristas devido à resistência que demonstraram ao formalismo excessivo da tradição jurídica americana, presa que esta era, não obstante o berço da *common Law*, à influência da cultura jurídica exegética.

Para os pioneiros do juspragmatismo norte-americano as instituições jurídicas deviam ser realistas quanto às necessidades sociais que têm por objetivo saciar, só assim as decisões jurídicas estariam mais próximas da comunidade.

Ainda que não seja preocupação deste estudo, mas resta citar que contemporaneamente, o pragmatismo jurídico é representado por Richard Posner, Thomas Grey, Daniel Farber e Martha Minow²⁶ entre outros que procuram fazer uma atualização do realismo jurídico nos seus primórdios.

Posner argumenta que o eixo comum do juspragmatismo são três elementos complementares; a) desconfiança dos instrumentos metafísicos de justificação ética, b) a insistência de que a verdade de uma proposição deve ser testada por suas conseqüências, e c) a insistência que projetos políticos, éticos e

²⁶ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatism e democracia**. São Paulo: Forense, 2010, *passim*; POSNER, Richard. **El análisis económico del derecho**. México: Fondo de Cultura, 2007; GRAY, Thomas C. Holmes and legal pragmatism. In: **Stanford Law Review**. N.41, p. 787-870. California: Stanford University press, 1989, *passim*; GRAY, Thomas C, Holmes on the Logic of the Law. In **The Path of Law and its Influence: The Legacy of Oliver Wendell Holmes**. Cambridge/ England: New York/ Cambridge University Press, 2000; MINOW, Martha L. Accommodating Integration. In: **University of Pennsylvania Law Review**. N.1571. *PENNumbra* 1, ano 2008. Disponível em <<http://www.pennumbra.com/responses/10-2008/Minow.pdf>>; FARBER, Daniel. Ecopragmatism: Make sensible environmental decisions in na uncertain world. University of Chicago press, 1999, *passim*.

jurídicos sejam avaliados e julgados por sua conformidade com as necessidades humanas e sociais e não por critérios ditos objetivos e impessoais.²⁷

Com base no dito, ser pragmatista ao analisar o direito significa considerar que as teorias se tornam impraticáveis quando o seu grau de abstração é excessivo.

Assim, o realismo jurídico seria um movimento doutrinário de cunho anti-metafísico que se desenvolveu nos EUA e países escandinavos e situa-se na linha de concepções que rechaçam a jurisprudência mecanicista da escola da Exegese e se caracteriza por um ceticismo frente às normas e conceitos jurídicos.

Esse ceticismo é uma forma de reação contra a atitude de um legalismo normativista. Com isso, o realismo não se limitou apenas em dizer que as normas jurídicas não são dotadas de virtudes prévias assinaladas pelo formalismo jurídico.²⁸

E quanto à sua a atitude anti-metafísica, acima mencionada, tal postura o leva, segundo alguns autores, a buscar constituir uma ciência empírica do direito, menos limitada que o formalismo, na medida em que é voltada a descrever a realidade jurídica.²⁹

²⁷ POSNER, Richard A. **Cardozo: A study in reputation**. Chicago and London: The University of Chicago, 1990, *passim*; FERREIRA, Fernando Galvão de A. Realismo jurídico. In: **Dicionário de filosofia do direito**. Vicente de Paulo Barretto (org). São Leopoldo/ Rio de Janeiro: Unisinos / Renovar, 2006, p. 700.

²⁸ O formalismo jurídico é criticado já desde os escritos do jovem Hegel, para o qual, esse método é inadequado pelo fato de que (em sentido oposto ao empirismo, também criticado por Hegel) parte de uma pura abstração e não de um fato da realidade, tratando-se, pois (e também), de uma abstração inferior. HEGEL, G. W. F. Sobre as maneiras científicas de tratar o direito natural. São Paulo: Loyola, 2007, p. 55.

²⁹ FERREIRA, Fernando Galvão. Realismo Jurídico. In: BARRETO, Vicente (coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo/ Rio de Janeiro: Unisinos/ Renovar, 2006, p. 701-702.

Sobre a pretensão científica do realismo, se assim se puder considerar, essa concepção é – em certa medida – contrária à tese aqui defendida. Defende-se neste trabalho que, ainda que o ceticismo seja uma característica fundamental do realismo, este cariz não significa, todavia, que o realismo se pretenda como uma escola ou teoria!

Neste mesmo sentido, Karl Llewellyn em resposta a carta para Roscoe Pound é direto e objetivo ao dizer que não há uma escola realista, mas um movimento.³⁰

Em razão desta consideração exposta é que o entendimento nesta tese é que o realismo jurídico revela-se como uma metodologia do direito, e esta percepção é signatária do entendimento assente no pragmatismo filosófico que se propõe como um caminho para assentar disputas metafísicas.³¹ E é neste sentido - de ser uma metodologia - que se pode compreender a dita pretensão científica do realismo.

³⁰ “There is no school of realists. There is, however, a *movement* in thought and work about law. The movement, the method of attack, is wider than the number of its adherents...” LLEWELLYN, Karl. *Some realism about realism: Responding to Dean Pound*. In: FISHER, William; HORWITZ, Morton; REED, Thomas. **American legal realism**. New York: Oxford University, p. 1993, p. 72.

³¹ Ainda que autores como Cornelis de Waal, na esteira do próprio James tragam a menção à método, isto é, não utilizem a expressão metodologia, mas sim método para identificar o pragmatismo. Todavia, de acordo com as noções de método, metodologia e metódica detalhadas por João Maurício, a tese considerou mais adequada a terminologia metodologia que significaria um caminho ou meta-linguagem que se perfaz a partir da linguagem-objeto (ou método). Sobre os três níveis retóricos e distinções entre metódica, metodologia e método, ver: ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional: Sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 6, 35-39, 142; Sobre a concepção de pragmatismo como método, destaca-se o tópico, dentro do capítulo 1: “Método, não teoria”, onde argumenta que o pragmatismo é um método para fazer filosofia e não uma teoria filosófica. Cf. WAAL, Cornelis de. **Sobre pragmatismo**. São Paulo: Loyola, 2007, p. 22 ss.

Enfim, o pragmatismo jurídico, na medida em que herda do pragmatismo filosófico uma rejeição aos dualismos, rechaça igualmente o puro decisionismo como o outro extremo do legalismo.

Enquanto o legalismo exegeta enfatiza o legislador e desprivilegia o julgador que seria apenas a boca da lei, é correto perceber que o realismo acentua o papel judicante. Todavia, é exagero assemelhar o realismo ao decisionismo, pois este último sim é quem concebe o direito como fruto exclusivo da arbitrariedade do julgador, ao passo que para o realismo o direito é fruto não da arbitrariedade, mas da discricionariedade do julgador.

Assim, o realismo concebe que direito é o que o juiz diz que é direito, mas não faz de forma irracional e sim a partir da moldura normativa, - esta é uma das teses específicas aqui defendida - que no caso do realismo é enfatizado com o apego ao precedente (vale ressaltar que o realismo jurídico se referencia no sistema do *common law*).

É comum se confundir as teorias realistas com o decisionismo na medida em que a versão americana do movimento enfatizou o elemento psicológico, ou seja, a influência dos elementos subconscientes na construção da decisão.

O **decisionismo** vai se diferenciar do realismo³², pois para este último não é qualquer decisão que vale, esta concepção caracteriza o primeiro e daí deriva sua irracionalidade.

³² ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional**: Sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 144, 151.

A perspectiva hermenêutica dos decisionistas é oriunda dos Estados totalitários, v.g. leia-se Nazismo, em que o Estado ao estabelecer o direito não poderia admitir oposição e nenhum indivíduo dentro dele teria autonomia. A fonte de todo direito não é o comando enquanto comando, mas a autoridade ou soberania de uma decisão final que vem tomada junto com o comando. A ênfase concedida ao problema da decisão em Carl Schmitt na filosofia política fez com que o seu pensamento viesse a ser indissociado da idéia de decisionismo.³³

O realismo entende o direito como aquilo que decidem juízes e tribunais, tendo em vista suas crenças, ideologias, idiossincrasias etc. Fundamental é perceber, todavia, que eles decidem em um determinado contexto e tal é aquilo que pode ser justificado normativamente, portanto, o realismo se subsume na idéia de moldura, logo, eu posso decidir o que quiser, desde que justifique normativamente.

A questão aqui é - e o realismo jurídico norte-americano coloca bem isso - *como as decisões são tomadas!* Para os realistas decide-se e depois se justifica.

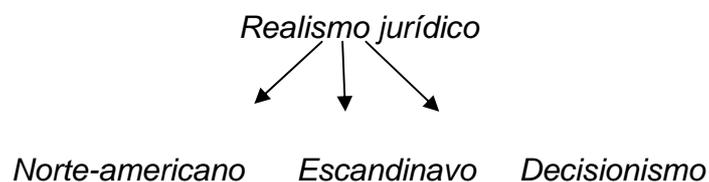
Para os normativistas - como herdeiros mais próximos da tradição positivista, decide-se por meio do leque de opções dadas a partir da moldura normativa (e, neste mesmo sentido, os realistas diriam: “eu justifico pelo leque de opções da moldura”).

³³ MACEDO JR., Ronaldo Porto. Carl Schmitt. *In: Dicionário de filosofia do direito*. Vicente de Paulo Barretto (org). São Leopoldo/ Rio de Janeiro: Unisinos / Renovar, 2006, pp. 755-757; Sobre a filosofia política de Schmitt ver também: ADEODATO, João Maurício. *A retórica constitucional: Sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 113-114; e especialmente: KERVÉGAN, Jean-François. *Hegel, Carl Schmitt: O político entre a especulação e a positividade*. São Paulo: Manole, 2006, 3-23.

A distinção é apenas quanto à forma de justificação e os caminhos de chegar à decisão.

Eis que, pois, a confusão entre realismo e decisionismo se desfaz quando vemos que o elemento psicologista no realismo é forma de chamar a atenção para a natureza do processo judicial como sendo “uma infusão”³⁴ na qual se agrega ao precedente (elemento normativo) outros elementos inarticulados, até inconscientes, valores que Benjamin Nathan Cardozo identifica como sendo a natureza do processo judicial, daí a razão do título de sua principal obra.

Talvez a melhor forma de considerar a relação entre decisionismo e realismo seja tomar aquele como uma “sub-escola” do realismo, como se tenta ilustrar:



Ressalte-se que as distinções entre realismo norte-americano e escandinavo serão trabalhadas no último tópico deste capítulo. Por ora, cumpre ressaltar e pormenorizar as características do realismo jurídico norte-americano.

Esta principal corrente no realismo jurídico é a que tem origem nos EUA, na década de 1920 e teve como expoentes Karl Llewellyn, Benjamin Nathan

³⁴ Termo caro ao pensamento de Cardozo: “Some principle, however unavowed and inarticulate and subconscious, has regulated the infusion”. CARDOZO, Benjamin Nathan. **The nature of judicial process**. New York: Dover, 2005, p. 7.

Cardozo e Jerome Frank, ambos influenciados por John Gray e por Oliver Wendell Holmes Jr., concebem direito como aquilo que é aplicado nos tribunais. A realidade jurídica assim se fundaria na conduta efetiva dos juízes, sendo decisivo o estudo de como agem, independentemente do que declaram.

O realismo jurídico americano foi influenciado por duas correntes doutrinárias: jurisprudência analítica e a jurisprudência sociológica – esta segunda principalmente desenvolvida por Roscoe Pound.

A influência da **jurisprudência analítica** é considerada por alguns autores como decisiva para um certo renascimento do pragmatismo nos EEUUA.³⁵

Quando se reflete no que, durante vários decênios, foi a audiência de um William James ou de um John Dewey, fica-se espantado com o recuo que as suas idéias conheceram logo depois da Segunda Guerra Mundial. As circunstâncias são, no entanto, relativamente claras. Cronologicamente, o recuo do pragmatismo acompanhou a ascensão do pensamento analítico no mundo anglo-saxônico, a crescente influência que então exerceram as idéias de Frege, Moore, Russell e Wittgenstein e mais particularmente o desenvolvimento do empirismo lógico originário do Círculo de Viena.³⁶

A influência da filosofia analítica sobremaneira marca os anos 50 e 60 , período que viu “o empirismo lógico oriundo do Círculo de Viena guindar-se a uma posição filosófica e academicamente dominante”³⁷, assim o empirismo lógico constituirá nos EEUUA o componente principal do movimento analítico em filosofia.

³⁵ Tese defendida por Frederic Kellogg especialmente no curso proferido no PPGD/ FDR/ UFPE, organizado pela autora juntamente com os professores Enoque Feitosa e George Browne. KELLOGG, Frederic. **Oliver Wendell Holmes Jr.:** Legal theory and judicial restraint. Reading for lecture. N.3. chapters 1-3. S.n.: Mimeo, 2008, p. 30 ss.

³⁶ COMETTI, J. P. **Filosofia sem privilégios.** Coimbra: ASA, 1994, p. 9.

³⁷ COMETTI, J. P. **Filosofia sem privilégios.** Coimbra: ASA, 1994, p. 61.

O fator decisivo que promove o resgate do pragmatismo pelas mãos da filosofia analítica é identificado com “o espírito de abertura e de discussão que presidiu às relações que o pragmatismo e o empirismo lógico primeiramente estabeleceram foi um dos eclipses fundamentais das idéias pragmatistas”.³⁸

Carnap conta em autobiografia que o clima intelectual americano lhe parecera muito mais favorável a concepções científicas como as do Círculo e nas suas palavras o pragmatismo não representava uma opção filosófica fundamentalmente estranha às idéias daquele.³⁹

Esta impressão encontra uma confirmação histórica no intercâmbio que teve lugar entre filósofos que como Morris pertenciam ao movimento pragmatista e os principais representantes do positivismo lógico.

Sobre tais relações entre filosofia analítica e realismo jurídico e em que a primeira teria contribuído para o “ressurgir” do segundo, pode-se considerar que a filosofia analítica contribui para a crítica da metafísica (e da filosofia em geral) ao afirmar, Wittgenstein à frente, que a maioria dos problemas filosóficos são “falsos problemas” e que a própria filosofia consiste numa permanente luta contra o enfeitiçamento de nosso entendimento pelos meios de nossa linguagem, que seriam resolvidos pela compreensão do seu caráter convencional, de suas vaguezas e ambigüidades.⁴⁰

³⁸ COMETTI, J. P. **Filosofia sem privilégios**. Coimbra: ASA, 1994, p. 61-62.

³⁹ COMETTI, J. P. **Filosofia sem privilégios**. Coimbra: ASA, 1994, p. 62.

⁴⁰ WITTGENSTEIN, L. **Investigações filosóficas**. São Paulo: Nova Cultural, 1991, parágrafo 109, *in fine*, p. 54.

Note-se que tal crítica cabe à filosofia do direito como um todo, visto que boa parte dos problemas dela - dualismo ser x dever-ser, caráter prévio da essência do direito etc, são mal entendidos lingüísticos⁴¹, na medida em que se considera que estas discussões não querem dizer nada.

O realismo jurídico “corre por fora” disso, ao considerar que o modo como decidem juízes e tribunais não é um problema de direito - mesmo que o direito não o reconheça ou não compartilhe desta visão realista - mas um dado de fato: é assim que os juízes agem influenciados por elementos subconscientes.

E na mesma esteira de Cardozo que acertou, ao afirmar que isso independe deles terem autorização⁴², esta tese não pretende provar quais elementos subconscientes são estes – esta é uma prova impossível!⁴³

Daí que há uma aproximação maior entre realismo jurídico e jurisprudência sociológica, pois ela trata essas questões como dados de fato e os analisa sociologicamente e não em termos de filosofia jurídica.

O emprego do termo realista significa a recusa da teoria oficial do *common law* segundo a qual o juiz não cria direito e sim aplica regras pré-estabelecidas. Este ceticismo dos realistas em relação às normas também evolui para um ceticismo quanto aos fatos.

⁴¹ “Suas questões referem-se às palavras; seus escrúpulos são mal-entendidos”. Cf. WITTGENSTEIN, L. **Investigações filosóficas**. São Paulo: Nova Cultural, 1991, parágrafo 120, p. 55.

⁴² “I am not concerned to inquire whether judges ought to be allowed to brew such a compound at all. I take judge-made-law as one of the existing realities of life”. CARDOZO, Benjamin Nathan. **The nature of judicial process**. New York: Dover, 2005, p. 6.

⁴³ Como destacou prof. Torquato Castro em arguição oral no exame de qualificação desta tese, ocorrida em 13 out. 2009, PPGD/UFPE.

Em relação às questões de fato (tanto quanto à prova e sua qualificação) a forma como são tratados na sentença podem não coincidir com o que aconteceu, implicando que a escolha da norma jurídica assume uma característica de justificação *a posteriori*, ou seja, “da conclusão tomada com fundamento na íntima convicção do magistrado. Daí que para o realismo americano a certeza do direito só existiria plenamente se os juízes fossem seres estereotipados”.⁴⁴

1.2. A CONCEPÇÃO PRAGMÁTICA DE EFEITOS PRÁTICOS COMO UMA CATEGORIA ÚTIL PARA A COMPREENSÃO DO DIREITO

Antes de discutir o pragmatismo no direito, é de bom alvitre discorrer sobre as bases desta corrente filosófica cujo eixo central é a ênfase na utilidade prática da filosofia. As considerações iniciais aqui abordadas cumprem o objetivo de mostrar em linhas gerais o aspecto em comum no pensamento de Peirce, James e Dewey no tocante às conseqüências práticas dos conceitos, para então localizarmos o juspragmatismo de Cardozo.

A intensa influência destes e de outros pensadores não poderia ser desconsiderada se temos como objetivo trabalhar a concepção pragmática de efeitos práticos como uma categoria útil para a compreensão das normas jurídicas.

⁴⁴ FERREIRA, Fernando Galvão. Realismo Jurídico. *In*: BARRETO, Vicente (coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo/ Rio de Janeiro: Unisinos/ Renovar, 2006, p. 700-702.

Após esta análise prospectiva procurar-se-á então dar conta de uma das vicissitudes do pragmatismo frente a um dos problemas chaves do direito e da teoria do conhecimento: a interpretação dos fatos. É exatamente na discussão da hermenêutica jurídica que o trabalho tem como pressuposto investigar como a interpretação judicial desenvolvida na construção da sentença ou na natureza do processo judicial, nas palavras de Cardozo, expressa o raciocínio abduativo de Peirce por introduzir idéias novas.

O objetivo é, pois, fundamentar a tese de que as idéias do realismo jurídico são um desenvolvimento da filosofia pragmática aplicadas ao direito, apesar da teoria tradicional desconhecer este raciocínio abduativo e apenas conceber a dedução como operação lógica de subsunção da norma ao caso.

Analisar a lógica da decisão judicial é perceber dois principais momentos: o contexto da descoberta e o da justificação. Este segundo é o exercício formal da dedução, pois a *ratio decidendi* parte de uma premissa geral (a norma) até a premissa particular (o caso), assim, a conclusão é um silogismo apresentado na sentença. Entretanto, a interpretação se desenvolve mesclada com elementos subconscientes – nas idéias de Cardozo – e se realiza no contexto da descoberta, momento em que se estudam fatos e se cria uma teoria para explicá-los. A dedução é momento *a posteriori* para cumprir requisito dogmático fundamental da inegabilidade dos pontos de partida⁴⁵.

⁴⁵ ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica**: Para uma teoria da dogmática jurídica. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 175.

Com o artigo *Como tornar claras nossas idéias*, Peirce formulou o pragmatismo pelo qual não pretendia propriamente fazer filosofia, metafísica ou uma teoria da verdade, mas discutir como os conceitos são poucos claros, com o que podemos situar sua problemática no campo do método, no caso um método de como assentar disputas metafísicas.⁴⁶

Assim criticava como muitos termos usados pelo discurso filosófico são imprecisos. Dizia que nossas idéias se apresentam obscuras, herméticas ao entendimento, logo era preciso traduzi-las em fatos empíricos para que se tornassem claras.⁴⁷

E só assim se poderia saber se elas são verdadeiras ou falsas, já que há idéias claras, mas falsas. Com isto vemos que o princípio do pragmatismo estabelece uma precisão lógica, não a verdade.⁴⁸

Em decorrência, para os pragmatistas deveria haver ligação entre pensamento e ação, conceber o que seja uma coisa equivaleria a conceber como funciona ou pra que se serve.

Esta preocupação teórica fez com que buscassem um método para aproximar a filosofia do rigor dos procedimentos científicos, tal método foi o pragmatismo. A significação proposta pelo pragmatismo se liga intrinsecamente a uma contextualização da idéia com determinada situação prática. Nas palavras de

⁴⁶ JAMES, William. **Pragmatism**. Philosophical classics. New York: Dover, 2005, p. 18.

⁴⁷ BROWNE, George. O pragmatismo de Charles Sanders Peirce: conceitos e distinções. In: **Anuário do curso de pós-graduação em direito**. Nº13, Recife: UFPE, 2003, p. 237.

⁴⁸ *Idem*, p. 237.

Peirce o significado de uma idéia consiste nas suas conseqüências práticas, logo, saber o que um termo significa equivale a determinar isto.⁴⁹

Nesse âmbito, o pragmatismo critica a lógica e a ciência moderna ao dizer que necessitam de uma plataforma diferente. Diz que o espírito do cartesianismo falha porque não podemos começar a buscar o conhecimento com a dúvida completa, pois os preconceitos não podem ser banidos por uma máxima.⁵⁰ Neste ponto temos uma ligação, por analogia, com a discussão de Cardozo, pois, não negar os preconceitos estaria para Peirce como o não negar da interferência de elementos subconscientes na decisão está para Cardozo.

Enquanto Charles Peirce tratava o conhecimento como um procedimento lógico-instrumental, William James estava preocupado com o voluntarismo, isto é, com a finalidade dessas ações. Acreditava que todas as realidades influenciavam nossa prática e que essa influência é na verdade o significado que lhe damos.⁵¹

James ratifica em suas conferências uma postura crítica ao propor a filosofia prática – o pragmatismo - como método de assentar disputas metafísicas que, de outro modo, estender-se-iam interminavelmente, como já citamos mais acima⁵². Ele relata como é espantoso ver quantas destas não dão em nada no momento em que as submetemos ao simples teste de traçar uma conseqüência

⁴⁹ PEIRCE, Charles Sanders. **How to make our ideas clear.** Disponível em <<http://www.peirce.org/writings/p119.html>>. Acesso em 17/5/05, p. 5 de 12.

⁵⁰ Complementa ainda nesse sentido que “não podemos duvidar em filosofia daquilo que não duvidamos em nossos corações”. Cf. PEIRCE, Charles Sanders. **Algumas conseqüências das quatro incapacidades.** Col. Pensadores. São Paulo: Abril cultural, 1980, p. 71.

⁵¹ JAMES, William. What pragmatism means. In: **Pragmatism.** Philosophical classics. New York: Dover, 2005, p. 19.

⁵² JAMES, William. What pragmatism means. In: **Pragmatism.** Philosophical classics. New York: Dover, 2005, p. 18.

concreta.⁵³ Este é um dos pontos de concordância entre o pensamento de James e de Peirce.⁵⁴

O idealismo (aqui entendido em sentido filosófico, ou seja, enquanto inversão da realidade, pela qual a idéia precede o real) está em crer e manter ilusões referenciais quanto ao direito quando constrói definições conteudistas como, por exemplo, definir direito em torno do ideal de justiça, encobrindo por outro lado que direito é expressão de força para manutenção de uma situação ou simplesmente que o direito é também poder-dominação, além de controle-disciplina.

Cardozo, ao expor como o juiz deve proceder diz que:

[...] deve pôr na balança todos os seus ingredientes: sua filosofia, sua lógica, suas analogias, sua história, seus costumes, seu senso de direito e tudo o mais; e, ajuntando um pouco aqui e tirando um pouco ali, o mais sabiamente que puder, determinará o peso que há de equilibrar a balança.⁵⁵

Esta defesa por uma atuação/criação e interferência na decisão representa o principal cariz da postura realista – logo, oposta àquela idealista - quanto ao direito. É realista porque, antes de tudo, declara a existência de elementos subconscientes, nas palavras de Cardozo.

⁵³ JAMES, William. What pragmatism means. In: **Pragmatism**. Philosophical classics. New York: Dover, 2005, p. 19.

⁵⁴ BROWNE, George. William James e outra vertente do pragmatismo: o psicologismo fenomenológico. In: **Anuário dos cursos de pós-graduação em direito**. Nº 13, Recife: UFPE, 2003, p. 212.

⁵⁵ CARDOZO, Benjamin Nathan. **The nature of judicial process**. New York: Dover, 2005, p. 158.

Por fim, Dewey⁵⁶ também vê esse caráter instrumental dos conceitos, numa passagem diz que quando o “conceito” de uma máquina, seu significado ou essência gera dedutivamente planos para uma nova máquina, sua “essência é frutífera porque foi primeiramente planejada para um propósito”, o sucesso ou não nas conseqüências desejadas só significa que ela tem um curso e conseqüências próprios.⁵⁷

Cardozo juntamente com Oliver Holmes e Roscoe Pound, desenvolvem o pragmatismo por um viés jurídico, apesar de muitos autores não admitirem tal denominação ou preferirem chamá-los de realistas jurídicos sem sequer mencionar o pragmatismo.

Estudar uma possível postura pragmática tanto no âmbito de suas preocupações acadêmicas, quanto na atividade de jurista, como marca de seu trabalho, é um dos objetivos específicos e que se justifica porque o mesmo se via não como teórico ou amante da perfeição, mas como homem prático.⁵⁸ Cardozo, além de ter substituído Oliver Holmes⁵⁹ na Suprema Corte, também deu

⁵⁶ O que queremos, contudo, ressaltar em Dewey, é o início de uma reflexão pragmática sobre o direito. *My Philosophy of Law*, publicada em 1941, é um sumário de suas opiniões sobre o direito. Se causa estranhamento ele, um educador, nutrindo interesse pela psicologia assim como James, e ainda discorrendo sobre o direito, resta explicado quando vemos lendo sua biografia vemos curiosidades sobre sua inteligência extraordinária, como o fato de escrever prodigiosamente, cerca de cinco mil palavras por dia, mas que não revisava e se não gostasse do resultado desistia de tudo pra recomeçar do zero. Muito de seus escritos foram perdidos assim. Cf. MORRIS, Clarence (org.). **Os grandes filósofos do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 504.

⁵⁷ DEWEY, John. **Experiência e natureza**. Col. Os Pensadores, São Paulo: Abril cultural, 1974, p. 208.

⁵⁸ BOECHAT, Leda. Notícia bibliográfica. In: CARDOZO, Benjamin. **A natureza do processo judicial e A evolução do direito**. Trad. Lêda Boechat. 3.ed. Porto Alegre: AJURIS, 1978, p. 39.

⁵⁹ O juiz Cardozo substituiu Holmes - seu ídolo judicial - na Corte Suprema dos Estados Unidos em 1932. Cf. MORRIS, Clarence (org.). **Os grandes filósofos do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 523. Ainda sobre o lugar de Holmes ter sido física e espiritualmente tomado por Cardozo, ver: BOECHAT, Leda. Notícia

prosseguimento ao pensamento deste. Com isso nos referimos às discussões teóricas sobre o direito chamando atenção para uma perspectiva realista sobre o jurídico quando atentam para que os juristas percebam a “necessidade de se alhearem dos tradicionais exercícios conceituais e de se meterem dentro das exigências e realidades da vida”⁶⁰. E já em Holmes tem-se uma discussão sobre ideologia na magistratura⁶¹, mesmo que ele não a expressasse nesses termos exatos, quando diz que:

A vida do direito não tem sido lógica, mas sim experiência. As necessidades sentidas na época, a moral e as teorias políticas predominantes, as intenções da política pública confessadas ou inconscientes, e até os preconceitos que os juizes compartilham com os seus concidadãos têm tido muito mais influência do que o silogismo ao determinar as regras pelas quais os homens devem ser governados.⁶²

A lição de Holmes, de que o direito é, sobretudo, experiência e não lógica pura, guarda a essência do método sociológico trabalhado por Cardozo em *A natureza do processo judicial*⁶³. O pensamento compartilhado aí era no sentido de que o elemento político-social deve interferir na interpretação da lei, com vistas à satisfação do interesse público e dos superiores interesses da coletividade.

bibliográfica. In: CARDOZO, Benjamin. **A natureza do processo judicial e A evolução do direito**. Trad. Lêda Boechat. 3.ed. Porto Alegre: AJURIS, 1978, p.38.

⁶⁰ HOLMES, Oliver Wendell. **The common law**. Boston: Little Brown, 1881, p. 1; LATORRE, Angel. **Introdução ao Direito**. Coimbra: Livraria Almedina, 1978, p. 189.

⁶¹ FREITAS, Lorena. **Além da toga: uma pesquisa empírica sobre ideologia e direito**. Recife: Bagaço, 2009, p. 91. Sobre ideologia dos juizes, Gramsci alude a esta categoria como a aristocracia togada ao dizer que todas as classes formam seus intelectuais orgânicos e que estas várias categorias de intelectuais tradicionais se consideram autônomas e independentes do grupo social dominante. GRAMSCI, Antonio. **Os intelectuais e a organização da cultura**. 5.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1985, p. 6.

⁶² HOLMES, Oliver Wendell. **The common law**. Boston: Little Brown, 1881, p. 2.

⁶³ CARDOZO, Benjamin. **The nature of judicial process**. New York: Dover, 2005, p. 47ss.

Aqui já se entende uma postura crente quanto aos fatores externos interferindo no processo de julgamento, pois defende que em nome de alguns interesses – o público – o elemento político-social resta como a evidência de uma inexistente neutralidade.

Cardozo vai mais além na discussão de aspectos externos que interferem na decisão judicial. Nas conferências ele expõe o direito como um fenômeno social, intimamente relacionado a todos os outros aspectos da vida humana, não podendo o juiz, por conseguinte, ficar alheio às contribuições das outras ciências sociais.

Tal preocupação de cunho psicológico presente nestes teóricos citados vai caracterizar apenas o realismo na sua versão americana. Para dirimir eventuais dúvidas, especificando o objeto da tese, segue-se agora uma análise distintiva destas duas manifestações do realismo.

1.3. DISTINÇÕES ENTRE REALISMO AMERICANO E O REALISMO ESCANDINAVO

Este tópico interessa à discussão da tese por se fazer imprescindível diferenciar dentre os tipos de realismo, qual é objeto de estudo aqui.

A tese, ao defender que o realismo é forma de expressão do pragmatismo no direito, propõe o realismo jurídico americano como uma postura metodológica,

um método assim como o pragmatismo o é. Dessa forma, transcende-se aqui a percepção pura e simples que vê o realismo como uma corrente jusfilosófica.

Ademais, afastam-se as confusões referenciais quanto às denominações ou mesmo as inclusões dos pensamentos dos realistas americanos em outros movimentos distintos, como identificá-los como iniciadores do *Critical legal studies*.

Para os realistas, o direito é fato social. Pode-se de antemão trazer este ponto como o elemento central do qual partilham as inúmeras teorias que poderíamos assim denominar de realistas – citando-se, pois, Eugen Ehrlich, Alf Ross, Olivecrona, Holmes – ainda que guardem divergências substanciais.

Mas, ainda ressaltando esta visão comum, genericamente para estes autores, não é possível estudar o direito como mero ordenamento jurídico composto de normas coordenadas e em relação de hierarquia umas com as outras; ou seja, eles não admitem uma especulação puramente dogmática acerca das normas jurídicas. Consideram, sim, que tais normas na verdade não subsistem e sequer são possíveis sem a realidade de que efetivamente resultam.

É comum identificar os teóricos do realismo americano com a jurisprudência sociológica de Roscoe Pound. Nos dicionários jurídicos especializados tal confusão tem sede própria.

Faz-se questão de citar, *ipsis literis*, algumas passagens em que se vê uma identificação não linear entre continente e conteúdo para pensar nos desenvolvimentos das escolas, sobretudo, como por ora se destaca, entre a ***sociological jurisprudence*** e o realismo norte-americano.

“Cardozo foi um dos principais representantes da teoria sociológica do Direito (*sociological jurisprudence*) [...]”⁶⁴

“[sobre *sociological jurisprudence*] O conceito foi utilizado pela primeira vez, ao que parece, por Roscoe Pound, mas a escola havia nascido com a obra de Oliver Wendell Holmes Jr. cerca de 20 anos antes”.⁶⁵

“No âmbito do direito, o pragmatismo fez suas primeiras incursões por meio daquilo que ficou conhecido como o realismo jurídico do próprio Oliver Wendell Holmes, além de Roscoe Pound e Benjamin N. Cardozo”.⁶⁶

“Embora seja classificado como realista jurídico ora, sobretudo, como membro da teoria sociológica do direito (*sociological jurisprudence*), o pensamento de Oliver Wendell Holmes é antes o resultado original da influência de diversas correntes de pensamento do final do séc. XIX e pode ser visto como a transposição para o campo jurídico de uma série de traços típicos do pragmatismo norte-americano.”⁶⁷

“[sobre o realismo jurídico americano] Muitas vezes confundido com a escola da *sociological jurisprudence*, sobre a base da qual ele se expandiu[...]”.⁶⁸

“A obra de Pound constitui uma reação contra a Escola Anlítica de John Austin, e deve ser classificada dentro do que se convencionou chamar de Teoria sociológica do direito (*sociological jurisprudence*). Embora semelhante em algumas orientações, é errôneo identificar as posições desta corrente com o que mais tarde será denominado realismo jurídico norte-americano. As influências na formação intelectual de Pound são a nascente sociologia e o pragmatismo oriundo de William James”.⁶⁹

A tese compartilha da definição trazida pelo dicionário de Arnaud quando diz que o realismo não se confunde exatamente com a jurisprudência sociológica de Pound – e ao dizê-lo explica parte da confusão que existe – pois o realismo

⁶⁴ GIUSTI, Ernesto. Benjamin Nathan Cardozo. In: **Dicionário de filosofia do direito**. Vicente de Paulo Barretto (org). São Leopoldo/ Rio de Janeiro: Unisinos / Renovar, 2006, p. 119.

⁶⁵ ARNOUD, André-Jean *et alii* (dir.). **Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito**. Trad. Vicente P. Barretto. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 763.

⁶⁶ EISENBERG, José. Pragmatismo jurídico. In: **Dicionário de filosofia do direito**. Vicente de Paulo Barretto (org). São Leopoldo/ Rio de Janeiro: Unisinos / Renovar, 2006, p.656.

⁶⁷ GIUSTI, Ernesto. Oliver Wendell Holmes Jr. In: **Dicionário de filosofia do direito**. Vicente de Paulo Barretto (org). São Leopoldo/ Rio de Janeiro: Unisinos / Renovar, 2006, p. 449.

⁶⁸ ARNOUD, André-Jean *et alii* (dir.). **Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito**. Trad. Vicente P. Barretto. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 668.

⁶⁹ GIUSTI, Ernesto. Oliver Wendell Holmes Jr. In: **Dicionário de filosofia do direito**. Vicente de Paulo Barretto (org). São Leopoldo/ Rio de Janeiro: Unisinos / Renovar, 2006, p. 654.

teria sua base na jurisprudência sociológica, a partir do qual se desenvolve.

Ainda adentrando nas distinções entre realismo americano e outros movimentos e já especificando de que realismo esta tese trata, o corte se faz agora distinguindo as duas perspectivas realistas quanto ao direito, são elas o **realismo jurídico escandinavo - Escola de Upsala – e o realismo jurídico norte-americano.**

A tese tem seu objeto de estudo centrado nesta última versão, estadunidense, do realismo. Urge, contudo, preliminarmente perceber no que se diferenciam.

Em termos gerais se pode identificar uma ênfase maior na perspectiva lingüística como característica do realismo jurídico escandinavo e cujos expoentes são Axel Hägerstrom, Karl Olivecrona, Alf Ross etc.

Tem em comum com o realismo norte-americano a atitude empírica em relação ao direito, expressando-se na aversão à discussão sobre valores, considerada metafísica.

Considera-se que as variantes realistas se devem às distintas matizes ou inspirações filosóficas das quais sofreram influência, sendo sistema jurídico do *common law* o paradigma sobre o qual se desenvolve a vertente estadunidense e o direito codificado a fonte inspiradora do escandinavo.⁷⁰

⁷⁰ Sobre a diferente ligação das vertentes realistas com o positivismo jurídico, ver: FERREIRA, Fernando Galvão. Realismo Jurídico. In: BARRETO, Vicente (coord.). **Dicionário de filosofia do direito.** São Leopoldo/ Rio de Janeiro: Unisinos/ Renovar, 2006, p. 701-702.

Ao passo que o escandinavo tem caráter mais especulativo, o realismo americano teve uma preocupação centrada no que se pode chamar de psicologismo, de cuja inegável influência é James, inclusive sendo razão esta que corrobora a presente tese de que o realismo seria um viés do pragmatismo, logo um método para compreensão do direito.

Alguns dos expoentes do **realismo jurídico norte-americano** foram: Oliver Wendel Holmes Jr, Benjamin Nathan Cardozo, Louis Brandeis, Jerome Frank, Karl N. Llewellyn etc.

Citando um teórico que estaria nos meandros do realismo escandinavo para explicar as várias tendências de realismos jurídicos, Alf Ross inicia dizendo que o pensamento que se encontra na base do realismo jusfilosófico está vinculado ao desejo de entender o conhecimento do direito de acordo com as idéias sobre a natureza, problemas e método da ciência. Várias tendências filosóficas – o empirismo lógico, a escola de Upsala, a escola de Cambridge e outras – têm fundamento comum na rejeição da metafísica.⁷¹ Aduz que todas as teorias realistas concordam em interpretar a vigência do direito como em termos de efetividade social das normas jurídicas e que há duas abordagens principais do realismo quais sejam o ramo psicologista e o comportamentista.

O primeiro descobre a realidade do direito nos fatos psicológicos. O realismo comportamentista encontra a realidade do direito nas ações dos

⁷¹ ROSS, Alf. **Direito e justiça**. 2.ed. São Paulo: EDIPRO, 2007, p. 94.

tribunais. Uma norma é vigente se houver fundamentos suficientes para se supor que será aceita pelos tribunais como base de suas decisões.⁷²

A autora entende que estas duas ramificações propostas por Ross são espécies do mesmo gênero realismo jurídico norte-americano, pois tanto a preocupação psicológica quanto comportamentista estão imbrincadas nas preocupações de Cardozo, Gray, Llewellyn etc.

Para corroborar esta tese afirmada no parágrafo anterior pode-se recorrer a Llewellyn quando diz que os mais significativos aspectos da relação entre direito e sociedade está no campo do comportamento e como comportamento, por seu turno, refletem influências de outros comportamentos, e por que não dizer de elementos psicológicos.⁷³

O Juiz Oliver Wendel Holmes, no artigo *The Path of the Law*, expôs o seu ponto de vista, segundo o qual a tarefa da ciência do direito estaria em prever o que os tribunais farão. São suas palavras:

As pessoas querem saber sob que circunstâncias e até que ponto correrão o risco de ir contra o que é tão mais forte que elas mesmas, e, portanto, torna-se um objetivo descobrir quando esse perigo deve ser temido. O objeto do nosso estudo, então, é previsão, a previsão da incidência da força pública através do instrumento dos tribunais... As profecias do que os tribunais farão, de fato, e nada de mais pretensioso, são o que quero designar como Direito.⁷⁴

⁷² ROSS, Alf. **Direito e justiça**. 2.ed. São Paulo: EDIPRO, 2007, p. 100.

⁷³ “The most significant (I do not say only significant) aspects of the relations of law and society lie in the field of behavior, and that words take on important either because and insofar as they are behavior, or because and insofar as they demonstrably reflect or influence other behavior”. LLEWELLYN, Karl. A realistic jurisprudence: the next step. In: FISHER, William; HORWITZ, Morton; REED, Thomas. **American legal realism**. New York: Oxford University, p. 1993, p. 56.

⁷⁴ HOLMES, Oliver Wendell. The path of the law. In: FISHER, William; HORWITZ, Morton; REED, Thomas (edt.). **American Legal realism**. New York: Oxford University Press, 1993, p. 16.

De conformidade com essa linha de pensamento, Holmes não vê nos conceitos de direito e dever outra coisa senão previsão, profecia, Diz ele que um dever jurídico seria a previsão de que, se um homem fizer ou se abster de fazer certa coisa, ele terá de sofrer, de algum modo, uma conseqüência imposta por um tribunal. O direito jurídico seria a previsão de que, se um homem se comportasse dessa ou daquela maneira, ou se se encontrasse em determinada situação, experimentaria um benefício atribuído por um tribunal.⁷⁵

O desenvolvimento teórico do realismo de Jerome Frank é uma crítica à doutrina da segurança e certeza do direito, sustentada pela dogmática tradicional. Para Frank, o único direito certo é o revelado na sentença, a qual depende da dieta do juiz.⁷⁶ Frank acaba sendo o mais radical quanto à forma e quanto ao conteúdo de sua crítica.

Por fim, ainda que não seja o objetivo aqui traçar um paralelo exaustivo entre o realismo jurídico e a jurisprudência sociológica, mas considerando as semelhanças visto que ambas pensam o direito como fato, urge pontuar a distinção.

Para além desta aproximação citada, é cediço que para o sociologismo o direito era definido pela eficácia e para os realistas ele o era pela sentença judicial. Eis aqui o ponto de diferenciação! Segundo os sociologistas, a própria convivência social - através da eficácia - determina o direito, haja vista que direito é, para eles,

⁷⁵ HOLMES JR, Oliver Wendell. The path of the law. In: FISHER, William; HORWITZ, Morton; REED, Thomas (edt.). **American Legal realism**. New York: Oxford University Press, 1993, p. 15-16.

⁷⁶ FRANK, Jerome. **Law and the modern mind**. New York: Transaction Pub, 2009, p.51 e 52. No mesmo sentido de Cardozo, considera que “psychological forces, including personal biases buried so deep in the unconscious that the judge was unaware of their existence, might influence the decision”.

aquilo que como tal se realiza. Os realistas, por seu turno, entendiam que o direito era aquilo que a sentença judicial dizia que era, o que implica não apenas noutra perspectiva acerca do direito, mas numa racionalidade baseada em uma lógica diversa da formal, típica da explicação do direito pela via silogístico-dedutiva, como se abordará no capítulo seguinte.

Enfim, após problematizar e trabalhar as diferenciações, a tese passa agora a enfrentar propriamente o realismo. Seguem nas próximas linhas a argumentação em torno das questões centrais que indicam a base pragmática do realismo americano, quais sejam: a lógica abductiva e o elemento psicologista.

CAPÍTULO 2

A LÓGICA E O REALISMO JURÍDICO NORTE-AMERICANO

Sumário: 2.1. A abdução peirceana como expressão da *apagogé* aristotélica: “Um nome novo para velhas idéias”; 2.2. Abdução e entimema: O realismo jurídico promovendo um diálogo entre pragmatismo e retórica; 2.3. O processo da *ratio decidendi* a partir da concepção peirceana sobre lógica e direito; 2.4. É a decisão judicial um exemplo de raciocínio abduativo?

2.1. A ABDUÇÃO PEIRCEANA COMO EXPRESSÃO DA APAGOGÉ ARISTOTÉLICA: “UM NOME NOVO PARA VELHAS IDÉIAS”⁷⁷

A presente tese concebe o pragmatismo jurídico como termo mais adequado para se referir ao realismo jurídico americano, principalmente por considerar que este movimento realista deita suas raízes no pragmatismo filosófico e ambos têm uma concepção metodológica para pensar os fatos. No caso do realismo, e parafraseando James⁷⁸, o pragmatismo jurídico seria uma metodologia para assentar as metafísicas discussões jurídicas, concepções ensimesmadas quanto ao direito, que de outra forma se estenderiam infinitamente.

⁷⁷ James se refere ao pragmatism como um nome novo para velhas idéias, com base nesta concepção o subtítulo aqui trazido parafrasea James (razão esta das aspas) para se referir à abdução como um novo nome para idéias aristotélicas, daí o objeto da discussão neste capítulo adentrar na redução e no entimema.

⁷⁸ Com a devida vênua pela repetição: “The pragmatism method is primarily a method of settling metaphysical disputes that otherwise might be interminable”. JAMES, William. **Pragmatism**. Philosophical classics. New York: Dover, 1995, p.18.

Falar de um pragmatismo jurídico como herança da filosofia para o realismo norte-americano implica em apresentar seus pressupostos ou ainda seus fundamentos. Estes são, pois, as lições de lógica trazidas por Peirce e Dewey e as preocupações psicologistas de James.

Este capítulo segundo se dedica ao estudo dos meandros lógicos, naquilo que vão ser aproveitados pelo realismo para uma crítica ao direito.

Este tópico 2.1. da tese, na medida em que traz conjecturas sobre a relação entre abdução e entimema, tenta - coerentemente com o espírito pragmático-abdutivo - inferir hipóteses criativas e prováveis, independente de uma pretensão de verdade absoluta.

Assim, o objetivo pontual desta parte é responder a indagação: Seria a abdução uma forma de entimema?

Adentrando nos meandros lógicos, o primeiro momento é perceber a contribuição de Peirce ao tratar da abdução.

O capítulo seguinte se dedicará a James e suas contribuições para o realismo.

Feita tal preliminar, e adentrando propriamente em Peirce, a origem da abdução peirceana vem do Grego (*apagogé*) e do latim (*reductio*). O próprio filósofo pragmatista admite que a inferência abdutiva já aparece em Aristóteles nos *Analíticos Anteriores* – Livro II, capítulo XXV - ao tratar da redução.

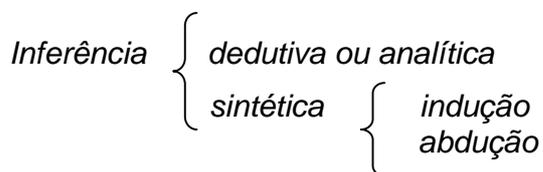
Neste sentido, e com base em James ao dizer que pragmatismo é um novo nome para velhas idéias (título de sua principal obra – série de conferências), vê-

se que Peirce não cria uma nova forma de inferência ao tratar da abdução, mas cria um nome novo para se referir e enfatizar esta forma de raciocínio que já aparece em Aristóteles, mas que tendeu a ser menosprezado pela cultura ocidental em detrimento do silogismo indutivo e do silogismo propriamente dito (dedutivo). Peirce vem estimar o raciocínio probabilístico dando-lhe o *status* de ser a forma própria de raciocínio no campo do conhecimento científico no sentido de que lança hipóteses novas e revela-se pela criatividade, ou melhor, aproveitando a criatividade como forma de inferenciar.

Diz, inclusive, Peirce, acerca da abdução (e afetando certa irritação para com o editor de Aristóteles):

[falando d]as três espécies de argumentos que assinaei em 1867 [dedução, indução e abdução – em: *Illustrations of the logic of science*], suponho, com efeito que já vêm nos *Primeiros Analíticos* de Aristóteles, se bem que a ilegibilidade do manuscrito, e a emenda feita pelo editor o estúpido [Apellicon], tenham alterado por completo o sentido do capítulo da Abdução. De qualquer modo, mesmo que a minha conjectura esteja errada, e o texto deva ser entendido como está, o fato é que Aristóteles nesse capítulo tateava o modo de inferência que denomino pela palavra inusitada de Abdução – somente usada em lógica para traduzir *apagogé* desse texto.⁷⁹

Peirce classifica as formas de inferência da seguinte maneira:⁸⁰



⁷⁹ PEIRCE, Charles Sanders. Conferências sobre pragmatismo. Conferência V – As três espécies de excelência. In: **Os pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 41.

⁸⁰ PEIRCE, Charles Sanders. Dedução, indução e hipótese. In: **Ilustrações da lógica da ciência**. São Paulo: Idéias e letras, 2008, p. 172.

Exemplificativamente, como citou Peirce: “Suponha que eu entre numa sala e lá se encontre certo número de sacolas contendo diferentes tipos de feijão. Sobre a mesa há um punhado de feijões brancos; e após procurar descobro que uma das sacolas contém apenas feijões brancos”.

Dedução { 1 - *Todos os feijões desta sacola são brancos*
2 - *Estes feijões são desta sacola*
3 - *Estes feijões são brancos*

Indução { 2 - *Estes feijões são desta sacola*
3 - *Estes feijões são brancos*
1 - *Todos os feijões desta sacola são brancos*

Abdução { 1 - *Todos os feijões desta sacola são brancos*
3 - *Estes feijões são brancos*
2 - *Estes feijões são desta sacola*

A abdução ou redução ou apagogé é o processo que forma hipóteses explicativas, daí ser o único que introduz idéias novas diferentemente da dedução e indução.⁸¹

Aristóteles trata da redução em dois momentos no *Órganon*, valendo ressaltar que como objetos distintos, inicialmente refere-se à redução ao absurdo (*reductio ad impossibile*)⁸² que não é a forma que inspirou Peirce a tratar da abdução; posteriormente⁸³ traz a redução (ou apagogé, cujo termo significa

⁸¹ Peirce, above all other logicians in his time, emphasized the role of hypothesis in scientific method, calling the construction of such possible explanations of puzzling phenomena by the name Abduction, which he added to the conventional forms of reasoning known as deduction and induction, thus giving us three types of inference. Cf. PEIRCE, Charles Sanders. **Selected writings**. New York: Dover, 1966, p. 230, 368.

⁸² ARISTÓTELES. **Órganon**. Analíticos Anteriores, Livro I, 45a22 – 46a1; Analíticos Anteriores, Livro II, 65b1 - 66a1. São Paulo: EDIPRO, 2005.

⁸³ ARISTÓTELES. **Órganon**. Analíticos Anteriores, Livro II, 69a 20-37. São Paulo: EDIPRO, 2005.

condução, encaminhamento. A redução conduz a uma aproximação do conhecimento, mas não implica em conhecimento).

Em Aristóteles temos *apagoge*⁸⁴:

a) “quando fica evidente que o primeiro termo se aplica ao médio, mas é incerto que o médio se aplica ao último termo, ainda que esta relação seja não menos provável ou até mais provável do que a conclusão”;

Se usarmos os números 1, 2 e 3 que propositadamente inserimos acima, temos que:

- *Fica evidente que “Todos os feijões desta sacola são brancos”* → 1

- *e fica evidente que “Estes feijões são brancos”* → 3

- *mas é incerto que “Estes feijões são desta sacola!”* → 2

b) e noutra figura Aristóteles se refere à existência da abdução quando há uma série de hipóteses intermediárias entre termo médio e conclusão, hipóteses estas ainda que não formalmente demonstrativas, sugerem a plausibilidade da conclusão (uma vez que em todos estes casos o efeito é nos aproximar mais do conhecimento). Se estas hipóteses intermediárias forem razoavelmente óbvias elas poderiam ser suprimidas persuasivamente o que daria uma forma entimemática, mas não eliminaria as diferenças de conteúdo entre entimema e abdução, em razão.

Mas urge a questão que se responde a seguir: Seria a abdução uma forma de entimema?

⁸⁴ ARISTÓTELES. *Órganon*. Analíticos Anteriores, Livro II, 69a 20-37. São Paulo: EDIPRO, 2005..

2.2. ABDUÇÃO E ENTIMEMA: O REALISMO JURÍDICO PROMOVENDO UM DIÁLOGO ENTRE PRAGMATISMO E RETÓRICA

O entimema é um silogismo retórico⁸⁵ que consiste de poucas proposições, ou seja, menos do que a quantidade necessária. É um silogismo normal, pois caso qualquer dessas proposições seja um fato familiar, não há necessidade de mencioná-la, os ouvintes a acrescentarão por conta própria.⁸⁶

Ressalta João Maurício que “o conselho de manter em silêncio uma das premissas ou a conclusão como estratégia persuasiva é também colocado por Aristóteles [...] [que considera] o entimema o núcleo da persuasão e o objeto central da retórica”.⁸⁷

Lanigan refere-se ao entimema quando o cita a lei clássica da lógica como um discurso do poder⁸⁸. O mesmo autor alega ainda que uma abordagem tradicional do entimema aristotélico toma-o como uma lógica da retórica e caracteriza-o como um silogismo de validade formal ainda que de deficiência material no uso dos sinais e probabilidades para evidência na argumentação.⁸⁹

⁸⁵ ARISTOTLE. **Rhetoric**. Book I, 2, 1356b,5. New York: Dover, 2004.

⁸⁶ ARISTOTLE. **Rhetoric**. Book I, 2, 1357a, 16-19. New York: Dover, 2004.

⁸⁷ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: Para uma teoria da dogmática jurídica. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 337-338.

⁸⁸ LANIGAN, Richard. From Enthymeme to abduction: the classic law of logic and the postmodern rule of rhetoric. *In: Recovering pragmatism's voice: the classical tradition, Rorty and the philosophy of communication*. New York: State University of New York, 1995, p. 49-70.

⁸⁹ LANIGAN, Richard. From Enthymeme to abduction: the classic law of logic and the postmodern rule of rhetoric. *In: Recovering pragmatism's voice: the classical tradition, Rorty and the philosophy of communication*. New York: State University of New York, 1995, p. 52.

Lanigan aponta duas possibilidades⁹⁰ de entendimento para o entimema: a) abordagem modernista ou moderna como *lógica da retórica*, pela qual pode se diferenciar várias espécies do gênero entimema: como espécie de demonstração pela descrição, como dialética e como silogismo retórico em que ambas as formas se complementam; b) a abordagem pós-moderna como *retórica da lógica* quando sugere que há uma incerteza material ou deficiência formal (e não estrutural) quando das 3 proposições requeridas pelo silogismo uma é deixada inexpressiva ou suprimida, mas que existirá silenciosamente na mente do orador e do auditório. Assim o silogismo não está completo.

Não interessando por ora desnudar estas espécies e sub-espécies de entimema, o estudo volta-se apenas para esta última situação do “*enthymeme as an incomplete argument*”, de forma que o autor advoga que a abdução se identifica com a pós-moderna regra da retórica como um discurso do interesse.⁹¹

A partir destas digressões, tomamos por considerações finais duas possibilidades, abduativas no sentido de prováveis.

Pode-se responder a questão proposta: “Seria a abdução uma forma de entimema?” com um sim e um não.

⁹⁰ Ao apontar duas possibilidades de entendimento para o entimema, o autor não escapa de ter uma referência jus-realista na sua definição – ainda que assim não o diga nem cite realistas norte-americanos, diz: “On this ground for analysis, two approaches to the definition of the enthymeme are possible within the constitution of discourse *as the power to judge*”(grifo nosso). LANIGAN, Richard. From Enthymeme to abduction: the classic law of logic and the postmodern rule of rhetoric. In: **Recovering pragmatism’s voice: the classical tradition, Rorty and the philosophy of communication**. New York: State University of New York, 1995, p. 52.

⁹¹ “the postmodern rule of rhetoric as a discourse of desire”. LANIGAN, Richard. From Enthymeme to abduction: the classic law of logic and the postmodern rule of rhetoric. In: **Recovering pragmatism’s voice: the classical tradition, Rorty and the philosophy of communication**. New York: State University of New York, 1995, p. 54.

Afirmativamente, se se considerar que a redução (abdução) e entimema se aproximam na medida em que trabalham a partir da probabilidade. Pois para aquela – abdução - a conclusão inferida é apenas provável, enquanto que para o entimema, como silogismo retórico voltado para o convencimento, pretende-se que o expectador capte a proposição silenciada dentre as possibilidades interligadas ou similares que o próprio silêncio conjectura. Enfim, há uma aproximação possível entre abdução e entimema, de forma que se pode considerar a abdução como uma espécie do gênero entimema.

Por outro lado, pode-se responder pela negativa ao se considerar que ao passo que: (a) a redução ou abdução – pautada pelo elemento criativo ou voltada para este – é entendida nesta tese como expediente ou raciocínio criativo que visa construir hipóteses prováveis para solucionar problemas, assim se situa no contexto de descoberta; (b) já o entimema – pautado pela persuasão ou voltado para esta suprime etapas do raciocínio a fim de obter adesão – daí, situa-se no contexto de justificação.⁹²

⁹² Podemos identificar dois momentos na decisão: contexto da descoberta e da justificação. Estas expressões foram usadas em 1938 por Hans Reichenbach, um epistemólogo alemão, mas a distinção entre os termos é mais antiga, em 1830, Johannes Herschel escreveu como se obter conhecimento e como produzir induções. Cf. PESSOA JR., Osvaldo. Contexto de descoberta e de justificação. *In: Filosofia da física clássica*. São Paulo: USP, 2007, p. 40; ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*: Teorias da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2000, p. 21-24. Em primeiro lugar, temos decisões, elas são criadas por uma variedade de infinitas razões que não podemos saber quais são; elas promovem e contribuem para um momento criativo que se revela no raciocínio abduutivo, este é o contexto da descoberta. O segundo momento é formalmente uma maneira de mostrar/ convencer da decisão tomada, i.e., a justificação, aqui se apresentam as bases normativas que a fundamentaram, logo aí estão suas razões – contexto de justificação.

Assim, tratando-se de contextos operativamente distintos guardam também ou refletem a natureza distinta da abdução e do entimema, como se verá a seguir, na aplicação pragmática da abdução para a formação da *ratio decidendi*.

2.3. O PROCESSO DA *RATIO DECIDENDI* A PARTIR DA CONCEPÇÃO PEIRCEANA SOBRE LÓGICA E DIREITO

A tese básica defendida pelo realismo é que direito é o que os juízes dizem que é direito, no sentido que primeiro decide-se, depois busca-se fundamento normativo para justificar a decisão tomada. Esta concepção vem criticar a teoria tradicional que tende a não considerar a abdução como forma possível de se inferir o caminho do raciocínio jurídico.

No que a crítica realista contribui é na atenção dada ao caráter probabilístico como da natureza do direito. O processo da *ratio decidendi* é expressão da abdução na medida em que o direito não trabalha com verdades, mas com o verossímil (ou seja, aquilo que tem aparência de verdade), ainda que dogmaticamente se fale em verdade real e verdade formal.

Quando o artigo 458 do Código de Processo Civil traz os requisitos essenciais da sentença ilustra o arranjo lógico da decisão, *verbi gratia*:

Art. 458, CPC: São requisitos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.

Assim, parece crer que a lógica da tomada de decisão ou raciocínio judiciário seja um silogismo não-categórico, pelo que o caso é subsumido à norma.

A estrutura que se constrói ilustrativamente para pensar esta subsunção poderia ser assim desenhada tendo a decisão judicial como um silogismo lógico, isto é, presentes uma premissa maior, a menor e a conclusão:

1) Todos os homens são mortais (premissa maior)

Sócrates é humano (premissa menor)

Logo, Sócrates é mortal (conclusão)

2) Artigo 121, Código Penal: Matar alguém. }

Pena: reclusão, 6 (seis) a 20 (vinte anos). }

norma

premissa maior

João mata Pedro.

(caso concreto = premissa menor)

João é condenado a X anos de prisão.

(decisão = conclusão)

Quando se analisa estes exemplos, é possível perceber que a estrutura formal é a mesma, porém a principal questão é observar que na segunda situação temos um meio de expressar o raciocínio dedutivo. Entretanto, a *ratio decidendi* não é exatamente um silogismo.

Sobre esta forma de conceber o raciocínio judiciário, adverte, todavia, Philippe Thiry que esta maneira de encará-lo não deve iludir-nos, que é interessante na medida em que permite uma representação coerente da decisão,

mas não é garantia de objetividade. Se assim fosse, o trabalho do juiz não seria senão dizer um direito que transcenderia e se imporia a ele como ao argüido.⁹³

A proposta do método abduutivo para o direito encontra-se inserida no contexto da descoberta, considerando a distinção entre o contexto de descoberta e o contexto de justificação⁹⁴.

Se perguntarmos o porquê daquele esquema de subsunção não servir para conceber a lógica da tomada de decisão, para responder esta questão temos que analisar dois pontos:

- a) O que significa a *ratio decidendi* ?
- b) O que são e quais são as diferenças entre contexto de descoberta e contexto de justificação?

Assim, *ratio decidendi* é uma expressão jurídica, refere-se ao princípio ou ponto os quais determinam o julgamento. Quando pensamos acerca dos

⁹³ THIRY, Philippe. **Noções de lógica**. Lisboa: Edições 70, 1996, p. 121. A partir da crítica de Thiry, pode-se dizer que é mais provável uma lógica informal do tipo *lógica default* já que a decisão final se assenta em um número outros de premissas conhecidas e não expressas por fins persuasivos (entimema), bem como por outras desconhecidas (*lógica default*). Esta última tem pretensão de representar, além das inferências dedutivas da lógica de predicados clássica, um tipo de inferência não-dedutiva muito comum no nosso raciocínio ordinário. Essa inferência encontra-se por exemplo no raciocínio do examinando numa banca quando diz: “há uma citação do autor tal, logo a citação está na tese”. Há um razoável número de raciocínios menores para chegar àquela conclusão, ex: há a crença de que a citação existe, o examinando verificou se havia algum motivo para concluir que a citação foi retirada e não encontrou, assim conclui que a citação está na tese. Mas apesar de tudo isso a citação não está na tese e a conclusão está errada, logo seu raciocínio não é dedutivo, pois a conclusão foi inferida a partir de um conjunto de crenças incompleto. Se novos fatos chegassem ao seu conhecimento, como por exemplo, alguém ter trocado de lugar a versão final com a versão anterior ou a eliminação de um parágrafo ter eliminado uma nota de rodapé que estava no seu interior. “[o] raciocínio foi baseado em uma regra não-monotônica, já que o acréscimo de informação àquelas que se tinha inicialmente o impediria de concluir coisas que ele antes concluía inocentemente”. A regra não-monotônica que determina o raciocínio recebe o nome de *lógica default*. IMAGUIRE, Guido; BARROSO, Cícero. **Lógica: os jogos da razão**. Fortaleza: UFC, 2006, p. 309-314.

⁹⁴ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: Teorias da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy, 2003, p.22.

elementos usados pela Corte para compor uma decisão particular, de acordo com Benjamin Nathan Cardozo,

alguns princípios, ainda que não ditos, inarticulados e subscientes, têm regulado esta infusão⁹⁵. Pode não ter sido o mesmo princípio para todos os juizes em todos os tempos. Porém, a escolha tem sido não a submissão ao decreto do fato; as considerações e motivos que determinam a escolha ficam freqüentemente obscuros, ao largo das análises.⁹⁶

Com tal idéia de Cardozo, a dedução lógica como meio para explicar a decisão resta criticada. O ponto de partido não é a norma, porém alguns elementos subscientes, nas palavras do autor.⁹⁷

Podemos também debater, acerca da influência das idéias de William James⁹⁸ no pensamento de Cardozo, é possível dizer que estes *elementos subscientes* simbolizam a variedade de tipos de *temperamentos intelectuais*.

Diz James:

Os temperamentos não são reconhecidos pela razão [...] surge assim uma certa insinceridade em nossas discussões filosóficas: o principal de todas as nossas premissas nunca é mencionado. [...] nossos temperamentos intelectuais são uma mistura de opostos ingredientes, cada um presente em variadas proporções.⁹⁹

⁹⁵ Cardozo describes the judicial decision as a strange compound which is brewed daily in the caldron of the courts. CARDOZO, Benjamin Nathan. **The nature of judicial process**. New York: Dover, 2005, p. 6.

⁹⁶ CARDOZO, Benjamin Nathan. **The nature of judicial process**. New York: Dover, 2005, p. 7.

⁹⁷ CARDOZO, Benjamin Nathan. **The nature of judicial process**. New York: Dover, 2005, p. 163.

⁹⁸ Acerca da influência jamesiana no realismo jurídico norte-americano e especialmente no pensamento de Cardozo, esta tese foi debatida na comunicação apresentada pela autora no 10o Encontro Internacional de Pragmatismo: Acerca da vocação pragmática do realismo jurídico Americano a partir das idéias de Benjamin Cardozo sobre a natureza do direito. Disponível <http://www.pucsp.br/pos/filosofia/Pragmatismo/eventos/10enc_prag/10_enc_ingl_com_abstracts.htm>. No mesmo sentido: JAMES, William. The principles of psychology. In: **Great books of the western world**. N. 53. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1952; MURPHY, John. Pragmatismo jamesiano. In: **O pragmatismo**: De Peirce a Davidson. Coimbra: ASA, 1990, p. 57 ss.

⁹⁹ JAMES, William. **Pragmatism**. New York: Dover, 1995, p. 2, 3.

A atividade judicial não é isolada, o juiz é um ser humano e tem sentimentos, concepções, pré-compreensões entre outros, denominadas de elementos subconscientes por Cardozo e não age como um autômato pelo simples fato da investidura numa função cuja principal expressão é a tomada de decisões, o que constitui uma visão unilateral e ingênua do fazer judicial.

Cardozo, ao falar do método da filosofia, traz uma discussão lógica – não em termos formais propriamente, mas em termos epistemológicos de discussão sobre o raciocínio judicial para percepção da natureza do processo judicial.

Quando se promove um diálogo entre Cardozo e Peirce, a idéia de conseqüências práticas é uma opção para se entender o processo de decisão.

Para entender a expressão conseqüências práticas que aparece na definição peirceana de pragmatismo ¹⁰⁰⁻¹⁰¹ e sua relevância para o raciocínio jurídico, o primeiro passo é refletir sobre o significado do raciocínio abduutivo. Este consiste em estudar fatos e inventar uma teoria para explicá-los, sendo, pois, a única operação lógica que introduz idéias novas. Daí é que todas as idéias (hipóteses explicativas) da ciência vêm através da abdução.

Peirce, todavia não abordou a questão do direito. Diferentemente, John Dewey, outro expoente do pragmatismo filosófico, tem *papers* acerca de lógica e

¹⁰⁰ PEIRCE, Charles Sanders. How to make our ideas clear. In: *Popular Science Monthly*. (January 1878). Disponível em < <http://www.peirce.org/writings/p119.html>>.

¹⁰¹ Entretanto, é necessário lembrar, de acordo com Ibri, que a expressão aparece novamente quando Peirce tenta explicar o que significa a verdade, em artigo escrito em 1905. IBRI, Ivo Assad. As conseqüências de *conseqüências práticas* no pragmatismo de Peirce. In: *Cognitio*. Centro de Estudos do Pragmatismo – Dept. Filosofia PUC-SP. N. 1. Nov. São Paulo: EDUC; Palas Athena, 2000, p. 30-31; IBRI, Ivo Assad. *Kósmos noëtós*: arquitetura metafísica de Charles S. Peirce. São Paulo: Perspectiva, 1992, p. XV, 19ss.

nos quais faz algumas incursões no direito. É interessante perceber que, ainda que seja um grande nome do pragmatismo assim como Peirce, sua preocupação especificamente sobre a lógica do método científico¹⁰² não contemplou a abdução, restringindo-se à indução e dedução.¹⁰³

2.4. É A DECISÃO JUDICIAL UM EXEMPLO DE RACIOCÍNIO ABDUTIVO?

A fundamentação da decisão é uma expressão formal de um raciocínio dedutivo, porém nossa tese é que na natureza do processo judicial está um raciocínio abduativo, logo, abdução legal, se assim se puder chamar.

Para ser mais preciso, imagine uma situação em que um caso “X” apresenta as características C1, C2, C3, e o conceito jurídico “N” corresponde a tais características existentes; o caso X será classificado como uma instância daquele conceito N.

Logo: N (C1; C2; C3) → X (C1; C2; C3)

¹⁰² Dewey chama a atenção para a lógica e a seleção de métodos e ainda que discuta a tomada de decisão, não contempla a questão do contexto da descoberta e do método abduativo: “it follows that logic is ultimately an empirical and concrete discipline. Men first employ certain ways of investigating, and of collecting, recording and using data in reaching conclusions, in making decisions, they draw inferences and make their checks and tests in various ways. These different ways constitute the empirical raw material of logical theory. The latter thus comes into existence take place without conscious reference to rules of syntax or of rhetorical propriety. Which afford the better type of conclusion, better for subsequent usage, ...Successful ones are not only selected and collated, but the causes of their effective operation are discovered. Thus logical theory becomes scientific”. DEWEY, John. **Logical Method and Law**. The Philosophical Review, Vol. 33, No. 6, Nov., 1924, p. 67.

¹⁰³ DEWEY, John. **Logic**: The theory of inquiry. New York: Holt, Rinehart and Winston, 1960, p. 419ss.

Esta classificação não é dedução, porém abdução, pois temos uma hipótese no sentido lógico dado por Peirce para este termo, o qual significa uma inferência classificatória ao substituir a premissa mais geral por outros predicados menos gerais.¹⁰⁴

De acordo com Tuzzi, dois tipos de abdução legal podem ser distinguidas: uma *explanatória* ao objetivar a reconstrução dos fatos relevantes e uma *classificatória* ao objetivar a conceituação legal daqueles fatos. Se nós observarmos o processo de pensamento, primeiro nos sugerimos uma hipótese, uma idéia possível, um tipo de *insight*, porque é apenas provável; depois determinamos as conseqüências concebíveis das hipóteses, para então expor os resultados.

De acordo com Tuzzi, explanatória e classificatória são dois tipos de abdução, onde:

- (i) o sentido explanatório é a inferência que vai dos efeitos para a causa, a partir dos fatos conhecidos para o desconhecido, criando uma hipótese sobre o que aconteceu.
- (ii) O sentido classificatório é a inferência que classifica alguns fatos reais ao abrigo de um tipo de fato, ela parte das características dos contabilizados (i) para a regra, ou melhor, a abdução classificatória encontra a regra ou o princípio que articula esse tipo de fato e suas conseqüências normativas.

¹⁰⁴ TUZZI, Giovanni. **Legal abductions**. Disponível em <<http://www.jurix.nl/pdf/j03-05.pdf>>. Acesso em 20 ago 2008.

Impossível deixar de notar a analogia pela qual uma é descoberta da decisão, outra a forma de justificá-la, o que envolve dois contextos lógicos distintos.

A abdução jurídica, em sentido lato, é a combinação de abdução (i) e (ii).

Porém, os teóricos do direito trabalham a decisão como um meio da premissa maior para a premissa menor. No entanto, os juízes decidem e, depois, eles buscam normas para justificar suas decisões.

Podemos identificar dois momentos na decisão: contexto da descoberta e da justificação. Estas expressões foram usadas em 1938 por Hans Reichenbach, um epistemólogo alemão, mas a distinção entre os termos é mais antiga, em 1830, Johannes Herschel escreveu como se obter conhecimento e como produzir induções.¹⁰⁵

A primeira é o contexto da descoberta, onde temos os fatores psicológicos que levam alguém a uma decisão. A segunda simboliza as razões que foram apresentadas.

Em primeiro lugar, temos decisões, eles são criados por uma variedade de infinitas razões que não podemos saber quais são; eles promovem e contribuem para um momento criativo que se revela no raciocínio abduutivo. O segundo momento é formalmente uma maneira de mostrar a decisão, a justificação, aqui se apresentam as bases normativas que fundamentaram a decisão, conforme a lei,

¹⁰⁵ PESSOA JR., Osvaldo. Contexto de descoberta e de justificação. In: **Filosofia da física clássica**. São Paulo: USP, 2007, p. 40.

ou melhor, de acordo com a principal condição dogmática que é a inegabilidade dos pontos de partida, os quais são as normas.

Explicar tais razões é argumentação. Argumentar é apresentar a estrutura lógica que proporciona as conclusões, e as conclusões aparecem como raciocínio dedutivo que é o caminho formal de se mostrar o raciocínio abduutivo.

Apresentada esta dimensão lógica inasfastável para se conceber o realismo jurídico como expressão do pragmatismo filosófico no direito, resta agora trabalhar o segundo elemento que caracteriza o que ora a tese denomina de pragmatismo jurídico. Este é o elemento psicológico e diz respeito aos aspectos subjetivos que interferem no processo decisional independente da consciencia que se tenha acerca dos mesmos. Isto é o que e passa a tratar no capítulo seguinte.

CAPÍTULO 3

AS INFLUÊNCIAS PSICOLOGISTAS DO PRAGMATISMO JAMESIANO NO REALISMO

Sumário: 3.1. O “atual dilema da filosofia” como expressão pragmática da rejeição aos dualismos; 3.2. O realismo de Cardozo: O elemento subconsciente na decisão judicial e a tese dos “temperamentos humanos” de William James.

3.1. O “ATUAL DILEMA DA FILOSOFIA” COMO EXPRESSÃO PRAGMÁTICA DA REJEIÇÃO AOS DUALISMOS

William Shakespeare na peça *Measure for measure* traz o dilema enfrentado por Ângelo, que encarna a figura de um juiz da Corte Suprema e que, em razão do amor de uma mulher, deixa-se corromper nas suas decisões.¹⁰⁶ Esta citação serve aqui como alusão inicial à temática central jamesiana – elementos psicológicos que influenciam as decisões – e que vai ser representado no realismo cardoziano com os elementos subconscientes da decisão judicial. Shakespeare traz o debate jusfilosófico para a cena teatral mostrando a influência das crenças e ambiente nas decisões dos juízes.

O propósito deste capítulo consiste em identificar os fundamentos do realismo jurídico americano em suas articulações com a filosofia pragmática,

¹⁰⁶ SHAKESPEARE, William. *Measure for measure*. In: **The complete works**. New York: Harper e Row, 1953, p. 88 ss.

contudo destacando aqui a contribuição de James para as teses do realismo jurídico americano.

Dentro do psicologismo como característica central do realismo¹⁰⁷, duas preocupações jamesianas são resgatadas nesta tese como elementos definidores, quais sejam: a rejeição aos dualismos e o subjetivismo, respectivamente representadas pelas temáticas sobre “o atual dilema da filosofia” e sobre “os temperamentos humanos”.

O pragmatismo encontra suas raízes no século XIX no chamado “Clube Metafísico de Boston”¹⁰⁸, já abordado no capítulo anterior. Como uma filosofia da ação, ele pressupõe uma abordagem metodológica inovadora por romper com os cânones das clássicas abordagens lógico-metafísicas.¹⁰⁹

Um dos primeiros pensadores a se preocupar com o problema foi Charles Sanders Peirce no seu consagrado *paper How to make our ideas clear*.¹⁰⁸ Todavia foi William James que, de forma feliz e sobretudo pertinente cunhou uma definição sobre o pragmatismo que se tornou famosa; segundo ele o pragmatismo é, sinteticamente, um novo método para tratar velhas idéias.

Uma vez que a nossa proposta de exame do pragmatismo toma o fenômeno jurídico como objeto de análise, elegeu-se o juiz da Suprema Corte Americana Benjamim Nathan Cardozo – sucessor de Oliver Wendel Holmes Jr. – como um intérprete e principalmente um aplicador da filosofia pragmática no

¹⁰⁷ WESEP, H.B van. **A estória da filosofia Americana**. Lisboa: Fundo de cultura, 1960, p. 196.

¹⁰⁸ MENAND, Louis. **The metaohysical club**. London: Flamingo, 2002, *passim*; MURPHY, John. **O pragmatismo: De Peirce a Davidson**. Porto (Portugal): Asa, 1990, p. 25.

¹⁰⁹ MURRAY, D.L. **Pragmatism**. London: Constable and company, 1912, p. 34 ss.

desempenho de atividade judicante. Para tanto, sua obra *A natureza do processo judicial* será utilizada como paradigma dessa abordagem.

Quanto à justificativa, observa-se que há uma seqüência e conseqüência entre os grandes pragmatistas, Peirce dá uma nova conotação ao problema lógico; James explora os elementos psicológicos do agir humano; Holmes, como pragmatista jurídico, retira o direito da esfera lógico-metafísica para trazê-lo à realidade experiencial (histórica); Cardozo, por fim, é o grande articulador dessas idéias¹¹⁰ por tentar demonstrar como elas efetivamente acontecem nos caldeirões dos tribunais, como o próprio cita.

Assim procurar-se-á, á luz das idéias de Cardozo, verificar em que medida o método pragmático corresponde aquilo que o já citado William James menciona: “um método capaz de assentar disputas metafísicas” voltado para o âmbito jurídico uma vez que as teorias tradicionais não mais dão conta desses problemas como eles se manifestavam na dinâmica do contexto social.

Discutir estas hipóteses acerca da vocação pragmática e sua inserção no realismo jurídico americano com base nas idéias de Benjamin Cardozo sobre a natureza do direito é, pois, o objetivo que ora se persegue e apontamos três questões centrais para tal intento:

(a) Frente a uma possível confusão entre os termos realismo e pragmatismo jurídico, tomamos como hipótese de trabalho o seguinte aparato

¹¹⁰ POLENBERG, Richard. **The world of Benjamin Cardozo**: Personal values and the judicial process. United States of America: Library of Congress Cataloging-in-publication data, 1997, *passim*.

conceitual: pragmatismo é um método do qual se vai utilizar o realismo jurídico americano, este uma dimensão teórica ou doutrinária para se abordar o direito;

(b) A tese de Cardozo, representante do realismo americano, centra-se na identificação da natureza do processo judicial no elemento subconsciente;

(c) A preocupação de Cardozo no que concerne às vontades, preconceitos, formação do juiz, experiências anteriores como fatores de influência na construção da decisão, logo o elemento subconsciente, e sua aproximação com a tese dos *temperamentos humanos* de James, versada na conferência *O atual dilema da filosofia* de William James, um dos pioneiros do pragmatismo filosófico.

Quanto ao primeiro ponto, tomamos o pragmatismo como um método fundamentando-nos nas expressões de James quando se refere ao pragmatismo como um método para assentar disputas metafísicas que de outra forma se estenderiam indefinidamente¹¹¹, bem como quando subintitula seu livro *Pragmatism* com a seguinte menção: “a new name for some old ways of thinking”.

James fala do método pragmático como uma atitude de orientação de “olhar além das primeiras coisas, dos princípios, das ‘categorias’, das supostas necessidades; e de procurar pelas últimas coisas, frutos, conseqüências, fatos”, assim seu grande uso está em “sumariar os velhos fatos e apontar novos”.¹¹²

Com essa preocupação em torno de expor tal método, das oito famosas conferências que formam seu livro *Pragmatismo*, com maior ênfase temos a partir

¹¹¹ JAMES, William. Pragmatismo. In: **Os pensadores**. Trad. Pablo Rubén Mariconda. V. XL. São Paulo: Abril cultural, 1974, p. 10.

¹¹² JAMES, William. Pragmatismo. In: **Os pensadores**. Trad. Pablo Rubén Mariconda. V. XL. São Paulo: Abril cultural, 1974, p. 13, 14.

da segunda, *O que significa o pragmatismo*, onde diz que é um método para traçar as conseqüências práticas respectivas de cada noção; a terceira em que ilustra aplicações do método pragmático a conceitos ou problemas metafísicos como substância, matéria, livre-arbítrio; e a quarta em que continua a aplicação do método pragmático ao problema do singular e plural.

Fundamentalmente, o pragmatismo é uma teoria do conhecimento que visa a dar uma resposta à pergunta "Como se dá o conhecimento?"¹¹³. Podemos dizer que Benjamin Cardozo inspirou-se numa pergunta semelhante, questionando como se dá o conhecimento jurídico nos tribunais - tomando conhecimento não no sentido de ciência, mas como aquisição do saber/ conhecimento/ experiência.

Como tentativa de aplicar o método pragmático ao problema da interpretação jurídica, temos no início do século XX nos EUA a escola teórica do direito que podemos chamar de pragmatismo jurídico.¹¹⁴ Contudo, a expressão mais acertada para a doutrina ou escola parece ser realismo jurídico, visto tal termo ser usado para descrever a teoria e a prática desses juristas devido à resistência que demonstraram ao formalismo excessivo da tradição jurídica americana.

E, relembando a concepção jamesiana de pragmatismo como método; ser pragmatista ao analisar o direito significa considerar que as teorias se tornam

¹¹³ SHOOK, John. **Os pioneiros do pragmatismo americano**. Rio de Janeiro: DPeA, 2002, p. 11.

¹¹⁴ EISENBERG, José. Pragmatismo jurídico. *In: Dicionário de filosofia do direito*. Vicente de Paulo Barretto (org). São Leopoldo/ Rio de Janeiro: Unisinos / Renovar, 2006, p. 656-657.

impraticáveis quando o seu grau de abstração é excessivo, ratificando assim James quando dizia que seriam vãs e intermináveis as disputas metafísicas.

Para identificar o realismo com o pragmatismo jurídico temos antes que atentar para a versão do realismo que se desenvolve nos EUA.

Por realismo jurídico temos um movimento doutrinário de cunho anti-metafísico que se desenvolveu nos EUA e países escandinavos e situa-se na linha de concepções que rechaçam a jurisprudência mecanicista da escola da exegese e se caracteriza por um ceticismo frente às normas e conceitos jurídicos.

Esse ceticismo é uma forma de reação contra a atitude de um legalismo normativista. Assim o realismo não se limitou apenas em dizer que as normas jurídicas não são dotadas de virtudes prévias assinaladas pelo formalismo jurídico. E quanto à sua atitude anti-metafísica, acima mencionada, tal postura o leva a buscar constituir uma ciência empírica do direito voltada a descrever a realidade jurídica.¹¹⁵

A principal corrente no realismo jurídico é a que tem origem nos EUA na década de 1920, e é esta que se utiliza de uma concepção pragmática no trato do fenômeno jurídico, pois concebem o direito como aquilo que é aplicado nos tribunais, o que não significa um desprezo com a atividade legislativa e sim, considerá-la como um dos dados do problema da tomada de decisão, ao lado de fatores sociológicos, psicológicos, entre outros, mas não mais importante que estes.

¹¹⁵ FERREIRA, Fernando Galvão de A. Realismo jurídico. *In: Dicionário de filosofia do direito*. Vicente de Paulo Barretto (org). São Leopoldo/ Rio de Janeiro: Unisinos / Renovar, 2006, p. 700.

A realidade jurídica assim se fundaria na conduta efetiva dos juízes, sendo decisivo o estudo de como agem, independentemente do que declaram. A escolha da norma jurídica assume uma característica de justificação *a posteriori*, ou seja, “da conclusão tomada com fundamento na íntima convicção do magistrado. Daí que para o realismo americano a certeza do direito só existiria plenamente se os juizes fossem seres estereotipados”.¹¹⁶ Focando no tema de como os juízes decidem, temos as idéias de Cardozo, que passamos a tratar.

Veja-se, todavia, que tal concepção realista não torna a atividade judicial irracional, mostra apenas que ela se dá num ambiente de racionalidade constituída no interior de uma atividade discursiva/argumentativa, como é o direito.

3.2. O REALISMO DE CARDOZO: O ELEMENTO SUBCONSCIENTE NA DECISÃO JUDICIAL E A TESE DOS “TEMPERAMENTOS HUMANOS” DE WILLIAM JAMES

Cardozo, assim como Oliver Holmes e Roscoe Pound, desenvolve o pragmatismo por um viés jurídico. Cardozo, na sua obra, *A natureza do processo judicial*, liga a teoria jurídica à prática dos tribunais, deixando claro que o juiz é um criador de direito, logo, capaz de dirigi-lo no sentido da maior utilidade social.¹¹⁷

Uma série de indagações sobre o que faz o juiz quando decide uma causa inaugura sua fala, tais como: a que fontes de informação o juiz recorre como guia,

¹¹⁶ *Idem*, p. 700-702.

¹¹⁷ BOECHAT, Leda. Notícia bibliográfica. (estudo introdutório) In: CARDOZO, Benjamin Nathan. *A natureza do processo judicial e a evolução no direito*. Porto Alegre: AJURIS, 1978, p. 17.

em que proporção permite que estas influenciem no resultado, em que proporção deveriam contribuir.

Por meio de uma metáfora, como já se evidenciou anteriormente, diz que o dia-dia nos tribunais é como preparar um estranho composto onde todos estes ingredientes entram em proporções variáveis e que não lhe cabe dizer se o juiz deveria ou não prepará-lo, o fato é que diante de todos está o preparo, assim toma a construção do direito pelo juiz como uma realidade da vida e expõe da maneira mais realista, logo distante de tendências moralizantes se deve ou não ser assim, mas tão somente diz que é assim a natureza, no sentido da essência do processo judicial.

Mas o fundamental é que em tal “infusão” entra alguns princípios, mesmo que indeclarados, inarticulados e subconscientes.

É por aqui que também ideologias são transmitidas, assim não nega que o processo de decisão é ideológico, e alerta que distinguir entre o consciente e subconsciente é tarefa difícil, pois “não poucas vezes eles flutuam perto da superfície”.¹¹⁸

Conclui ao dizer que “as nossas crenças e opiniões, assim como os nossos padrões de procedimento, vêm-nos insensivelmente como produto de nossa convivência com outros homens”.¹¹⁹ Constituem elementos subconscientes: instintos herdados, crenças tradicionais, convicções adquiridas, e a resultante é uma visão da vida, que explica com as palavras de James como uma impulsão

¹¹⁸ CARDOZO, Benjamin. **The nature of judicial process**. New York: Dover, 2005, p. 7.

¹¹⁹ CARDOZO, Benjamin. **The nature of judicial process**. New York: Dover, 2005, p. 171.

total e pressão do cosmos, é essa resultante ou um sentido que pode dizer onde cairá a escolha.¹²⁰

Descrevendo a sutileza das forças subconscientes que regulam a infusão de nossas decisões, Cardozo recorda de novo James quando diz que

Cada um tem uma filosofia básica de vida, mesmo aqueles para os quais os nomes e as noções de filosofia são desconhecidos ou constituem anátema. Há em cada um de nós uma torrente de tendências, quer se queira chamá-la filosofia ou não, que dá coerência e direção ao pensamento e à ação. Os juízes não podem escapar a essa corrente.¹²¹

A remissão a James cita a segunda conferência, esta, porém, não pode ser discutida, com intuito de vê-la como referencial teórico para a tese do elemento subconsciente de Cardozo, senão antes da 1ª conferência *O atual dilema da filosofia* onde está a tese dos temperamentos humanos.

James diz que todos têm uma filosofia e como interessante é a maneira que ela determina a perspectiva do mundo de cada um. Assim, “o temperamento não é a razão convencionalmente admitida, com o que lança mão das razões impessoais só para as conclusões”¹²², pelo que a mais poderosa de nossas premissas – esses temperamentos – jamais é mencionada, o que dá uma certa “insinceridade” às discussões. Esta mesma insinceridade, ou os temperamentos dos juízes são poços onde se banham uma gama de elementos subconscientes, como diz Cardozo.

¹²⁰ CARDOZO, Benjamin. **The nature of judicial process**. New York: Dover, 2005, p.8

¹²¹ CARDOZO, Benjamin. **The nature of judicial process**. New York: Dover, 2005, p. 8.

¹²² JAMES, William. **Pragmatism**. New York: Dover, 1995, p. 27.

Mas há que se ressaltar, aqui, ao final, o ponto de vista que se tem salientado de afastar aparentes semelhanças do realismo com decisionismo.

O fato de o realismo ter como foco a (e ser uma) teoria da decisão não o conduz, como já se mencionou anteriormente, a uma forma de irracionalismo na medida em que atua no interior daquilo que as teorias normativistas chamariam de “moldura”.

O marco teórico do decisionismo situa-se na recusa da idéia de uma racionalidade constitutiva do horizonte de sentido da teoria jurídica, o que o torna uma espécie de niilismo epistemológico¹²³ no interior do qual qualquer discurso jurídico seria retoricamente válido, prendendo-se apenas a sua eficácia social e ao seu caráter retórico, que é tema do próximo capítulo, no qual se examinará em que níveis ela se manifesta na atividade judicial e em que se presta para a compreensão do realismo jurídico enquanto teorização acerca da justificação das decisões e do fazer dos juízes e tribunais.

¹²³ KERVÉGAN, Jean-François. *Hegel, Carl Schmitt: o político entre a especulação e a positividade*. São Paulo: manole, 2009, p. xxii.

- PARTE II -

PARA UMA ANÁLISE RETÓRICA DO REALISMO JURÍDICO

CAPÍTULO 4

ACERCA DOS NÍVEIS RETÓRICOS NO REALISMO JURÍDICO

Sumário: 4.1. O ceticismo jus-realista como crítica ao formalismo; 4.2. Dos níveis retóricos: retórica material, estratégica e analítica; 4.3. A identificação dos níveis retóricos a partir da fonética: Cardozo como sujeito; 4.4. A retórica material no contexto histórico de formação do pragmatismo jurídico: O clube metafísico de Boston.

4.1. O CETICISMO JUS-REALISTA COMO CRÍTICA AO FORMALISMO

Este capítulo tem caráter peculiar por pretende mais explicar e descrever o processo retórico, se assim se puder denominar, ou melhor, tem caráter mais dissertativo.

O que o torna mais especial é que cumpre o papel de introduzir a retórica analítica (que se desenvolverá nos capítulos posteriores) e ao mesmo tempo pontua os elementos da retórica material e estratégica (que foram alvos dos três capítulos anteriores).

Aqui se revela o segredo ou estratégia que permeia a própria construção desta tese e que se fosse apresentada na introdução iria exigir detalhamentos terminológicos (que se fará neste capítulo) e se ofuscaria a materialidade em si da

realidade contextual como apresentada. Em outras palavras, fez-se análise retórica sem se dizer que já se fazia.

Inclusive pode haver um elemento de surpresa para o leitor a esta altura do texto, visto que nos capítulos um, dois e três não se mencionou nada sobre a retórica objetivamente.

Todavia, já diz Ballweg, da retórica nenhum direito escapa.¹²⁴ Neste sentido, os conteúdos dos capítulos da primeira parte trouxeram exatamente a retórica material e estratégica que se depreendem do realismo jurídico norte-americano.

Agora, o quarto capítulo explica a terminologia retórica para que se possa compreender como meta-linguagem o papel que cumpriram as discussões anteriores e tal explicação já o faz como parte da retórica analítica.

Ressalte-se que a análise do realismo jurídico norte-americano tem por referencial metodológico os níveis retóricos expostos por Ottmar Ballweg.

Conceituando, a *retórica material*, de primeiro nível, encontra-se no processo de condensação da linguagem comum em direção às linguagens de controle¹²⁵. Por linguagem de controle entendemos a comunicação mesma voltada para efetividade de esferas sociais como do direito, do poder, do amor etc, é, pois, inerente à própria condição humana como dado da interação que a fala proporciona no sentido da sociabilidade.

¹²⁴ BALLWEG, Ottmar. Retórica analítica e direito. In: **Revista Brasileira de Filosofia**, julho-setembro 1991, volume XXIX, fasc. 163. São Paulo: IBF, 1991, p. 175.

¹²⁵ BALLWEG, Ottmar. Retórica analítica e direito. In: **Revista Brasileira de Filosofia**, julho-setembro 1991, volume XXIX, fasc. 163. São Paulo: IBF, 1991, p. 176.

O segundo nível, *retórica estratégica ou prática*, como o próprio termo já acena, tem uma característica reflexiva, construída “em cima” da retórica material, i.e., é o primeiro grau de reflexão em que a retórica material serve de objeto. Temos então um vocabulário filtrado da linguagem comum ¹²⁶, filtrado por ser estrategicamente trabalhado na direção prática a que o discurso visa.

A *retórica analítica* é o último e tem caráter descritivo diferentemente do segundo nível que tem aspecto prescritivo. Centra-se na observação que se forma a partir dos dois níveis anteriores, sendo, pois uma metódica. Concretamente é o olhar externo, de quem estuda, um segundo nível reflexivo ou uma meta-reflexão retórica.

Quanto ao porquê de uma análise retórica, cita-se o pensamento de Sobota. Diz ela que a maioria das pessoas, nas democracias modernas, parecem crer que o direito é um conjunto de normas explícitas. Essa fachada normativa é a versão popular de uma concepção teórica que se desenvolveu a partir do espírito do iluminismo. ¹²⁷ Adentra assim a autora na seara jurídica argumentando que o processo decisório jurídico não é governado por regras universais e sim por padrões mutáveis. Nesse sentido quem quer que se disponha a descobrir padrões básicos de comunicação normativa deve examinar a retórica dos juizes e advogados. ¹²⁸

¹²⁶ BALLWEG, Ottmar. Retórica analítica e direito. In: **Revista Brasileira de Filosofia**, julho-setembro 1991, volume XXIX, fasc. 163. São Paulo: IBF, 1991, p. 177.

¹²⁷ SOBOTA, Katharina. Não mencione a norma! Trad. João Maurício Leitão Adeodato. In: **Anuário da pós-graduação em direito da faculdade de direito do Recife**, N° 7. Recife: UFPE, 1996, p. 251.

¹²⁸ *Idem*, p. 255. No sentido de reforçar nossa justificativa da empreitada temos que “da retórica, o direito não escapa”, cf. BLUMENBERG, Hans. **Las realidades en que vivimos**. Barcelona: Paidós Ibérica, 1999, p. 175.

A tese central do realismo jurídico de que direito é o que os juízes dizem que é direito será investigada neste capítulo a partir dos argumentos concretos dos expoentes deste movimento.

Todavia, por não ser o objeto central da tese o estudo da retórica, bem como por não ser esta uma tese autoral, delimitou-se a análise retórica aos argumentos de Cardozo em *A natureza do processo judicial* como texto resultado de conferências que melhor sintetiza a partir de um pluralismo metodológico as preocupações pragmáticas já esboçadas por Peirce, Dewey e James no campo da filosofia.

Tal exame da retórica estratégica do realismo jurídico nas expressões de Cardozo tem por objetivo central identificar os elementos argumentativos no discurso com vistas à percepção do viés pragmático.

Por fim, a escolha do nosso referencial teórico, por ser jurista quer pragmático quer realista, e ter publicadas duas obras resultantes de conferências proferidas, fato que possibilita de forma mais rica - dada uma certa naturalidade/espontaneidade com que se profere um discurso oral, mesmo que posteriormente submetido à revisão - uma possibilidade de desenvolver uma análise retórica tentando identificar os níveis daquela, conforme ensina Ballweg.¹²⁹

Tais níveis podemos ilustrar, voltando ao fluxograma que apresentamos na introdução, da seguinte forma:

¹²⁹ BALLWEG, Ottmar. Retórica analítica e direito. In: **Revista brasileira de filosofia**. Tradução João Maurício Adeodato. Vol xxxix, fasc. 163, São Paulo: IBF, 1991. p. 175-184.

Pragmatismo filosófico (retórica material – 1º nível)



Pragmatismo jurídico (retórica estratégica – 2º nível)



Realismo jurídico americano: crítica ao formalismo (retórica analítica – 3º nível)

Uma retórica analítica do realismo cardoziano transita entre uma retórica material (1º. nível) e, principalmente, uma estratégica (2º. nível) para fundamentar a argumentação em torno das duas principais idéias que a tese delimitou, quais sejam: valores atribuídos aos métodos (filosófico, histórico e sociológico) e o elemento subconsciente na decisão judicial. Temas estes que Cardozo utiliza para discutir como os juízes decidem.

4.2. DOS NÍVEIS RETÓRICOS: RETÓRICA MATERIAL, ESTRATÉGICA E ANALÍTICA

Os níveis da retórica são: o 1 nível – encontra-se no processo de condensação da linguagem comum encontram-se as retóricas materiais¹³⁰, a retórica prática (ou formal) ensina o emprego dos meios retóricos objetivando a

¹³⁰ BALLWEG, Ottmar. Retórica analítica e direito. In: **Revista Brasileira de Filosofia**, julho-setembro 1991, volume XXIX, fasc. 163. São Paulo: IBF, 1991, p. 176.

transmissão das *doxai*,¹³¹ já a retórica analítica (2º nível) serve indiretamente a *praxis* e pode otimizá-la na consecução de seus objetivos.¹³²

O objeto empírico de aplicação de uma análise retórica foi a obra *A Natureza do Processo Judicial* que é sem dúvida o seu mais importante livro e o mais citado, aqui o autor liga a teoria jurídica à prática dos tribunais, deixando claro que o juiz é um criador de direito, logo, capaz de dirigi-lo no sentido da maior utilidade social.¹³³

A obra é o resultado das transcrições de quatro conferências proferidas na universidade de Yale, a pedido dos editores do *Yale Law Journal*, em 1920 e publicadas em 1921. Por ocasião do convite, a resposta de Cardozo foi a de não tinha nenhuma mensagem pra transmitir aos estudantes de Direito, então lhe pediram que contasse aos alunos como decidia causas, ao que consentiu. As palestras eram realizadas num auditório de 500 lugares que ao final do ciclo não comportava todos os expectadores.

Vale ressaltar que esta identificação e contextualização do autor/ época/ evento histórico é o que caracteriza a retórica material.

Cardozo, discursando sobre como o juiz decidia, mostra a figura do magistrado como agente ativo, criador do direito, que interpreta a consciência social e lhe dá efeito jurídico, e que é exatamente nesta tarefa que auxilia a

¹³¹ BALLWEG, Ottmar. Retórica analítica e direito. In: **Revista Brasileira de Filosofia**, julho-setembro 1991, volume XXIX, fasc. 163. São Paulo: IBF, 1991, p. 178

¹³² BALLWEG, Ottmar. Retórica analítica e direito. In: **Revista Brasileira de Filosofia**, julho-setembro 1991, volume XXIX, fasc. 163. São Paulo: IBF, 1991, p. 179.

¹³³ MORRIS, *op. cit.*, p. 17.

formação e modificação própria consciência que interpreta. Descoberta e criação reagem uma sobre a outra, e é por isso que a sua práxis jurisdicional deve ser informada pelos métodos da filosofia, da história, da sociologia, temas respectivamente das três primeiras conferências.

Sob o título “O método da Filosofia”, a primeira conferência inicia-se com uma série de indagações sobre que faz o juiz quando decide uma causa, a que fontes de informação recorre como guia, em que proporção permite que estas influenciem no resultado, em que proporção deveriam contribuir. Daí diz que o dia nos tribunais é como preparar um estranho composto onde todos estes ingredientes entram em proporções variáveis e que não lhe cabe dizer se o juiz deveria ou não prepará-lo, o fato é que diante de todos está o preparo, assim toma a construção do direito pelo juiz como uma realidade da vida, ou melhor, é fato essa construção do direito com todas suas “infusões”, nas expressão de Cardozo.

Mas o fundamental é que em tal “infusão” entra alguns princípios, mesmo que indeclarados, inarticulados e subconscientes. É por aqui que também ideologias são transmitidas, assim não nega que o processo de decisão é ideológico, e distinguir entre o consciente e subconsciente é tarefa difícil, pois “não poucas vezes eles flutuam perto da superfície”.¹³⁴

¹³⁴ CARDOZO, Benjamin. **The nature of judicial process**. New York: Dover, 2005, p. 7.

Cardozo cita e comenta James Harvey quando diz que “as nossas crenças e opiniões, assim como os nossos padrões de procedimento, vêm-nos insensivelmente como produto de nossa convivência com outros homens”.¹³⁵

Cardozo e suas conferências é o objeto da análise retórica enquanto representante do realismo jurídico.

A partir do apoio teórico de textos que metodologicamente se direcionam para uma análise retórica¹³⁶, a tese passa a expor meandros do que aqui se compreendeu por fazer uma análise retórica.

Como fruto de interpretação do texto de Ballweg quando esquematiza a retórica analítica, a tese destacou a *fronética*¹³⁷, assim afastou a discussão dos meandros da holística e da semiótica. Tal escolha se preocupou em perceber qual era o centro objetivo de onde partiriam as possibilidades de análise retórica. A resposta pertinente foi a *fronética* pois que tem o centro no sujeito.

Pensar na relação sujeito – sujeito é o primeiro desdobramento da *fronética* e denomina-se o campo da *agôntica*; já sujeito – objeto é a *ergôntica*; e, sujeito – signo é a *fitanêutica*.

¹³⁵ CARDOZO, Benjamin. **The nature of judicial process**. New York: Dover, 2005, p. 156.

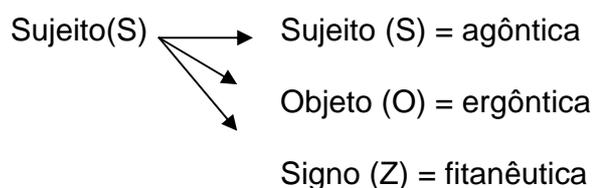
¹³⁶ Artigos como o de Sobota foram o ponto de partida para a construção de uma forma de analisar retoricamente um texto, naquele chamou-nos a atenção o estilo de desconstrução e análise de argumentos e neste a estrutura em tópicos separando pressupostos e problemas. Cf. SOBOTA, Katharina. Não mencione a norma! Tradução João Maurício Adeodato. In: **Anuário do Mestrado da Faculdade de Direito do Recife**. N. 7, Recife: UFPE, 1996, p. 251 – 273; ADEODATO, João Maurício. Limites éticos do poder constituinte originário e da concretização da constituição pelo judiciário. In: **Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito**. N. 15. Recife: UFPE, 2005, p.235 – 257.

¹³⁷ De “*fronésis*”, isto é, *prudencia*, no sentido romano do termo. Ela enfatiza não o signo e sim os participantes do discurso

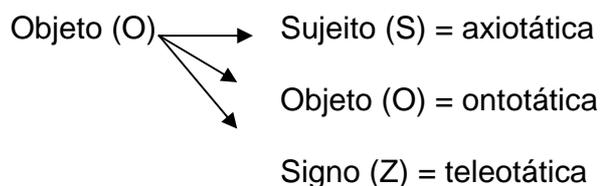
Nesta mesma razão lógica se constroem interações partindo do objeto – chamado campo da holística - assim, respectivamente, fala-se da ontotática (objeto-objeto), axiotática(objeto-sujeito) e teleotática(objeto-signo). E com o ponto de partida no signo está a *semiótica* que se desdobra em pragmática (signo – sujeito); semântica (signo – objeto) e sintática (signo - signo).

Esquemmatizando temos¹³⁸:

Fronética



Holística



Semiótica



¹³⁸ BALLWEG, Ottmar. Retórica analítica e direito. In: **Revista Brasileira de Filosofia**, julho-setembro 1991, volume XXIX, fasc. 163. São Paulo: IBF, 1991, p. 182.

Como o interesse foi tomar Benjamin Cardozo como expoente representativo do realismo jurídico, o corte epistemológico operou uma identificação do âmbito da fronética como adequado para análise retórica a partir deste autor/ sujeito.

Diferencia-se da análise de discurso, pois não é o signo o ponto de partida. A discussão acerca da retórica não pode ser vislumbrada, sem padecer de incompletude, abstraindo o sujeito ou relegando-o a segundo plano, até porque só tem sentido falar de objeto cognoscível porque existe um sujeito cognoscente.

Investigar o discurso do realismo a partir da forma de abordagem dos textos de Cardozo, no seu uso de argumentos, insere a proposta da tese no âmbito da retórica, pois tal recurso “cumpre um papel decisivo, para não dizer único no conhecimento acadêmico contemporâneo, é arte de interpretar textos, ou seja, a retórica cada vez é menos produção de discurso, mas sim, arte de interpretá-los”.¹³⁹

Da fronética o que a tese explora (no sentido da propositura de uma retórica analítica) é a retórica estratégica de Cardozo, em outras palavras, a tese foca as **características estéticas do discurso**, quais sejam elementos da apresentação da forma (2º nível - estratégia) de construir o encadeamento de argumentos, exemplo: recorrer a ironia, metáfora etc.

¹³⁹ REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. XIX (Introdução: Natureza e função da retórica).

Pode-se ilustrar, por exemplo, a metáfora que Cardozo usa para falar da natureza do processo judicial como sendo uma “infusão preparada nos caldeirões dos tribunais”.

Assim, o segundo nível, *retórica estratégica ou prática*, como o próprio termo já acena, tem uma característica reflexiva, construída “em cima” da retórica material, i.e., é o primeiro grau de reflexão em que a retórica material serve de objeto. Temos então um vocabulário filtrado da linguagem comum ¹⁴⁰, filtrado por ser estrategicamente trabalhado na direção prática a que o discurso visa.

Uma ênfase feita por Ballweg é quanto seu caráter teórico ou doutrinário. Sobre isto, traz-se a seguinte ponderação:

Numa anterior leitura, e apesar de vislumbrar tais níveis como muito próximos e de tal forma imbricados que dificulta separar, só valendo a pena como preocupação didática, contudo formulou-se a seguinte pergunta de partida para construir uma hipótese teórica como tentativa de entendê-los: Podemos “separar” (para compreensão) retórica material e a retórica estratégica a partir da *inconsciência* e *consciência* quanto à função persuasiva e/ou fins do discurso?

Daí, a retórica material *estaria mais para* o nível de inconsciência do orador em sua preocupação de convencer, ao passo que a retórica estratégica *estaria mais para* uma consciência reflexiva voltada para o convencimento.

¹⁴⁰ BALLWEG, Ottmar. Retórica analítica e direito. In: **Revista Brasileira de Filosofia**, julho-setembro 1991, volume XXIX, fasc. 163. São Paulo: IBF, 1991, p. 177.

Após trabalhar um pouco neste sentido, abandonou-se tal hipótese dadas as zonas cinzentas entre estes níveis além de ser a categoria “consciência” um conceito muito ambíguo na história da filosofia.

Tais dificuldades se apresentam se tomarmos o seguinte exemplo: A mãe que diz para o filho comer para ficar forte. Aí haveria, claro, uma preocupação em convencer o filho a comer mostrando no discurso algo que interessaria ao menino (ficar forte), então é ingênua a tentativa de separar a retórica material do claro sentido estratégico do enunciado, pois se tal estratégia (2º nível) se constrói em cima da retórica material¹⁴¹, inegável ela também estar presente.

Um fator que contribuiu para tal confusão inicial foi uma interpretação acentuando a noção de teorização e doutrina como elementos que se ligariam à retórica material.

O problema foi ali se pensar restritivamente, o que redundaria na compreensão de que só seriam exemplos de retórica estratégica textos que se preocuparam em discutir a retórica com evidentes intenções didáticas como a Retórica de Aristóteles ou a Retórica a Herênio de Cícero.

Por fim, e amenizando a idéia de doutrina ou teorização que a retórica estratégica opera, entendemos no sentido prático que o discurso toma frente a sua intenção persuasiva. Assim, a teoria está no “estudo” que o orador faz de meios para efetividade do que se quer comunicar como com a escolha de palavras, de

¹⁴¹ Conforme Blumenberg, “las ideas forman un cosmos que el mundo aparente reproduce”. BLUMENBERG, *op. cit.*, p. 118.

exemplos, de entonação etc, isto tudo representa um primeiro grau reflexivo, é a idéia de filtro trazida por Ballweg.

O terceiro nível, *retórica analítica* é o último e tem caráter descritivo diferentemente do segundo nível que tem aspecto prescritivo. Centra-se na observação que se forma a partir dos dois níveis anteriores, sendo, pois uma metódica. Concretamente é o olhar externo, de quem estuda, um segundo nível reflexivo ou uma meta-reflexão retórica. É o resultado do trabalho de cada pesquisador em relação ao seu autor, assim é que a autora da presente tese desenvolve uma análise retórica das idéias jurídicas do pragmatismo.

Por sua vez esta análise pode ser alvo de outra análise posterior¹⁴², ou seja, outrem pode pegar o texto resultado desta tese e desconstruir sua argumentação, problematizar as teses defendidas e as hipóteses colocadas estruturalmente por meio de figuras de linguagem, argumentos, identificar o contexto em que se desenvolveu etc. Assim, deixaria de ser retórica analítica e, como alvo de outra análise, encenaria uma retórica estratégica e material.

Veja-se que essa possibilidade *ad infinitum* de análises retóricas posteriores é a conclusão que se tira da discussão que Ballweg coloca sobre como “os resultados analíticos servem indiretamente à práxis e podem otimizá-la na efetivação de seus objetivos”. Temos assim, a retórica analítica com ares de retórica estratégica, assumindo a preocupação precípua do segundo nível exatamente porque deste não se pode dissociar senão para efeitos didáticos.

¹⁴² BALLWEG, Ottmar. Retórica analítica e direito. In: **Revista Brasileira de Filosofia**, julho-setembro 1991, volume XXIX, fasc. 163. São Paulo: IBF, 1991, p. 179.

4.3. A IDENTIFICAÇÃO DOS NÍVEIS RETÓRICOS A PARTIR DA FRONÉTICA: CARDOZO COMO SUJEITO

Na tentativa de organizar um caminho de como seguir na construção de uma análise retórica aqui se elencam dois modelos que mesmo tendo sido distintamente pensados, não se excluem, antes se identificam pela preocupação e estrutura comuns de observação dos níveis retóricos.

A partir da proposta do Prof. João Maurício, temos a seguinte perspectiva de trabalhar os três níveis retóricos no estudo de um autor respectivamente ligados aos conceitos de método, metodologia e metódica.

O primeiro momento seria uma análise do autor/ época, âmbito este que é onde ocorre ou se verifica o primeiro nível da retórica, material, pois aí temos o “como as pessoas falam”, como os argumentos são utilizados na prática. É a seara do método, este é que nos diz como as coisas funcionam.

A metodologia é uma teoria sobre o método, nesse sentido o primeiro grau de reflexão sobre como as pessoas falam, aqui são criados elementos para otimizar o primeiro nível, criar estratégias para tal, isto é fazer uma metodologia. Este nível é o da retórica prática ou estratégica.

A metódica é uma visão da teoria ligada também à prática, i.e., aos efeitos que aquela teoria teve sobre a realidade que poderia ser expresso na seguinte questão: Em que medida a teoria influenciou na prática?

A tentativa de identificar esses efeitos é o próprio estudo ou análise que se pretende das idéias do autor, assim, a retórica analítica seria uma metódica, pois estuda a metodologia pragmática de como Cardozo desenvolve seu discurso. Vê-se então a retórica estratégica (metodologia) e a material (método) como objetos da retórica analítica (metódica).

Esboçando tal projeto de abordagem de Adeodato, temos:

1. material \longleftrightarrow método
2. estratégica \longleftrightarrow metodologia
3. analítica \longleftrightarrow metódica

Paralelo a este esquema apresentado pode se cotejar outra possibilidade (na verdade o que se apresenta aqui são duas variações de uma mesma idéia, ambas igualmente possíveis frente à lacunosidade que permeia o texto de Ballweg neste tocante).

A hipótese de trabalho é desenvolvida a partir do estudo dos três âmbitos de que Ballweg se utiliza para esquematizar a retórica analítica.¹⁴³

O texto não diz que fazer uma retórica analítica é necessariamente centrar a análise nas três possibilidades de relações e seus desdobramentos, assim sendo percebe-se duas possibilidades:

¹⁴³ Ver esquema onde fonética, holística e semiótica se desdobram cada uma em três campos a depender de que elementos participam da relação. Cf. BALLWEG, *op. cit.*, p. 182.

(i) A de verificar os três níveis retóricos a partir dos três campos de relacionamento para a construção de um sistema lingüístico social, a saber, fonética, holística e semiótica. Assim, o estudo da *retórica material seria concretizado pela fonética*, onde temos o orador como ponto de partida, no caso, desenvolvido no presente capítulo, estudar a biografia de Benjamin Cardozo representa, o contexto em que ele é criado e o ambiente para o qual escreve seria esta tarefa de identificar a retórica material; A *retórica estratégica estaria ligada à holística* porque esta tem como origem das relações o objeto, que seria o discurso em si, este é o objeto filtrado da linguagem comum, a assim expõe seu objetivo prático ou estratégico (segundo nível da retórica); A *semiótica é concretamente a fonte da retórica analítica*, pois tem o centro de gravidade no signo, e são estes que perfazem o objeto do terceiro nível.

Logo teríamos:

Fonética \longleftrightarrow retórica material \longleftrightarrow método

Holística \longleftrightarrow retórica estratégica \longleftrightarrow metodologia

Semiótica \longleftrightarrow retórica analítica \longleftrightarrow metódica

Esta hipótese foi abandonada em privilégio desta que se segue.

(ii) A segunda possibilidade que se aventou e que foi a opção escolhida para desenvolver a pesquisa foi concentrar-se apenas na fonética.

Primeiro, porque se aproxima mais da proposta apresentada pelo Prof. João Maurício, considerando que a discussão da retórica só tem um certo sentido se identificado quem é esse sujeito retórico sobre o discurso do qual se intenta uma meta-reflexão ou retórica analítica.

Segundo, porque diferentemente da opção esquematizada acima que exige três desdobramentos para cada âmbito, o que resultaria em nove possibilidades que em certo sentido se tornam redundantes, visto os elementos na relação ergônica da fonética (S – O) serem os mesmos presentes na axiotática da holística (O – S), e enfrentar a discussão das diferenças e semelhanças entre tais perspectivas para além do ponto de partida que é distinto (em um é o sujeito no outro o objeto) não é objetivo deste trabalho.

Terceiro, porque na fonética temos contemplados os três elementos (S, O e Z) cujas relações a partir da interação provocada pelo sujeito podem ser equiparados, numa tentativa de equivalência didática, ao trabalho que se desenvolve nos três âmbitos da retórica.

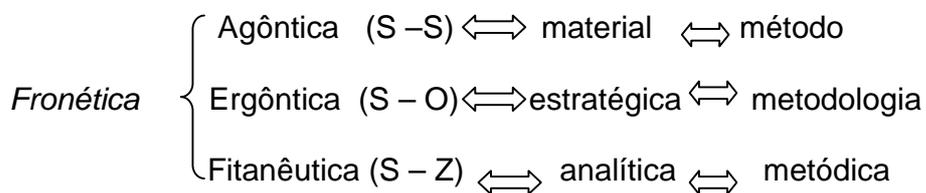
Tal escolha se assenta no centro-objetivo de onde partem as possibilidades de análise retórica, ou seja, a *fonética* tem o centro no sujeito.

Pensar na relação sujeito – sujeito é o primeiro desdobramento da fonética, chamado o campo da agônica; Sujeito – objeto é a ergônica; e, sujeito – signo é a fitanêutica.

Apesar de que nesta mesma razão lógica se constroem interações do objeto com o objeto, o sujeito e o signo, respectivamente, fala-se da ontotática,

axiotática e teletática, é o espaço da *holística*. E com o ponto de partida no signo está a *semiótica* que se desdobra em pragmática (signo – sujeito); semântica (signo – objeto) e sintática (signo - signo), mas como nosso interesse é o uso da categoria desenvolvida por Cardozo, fizemos um corte epistemológico e elencamos o âmbito da *fronética* para analisar a retórica a partir deste autor/ sujeito e suas implicações na análise da obra de Cardozo, enquanto manifestação tipicamente americana, de crítica ao formalismo jurídico, como expressão de uma atitude bacharelesca no trato com um fenômeno tão humano como o direito.

Nossa proposta, acoplada ao modelo trazido por Adeodato, pode ser visualizada assim:



É de se notar que, no campo da agônica a análise tem cunho contextual de situar o *sujeito Benjamin Cardozo* frente ao *sujeito acadêmicos de direito* de 1921, Universidade de Yale. Na ergônica a preocupação está na identificação do requisitos do sujeito e do objeto (o discurso) para participarem do sistema lingüístico. E na fitanêutica (sujeito frente ao signo), verificar os sinais prescritos nas regras da comunicação e a construção da argumentação cardoziana, como já dito.

Ainda que não seja o propósito desta tese explorar os demais âmbito que não a fonética, mas como exercício de compreensão da tarefa de desconstrução textual, aqui se apresenta algumas dúvidas enfrentadas: Seria inconciliável a proposta de análise retórica através do estudo dos argumentos e da teoria das figuras? Tal conjectura se faz porque a teoria das figuras e a teoria da argumentação são apresentados como desenvolvimentos distintos, estando a argumentação no meandro da tópica?

A hipótese que se levanta é que não há uma impossibilidade de se operar uma análise retórica por meio do estudo de como os argumentos são colocados no discurso pelo orador, este momento se dedica a tal análise inclusive das figuras de linguagem que confeccionam, deveras, a própria argumentação, inclusive pela existência de figuras de argumentos¹⁴⁴ que evidenciam este transito possível entre as duas teorias.

Assim, entende-se como pertinente a proposta de operar uma análise retórica como resultado de uma tentativa - seja no trato com os argumentos (éticos, lógicos e patológicos), seja com as figuras de linguagem – de seguir os seguintes passos: *identificar, separar, classificar e perceber a função que podem desempenhar no contexto lingüístico.*

A *identificação* dos tipos de argumentos segue a conceituação apresentada na *Retórica* de Aristóteles. Na presente tese tal identificação tem o fito de verificar quais estruturas o texto traz de forma a apresentar o orador como figura confiante

¹⁴⁴ REBOUL, Olivier. *op. cit.*, p. 135.

para o auditório (*ethos*) e quais possíveis conjuntos de paixões e sentimentos que buscou inspirar nos acadêmicos como seu auditório (*pathos*), bem como a lógica que encadeou a estrutura ou disposição do discurso (*logos*).

Já quanto às figuras, duas fontes chamam nossa atenção: Vico¹⁴⁵ que as elenca em categorias a partir da função a que pretendem e Cícero que cita uma incontável variedade de figuras distribuídas em mais de oitenta páginas devidamente seguidas de exemplos. Este primeiro momento não se confunde com a classificação, apesar de já antecipá-la, aqui a atividade é de pesquisa, busca no texto.

A necessidade de *separar* significa tirar do texto o argumento ou figura, mesmo que fora dele perca sua característica retórico-persuasiva, mas esta etapa cumpre o desiderato de pesquisar a classificação, que obviamente é feita a partir da disposição do argumento ou figura no discurso.

Na prática a separação é simplesmente como fazer uma epígrafe, tirar hipoteticamente de um contexto e colocar em outro para atender a fins “didáticos”, na falta de melhor expressão. Estes fins didáticos se operam na *classificação*.

Por fim, perceber a *função* é o resultado final, ou seja, o entendimento da natureza do argumento ou figura em tela.

Assim, uma questão superveniente diz respeito à obediência às fases classicamente elencadas. Rigorosamente não temos como averiguar as quatro

¹⁴⁵ VICO, Giambattista. **Elementos de retórica**: El sistema de los estudios de nuestro tiempo y principios de oratoria. Madrid: Trotta, 2005; CÍCERO. **Retórica a Herênio**. São Paulo: Hedra, 2005.

fases da retórica¹⁴⁶ pois apesar de se tratar de texto discurso escrito e que foi falado (fase da ação), não há diretamente como analisar a invenção senão por meio de suposições a partir da disposição e elocução.

Inicialmente, o discurso como um todo, além do trecho elencado, recorre à *delonga*, que é a permanência bem como o retorno freqüente a um aspecto ou tema, tal ornamento de construção não deixa ao ouvinte a chance de desviar a atenção do ponto que se pretende enfatizar.¹⁴⁷

Tem-se o *contrário*, um ornamento de palavra, quando a construção se faz por uso sucessivo de contrários (“megalomaniacos e miúdos”), seguidos de sua conclusão rápida e completa (“humildes”).¹⁴⁸

O aposto é um breve argumento *paradigmático* ou *exemplar*, é, pois o argumento que vai do fato à regra. Um indício que reforça nossa posição de que Cardozo faz, em parte, um discurso deliberativo, tema já mencionado, é recorrer à exemplificação.

Aparece o *circunlóquio* quando o discurso toma coisas simples e faz-lhe um rodeio na elocução.¹⁴⁹

Quando Cardozo encerra o período com um mínimo necessário de palavras está se usando da *brevidade*.¹⁵⁰

¹⁴⁶ As fases são invenção (busca dos argumentos e outros meios pelo orador); disposição (a ordenação daqueles, o plano); a elocução (a redação escrita do discurso) e a ação (proferir o discurso). REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 43 ss.

¹⁴⁷ CÍCERO. **Retórica a Herênio**. São Paulo: Hedra, 2005, p. 291.

¹⁴⁸ CÍCERO. **Retórica a Herênio**. São Paulo: Hedra, 2005, p. 237.

¹⁴⁹ CÍCERO. **Retórica a Herênio**. São Paulo: Hedra, 2005, p. 265.

¹⁵⁰ CÍCERO. **Retórica a Herênio**. São Paulo: Hedra, 2005, p. 309.

Tem-se *distribuição* quando o sujeito não dá uma atribuição específica a coisa ou pessoa, mas o faz genericamente, ex.: “acolhido por alguns dos mestres”. Já em “desta antiga e ilustre escolha é exemplo de *interpretação* e *prenominação*, assim o primeiro é uma tentativa de evitar a repetição do termo Universidade de Yale pelo uso de “antiga e ilustra Escola”, o segundo é a o uso desta mesma expressão para uma referência que o nome próprio não designa *a priori*.¹⁵¹

Por fim, recorre a *descrição*, ornamento que faz uma exposição perspicua, clara e grave das conseqüências das ações.

Aqui se tentou apenas ilustrar a existência de argumentos e figuras num discurso, logo não problematizamos nem interpretamos seus usos, e por decorrência a possibilidade de se trabalhar com ambos no intento de uma meta-reflexão que é a retórica analítica, ou em outras palavras, o meu trabalho de observação frente à retórica material e estratégica que se erige no discurso cardoziano.

4.4. A IDENTIFICAÇÃO DOS NÍVEIS RETÓRICOS A PARTIR DA FRONÉTICA: CARDOZO COMO SUJEITO

O sucesso das conferências de 1920 fez Cardozo voltar à Universidade de Yale para uma continuação delas, aí então trabalhando a temática de como o juiz devia decidir, resultando n' *A Evolução do Direito*, publicado em 1924.

¹⁵¹ CÍCERO. *Retórica a Herênio*. São Paulo: Hedra, 2005, pp. 257, 263.

Observe-se que aqui a natureza da relação do sujeito com o objeto deixa de ser descritivo (como o é em *A natureza do processo judicial*) e passa a ser prescritivo (em *A Evolução do Direito*). Ele mostrava no primeiro como o juiz decidia. Agora – no segundo – o seu tema era como o juiz devia decidir

Na primeira obra ele diz que não o interessa se os juízes têm autorização para fazer tal infusão, eles fazem-na.¹⁵²

A temática agora era como o juiz deveria decidir, mas se dá uma perfeita continuação, na verdade, do livro anterior, pois é observando o direito como fenômeno social e vislumbrando o direito não como um saber isolado, mas percebendo sua pluralidade além da expressão normativa e ainda a ajuda das outras ciências. Com tal postura reforça-se o que dissera no *Método filosófico* (primeira conferência), que a *common law* é hipótese de trabalho e não verdades finais, e invoca o exemplo de Heráclito para falar da fluidez e criticar o abuso da lógica.¹⁵³

Sua crítica a um certo idealismo na visão dos juristas frente ao direito - independente da discussão sobre se esta idealização na concepção e na prática jurídicas é inconsciente ou não – se expressa enfática e repetidamente na sua obra quando, por exemplo, diz que “o modo de raciocinar admite ser o direito,

¹⁵² CARDOZO, *op. cit.*, p. 8.

¹⁵³ CARDOZO, *op. cit.*, pp. 59, 69 e 74. Em outras palavras, e repetindo Benjamin Cardozo, em sua evocação a Roscoe Pound, “o direito deve ser estável, mas não pode permanecer estático, o jurista, como o viajante, deve estar pronto para o amanhã.” Disponível em <<http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/arbitragem.html>>. Acesso em 2-9-05

necessariamente, um código lógico, enquanto o jurista deve saber que o direito, de modo algum, nem sempre é lógico".¹⁵⁴

O direito por ser, além de uma forma de controle social, um produto da *práxis*, tem (o direito) todo o seu processo de produção e produtos daí resultantes - as normas - plenamente informado não só por valores, mas também por crenças, preconceitos, ideais, interesses, legítimos ou não, portanto, por ideologia!

Na quarta conferência onde é discutida propriamente a temática do elemento subconsciente na decisão judicial, revela-se sobremaneira um tom cético em relação à consciência dos próprios magistrados sobre essas ilusões criadas, visto que diz:

Já falei das forças que os juízes confessadamente se valem para dar forma e conteúdo a seus julgamentos. Raramente são de todo conscientes. Jazem, contudo, tão perto da superfície, que a sua existência e influência não são de ordem a poderem ser desconhecidas.¹⁵⁵

As conferências de Cardozo, enfim, seu pensamento, apontava que o direito não podia ser visto, pelo juiz, sob a ótica puramente positivista, já que as questões sociais não interessam somente ao sociólogo, mas também ao jurista e ao juiz, cabendo a este, ademais, não se contentar apenas com a justiça formal.

Ademais, a separação formal e abstrata entre direito, política e outras esferas da vida social, frequentemente oculta a subordinação do direito a uma determinada política e a determinados valores.

¹⁵⁴ CARDOZO, *op. cit.*, p. 65.

¹⁵⁵ CARDOZO, *op. cit.*, p. 152.

Destarte, o ponto principal que esta análise retórica destaca é a discussão trazida por Cardozo acerca do elemento subconsciente no processo judicial.

Acerca desta tese é que buscaremos identificar os argumentos elencados pelo autor para testar as hipóteses sobre as contribuições do pragmatismo filosófico para o pragmatismo jurídico e se este compartilha de uma perspectiva realista.

4.5. A RETÓRICA MATERIAL NO CONTEXTO HISTÓRICO DE FORMAÇÃO DO PRAGMATISMO JURÍDICO: O CLUBE METAFÍSICO DE BOSTON

Visto que parte da análise retórica implica em perceber o primeiro nível, *conditio sine quae non* para se perceber as estratégias (2º nível) que tentam otimizar/ interferir neste ambiente (1º nível), este tópico cumpre o papel de contextualizar o ambiente/ eventos/ história que propiciaram o desenvolvimento do pragmatismo filosófico e suas repercussões no direito.

O movimento da filosofia pragmatista teve origem nos Estados Unidos, no final do século XIX, em torno de três figuras fundamentais: Charles Sanders Peirce, William James e John Dewey.

A orientação pragmatista, contudo, está presente em outras correntes filosóficas. Basta citar, por exemplo, que Peirce – pai do pragmatismo – inclusive

criou a expressão sob influência de três anos de leitura e releitura da *Crítica da Razão Pura* de Kant.¹⁵⁶

Aparece também, para dar outros exemplos, como tendência no pensamento de Friedrich Nietzsche, por exemplo, em sua concepção da verdade como "equivalente ao que é útil para a espécie e para sua conservação" e nos movimentos antiintelectualistas de Henri Bergson, Maurice Édouard Blondel e Oswald Spengler, já no século XX.

Contudo, e a rigor, o pragmatismo americano começou a tomar forma nas reuniões do Clube Metafísico de Boston, que existiu entre 1872 e 1874 e ao qual pertenciam, entre outros, Peirce, James, F. E. Abbot, Chauncey Wright e Oliver Wendel Holmes Jr.

Numa das cartas de James a Holmes é que o projeto do clube aparece como propósito e que depois se concretiza trazendo como fina ironia a nomenclatura de clube metafísico¹⁵⁷, quando se criticava exatamente toda metafísica.¹⁵⁸

O que chama atenção é o fato de que, ainda que disso não tivessem consciência, o que esses pioneiros do pragmatismo faziam nada mais era uma

¹⁵⁶ Durante três anos estudou duas horas por dia a *Crítica da Razão Pura* chegando a decora-la. D'OLIVEIRA, Armando. Peirce: Vida e obra. In: **Os pensadores**. Escritos coligidos de Charles Sanders Peirce. São Paulo: Abril, 1980, p. VI.

¹⁵⁷ Em 1896 James escreveu a Holmes: "quando eu chegar em casa vamos formar uma sociedade filosófica para termos reuniões regulares e discutirmos nada mais nada menos do que as questões mais altas e amplas – a ser composta por nada menos do que os homens mais altos no topo da sociedade de Boston". Cf. HAACK, Susan. O universo pluralista do direito: em direção a um pragmatismo jurídico neo-clássico. In: **Direito, Estado e Sociedade**. N 33, jul.-dez., 2008, Rio de Janeiro: PUC- Rio, 2008, p. 161-162.

¹⁵⁸ Veja-se que na conferência "o que é o pragmatismo", James responde como um método para assentar disputas metafísicas que de outra forma se estenderiam infinitamente. Cf. JAMES, William. **Pragmatism**. New York: Dover, 1995, p. 19.

crítica de segunda ordem (ou meta-crítica) à filosofia metafísica, isto é, uma retórica de segunda ordem ou analítica, o que teve, posteriormente, rebatimento na crítica dos realistas americanos ao formalismo jurídico, influenciados que foram pelo pragmatismo, como se verá no próximo capítulo.

CAPÍTULO 5

PARA UMA RETÓRICA ANALÍTICA: O DIREITO COMO EXPERIÊNCIA E A CRÍTICA AO FORMALISMO JURÍDICO

Sumário: 5.1. “A natureza do processo judicial” como gênero deliberativo e/ ou epidíctico e a característica do tempo presente na crítica ao formalismo do direito; 5.2. O pluralismo metodológico como representativo das influências dos pioneiros do pragmatismo: interação e continuidade; 5.3. O criticismo realista em Cardozo e o formalismo no direito: Aproximações com Oliver Wendell Holmes Jr.

5.1. “A NATUREZA DO PROCESSO JUDICIAL” COMO GÊNERO DELIBERATIVO E/ OU EPIDÍCTICO E A CARACTERÍSTICA DO TEMPO PRESENTE NA CRÍTICA AO FORMALISMO DO DIREITO¹⁵⁹

Preliminarmente, a preocupação aqui não é de conceituar os três gêneros, mas apenas problematizar acerca da possibilidade de percepção do discurso cardoziano como deliberativo e/ ou epidíctico. Tais conceitos são trabalhados conforme Aristóteles os define na sua obra *Retórica*.¹⁶⁰

É, pois, o gênero deliberativo (ou político) aquele que visa (des)aconselhar, trabalhando com valores como o útil e o nocivo, remetendo-se a um tempo futuro e construído pelo argumento-tipo paradigmático (a indução pelo exemplo).

¹⁵⁹ Esta análise do realismo cardoziano se inspirou no texto: GUMBRECHT, Hans Ulrich. **As funções da retórica parlamentar na revolução francesa: Estudos preliminares para uma pragmática histórica do texto**. Belo Horizonte: UFMG, 2003, *passim*.

¹⁶⁰ ARISTOTLE. **Rhetoric**. New York: Dover, 2004, p. 29-32.

Quando se pensa estas características cotejando-as como o formato do discurso de Cardozo, pode-se identificar o auditório como sendo a assembléia, os estudantes, contudo não há exclusivismo do tempo futuro, antes fosse o passado, dada às remissões históricas a que recorre, ou, como entendemos preponderar, um discurso que se dirige ao tempo presente.

Assim, uma observação primeira quanto à invenção como primeiro elemento retórico não mostra, *a priori*, o texto como um discurso eminentemente deliberativo¹⁶¹ enquanto a função a que se dispõe, função política, voltado para o tempo futuro no sentido de (des)aconselhar os futuros bacharéis.

Rigorosamente seria epidíctico pelo caráter pedagógico, assim concorda-se com Reboul¹⁶², entretanto se se entender que o texto em análise tem um tom persuasivo a curto prazo, porque a necessidade de percepção do jurista da realidade social circundante urgia para Holmes e Cardozo, principalmente ele que estudou e observou como esta ciência era valorizada nos Estados Unidos e Europa, estaremos descaracterizando-o como epidíctico, ademais pela definição deste o discurso deveria versar sobre problemas que não exigem decisões imediatas.

Quanto aos atos de aconselhar ou não, neste ponto concordamos com a classificação no sentido de ser do gênero deliberativo, contudo discordamos mais

¹⁶¹ Também chamado de político, este gênero de discurso refere-se ao futuro pois inspira decisões e projetos e volta-se para a assembléia ou senado, enquanto o epidíctico refere-se ao presente, ainda que extraindo argumentos do passado e do futuro, e se dirige para espectadores em geral; aquele aconselha ou desaconselha, já este segundo censura ou louva algo ou alguém. Cf. REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. São Paulo: Martins fontes, 2004, p. 45.

¹⁶² *Idem*, p. 45

uma vez, pois o argumento paradigmático não prepondera, apesar de ser com exímia colocação apresentado.

5.2. O PLURALISMO METODOLÓGICO COMO REPRESENTATIVO DAS INFLUÊNCIAS DOS PIONEIROS DO PRAGMATISMO: INTERAÇÃO E CONTINUIDADE

O pensamento de Benjamin Nathan Cardozo, em especial na sua principal obra, *The nature of judicial process*, traz - com fidelidade aos pressupostos pragmáticos, isto é, interação e continuidade – elementos significativos de expressão dos pioneiros do pragmatismo filosófico. Estes elementos foram exatamente os pontos centrais trabalhados na primeira parte desta tese – quais sejam – o psicologismo de James e a lógica abdutiva de Peirce.

Cardozo, nesta obra referida, expressa estes elementos no que aqui é denominado/ caracterizado por um pluralismo metodológico.

Ora, cabe destacar que o pluralismo metodológico caracteriza-se, centralmente, por um acento na perspectiva do observador, por isso subjetivista, na aceitação da variedade de métodos no que concerne a abordagem do objeto e na aceitação do caráter puramente discursivo da verdade. para esse tipo de pluralismo não há verdade e nem método, e sim verdades e métodos, com o que se aproxima das concepções pragmatistas.¹⁶³

¹⁶³ Para uma apreciação crítica do pluralismo metodológico, ver: TONET, Ivo. **Pluralismo metodológico**. Em

Continuidade e interação são duas palavras-chave ligadas ao pragmatismo. Dewey em *Experiência e natureza* traz especialmente nos dois primeiros capítulos a preocupação em mostrar este processo de ligação indissolúvel e o corte abstrato que se faz ao tratar dos fatos, i.e., desconsiderar sua natureza de um *continuum*: “Para muitos, a associação das duas palavras [experiência e natureza] parecerá algo como falar de um quadrado redondo, tão difundida é a noção da separação entre o homem e a experiência, de um lado, e a natureza, de outro”.¹⁶⁴

Contudo, os princípios da interação e continuidade são, especialmente, discutidos quando Dewey desenvolve suas idéias filosóficas/ pedagógicas cuja temática central é a teoria da experiência.¹⁶⁵

Para se compreender a natureza da experiência, é necessário perceber que ela encerra dois momentos especialmente combinados.

O primeiro é o princípio do *continuum* experiencial ou princípio da continuidade de experiência, segundo o qual, toda e qualquer experiência toma algo das experiências passadas e modifica de algum modo as experiências subseqüentes. Esse princípio serve para discriminar entre experiências de valor educativo e experiências sem valor educativo.

<http://web51.hosting.xpg.com.br/xpg2.0/0/i/v/ivotonet/arquivos/pluralismo_metodologico.pdf> . Acesso em fev.2011.

¹⁶⁴ DEWEY, John. **Experiência e natureza**. Col. Os pensadores. São Paulo: Abril, 1974, p. 161; MARGOLIS, Joseph. **Reinventing pragmatism**: American philosophy at the end of the twentieth century. United States of America: Library of Congress Cataloging-in-publication data, 2002, p. 84.

¹⁶⁵ DEWEY, John. **Experiência e educação**. 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1976, p. 37.

O segundo princípio fundamental para interpretar uma experiência em sua função e em sua força educativa é o princípio de interação. Esse princípio atribui direitos iguais aos fatores da experiência – as condições objetivas e as condições internas –, sendo qualquer experiência um jogo entre os dois grupos de condições. Tomadas em sua interação, constituem uma situação. Os indivíduos vivem, pois, em uma série de situações, ou seja, há interação entre o indivíduo e objetos e outras pessoas: “Uma experiência é o que é, porque uma transação está ocorrendo entre um indivíduo e o que, ao tempo, é o seu meio [...]. O meio ou o ambiente [...] é formado pelas condições, quaisquer que sejam, em interação com as necessidades, desejos, propósitos e aptidões pessoais de criar a experiência em curso”.¹⁶⁶

Assim, a experiência não se processa apenas dentro da pessoa: “Toda experiência genuína tem um lado ativo, que muda de algum modo as condições objetivas em que as experiências se passam.”¹⁶⁷

5.3. O CRITICISMO REALISTA EM CARDOZO E O FORMALISMO NO DIREITO: APROXIMAÇÕES COM OLIVER WENDELL HOLMES JR.

Este ponto tem o desiderato de tratar a pergunta: É o realismo jurídico americano uma teoria relativista quanto ao direito?

¹⁶⁶ DEWEY, John. **Experiência e educação**. 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1976, p. 37.

¹⁶⁷ DEWEY, John. **Experiência e educação**. 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1976, p. 31.

Enfrentando, pois, a principal crítica sofrida pelo realismo jurídico dos Estados Unidos da América, qual seja: a insegurança jurídica causada pelo relativismo cético e pela instabilidade e imprevisibilidade das decisões judiciais baseadas nas convicções dos juízes.

Analisar o realismo norte-americano sob o prisma dessa crítica que tem sido disparada contra ele, muitas vezes por um senso comum, nos conduz a uma tarefa fascinante, que nos oferece oportunidade de aprofundamento nessa corrente doutrinária de postura cética, empírica e contextual (portanto, defensora do caráter relativo do direito, o que não a conduz, necessariamente, a um relativismo ético) quanto à aplicação e criação do Direito, que trata acertadamente do elemento subconsciente na decisão judicial.

O realismo, corrente derivada de uma atitude crítica perante o positivismo jurídico, cujo ceticismo exerce grande influência, ocupa um espaço crítico frente ao formalismo lógico exacerbado e à ditadura da verdade científica.

O realismo jurídico norte-americano, a partir da obra de Benjamin Nathan Cardozo, *A Natureza do Processo Judicial*, delinea-se demonstrando que os juízes estão adstritos a princípios e controles que não deixam ao seu total arbítrio a sua própria atividade de dizer o direito.

Para Cardozo, a norma feita pelo juiz constitui uma das realidades da vida. Mas seria incorrer em erro grosseiro acreditar que juízes, sob a ótica realista, decidem suas causas de forma aleatória e atabalhoada, de acordo com suas

próprias convicções, desprezando que existam fatores e mecanismos garantidores da pretendida segurança jurídica.

A oportunidade se presta para lançar correções sobre a visão ingênua dos que percebem no realismo americano uma forma de aplicação e criação do direito que resulta em total insegurança jurídica.

Evidencia-se com o realismo uma crítica primeiramente ao programa da Exegese e ao formalismo jurídico então predominante, que viam, fundamentalmente, o processo de formação da decisão como mera operação silogística na qual uma relação puramente reflexiva entre norma abstrata e caso concreto é quem produziria, dedutivamente, a decisão.

A abordagem de Cardozo acerca de como os juízes decidem suas causas, tendo como pano de fundo a força da adesão aos precedentes e o elemento subconsciente no processo judicial, demarca-se como contraponto à idéia da decisão puramente baseada no silogismo lógico-formal.

Para os realistas, os juízes tomam suas decisões nos seus impulsos que terão raízes em fatores políticos, econômicos, sociais, e, sobretudo em sua própria idiossincrasia; e não por meio de dedução lógica-silogística. Ao contrário, o juiz toma suas decisões, e posteriormente submetem a um processo de racionalização lógica.

Segundo Cardozo, achar que é fácil para qualquer juiz descrever a resolução do processo que ele próprio acompanhou, seria estar afastado da verdade. Ele destaca, com autoridade lastreada na sua vida prática como juiz,

alguns dos diversos questionamentos que expõem essa dificuldade e esclarece que o pretendido formalismo lógico de aplicação da norma por subsunção, não se traduz em realidade, especialmente da forma que foi apresentada muito tempo pelos exegetas.

Questionamentos esses, que ele mesmo afirma serem ingredientes que entram em proporções variadas num estranho composto que é preparado diariamente no caldeirão dos tribunais, tais como: *Se um precedente é aplicável, quando me recuso a segui-lo? Se nenhum precedente é aplicável, como chego à regra que estabelecerá um precedente para o futuro? Se procuro consistência lógica, simetria da estrutura legal, até que ponto devo procurar? Em que ponto a busca será interrompida por algum costume discrepante, por alguma consideração do bem-estar social, pelos meus próprios padrões ou pelos padrões comuns de justiça e moral?*

E destaca ainda a necessidade de distinguir o consciente do subconsciente, onde o elemento subconsciente imprime marca considerável à decisão judicial.

Haverá em cada um de nós forças que nos arrastam sem que nós muitas vezes as reconheçamos - são instintos herdados, crenças tradicionais, convicções adquiridas. E com os juízes não há nada de diferente, o que resulta numa perspectiva de vida, numa concepção das necessidades sociais, que deverá determinar onde incidirá a sua escolha nas decisões judiciais.

Há momentos em que o juiz encontra com facilidade a regra que se ajusta ao caso concreto a ser decidido. Mas há outros casos em que há lacunas, injustiças e erros a serem mitigados ou evitados.

A interpretação, encarnada como a averiguação da intenção do legislador, deve ser a menor das dificuldades para um juiz atribuir sentido a uma lei. Sabemos que a hermenêutica permeia toda a aplicação do direito, e as dificuldades da interpretação surgem quando a legislatura não teve qualquer intenção, quando não havia previsão. Mesmo Hans Kelsen na sua Teoria Pura do Direito admite tal hipótese.¹⁶⁸

O juiz, na condição de intérprete para a comunidade, deve preencher omissões, corrigir incertezas e harmonizar resultados com justiça através de um método de livre decisão.

Certamente é mera ilusão que o positivismo formal em sua forma engessada, tenha sido garantidor de segurança jurídica. Valendo salientar, que na visão realista, Códigos e outras Leis com sua aplicação silogística, formal, podem ameaçar a função judicial com repressão, desuso e atrofia;

Oportuno é aqui citar Perelman, que no seu *Tratado de Argumentação – A nova Retórica*, enuncia:

O Direito não pode abandonar a racionalidade, mas também não pode ser encerrado nos critérios absolutos do pensamento formal e objetivo. Outras formas de raciocínio deveriam complementar os procedimentos formais. A ética e os juízos de valor não funcionam a partir da lógica pura, pois tais campos são problemáticos, contingentes e próprios das diferenças humanas.

¹⁶⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, cap.8, p. 392 ss.

Como corolário da crise da razão no século XX, há o retorno vigoroso do ceticismo filosófico, que tem em suas bases a ausência de pressupostos necessários ou de conclusões definitivas. Esse ceticismo representa uma negação à pretensão dogmática quanto aos homens e suas normas.

A razão encarnada em uma faculdade segura e correta, capaz de alcançar a verdade, tem suas bases estremecidas, e surge no século XX, em diversos países, um tipo de reação intelectual fundada sob ares humanistas, que tentou abrir o direito ao debate ético e axiológico. Expressivo em todo esse movimento foi o crescimento da valorização do problema humano, em suas questões políticas e éticas, que acabaria por tornar insatisfatórias as formalidades do positivismo jurídico. Foi dado destaque cada vez maior a outras formas de racionalidade que não a dos raciocínios puros, o que alimentou o crescimento das abordagens pragmáticas sobre os velhos ares analíticos da dogmática normativista do direito.

Segundo José Renato Gaziero Cella:

Um dos frutos decorrentes da crise sofrida pela razão foi justamente o abandono da defesa da possibilidade de uma ciência dogmática encastelada em princípios normativos rígidos e inflexíveis, que deveria se impor como verdade monolítica. As tentativas dogmáticas de se fundar conhecimentos ficaram abaladas.¹⁶⁹

Esse ceticismo, que volta a tona no século XX, também dá fôlego às modernas teorias da argumentação jurídica, inspiradas na humanização do direito.

¹⁶⁹ CELLA, José Renato Gaziero. **Realismo jurídico norte-americano e ceticismo**. Disponível em

As conseqüências do relativismo são, do ponto de vista ético, o cinismo e, do ponto de vista gnoseológico, o ceticismo.

Essas colocações, de natureza metodológica, objetiva deixar evidente que o objetivo desta parte da exposição do nosso trabalho seja o de servir de instrumento esclarecedor sobre a visão que o realismo jurídico americano possui sobre as decisões judiciais.

E em resposta à pergunta, tema deste trabalho, esclarecemos que o realismo pode ser considerada sim uma teoria em defesa do caráter relativo, isto é, contingencial, do direito, mas que não o conduz a uma posição radicalmente relativista, à medida em que não entende que pontos de partida rígidos sejam a força motriz do direito e das decisões judiciais. Mas certamente a sua doutrina procura nos mostrar que o seu relativismo cético não destrói a segurança jurídica do seu sistema.

Vale frisar, ainda em contraponto ao formalismo lógico, que na visão realista, Códigos e outras Leis com sua aplicação silogística, podem ameaçar a função judicial com repressão, desuso e atrofia;

Podemos agora concluir este capítulo enumerando importantes pontos apontados por Cardozo, que nos leva a crença de que o realismo tem fincados em suas raízes doutrinárias, elementos suficientes para proporcionarem a almejada segurança:

- a) A adesão ao precedente deve ser regra geral em vez de exceção para que os litigantes tenham fé na administração da justiça nos tribunais. E o juiz

quando assim age, estará se mantendo fiel a um sentimento arraigado e imperioso na sociedade.

- b) Os precedentes carregam em si concepções jurídicas básicas, que são postulados do raciocínio judicial, e ainda mais os hábitos de vida, as instituições da sociedade, nas quais essas concepções têm origem, e que por um processo de interação, elas modificaram por sua vez;
- c) Os tribunais, por sua vez, têm o dever de procurar luz entre os elementos sociais de todo tipo que são a força viva por trás dos fatos com que lidam;
- d) É certo que o poder posto nas mãos dos juízes é grande, e como todo poder está sujeito a abuso; *mas não devemos hesitar em concedê-lo, pois, a longo prazo não há garantia de justiça, diz Ehrlich, exceto na personalidade do juiz;*
- e) Todo caso novo é uma experiência; e se a regra aceita que parece ser aplicável rende um resultado que se percebe injusto, a regra é reconsiderada. Ela não pode ser modificada de imediato, exatamente para não comprometer a segurança do sistema. Mas, se uma regra continua a fazer injustiça, em dado momento ela será reformulada. Os próprios princípios estão sempre sendo retestados; Há uma dinâmica intensa no direito realista. Se as regras derivadas de um princípio não funcionam bem, o próprio princípio terá de ser reexaminado no final;
- f) É insignificante o poder de inovação de qualquer juiz, quando comparado com a magnitude e a pressão das regras que o restringem de todos os

lados. Entretanto, ele deve inovar até certo ponto, pois com novas condições tem de haver novas regras. Tudo que o clamor e anseio social pede é que dentro do estreito espaço de escolha, ele busque a justiça social.

Cardozo ainda chama atenção para o fato de que a Jurisprudência americana manteve-se leal ao imperativo categórico de Kant de agir conforme uma máxima tal, que desejaria que fosse uma lei universal.

E que o juiz, mesmo quando livre, ainda assim não o é totalmente. Ele não deve inovar à vontade. Ele tem a necessidade de tirar sua inspiração de princípios consagrados, devendo exercer sua tarefa de aplicação e criação do direito disciplinado pelo sistema em que está inserido e subordinado à necessidade primordial de ordem na vida social.

A sobreposição do relativismo cético às filosofias absolutistas se fez sentir sobremaneira no positivismo jurídico que iria se formar no século XX. Tal circunstância, no entanto, não influenciou somente os positivistas.

Com efeito, quanto ao ceticismo gnoseológico, é importante salientar que o mesmo também foi um dos grandes responsáveis pelo surgimento de outra escola: a do realismo jurídico que teve lugar nos Estados Unidos da América.

O considerado pai intelectual das correntes realistas modernas é Holmes, que foi o primeiro, precisamente no exercício das suas funções de juiz, a desclassificar o tradicionalismo jurídico das cortes, e a introduzir uma

interpretação evolutiva do direito, quer dizer, mais sensível às mudanças da consciência social. Morris conta que numa entrevista feita na rua entre transeuntes uma pessoa responde que no cenário político mais admirava o “jovem” Holmes que sempre vivia brigando com os velhos. Nesta ocasião Holmes já tinha 87 anos.¹⁷⁰

Em 08 de janeiro de 1897, Holmes fez uma conferência, intitulada *The Path of the Law*, junto à Escola de Direito da Universidade de Boston, cuja repercussão provocou uma profunda renovação dos estudos jurídicos nos Estado Unidos da América.

O novo enfoque acerca dos fenômenos jurídicos proposto por Holmes é o de adotar o ponto de vista do bad man ao meditar sobre as conseqüências prováveis de uma determinada conduta. Para o bad man o importante é saber se a ação programada ocasionará a reação positiva de um órgão do Estado. A predição dessa reação é o direito:

“No famoso artigo ‘*The Path of the Law*’, ele [Holmes] explica: ‘As pessoas querem saber sob que circunstâncias e até que ponto correrão o risco de ir contra o que é tão mais forte que elas mesmas, e, portanto, torna-se um objetivo descobrir quando esse perigo deve ser temido. O objeto de nosso estudo, então, é previsão, a previsão da incidência da força pública através do instrumento dos tribunais.’ Assim, a sua definição de Direito, que é verdadeiramente uma definição da ciência do Direito, é: ‘As profecias do que os tribunais farão, de fato, e nada de

¹⁷⁰ MORRIS, Clarence (org). **Os grandes filósofos do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 425.

mais pretensioso, são o que quero designar como Direito.’ Em conformidade com essa visão, ele define os conceitos de dever e Direito do seguinte modo: ‘Os direitos e deveres primários com os quais se ocupa a jurisprudência, novamente, nada mais são que profecias.’ ‘Um dever jurídico propriamente dito nada mais é que uma previsão do que, se um homem fizer ou se abster de certas coisas, ele terá de sofrer, dessa ou daquela maneira, por meio do tribunal; e um direito jurídico pode ser definido de modo semelhante.’ ‘O dever de manter um contrato no Direito comum significa uma previsão de que você terá de pagar os danos caso não o mantenha, e nada mais’.”¹⁷¹

Se o direito só é a predição¹⁷² da provável conduta judicial frente a um determinado curso de conduta, em que dados se apoiariam os advogados para efetuarem suas predições? Holmes considera que os advogados encontram as respostas às dúvidas do futuro nos repertórios judiciais, nos repositórios das sentenças proferidas no passado por outros juízes. O comportamento dos juízes no passado permite predizer qual será seu comportamento no futuro, de modo que as coleções jurisprudenciais seriam oráculos do direito.

Mas Holmes não pára por aí. Acredita que as considerações verbais efetuadas pelos juízes ao ditar suas sentenças e dar razão às mesmas não correspondem habitualmente às motivações reais, aos verdadeiros fatores que

¹⁷¹ HOLMES JR, Oliver Wendell. **The path of the law and The common law**. New York: Kaplan, 2009, *passim*.

¹⁷² HOLMES JR, Oliver Wendell. **The path of the law and The common law**. New York: Kaplan, 2009, p.1.

determinaram seu ânimo em uma determinada direção. Tais razões permaneceriam ocultas.

A partir das considerações feitas por Holmes, em especial quanto às razões ocultas nas decisões judiciais, o realismo norte-americano assume, com Jerome Frank, a sua forma mais radical:

A tese principal da escola realista é esta: não existe direito objetivo, no sentido de objetivamente dedutível de fatos reais, oferecidos pelo costume, pela lei ou pelos antecedentes judiciais; o direito é uma permanente criação do juiz no momento em que decide uma controvérsia.

Assim se derruba o princípio tradicional da certeza do direito; pois qual pode ser a possibilidade de prever as conseqüências de um comportamento? — e nisto consiste a certeza — se o direito é uma permanente criação do juiz? Para Jerome Frank, com efeito, a certeza, um dos pilares dos ordenamentos jurídicos continentais, “é um mito derivado de uma espécie de aceitação infantil frente ao princípio de autoridade, um mito que deve acabar para levantar sobre suas ruínas o direito como criação permanente e imprevisível.”¹⁷³

E aqui cabe a clássica distinção, muito presente no realismo escandinavo, entre direito como texto e o direito em ação, o que permite diferenciar a atividade legislativa daquela outra, central, e que coloca o direito “em ação”, que é a atividade judicial.

¹⁷³ FRANK, Jerome. *Law and Modern Mind*. In: FISHER, William; HORWITZ, Morton; REED, Thomas (edt.). **American Legal realism**. New York: Oxford University Press, 1993, p. 206.

Esse reconhecimento acerca das características centrais do realismo americano permite dar o próximo passo desta tese que é, exatamente, testar a tese realista a partir do exame de um instituto bem característico do direito pátrio: os embargos de declaração.

É o que se passa a examinar no próximo (e último) capítulo.

CAPÍTULO 6

TESTANDO A TESE REALISTA DE QUE DIREITO É O QUE OS JUÍZES DIZEM A PARTIR DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS E DA COISA JULGADA

Sumário: 6.1. Dos embargos declaratórios e da coisa julgada no ordenamento pátrio; 6.2. O viés hermenêutico deste tipo de embargo processualístico: hipóteses de cabimento; 6.3. Uma perspectiva realista de tomada de decisão: A problemática zetética das questões de fato e de direito.

6.1. DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS E DA COISA JULGADA NO ORDENAMENTO PÁTRIO

O que se examinará nesta discussão final são os rebatimentos, na tese realista, da interpretação autêntica¹⁷⁴, nos exatos termos kelsenianos, i.e., a interpretação do decididor, na qual o ato de vontade vai produzir efeitos jurídicos vinculantes, diferentemente da interpretação da parte que olhando para a mesma peça pode interpretá-la como carente de explicação, mas de caráter não-vinculante.

A questão dos embargos de declaração, já antecipada como exemplo acima, serve para ilustrar a tese de que direito é o que os juízes dizem que é

¹⁷⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 392.

direito, pois aquela sentença embargada, quando analisada pelo juízo *a quo*, se este não considerar que há o que esclarecer e considerar, ao invés, que teve caráter protelatório aplicará multa de 1% que reiterando pode chegar a 10 %.

A pretensão protelatória é uma “tentação” processual no sentido que os embargos declaratórios suspendem a contagem de prazos para a interposição de outros recursos, como se verá adiante.

Quanto à coisa julgada, a Constituição Federal protege-a como ponto de partida inegável (CF, art. 5º, XXXVI). Pretende expressar a segurança jurídica em relação às decisões proferidas, no sentido que um caso julgado e que já esgotou todas as instâncias recursais não mais será objeto de apreciação judicial, tornando-se assim coisa julgada.

Aquela sentença transitada em julgado torna-se inatacável. A coisa julgada, assim, está ligada à idéia de término, de encerramento do processo e a imutabilidade daquilo que ali foi decidido.

Com a coisa julgada formal tem-se a imutabilidade da sentença pela preclusão dos prazos para recurso. Com a impossibilidade de interposição de recursos, seja pelo decurso de prazo, seja porque não cabíveis, seja pelo desinteresse do vencido, a sentença se torna imutável naquele processo onde foi proferida. Com isto, o Estado garante a obrigatoriedade de decidir na efetividade da prestação jurisdicional. Ao seu tempo, todas as sentenças, sejam terminativas ou definitivas, fazem coisa julgada formal.

A coisa julgada formal pode incidir, sem que incida a coisa julgada material. É o caso das sentenças terminativas, que somente extinguem o processo, sem conhecer do mérito. Razão por que, nesses casos, em que atua somente dentro do processo, não impede que se o discuta em outro processo. A coisa julgada material, por seu turno, só ocorre nas sentenças de mérito.

Obviamente a coisa julgada é uma forma de sacramentar que direito é o que o julgador decidir, posto que em último grau não haverá mais a quem recorrer.

Todavia, já há jurisprudência que já traz a temática da relativização da coisa julgada independentemente do uso da ação rescisória – questão que sobremaneira vem expressar a perspectiva realista de compreensão do direito.

Um dos exemplos que a doutrina tem usado para dar fundamento à tese da "relativização" é o da ação de investigação de paternidade, cuja sentença, transitada em julgado, declarou que o autor não é filho do réu (ou o inverso), vindo depois um exame de DNA a demonstrar o contrário. Diante disso, e para tornar possível a rediscussão do que foi afirmado pela sentença transitada em julgado, argumenta-se que a indiscutibilidade da coisa julgada não pode prevalecer sobre a realidade, e que assim deve ser possível rever a conclusão formada.¹⁷⁵

O que interessa, sob um olhar realístico-pragmático, é perceber que igualmente aos embargos de declaração, a decisão (ou uma seqüência de

¹⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Sobre a chamada "relativização" da coisa julgada material . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 448, 28 set. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5716>>. Acesso em: 13 out. 2009.

decisões até se esgotarem os graus jurisdicionais) da mesma forma representa ou expressa o direito como fruto de decisão.

Os embargos de declaração surgiram no Direito português, como meio de obstar ou impedir os efeitos de um ato ou decisão judicial. Foram regulados pelas Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, conforme podemos observar do artigo 6º, do Título LXVI, do Livro III, que dispunha:

Porém se o Julgador der alguma sentença diffinitiva, que tenha em si algumas palavras escuras e intrincadas, bem a poderá declarar; por que outorgado he per Direito ao Julgador que possa declarar e interpretar qualquer sentença per elle dada, ainda que seja diffinitiva, se duvidosa for.¹⁷⁶

Depois das Ordenações Portuguesas, os embargos de declaração entraram para a legislação brasileira, através do Regulamento n. 737 de 1850, os Embargos de Declaração figuravam no Título referente aos recursos, abrangendo os arts. 639 e 641 a 643, sendo interpostos por petição dirigida ao juiz prolator da sentença no prazo de 10 dias, contados a partir da publicação da sentença em audiência ou da intimação das partes e seus procuradores.

Posteriormente, foram regulados pela Consolidação de Ribas de 1876, sendo que os embargos foram tratados juntamente com outros embargos, tornando confusa a sua interposição. Eram admitidos os embargos contra sentenças definitivas, sentenças proferidas por juiz de paz e sentenças de liquidação, sempre que fossem duvidosas ou que nelas contivessem palavras

¹⁷⁶ SEHNEM, Felix. Embargos declaratórios . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 61, jan. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3681>>. Acesso em: 07 set. 2009.

escusas ou intrigadas. O prazo para o oferecimento dos embargos de declaração era de 10 dias.

O Código de Processo Civil de 1939 regulou os embargos de declaração no Livro "Dos Recursos", em seu art. 862 e era utilizado contra acórdão que fosse obscuro, omissos ou contraditórios. Uma das características no CPC de 1939 era a rigidez para a sua interposição, o prazo era de quarenta e oito horas e a petição deveria indicar o ponto omissos, contraditórios e obscuro. A petição que não atendesse este requisito era indeferida de plano por despacho irrecorrível. Estabeleceu ainda que se os embargos de declaração fossem considerados manifestamente protelatórios, perderiam o seu efeito suspensivo. Caso fosse vencido o relator, o Presidente da Câmara designaria outro magistrado para lavrar o acórdão, sendo que, mesmo se providos os embargos, não se poderia alterar a decisão embargada.

Comentando o Código de 39, Pontes de Miranda lembra que o art. 285 daquele instituto falou a respeito dos embargos de declaração, quando aborda, ele se refere aos embargos como meio adequado para se obter a correção de inexatidões materiais. Além de ter lugar nos recursos, ele destaca os artigos 464 e 465 para falar da "extensão da correção de inexatidões materiais em casos de Embargos de Declaração".¹⁷⁷

O Código de Processo Civil de 1973 adotou duas posições quanto aos embargos de declaração: estabeleceu no artigo 464 e 465, que os embargos

¹⁷⁷ MIRANDA, Pontes. **Comentários ao código de processo civil**. Tomo V. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 83.

cabiam contra sentença que contivesse obscuridade, dúvida, contradição ou omissão, e que deveriam ser interpostos no prazo de 48 horas contadas da publicação da sentença. Estabeleceu, de outra feita, no artigo 535 a 538, que os embargos de declaração poderiam ser interpostos contra acórdão que também contivesse obscuridade, dúvida, contradição ou omissão; todavia, o prazo para sua interposição era de cinco dias.

Hoje, com as modificações introduzidas com o advento da Lei n. 8.950/94, os embargos de declaração em primeiro grau de jurisdição foram unificados com os de segundo grau, em seu artigo 535, e são cabíveis quando houver, na sentença ou acórdão, obscuridade, contradição ou omissão, devendo ser interpostos no prazo, também único, de cinco dias.

6.2. O VIÉS HERMENÊUTICO DESTE TIPO DE EMBARGO PROCESSUALÍSTICO: HIPÓTESES DE CABIMENTO

Embora não seja processual a natureza desta tese, a discussão, sob um viés realista, dos embargos declaratórios, implica numa exposição acerca de suas características e finalidades.

Note-se, de saída, que eles são o meio especial que a lei põe ao alcance das partes sempre que desejarem obter do órgão jurisdicional uma declaração com o objetivo de escoimar a sentença ou acórdão de certa falha de expressão formal que alegam existir.

É o direito de exigir o pronunciamento jurisdicional sob apelo formal inteligível, lógico e completo. Em termos práticos, o processo teria conseqüências desastrosas na hipótese de não se saber ao certo o que consta na decisão, pois seu trânsito em julgado levaria para a execução as falhas existentes.

A Lei nº 8.950/94 suprimiu a palavra dúvida que antes encontrava-se como pressuposto de admissibilidade dos embargos de declaração. Na lição de J. J. Carreira Alvim a supressão foi oportuna pois a palavra dúvida tem aspecto subjetivo, e "jamais contaminou a sentença, senão o espírito do patrono das partes".¹⁷⁸

Na observação de Dinamarco "a dúvida é um estado subjetivo, de difícil verificação ou comprovação e duvidosa relevância jurídica. Melhor manter os critérios objetivos representados pelos fatores que causam dúvidas, a saber: a obscuridade, ou contradições de que seja portador o acórdão ou sentença. A hipótese, dúvida, superpunha-se inevitavelmente a essas".¹⁷⁹

A finalidade dos embargos declaratórios consiste na obtenção do mesmo órgão jurisdicional que prolatou a decisão uma declaração de qual seja o verdadeiro conteúdo da sentença, para integrá-la ou liberá-la de vício de expressão.

Opostos à decisão monocrática ou colegiada, a função desses embargos é a mesma: obter dos juízes que pronunciaram o julgado o seu esclarecimento,

¹⁷⁸ NERY Jr., Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coords.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2002, série aspectos polêmicos e atuais dos recursos, v.6, p. 189.

¹⁷⁹ DINAMARCO, C. Rangel. **A reforma da reforma**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 34.

tornando claro aquilo que é obscuro, desfazendo a contradição nele encontrada ou suprimindo ponto omissis.

Diante da impossibilidade de inteligência da sentença ou acórdão, ensejando proposições entre si incompatíveis ou na ausência de pronunciamento sobre determinado ponto do pedido que o Juízo deveria apreciar e não o fez; ou ainda, visando alguma falha de expressão formal do pronunciamento em juízo, os embargos de declaração representam o remédio processual oponível. Não servem para solucionar *error in iudicando* ou o *error in procedendo* na medida em que não atacam o conteúdo do julgado, mas a forma pelo qual o conteúdo da sentença ou acórdão se manifesta.

A Contradição¹⁸⁰ é uma das hipóteses de cabimento. Entende-se contraditório o julgado que apresenta proposições entre si inconciliáveis. É o caso da incoerência, a desarmonia de pensamento. A contradição ocorre dentro da sentença (entre as partes de uma sentença ou dentro de uma das partes) e não entre as sentenças.

¹⁸⁰ Jurisprudência: – EMBARGOS DECLARATÓRIOS – Os embargos declaratórios visam a obter um juízo integrativo-retificador da decisão. Servem, assim, para aclarar a decisão obscura e para sanar contradição ou omissão, não procedendo quando no acórdão objurgado incoorre qualquer dos vícios elencados no art. 535 do CPC. (TST – ED-RO-AR 354.091/97.5 – SBDI2 – Rel. Min. João Oreste Dalazen – DJU 20.03.1998)

– EMBARGOS DECLARATÓRIOS – Os embargos declaratórios visam sanar omissão, contradição ou obscuridade no julgado, sendo impróprios para exame de matéria não prequestionada oportunamente. (TST – ED-E-RR 41.098/91.0 – Ac. SDI 2.480/96 – Rel. Min. José Luciano de Castilho Pereira – DJU 30.08.1996)

– EMBARGOS DECLARATÓRIOS – CONTRADIÇÃO – "A contradição que autoriza o uso de embargos de declaração é a que se verifica entre proposições do acórdão, não aquela que se encontra entre decisões diversas" (STJ – 4ª T. Resp. 36.405-1-MS-EDcl – Rel. Min. Dias Trindade – J. 29.03.94 – DJU 23.05.1994) (RF 315/202) (TST – ED-E-RR 60.764/92.3 – Ac. SBDI1 1.275/96 – Rel.ª Min. Cnéa Moreira – DJU 27.09.1996).

É possível, no entanto, uma alteração profunda na sentença, seja nos fundamentos, seja até mesmo na conclusão, com a procedência dos embargos que tenham visado a um esclarecimento ou a suprir-se omissão importante, ou a sanar-se uma contradição, no corpo da decisão, ou entre seus fundamentos e a parte dispositiva, e aí a parte que já recorrera, ou que aguardava a decisão dos embargos, terá que articular novas razões ou mesmo interpor um recurso, que, com a decisão anterior teria sido desnecessário.

A obscuridade significa a falta de clareza nas idéias e nas expressões. A obscuridade e a dúvida são incompatíveis com qualquer decisão. Não é outra a razão que a lei autoriza a oposição de embargos de declaração. O estilo pomposo, repleto de tecnicismo e latinórios baratos, evidências de uma erudição vazia e fútil, deve ser repudiado sem dó nem piedade. Frases ininteligíveis, pronunciamento confuso, idéias mal expostas ou mal articuladas. A obscuridade é problema de foro subjetivo.

Ocorre obscuridade sempre que há falta de clareza na redação do julgado, tornando difícil dele se extrair exata interpretação. A figura da dúvida como causa justificadora para a oposição de embargos de declaração, foi eliminada pela Lei nº 8.950, de 13-12 de 1994, por se encontrar subsumida à da obscuridade.

A Lei nº 8.950/94 suprimiu a palavra *dúvida* que antes se encontrava como pressuposto de admissibilidade dos embargos de declaração. E a supressão foi oportuna, pois a palavra *dúvida* tem aspecto subjetivo.

A doutrina não é unânime relativamente à natureza jurídica dos embargos de declaração: seriam ou não um recurso? Isto, porque tais embargos não visam à reforma do julgado, pois este, ainda que provido, se manterá intangível na sua substância, daí não lhes ser reconhecida a natureza de recurso.

Por outro lado, há igualmente a compreensão de que seriam recurso, porque na Superior Instância se dirigem ao Relator que os leva aos julgadores, e, além disso, a natureza recursal estaria derivada do simples fato do art. 496 do CPC elencá-lo entre os recursos.

A CLT não relaciona os embargos declaratórios entre os recursos (art.893), mas menciona-os, ao tratar da competência do Pleno e das Turmas do TST, na letra e,II, e na letra d do inciso do § 2º , ambas do art. 702, e a Lei nº 7.701/88 também os menciona, ao tratar da competência das Turmas e das Seções Especializadas do TST.

A discussão processualística da natureza jurídica dos embargos declaratórios encontra-se dissolvida na medida que o legislador elencou os referidos embargos entre os recursos do CPC, que por sua vez é aplicado subsidiariamente ao Processo do Trabalho, mas mesmo sem objetivar a modificação do julgado e podendo ser impetrado tanto pela parte vencida como pela parte vencedora, sua natureza jurídica justifica-se por estar elencado como recurso no art. 496, IV do CPC.

O efeito modificativo é a consequência pela qual quando o Juízo que irá decidir os embargos interpostos pode se ocorrer omissão ou contradição no

julgado modificar a decisão, o Tribunal Superior do Trabalho para suprir quaisquer dúvidas editou o Enunciado 278 que versa, *ipsis litteris*: "a natureza da omissão suprida pelo julgamento de embargos declaratórios pode ocasionar efeito modificativo no julgado".

É possível a modificação da sentença quando a mesma contiver erro material, conforme estatui o parágrafo único do art. 897 - A da CLT, os erros materiais (o de troca de nomes e letras, troca de números, etc.) poderão ser corrigidos de ofício ou a requerimento de qualquer das partes.

Entretanto se o efeito modificativo for aceito pelo órgão julgador, necessário se faz que haja a prevalência do princípio do contraditório deve ser chamado o *ex adverso* para falar da modificação da sentença.

Os embargos declaratórios não têm força de modificar a sentença que esteja obscura, tendo em vista que na sentença obscura o que visa é apenas esclarecer e não modificar.

Manifesto equívoco no exame dos pressupostos extrínsecos do recurso ocorrerá em relação à intempestividade, deserção, falta de procuração, conforme o caso.¹⁸¹

181 Jurisprudência neste sentido: - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – SEGUNDOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – OMISSÃO NÃO APONTADA NOS PRIMEIROS DECLARATÓRIOS OPOSTOS – Não cabe, em segundos embargos de declaração, pretender sanar suposta omissão que teria ocorrido no primeiro acórdão embargado, porque os segundos embargos declaratórios devem visar apenas o que se contém no acórdão que apreciou os primeiros, incidindo a preclusão quanto a matéria que não foi oportunamente ventilada. (TST – ED-ED-RO-DC 143.026/94.0 – Ac. SDC 547/96 – Rel. Min. Ursulino Santos – DJU 02.08.1996)

– EMBARGOS DECLARATÓRIOS – OMISSÃO – EFEITO MODIFICATIVO – 1. O juízo está obrigado a enfrentar toda a fundamentação recursal sob pena de proferir decisão omissa. Verificado o vício, o acórdão é passível de reforma através do julgamento de embargos declaratórios, aos quais se imprimem efeito

6.3. UMA PERSPECTIVA REALISTA DE TOMADA DE DECISÃO: A PROBLEMÁTICA ZETÉTICA DAS QUESTÕES DE FATO E DE DIREITO

A atividade dos Juízes dirige-se, necessariamente, a dois distintos objetos: exame da norma como vontade abstrata da lei (questão de direito), exame dos fatos que transformam em concreta a vontade da lei (questão de fato).¹⁸²

modificativo. 2. Embargos declaratórios providas. (TST – ED-AG-E-RR 65.109/92.5 – Ac. SDI 2.520/96 – Rel. Min. Francisco Fausto – DJU 28.06.1996)

– EMBARGOS DECLARATÓRIOS – OMISSÃO – EFEITO MODIFICATIVO – Havendo omissão relativamente ao exame do instrumento de mandato conferido ao procurador do recorrente, há que se acolher os embargos declaratórios para imprimir efeito modificativo ao julgado que havia decretado a irregularidade de representação. Embargos providos. (TST – ED-E-RR 50.275/92.0 – Ac. SDI 1.765/96 – Rel. Min. Vantuil Abdala – DJU 31.05.1996)

– EMBARGOS DECLARATÓRIOS – OMISSÃO – EFEITO MODIFICATIVO – O julgador está obrigado a enfrentar toda a fundamentação recursal sob pena de proferir decisão omissa. Verificado o vício, o julgado é passível de reforma através do julgamento de embargos declaratórios, aos quais se imprime efeito modificativo. (TST – ED-AG-E-RR 31.565/91.6 – Ac. SDI 4.220/95 – Rel. Min. Francisco Fausto – DJU 24.11.1995)

– OMISSÃO – HIPÓTESE EM QUE FICA CARACTERIZADA – 1. A omissão, sanável via embargos declaratórios, fica caracterizada quando não consta do julgado pronunciamento explícito a respeito de toda fundamentação apresentada pela parte. 2. Embargos declaratórios providos. (TST – ED-AG-RR 46.510/92.4 – Ac. SDI 2.488/96 – Rel. Min. Francisco Fausto – DJU 21.06.1996)

¹⁸² Acórdão 4a turma TST – AIRR – 68346/2002-900-01-00.3

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. LIVRE APRECIÇÃO DA PROVA E PERSUASÃO RACIONAL DO JUIZ. REEXAME DE FATOS E PROVAS PELO TST. “A atividade dos Juízes dirige-se, necessariamente, a dois distintos objetos: exame da norma como vontade abstrata da lei (questão de direito), exame dos fatos que transformam em concreta a vontade da lei (questão de fato).” (Giuseppe Chiovenda, Instituições...). Destarte, quando se controverte a respeito do que aconteceu, depara-se com uma questão de fato, porque é necessário expender a convicção sobre a existência ou não de sua ocorrência, o modo, a forma e em que tempo ocorreu. Coisa diversa é a que consiste em saber como se há de valorar o fato cabalmente comprovado ou incontroverso, para qualifica-lo subsumível ou não a determinado preceito legal. Na primeira hipótese, estar-se-ia diante de questão exclusivamente de fato, na segunda, diante de questão de direito. Se o recurso extraordinário trabalhista é interposto de modo a exigir, como pressuposto ou num primeiro plano, a definição da certeza acerca de um acontecimento, o modo, a forma e em que tempo ocorreu determinado fato, obriga necessariamente, o julgador, ao reexame ou revolvimento fatos e provas, para, em seguida, resolver a suposta questão de direito, impossível conhecer o recurso de revista. Só é passível de conhecimento o recurso de revista, se o acórdão regional definiu que estas circunstâncias são incontroversas ou que ficaram suficientemente provadas, mas deu qualificação jurídica, ou subsunção equivocada à lei, sendo o recurso admissível, porque não paira controvérsia sobre os pressupostos de fato, ou situação de fato concreta, sobre o qual recairá a aplicação do preceito abstrato da norma. Agravo de instrumento não provido.

Sucintamente, a distinção dogmática clássica entre questões de fato e de direito denota que as primeiras dependem de prova; seria, por exemplo, saber se Fulano pagou ou não uma prestação: o fato é discutido a partir da prova, no caso o recibo; Ao passo que as segundas por não dependerem de prova implicam na análise da conformidade com norma válida do ordenamento jurídico, *verbi gratia*, na arguição de inconstitucionalidade de uma lei, na qual tal análise implicaria em verificar se a tal lei está ou não conforme a Constituição.

Mas, tal análise implica, mesmo que o jurista prático não se dê conta disso, no enfrentamento de uma questão *zetética*, qual seja: a noção de fato no direito implica sempre, mesmo antes de uma normatização jurídica, na qual conceber o direito é pensar em fatos juridicamente relevantes, em perceber que esse mesmo direito não se resume (ainda que as ilusões jurídicas o reforcem) só em remissão às normas, mas que estas seriam sim aqueles fatos socialmente valorados, de forma tal que não se poderia falar em fato puro em contraposição a fato jurídico.

A noção de fato no direito implica sempre uma normatização jurídica, ou seja, conceber o direito é pensar em fatos juridicamente relevantes, logo o direito não se resumiria às normas, mas estas seriam sim aqueles fatos socialmente valorados, de forma tal que não se poderia falar em fato puro em contraposição a fato jurídico.

Neste sentido é que, superando a noção de fato como correspondência com a realidade, o dualismo entre fato e direito tem um caráter sempre

persuasivo, desde já normatizado e valorado pelos interesses de quem descreve.

183

No mesmo sentido esclarece Rabenhorst que este corte entre o factual e o normativo, mesmo do ponto de vista dogmático, nem sempre é muito transparente e a exemplo da afirmação de que alguém foi “negligente”, ao confundir questão de fato e de direito.¹⁸⁴

Sobre a relação, ou melhor dizendo, o trato jurídico das questões de fato e de direito, o CPC já trouxe com uma alteração promovida pela reforma processual de 1973, a redação é pois:

Art. 330 - O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença:
I - quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência;

A possibilidade de discutir fatos no 2º grau é trazida pontualmente no CPC:

Art. 517 - As questões de fato, não propostas no juízo inferior, poderão ser suscitadas na apelação, se a parte provar que deixou de fazê-lo por motivo de força maior.

Quanto à pretensa confusão entre questões de fato e de direito, provocada quando a parte pretende reexaminar os fatos no 2º grau¹⁸⁵ interpondo embargos

¹⁸³ CATÃO, Adrualdo de Lima. **Uma abordagem pragmática da noção de fato na teoria do direito: A prova judicial como argumento persuasivo.** Anais do CONPEDI. Disponível em <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/adrualdo_de_lima_catao.pdf> p. 1842.

¹⁸⁴ RABENHORST, Eduardo R. A interpretação dos fatos no direito. In: **Prim@facie**. Ano 2, n.2, jan.-jun. 2003. Disponível em <http://www.ccj.ufpb.br/primafacie/prima/artigos/n2/artigo_1.pdf>, p. 9-10.

¹⁸⁵ “Os embargos da vencida ficam rejeitados, por não ter ocorrido contradição (art. 535,I e II, do CPC). Na verdade, a embargante não indica em que teria consistido a contradição afirmada e ou a omissão e não menciona sequer o dispositivo que teria violado. O que a embargante pretende é o reexame dos fatos, sem qualquer documento, o que é inadmissível. Ficam os embargos rejeitados”. Trecho citado do Acórdão – TJSP n. 01684885 – Embargos declaratórios interpostos com objetivo de rediscutir questão de fato relacionado com o dever de reembolso de dívida hospitalar. Inadmissibilidade. Rejeição.

de declaração e o pedido é acatado, no sentido de conhecido e deferido o recurso, abre-se a extensão da possibilidade dos efeitos modificativos deste embargo, ainda que sua natureza não o admita a priori.

O que se conclui é que direito é o que os juízes dizem que é direito, a parte transita linguisticamente entre as questões de fato e de direito na redação do recurso e, com a devida vênia, “se colar, colou”, como se diz informalmente.

Neste sentido, e perspicaz na percepção destes meandros foi o julgador que decidiu o embargo na 4ª turma do TST (citando na nota 182), quando o relator inicia citando Chivenda distinguindo fatos de direito para então delimitar que o recurso tinha pretensão de reexame de fatos, o que não poderia se dar e resta não provido o recurso.

Contudo, da mesma forma que é válida esta decisão é igualmente válida a decisão que desse provimento. E, sendo propositadamente redundante, é direito aquilo que o órgão competente o disser, mas claro, fundamentando no texto normativo, o que evidencia uma discricionariedade e não uma arbitrariedade, como se procurou destacar, no que concerne à tese realista, ao longo de todo o desenvolvimento do presente trabalho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

“Um método para assentar disputas metafísicas que de outra forma se estenderiam indefinidamente”, foi assim que William James definiu o que é o pragmatismo. Para além dos diversos matizes que esta filosofia proporcionou no seu desenvolvimento, esta frase, somada à noção de ser o pragmatismo “um nome novo para velhas idéias”, como também se referia o mesmo filósofo, servem como concepção sintética de ilustração do pragmatismo como um método.

Uma analogia famosa é percebê-lo como um corredor que possui várias portas, cada uma delas servindo para ilustrar teorias, movimentos, correntes que se identificam pela visão pragmática como tratam seus objetos.

Investigar se o realismo jurídico americano poderia ser pensado como uma dessas portas neste grande corredor é que inspirou a feitura desta tese.

Na mesma linha de James ao tratar do pragmatismo como um nome novo para velhas idéias (e aí se lembre-se a abdução como nova expressão para a redução ou apagogé aristotélica), temos como resultado de uma análise retórica do realismo que o pragmatismo jurídico é expressão mista de realismo e retórica clássica.

Rejeitou-se nesta tese a idéia de que o realismo é “psicologia jurídica”, posto que não foi e nem é interesse (nem o desta tese nem do realismo) de perscrutar as razões dos juízes. Nesse sentido, Cardozo é objetivo ao dizer que a

natureza do processo judicial nos elementos subconscientes do julgador não é certo nem errado, simplesmente é fato.

Possivelmente, Cardozo foi influenciado, entre outros, por Platão no Fedro ao tratar da ágrafa dogmata referindo-se à existência de elementos que estão além do texto em si.¹⁸⁶

Na medida em que a tese não pretendeu provar/ identificar, posto que seria impossível, quais seriam estes elementos subconscientes, a análise retórica propiciou fundamentação para a percepção do realismo como forma de pragmatismo e daí decorrendo que se revela como uma metodologia para o direito.

Ainda sobre nossa não pretensão nesta tese de identificar tais elementos subconscientes, tomamos como fato que no direito prevalece o sentido ideológico de manutenção das condições sociais de exploração e que ele, sendo produto das condições econômicas de uma classe economicamente dominante tende a reproduzir as idéias desta classe.¹⁸⁷ Isto porque o direito se erige em superestrutura ideológica da infra-estrutura social, pois são os conceitos jurídicos que são criados, derivados, das relações econômicas e não as relações econômicas que são instituídas por conceitos jurídicos.¹⁸⁸

¹⁸⁶ PLATÃO. **Diálogos**: Fedro – cartas – o primeiro Alcibíades. Trad. Carlos Alberto Nunes. 2.ed. rev. Belém: UFPA, 2007, p. 43 ss.

¹⁸⁷ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**: teses sobre Feuerbach. São Paulo: Centauro, 2005, p. 63.

¹⁸⁸ MARX, Karl. “Crítica ao Programa de Gotha”. In: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Textos**. v. 1. São Paulo: Edições Sociais, 1977, p. 230.

Sobre as relações de “vizinhança” entre o realismo jurídico e outras correntes, conclui-se que ele é gênero do qual são espécies a *Sociological Jurisprudence*, o realismo norte-americano e o escandinavo e o decisionismo.

Basta perceber que entre os próprios realistas norte-americanos há tendências mais psicologistas, mais comportamentais, mais logicistas.

Ainda que se percebesse estas recíprocas influências, a tese teve como metodologia, com vistas a uma delimitação prática, o referencial na abdução - como meio criativo para lançar as conjecturas que aos poucos foram se construindo para percepção dos elementos pragmáticos do realismo jurídico – e na retórica – como instrumento para uma análise percuciente das idéias que identificam o realismo como corrente do pensamento jurídico contemporâneo, ambas com importantes incidências no processo de tomada de decisões, entendidas como busca de soluções criativas, mas que demandam o convencimento dos destinatários e da sociedade, enquanto forma de garantir a questão da eficácia social da forma jurídica, questão que o realismo – corretamente – nunca subestimou.

Uma dificuldade primeira seria tentar abarcar todos os filósofos do pragmatismo e realismo, o que além de hercúlea seria uma empreitada cientificamente dispersa. É exigência básica para a construção de um olhar científico de um objeto que este seja delimitado e trabalhado não *horizontalmente*, mas *verticalmente*.

Para tanto, o primeiro corte seria definir um autor ao mesmo tempo sem tornar o trabalho autoral – o que fugiria da pretensão desejada de perceber a tese do realismo jurídico americano como expressão do pragmatismo filosófico.

Optou-se, com base nisto, por *destacar idéias e não teóricos em si*. Ademais as idéias centrais de um teórico que aglutinasse a discussão do pragmatismo filosófico e jurídico, este teórico foi Benjamin Nathan Cardozo. Por meio daquelas idéias, trouxemos o diálogo entre estes filósofos, cujos pensamentos expressam elementos realistas para a compreensão do direito.

Assim, as idéias delimitadas foram as , estruturalmente, por ordem:

- Conceção do pragmatismo como um método.

Daí decorre que:

- Método é tomado para o pragmatismo epistemologicamente como caminho de se descobrir respostas, de se pensar os fatos.

A partir desta noção, dois principais desenvolvimentos a tese destacou:

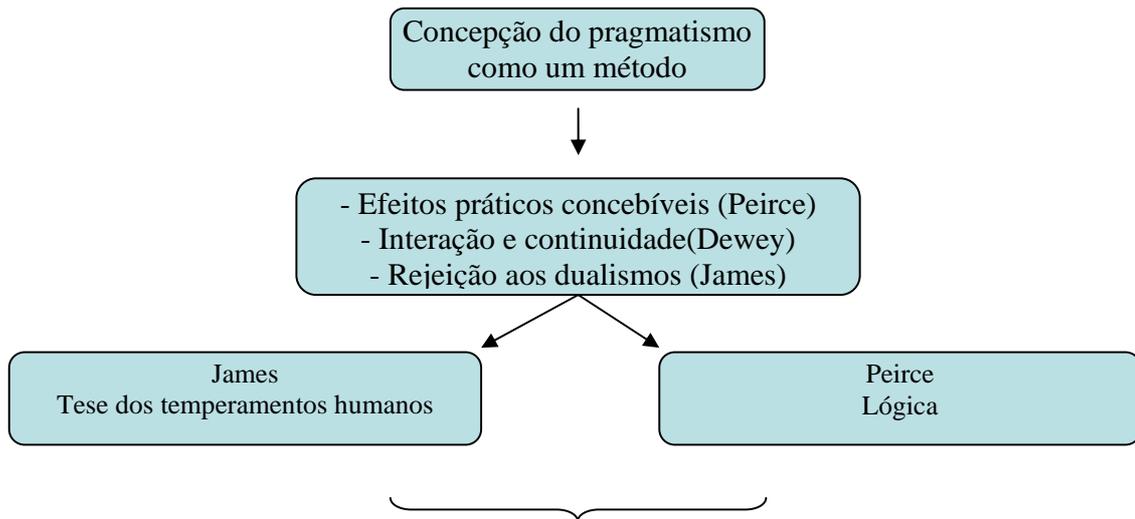
- A idéia de que os temperamentos humanos influenciam nossas decisões – preocupação analisada com referência no psicologismo de William James;
- A idéia de que as escolhas, os pensamentos são erigidos não só por inferência dedutiva e indutiva, mas principalmente por meio de abdução – concepção referenciada na lógica abdutiva de Peirce.

A partir destas formulações e com vistas a se chegar ao direito, a retórica serviu para analisar como o realismo jurídico americano na sua vocação pragmática que foi ilustrada na seguinte assertiva:

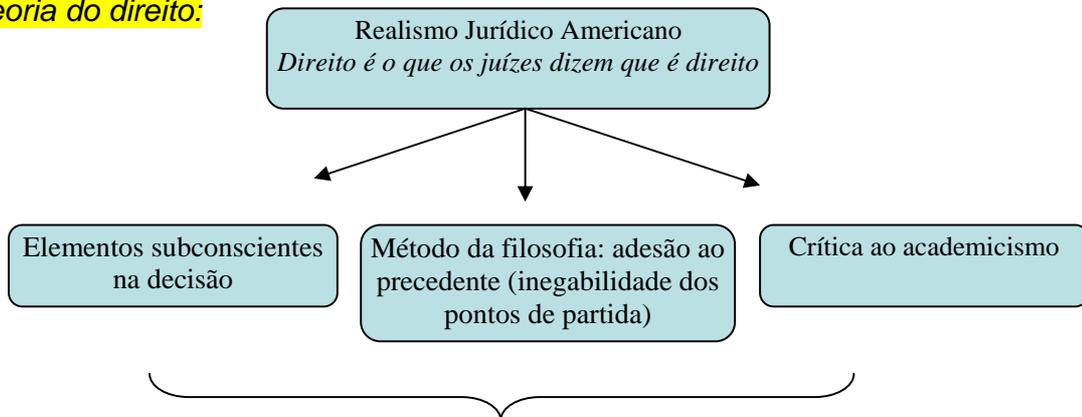
- Direito é o que os juízes dizem que é direito.

Simbolicamente o encadeamento das relações entre as assertivas seria:

Na filosofia:



Na teoria do direito:



Na prática jurídica:



Pelo esquema mostrado acima, a par das idéias/expressões do pragmatismo filosófico, a tese objetivou identificar como elas se manifestam no que a doutrina passou a chamar de realismo jurídico norte-americano.

Estas idéias/ teóricos citados no primeiro nível do esquema (James e Peirce) trabalharam apenas, sobretudo, em termos epistemológicos e filosóficos.

Surgia então a questão de verificar se o pragmatismo serviria para perceber o direito? Ou ainda, seria o realismo jurídico americano uma expressão do pragmatismo filosófico?

Esta questão sintetiza a hipótese que se tomou na feitura desta tese.

Com o primeiro capítulo se arvorou na tentativa de identificar as bases do realismo americano na filosofia pragmática. Este trabalho retórico se identifica com o 1º nível, retórica material. O pragmatismo deita suas raízes no clube metafísico de Boston, contudo pode ser mais rigorosamente ou até cronologicamente manifesto nos seus primórdios com o *paper* de 1878 de Charles Sanders Peirce, *How to make our ideas clear*.

Talvez a máxima pragmática seja mais representativa de como trabalha o pragmatismo, e seja também a mais criticada e, inclusive, razão em parte do preconceito que lhe toca. Tal é que a percepção de um conceito está nas suas conseqüências práticas: “considere que efeitos práticos concebemos que o objeto de nossa concepção tem. Então, nossa concepção desses efeitos constitui o conteúdo total de nossa concepção desse objeto”.¹⁸⁹

¹⁸⁹ PEIRCE, Charles Sanders. **Philosophical Writings of Peirce**. Selected and edited by J. Buchler. New

A manifestação destas concepções pragmáticas no direito tem no realismo americano um colhimento. O realismo é uma teoria que se concretiza como uma corrente jusfilosófica ou ainda uma escola hermenêutica da contemporaneidade, visto buscar compreender o direito. Das duas dimensões jurídicas como se desenvolveu, é a versão americana – psicologista - e não a escandinava – lingüística - que vai agasalhar o método pragmático como referencial para pensar o direito.

No realismo norte-americano a idéia que se destaca como característica desta corrente é a tese de que: Direito é o que os juízes dizem que é direito.

Destarte, para trabalhar o realismo jurídico, a análise retórica se concentrou em três níveis, conforme a divisão definida por Ballweg no capítulo quatro, a saber:

- Numa investigação do contexto que propiciou e no qual floresceu o que depois foi identificado como realismo jurídico americano. Assim se concentrou a retórica material ou existencial na compreensão do contexto ligado surgimento do Clube metafísico de Boston;

- Com vistas a perceber elementos concretos, i.e., como o discurso realista se voltava para otimizar esta realidade da qual partia, destacou-se a tese do elemento subconsciente que integra a tomada de decisão, como argumentação central de Benjamin Nathan Cardozo, autor escolhido como paradigma por ilustrar

e representar as preocupações centrais dos seus pares na corrente jusfilosófica. Por esta análise se desenvolve a retórica no segundo nível, o estratégico ou prático;

- Por fim, o terceiro nível, a retórica analítica, sendo a própria essência da tese aqui defendida, trazia nossa construção teórica acerca das teses defendidas pelo realismo como formas de interferir/ otimizar a realidade. Por fim, a tese defendida como analítica retórica é a de que o realismo jurídico americano é, antes de qualquer teoria sobre o direito, uma forma de se pensar o jurídico a partir da valorização dos seus elementos práticos e probabilísticos.

Se fosse só uma tese sobre história das idéias já cumpriria um papel de ineditismo e contribuiria ao afastar o realismo do decisionismo, ainda que guarde para com este elementos de semelhança. Mas, além desta dimensão teórica a tese testou o modelo realista observando o direito processual brasileiro, mais especificamente os embargos declaratórios e a coisa julgada.

Sobre a relação entre decisionismo e os realismos (norte-americano e escandinavo), os realistas são normativistas, a questão é para onde se direcionam. O realismo é, não um método, mas uma metodologia para olhar o direito. Vê-se que para entender o que é direito, em termos gerais – grife-se, a Sociologia Jurídica olha para a rua, os exegetas olham para os legisladores e os realistas olham para os juízes.

Quanto a este olhar sociológico, ressaltando sua proximidade com a metodologia realista, cite-se a pesquisa sócio-jurídica que evidencia o elemento da retórica realista de que direito é o que a autoridade diz.¹⁹⁰

Ainda que hoje esteja um tanto superada a ênfase na figura do juiz, (até por que outras esferas do poder praticam atos que criam direito, portanto, decidem), a linguagem dos realistas é voltada para estes, pelo fato, que não pode ser ignorado, de que a maioria estava diretamente ligada à magistratura, além do que se preservou como um todo a expressão “juízes”, mas ao falar destes a discussão se estende e alcança inegavelmente qualquer decisor.

A divisão bipartida da tese não significa que são duas teses – uma tendo por objeto o realismo e outra a retórica. Muito pelo contrário - e pragmaticamente ressaltando a interação e continuidade no mesmo diapasão com que se rejeitam os dualismos – a retórica material e estratégica foram analisadas e identificadas com os três primeiros capítulos, respectivamente, ilustrando o contexto do Clube metafísico e as contribuições de Peirce e James para o pluralismo metodológico de Cardozo, o qual – como todos os que atuam no âmbito jurídico – se valem da retórica ainda que disso não tenham clara consciência.

¹⁹⁰ OLIVEIRA, José Luciano Góis de. A lei é o que o Senhor Major quiser! Algumas achegas sociológicas ao princípio da legalidade no Brasil. *In*: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João (coords.). **Princípio da legalidade**: da dogmática jurídica à teoria do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 121ss.

REFERÊNCIAS

ABBGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Filosofia do direito**: Uma crítica à verdade na ética e na ciência. São Paulo: Saraiva, 1996.

ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do Direito**: Uma crítica à verdade na ética e na ciência. 3.ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Limites éticos do poder constituinte originário e da concretização da constituição pelo judiciário. *In*: **Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito**. N. 15. Recife: UFPE, 2005.

_____. **Ética e Retórica**: Para uma teoria da dogmática jurídica. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **A retórica constitucional**: Sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. São Paulo: Saraiva, 2009.

ADORNO, Theodor. "O ensaio como forma". *In*: Cohn, Gabriel (org). **Theodor Adorno**. São Paulo: Ática, 1986.

ARISTOTÉLES. **Retórica**. Lisboa: Imprensa Nacional, 1998.

_____. **Rhetoric**. New York: Dover, 2004.

_____. **Tratados de lógica** (Órganon). Volume I: Categorias, Tópicos, Sobre las refutaciones sofísticas; Volume II: Sobre la interpretación, Analíticos primeiros, Analíticos segundos. Madrid: Gredos, 1982 (1º v), 1988 (2º v).

_____. **Tópicos**, VIII, 5, 159b 8 ate 160a11 e **Analíticos primeiros**, II, 25, 69a 20 ss.

ARNOUD, André-Jean *et alii* (dir.). **Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito**. Trad. Vicente P. Barretto. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. 3.ed. São Paulo: Landy, 2003.

BALLWEG, Ottmar. Retórica analítica e direito. *In: Revista brasileira de filosofia*. Tradução João Maurício Adeodato. Vol xxxix, fasc. 163, São Paulo: IBF, 1991.

BARRETO, Vicente de Paulo (org.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo/ Rio de Janeiro: Unisinos/ Renovar, 2006.

BLUMENBERG, Hans. **Las realidades en que vivimos**. Barcelona: Paidós Ibérica, 1999.

BLUMENBERG, Hans. **Una aproximación antropológica a la actualidad de la retórica**. Barcelona: Paidós, 1999. CARDOZO, Benjamin Nathan. **The nature of judicial process**. New York: Dover, 2005, p. 6.

BOECHAT, Leda. Notícia bibliográfica. (estudo introdutório) *In: CARDOZO, Benjamin Nathan. A natureza do processo judicial e a evolução no direito*. Porto Alegre: AJURIS, 1978.

CANTO-SPERBER, Monique (org.). **Dicionário de ética e filosofia moral**. São Leopoldo: Unisinos, 2003, vol 1 e 2.

CARDOZO, Benjamin. **A Natureza do Processo Judicial e A Evolução no Direito**. Trad. Leda Boechat. 3.ed. Porto Alegre: AJURIS, 1978.

_____. **The nature of judicial process**. New York: Dover, 2005.

_____. **Law and literature and other essays and addresses**. New York: William s hein & co, 1986.

CATÃO, Adrualdo de Lima. **Uma abordagem pragmática da noção de fato na teoria do direito**: A prova judicial como argumento persuasivo. Anais do CONPEDI. Disponível em <
http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/adrualdo_de_lima_catao.pdf>

CÍCERO. **Retórica a Herênio**. São Paulo: Hedra, 2005.

COMETTI, J. P. **Filosofia sem privilégios**. Coimbra: ASA, 1994.

CONTE, Amadeo. **Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici**. Torino: Giappichelli, 1962.

DEWEY, John. **Logical Method and Law**. *The Philosophical Review*, Vol. 33, No. 6, Nov., 1924.

_____. **Experiência e natureza**. Col. Os pensadores. São Paulo: Abril, 1974.

_____. **Experiência e educação**. 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1976.

DINAMARCO, C. Rangel. **A reforma da reforma**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

D'OLIVEIRA, Armando. Peirce: Vida e obra. *In: Os pensadores*. Escritos coligidos de Charles Sanders Peirce. São Paulo: Abril, 1980.

EISENBERG, José. Pragmatismo jurídico. *In: Dicionário de filosofia do direito*. Vicente de Paulo Barretto (org). São Leopoldo/ Rio de Janeiro: Unisinos / Renovar, 2006.

FARBER, Daniel. **Ecopragmatism**: Make sensible environmental decisions. *In: An uncertain world*. University of Chicago press, 1999.

FEITOSA, Enoque. **Direito e humanismo nas obras de Marx no período de 1839-1845**. Dissertação de Mestrado. Recife: UFPE, 2004.

FERREIRA, Fernando Galvão de A. Realismo jurídico. *In: Dicionário de filosofia do direito*. Vicente de Paulo Barretto (org). São Leopoldo/ Rio de Janeiro: Unisinos / Renovar, 2006.

FRANK, Jerome. **Law and the modern mind**. New York: TRANSACTION PUB, 2009.

FREITAS, Lorena; FEITOSA, Enoque. Acerca da vocação pragmática do realismo jurídico Americano a partir das idéias de Benjamin Cardozo sobre a natureza do direito. *In: Anais do 10o Encontro Internacional de Pragmatismo*. Disponível em http://www.pucsp.br/pos/filosofia/Pragmatismo/eventos/10enc_prag/10_enc_ingl_com_abstracts.htm.

FREITAS, Lorena. **Além da toga**: uma pesquisa empírica sobre ideologia e direito. Recife: Bagaço, 2009.

GIUSTI, Ernesto. Benjamin Nathan Cardozo. *In: Dicionário de filosofia do direito*. Vicente de Paulo Barretto (org). São Leopoldo/ Rio de Janeiro: Unisinos / Renovar, 2006.

GRAMSCI, Antonio. **Os intelectuais e a organização da cultura**. 5.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1985.

GRAY, John Chipman. The nature and sources of the law. *In*: FISHER, William; HORWITZ, Morton; HOLMES, Oliver Wendell. **The common law**. Boston: Little Brown, 1881.

_____. Holmes and legal pragmatism. *In*: **Stanford Law Review**. N.41, p. 787-870. California: Stanford University press, 1989.

_____. Holmes on the Logic of the Law. *In* **The Path of Law and its Influence: The Legacy of Oliver Wendell Holmes**. Cambridge/ England: New York/ Cambridge University Press, 2000.

HAACK, Susan. O universo pluralista do direito: em direção a um pragmatismo jurídico neo-clássico. *In*: **Direito, Estado e Sociedade**. N 33, jul.-dez., 2008, Rio de Janeiro: PUC- Rio, 2008.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.

HEGEL, G. W. F. Sobre as maneiras científicas de tratar o direito natural. São Paulo: Loyola, 2007.

HOLMES JR., Oliver Wendell. The path of the law. *In*: FISHER, William; HORWITZ, Morton; REED, Thomas (edt.). **American Legal realism**. New York: Oxford University Press, 1993.

_____. **The Common Law**. New York: Kaplan, 2009,

IBRI, Ivo Assad. As conseqüências de *conseqüências práticas* no pragmatismo de Peirce. *In*: **Cognitio**. Centro de Estudos do Pragmatismo – Dept. Filosofia PUC-SP. N. 1. Nov. São Paulo: EDUC; Palas Athena, 2000..

_____. **Kósmos noëtós**: arquitetura metafísica de Charles S. Peirce. São Paulo: Perspectiva, 1992.

IMAGUIRE, Guido; BARROSO, Cícero. **Lógica**: os jogos da razão. Fortaleza: UFC, 2006.

JAMES, William. The principles of psychology. *In*: **Great books of the western world**. N. 53. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1952.

_____. Pragmatismo e outros textos. *In*: **Os pensadores**. Trad. Pablo Rubén Mariconda. V. XL. São Paulo: Abril cultural, 1974.

_____. **Pragmatism**. New York: Dover, 1995.

_____. **A vontade de crer**. São Paulo: Loyola, 2001.

KELLOGG, Frederic. **Oliver Wendell Holmes Jr.:** Legal theory and judicial restraint. Reading for lecture. N.3. chapters 1-3. S.n.: Mimeo, 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KERVÉGAN, Jean-François. **Hegel, Carl Schmitt: O político entre a especulação e a positividade**. São Paulo: Manole, 2009.

LANIGAN, Richard. From Enthymeme to abduction: the classic law of logic and the postmodern rule of rhetoric. *In: Recovering pragmatism's voice: the classical tradition, Rorty and the philosophy of communication*. New York: State University of New York, 1995.

LATORRE, Angel. **Introdução ao Direito**. Coimbra: Almedina, 1979.

LLOYD, Denis. **A idéia da lei**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. Carl Schmitt. *In: Dicionário de filosofia do direito*. Vicente de Paulo Barretto (org). São Leopoldo/ Rio de Janeiro: Unisinos / Renovar, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. Sobre a chamada "relativização" da coisa julgada material. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 448, 28 set. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5716>>. Acesso em: 13 out. 2009.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã: teses sobre Feuerbach**. São Paulo: Centauro, 2005.

MARX, Karl. "Crítica ao Programa de Gotha". *In: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. Textos*. V.1. São Paulo: Edições Sociais, 1977.

MENAND, Louis. **The metaohysical club**. London: Flamingo, 2002.

MINOW, Martha L. Accommodating Integration. *In: University of Pennsylvania Law Review*. N.1571. *PENNumbra* 1, ano 2008. Disponível em <<http://www.pennumbra.com/responses/10-2008/Minow.pdf>>.

MIRANDA, Pontes. **Comentários ao código de processo civil**. Tomo V. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MORRIS, Clarence (org.). **Os grandes filósofos do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MORRIS, Clarence (org.). **Os grandes filósofos do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MURPHY, John. **O pragmatismo: De Peirce a Davidson**. Coimbra: Asa, 1990.

NÓBREGA, Flavianne. **Pragmatismo e Raciocínio Abudutivo: A contribuição de Charles Sanders Peirce para o Direito**. Dissertação de Mestrado. Recife: UFPE, 2007.

OLIVEIRA, José Luciano Góis de. A lei é o que o Senhor Major quiser! Algumas achegas sociológicas ao princípio da legalidade no Brasil. *In*: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João (coords.). **Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PEIRCE, Charles Sanders. **Philosophical Writings of Peirce**. Selected and edited by J. Buchler. New York: Dover, 1965.

_____. **How to make our ideas clear**. Disponível em <<http://www.peirce.org/writings/p119.html>>. 12 pp. Acesso em 17/09/05.

_____. **Conferências sobre pragmatismo**. (Conferência V). Col. Os pensadores. São Paulo: Abril, 1980.

_____. **Algumas conseqüências de quatro incapacidades**. Col. Os Pensadores. São Paulo: Abril cultural, 1980.

_____. Dedução, indução e hipótese. *In*: **Ilustrações da lógica da ciência**. São Paulo: Idéias e letras, 2008.

_____. **Selected writings**. New York: Dover Publ, 1996.

PESSOA JR., Osvaldo. Contexto de descoberta e de justificação. *In*: **Filosofia da física clássica**. São Paulo: USP, 2007.

PLATÃO. **Diálogos: Fedro – cartas – o primeiro Alcibíades**. Trad. Carlos Alberto Nunes. 2.ed. rev. Belém: UFPA, 2007.

PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

POSNER, Richard A. **Cardozo: A study in reputation**. Chicago and London: The University of Chicago, 1990.

_____. **El análisis económico del derecho**. México: Fondo de Cultura, 2007.

_____. **Direito, pragmatism e democracia**. São Paulo: Forense, 2010.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. A interpretação dos fatos no direito. In: **Prim@facie**. Ano 2, n.2, p. 8 -18, jan.-jun. 2003. Disponível em <http://www.ccj.ufpb.br/primafacie/prima/artigos/n2/artigo_1.pdf>. Acesso em 11mar 2009.

REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REGO, George Browne. A tolerância: um exemplo de valor fundamental na ética do direito. In: **Perspectiva filosófica**. Volume II, nº 4 e 5. Recife: DF / CFCH / UFPE, 1994.

_____. Algumas considerações e inferências em torno de um artigo de Denis Goulet acerca do tema 'Ética do desenvolvimento'. In: **Perspectiva filosófica**. Volume II, nº 6 e 7. Recife: DF / CFCH / UFPE, 1995.

_____. William James e outra vertente do pragmatismo: o psicologismo fenomenológico. In: **Anuário dos cursos de pós-graduação em Direito**. Nº 12. Recife: UFPE / FDR / PPGD, 2002.

_____. O pragmatismo de Charles S. Peirce: conceitos e distinções. In: **Anuário dos cursos de pós-graduação em Direito**. Nº 13. Recife: UFPE / FDR / PPGD, 2003.

_____. Considerações em torno do pragmatismo e da filosofia jurídico-pragmática de Oliver Wendell Holmes Jr. In: **Anuário dos cursos de pós-graduação e direito da UFPE**. N. 17. Recife: Ed. Universitária UFPE, 2007.

REED, Thomas (edt.). **American Legal realism**. New York: Oxford University Press, 1993.

ROSS, Alf. **Direito e justice**. 2.ed. rev. São Paulo: EDIPRO, 2007.

SEHNEM, Felix. Embargos declaratórios . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 61, jan. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3681>>. Acesso em: 07 set. 2009.

SHAKESPEARE, William. Measure for measure. *In: The complete works*. New York: Harper e Row, 1953.

SHOOK, John. **Os pioneiros do pragmatismo americano**. Rio de Janeiro: DPeA, 2002.

SOBOTA, Katharina. Não mencione a norma! Trad. João Maurício Leitão Adeodato. *In: Anuário da pós-graduação em direito da Faculdade de Direito do Recife*, N° 7. Recife: UFPE, 1996.

SOUTO, Cláudio. **Ciência e ética no direito**: uma alternativa de modernidade. Porto Alegre: SAFE, 1992.

TOCQUEVILLE, Aléxis de. **Democracy in América**. New York: Mentos books, 1960.

TONET, Ivo. **Pluralismo metodológico**. Em <http://web51.hosting.xpg.com.br/xpg2.0/0/i/v/ivotonet/arquivos/pluralismo_metodo_logico.pdf> . Acesso em fev.2011.

TUZET, Giovanni. Legal abduction. *In: Cognitio*. Revista de Filosofia. Centro de Estudos do Pragmatismo. PUC-SP. São Paulo: EDUC, v.6, n.2, p. 265 – 284, jul./dez. 2005.

TUZZI, Giovanni. **Legal abductions**. Disponível em <<http://www.jurix.nl/pdf/j03-05.pdf>>. Acesso em 20 ago. 2008.

THIRY, Philippe. **Noções de lógica**. Lisboa: Edições 70, 1996.

VIANNA, Luiz Wernneck, *et alii*. **Corpo e alma da magistratura brasileira**. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

VICO, Giambattista. **Elementos de retórica**: El sistema de los estudios de nuestro tiempo y principios de oratória. Madrid: Trotta, 2005.

VOLPI, Franco. Filosofia prática. *In: Monique Canto-sperber (org). Dicionário de ética e filosofia moral*. São Leopoldo: Unisinos, v. 1, 2003.

WAAL, Cornelis de. **Sobre pragmatismo**. São Paulo: Loyola, 2007.

WITTGENSTEIN, L. **Investigações filosóficas**. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

GLOSSÁRIO¹⁹¹

ABDUÇÃO

É a adoção probatória da hipótese. A criação que a abdução que pressupõe este raciocínio - quer das premissas (fundamentadoras da dedução) quer das teorias (fundamentadoras da indução) – torna-o, deste modo, exterior aos dois tipos tradicionais de raciocínio. Esta inferência criativa é o que Peirce denominou de abdução e cuja conclusão é fazer uma mera sugestão de que algo *pode ser*; é uma inferência hipotética, na medida em que não garante uma verdade mas uma probabilidade.

ARBITRARIEDADE

Característica de decisões que escapam ou se sobrepõem aos constrangimentos da atividade dogmática; respondem tão somente ao arbítrio do julgador. Denota em especial o referencial das teorias decisionistas. Expressão usada em oposição à discricionariedade.

COISA JULGADA

Art. 5º, XXXVI, CF “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, assim o texto constitucional traz este ponto de partida inegável do ordenamento jurídico brasileiro. A coisa julgada significa que determinada

¹⁹¹ Optou-se por acrescentar este elemento pós-textual para facilitar a distinção semântica dos termos e prezar por uma maior precisão terminológica. Contudo, aqui os termos são apresentados sucintamente, diferentemente do trato e eles conferido no corpo da tese.

sentença judicial não comportará mais recurso. Esta qualidade conferida à decisão tornando-a imutável tem origem no direito romano e sua pretensão tem razões de ordem prática: pacificação social e certeza do final do processo, que podem ser sintetizados sob a rubrica da segurança jurídica.

DECISIONISMO

Perspectiva hermenêutica oriunda dos Estados totalitários, v.g. leia-se Nazismo, em que o Estado ao estabelecer o direito não poderia admitir oposição e nenhum indivíduo dentro dele teria autonomia. A fonte de todo direito não é o comando enquanto comando, mas a autoridade ou soberania de uma decisão final que vem tomada junto com o comando. A ênfase concedida ao problema da decisão em Carl Schmitt na filosofia política fez com que o seu pensamento viesse a ser indissociado da idéia de decisionismo.

DISCRICIONARIEDADE

Expressaria em termos jurídicos a livre convicção do julgador na tomada de decisão, contudo ressaltando que este “livre” não significa um extrapolar dos parâmetros normativos estipulados pelo ordenamento jurídico. Assim, ressalta a inegabilidade dos pontos de partida como característica do direito dogmaticamente organizado.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Instituto recursal que visa o esclarecimento da declaração feita pela sentença ou acórdão quando contém ponto omissos. Obscuro ou contraditório. É remédio processual disciplinado pelos artigos 535 a 538 CPC.

FRONÉTICA

Campo da retórica analítica que tem o centro de referência no sujeito. Pensar na relação sujeito – sujeito é o primeiro desdobramento da fonética no que se chama o campo da agônica; sujeito – objeto é a ergônica; e sujeito – signo é a fitanêutica.

PRAGMATISMO FILOSÓFICO

Vertente da filosofia prática dado que sua principal característica é a de “se reivindicar como uma filosofia da ação”. Tem caráter genuinamente estadunidense, refletindo características do próprio estilo de vida americano e desenvolveu-se a partir de alguns ensaios clássicos, de autoria de Charles Sanders Peirce, de William James, de John Dewey e de Oliver Wendell Holmes Jr., juiz da suprema corte norte-americana, precursor do realismo jurídico e representante do pragmatismo no ambiente forense. O pragmatismo é fundamentalmente uma teoria do conhecimento que visa a dar uma resposta à pergunta “Como se dá o conhecimento?”. O texto que inaugura e inspira o

movimento intitula-se *Como tornar claras as nossas idéias*, escrito por Peirce em 1878.

PRAGMATISMO JURÍDICO

Tese aqui defendida de que tal expressão seria de melhor adequação para se falar do realismo jurídico por considerar que este movimento jusfilosófico transcende a um método, sendo, pois uma metodologia do direito. Entender historicamente/ teoricamente o movimento da década de vinte que tem como expoentes Holmes, Cardozo etc é identificar um método, uma linguagem-objeto que se manifestava na prática judicial daqueles juristas de forma crítica em relação à lógica tradicional de se compreender o direito. Optou-se nesta tese em tomar a expressão pragmatismo jurídico em detrimento do realismo por se considerar que o pragmatismo se revela como uma metodologia¹⁹², isto é, meta-linguagem que pretende otimizar (interferir/ atuar) o nível material ou existencial (método), sendo assim a metodologia um segundo nível (estratégico ou prático).

REALISMO JURÍDICO NORTE-AMERICANO

Contextualmente, o pragmatismo jurídico é uma escola da teoria do direito que nasceu nos EUA no início do século XX tendo por principal característica o esforço de aplicar a tradição filosófica do pragmatismo ao problema da interpretação jurídica. Ficou conhecido pelo trabalho de Oliver Holmes, Roscoe Pound e

¹⁹² Na esteira da gradação proposta por João Maurício Adeodato a partir dos níveis retóricos de Ottmar Ballweg *pari passu* a Metodica Estruturante de Müller.

Benjamin Cardozo. O termo realismo jurídico é utilizado para descrever a teoria e a prática desses juristas devido à resistência que demonstraram ao formalismo excessivo da tradição jurídica americana.

REALISMO JURÍDICO ESCANDINAVO

Também conhecido como Escola de Upsala, traz ênfase maior na perspectiva lingüística como característica de seu realismo jurídico e cujos expoentes são Axel Hägerstrom, Karl Olivercrona, Alf Ross. Tem em comum com o realismo norte-americano a atitude empírica em relação ao direito, expressando-se na aversão à discussão sobre valores, considerada metafísica. Diferentemente do americano que é mais psicologizante, este é mais especulativo.

RETÓRICA (Níveis)

A *retórica material*, de primeiro nível, encontra-se no processo de condensação da linguagem comum em direção às linguagens de controle¹⁹³. Por linguagem de controle entendemos a comunicação mesma voltada para efetividade de esferas sociais como do direito, do poder, do amor etc, é, pois, inerente à própria condição humana como dado da interação que a fala proporciona no sentido da sociabilidade; o segundo nível, *retórica estratégica ou prática*, como o próprio termo já acena, tem uma característica reflexiva, construída “em cima” da retórica material, i.e., é o primeiro grau de reflexão em que a retórica material serve de

¹⁹³ BALLWEG, *op. cit.*, p. 176.

objeto. Temos então um vocabulário filtrado da linguagem comum, filtrado por ser estrategicamente trabalhado na direção prática a que o discurso visa; a *retórica analítica* é o último e tem caráter descritivo diferentemente do segundo nível que tem aspecto prescritivo. Centra-se na observação que se forma a partir dos dois níveis anteriores, sendo, pois uma metódica. Concretamente é o olhar externo, de quem estuda, um segundo nível reflexivo ou uma meta-reflexão retórica.

***SOCIOLOGICAL JURISPRUDENCE* ou Jurisprudência Sociológica**

Termo cunhado pelo jurista Americano Roscoe Pound (1870–1964) para descrever sua abordagem sobre o entendimento da lei. Aparece nos seus *papers* publicados entre 1905 e 1923 pela Harvard Law School em que criticava a prevalência da concepção que ele denominou de *mechanical jurisprudence*. Expressa um ceticismo crítico quanto à idéia de que as decisões resultariam apenas de deduções lógicas a partir de premissas axiomáticas.

O termo é frequentemente reconhecido como expressão inicial do movimento conhecido como Realismo Jurídico. Contudo, realistas como Karl Llewellyn - ainda que herdeiros da jurisprudência sociológica - têm apenas em comum com Pound o ceticismo, visto que este último não referenda todas as premissas do realismo.

Freitas, Lorena de Melo

O realismo jurídico como pragmatismo: a retórica da tese realista de que direito é o que os juízes dizem que é direito / Lorena de Melo Freitas. – Recife : O Autor, 2009.

166 folhas : gráficos.

Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2011.

Inclui bibliografia e glossário.

1. Realismo jurídico - Análise retórica. 2. Pragmatismo jurídico. 3. Filosofia do direito - Estados Unidos. 4. Atividade jurisdicional. 5. Cardozo, Benjamin Nathan, 1870-1938. 6. Holmes Jr, Oliver Wendell, 1841-1935. 7. Decisão judicial - Estados Unidos. 8. Processo decisório - Julgamento - Doutrinas e controvérsias - Estados Unidos. 9. Juiz - Capacidade jurídica - Estados Unidos. 10. Teoria do Direito - América do Norte. 11. Retórica. 12. James, William - Peirce, Charles Sanders. I. Título.

340.12

CDU (2.ed.)

UFPE

340.1

CDD (22.ed.)

BSCCJ2011-007