



REALISMO JURÍDICO E TEORIA DO DIREITO: DIREITO COMO DECISÃO JUDICIAL

Legal realism and theory of law: law as judicial decision

Jeanine Nicolazzi Philippi

UFSC – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós Graduação em Direito; Florianópolis, Florianópolis, SC, Brasil

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9596431565707984> ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6500-1587>

E-mail: jeaninenicolazzip@gmail.com

William Hamilton Leiria

UFSC – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós Graduação em Direito; Florianópolis, Florianópolis, SC, Brasil

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7382148799595700> ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-8797-4371>

E-mail: williamleiria@me.com

Trabalho enviado em 21 de março de 2022 e aceito em 15 de maio de 2022



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.



Rev. Quaestio Iuris., Rio de Janeiro, Vol. 16, N.03, 2023, p. 1309 - 1335

Jeanine Nicolazzi Philippi e William Hamilton Leiria

DOI: 10.12957/rqi.2023. 66129

RESUMO

O artigo aborda o realismo jurídico estadunidense como uma teoria do direito, ressaltada a decisão judicial como elemento principal. Procede-se com uma contextualização histórica do realismo jurídico, buscando suas origens nas décadas de 1910 e 1920, nas universidades de Yale e Columbia. Explora-se um debate entre os juristas Karl Llewellyn, Jerome Frank e Roscoe Pound sobre a questão do realismo no âmbito da teoria do direito. Por fim, analisa-se os escritos dos principais expoentes do realismo jurídico estadunidense, buscando identificar uma teoria do direito comum, delimitando-lhe um elemento central. Apesar de suas diferentes vertentes, pode-se reconhecer esse núcleo comum na decisão judicial. Conclui-se que o realismo jurídico é uma teoria do direito que define direito como decisão. Ao recusar a ideia do direito como um corpo consolidado de regras e afastar a normatividade do campo do direito, o reduz ao julgamento de cada juiz. O juiz é apresentado como um soberano, que, livre de amarras, cria direito com cada uma de suas decisões. O trabalho contribui com a escassa literatura nacional sobre o tema e pode servir como um novo ponto de partida para a compreensão de fenômenos como a judicialização da política e o progressivo ajuste do direito brasileiro a uma percepção, muito particular, do sistema da *common law*.

Palavras-chave: realismo jurídico; decisão; teoria do direito; direito; *common law*.

ABSTRACT

The article approaches the American Legal Realism as a theory of law, emphasizing the judicial decision as its main element. It proceeds with a historical contextualization of Legal Realism, seeking its origins in the 1910s and 1920s, at Yale and Columbia. A debate between jurists Karl Llewellyn, Jerome Frank and Roscoe Pound on the issue of realism within theory of law is explored. Finally, the writings of the main exponents of the Legal Realism are analyzed, seeking to identify a common theory of law, delimiting a central element to it. Despite its different aspects, this common core can be recognized in the judicial decision. It is concluded that Legal Realism is a theory of law that defines law as decision. By refusing the idea of law as a *corpus iuris* and removing normativity from the field of law, Legal Realism reduces it to the decision of each judge. The judge is presented as a sovereign, who, free from ties, creates law with each of his decisions. The work contributes to the scarce national literature on the subject and can serve as a new starting point for the understanding of phenomena such as the judicialization of politics and the progressive adjustment of Brazilian law to very particular perception of the common law system.

Key words: legal realism; decision; theory of law; law; common law.

INTRODUÇÃO

Caminha-se, no Brasil, a passos largos para a *common law*, já observara Teori Zavascki quando da promulgação do novo Código de Processo Civil, no qual surgiram mecanismos de consolidação e estabilização de jurisprudência. O que isso significa? Ao lado do direito romano-germânico, a *common law* é uma das grandes tradições jurídicas ocidentais; se o primeiro é um direito legislado, a segunda identifica um direito jurisprudencialmente construído. Apesar das diferenças entre essas tradições, em ambas há o respeito pela norma posta pelo legislador ou pelo juiz. A fala de Zavascki se insere também – e talvez isso seja mais elucidativo – em um contexto no qual o neoconstitucionalismo – uma teoria que defende a expansão da jurisdição constitucional e um novo modelo de interpretação constitucional – invade o discurso e as práticas jurídicas brasileiras, realçando a figura do juiz e sua independência em relação à lei que deve aplicar. A adaptação do direito brasileiro ao sistema da *common law* parece se referir mais à liberdade do juiz em criar direito no caso concreto do que ao respeito por um direito gradual e jurisprudencialmente construído nas cortes, em observância às leis e aos precedentes. Assim, trata-se de liberar o juiz de suas amarras, transformando o direito em decisão judicial.

Essa compreensão da *common law* rompe, no entanto, com as elaborações de teóricos clássicos da tradição anglo-saxã, como Herbert Hart e, mesmo, Ronald Dworkin. Ainda que em perspectivas diferentes, ambos os juristas colocam limitações à discricionariedade do juiz; o primeiro ao se referir à moldura aberta, o segundo tratando o direito como um romance em cadeia. Neste trabalho, buscou-se encontrar, no âmbito da *common law*, uma teoria do direito que concebesse o direito e o papel dos juízes que se aproximasse de como esses se apresentam no Brasil de hoje. Nesse sentido, o presente artigo volta-se para o realismo jurídico, teoria – desenvolvida no começo do século XX nos Estados Unidos da América – que confere especial ênfase ao juiz como “produtor” do direito.

O realismo jurídico estadunidense não configura uma teoria homogênea do direito. Inúmeras são as controvérsias que gravitam em torno dessa escola avaliando os seus adeptos, os seus argumentos e, inclusive, a sua classificação como uma teoria do direito, uma técnica ou um movimento. Apesar de os juristas considerados realistas não terem produzido uma obra linear, e de não se proporem, especificamente, a elaborar uma teoria do direito, é possível abordar o realismo jurídico como uma teoria do direito, uma vez que se pode retirar um conceito de direito de tais escritos. Considerando a heterogeneidade daquilo que comumente é identificado como realismo jurídico, o presente trabalho tem como problema a questão se é possível definir o realismo jurídico

como uma teoria do direito; e, como hipótese, que trata-se de uma teoria do direito cujo elemento principal é a decisão judicial.

Não se pretende aqui fazer o cotejo entre tal teoria e a prática e o discurso jurídicos brasileiros, o que requereria outro trabalho; porém, o estudo do realismo jurídico no Brasil hoje se mostra relevante por lançar luz sobre as implicações de um direito que não é mais norma – lei, para o direito romano-germânico, ou jurisprudência, para a *common law* –, mas decisão judicial. Além disso, o trabalho versa sobre os escritos de diversos juristas comumente não estudados no Brasil, os quais influenciaram o desenvolvimento da teoria do direito nos Estados Unidos; de forma que estudá-los pode permitir, também, uma melhor compreensão de autores como Hart, Dworkin e de movimentos *Análise Econômica do Direito* e *Critical Legal Studies*.

Para a escrita deste artigo, adotou-se um método de procedimento bibliográfico, recorrendo-se, principalmente, a fontes primárias, isto é, aos escritos dos juristas considerados realistas; e, secundariamente, consultou-se estudiosos estadunidenses do realismo jurídico. O método de abordagem utilizado foi o indutivo, partindo-se, primeiro, da reconstrução histórica do realismo – e, depois, do cotejo dos textos dessa corrente teórica – de modo a observar seus elementos comuns, ressaltando, por fim, a centralidade da decisão judicial na criação do direito. Pretende-se, portanto, contribuir a um só tempo histórica e teoricamente com a escassa literatura nacional sobre a temática. O trabalho é dividido em três partes: I – a origem e a ascensão do realismo jurídico – em que se observa o surgimento do realismo jurídico nas universidades estadunidenses de Yale e Columbia, a partir de juristas como Arthur Corbin e Walter Cook; II – a formação da jurisprudência realista – em que se explora a controvérsia realista entre Karl Llewellyn, Jerome Frank e Roscoe Pound; e III – teorias realistas do Direito – que busca analisar os escritos dos autores realistas, buscando-se reconhecer neles uma teoria do direito, cujo núcleo está na decisão do juiz. Assim, objetivou-se, respectivamente, em cada sessão: verificar como o realismo jurídico surgiu nos Estados Unidos; explorar o debate entre Llewellyn, Frank e Pound, apontando o desenvolvimento teórico do realismo jurídico, bem como a importância de tal debate na disseminação de tal corrente; e reconhecer uma teoria do direito realista a partir dos escritos dos principais autores realistas.

Ressalta-se, por fim, que o presente trabalho é uma adaptação da monografia XXXX do Autor, orientada pela Autora, defendida em 2018 na Universidade XXXX.

A ORIGEM E A ASCENSÃO DO REALISMO JURÍDICO

O pensamento jurídico estadunidense, no início do século XX, estava fortemente marcado pelo pensamento de dois juristas que foram ministros da Suprema Corte: Oliver Wendell Holmes Jr. e Benjamin Nathan Cardozo. Apesar de ter escrito ainda no século XIX, Holmes é considerado o “pai” do realismo jurídico ao romper com o formalismo jurídico que, para ele, transforma o estudo do direito em um mistério. Para Holmes, o direito é fruto da história, da experiência e da cultura, em constante modelagem pelos juízes (HOLMES, 2016); por isso, para saber o que o direito é, e o que ele será, torna-se necessário dirigir o olhar para os tribunais uma vez que ele, consiste, justamente, na profecia dessas judicaturas. (HOLMES, 2009). Holmes traz para a teoria do direito estadunidense, diversos elementos que marcariam o pensamento jurídico do começo do século XX, como: o ceticismo quanto às regras; uma teoria da predição do direito; a função legislativa das cortes; e, uma confusão entre direito e política. Como Ministro da Suprema Corte, Holmes marcou o direito de sua época especialmente no julgado *Lochner vs. New York* (1905), em que seu voto, vencido, defendeu a constitucionalidade de uma lei que limitava a jornada de trabalho. Para ele não se poderia declarar tal lei inconstitucional, porque a Constituição não trazia uma teoria econômica – nem o paternalismo estatal, nem o *laissez-faire* – e tampouco a teoria de Herbert Spencer. Assim, a corte deveria respeitar a vontade do povo manifesta em lei.

Como Holmes, Cardozo influenciou uma geração de juristas estadunidenses ao proferir, nos anos de 1922 e 1923, na Universidade de Yale, as palestras que seriam posteriormente publicadas como *The nature of judicial process* e *The growth of the law*. Partindo do pressuposto de o direito ser algo mais que a lei, Cardozo encontra o seu verdadeiro fundamento na atuação dos juízes, mas busca modular a liberdade dos magistrados de forma que não se caia em nenhum dos dois extremos: I – o direito como *stare decisis*¹, em que o juiz se torna a boca-do-precedente; e II – o direito como sucessão de casos isolados, que o converte em decisão judicial e destrói o próprio *corpus iuris*. Cardozo, assim, acaba por flexibilizar a regra dos precedentes, enaltecendo o poder criativo do juiz – que pode, mas não deve contrariar a lei (CARDOZO, 1940, 2004).

A partir do pensamento de Holmes e Cardozo, o realismo jurídico foi se estruturando, primeiramente como uma crítica ao ensino jurídico das principais Universidades dos Estados Unidos. Entre 1914 e 1931, Arthur Linton Corbin, Wesley Newcomb Hohfeld, Wheeler Cook,

¹ A regra do precedente determina que os casos anteriores devem auxiliar no julgamento dos novos casos. Na primeira metade do século XIX, como fruto de uma tendência legalista, a regra se consolidou com a doutrina do *stare decisis*, explicada pelo adágio *stare decisis et non quieta movere* – que se continue com as coisas decididas e não se mova nas quietas. Conforme essa doutrina, a regra de direito se encontra na *ratio decidendi* (ou *holding*) de um caso passado, isto é, em seu fundamento. Cf. DAVID, 2014, p. 428.

William Underhill Moore e Karl Llewellyn – juristas que, posteriormente foram reconhecidos como realistas – passaram pela Universidade de Yale. Nessa época, ao contrário de Harvard que já adotava o método langdelliano – caracterizado pelos *cases books*² –, Yale mantinha-se fiel a uma metodologia conservadora que buscava explicitar os princípios do direito (TWINING, 2014). Na década de 1920, Arthur Linton Corbin e Wheeler Cook – levando em consideração os ensinamentos de Holmes e de Cardozo – buscaram modernizar o ensino jurídico, a fim de permitir uma adequada conexão entre a teoria e a prática jurídica; e, assim, projetaram a Universidade de Yale no cenário jurídico dos Estados Unidos.

Arthur Corbin criticava tanto a abordagem metodológica de Langdell como o método conservador de Yale. Guiado por uma preocupação pedagógica, criticava a desconexão entre a teoria e a prática jurídica, assinalando a necessidade de compreender a ciência do direito em sua relação com a vida. Entender o direito, para Corbin, significava não só a compreensão dos princípios gerais dos julgados – as *rationes decidendi* –, como também a dos fatos nos casos levados à apreciação dos tribunais. Apenas agindo assim, o teórico do direito poderia transpor o abismo entre o que é dito sobre uma decisão e aquilo que foi deliberado, uma vez que a decisão judicial é influenciada tanto pelos fatos quanto pelos fundamentos legais, como os precedentes. Na medida em que um sistema de justiça não é eterno, o direito – para Corbin – não poderia ser um simples produto de uma aplicação dedutiva de princípios; ao contrário, como parte dos *mores* de uma sociedade, ele estaria em constante mudança (TWINING, 2014). Por isso, o verdadeiro valor e significado de uma regra não estaria dado *a priori*, mas dependeria dos fatos concretos da vida, nos quais um julgamento se baseia (CORBIN, 1965). Essa primeira forma de ceticismo em relação às regras jurídicas, esboçada por Corbin, não transformava as regras em mitos ou negava a sua existência (TWINING, 2014), mas afirmava apenas não ser possível excluir do direito toda lógica dedutiva, ou seja, propor a partir dos casos concretos generalizações para uma posterior dedução. Para Corbin, o processo de indução-dedução se daria por meio do método de tentativa e erro que, continuamente, permitiria verificar a sua viabilidade (CORBIN, 1914). A descrença de Corbin nos princípios abstratos e nas generalizações absolutas o levou a ressaltar o papel da pesquisa empírica no campo jurídico. Como Langdell, Corbin trata o direito como ciência, mas ao contrário do primeiro – que entendeu o direito como uma ciência natural –, aborda-o como uma ciência social (TWINING, 2014).

² O método dos *case books* foi desenvolvido por Christopher Columbus Langdell, o primeiro diretor da faculdade de direito da Universidade de Harvard, entre os anos 1870 e 1895. O foco do jurista foi apresentar o direito como um sistema jurídico coeso e coerente. Formulou e implementou, para guiar o ensino na faculdade, os *case books*, coletâneas dos casos mais relevantes de cada matéria, mostrando seus fundamentos e precedentes. Cf. PARKER, 2011, p. 252.

Da mesma forma que Corbin, Walter Cook enfatizava a analogia científica dedicando-se a demonstrar, em sala de aula, como uma mesma teoria poderia ser utilizada pelos juízes para fundamentar conclusões opostas. Cook negava a *common law* como um corpo de regras e princípios desvendado indutivamente e aplicado dedutivamente (TWINING, 2014). Com o intuito de compreender efetivamente o direito – ou seja, como ele opera – Cook dirigiu a sua atenção para o comportamento dos juízes e legisladores para compreender como esses operadores do direito atuaram no passado e, a partir dessa análise, prever como poderão se comportar no futuro. Para Cook, uma regra de direito é aquela que possibilita, a partir de atuações passadas, uma correta previsão das atuações futuras dos agentes estatais (COOK, 1924, 1927).

Os trabalhos de Corbin e de Cook não são particularmente originais para a teoria do direito, uma vez que o núcleo do pensamento desses autores já havia sido antecipado por Holmes e Cardozo. A importância desses professores de Yale na história do realismo jurídico não pode, contudo, ser desconsiderada. A reafirmação da incerteza no âmbito do direito e a preocupação em relação às considerações não jurídicas subjacentes às decisões judiciais, por eles trabalhadas, contribuíram não apenas para concretizar o que ficou conhecido como jurisprudência sociológica, mas para a formação de uma ciência empírica do direito, que destacava as falhas metodológicas das teorias do direito cujas pesquisas limitavam-se às bibliotecas (TWINING, 2014).

Em 1919, Walter Cook foi contratado pela faculdade de direito de Columbia onde encontrou em William Underhill Moore uma parceria para a proposição de uma nova abordagem do ensino jurídico em uma instituição bastante convencional. Moore e Cook pressionaram a Faculdade de Direito de Columbia a contratar Herman Oliphant, com quem compartilhavam as mesmas inquietações teóricas; após a contratação Oliphant, Cook retornou para Yale deixando para Underhill Moore e Oliphant a continuidade da construção do realismo jurídico em Columbia (TWINING, 2014).

Underhill Moore era cético em relação às regras jurídicas e, por isso, havia se afastado dos tradicionais campos do direito – como contratos e responsabilidade (*torts*) – para concentrar seus esforços teóricos na compreensão dos efeitos do direito no comportamento humano; assim, deixou de lado a classificação do direito em categorias abstratas e passou a estudar as situações fáticas nas quais estavam envolvidos os problemas jurídicos. Esse deslocamento em relação à compreensão do direito afastou-o de grande parte do corpo docente da Faculdade de direito de Columbia e o aproximou de professores mais jovens como Karl Llewellyn, Hessel Yntema e William Douglas. Quando criticou as escolas de direito por suas metodologias excessivamente estreitas e técnicas, Underhill Moore encontrou, também, no reitor de Columbia – Nicholas Butler – um forte aliado, a

quem sugeriu uma reavaliação crítica do ensino jurídico, de forma a estreitar as relações entre o direito, a ética e as ciências sociais (TWINING, 2014).

Na primavera de 1926, a discussão curricular na Faculdade de direito de Columbia teve início. Um grupo de professores, liderados por Oliphant, defendiam um estudo não dogmático do direito, a fim de compreender a sua função e avaliar seu desenvolvimento em contato com a vida, o que os levou a tomar o papel do direito na organização social como o principal objetivo da pesquisa científica. Paralelamente à proposta dos professores dirigidos por Oliphant, outros docentes de Columbia enfatizavam que o treinamento profissional deveria continuar sendo o ponto principal da atividade da faculdade, embora concordassem com o fato de que ele deveria ser orientado por uma abordagem radicalmente diferente daquela em vigor na instituição. Os professores de Columbia – divididos nessas duas correntes – tinham, no entanto, um ponto em comum: a compreensão de que a solução para os problemas de uma ordem social em mudança não estava contida nas normas e nos princípios estabelecidos formalmente a partir das decisões judiciais. Próximo ao pensamento de Holmes e Roscoe Pound, o corpo docente da faculdade de direito de Columbia concordava em relação à importância de uma abordagem interdisciplinar do direito que não se limitasse, portanto, às “clássicas” matérias jurídicas. Esse debate foi acirrado em 1928, com a aposentadoria precoce do diretor da faculdade de direito – Huger Jervey – quando os professores que compunham a primeira corrente defendiam a indicação de Oliphant para ocupar o cargo ora vago, enquanto os docentes que pertenciam à segunda corrente apoiavam Young Smith. Essa cisão – que enfraqueceu significativamente Columbia – acabou por separar os realistas em dois grupos: os *cientistas* – defensores da necessidade da pesquisa empírica como pré-requisito para integração entre o direito e as ciências sociais; e os “*prudentes*”³ – um grupo menos coeso, que tomou para si tanto as preocupações com a pesquisa quanto com o ensino jurídico, reformulando o método dos *case books*. Os *prudentes* permaneceram em Columbia, sob a direção de Young Smith, e continuaram as reformas curriculares na faculdade de direito; uma parte do grupo dos *cientistas* foi para Yale e a outra acompanhou Cook, que havia fundado o Instituto John Hopkins⁴ (TWINING, 2014).

³ Twining sugere os nomes de tais grupos a partir de uma divisão do estudo do direito em três ramos. A filosofia do direito – que versa sobre seus valores e fins, a ciência do direito – preocupada com sua descrição empírica, e a *jurisprudence* (*prudentia iuris*) – dedicada à produção e à aplicação do direito. Daí *cientistas* e *prudents*. Cf. TWINING, 2014, p. 54.

⁴ O *Johns Hopkins Institute for the Study of Law* foi fundado em 1928, logo após a crise na sucessão da direção da faculdade de direito de Columbia. O Instituto foi um experimento – falho, entre outras razões, pela falta de investimento depois do *crash* de 1929 – de pôr em prática as teorias de Walter Cook sobre ensino jurídico. Focou-se em pesquisa empírica no campo do direito, unindo três ideias principais: método científico, engenharia social e uma comunidade de professores. Cf. TWINING, 2014, 60-62.

Assim, observou-se que, a partir de um consenso acerca dos pensamentos de Holmes e de Cardozo, iniciou-se, a partir de 1918, uma série de discussões sobre o que é o direito e sobre a necessidade de um ensino jurídico que lhe seja efetivamente correspondente. Nesse primeiro momento, o debate se deu no âmbito do ensino jurídico e foi fomentado, principalmente, por Arthur Corbin, Walter Cook e William Underhill Moore, professores nas Universidades de Yale e Columbia. Seus trabalhos reafirmaram a incerteza no âmbito do direito, questionando o foco excessivo dado às regras e aos princípios jurídicos, o que se traduzia em uma abordagem exclusivamente dedutiva. Afirmando que a verdade sobre o direito não poderia ser encontrada por meio da mera generalização de princípios para posterior dedução e aplicação, propuseram um direito conectado com a vida, unindo teoria e prática e alavancando a pesquisa empírica no âmbito do direito, bem como abordagens interdisciplinares, influenciadas por outras ciências sociais.

A FORMAÇÃO DA *JURISPRUDÊNCIA REALISTA*

O movimento intelectual que havia se formado em Yale, a partir de 1918, e que, em 1928 – depois das discussões curriculares e da crise na sucessão da direção da faculdade de direito –, dividiu-se em duas vertentes distintas, não possuía, no entanto, um nome próprio. Procurando reunir sob uma metodologia coerente e sistemática o pensamento jurídico progressista pós-Primeira Guerra Mundial, Karl Llewellyn escreveu um artigo em que reuniu as discussões sobre as novas metodologias do ensino e da pesquisa em direito, denominando-as de *jurisprudência realista*. Graduado em Yale, onde também foi professor antes de se transferir para a universidade de Columbia, Llewellyn foi discípulo de Hohfeld, Corbin e Cook, assistiu às palestras de Cardozo e foi colega de Underhill Moore, Oliphant, Douglas e Yntema (HORWITZ, 1992; TWINING, 2014). Influenciado por esses juristas que se contrapunham ao pensamento jurídico clássico, Llewellyn apresentou, em 1929, na *American Association of Political Science* um trabalho, que foi publicado em 1930 no *Columbia Law Review*, intitulado *A realistic jurisprudence – the next step*.

Llewellyn (1930, p. 432, tradução nossa) iniciou o artigo afirmando que “o direito é tão amplo quanto a vida” e, com isso, justificou a sua recusa em defini-lo e conceituá-lo para não excluir do seu campo nada que pudesse ser relevante para a compreensão do fenômeno jurídico. As exclusões, afirmava Llewellyn, são sempre arbitrárias, e as delimitações levam o pesquisador a trabalhar nas periferias do objeto e não no seu núcleo ou ponto de referência. Inspirado em Pound, que havia distinguido o “direito nos livros” (*law in books*) e “direito em ação” (*law in action*), Llewellyn diferenciava as “regras de papel” (*paper rules*) das “regras reais” (*real rules*), para criticar a ciência do direito da época, segundo a qual o direito estava contido nas regras, cuja

autoridade provém do mero fato de estarem firmadas em papéis. Como mandamentos, as regras jurídicas, na perspectiva de Llewellyn, possuem, primariamente, uma função prescritiva que determina o modo como um cidadão ou um juiz deve se comportar. Por isso, a ênfase nos direitos, ou nos princípios, não permite compreender verdadeiramente o que é o direito, uma vez que as “normas de papel” não descrevem como ele é, mas prescrevem como ele deveria ser. Influenciado pelos discursos das ciências naturais em voga nos Estados Unidos e da pesquisa empírica dos seus antecessores, Llewellyn afirmava que as regras de direito são enunciados descritivos e não prescritivos, que podem ser cumpridos ou ignorados, tanto pelos agentes que têm o dever de aplicá-las quanto pelos destinatários que deveriam obedecê-las (LLEWELLYN, 1930). As palavras – acrescentava Llewellyn – não são tão importantes para o estudo do direito como se pensa, pois o seu ponto focal não reside “nas normas de papel”, mas na “área de contato entre o comportamento judicial (ou oficial) e o comportamento dos leigos” (LLEWELLYN, 1930, p. 442-443, tradução nossa).

Negando qualquer generalização sobre o direito antes de uma investigação comportamental dos juízes, dos oficiais do Estado e do povo governado, Llewellyn (1930, p. 444, tradução nossa) propõe uma “ciência [puramente] empírica do direito.” A bela cabeça da fábula de Fedro, desprovida de cérebro, que Kant definia, na Doutrina do Direito, como o estudo da legislação externa de um certo tempo e espaço, transmuta-se aqui na compreensão do comportamento dos juízes e oficiais do Estado tornando evidente o ponto de encontro entre o realismo comportamentalista (*behaviorista*) de Llewellyn e o positivismo jurídico, que define o direito como um conjunto de normas, criado por autoridade competente no âmbito do Estado. Embora toda a prescrição traga consigo um certo elemento prescritivo, elas com frequência não se realizam *in toto*; assim, as regras – ditas reais – são aquelas condicional ou efetivamente aplicadas, o que leva à compreensão da tarefa do *common lawyer* como sendo aquela de distinguir as regras reais daquelas que se tornaram letra morta (LLEWELLYN, 1930). Para Llewellyn, realisticamente, não existe apenas um direito, mas uma pluralidade de direitos. Há o direito do juiz que, embora tenha uma vantagem em função da sua posição de poder, quantitativamente possui uma importância menor em relação ao direito dos oficiais do Estado; e, o direito dos oficiais do Estado, que atinge mais diretamente os interesses dos leigos do que a própria sentença dos juízes, pois nem todos os cidadãos são levados aos tribunais, mas têm suas vidas guiadas pela burocracia estatal. Assim, poderia haver tantos mais direitos quanto forem os oficiais do Estado – juízes ou não –, que divergem entre si sobre o que é o direito e determinam as vidas das pessoas de formas diferentes entre si. Llewellyn reconhece, portanto, a existência de tantos direitos quantos forem os *leigos afetados*, e distingue,

como fator decisivo para determinar o que é o direito, a identificação daquele que detém a última palavra sobre cada caso (LLEWELLYN, 1930, 1931).

Destaca-se, aqui, uma questão que é tanto de eficácia como de competência. Determinante para descobrir o que é o direito é identificar quem detém a última palavra em matéria jurídica sobre determinado caso: o juiz ou outros oficiais do Estado. O realismo, para Llewellyn, permite reconhecer o direito tal qual ele se dá na prática. As coisas são tais quais elas são, e somente após uma verificação detalhada e realista da vida social que se poderia pensar como a vida e o direito deveriam ser; primeiro, portanto, uma teoria descritiva do direito, depois uma filosofia prescritiva. Llewellyn não recusa a possibilidade de trabalhar com valores e ideais no direito – ou seja, pensá-lo como um dever ser –, entende apenas que a ciência do direito não se encontrava suficientemente madura para fazê-lo e exigia ser pensada não a partir das palavras, mas das ações. Isso porque, em última instância, o direito surge dos embates entre grupos antagônicos que buscam o controle da máquina jurídico-política para ter o poder sobre os demais; por isso, ele é força, não um valor (LLEWELLYN, 1930).

No mesmo ano em que Llewellyn lançou, na revista da faculdade de direito de Columbia, *A realistic jurisprudence – the next step* (1930), Jerome Frank publicou *Law and the modern mind*, no qual tece – com auxílio do instrumental teórico da psicanálise – uma crítica radical ao que chamava de “fundamentalismo legal” e aos seus caudatários. O direito, para Frank, não passava de um substituto da religião, um sintoma de um pensamento infantil, preso à figura do pai incorporado no juiz infalível (*Father-as-Infalible-Judge*). Assim, para ele, seria preciso ultrapassar o mito básico da certeza e da racionalidade para poder reconhecer a completa indeterminação no direito, que não pode ser reduzido a um conjunto de regras e princípios; pois não há direito prévio no momento do julgamento, uma vez que criação e aplicação do direito coincidem, ou seja, todas as decisões são direito, não havendo mistério na ciência jurídica além desse. De acordo com Frank, o único jurista completamente maduro era Holmes, pois aceitava irrestritamente a incerteza no direito; a ciência do direito produzida por Langdell, Beale, Pound e Cardozo – que buscaram demarcar a incerteza do direito e lhe conferir algum grau de racionalidade – reproduzia unicamente um pensamento infantil (FRANK, 2017).

Os ataques de Frank aos professores da faculdade de direito de Harvard e à jurisprudência sociológica, levaram Roscoe Pound a publicar, em 1931, no *Harvard Law Review*, um artigo sobre o realismo jurídico intitulado *The call for realist jurisprudence*. Nesse texto, Pound argumenta que os juristas utilizam a expressão *realismo* não em sentido técnico-filosófico, mas com referência exclusiva à realidade, o que os leva a rejeitar toda racionalidade do direito como ilusão; em busca da realidade do direito, os juristas afastam a questão do dever-ser e, ao excluir a questão mais

complexa da teoria do direito, o realismo jurídico, por sua vez, apenas esboça aquilo que gostaria de afastar: uma ilusão da realidade. Essa abordagem realista radical – o “neorrealismo”, diz Pound – nega a existência de regras, princípios e doutrinas ao determinar que as decisões não encontram nelas o seu fundamento; para Pound, nada poderia ser mais irreal do que entender o direito como um conjunto de determinações particulares (POUND, 1931). Em *The call for realist jurisprudence*, Pound não especifica, contudo, quem são os autores realistas que ele questiona no seu artigo. Ao referi-los como “jovens professores de direito”, trata o realismo jurídico de forma genérica, descontextualizada e homogênea; assim, supõe-se que muitas incompreensões acerca da teoria realista do direito se deve a Pound e àqueles que escreveram sobre o assunto tomando como fundamento exclusivo *The call for realist jurisprudence*.

Em *Some realism about realism*, Llewellyn (1931) responde a Pound enfatizando que, diante da inexistência de uma escola realista do direito, é impossível fazer generalizações sobre o realismo jurídico. Nesse artigo, Llewellyn destaca vinte professores de Yale e Columbia⁵, cujo rigor dos escritos expõe a incompreensão de Pound sobre o realismo jurídico, e destaca nove pontos em comum que uniriam os autores realistas: I – o direito compreendido como movimento e como criação judicial; II – o direito visto como um meio para realizar fins sociais; III – a percepção de que a sociedade caminha em um ritmo mais rápido do que o direito; IV – o divórcio entre ser e dever-ser; V – a descrença nas tradicionais regras jurídicas; VI – a descaracterização das tradicionais fórmulas prescritivas como fator principal da produção de decisões das cortes; VII – a necessidade de agrupar casos e situações em categorias mais precisas; VIII – a avaliação do direito a partir dos seus efeitos; e, IX – o ataque programático do direito a partir dos oito pontos destacados. A partir desses pontos, Llewellyn esclarece que a novidade do realismo jurídico consiste, justamente, no esforço sistemático de analisar os problemas jurídicos consistentemente – e não apenas eventualmente –, por meio dessa metodologia que, no entanto, não configura uma escola realista, mas apresenta, apenas, a sua própria teoria

Some realism about realism não traz novidades quanto à teoria de Llewellyn, cujo núcleo já havia sido explicitado no artigo anterior. A resposta a Pound, no entanto, destaca duas questões particularmente interessantes para a compreensão da sua teoria: I – a abordagem da ação dos corpos administrativos, da regulação legislativa e dos julgados das cortes inferiores, que revela o conjunto dos oficiais que produz o direito; e, II – a exposição da estreita proximidade entre direito e política na esfera de atuação dos juízes. Diante de uma pluralidade de princípios aplicáveis por dedução –

⁵ Compõem a lista: W. Bingham, C. E. Clark, W. W. Cook, A. L. Corbin, W. O. Douglas, J. Francis, J. Frank, L. Green, J. C. Hutcheson, S. Klaus, K. N. Llewellyn, E. G. Lorenzen, W. U. Moore, H. Oliphant, E. W. Patterson, T. R. Powell, M. Radin, W. A. Sturges, L. A. Tulin, H. E. Yntema.

afirmava Llewellyn –, o juiz que invocasse meramente *stare decisis* para decidir, se esconderia atrás das palavras, fechando seus olhos para os fundamentos e para os efeitos políticos da sua decisão (LLEWELLYN, 1931). Uma escolha é sempre uma escolha política e, assim, a separação entre ser e dever-ser caberia apenas aos advogados ou àqueles que pretendem descobrir o que é o direito, a partir da atuação estatal jurisdicional ou administrativa. Para os juízes, ser e dever-ser estão sempre interligados, de forma que a sua atuação nunca pode ser considerada meramente jurídica, pois é sempre – e principalmente – política. O juiz, como qualquer outro oficial do Estado, cria o direito levando em consideração as leis, os precedentes e, principalmente, os fins da sociedade política a que pertence. As regras, no entanto, não condizem diretamente com o que é de fato posto em prática pelos oficiais e tribunais que podem aplicá-las parcialmente ou até mesmo ignorá-las; por isso, somente a partir da descrença nas regras pode-se prever como o direito será produzido efetivamente.

É preciso destacar que o objetivo de Llewellyn com o primeiro de seus artigos sobre a temática era, justamente, fundar o realismo jurídico como uma escola e, ao mesmo tempo, alçar-se ao nível de seu principal expoente. Sua resposta a Pound, no segundo de tais artigos, falha não só por contradizer seu objetivo primeiro, mas principalmente porque pretende defender uma posição individual homogeneizando a teoria de diversos juristas. Se, por um lado, é possível, de fato, reconhecer algumas das características apontadas no artigo nos escritos de alguns dos juristas elencados por Llewellyn, por outro, o rótulo de “realista” foi expressamente recusado pela maioria deles. Assim, o artigo que pretendia unificar uma posição realista acabou, ao contrário, por fragmentar ainda mais o movimento. Apenas Frank – que inclusive ajudara Llewellyn a escrever o trabalho, embora tenha se recusado a assiná-lo – permaneceu fiel e adotou sem reservas o realismo jurídico. Para Morton Horwitz (1992), a controvérsia realista entre Llewellyn e Pound suscita três problemas que merecem ser analisados. I – o aparente rompimento entre a jurisprudência sociológica e o realismo jurídico. Tanto a jurisprudência sociológica como o realismo jurídico são desenvolvimentos de um pensamento jurídico progressista que busca mostrar a relação entre direito e política, ocultada pelo pensamento jurídico clássico. Embora haja diferenças entre as correntes do pensamento jurídico pré e pós-Primeira Guerra Mundial, o progressismo legal pode ser identificado com a recusa do pensamento dedutivo e da limitação do direito às regras formais. Nessa perspectiva, é mais adequado pensar o realismo jurídico não como um rompimento com o pensamento jurídico anterior, mas como sua consequência, ou seja, como seu próximo passo.

Essa incompreensão colocada à época do desenvolvimento do realismo jurídico leva, então, ao segundo problema: II – a distorção do realismo jurídico, quando limitado à lista Llewellyn (HORWITZ, 1992). As idéias de Holmes e de Cardozo foram essenciais para a construção do movimento realista no direito, mas os autores não constam da lista de Llewellyn, assim como dela

não faz parte o próprio Pound. Os jovens professores de direito que compõem a lista de Llewellyn insistiam na coleta objetiva de fatos; no interesse pela psicologia do processo de racionalização; na preocupação com o funcionamento das regras e das instituições; bem como no reconhecimento de elementos não racionais no comportamento judicial. Para Horwitz, a lista revela a inaptidão de Llewellyn para trabalhar com a teoria do direito dos Estados Unidos, na medida em que limitou sua lista aos seus colegas de Yale e Columbia – alguns dos quais sem proeminência acadêmica, já naquela época. O núcleo da lista – Moore, Oliphant, Yntema, Douglas e Cook – priorizava a relação entre direito e ciências sociais, revelada a partir de pesquisas empírica, sendo que alguns desses autores apresentavam uma visão ingenuamente comportamentalista do positivismo jurídico. Para Horwitz (1992), portanto, as críticas de Pound ao positivismo, dogmatismo e reducionismo do realismo jurídico captaram bem as limitações do trabalho de Llewellyn. As ciências sociais – como a economia e a psicologia – foram, certamente, importantes para o questionamento do formalismo jurídico, no entanto, outras frentes críticas do pensamento progressista pré-Primeira Guerra – como Holmes, Cardozo, Pound, Gray, Brandis, Hohfeld e Learned Hand – foram ignoradas. Segundo Horwitz, a lista de Llewellyn foi omissa, também, em relação aos economistas e filósofos que combateram a ligação entre o pensamento jurídico ortodoxo e o *laissez-faire*, contrapondo-se, às noções de um mercado livre, natural, apolítico e desregulamentado – como Robert Lee Hale, John Dewey, Morris Cohen e Felix Cohen.

Em outros termos, pode-se dizer que a lista de Llewellyn foi insuficiente para definir e delimitar o realismo jurídico, a partir de dois grupos de juristas: os reformistas e os críticos.⁶ Embora o ponto de partida dos juristas desses dois grupos tenha sido o mesmo – a crítica ao pensamento jurídico clássico –, as conclusões as quais eles chegaram foram um tanto quanto divergentes. Os reformistas viam o formalismo como político e buscavam formular uma ciência jurídica avaliativa, conectada com a realidade. Os críticos enfatizavam igualmente o caráter político do direito, mas não buscavam purificá-lo; ao contrário, entendiam que a política disfarçada em neutralidade era uma má política, por isso propunham um aprimoramento do sistema jurídico-político. Foram os críticos que, para Horwitz (1992), elaboraram as idéias mais interessantes do realismo jurídico como a refutação falaciosa da distinção entre direito público e direito privado, e da compreensão do mercado como ordem natural. Da lista de Llewellyn, o caráter verdadeiramente político do realismo desapareceu restando apenas o realismo reformista. Uma das contradições do realismo reformista foi pretender uma visão interdisciplinar do direito – associando-o a outras ciências, como

⁶A ala reformista influenciou o movimento da análise econômica do direito, enquanto o pensamento dos críticos influenciou os “estudos jurídicos críticos” (*critical legal studies*). Cf. HORWITZ, 1992, s/p. Edição do Kindle, Posição 4324-4349.

a economia e a psicologia – ao mesmo tempo em que blindava o campo jurídico para as relações ético-políticas. À medida que o único dever do direito era se manter fiel à realidade, a ala reformista, à qual Llewellyn reduziu o realismo jurídico, se mostrava, na verdade, uma corrente conservadora, ao passo que exaltava o *status quo* em detrimento dos avanços sociais.

Assim, a terceira problemática apontada por Horowitz é: III – o reducionismo de Llewellyn. O esforço dos realistas reformistas para apresentar e definir o movimento como uma metodologia sistemática e coerente afastou do seu campo de interesse os compromissos políticos, da mesma forma que propiciou a exaltação de uma ciência avalorativa e comportamentalista (HORWITZ, 1992). A riqueza intelectual e política do realismo crítico foi desconsiderada por aquele que, paradoxalmente, procurou ostentá-la publicamente. Em face das correntes diversas do realismo jurídico, Twining (2014) afirma ser impossível generalizar qualquer elemento do movimento uma vez que o elo comum entre os juristas realista é apenas a busca por uma alternativa ao *approach* ortodoxo do ensino e da pesquisa jurídicas. Por isso, recomenda que o realismo jurídico seja considerado apenas histórica, não analiticamente. Brian Leiter (2007, p. 16, tradução nossa) contesta esse truísmo, ao afirmar que diversos autores usualmente considerados realistas, tanto reformistas quanto críticos – como Karl Llewellyn, Jerome Frank, Underhill Moore, Felix Cohen, Leon Green, Herman Oliphant, Walter Wheeler Cook e Max Radin – concordam que “na decisão de casos, os juízes respondem primariamente ao estímulo dos fatos”. Essa seria, então, a reivindicação central (*core claim*) do realismo jurídico, um ponto comum a todos os realistas, a partir do qual é possível pensar uma teoria do direito realista.

TEORIAS REALISTAS DO DIREITO

A predição de Holmes, a descrença nas regras, o corpo geral que forma o direito e a decisão judicial criadora do direito são elementos que ajudam a pensar o realismo jurídico como uma teoria do direito, mas não se pode pensá-los conjuntamente, articulados em uma única teoria do direito. Uma análise atenta daquilo que, genericamente, pode ser chamado de realismo jurídico leva à compreensão de três teorias distintas que não estão necessariamente interligadas e que tampouco foram compartilhadas pelo conjunto dos autores realistas: I – uma teoria da inexistência das regras; II – uma teoria da predição do direito; e, III – uma teoria da adjudicação. Cada uma dessas teorias apresenta versões diferentes, conforme o jurista que as explorou. Apesar dessas disjunções, a relativização das regras jurídicas é um fio condutor do realismo jurídico que perpassa a produção dos autores filiados a essa corrente teórica. Os realistas, certamente, não negam a existência do direito positivo, mas questionam a obrigatoriedade da sua aplicação. Assim, é possível afirmar que



o realismo jurídico propõe muito mais uma não-teoria das regras do que uma teoria do direito, uma vez que afirma, em linhas gerais, que o direito é uma ordem não normativa.

Dois são os argumentos encontrados, nos escritos realistas, contrários a supremacia das regras jurídicas: I – a inexistência de razões objetivas para fazer valer o direito; e, II – a possibilidade de justificação moral para o descumprimento da lei. De acordo com o primeiro argumento, não há nenhuma razão objetiva que obrigue os juízes a conformar suas decisões com o direito positivo. Embora uma lei ou um precedente possa ser considerado direito válido, eles não podem ser considerados regras válidas, pois não possuem nenhum elemento coercitivo. Segundo o empirismo comportamentalista adotado pelos realistas, apenas as ações das pessoas podem ser avaliadas, não as razões que guiam a sua atuação, pois não existem razões objetivas que obriguem um indivíduo a agir de determinada forma (GREEN, 2005). O *status* de direito não implica sua obediência, na medida em que o juiz tem o poder de deixar de aplicá-lo. Essa ausência de vínculo obrigatório da decisão em relação à norma jurídica foi bem explorada no pensamento de Cardozo que, no entanto, entendia que *devia-se* aplicar o direito, pois “os juízes têm, é claro, o poder, embora não o direito” (CARDOZO, 1940, p. 95), de ignorar a lei ao proferir a sentença, e de transpor os limites dos precedentes e do costume para a inovação judicial. Para Cardozo, portanto, cumprir a lei seria um dever moral, não jurídico. O único dever de conformar as ações ao direito, não apenas para Cardozo, mas para os realistas de um modo geral, poderia advir somente da moralidade; os realistas, porém, recusam tanto as regras jurídicas como as regras morais, na medida em que seria impossível atestá-las empiricamente.

A existência de um dever moral leva à compreensão do segundo argumento dos realistas contrários às regras: II – o direito não é um fim em si mesmo, mas um meio para consecução de certos fins; por isso, a desobediência de certos postulados jurídicos pode ser moralmente justificada para garantir as finalidades as quais se destina o direito (GREEN, 2005). Holmes e Llewellyn admitiam a possibilidade de os juízes sacrificarem as regras estabelecidas em razão do dever de atualização do direito, na medida em que o processo de evolução substancial do direito é, justamente, aquele que concede forma legal aos julgamentos de valor e aos motivos político-legislativos compartilhados pelos juízes (HOLMES, 2009, 2016; LLEWELLYN, 1930, 1931). Seguindo a mesma linha de raciocínio, Cardozo (2004) invoca o método da sociologia para justificar a possibilidade de o juiz não aplicar as normas postas em proveito da justiça social, ou seja, do bem-estar da sociedade, entendido como a causa última do direito. Como Cardozo, Frank (2017) afirmava que o juiz, ao criar o direito, deveria promover o bem-estar, e Felix Cohen (1931) considerava que o valor do direito dependia de sua eficácia em promover uma boa vida, de forma que as leis e os precedentes poderiam ser afastados caso sua aplicação não se ajustasse à finalidade

do direito. Comprometidos com a reforma do direito – de modo a aproximá-lo da realidade –, os realistas argumentavam, portanto, que os magistrados não poderiam restringir a sua função à aplicação *in toto* da lei, pois agindo dessa forma, deixariam de cumprir a sua função social de atualização do direito e de promoção do bem comum e da justiça social, abdicando, desse modo, da autonomia moral. Inúmeros são os motivos que levam um juiz a aplicar o direito ou a deixar de fazê-lo: a prudência, o respeito pelos predecessores, a deferência em relação às expectativas do público, o sentimento de obrigação moral, o conservadorismo, o medo de um processo de *impeachment*, a inércia, a preguiça e o hábito movem os juízes em direções variadas, expondo que a conformidade ao direito não se dá em decorrência de uma razão objetiva ou de uma entidade misteriosa, mas apenas da própria ação do magistrado revelando-se, portanto, como uma questão meramente factual (GREEN, 2005).

Por mais que as *rationes decidendi* das decisões possam ser generalizadas e descritas em regras, para os realistas elas não passam, contudo, de profecias. Seguindo os passos de Holmes, Frank (2017) afirma que tais descrições podem, quando muito, ajudar os advogados a preverem o futuro da decisão judicial, mas não têm autoridade e tampouco descreverão o comportamento dos juízes ou tribunais futuros. O direito é uma ordem não normativa; assim, cabe à ciência do direito promover exclusivamente, a descrição da atuação dos juízes – e dos demais oficiais do Estado – para buscar prever como agirão no futuro. A primeira manifestação da teoria da predição surgiu com Holmes (2009), para quem o direito nada mais era do que as profecias acerca daquilo que os tribunais, de fato, praticariam.

Dado que não há nenhuma obrigatoriedade jurídica ou moral para que os juízes apliquem as regras, de forma que o direito somente poderá ser encontrado na atuação dos tribunais, o realismo jurídico promove, ao lado da teoria da predição, uma teoria da adjudicação, a fim de compreender como os juízes julgam. A partir disso, afirma Leiter (2007), é possível isolar a reivindicação central do realismo jurídico, a qual, para ele, raramente é percebida, e é muito menos radical do que costumeiramente se apresenta. A visão do realismo jurídico como redução do direito a decisão seria, para o autor, um “senso comum”, à moda Jerome Frank (*Frankified Received View*), uma vez que entende o realismo jurídico como uma teoria descritiva da natureza da decisão judicial, segundo a qual, o juiz exerce irrestrita discricionariedade, de modo a alcançar resultados baseados em seus gostos e valores pessoais, traduzidos como regras gerais e fundamentos legais. A maioria dos realistas endossa, de fato, uma teoria da predição. Embora descrentes em relação às regras jurídicas, os realistas admitem, de um modo geral, que o direito não é totalmente indeterminado, e que autoridades competentes para a sua produção tenham, por isso, que agir em conformidade com algum tipo de padrão ou postulado. Ao defender a total discricionariedade dos magistrados, Frank

desconsidera qualquer possibilidade de determinação do direito ou de limite às decisões dos magistrados, entendendo que a decisão depende, exclusivamente, dos fatos e da personalidade do juiz. Considerando essa diferença, Leiter divide o realismo em duas correntes: I – a idiossincrática, de Frank; e, II – a sociológica de Llewellyn, Moore, Oliphant, Cohen, Radin dentre outros, e afirma que a diferença entre elas decorre do questionamento sobre os fatos e estímulos aos quais responde um juiz ao decidir um caso concreto.

Para a corrente sociológica, o juiz aplica normas da cultura comercial prevalecente ou busca a decisão socioeconômica mais vantajosa. Nessa perspectiva, as decisões decorrem de fatos psicossociais ligados aos juízes compreendidos como um grupo relativamente homogêneo. O “oráculo”, então, deve voltar seus olhos para as experiências profissionais, as opiniões políticas e o histórico acadêmico dos juízes. Segundo Felix Cohen, a inexistência de uma publicação com os entendimentos políticos, econômicos e profissionais dos juízes impede a compreensão da relação entre os elementos determinantes de uma decisão que, quando identificados, poderiam facilitar o processo de predição. Assim, embora o direito possua um centro indeterminado, as sentenças judiciais são passíveis de determinação, uma vez que uma sociologia do judiciário permitiria compreender o fio condutor que une os juízes e influencia as decisões. Essa corrente majoritária do realismo jurídico, para Leiter, propõe uma teoria descritiva da natureza da decisão judicial que parte de padrões sociologicamente determinados, ou seja, das reações geralmente partilhadas pelos juízes nas análises dos casos concretos que, posteriormente, são racionalizadas de acordo com fundamentos e regras legais (LEITER, 2007).

Holmes, Cardozo e Cook – não citado por Leiter – pertencem, também, à corrente sociológica, pois formulam uma teoria da predição. Para Holmes (2016, p. 1, tradução nossa), o direito é marcado tanto pela cultura presente quanto pelos “pelos preconceitos partilhados pelos juízes”. Assim, o estudo sobre os tribunais permite descobrir como os magistrados decidirão e, a partir dessas decisões, compreender o que é o direito, e, para fazê-lo, é preciso pensar tal qual o homem mau, que, mesmo desconsiderando regramentos éticos, deseja escapar da sentença de um juiz (HOLMES, 2009). Cardozo (1940, 2004) endossa a opinião do seu antecessor na Suprema Corte, mas acrescenta: apenas quando houver um elevado grau de certeza acerca da aplicação dos princípios existirá direito; portanto, quanto maior for a possibilidade de a predição lograr êxito, mais concreta será a definição do direito. Walter Cook (1924) desenvolve, um ano após a palestra *The Growth of law* de Cardozo em Yale, a teoria segundo a qual uma regra de direito pode ser identificada quando um enunciado correto e adequadamente descreve as atuações passadas das cortes, como também permite prever as suas atuações futuras. Um tribunal cria o direito apenas quando decide com fundamento em novos dados que permitirão uma futura predição. Desse modo,

nem todas as decisões dos tribunais constituem o direito, e algumas não-decisões podem vir a ser direito uma vez que: I – é totalmente previsível que os juízes farão valer certas não-decisões, como a Constituição; e II – uma decisão completamente imprevisível, como aquela contrária à Constituição, não configura direito por sua altíssima improbabilidade de se repetir. Cook apresenta, contudo, não uma teoria do que os tribunais farão necessariamente, mas daquilo que eles provavelmente farão e, com isso, afirma que apenas as decisões enquadradas em uma determinada margem, ou moldura, poderão ser consideradas direito (GREEN, 2005).

A corrente idiossincrática, como sugere o nome, parte, por sua vez, do pressuposto de que a decisão depende do juiz, ou seja, dos fatores peculiares que marcam seus gostos, valores e preferências (LEITER, 2007). Para Frank (2017), as idiossincrasias dos magistrados são mais determinantes nos julgamentos do que os fatores políticos, econômicos ou morais. Como qualquer ser humano, o juiz chega a um entendimento a partir dos seus afetos ou animosidades, dos seus hábitos e preconceitos em relação à aparência física, à nacionalidade, à profissão, à orientação política e sexual e à raça. Holmes já havia falado dos preconceitos partilhados pelos juízes, mas Frank dá um passo a frente ao considerar os preconceitos individuais dos magistrados, e ao defender a tese de que a vontade judicial se sobrepõe ao processo decisório, o que torna o direito completamente indeterminável e a decisão absolutamente imprevisível (LEITER, 2007). Pretendendo mostrar que o estudo do direito era a exploração de uma profissão, e não de um mistério, Frank acabou por envolvê-lo numa mística incompreensível, pois para o autor, seria preciso acessar o inconsciente dos juízes – submetê-los ao divã e divulgar suas confissões – para descobrir o que é o direito, o que tornaria uma teoria da predição inviável. Sendo o juiz completamente livre para decidir de acordo com as suas idiossincrasias, as predições poderiam apenas auxiliar os não juízes – ou não oficiais – a descobrir que o direito consiste, em última instância, na decisão.

O extremismo de Frank acabou por se sobrepor às ideias dos demais autores realistas e levou à difusão de uma figura bastante comum do realismo jurídico: a decisão depende, em última instância, do café da manhã dos juízes. De fato, a teoria da decisão é a verdadeira teoria do direito do realismo jurídico que perpassa toda a tradição realista desde Holmes, que, no entanto, procurou, amenizá-la ao discorrer sobre as possibilidades de predição, e Cardozo que buscou, a partir de distintas vias, restringir o poder judicial. Outros autores realistas, como Arthur Corbin (1914, 1965), buscaram escamotear a crueza da teoria da decisão – para de torná-la mais palatável à comunidade jurídica, acadêmica e política – afirmando que o juiz tem, além da discricionariedade para criar o direito, a responsabilidade por aquilo que julga. Llewellyn (2012, p. 12, tradução nossa), em *The Bramble Bush* revela a “verdade” sobre as decisões de forma mais aberta, ao enfatizar que oficiais

do Estado, como juízes, carcereiros e xerifes, “fazem [...] o próprio direito”⁷. Embora Llewellyn atribuísse a produção do direito a um certo número de autoridades competentes – que nunca enumera taxativamente – seus contemporâneos dirigiram suas atenções unicamente para os juízes; Max Radin, por exemplo, concordava com o fato de que o direito surge a partir da determinação da legalidade de um evento passado, mas advertia, também, que a história indicava inúmeras formas de realizar essa operação, como a possibilidade de revelar o direito, pela convocação do juiz para julgar um caso concreto. Contudo, é Jerome Frank (2017) que apresenta o elemento da decisão em sua absoluta nitidez, ao enfatizar que a completa indeterminação do direito e a irrestrita liberdade do juiz fazem com que o direito seja concretizado apenas nos casos particulares. Para Frank, o direito não é constituído por leis, precedentes, costumes, regras ou princípios para aplicação das cortes, mas pelas decisões. Sempre que um juiz julga um caso – mesmo que se oponha às suas próprias decisões anteriores, às leis ou a outros precedentes – está fazendo direito, por isso não se pode dizer que haja uma decisão ilegal ou errada uma vez que o juiz é a própria balança da legalidade, da realidade e da justiça. Assim, *todas as decisões são direito e o direito é a própria decisão*.

Embora tal discricionariedade não possa, nem deva ser eliminada – é justamente ela que garante ao direito sua vivacidade e sua constante atualização com a realidade social –, Frank não afirma que o juiz deva julgar a seu bel-prazer. O magistrado, certamente, se inspira nas leis e nos precedentes que obrigam, no entanto, apenas por meio de uma decisão. Nesse sentido, a lei e o precedente deixam de ser direito propriamente dito para se tornarem apenas fonte do direito, que podem ser cumpridas por medo ou por glória, pois, juízes não são nem tão generosos, nem tão prudente para fazê-las valer. Nas regras, acrescenta Frank, existe a promessa de aplicação que, por si, não obriga ninguém (FRANK, 2017). Reduzindo o direito à eficácia, os realistas recorrem à única manifestação concreta de juridicidade que podem averiguar: a decisão. Assim, não há mais direito, mas – como observou Cardozo (1940, p. 36-37, tradução nossa) – “uma sucessão de julgamentos isolados que perdem sua força como direito assim que as controvérsias que lhe deram origem foram resolvidas”. A negação de todo o direito para além de cada julgamento consiste, precisamente, na teoria do direito de Jerome Frank, para quem toda decisão é direito, não havendo nenhum mistério além desse. O juiz sempre que decide um caso cria o direito para um caso específico, sem qualquer pretensão para o futuro. Como afirmou Llewellyn, há tantos direitos quantos leigos afetados.

⁷ Na segunda edição da obra, publicada em 1951, o autor faz uma nota de rodapé afirmando que tal definição de direito foi, deveras, infeliz.

Tratar o direito como uma sucessão de casos isolados não implica apenas a negação de todo o direito para além de cada momento de julgamento, mas, também, a confusão entre o juiz e o legislador – o que pode ser identificado nos escritos de Holmes, Cardozo, Llewellyn e Frank. Dessa confusão, surge um poder legislativo absoluto do juiz. Nas decisões, não há diferença entre ser e dever-ser, política, direito e justiça; toda decisão é justa, simplesmente por ser decisão, e todo julgado é correto, uma vez que proveniente de autoridade competente, ou seja, do juiz. Somente nesse sentido que se poderia afirmar que o realismo jurídico se aproxima do positivismo jurídico. No entanto, o positivismo jurídico estabelece que direito é o *conjunto de normas* emanadas pela autoridade competente no âmbito do Estado; e o realismo jurídico nega a existência ou a obrigatoriedade da aplicação de tal conjunto de normas, encontrando o direito apenas na decisão.

Para atribuir a competência do juiz para ditar o direito no âmbito do Estado, Frank busca inspiração em John Chipman Gray – contemporâneo de Holmes e Pound, mas que não pode ser considerado um realista – que afirmava ser o direito formado pelas regras aplicadas pelos tribunais, ou seja, um ato de aplicação. Dessa compreensão do direito deriva, portanto, a compreensão do direito de Frank, que dá um passo além ao recusar a existência de um conjunto de regras a ser aplicado, encontrando o direito apenas nas decisões em si. Para Frank, portanto, não há que se falar em aplicação de um direito previamente existente; criação e aplicação do direito são simultâneas. Gray (2012), no entanto, colocava um limite à autoridade dos juízes ao reiterar que não há liberdade irrestrita para a criação da lei; sendo os juízes funcionários do Estado, eles estão limitados por seus reais governantes. Dentro desse limite, o magistrado possui a autoridade final para dizer o que é o direito; a ele cabe a interpretação e a aplicação das leis e dos precedentes, por isso não se pode falar em um direito legislativo e um direito judicial, sendo apenas esse último o verdadeiro direito. Gray fundamenta sua teoria invocando um sermão do Bispo de Bangor, Benjamin Hoadly, proferido perante George I da Inglaterra, em 31 de março de 1717. De acordo com o Bispo Hoadly, “*whoever hath an absolute Authority to interpret any writtem, or spoken Laws; it is He, who is truly the Law-giver, to all Intentens and Purposes; and not the Person Who first wrote, or spoke them*” (HOADLY, 2007), ou seja, o verdadeiro legislador é aquele que detém a autoridade absoluta para interpretar qualquer lei escrita ou falada. Para Gray, essa frase sustenta uma supremacia judicial dentro dos limites da Constituição. O sermão, no entanto, trata do Reino de Cristo e do Reino dos Homens a partir do versículo de João 18,36, no qual está escrito que: “Disse Jesus – O meu Reino não é deste mundo”. A Igreja é o próprio Reino de Cristo e, apenas nela, Ele é Rei e autoridade final. No Reino dos Homens, aquele que coloca – ao lado da lei de Cristo – uma lei igualmente obrigatória é, como Ele, Rei e, por isso, detém a autoridade final. Assim, como o Reino de Cristo não é deste mundo, aquele que, no Reino dos Homens, possui a interpretação final de suas leis, é Rei – o Cristo na

Terra. A estrita divisão de competências entre o Cristo e o Rei – estabelecida pelo Bispo Hoadly – tem como finalidade afirmar a autoridade terrena e espiritual absoluta do monarca – não do juiz. A questão trabalhada no Sermão consiste em identificar o sujeito da soberania: Cristo é soberano no céu; na terra, a soberania é do Rei que pode delegar a competência para interpretar as suas leis ao juízes, sem abdicar do seu poder supremo.

Ciente, ou não, da problemática da soberania, Frank aponta a supremacia judicial. A inexistência de regras sujeitas à interpretação, garante ao juiz que o único direito é a sua decisão. Carl Schmitt (2006) recorreu à fórmula *Auctoritas, non veritas facit legem* de Hobbes para justificar sua visão decisionista do direito. No realismo jurídico, pode-se afirmar que é a autoridade do juiz, não a verdade das leis, que faz o direito. O direito é puramente decisão, desvinculada de qualquer normatividade. Com a força pública do Estado ao seu lado, os juízes mostram-se, assim, como os verdadeiros governantes. Parafraseando Gray, Frank (2017, s/p, tradução nossa) assevera que “quem detém a autoridade absoluta para traduzir regras em julgamentos específicos é o verdadeiro legislador.” Para Frank, portanto, cada juiz é um soberano em si e por isso não pode ser limitado por ninguém, ou seja, nem pelo Parlamento e tampouco pela Suprema Corte; mas em decorrência da sucessão de recursos em relação às decisões, a palavra final soberana – sobre um assunto já decidido – caberia à Suprema Corte, cuja decisão é inapelável.

Assim, partindo do núcleo duro do realismo jurídico identificado por Leiter, isto é, o fato de que juízes, em suas decisões, respondem primeiramente aos fatos, identificou-se três teorias compartilhadas, em alguma medida, pelos juristas considerados realistas: I – o ceticismo em relação às regras; II – o direito como predição de como os tribunais julgarão; e III – o direito como decisão judicial. A primeira delas não é propriamente uma teoria do direito, uma vez que não responde o que o direito é. Limita-se a defender a inexistência de razões objetivas para aplicação das regras do direito posto, e, em uma versão mais extrema, chega a afirmar não existem regras jurídicas, sendo a lei e o precedentes apenas fontes do direito. Em decorrência disso, aceita a possibilidade de descumprimento de tais regras ou inobservâncias de tais fontes, em nome de valores éticos mais elevados. Ao passo que as ditas regras são meras assertivas firmadas em papeis, não possuindo força para se executarem, a decisão judicial é um comando, e, dessa forma, possui prevalência frente as primeiras. A impossibilidade de reconhecer o direito nas regras previamente estabelecidas faz com que os realistas voltem seus olhos para a atuação dos tribunais, surgindo, assim, a teoria da predição, conforme a qual o direito é uma predição daquilo que os tribunais farão. Essa teoria, primeiramente formulada por Holmes, teve grande aceitação entre os juristas estadunidenses do começo do século XX e foi adotada por boa parte daqueles considerados realistas. A teoria serve principalmente àqueles afetados por decisões judiciais para que tenham alguma previsibilidade do

que será o seu direito, no entanto, aquilo que realmente configura o direito, conforme tal teoria, é a própria decisão judicial, que será o objeto da predição. Em alguma de suas versões, o poder decisório do juiz ou dos tribunais é limitado em decorrência de nem todo julgado ser passível de predição, no entanto, é inequívoco que o núcleo da teoria está na própria decisão judicial. A teoria da predição, assim, coloca um véu sobre a última das teorias aqui analisadas, qual seja, aquela que afirma que o direito é a própria decisão judicial. Em suas diferentes versões, o poder decisório do juiz é mais ou menos limitado. Algumas consideram um valor jurídico para as regras, outras apontam o dever moral de sua aplicação ou estabelecem parâmetros para criação de direito novo; contudo, em todas elas o núcleo do direito, seu elemento central, é a própria decisão judicial. Assim, sem reduzir o realismo jurídico à teoria de Jerome Frank, e, muito menos, concordar que o direito depende unicamente do café da manhã dos juízes, percebe-se que a teoria da decisão é a verdadeira teoria realista do direito e que, portanto, para o realismo jurídico, direito é decisão judicial.

CONCLUSÃO

O realismo jurídico surgiu nos Estados Unidos como uma crítica ao pensamento formalista vigente nas faculdades de direito. A separação entre teoria e prática, no ensino e na aplicação do direito, levou os juristas – designados, posteriormente, como realistas – a proporem reformulações do direito de modo a conectá-lo à realidade social. Os escritos que lançaram, ainda que de uma forma desarticulada, os elementos dessa nova proposta de compreensão do fenômeno jurídico permitem reconstruir histórica e teoricamente o realismo jurídico, e auxiliam aqueles que buscam entender seus alcances e limitações.

Embora as raízes do realismo jurídico possam ser buscadas nos juristas do final do século XIX e início do século XX – como Oliver Wendell Holmes Jr., John Chipman Gray, Roscoe Pound e Benjamin Nathan Cardozo – os realistas são, principalmente, aqueles que, entre 1914 e 1933, foram professores nas faculdades de direito de Yale e Columbia, como Arthur Linton Corbin, Wesley Newcomb Hohfeld, Walter Wheeler Cook, William Underhill Moore e Karl Llewellyn; acrescenta-se à lista, também, os nomes de Jerome Frank, Felix Cohen, Leon Green, Herman Oliphant e Max Radin. Apesar das diferenças de pensamento dos juristas identificados como realistas – muitos dos quais recusavam esse rótulo – pode-se dizer que havia, entre eles, um consenso em torno do pensamento de Holmes, Pound e Cardozo em relação à disjunção entre a prática e a teoria jurídicas, como também em relação à necessidade de buscar soluções para os problemas sociais além das regras formalmente elaboradas e sistematizadas – o que expõe a

concordância dos autores acerca de uma abordagem interdisciplinar do direito que recorre à pesquisa empírica, à psicologia, à economia, à ética e às demais ciências sociais e humanas.

O presente trabalho dedicou a maior parte das suas análises aos textos de Karl Llewellyn e Jerome Frank – o primeiro considerado o maior representante do realismo, e o segundo qualificado como autor da versão realista mais extrema. O desenvolvimento do pensamento realista estadunidense foi tratado, sobretudo, a partir do pensamento de Llewellyn que, ao debater um artigo de Roscoe Pound, tornou conhecido o realismo jurídico. Pound criticava o realismo como portador de uma ilusão de realidade uma vez que ignorava a questão mais importante do direito, o dever-ser. Contrapondo-se ao argumento de Pound, Llewellyn defendia o abandono da abordagem prescritiva do direito, e buscava adequá-lo à realidade de fato, enfatizando o elemento valorativo da eficácia ao considerar o momento da aplicação da regra como o mais revelador do direito. Recuperando a ideia de Holmes sobre predição, Llewellyn mostra a incerteza inerente ao campo do direito, e propõe analisá-lo a partir de descrições não prescritivas, reconhecendo o direito naquilo que fazem o juiz e outros oficiais do Estado. Frank, por sua vez, aceita a completa inexistência de regras e a indeterminação do direito – que para ele significa a emancipação de um pensamento infantil –, identificando-o, apenas, como decisão judicial singular. Frank aponta para uma supremacia judicial e defende a liberdade irrestrita do juiz para criação do direito em cada caso concreto, sem se apoiar em fontes anteriores e sem a pretensão de seu julgamento valer para o futuro. A versão de Frank do realismo jurídico, assim, acaba por destruir o *corpus iuris*, tornando o direito absolutamente contingente, encontrado isoladamente em cada decisão judicial proferida, sem, por isso, formar conjunto coeso ou coerente.

Após a análise desses autores, procedeu-se a análise do realismo jurídico como uma teoria do direito. Analisou-se três teorias distintas, mas conectadas entre si, compartilhadas por boa parte dos juristas considerados realistas, ainda que cada um com suas particularidades: o ceticismo quanto às regras; direito como predição do que os tribunais farão; e direito como decisão judicial. Observou-se que, em geral, o realismo jurídico recusa a compreensão do direito com um corpo de regras, as quais não existem ou para as quais não há razões objetivas para aplicação, e analisa o direito a partir do caráter contingente das decisões judiciais. Ao suprimir o caráter normativo do direito, tratando-o como mera realidade comportamental das autoridades estatais, o realismo jurídico torna o direito um instrumento na mão dos juízes para persecução de suas finalidades, sejam elas individuais ou coletivas. Assim, parte dos realistas, mais conservadores, considera como único dever do direito, manter-se fiel à realidade, isto é, afirmar o *status quo* estabelecido pelo juiz em cada decisão; enquanto outra parte considera que a função do direito e, portanto, do juiz que o cria seja promover algum tipo de valor moral para sociedade ou para o indivíduo, como o bem comum,

a justiça social, a boa vida. Diante disso, surge a teoria da predição que permitiria conceber o direito a partir da predição daquilo que os tribunais fariam, no entanto, a análise das decisões dos tribunais não permite, de fato, conhecer o direito tal como ele é, mas apenas auxilia os leigos e os práticos a se prepararem para quando o Estado aciona a força pública por meio do comando que cria e estabelece o direito, ou seja, a decisão – o núcleo central do realismo jurídico.

O que se mostrou inicialmente como um movimento progressista que unia teoria e prática e propunha uma abordagem interdisciplinar do fenômeno jurídico acabou por se mostrar uma teoria conservadora que faz o direito depender dos preconceitos individuais ou partilhados dos juízes. Se um dos grandes passos para contestar o pensamento jurídico clássico, excessivamente formalista e pretensamente apolítico, foi o voto de Holmes em *Lochner vs. New York*, ressaltando a relação entre direito e política, o realismo jurídico – ao menos no que se refere aos autores aqui analisados – subverteu a crítica, ao enaltecer tal relação em torno da figura do juiz, promovendo uma judicialização da política e transformando o juiz em uma espécie de soberano que, livre de qualquer amarra – da lei ou do precedente –, a todo o momento cria direito. Assim, se é verdade que no Brasil se caminha a passos largos para *common law*, a chave para compreender as transformações no fenômeno jurídico brasileiro pode estar no juiz realista, para quem não há mais normas, apenas decisão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARDOZO, Benjamin Nathan. *A natureza do processo judicial*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CARDOZO, Benjamin Nathan. *The growth of the law*. New Haven: Yale University Press, 1940.

COHEN, Felix. “The Ethical Basis of Legal Criticism”. *Yale Law Journal*, v. 41, n. 2, 1931, p. 201-220.

COOK, Walter Wheeler. “The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws”. *Yale Law Journal*, v. 33, n. 5, 1924, p. 457-488.

COOK, Walter Wheeler. “Scientific Method and the Law”. *American Bar Association Journal*, v. 13, no. 6, 1927, p. 303–309.

CORBIN, Arthur. “Sixty-Eight Years at Law”. *U. Kansas Law Review*, v. 13, 1964, p. 183-195.

CORBIN, Arthur. “The Law and the Judges”. *Yale Review*, v. 3, 1914, p. 234-250.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do Direito contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 428.



- FRANK, Jerome. *Law and the modern mind*. New York: Routledge, 2017. s/p. Edição do Kindle.
- GRAY, John Chipman. *The Nature and Sources of the Law*. 2. ed. New Orleans: Quid Pro, 2012.
- GREEN, Michael Steven. “Legal Realism as Theory of Law”. *William & Mary Law Review*, v. 46, n. 6, 2005, p. 1915-2000.
- HOADLY, Benjamin. *The nature of the kingdom, or church, of Christ: A sermon preach'd before the King, at the Royal chapel at St. James's, on Sunday March 31, 1717*. Ann Arbor, Michigan: University of Michigan Library, 2007. Disponível em: <http://name.umd.umich.edu/004809919.0001.000>. Acesso em: 24 fev. 2022.
- HOLMES, Oliver Wendell (Jr). *The Common Law*. São Bernardino: Holmes Press, 2016. 267p.
- HOLMES, Oliver Wendell (Jr). *The Path of the Law*. Auckland: The Floating Press, 2009. 41p.
- HORWITZ, Morton J. *The Transformation of American Law, 1870-1960: The Crisis of Legal Orthodoxy*. New York: Oxford University Press, 1992. s/p. Edição do Kindle.
- LEITER, Brian. *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*. New York: Oxford University Press, 2007.
- LLEWELLYN, Karl. “Some Realism about Realism: Responding to Dean Pound”. *Harvard Law Review*, v. 44, n. 8, 1931, p. 1222-1264.
- LLEWELLYN, Karl. “A Realistic Jurisprudence - The Next Step”. *Columbia Law Review*, v. 30, n. 4, 1930, p. 431-465.
- LLEWELLYN, Karl. *The Bramble Bush: on our law and its study*. New Orleans: Quid Pro, 2012.
- LOCHNER vs. New York, 198 U.S. 45 (1905).
- PARKER, Kunal M. *Common Law, History, and Democracy in America, 1790-1900: Legal Thought before Modernism*. New York: Cambridge University Press, 2011.
- POUND, Roscoe. “The Call for a Realist Jurisprudence”. *Harvard Law Review*, v. 44, n. 5, 1931, p. 697-711.
- SCHMITT, Carl. *Teologia política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- TWINING, William. *Karl Llewellyn and the Realist Movement*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. Edição do Kindle.

Sobre os autores:**Jeanine Nicolazzi Philippi**

Doutora em Direito. Professora dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Membro fundador do Núcleo de Direito e Psicanálise da Universidade Federal do Paraná e Coordenadora do Núcleo de Pesquisa em Teoria de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

UFSC – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós Graduação em Direito; Florianópolis, Florianópolis, SC, Brasil

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9596431565707984> ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6500-1587>

E-mail: jeaninenicolazzi@gmail.com

William Hamilton Leiria

Mestrando em Direito pelo PPGD da Universidade Federal de Santa Catarina. Graduado em Direito pela mesma instituição. Membro do Núcleo de Estudos em Filosofia e Teoria do Direito – NEFTD/PPGD/UFSC.

UFSC – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós Graduação em Direito; Florianópolis, Florianópolis, SC, Brasil

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7382148799595700> ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-8797-4371>

E-mail: williamleiria@me.com

Os autores contribuíram igualmente para a redação do artigo.