AS RAÍZES DO REALISMO AMERICANO: BREVE ESBOÇO ACERCA DE DICOTOMIAS, IDEOLOGIA, E PUREZA NO DIREITO DOS USA*

JOSÉ GUILHERME GIACOMUZZI**

"Que o juridismo não seque o humanismo que ao direito e ao jurista, mais do que a nenhuns outros na vida social, compete preservar e realizar". Castanheira Neves.

"Assim o direito é suspenso ao reino do Ideal. *Ele será o contrário do* fato; *daí o culto que lhe consagrarão os filósofos idealistas, porque não existe para eles melhor forma de distinção do que fugir do mundo real".* Michel Villey.

"Mister Fox, o Senhor poderia me dizer quais são os fatos no caso *Payne v. Cave*?" [1] Com essa pergunta, Christopher Columbus Langdell dava início, em 1870[2],

* Este artigo foi iniciado durante a disciplina intitulada *American Legal History*, ministrada pela Prof. Dalia Tsuk, no curso de *Master of Laws* da *George Washington University Law School*, USA, Spring/2004, e complementado durante a disciplina denominada *Jurisprudence*, no curso de doutorado (*Doctor in Juridical Science*), Fall/2004, mesma Universidade, ministrado pelo Prof. Lawrence Mitchell. O autor agradece a ambos os Professores pelos esclarecimentos prestados e indicação da bibliografia.

Nas citações dos periódicos americanos será seguida a forma utilizada nos USA. Ex: Ray Patterson [autor], *Legal Ethics and the Lawyer's Duty of Loyalty* [título do artigo], 29 [volume] Emory Law Journal [periódico] 909 [início do artigo], 915 [página da citação] (1980) [ano da publicação]. A citação dos livros obedecerá ao padrão brasileiro.

** Mestre em Direito (UFRGS, 2000), *Master of Laws* (2004) e doutorando em Direito (*George Washington University*, USA). Bolsista CAPES. Promotor de Justiça no RS.

1 Ver Thomas C. Grey, *Langdell's Orthodoxy*, 45 University of Pittsburgh Law Review 1 (1983) [doravante *Langdell's Orthodoxy*].

2 "A nomeação de Christopher Columbus Langdell a Diretor da Faculdade de Direito de Harvard em 06 de Janeiro de 1870 é amplamente reconhecida por marcar o início da moderna Faculdade de Direito americana." LaPiana, William P. *Logic and Experience — The Origin of Modern American Legal Education*. New York/Oxford: Oxford University Press, 1994, p. 3.

ao seu curso sobre Contratos na já então prestigiada *Harvard Law School*, fundada em 1817 e mais antiga Faculdade de Direito dos USA, da qual Langdell era o Diretor[3].

Mas a indagação de Langdell, que punha a ênfase primeiro nos fatos, não soava assim tão natural ao estudante americano da época[4] (segundo quartel do séc. XIX), para quem pensar a partir dos fatos era quase tão estranho quanto o é ainda hoje ao jurista educado no sistema da *civil law*. A pergunta, ao menos à partida, invertia o paradigma de raciocínio jurídico então vigente — do abstrato ao concreto. Instalar-se-ia nos USA a partir de então uma metodologia de ensino que não mais se alteraria ao longo do tempo e viria mais tarde ser conhecida mundo afora como o método do *case law*, o qual perdura até hoje nas faculdades de Direito americanas.

No entanto, e talvez paradoxalmente, Langdell nunca quis que seu método de raciocínio significasse uma pura indução, nem ele sustentava isso. Aliás, sua idéia era, de certa maneira, bem o oposto, ou, se não isso, um misto de indução-dedução, com ênfase ao segundo elemento do binômio. Seja como for, o certo é que Langdell não queria livrar-se tão rapidamente das abstrações concebidas *a priori*. Em verdade, como se verá, ele abraçava-se a elas e delas fez também o seu *sistema*. É portanto um equívoco afirmar que nos Estados Unidos sempre predominou o raciocínio "de baixo para cima", como se costuma dizer no jargão popular. Isso só se deu bem mais tarde, com o advento do chamado "Realismo Americano", cuja importância nós, juristas continentais, insistimos em desconhecer e até negligenciar. Quando muito, preferimos nos contentar com uma blague gastronômica de muito mau gosto: "O Realismo Jurídico sustenta que a sentença do Juiz depende do que ele comeu no café da manhã!".

Este artigo pretende traçar um panorama geral sobre a história do pensamento jurídico americano, mais especificamente sobre as origens do que veio a se chamar *American Legal Realism*[5]. Para tanto, vou abusar das metáforas[6] e da exposição

3 *Dean*, em inglês. Literalmente, *dean* significa "deão", "decano", ou mesmo "reitor". Optou-se por adaptar a tradução para "Diretor". O "Reitor" das universidades brasileiras é, nos USA, o *President* da universidade.

4 Langdell implementou, no mesmo ano de 1870, um currículo de três anos na Faculdade de Direito de Harvard, depois copiado pelas demais faculdades americanas, sendo até hoje vigente. Cabe ressaltar que o estudo do Direito nos Estados Unidos é um estudo de "pós-graduação", realizado depois de o aluno já ter cursado o *College* ou *University*, o qual dura quatro anos e pode ser feito em qualquer área do conhecimento (Física, Geografia, Ciência Política, Filosofia, Matemática etc.).

5 A bibliografia constante deste estudo é muito sucinta, mas é por certo suficiente ao leitor que pretende dar os primeiros passos em direção à compreensão da origem do Realismo Americano.

6 Concordo com os que dizem que "a metáfora está impregnada no nosso dia-a-dia, não somente na linguagem, mas no pensamento e na ação." Nosso sistema conceitual é fundamentalmente metafórico, e nossos conceitos "estruturam o que percebemos, como entendemos o mundo, e como nos relacionamos com as outras pessoas." Se é assim, "então o modo de pensarmos, o que vivenciamos e o que fazemos todos os dias é muito uma questão de metáfora." George Lakoff & Mark Johnson. *Metaphors We Live By*. Chicago: University of Chicago Press, 2003, p. 3.

dicotômica das idéias[7], na certeza de que o leitor de boa-fé é capaz de identificar aqui e ali os exageros que propositadamente cometerei ao pintar em preto e branco um quadro bem mais complexo e colorido — o qual não tenho aqui espaço para fazer (supondo que fosse eu competente a tanto). Aceitarei neste artigo a metáfora conceitual "argumento é guerra"[8] a fim de delinear, embora de forma sucinta, as "guerras" que emergiram na História do Direito Americano a partir do último quartel do século XIX até pouco além da segunda da metade do século XX, período no qual brotou, floresceu e desenvolveu-se o dito Realismo, o qual é em boa dose fruto de uma Filosofia muito particularmente americana: o Pragmatismo de William James, Charles Peirce e John Dewey. Exatamente como o Pragmatismo, que se constitui por certo na única contribuição genuinamente americana à Filosofia, o Realismo é a maior, mais original e talvez a única contribuição que os Estados Unidos legaram à Filosofia e à Teoria do Direito. Interessa aqui, portanto, expor, em linhas gerais, a evolução histórica do pensamento jurídico americano no período acima compreendido, que é, ressalte-se, o mais importante e frutífero da História do Direito dos USA.

Dentre muitas dicotomias que qualquer um de nós é capaz de traçar[9], algumas têm o selo da ideologia estampado na face: Direita *versus* Esquerda, ou Capital *versus* Trabalho, v.g., são dicotomias, por assim dizer, *prima facie* ideológicas, no sentido de que *escolhas* foram *claramente* feitas. Escolhas *políticas*, diga-se com toda clareza. Outras dicotomias podem não mostrar, ao menos a princípio, seu fundamento ideológico. No Direito, por vezes é fácil identificar qual ideologia uma particular "escola de pensamento" sustenta, mas outras tantas vezes, por várias razões, isso não é tão simples. Juristas com freqüência mascaram propositadamente suas teorias a fim de esconder suas ideologias. Há ocasiões, entretanto, em que essa

7 A história das idéias é usualmente contada como que refletindo um mundo dicotômico: Democracia Antiga *versus* Democracia Moderna, Física *versus* Metafísica, Capital *versus* Trabalho, Indução *versus* Dedução, Ciências Naturais *versus* Ciências Humanas, Religioso *versus* Laico, Esquerda *versus* Direita, Descritivo *versus* Normativo, Fatos *versus* Valores, e assim por diante. Também no mundo jurídico: Direito Natural *versus* Direitos Humanos, Público *versus* Privado, Objetivo *versus* Subjetivo, Processo *versus* Substância, etc. Embora essa forma de explicar as coisas seja quase sempre uma exagerada simplificação da realidade e, mais importante, da história das idéias — ambos, realidade e pensamento, são muito mais complexos do que essa apresentação metafórica do mundo como uma moeda de dois lados —, uma tal forma maniqueísta de explanação tem no mínimo uma pedagógica vantagem, ao menos no ensino do Direito, e talvez mormente nos Estados Unidos: ela ajuda a melhor compreender o caminho percorrido pelo Direito americano ao longo da história. Por isso procederei por dicotomias.

8 Lakoff & Jonhson, nota 6 *supra*, p. 3: "Essa metáfora é refletida em nossa linguagem do dia-a-dia por uma variedade de expressões: seus argumentos são indefensáveis. Ele atacou cada ponto franco do meu argumento. Suas críticas atingiram direto o alvo. ... "

9 Esbocei algumas acima, nota 7. Conhecemos todos a abordagem de Bobbio sobre as dicotomias decorrentes da "grande dicotomia" público/privado: paz/guerra; democracia/autocracia/comunidade; sociedade/comunidade; estado de natureza/estado civil. Ver Norberto Bobbio. *Estado, Governo, Sociedade — Para uma teoria geral da política*. 4ª ed., tradução Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: Paz e Terra, 1992, p. 13 e ss.

camuflagem não acontece, seja porque a ideologia não é clara, seja porque ela é "inconsciente, ou meio-consciente".[10] Ou mesmo porque — e este é o ponto aqui — uma dada teoria alega não possuir qualquer ideologia, como nos casos em que uma teoria se diz "neutra". Uma teoria "pura" do Direito[11] é então invocada, idéia que vem permeando também o pensamento jurídico americano ao longo dos tempos, como se verá.

Percebe-se já de início que este artigo — como sempre ocorre, entendo eu, mesmo com meras "descrições" — reflete uma forma específica de compreender as coisas e, ainda que não pretenda ser primeiramente um estudo crítico, mas sim mais expositivo, ele *valora*. E conquanto introdutório, o trabalho está baseado em literatura essencialmente crítica. Novamente confio que o leitor saberá identificar eventuais "exageros" nas tintas que usarei ao pintar o quadro que ora apresento, no qual procuro realçar o fator ideológico do pensamento jurídico americano. Assim procedo por uma razão principal, que deve ficar clara desde o início: o Realismo Americano, a despeito de ser um movimento não muito consistente e linear, teve por certo um mérito (um dos tantos que nós juristas da *civil law* costumamos olvidar): chamar atenção para o fato de que o debate jurídico deve ser ideologicamente franco e discutir, sempre e necessariamente, seus pressupostos morais e políticos.

Vou desenvolver o trabalho da seguinte forma: na Primeira Parte (I), em verdade o centro do estudo, cobre o final do século XIX e avança às duas primeiras décadas do século XX; ali indicarei o inimigo contra quem a "revolução" do pensamento americano se voltou, sob o pioneirismo de um homem: Oliver Wendel Holmes Jr. Na Segunda Parte (II), que se pode dizer derivada da primeira, traçarei de modo muito geral as linhas mestras do Realismo Americano e os motivos das batalhas internas que nele se travaram.

Uma última linha introdutória. Morton Horwitz[12], Professor de História do Direito Americano da Universidade de Harvard, ensina que a História do Direito dos USA permaneceu, até pelo menos o último quartel do século passado, divorciada da Teoria do Direito e da Teoria Política. Ele adverte que os historiadores do Direito

10 Duncan Kennedy. *A critique of adjudication [fin de siècle]*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1997, p. 54.

11 Lembro o óbvio por um instante só, para depois, na nota 16 *infra*, ir um pouco além: o mais influente jurista do sistema da *civil law* no século XX, Hans Kelsen, no seu livro mais conhecido. *Reine Rechtslehre* (Teoria Pura do Direito), escrito em 1934, inicia a obra dizendo que o seu conceito de Direito "pretende libertar a *ciência* jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos." (grifei) Hans Kelsen. *Teoria pura do direito*. Tradução da 2.ed. alemã (1960) de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 1.

12 É na esteira de Horwitz, historiador do Direito essencialmente crítico (*Critical Legal Studies*), que segue, de certa forma, a linha mestra desta exposição. Dois são os livros básicos à consulta: *The Transformation of American Law, 1870-1960: The Crisis of Legal Ortodoxy*. New York: Oxford University Press, 1992 [doravante *Tranformation*]; e uma coletânea de artigos intitulada *American Legal Realism*, editada por William W. Fischer, Morton Horwitz e Thomas Reed, New York: Oxford University Press, 1993 [doravante *ALR*]. Este último livro é um compêndio feito pelos editores de partes de escritos importantes à construção e compreensão do Realismo americano.

"infelizmente associaram objetividade com uma marca de obsolescência não-teórica."[13] Ainda que não seja eu um historiador do direito, e a despeito do caráter propedêutico, repito, deste ensaio, tento aqui não cair no mesmo equívoco.

PARTE I.

Não é casual que se comece a traçar o panorama do Realismo por volta de 1870[14], ano em que Langdell, viu-se antes, assume a *deanship* na Faculdade de Direito de Harvard. Ali principia então uma fase de ensino do Direito nos USA que ainda não cessou. Mais importante: Langdell encarnava justamente o espírito do inimigo a que o Realismo veio combater — o formalismo.

Langdell via o Direito como um conjunto de *axiomas abstratos* que, retirados de um punhado de casos, deveriam ser aplicados mecanicamente aos casos futuros. Tais axiomas, como que fechados em pequenas caixas, conteriam as poucas regras necessárias a ordenar a sociedade. Nada de externo, vindo do mundo *impuro* da economia, da sociologia ou, pior, da *política*, deveria desarrumar a *neutralidade* da Ciência do Direito. O jurista seria então o aplicador desses axiomas, e o Direito dali derivado seria aplicável nos USA, na Inglaterra ou qualquer outro lugar. Um Direito puro. Nos USA, essa idéia de Direito ou forma de compreensão do jurídico foi batizada de Pensamento Clássico (*Classical Legal Thought*) e apelidada de "langdellianismo". O Direito deveria ser encarado como *ciência*. Ciência pura. Um "sistema autônomo e coerente", sendo a decisão judicial produto de uma lógica interna, separada da e imune à sociologia, à economia, à política, à moral[15]. Exatamente, sem tirar nem por, como Hans Kelsen, um pouco mais tarde (em 1911), sustentou[16], montando um sistema positivista sob o qual nós juristas continentais ainda vivemos, por mais que o rejeitemos e juremos de pés juntos que não[17].

13 Morton Horwitz. *History and Theory*, 90 Yale Law Journal 1825, 1825 (1981).

14 Cf. Grey, *Langdell's Orthodoxy*, p. 1.

15 Ver Dalia Tsuk. "Legal Realism", in *Legal Systems of the World — A Political, Social and Cultural Encyclopedia*, vol. II, Santa Barbara: ABC CLIO, 2002, p. 892-5 [doravante, *Legal Realism*].

16 Desde 1911, na sua primeira obra sobre Teoria do Direito, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* [Principais Problemas na Teoria do Direito Público], Kelsen já referia que buscaria a pureza do direito positivo. Kelsen aduziu um novo "preâmbulo" na 2ª tiragem (que data de 1923) desse estudo. Ali Kelsen refere com toda força de seu pensamento que a "pureza" da sua teoria ou, "o que é o mesmo", "a independência do direito enquanto objeto de conhecimento científico", deve ser protegida contra as reivindicações do "assim chamado ponto de vista '*sociológico*', o qual emprega métodos causais e científicos para apropriar-se do direito como uma parte da realidade natural." Hans Kelsen, *'Foreword' to the Second Printing of Main Problems in the Theory of Public Law*, trans. Stanley Paulson e Bonnie L. Paulson, in *Normativity and Norms — Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford: Clarendon Press, 1998, p. 3-4 [doravante *Foreword*].

17 Anote-se a sincera afirmação de Gustavo Zagrebelsky, Ministro da Corte Constitucional da Itália: "O conceito de direito como uma coleção de normas de comportamento exclusivamente

Já em 1871, Langdell asseverava que o "[D]ireito, considerado como ciência, consiste em certos princípios e doutrinas"[18], os quais eram *deduzidos* de uma "pequena proporção" de casos. Sua forma de raciocínio propunha então, como já referi, um misto de indução-dedução. Esse método indutivo-dedutivo mostrava-se apto a formar conceitos abstratos, doutrinas fundamentais, as quais eram, segundo Langdell, "[quantitativamente] muito menores do que [era] comumente suposto."[19] Conquanto seja a nós, juristas do sistema da *civil law*, estranho que seja possível pregar a viabilidade de um raciocínio dedutivo-silogístico (premissas maior e menor, seguindo-se conclusão) em um sistema de Direito que "parte do caso", era dessa forma abstrata e dedutiva (ao menos num segundo momento de aplicação) que os *Classical Legal Thinkers* entendiam o Direito.

Como salienta Thomas Grey, o "coração da teoria [dos Clássicos] era o entendimento de que o Direito é uma Ciência."[20] E o langdellianismo levou essa máxima às últimas conseqüências. Mais ainda, fê-lo de forma e com intensidade tais que sua doutrina veio a dominar o ensino jurídico e a prática do Direito nos USA[21], influenciando estudantes, advogados e juízes até pelo menos 1930. A aspiração dos Clássicos a um sistema legal formal e universal, conceitualmente ordenado, sugere analogia com a geometria euclidiana — com os princípios e conclusões fazendo as vezes dos axiomas e corolários das ciências exatas, bem ao sabor, aliás, do movimento racionalista que invadiu o pensamento Ético, Político e Jurídico na Europa desde Grotius a Kant.[22] Aos olhos de um jurista do *civil law*, não preciso lembrar que nada de muito novo propunham os *Classical Legal Thinkers*.

Os "Clássicos" eram Positivistas, tomado o conceito no sentido de ser necessária, à construção de uma Ciência do Direito, a separação completa entre Direito, Política e Moral. Como adverte Horwitz, numa afirmação firme que adianta em

propostas pelo legislador (constitucional e ordinário) é ainda prevalente entre acadêmicos, juízes e advogados. Também dominante é a idéia de julgamento como uma operação lógico-dedutiva consistente na objetiva aplicação do direito a um caso particular em questão, por meio de um silogismo normativo e legalístico e sem qualquer necessidade de olhar fora dos quadrantes do direito." Gustavo Zagrebelsky, *Ronald Dworkin's principle based constitutionalism: An Italian Point of view*, 1 I. Con 621, 622 (2003).

18 Langdell, "A Selection of Cases on the Law of Contracts (1871)", in *American Legal History*. New York: Oxford University Press, 1991, p. 338.

19 *Id.*, p. 339.

20 Thomas Grey, *Langdell's Orthodoxy*, p. 5.

21 *Id. ibid.* Segundo Grey, a "Ortodoxia Clássica" apresentava um esquema segundo o qual um sistema legal seria definido pelas relações estabelecidas entre cinco possíveis objetivos: compreensibilidade, completude, formalidade, ordem conceitual e aceitabilidade. Há quem sustente, com fortes argumentos, que ainda hoje reina o "langdellianismo" nas faculdades de Direito dos USA. Ver Duncan Kennedy, "Legal Education as Training for Hierarchy", in *Politics of Law*, 2 ed., New York: Pantheon Books, 1992, p. 41-61.

22 Grey, *Langdell's Orthodoxy*, p. 16. O autor aduz que, na Inglaterra, John Austin, fundador do Ciência do Direito naquele país, propunha que os juristas "imitassem os métodos perseguidos pelos geômetras com tanto sucesso" (Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, p. 77-78, apud Grey, p. 17).

muito o argumento deste artigo: "A separação entre direito e política sempre foi a aspiração central dos juristas americanos."[23] Para tanto, os *Classical Legal Thinkers* utilizavam-se de abstrações e conceitos *a priori* concebidos — e de novo ao jurista continental tudo parece familiar. Foi, como nós, também na filosofia de Kant que bebeu, na época, Langdell, o mesmo que, no começo de tudo, perguntara sobre os fatos. Vê-se agora que não era isso que ele tinha em mente.

Fatos, referi e repito. Alterá-los era o que o landellianismo não queria. Sua batalha, velada, era para manter o *status quo* e evitar a redistribuição de riqueza. Suas armas, empunhadas de par: uma visão abstrata de supostos "Direitos Naturais", pré-políticos; e uma dicotomia, qual seja, a distinção Público/Privado. Essa estrutura permitiu ao pensamento Clássico explicar o Direito como contendo uma esfera pública, coercitiva, representada pelo Direito Tributário, Constitucional, e "principalmente [pelos] Direito[s] Penal e Regulatório"[24], e uma não-coercitiva esfera privada, a qual abrangia mormente o Direito dos Contratos, a Responsabilidade Civil, o Direito Comercial e o Direito de Representação. Numa palavra: haveria um Direito Natural, pré-político, dado, que comporia a esfera privada do *indivíduo*, na qual o poder do Estado não poderia penetrar[25].

Influenciados pelas ciências naturais — que àquele tempo atingiam o ápice — os Clássicos encamparam a idéia da "pureza" do Direito: a fim de merecer o título de Ciência, o Direito deveria ser visto como algo neutro, tal qual a Física e a Geometria. Estávamos, insisto, na segunda metade do século XIX. O Direito deveria derivar de conceitos abstratos[26] e deveria ser mantido à parte não somente da Política, mas também das outras ciências. Na análise de Thomas Grey, a ortodoxia dos Clássicos encampava uma idéia de Direito desde uma perspectiva "interna", no sentido de que não deveria ele refletir idéias "externas", fossem sociológicas, históricas, ou econômicas[27]. O "externo" contaminaria o Direito com impurezas, que deveriam ser evitadas. A essa idéia de pureza conformava-se com facilidade tão-somente o Direito Privado. Fácil entender então por que os Clássicos devotaram seus esforços mormente a moldar a esfera individual[28], a qual deveria em suma ser

23 Horwitz, *Transformation*, p. 9.

24 *Id.*, p. 11.

25 Sabemos que aqui é Locke quem dá o tom. Para Locke, o Estado "não tem outro fim senão o de proteger a propriedade". Sem ela, o "povo não pode jamais se sentir seguro nem em paz, *nem se imaginar em uma sociedade civil*". John Locke. *The Second Treatise of Government*. Cambridge: Hackett, 1980, p. 51.

26 Na Alemanha, a idéia de sistema, herança da Escola do Direito Natural, de forte influência kantiana, estava em voga. Sua filha legítima, a famosa *Jurisprudência dos Conceitos*, que Puchta proclamou, é a contra-parte continental do langdellianismo. Sobre a Jurisprudência dos Conceitos na Alemanha, ver Karl Larenz. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução da 6d. Alemã (1991) de José Lamego. 3ª ed., Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 21-44 [doravante *Metodologia*]. Sobre Puchta e a Jurisprudência dos Conceitos, ver também nota 64 *infra*.

27 Grey, *Landgell's Orthodoxy*, p. 6.

28 A bem da verdade, os Clássicos não entendiam como o Direito Público pudesse fazer parte do estudo científico do Direito. Na Faculdade de Direito de Harvard, sob o comando de Langdell, os estudantes deveriam ser "expostos" somente às disciplinas jurídicas "científicas", "puras". Ver

protegida do Poder Estatal. Numa palavra: o Estado era visto como garantidor da esfera privada dos homens livres. O Direito Constitucional, e.g., prenhe de idéias "políticas", e não de "questões legais", deveria ser visto como não-científico[29], e por isso não foi objeto de maiores preocupações.

Por trás de tudo, uma mascarada ideologia. A dicotomia *Public/Private*, de mãos com a abstração dos "princípios ou doutrinas", serviu, segundo uns, para mais além de meramente tentar conferir uma "pura", ou "científica" explicação sobre o Direito: embora invocando ser apolítica, a visão dos Clássicos era na verdade uma arma ideológica, um "projeto permanente da elite jurídica americana,"[30] a qual almejava em última instância manter o *status quo*. Definindo a Esfera Privada — onde o indivíduo, e não o Estado, tinha direitos "naturais", "absolutos", "pré-políticos" —, e evitando uma abordagem "externa" ou, por outra, interdisciplinar do Direito, que deveria ser "puro"[31] —, referida elite tentou não somente manter o Estado longe dos negócios privados e o populacho (os trabalhadores, em uma palavra) longe dos seus lucros, como também buscou evitar a redistribuição de renda. Era a época, lembro, do nascimento das grandes empresas e corporações, e também da criação de sindicatos de empregados, os quais, explorados de toda forma, passariam a reivindicar direitos. A guerra ideológica aparecia, pois, camuflada na Dicotomia Público/Privado[32].

Teorias conduzem ideologias, ainda que a teoria se diga "neutra". O indivíduo estava, na época, no centro do palco: a "teoria da vontade", uma filosofia ultra-individualista, que permeava a idéia de Direito por todos os cantos do mundo, teve importante papel no Direito dos Contratos e no Direito de Propriedade; a negligência, um conceito subjetivo e individualista, era a regra geral em termos de responsabilidade civil (*torts*)[33]. Numa palavra: a Esfera Privada, e em última análise o "puro", "neutro", "abstrato" conceito de Direito serviam como um *escudo* ao indivíduo, que era, segundo o pensamento dos *Classical Legal Thinkers*, um sujeito livre, autônomo, com direitos à liberdade e à propriedade inalienáveis, "adquiridos" (*vested rights to property and liberty*). Essa era, em forçada simplificação, a ideologia básica por trás da "Ortodoxia Clássica".[34]

Grey, *Langdell's Orthodoxy*, p. 34. Nada disso admira o jurista continental. A nós, a Ciência do Direito, enquanto sistema, em sua evolução e metodologia, desenvolveu-se igualmente na esfera do "Direito Privado".

29 See Thomas Grey, *Langdell's Orthodoxy*, p. 34.

30 Robert Gordon, "Legal Thought and Legal Practice in the Age of American Enterprise, 1870-1920", in *Professions and Professional Ideologies in America*, Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1983, p. 73.

31 *Id*, p. 74.

32 Para uma discussão sobre a relação entre o *Classical Legal Thought* e o pensamento Econômico Clássico, ver Duncan Kennedy, *A Symposium of Critical Legal Study: The Role of Law in Economic Thought: Essays on the Fetichism of Commodities*, 34 American University Law Review 939 (1995) [doravante *The Role of Law in Economic Thought*].

33 Horwitz, *Transformation*, p. 13.

34 Ver Duncan Kennedy, *The Role of Law in Economic Thought*, p. 954: "A noção de que a função

Um famoso caso julgado pela Suprema Corte Americana revela o quão forte era essa ideologia. Em *Lochner v. New York*[35], julgado em 1905, por maioria de votos, a Corte julgou inconstitucional lei do Estado de Nova York que impunha um limite máximo de dez horas diárias na jornada de trabalho dos padeiros, sob o argumento de que a liberdade contratual impedia o Estado de imiscuir-se na relação contratual. A teoria do direito natural ao contrato, o mito da autonomia, presente no homem "livre" e "igual", mostrava sua cara. Ao Estado (o Público) não era lícito interferir na esfera privada. O Direito "puro" deveria proteger o indivíduo dos ataques *inconstitucionais* do Poder Público. Assim como em *Lochner v. New York*, em outras várias decisões da chamada "era Lochner" a Suprema Corte, em nome de uma "pura", "não-ideológica", "apolítica" concepção de Direto anulou várias leis estaduais que conferiam direitos aos trabalhadores e dispunham contra os interesses das grandes empresas.[36]

Foi Oliver Wendell Holmes Jr. (1841-1935), uma vez dito o "único grande"[37], ou "o mais importante e influente pensador que o Direito Americano possuiu"[38], quem mudou o rumo da nau[39]. Mas antes de se adiantar o argumento, é interessante

do Direito Privado era definir e proteger direitos individuais pareceu de enorme significância aos *classical legal thinkers.*"

35 *Lochner* foi uma decisão tão importante que as expressões "era *Lochner*" ou "Corte Lochner" são hoje correntes no Direito americano. Importante não quer dizer "correta" ou "justa". Morton Horwitz tachou a Corte Lochner de a "mais infame das cortes pré-modernas", em *The Constitution of Change: Legal Fundamentality without Fundamentalism*, 107 Harvard Law Review 30, 40 (1993) [doravante *Fundamentalism*].

36 Ver Horwitz, *Fundamentalism*, p. 44-51. Reinava então uma concepção estática de Constituição, bem como era dominante a concepção "originalista" de interpretação constitucional. Horwitz faz ao longo do artigo um apanhado geral do significado que o termo "Democracy" teve ao longo da história nos USA, enfatizando que o Direito Constitucional norte-americano só passou a considerar a Democracia como ponto central do debate constitucional por volta de 1940. A fim de comprovar que são Ideologia e Política que permeiam sempre o debate, e não certas concepções — sempre mutáveis ao sabor de cada vontade — de Democracia, Horwitz analisa outras dicotomias, que melhor ficariam expostas num artigo sobre a História do Direito Constitucional dos USA. Aqui não há espaço para tal abordagem, mas menciono as dicotomias: "Originalistas *versus* Não-Originalistas" e "Processualistas *versus* Substantivistas".

37 Horwitz, "The Place of Justice Holmes in American Legal Thought", in *The Legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, Stanford: Stanford University Press, 1992 p. 31. [doravante *The Legacy*]

38 Horwitz, *Transformation*, p. 109.

39 Oliver Wendell Holmes Jr. é uma personagem singular na história americana. Se há muita discussão acerca de sua verdadeira ideologia, na qual se apontam freqüentes contradições até hoje, há ao contrário certeza sobre sua importância não só ao Direito americano, mas no rumo que os USA seguiram após a guerra civil, na segunda metada do séc. XIX. Louis Menand, em livro célebre e recente, apresenta interpretação histórica acerca do papel crucial que quatro homens exerceram na formação e no desenvolvimento americano. Ao lado dos três maiores filósofos do pragmatismo — William James, Charles Peirce e John Dewey —, o escolhido é Holmes. "Eles não tiveram somente inigualável influência sobre outros escritores e pensadores; eles tiveram enorme influência na vida Americana. Suas idéias mudaram a forma como os Americanos pensavam — e continuam pensar — sobre educação, democracia, liberdade, justiça e tolerância. E como conseqüência, eles

que sejam ditas breves palavras sobre a vida pessoal de Holmes no próprio texto, e não em rodapés.

Holmes é, nos USA, um mito. Como todo mito, sua figura e sua obra foram alvo de críticas de vários sabores. Não há quem deixe de lembrar, no entanto, uma peculiaridade de sua vida pessoal (que parece encaixar-se bem no contexto deste artigo): Oliver Wendell Holmes Jr. serviu como oficial do Exército Americano durante Guerra Civil (1861-1865)[40]. Como tal foi alvejado e ferido três vezes em batalhas, e muitos de seus amigos morreram em frente aos seus olhos. A guerra, portanto, foi "experiência central em sua vida, e ele a manteve viva na memória".[41] Uma *experiência real*. Sua magnífica obra tem sido — certa ou erradamente — vinculada a esse contexto pessoal e histórico.

Em 1964, Holmes ingressou na Faculdade de Direito de Harvard, graduando-se em junho de 1966. Sua obra mais conhecida, *The Common Law*, apareceu em 1881 e tornou-se logo influente, alçando o autor, então com 40 anos, ao grupo de juristas de primeira linha. Já no início de 1882 Holmes foi convidado a lecionar na *Harvard Law School*, posição que ocupou somente até o fim do mesmo ano, quando foi nomeado Juiz da Suprema Corte do Estado de Massachusetts, da qual se tornou presidente em 1899. Dois anos antes, 1897, escreveu seu último artigo de doutrina, *The Path of the Law*, o qual de alguma forma serve como "fim" de sua vida como "doutrinador" e marca o início teórico do que veio a se tornar, uns 30 anos mais tarde, o *American Legal Realism*. Em 1902, Holmes foi apontado *Justice* da Suprema Corte Americana pelo Presidente Theodore Roosevelt e lá serviu por 30 anos, retirando-se em 1932[42]. Foi ali, como um dos seus mais prestigiados Juízes, que ele comandou outras batalhas e, *de fato*, iniciou uma revolução no direito americano.

mudaram o modo de vida Americano — a forma com que aprendem, a forma como expressam suas idéias, a forma como se entendem, e a forma com que tratam pessoas diferentes deles. Nós estamos ainda vivendo, em grande medida, em um país que esses pensadores ajudaram a construir." Louis Menand, *The Metaphysical Club. A Story of Ideas in America*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2001, p. ix. [doravante *The Metaphysical Club*].

40 Nascido em Boston em 08 de Março de 1841, em 1857 Holmes ingressou no *Harvard College* e graduou-se *Bachelors of Arts* em 1861. Meses depois, tendo eclodido a Guerra Civil, serviu com primeiro-tenente junto ao Vigésimo Regimento Voluntário de Massachusetts, seu Estado natal. Holmes foi gravamente ferido no peito na batalha de Ball's Bluff em Outubro de 1861. Recuperou-se e reincorporou-se ao seu regimento em março do ano seguinte. Em setembro de 1862, foi novamente ferido com gravidade, agora no pescoço. Novamente se recuperou e reincorporou-se. Em maio de 1863, na batalha de Chancellorsville, foi-lhe desferido um tiro no pé, e Holmes teve a esperança de que fosse seu pé amputado — ele poderia então voltar para casa. Seu pé, no entanto, foi poupado, e Holmes serviu como capitão até julho de 1864, quando retornou a Boston. Sobre a vida pessoal de Holmes, valho-me de George C. Christie & Patrick H. Martin, *Jurisprudence — Text and readings on the philosophy of law*. 2ª ed., St. Paul: West Publishing Co., 1995, p. 801 e ss. [doravante *Jurisprudence*], e de Menand, *The Metaphysical Club*.

41 Menand, *The Metaphysical Club*, p. 3.

42 Christie & Martin, *Jurisprudence*, p. 804. Holmes faleceu em 6 de Março de 1935 em Washington-DC.

Em *The Common Law*, Holmes escolheu o inimigo: o abstrato conceito de Direito formulado pelo então prestigiado Diretor da *Harvard Law School*, Langdell. Holmes não atacou Langdell diretamente, entretanto, mas sim a escola filosófico-jurídica alemã, particularmente Kant e Hegel[43]. Tais filósofos eram, em suma, para Holmes, os ícones das idéias abstratas, dos conceitos *a priori*, idéias às quais Holmes associava os *Classical Legal Thinkers*. E depois, em *The Path of Law*, vociferou Holmes: "Leiam as obras dos grandes juristas alemães e vejam o quanto mais o mundo é governado no dia-a-dia por Kant do que por Bonaparte".[44]

Podemos ver delineadas e distinguidas na obra de Holmes duas dicotomias, ambas *prima facie* não-ideológicas, mas de fortíssimo caráter filosófico: Lógica *versus* Experiência, e Abstrato *versus* Concreto, as quais são derivadas dos dois mais famosos aforismos cunhados por Holmes, ambos incorporados ao Direito americano desde então: "A vida do Direito não tem sido lógica, tem sido experiência" (*The life of the law has not been logic: it has been experience*), expressão cunhada no seu já mencionado livro *The Common Law*, de 1881, e "Proposições gerais não decidem casos concretos" (*General propositions do not decide concrete cases*), adágio utilizado no célebre voto vencido que Holmes proferiu no referido caso *Lochner*[45].

Se a distinção *Public/Private* foi usada pelos Clássicos para impor uma ideologia própria e conservadora, como sugerido acima, o grupo de dicotomias *Abstract-Logic/Experience-Concrete* foi usado por Holmes para bulir com a filosofia anterior. E foi mesmo assim. Nos USA, os sistemas de lógica abstrata, dados *a priori*, começaram a ruir com o relativismo crítico de Thorstein Veblen, James Harvey

43 Sobre isso, ver Mathias Reimann, "Holmes' *Common Law* and German Legal Science" [doravante *Holmes*], in *The Legacy*, p. 72-114. Por mais tentador que seja aqui disparar contra Holmes no mínimo acusações de ter simplificado demais as coisas, não se trata de examinar neste espaço a (im)propriedade da sua visão sobre a filosofia alemã. Holmes pode ter feito dela tão-somente sua alça de mira. Na verdade, seu alvo estava bem mais perto. Como sugere Mathias Reimann, o inimigo de Holmes era o formalismo, que ele encontrou encarnado em Langdell (p. 72). A mesma lembrança é feita por David Dyzenhaus, "*The Path of Law 100 Years Later: Holmes's influence on Modern Jurisprudence: Holmes and English and German Jurisprudence: Holmes and Carl Schmitt: An Unlikely Pair?* 63 Brooklyn Law Review 165, 166 (1997) [doravante *Holmes and Carl Schmitt*].

44 In *ALR*, p. 24. Embora me pareça equivocada a posição de Holmes de que havia uma relação direta entre o método indutivo-dedutivo do *case law* e o método puramente dedutivo do direito alemão, repito que não é importante, para os propósitos desse artigo, se Holmes não entendeu, ou se entendeu mal, a doutrina alemã, nem é importante saber se a interpretação de Holmes foi movida por "vaidade pessoal", como sugerido por Reimann (*Holmes*, p. 104). Concordo com a crítica de M. Reimann a Holmes de que a sua visão das obras de Savigny, Kant e Jhering é "muito distorcida" (*Holmes*, p. 103), mas eu não posso nem sei dizer se Holmes conscientemente distorceu essas obras, como afirmado por Reimann (*Holmes*, p. 104).

45 Segundo Horwitz, *Fundamentalism*, p. 80, a expressão "*general propositions do not decide concrete cases*" conecta-se a uma "elaborada crítica ao raciocínio jurídico 'conceitualista, 'formalista', e 'mecânico' que Holmes iniciou e legou a Pound e outros seguidores do pensamento progressista, e depois, a Morris e Felix Cohen, John Dewey, e muitos outros grandes escritores do realismo". A dita "jurisprudência mecânica", termo cunhado por Roscoe Pound, é adiante analisada neste trabalho. Ver notas 60, 62 e 64 *infra*.

Robinson e Oliver Wendell Holmes Jr[46]. Por trás, a genuína contribuição americana à filosofia — o Pragmatismo. Falando por toda uma nova geração de pensadores, William James clamou por uma nova atitude: o homem deveria deixar de buscar as "primeiras coisas", princípios, categorias e supostas necessidades e olhar em direção às "últimas coisas", aos frutos, conseqüências, aos *fatos*[47]. Numa palavra: ao paradigma abstrato então vigente, cujo vetor partia de cima, da teoria, passou a contrapor-se um paradigma concreto, de vetor oposto, que partia dos fatos.

É necessário salientar, entretanto, que a ideologia de Holmes, ao longo de sua longa carreira, é um pouco turva, e afirma-se com freqüência que ela jamais foi linear. Dela já se disse tudo. Com efeito, Holmes, ou seu pensamento, tem sido "visto tanto como muito progressista e liberal, fortemente totalitário, um positivista, um realista pioneiro, um eterno soldado, e ultimamente como um utilitarista pragmático".[48] Em perspectiva histórica, no entanto, o ponto a ser enfatizado e repisado é este: Holmes remava contra a forte maré da época. Foi ele quem inverteu o curso do rio — e, tratando-se de mudança de um paradigma, o abstrato, para outro totalmente inverso, o concreto, isso não é pouco. Holmes dizia claramente que era necessário descer à particularidade dos casos para bem julgar. Dito de outra forma: era necessário abandonar as grandes abstrações e crenças[49]. Como Holmes escreveu em seu voto vencido no caso *Lochner*, em 1905, conceitos abstratos, proposições gerais — as quais foram talvez suficientes para resolver casos no passado, ou em sociedades mais homogêneas e menos controversas ou conflituosas — passaram a não mais ser aptos a decidir casos concretos. Para manter o diapasão deste breve artigo: a firme linguagem metafórica de Holmes ofereceu ao pensamento americano outra dicotomia em torno da qual a batalha ideológica do Direito nos USA iria debater-se anos a fio.

Qualquer que tenha sido a ideologia pessoal de Holmes, o fato é que ele "foi o primeiro pensador a perceber que os pressupostos por trás da existência de um regime [de mercado] competitivo eram fundamentalmente incompatíveis com concepções de direitos absolutos de propriedade"[50], concepção essa que foi adotada pelo langdellianismo e que estava ancorada em um suposto Direito Privado "neutro" e "natural". Holmes, dessa forma, desafiou a idéia, defendida pelos *Classical Legal Thinkers*, de que haveria direitos pré-políticos, os quais derivariam de um Direito supostamente "neutro" e "natural". O que mais importa aqui é isto: foram as idéias

46 Cf. David Wigdor, *Roscoe Pound: Philosopher of Law*. Westport: Greenwood Press, 1974, p. 183 [doravante *Pound*]. Ver também James R. Hackney Jr., *The Intellectual Origins of American Strict Products Liability: A Case Study in American Pragmatic Instrumentalism*, 39 American Journal of Legal History 443 (1995).

47 Wigdor, *ibid.*

48 Cf. Reimann, *Holmes*, p. 74.

49 Holmes foi à Guerra, como inúmeros jovens americanos, cheio de crenças abstratas em grandes princípios. Voltou dela sem as mesmas crenças e mais preocupado com o mundo real. Ver Menand, *The Metaphysical Club*, p. 4.

50 Horwitz, *Transformation*, p. 129.

de Holmes que frutificaram e deram origem ao Realismo nos USA. Holmes fez possível a sustentação, pelo Realismo (ao menos um tipo de Realismo), da premissa, em franca oposição aos Clássicos, de que o Direito é sim necessariamente Político, plantando dessa forma a semente que em última instância transformou o Direito americano no Século XX.

É importante notar um ponto aqui. Holmes era um Positivista, entendido aqui no seu significando mais simples: separação entre Direito e Moral. Ele não via uma necessária relação entre ambos. Mas isso deve ser posto em um contexto histórico — em regra esquecido e que faz toda a diferença: o langdellianismo invocava, a fim de suportar suas concepções abstratas e formais, a existência de um Direito pré-político, individualista, chamado de Natural[51]. A era *Lochner* — contra a qual Holmes se batia — representava justamente isto: a mantença de um *status quo* conservador, no qual a mudança social ficava impedida. Era a época, repito, do nascimento, nos USA, das grandes *corporations*, do avanço dos sindicatos de trabalhadores (em regra explorados sob o manto da "liberdade individual de contratar").

Pois Holmes via que não era possível manter esse estado de coisas. O que ocorreu de fato foi que legislações estaduais em prol dos trabalhadores começaram a surgir nos Estados-membros, e isso engatilhou forte discussão acerca do papel da Suprema Corte, a qual, na era *Lochner*, julgou inconstitucionais mais de uma dezena dessas leis[52]. O que Holmes percebia é que a sociedade americana estava mudando,

51 A lembrança de Bobbio cai bem aqui: "Não há idéia que não tenha encontrado apoio em alguma 'lei natural'. Sempre que um escritor, uma facção, uma seita, um partido, um político poderoso quis justificar o seu direito e recorreu para isso ao direito natural, não teve dificuldade em encontrar na natureza complacente algum fundamento. A natureza mostrou ser generosa o bastante para contentar, se solicitada com habilidade, o patrão e o empregado, o soberano e os súditos, o rico e o pobre, o opressor e o oprimido." Norberto Bobbio *Locke e o Direito Natural*. 2d ed., tradução Sérgio Barth, Brasília: Editora UNB, 1998, p. 54.

52 Esse comportamento da Corte foi então tachado de "Ativismo Judicial" — uma expressão que, fora do seu contexto histórico, nada significa. Contrário ao *judicial activism* seria a adoção do *self restraint*. Mas a noção de *self restraint* no direito americano é utilizada por todos para defender quaisquer idéias e municiar todo tipo de acusações. Basta que um Tribunal decida contra uma lei progressita ou que altere o *status quo* para que os partidários da ideologia contrária acusem a Corte de "ativista". Aí, conservadores recomendam o *self restraint*. O contrário ocorre se um Tribunal deixa de anular uma lei "progressita", quando então os conservadores muito facilmente passam a advogar o ativismo judicial. Advogar um (*Judicial Activism*) ou outro (*Judicial Restraint*), como se faz às vezes nos USA e se ouve hoje de juristas pelo Brasil afora (em regra carregados de citações de decisões da Suprema Corte Americana, como que dando um verniz de cultura e um ar de definitividade ao argumento), é algo que, *se descontextualizado historicamente*, não contribui para absolutamente nada no debate jurídico. Aliás, só ajuda a confundir o jurista, lançando ao debate mais dois ou três rótulos para que alguns oportunistas se abracem e daí montem a sua ideologia disfarçada (e que entre nós, brasileiros, tem grande chance de virar moda, e depois levar a multidão desesperada a rezar ao novo santo — de barro, ou de papel). Eu insisto sempre: o nome que se dá às coisas interessa menos do que o seu conteúdo. "Ativismo Judicial" e "Auto-Restrição Judicial" são termos que cortam para os dois lados. Fiquemos na fonte americana mesmo: a Corte Lochner era "ativista", porém conservadora; a Corte Warren (*Chief Justice* Earl Warren — 1953 a 1969)

e que a Corte não deveria nem poderia barrar esse avanço social. O *concreto*, o *real*, deveria ser simplesmente aceito, em oposição ao mundo abstrato e formal dos conceitos. Daí que Holmes entendia que a lei editada pelo legislador *naqueles casos* (*Lochner* é o paradigma aqui) era algo que deveria ser aceito pela Suprema Corte como a vontade da sociedade americana em mudança, independentemente do seu "valor moral" (à época, esses "valores morais", acompanhados do "direito natural", eram invocados — como expressão ao menos — justamente para suportar o langdellianismo individualista, principalmente na esfera dos contratos[53]). É neste contexto que o Positivismo de Holmes deve ser encarado[54].

Seja como for, Holmes afirmava, sempre contra as "abstrações", as quais sua metafórica linguagem chegou a encontrar "em algum lugar do passado, nas florestas Germânicas"[55], que as *forças sociais e políticas*, e não somente a história (vista como herança do passado), deveriam nortear as decisões judiciais. Os juristas deveriam inteirar-se de outros assuntos, como economia política e estatística[56]. O Direito não devia ser, então, algo autônomo e desligado da *sociedade*. Holmes abria assim a porta por onde os "Progressistas" introduziram de vez e fizeram florescer a semente

era igualmente "ativista", mas foi a mais progressista Suprema Corte que a América já viu (as mundialmente famosas decisões *Brown v. Board of Education* [1954] e *Roe v. Wade* [1973], e outros inúmeros casos conferindo direitos civis foram tomadas em seu termo ou tiveram o seu espírito [sobre a Corte Warren, ver Morton Horwitz, *The Warren Court and the Pursuits of Justice*. New York: Hill and Wank, 1999]). Segue-se hoje talvez a Corte mais conservadora dos últimos tempos nos USA (a Corte Rehnquist), curiosamente também uma das mais "ativistas". O ponto então nada tem a ver com Ativismo Judicial, *a menos que se entenda o termo no seu contexto histórico*, e falar pura e simplesmente em ativismo judicial é um *nonsense*. Para uma conseqüente abordagem dogmática do ativismo judicial na doutrina brasileira, ainda que sem focar o fator ideologia, ver Cláudio Ari Mello. *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004 (principalmente o capítulo III).

53 Em *The Path of Law* (ver *ALR*, p. 17), Holmes deixa claro que "em nenhum outro lugar a confusão entre idéias legais e morais é mais manifesta do que no direito dos contratos", onde os "assim chamados direitos primários e deveres são investidos de uma significação mística além da que pode ser conferida e explicada."

54 Nada disso significa que pretendo simplificar demais as coisas. Estou somente pondo ênfase no contexto histórico. Implicações mais elaboradas sobre o positivismo de Holmes, inclusive uma eventual similitude de seu pensamento com o conservadorismo de Carl Schmitt, podem ser vistos em Dyzenhaus, *Holmes and Carl Schmitt*, p. 180-6. Não é necessário ir tão longe para ver que o positivismo de John Austin é também fonte a Holmes, como é correntemente aceito (por todos, ver o clássico artigo de Herbert Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, 71 Harvard Law Review 593 [1958]). O que confunde a quem perde a perspectiva histórica das coisas e se apega somente às palavras é o seguinte paradoxo aparente: como pode alguém de idéias inspiradas em Austin ser tachado de progressista, reformista ou qualquer outro rótulo parecido? Meu ponto é sempre o mesmo: sem o contexto histórico, nada fará sentido e todos os botoms que se utilize vão colar. "Positivista", "progressista", "reformista", "moralista". Diante de outro contexto, esses botoms vão cair — e continuaremos sem identidade, procurando em vão um novo santo a quem devotaremos nossas preces, até que outro o substitua.

55 *The Path of the Law* (*ALR*, p. 22).

56 *Id.*, (*ARL*. p. 23). Ver também Dyzenhaus, *Holmes and Carl Schmitt*, p. 170.

do *fático* no pensamento americano[57]. Mencionarei brevemente dois autores: Roscoe Pound e Louis Brandeis.

Tendo iniciado logo depois do caso *Lochner*, a era "Progressista" (*Progressive era*) no Direito americano também pode ser pintada em cores metafóricas e apresentada em termos dicotômicos. Na esteira do já mencionado aforismo de Holmes, "o Direito não é lógica, mas experiência", Nathan Roscoe Pound (1870-1964), antes professor em Chicago e depois Diretor, como Langdell uma vez, da *Harvard Law School*, reclamou, em 1910, por uma abordagem mais pragmática — e menos teórica ou abstrata — do Direito. Pound apresentou sua famosa metáfora: a diferença entre o "Direito dos Livros e o Direito da Vida" (*Law in books and Law in action*[58]), a qual carregava em verdade uma "sistemática crítica ao Direito Americano".[59]

Pound criticou severamente a filosofia abstrata, a qual havia levado as Cortes americanas a decidir casos por um método dedutivo, uma jurisprudência que ele batizou, em 1908, de "mecânica" (*mechanical jurisprudence*[60]). Isso era, em larga medida, fruto da semente de Holmes[61]. Diferente de Holmes, no entanto, Pound bebeu muito de fonte alemã[62]. A Filosofia Sociológica de Pound (*Sociological Jurisprudence*) é em muito similar à chamada Escola do Direito Livre (*freie Rechtsfindung*)[63], a qual apelava também firmemente à Sociologia, e a crítica de Pound à *mechanical jurisprudence* é muito parecida com a crítica feita pela doutrina alemã à "Jurisprudência dos Conceitos", de Puchta[64].

57 Segundo Larenz, Wieacker dizia que o formalismo constituía "a definitiva alienação da ciência jurídica em face da realidade social, política e moral do Direito". Larenz, *Metodologia*, p. 29.

58 Este é o título de um artigo publicado na 34 American Law Review 12 (1910), no qual Pound argumenta que a liberdade contratual referida em *Lochner* se baseava em "direitos iguais" entre empregados e empregadores, igualdade essa que só poderia ser vista como uma "falácia". Pound sugeria que as cortes americanas haviam perdido o contato com a vida. Daí a expressão "*Law in Books and Law in Action*".

59 Wigdor, *Pound*, p. 161.

60 O termo foi cunhado em artigo célebre, que leva o mesmo nome — *Mechanical Jurisprudence*, 8 Columbia Law Review 605 (1908). Nesse artigo, Pound contrapõe o *a priori* kantiano citando sempre o pragmatismo de William James. E aqui se encontra também o clamor de Pound pela sociologia: "Devemos nos livrar desse tipo de legalidade e nos ater a uma ciência do direito pragmática e sociológica. (...) O movimento sociológico na jurisprudência é um movimento pelo pragmatismo como filosofia do direito." (p. 609).

61 Como obra de doutrina, o trabalho de Pound é mais refinado que o de Holmes (Pound, ademais, passou a maior parte da vida adulta vinculado à Academia e à produção científica; Holmes, na Suprema Corte).

62 É correto dizer que a *Mechanical Jurisprudence* é a versão americana da "Jurisprudência dos Conceitos" alemã, (ver notas 45 e 60 *supra* e nota 64 *infra*).

63 Ver Pound, *Mechanical Jurisprudence*, p. 610, e nota 64 *infra*. Consultar, sobre a influência da "Escola do Direito Livre" no Realismo Americano, James E. Herget e Stephen Wallace, *The German Free Law Movement as the Source of American Legal Realism*, 73 Virginia Law Review 399 (1987) [doravante *The German Free Law Movement*].

64 Puchta era, como seu mestre Savigny, um kantiano. A famosa idéia de Puchta é a da "pirâmide dos conceitos": cada conceito superior autoriza certas deduções; conseqüentemente, se um conceito

A linguagem de Pound, no entanto, era mais sutil que a verborragia de Holmes. Falando sobre ideologia, Pound trouxe à cena o problema do Poder (Público) e conectou-o à idéia de coletivismo. E novamente outra dicotomia — individualismo *versus* coletivismo — tomou assento. Já em 1905, em um artigo no qual examinou nove casos (*Lochner* entre eles) em que a Suprema Corte dos USA tinha julgado inconstitucionais direitos conferidos a trabalhadores[65], Pound declarou: "Hoje, pela primeira vez, a *common law* põe-se contra o povo".[66] E concluiu: "A *common law*, no interesse do indivíduo, está lutando com as prerrogativas do povo, representado pelo Poder de Polícia, assim como lutou com semelhante prerrogativa da coroa desde Henry VII a James II."[67] Não é preciso dizer que esse pensamento facilmente conduziu a outra dicotômica batalha, agora poderosa e explicitamente político-ideológica, a qual permeou todo o século passado: capitalismo *versus* socialismo[68]. Já em 1905, Pound punha "a questão crucial do século XX: 'Como deveria o direito balancear de forma mais justa individualismo e socialismo?'"[69]

A Teoria do Direito do século XIX havia com isso afastado o Direito da Sociedade, dizia Pound. O método dedutivo era abstrato, mecânico, artificial, vazio. Partia de assunções fixas que eram aplicadas seguindo uma lógica interna que evitava questões práticas, preferindo lidar com abstrações. Exemplos eram a liberdade con-

inferior se amolda a um conceito superior, então tudo o que se diz sobre o conceito superior é também válido ao conceito inferior (aqui a fonte é sempre Larenz, *Metodologia*, p. 21-9). A fim de comparar Puchta e Pound, seja-me permitido citar as palavras do americano, em *Mechanical Jurisprudence*: "Conceitos são fixos. As premissas não devem mais ser examinadas. Tudo é delas simplesmente dedutível. Princípios deixam de ter importância. O direito torna-se um sistema de regras. Essa é a condição contra a qual agora os sociólogos protestam, e protestam firmemente." (*Mechanical Jurisprudence*, p. 612). O conteúdo do conceito superior de Puchta era o problema do seu sistema abstrato. Onde encontrá-lo, de onde derivá-lo? A resposta era, segundo Puchta, na filosofia do Direito (Larenz, *Metodologia*, p. 25). Esse seria o ponto de partida do qual se poderia deduzir todo o sistema de direito. Essa filosofia abstrata, para Puchta, era a filosofia *a priori* kantiana. O *Cursus der Institutionen* de Puchta era baseado no conceito kantiano de liberdade. "[O] *a priori* jusfilosófico do sistema de Puchta não é senão o conceito kantiano de liberdade." (Larenz, *Metodologia*, p. 25). E o conceito de liberdade kantiano é, sabe-se, um conceito moral. O significado jurídico da liberdade kantiana aparece no mundo jurídico na idéia de direito subjetivo, e o melhor exemplo kantiano para o direito subjetivo é o direito de propriedade. O direito de propriedade era, para Kant, um direito absoluto, privado, individualista. Está pois feita a ligação, suficiente ao propósitos deste artigo: para Kant, como para Puchta — e para os *Classical Legal Thinkers*, ao menos na interpretação de Holmes e Pound — era possível derivar todo um mundo da pura razão, desprezando por completo os fatos. O passo adiante é evidente: toda a idéia de direito subjetivo deriva do conceito abstrato kantiano de liberdade/autonomia — um conceito moral, dado *a priori*. É o contra ele que se debatem, direta e indiretamente, Holmes e Pound.

65 Roscoe Pound, *Do We Need a Philosophy of Law?*, 5 Columbia Law Review 339 (1905).

66 *Id.*, p. 344. (grifo meu)

67 *Id.*, p. 349. (grifo meu)

68 Não estou sugerindo que Pound fosse socialista, seja o que for que o leitor entenda por "socialismo". Para os propósitos desse artigo, isso é pouco importante.

69 Neil Hamilton e Mathias A. Jaren, p. xx-xxi da Introdução ao livro de Pound *The Spirit of the Common Law*. Transaction Publishers, 1999 [doravante *Common Law*].

tratual e as relações de trabalho. Isso conduzia ao que Pound chamava da diferença entre o "Direito dos Livros" (*Law in books*) e o "Direito em ação" (*Law in action*). Aquele, abstrato, não mais se prestava a resolver os casos concretos de uma nova sociedade industrial, que se desenvolvia rapidamente e apresentava características muito distintas. Em linguagem kantiana, o raciocínio dos Clássicos era analítico, no qual a premissa contém em si a conclusão, dada *a priori*. A isso Pound se opunha — exatamente como Holmes, de sua forma, fazia na Suprema Corte.

Pound procurou então destruir a "jurisprudência mecânica", de fortes características individualistas, segundo ele dizia[70]. Seu projeto não era nada tímido: pretendia Pound mudar a mentalidade de seu tempo. Para isso, atacou as premissas filosóficas da *mechanical jurisprudence*, a qual estaria representada em três formas de pensamento: (1) jurisprudência analítica; (2) jurisprudência histórica; e (3) direito natural, esta última sendo, de acordo com Wigdor, "a mais comum das três"[71], e, no dizer de Pound, "a mais séria barreira à modernidade no direito."[72]

O direito natural, *a priori* e universal, buscava uma universalidade que contrastava com o direito positivo, conduzido que era por um método dedutivo, criticado por Pound. O direito natural poderia funcionar somente em uma sociedade estática. De sua vez, a jurisprudência analítica de John Austin estaria preocupada tão-somente com o direito positivo, sem qualquer relação com a Moralidade ou a Justiça. Sua pregação do direito enquanto *ser*, e não como *dever ser*, conduziria à aplicação do direito fosse qual fosse, justo ou injusto. Como o direito natural, a jurisprudência analítica, dizia Pound, encarava o Direito como uma ciência auto-suficiente, um sistema fechado. Por fim, a jurisprudência histórica (de Savigny e Carter) era contrária à codificação[73] e à legislação. No entanto, como o direito natural e a jurisprudência analítica, a jurisprudência histórica entendia que o juiz deveria somente "descobrir" o direito, o que Pound veio a mais tarde criticar duramente, tachando

70 Até aqui, não parece ser exagero dizer que as idéias de Pound não eram muito originais. Elas faziam pouco mais que transportar as críticas feitas pela doutrina alemã à jurisprudência dos conceitos. Mas uma idéia de Pound é sem dúvida genuína e marcadamente americana: ele indicou as fontes do individualismo na tradição puritana (Wigdor, *Pound*, p. 180), a qual, segundo Pound, influenciou fortemente doutrinas da liberdade do contrato, assunção de risco e culpa, todas "baseadas no conceito de empregado como homem livre" (181). De fato, em *The Spirit of Common Law*, Transaction, 1999, p. 37, Pound fala sobre um "ultra-individualismo, uma descompromissada insistência em interesses e propriedade individuais como o ponto focal da filosofia do direito", não se furtando de disparar, depois, que "em termos de responsabilidade civil, poucas doutrinas têm sido mais irritantes que aquelas da assunção do risco e da culpa concorrente, quando aplicadas a danos causados a empregados. Mas esses são conceitos eminentemente puritanos." (p. 47).

71 Wigdor, *Pound*, p. 166.

72 *Id.*, p. 167.

73 Na Alemanha, à época, O Código Civil (1896-1900) havia recém entrado em vigor. A batalha Anton Justus Thibaut (Professor em Heidelberg, que advogava pela necessidade de uma unidade do direito alemão, a qual o BGB iria proporcionar) *versus* Savigny (Professor em Berlim, contrário à codificação, por entender que o Direito alemão não estava ainda pronto a tanto), que permeou quase todo o séc. XIX, terminou em favor do primeiro, o qual era considerado — talvez equivocadamente, o que não é o ponto aqui — mais progressista do que o último.

de fictício e mesmo desonesto[74]. Evidentemente, Pound sustentava, os juízes criam o direito[75], embora não pudessem eles subverter a intenção da lei.

Esse cenário deveria mudar. Pound sugeria que isso pudesse ocorrer via legislativa — o que, no sistema da *common law*, não era pouco. A lei seria a mais poderosa via de mudança. Essa idéia marcava a grande diferença de Pound e do pensamento reinante em seu tempo nos USA[76]. A lei era a "única esperança de alguma melhora permanente", e a oposição entre a *common law* e a lei impedia, na visão de Pound, o desenvolvimento do Direito. Nada disso, entretanto, significava que o legislador pudesse tudo, ou que lhe fosse permitido impor sua moral a uma dada sociedade[77].

Os tribunais, sustentava Pound, não tinham habilidade e preparo suficientes para lidar com as complexas mudanças da sociedade de então. A lei deveria entrar em jogo. E, em caso de mudanças feitas pela lei, os tribunais não deveriam intrometer-se[78]. Isso não significava, no entanto, que Pound fosse contrário à *common law* e ao

74 Wigdor, *Pound*, p. 179

75 Pound bebia novamente em fonte alemã. Ele fazia referência à *freie Rechtsfindung* (literalmente, "aplicação livre do Direito") na América (Wigdor, *Pound*, p. 179). O "Movimento" ou "Escola do Direito Livre", nome cunhado por Eugen Ehrlich em 1903 e iniciado na Alemanha com Oscar von Bülow em 1885, com a obra *Gesetz und Richteramt* (literalmente, "Lei e função judicial"), tinha como idéia básica o seguinte: a lei, por si, não cria o direito; a decisão judicial não é somente uma aplicação de uma norma pré-dada, mas também uma atividade criadora. Noutras palavras: a lei, sozinha, não cria o direito. Ela somente prepara a criação do direito (ver Larez, *Metodologia*, p. 77 e ss.). Büllow dizia: sob o "véu ilusório da mesma palavra da lei", oculta-se uma variedade de interpretações possíveis; o papel do juiz é o de eleger a que lhe pareça a mais correta. Ehrlich diria anos mais tarde que seria um trabalho inútil tentar desconsiderar, pondo de lado, a personalidade, a individualidade do juiz. O que Bülow e Ehrlich diziam é hoje um truísmo: toda decisão judicial é uma atividade criadora, guiada pelo conhecimento (Larenz, *Metodologia*, p. 79). Ehrlich era um sociólogo do direito. Ele via o Direito como uma técnica, não como uma ciência. Em 1913, na sua obra-prima, *Fundamentos de Sociologia do Direito*, ele separa a sociologia do direito (que seria a ciência do direito), e o direito prático (ou jurisprudência prática). Este iria prover aquele com as necessárias bases científicas. A sociologia do direito, Ehrlich dizia, deveria tornar-se a única ciência do direito possível, porque ela não se confina a palavras abstratas, mas presta atenção aos fatos. Como uma verdadeira ciência, seu método seria o indutivo. Em 1918, Ehrlich escreveu *A Lógica Jurídica*, obra na qual ele meticulosamente criticou a filosofia do direito do séc. XIX e seu método lógico-dedutivo. Mas foi bem mais longe e também referiu que o juiz não estava vinculado "aos juízos de valor do legislador". "[N]a multidão de juízos de valor que se contêm nas leis de um Estado moderno é sempre possível achar algum em que se apóie qualquer solução que se queira". (Larenz, *Metodologia*, p. 89). Todas essas idéias, em maior ou menor grau, influenciaram Pound.

76 Wigdor, *Pound*, p. 176.

77 Wigdor, *Pound*, p. 180.

78 Uns poderão dizer aqui, sem mais, que Pound era favorável à idéia do *self restraint* judicial. Não me parece assim, como já expliquei na nota 52 *supra*. O problema é de ideologia, não de auto-restrição dos juízes. Pound escrevia em época (3 primeiras décadas do séc. XX) na qual a Suprema Corte dos USA vinha julgando inconstitucionais inúmeras leis que conferiam direitos aos trabalhadores. Uma Corte sem qualquer dúvida "ativista", contramajoritária. Neste caso, a ideologia de Pound clamava pelo *self restraint* judicial. Não clamaria acaso a idéia da lei fosse contrária à ideologia defendida por ele, Pound. Contextualizando historicamente os fatos, pois, as noções de *judicial activism* e *self restraint* passam a ser melhor compreendidas como idéias que veiculam,

papel das Cortes. Ele dizia serem os Tribunais "os oráculos vivos do Direito" e encarnarem a mais característica instituição da *common law*. Mas a lei, que era "uma forte tendência" então, poderia servir como um ponto de partida para a solução de vários problemas da época. Mas "o último norte dessa mudança seria dado pelos juízes".[79]

Para Pound, o colapso da visão formalista do Direito começava com o Pragmatismo, o qual deveria ser "a filosofia do jurista".[80] Com William James, Pound pregava: a) um sistema de Direito aberto à realidade, não fechado em si mesmo, auto-suficiente, como queriam os *Classical Legal Thinkers* e a Jurisprudência dos Conceitos alemã; b) a experiência era um conceito confuso em um mundo em fluxo constante; c) a verdade não é uma propriedade estática; d) o conhecimento é adquirido via participação ativa em sociedade, e não por meio de uma passiva observação. Com John Dewey, Pound via nas idéias instrumentos de ação, não verdades absolutas. A busca por certezas absolutas paralisaria a ação humana.

A filosofia de Dewey viria a bem refletir essa visão de que era necessário afastar-se do estático, do pretensamente absoluto, do não-histórico. Em 1926, discorrendo sobre o "problema do método", Dewey investia firme contra o que ele entendia significar "muito mais que filosofias do Absoluto"[81], idéias as quais pretendiam forjar e explicar um homem naturalmente não-situado, isolado, não-histórico. Atacando a natureza individual do homem proposta por Stuart Mill[82], dizia Dewey que essa natureza individual era necessariamente condicionada pelo *meio social* onde os homens vivem. As "crenças e propósitos" do homem, dizia Dewey, refletem em tudo e por tudo a cultura na qual o homem está inserido, seja aceitando-a ou rejeitando-a. Só o que haveria de generalizável e imutável seria, na melhor das hipóteses, a estrutura biológica do homem.

Para Pound, era a sociologia, não a filosofia, que deveria estar no centro da cena jurídica. Nada disso, entretanto, fazia da doutrina algo sem importância. Ao contrário, Pound estava ciente de que a doutrina jogava papel crucial: diferentes princípios, assunções e estratégias sociais governariam as mudanças sociais. Pound sabia que reformistas e reacionários lutavam no campo das idéias[83], e por isso se bateu contra a filosofia de então.

como me parece, uma luta ideológica. Clarificar esses conceitos também foi papel do Realismo, mormente do seu lado crítico.

79 Wigdor, *Pound*, p. 220. Anote-se a propósito que essa era também a idéia básica do "Escola do Direito Livre" na Alemanha.

80 Wigdor, *Pound* p. 185.

81 John Dewey. *The public & its problems*. Swallow Press/Ohio University Press, 1991, p. 194.

82 "As leis dos fenômenos da sociedade são, e podem ser, apenas as leis de ações e paixões dos seres humanos unidos em sociedade. Homens, entretanto, em sociedade são ainda homens; suas ações e paixões são obedientes às leis da natureza humana *individual*", J.S. Mill, Logic, Book VI, ch 7, sec. 1, apud Dewey, nota supra, p. 195. (itálico de Dewey). Dewey dizia que a conceitos sociais de Mill eram logicamente absolutistas, mesmo que Mill tivesse horror ao "absoluto metafísico".

83 Wigdor, *Pound*, p. 187.

Em suma, foi na esteira da reviravolta proposta por Holmes, mas para além dela, que Roscoe Pound, baseado no Pragmatismo, sugeriu o que veio a ser conhecido como *sociological jurisprudence*: o abandono dos conceitos legais vazios, os quais não deveriam ser analíticos, mas sim, para usarmos a já utilizada terminologia kantiana, sintéticos, construídos *a posteriori*, com base no mundo fenomênico; o Direito deveria valer-se o mais possível de pesquisas empíricas; a idéia de que os "laboratórios sociais" deveriam substituir os "legisladores" ganhou corpo; o Direito lidaria com *fatos*, não com abstrações, e não deveria haver nítida distinção entre fato e Direito — Juízes lidam também com fatos, não somente com o Direito[84].

Nessa esteira reformista estava, igualmente, Louis Dembitz Brandeis (1856-1941), figura por certo menos conhecida e celebrada que Holmes e Pound, mas não menos importante. Advogado célebre e depois *Justice* da Suprema Corte dos USA, onde fazia coro ao lado de Holmes (talvez mais influenciando do que sendo influenciado[85]), Brandeis entrou para a história americana antes de ser nomeado à Corte Suprema. Ainda enquanto advogado, em 1908, no caso *Muller v. Oregon*, Brandeis submeteu à Suprema Corte um memorial que "mudou o curso da história do direito americano".[86] O famoso "memorial Brandeis" (*Brandeis brief*) tornou-se desde então símbolo do pensamento progressista e da visão "sociológica" que Pound — e Brandeis — encamparam. Eis o caso:

Em fevereiro de 1903, o Estado de Oregon aprovou uma lei que limitava a 10 horas diárias o trabalho das mulheres empregadas em empresas de manufatura, mecânica e lavanderias, e previa uma multa pecuniária para o descumprimento. Em setembro de 1905, um supervisor da empresa de lavanderia Curt Muller's Grand Laundry, na cidade de Portland, infringiu a lei determinando que uma funcionária trabalhasse além das 10 horas diárias. Dito supervisor foi processado e multado em

84 Pound era um entusiasta dos Juizados de Primeira instância, onde os fatos são processados. As abstrações encaixam melhor nos Tribunais de apelação e Cortes Supremas, em regra distantes da realidade fática. Não por acaso, no Brasil, o juiz de primeiro grau tem poder quase insignificante — tudo que ele faz é recorrível e revisável por uma ou mais cortes superiores. É quase a política do "danem-se os fatos". Isso não deixa de ser fruto da influência da paixão, nem tão velada, pela abstração, no afã de que alguém superior ditará, de cima, a verdade absoluta (de preferência alguém bem distante dos fatos). Parece-me que esse é um exemplo gritante de que no Brasil ainda rezamos todos no mesmo altar.

85 Phillipa Strum, no interessante trabalho sobre Brandeis, sugere que Brandeis tinha forte ascendência intelectual sobre Holmes na época em que ambos serviram na Suprema Corte. Ver Philippa Strum, *Louis Brandeis: Justice for the People*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1984, especificamente capítulo 16 (p. 209-338), onde a autora faz uma análise das semelhanças de resultado em que Holmes e Brandeis em regra alcançavam ("Holmes and Brandeis, dissenting", isto é, votaram vencidos, tornou-se praxe na Corte Lochner), mas por caminhos e filosofias muito distintas. Segundo Strum, o que guiava Holmes era a filosofia (uma espécie de "Darwinismo"), enquanto que Brandeis se preocupava com os fatos. Holmes seria um "cínico observador" distance dos fatos; Brandeis, um reformista engajado. Holmes seria um passivo contemplador do inevitável determinismo, o que teria levado a aceitar qualquer espécie de legislação; Brandeis, um ativista. Holmes, um pessista; Brandeis, otimista.

86 Cf. Strum, *id.*, p. 114.

10 (dez) dólares. A empresa Muller apelou ao Tribunal em Oregon e, como não teve sucesso, recorreu à Suprema Corte. Consultado por sua conhecida luta pelos direitos dos trabalhadores, Brandeis, então um muito bem sucedido advogado em Boston, aceitou patrocinar *pro bono publico* a causa do Estado-membro. Apresentado em nome do Estado de Oregon, o *Brandeis brief* continha 112 (cento e doze) páginas — 2 tratavam sobre a questão legal; 110 eram dados técnicos, retirados de estudos oficiais realizados no mundo todo, acerca dos mais variados e comprovados malefícios que o trabalho excessivo poderia provocar nas mulheres acaso fossem obrigadas a exceder 10 horas de trabalho diário[87].

Os dados fáticos impressionaram a Corte Lochner. A questionada lei de Oregon foi julgada constitucional (em suma, o Estado poderia sim legislar "em favor do trabalhador"), e o Tribunal, que raramente cita o trabalho das partes, mencionou expressamente o memorial de Louis Brandeis como decisivo. Brandeis ajudou assim a abrir a porta pela qual os *fatos* deveriam mais tarde entrar[88] — forçando a conservadora Suprema Corte a abandonar gradualmente a abstração dos conceitos "puros". Numa palavra, o memorial de Brandeis, "composto por dados vindos das ciências sociais, opiniões de expertos e experiência histórica a fim de suportar uma decisão jurídica"[89], é o perfeito exemplo da vitoriosa tentativa de levar o Direito para bem perto dos fatos. Estava pavimentado o caminho para o Realismo.

PARTE II.

É na esteira do que foi visto que aparece, entre as duas Grandes Guerras, o Realismo Americano. Dentre seus protagonistas estavam Karl Llewellyn, Jerome Frank, Charles Clark, William Douglas, Underhill Moore, Walter Wheeler Cook, Herman Oliphant, Thurman Arnold, Wesley Sturges, Hessel Yntema, Felix Cohen, Robert Lee Hale, Adolf Berle, Arthur Corbin, John Dawson e James Landis[90]. Em apertada síntese, o Realismo foi o fruto das sementes de Holmes, Pound e Brandeis contra o langdellianismo e tudo o que ele representava — formalismo, sistema autônomo e fechado de axiomas, individualismo, este protegido pela dicotomia Público/Privado e representado em seus dogmas de liberdade contratual e *free market*, tudo isso garantido por "direitos naturais" pré-políticos. Mas, sobretudo, como ensina Morton Horwitz, o mais importante legado do Realismo foi ter desafiado

87 A fonte é Strum, *id.*, p. 115-122.

88 Ver Strum, *id*, p. 122.

89 Hamilton & Mathias, *Common Law*, p. xxxix.

90 Tomo a lista de Dalia Tsuk, *Legal Realism*, p. 893. Nenhuma lista é completa ou correta, no entanto. Há um famoso "debate", ocorrido entre 1930-1, entre Karl Llewelyn e Roscoe Pound acerca de quem seria ou não "Realista" e, mais, quais seriam afinal os princípios do Realismo (ver nota 103 *infra*). Esse debate foi muitas vezes tomado como uma questão de vaidade pessoal entre Llewellyn e Pound. Cartas particulares foram estudadas e muita tinta foi derramada sobre a questão de quem seria, de fato, "Realista". Ver N. E. H. Hull, *Roscoe Pound and Karl Llewellyn: Searching for an American Jurisprudence*. Chicago: Chicago University Press, 1997, 173-222.

idéia ortodoxa de que o "pensamento jurídico era separado e autônomo do discurso moral e político".[91]

No entanto, o Realismo "não foi nem um movimento intelectual coerente nem uma filosofia consistente ou sistemática".[92] Mas foi, como já disse, o único pensamento genuinamente americano no campo da Filosofia e da Teoria do Direito. Neste espaço vou cuidar somente de expor o assunto em linhas muito gerais, aproveitando ainda a didática exposição por dicotomias, metáforas e ideologias. Um caminho seguro a seguir é utilizar as portas já abertas por Holmes, que iniciou toda a revolta.

Tomemos a dicotomia holmesiana "Lógica *versus* Experiência", donde derivou, por assim dizer, a *Sociological Jurisprudence* de Roscoe Pound[93] e o clamor de Brandeis pelos dados empíricos. Daí se pode também considerar originada a vertente realista liderada por Karl Llewelyn e Jerome Frank, os quais compunham, dentre outros, os chamados "Reformistas". Esse grupo pode ser tido como o "braço positivista" do movimento, aqui tomado principalmente como uma filosofia que separa o "ser" do "dever ser" (*is and ought*[94]). Adeptos das ciências sociais e dos dados empíricos, os Reformistas punham a ênfase no "ser", no elemento *descritivo*, e escolhiam o procedimento em detrimento da substância. Eles entendiam que deveriam cada vez mais e mais trazer a *realidade* aos tribunais. Para os Reformistas, o Direito é experiência. É fato social. É empirismo. Daí que os juízes devem valer-se dos expertos, dos técnicos, para bem julgar[95].

O outro aforismo de Holmes, "Abstrato *versus* Concreto", pode ser entendido como gerador do grupo denominado "Críticos". Essa outra vertente, não mais Positivista, enfatiza o *normativo* e foi composto por *scholars* como Morris Cohen, Felix Cohen, Robert Hale, Adolf Berle, Harold Laski. Embora filhos do mesmo pai (Holmes), foram os Críticos, e não os Reformistas, que levaram adiante o lado mais franca e abertamente ideológico do Realismo. Os Críticos reconheciam a pregavam

91 Horwitz, *Transformation*, p. 193.

92 Horwitz, *Transformation*, p. 169.

93 Qualquer "classificação" da Filosofia de Pound — entre os "Reformistas" ou "Críticos" — seria precipitada e fora de lugar, porque suas idéias certamente se encaixam em vários "movimentos" e influenciaram a doutrina de muitos. No contexto que exponho, Pound mais se adapta ao aspecto "sociológico" do Realismo.

94 Não custa lembrar a ênfase que Kelsen deu, desde o início, a este tópico. Cito suas palavras já em 1923 (*Foreword*, p. 4): "[A obra] *Problemas Fundamentais* toma como ponto de partida a dicotomia fundamental entre *Sollen* e *Sein*, *dever ser* e *ser*, descoberta primeiro por Kant, por assim dizer, no seu esforço de estabelecer a independência da razão teórica em comparação com razão prática, valor em comparação com realidade, moralidade em comparação com natureza. Seguindo a interpretação de Wilhelm Windelband e Georg Simmel sobre Kant, eu entendo o 'dever ser' como a expressão da autonomia do direito — com o direito a ser determinado pela ciência do direito — em dintinção ao 'ser' social que pode ser compreendido 'sociologicamente'." Llewellyn pôs a enfâse no 'ser' (*is*), e não no 'dever ser' (*ought*), como se verá.

95 É desta época o singular estudo antropológico de Karl Llewellyn, em companhia de E. Adamson Hoebel, renomado antropólogo americano da época, intitulado *The Chayenne Way* (1941), no qual os autores analisam o comportamento dos índios cheyenne no que se refere aos homicídios praticados naquela tribo entre 1835-1879. Ver *ALR*, p. 251-264.

que o Direito *sempre foi, é* e *deve ser* Político e Moral. Combatiam a visão individualista da sociedade e sua divisão falaciosa Público/Privado, a qual encobria a equivocada visão de direitos naturais pré-políticos. É o Estado (o Poder, o Político), que conforma a esfera privada — e é justamente essa a discussão a ser feita.

Ambos os lados, diga-se, contribuíram à construção teórica e à execução prática do *New Deal*, o plano sócio-político-econômico que salvou os Estados Unidos da crise nas décadas de 30 e 40 do século passado (não há como dizer que este ou aquele autor ou grupo realista tenha predominado. O *New Deal* aglutinou todos os esforços). E "embora não haja correlação necessária entre o *Legal Realism* e os programas do *New Deal*, a forma com que o Realismo entendia o Direito se ajustava à natureza experimental do *New Deal*"[96], sendo portanto interessante depreender daí que o atual Estado administrativo americano e a forma de suas agências reguladoras (que hoje servem de "modelo" ao Brasil e ao mundo) são também frutos das idéias realistas[97].

A despeito de ter colaborado para esse "produto comum" (o *New Deal*), o Realismo, agora já uma nova realidade, veio também a apresentar, como já se viu delineada linhas antes, sua dicotomia — e é novamente o caráter oculto das forças positivistas que estão presentes por trás de mais uma batalha ideológica. No entanto, se tivermos em mente e recordarmos a advertência inicial de Morton Horwitz sobre a "aspiração central dos juristas americanos"[98], qual seja, a separação entre Direito e Política, não vamos nos admirar.

Karl Nickerson Llewellyn[99] (1893-1962) foi o mais importante representante do grupo aqui chamado Reformista. Considerado por todos, simpáticos ou não ao movimento, como o porta-voz do Realismo, Professor nas Faculdades de Direito em Yale (1922-5), Columbia (1925-51) e Chicago (1951-62), Llewellyn escreveu inúmeros livros e artigos e exerceu enorme influência no Direito Americano, principalmente nas áreas de Direito Comercial[100] e Filosofia do Direito[101]. Em artigo publi-

96 Tsuk, *Legal Realism*, p. 894. A maioria dos Realistas entendia que deveria haver alguma sorte de controle do Estado sobre a esfera Público/Privado e os destinos econômicos. A filosofia do *laisser-faire*, ou do neo-liberalismo econômico, ou *Classical Liberalism*, não fazia parte da agenda Realista.

97 Ver Tsuk, *id.* À época, os realistas, lembra Dalia Tsuk, ainda tinham receio de que os Tribunais, sempre apegados que eram ao um método dedutivo e ao raciocínio analógico, estivessem preparados a promover justiça ou emprestar eficiência à sociedade de então, que crescia e alterava-se rapidamente. Os Realistas então voltaram sua atenção às feição de leis e às agências administrativas, instrumentos mais aptos à promoção das mudanças necessárias.

98 Horwitz, *Transformation*, p. 9, citada no texto equivalente à nota de rodapé 23 *supra*.

99 Ver Christie & Martin, *Jurisprudence*, p. 872-4.

100 Em 1930, Llewellyn publicou *Cases and Materials on the Law of Sales*, que é considerado, segundo Christie & Martin, um dos maiores *casebooks* já escritos. Cf. *Jurisprudence*, p. 873. *Casebook* é o livro-texto, em regra composto de inúmeros casos judiciais, considerados os mais importantes (*leading cases*) da respectiva área, antecedidos e/ou seguidos de comentários feitos pelo autor do *casebook*. O ensino jurídico nos USA é feito principalmente baseado em *casebooks*.

101 Entre o seu primeiro trabalho nesta área, *The Branble Bush* (1930), e o maior e último, *The Common Law Tradition* (1960), Llewellyn escreveu inúmeros artigos, o quais foram compilados

cado em 1930[102], Llewellyn enfatiza, em linguagem sempre belicosa e provocativa, a importância do *ser* no estudo do Direito, menosprezando os "fins", ou o *dever ser* do Direito[103]. Llewellyn reforça o aspecto da observação do comportamento dos atores jurídicos (*observable behavior*), pugnando por um Direito "livre de valores" (*value-free*). O estudo do Direito dever-se-ia limitar a prever o comportamento dos juízes nesse ou naquele específico caso; afirmações sobre eventuais "direitos subjetivos" limitar-se-iam a afirmações sobre a probabilidade de que, dadas tais circunstâncias fáticas, o juiz poderia julgar desta ou daquela forma. "Termos fáticos. Nada mais."[104] O debate é, aqui, metodológico.

É nessa mesma linha de inspiração positivista de separação entre Direito e Política, entre o "ser" e o "dever ser" que nasceu, na década de 60 do século passado, o movimento do *Law and Economics*, o qual aqui se menciona quase que por inércia. Seu marco inicial é geralmente tido como sendo a publicação de um artigo de Ronald Coase, *The Problems of Social Cost*[105]. A idéia-mãe era a seguinte[106]: Coase pretendia derrubar a tese de Arthur Pigou (economista do início do início do séc. XX, cuja teoria servia então de norte às decisões judiciais), segundo a qual as empresas deveriam "internalizar" custos, isto é, deveriam suportar os custos sociais indiretos que resultavam da produção de bens e serviços (conhecidos como *externalities*). Coase contrapunha um critério de "eficiência": a sociedade deveria pesar, balançar custos e decidir quem deve suportá-los. Em outras palavras, dever-se-ia, sob um critério de eficiência econômica, ver a que custo as empresas deveriam operar.

Ora, é fácil ver o que está implicado aí. Trazendo o problema para o dia-a-dia, isso significa atribuir à eficiência econômica (seja isso o que for) um *valor*. Os exemplos são inúmeros e espalham-se por todas as atividades e, conseqüência, refletem-se em todos os ramos do Direito. Pense-se num só exemplo e nos inúmeros problemas jurídicos que dele podem advir: uma empresa que lança detritos poluentes do ar, solo ou água. A que custo ele "pode" poluir? Como controlar sua atividade?

em um livro publicado logo após sua morte e intitulado *Jurisprudence: Realism in Theory and Practice* (1962).

102 *A Realistic jurisprudence — The Next Step*, 30 Columbia Law Review 431 (1930).

103 "Há senhores (*gentlemen*) que passam boa parte do tempo discutindo 'os fins do direito', ou 'o que o direito deve ser.' Estão eles falando sobre 'direito'?", disparou Llewellyn no artigo citado na nota anterior, apud *Jurisprudence*, p. 875. Esse artigo é tido como tendo sido usado para atacar as teses de Pound e, por igual, Jhering, que muito o influenciou. Pound respondeu o artigo em março do ano seguinte, em *The Call for a Realist Jurisprudence*, 44 Harvard Law Review 697 (1931), e Llewelyn retrucou meses depois, junho do mesmo ano, em *Some Realism About Realism — Responding to Dean Pound*, 44 Harvard Law Review 1222 (1931).

104 *Id.*, p. 889-90. Para uma apreciação crítica dos positivismos kelseniano e realista (mais especificamente de Llewellyn), ver o excelente livro de Lon L. Fuller. *The Law in Quest of Itself*. Evanston, Ill.: Northwestern University Press, 1940, reimp. Union, NJ: The Lawbook Exchange, 1999, particularmente a *Lecture II*, p. 43-95.

105 Publicado em 3 Journal of Law & Economics 1 (1962), apud *Jurisprudence*, p. 1147.

106 Tomo a exposição de Christie & Martin, *Jurisprudence*, *id.*, inclusive a idéia do exemplo no parágrafo seguinte do texto.

Via tributação? Regulação? Quais os critérios? Deve o poluente de alguma forma indenizar os proprietários lindeiros (imaginemos um caso de mau uso da propriedade)? Imagine-se que se conclua que o direito de, digamos, respirar "ar puro" esteja em jogo. Como avaliar isso? Que critérios de "pureza do ar" utilizaremos? Admitamos que a empresa é mesmo importante para a economia da região (gera empregos a mais da metade da população, atrai investimentos, gera tributos) e que seja possível concluir que ela é imprescindível àquela comunidade[107]. Quem suporta os custos? E de que forma?

Isso em mente, foi a partir da década de 70 que a escola *Law and Economics* tomou força[108]. Além de Coase, os líderes são Richard Posner, Guido Calabresi, Gary Becker e Harold Damsetz. O movimento esteve inicialmente associado à Universidade de Chicago, famosa por seus economistas (Milton Friedman à frente), estendendo-se depois à Yale e às demais universidades. Hoje, o movimento do *Law and Economics* é talvez o mais influente nos USA, ainda que indireta ou veladamente[109]. Dentre suas básicas filosofias, algumas devem ser ressaltadas e merecem um olhar crítico: o movimento assume que o ser humano é de alguma forma um ser racional maximizador de riqueza (pessoal), esteja ele envolvido em um contrato, em uma empreitada criminosa ou na condução de um automóvel. E o Direito, por suas doutrinas e instituições, deve então promover essa maximização de riqueza e promover eficiência econômica[110].

Hoje, o movimento do *Law and Economics* parece ter ganho a prevalência de boa parte da doutrina e ter-se imiscuído, de alguma forma, nos Tribunais, *a latere* de ter a eficiência econômica sido o *leitmotiv* para uma série de reformas na estrutura do Estado, via desregulação de várias indústrias (empresas aéreas e comunicações, v.g.)[111]. Se me for permitida uma sugestão, ainda que evidente, os publicistas bra-

107 Obviamente que todas essas assunções implicam inúmeras valorações e escolhas político-econômicas prévias que fogem em muito ao âmbito deste artigo (e da minha capacidade), mas o leitor não as deve negligenciar. E sobre todas elas seria possível debater.

108 Sempre conforme Christie & Martin, *Jurisprudence*, p. 1148.

109 Não é diferente do que ocorre no Brasil, onde o positivismo parece estar no nosso sangue. A tendência em isolarmos o "jurídico", o Direito, da Moral e da Política aparece cá e acolá, mesmo que neguemos de pés juntos que não gostamos, não somos e até rejeitamos o que Kelsen pregava.

110 Essa idéia é o centro do pensamento, o qual, no entanto, é extremamente mais complexo. O leitor interessado no assunto pode consultar os estudos de Richard Posner. Cito alguns: *The Economic Approach to Law*, 53 Texas Law Review 757 (1975); *Utilitarianism, Economics, and Legal Theory*, 8 Journal of Legal Studies 103 (1979); *The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication*, 8 Hofstra Law Review 487 (1980); ou o livro básico *Economic Analysis of Law* (do qual há tradução em espanhol — *El análisis económico del derecho*, México: Fondo de Cultura Económica, 1998). Se o leitor preferir uma versão mais *soft* — e mais conseqüente, mais razoável e menos seca — do movimento, consultem-se os estudos de Guido Calabresi, Professor e por anos Diretor da *Yale Law School*: *The Cost of Accidents*. New Haven: Yale Univ. Press, 1970; *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 Harvard Law Review 1089 (1972) (este em co-autoria com A. Douglas Melamed).

111 Christie & Martin, *Jurisprudence*, p. 1149, sugerem que o trabalho de Richard Posner *Taxation by Regulation*, 2 Bell J. Econ. & Mgmt.Sci 22 (1971) exerceu forte influência nessa política.

sileiros encontrarão aqui um bom campo de estudo a fim de perquirir as raízes históricas e ideológico-políticas do como e do porquê o princípio da *eficiência* veio parar na nossa Constituição Federal com a Emenda 19/1998. Para tudo há uma explicação histórica.

Voltando à época central do Realismo, o entreguerras, devem-se traçar algumas linhas sobre o outro braço do movimento, já esboçado linhas atrás. Os chamados Críticos jamais pretenderam, como Llewellyn, "limpar" o Direito de influências políticas, ou tampouco esquecer o "dever ser". Para eles, o debate do Direito é necessariamente um debate sobre valores, sobre Poder. A idéia dos Críticos é mostrar que o Direito serve a propósitos bem definidos e que o "direito natural" (à propriedade, v.g.) não passava de uma opção política. Robert Hale em 1923 e Morris Cohen em 1927[112] intentam demonstrar como a divisão Público/Privado foi construída, enquanto opção político-ideológica, para a mantença do *status quo* e para preservar direitos de alguns em detrimento de outros.

Algumas décadas depois, foi desse lado da dicotomia realista que partiram prontas, ácidas e, na minha opinião, irrespondíveis críticas à filosofia do *Law and Economics*. O movimento crítico ganhou o nome recente de *Critical Legal Studies*. Sua ênfase, repito, é posta na necessidade de escancarar as premissas *morais* e *políticas* sobre as quais se *escolhem* quais os *valores* a serem perseguidos e promovidos pela sociedade e pelo Estado. A questão do Poder vem à tona[113], em comparação com a (mera) liberdade, e o *normativo* ganha terreno sobre o descritivo — e vê-se já que muito pode ser derivado daqui. Dentre os vários representantes desse grupo de juristas — que passaram a seguir as pistas dos já mencionados Cohen e Hale anos antes — estão Roberto Mangabeira Unger, Mark Tushner, Duncan Kennedy, Gary Peller, Morton Horwitz e inúmeros outros[114].

Na batalha das idéias, e para seguirmos na trilha traçada, os Críticos juntaram esforços para desmascarar a ideologia escondida por detrás da "pureza", da mera "descrição", da ênfase na realidade das ciências sociais, proposta pela escola do *Law and Economics*. Ora, se adotado o ponto de vista posneriano acerca do critério de eficiência econômica, que deveria balizar não somente as políticas públicas mas também a regulação econômica e as decisões judicias, vê-se que há pouco de *descritivo* ou analítico no positivismo defendido pela Escola de Chicago[115]. É evidente que há um forte componente *normativo* aí, do qual não se pode jamais escapar[116].

112 Respectivamente, em *Coercion and Distribution in a Supposedly Non-Coercive* State, 38 Political Science Quarterly 470 (1923), e *Property and Sovereignty*, 13 Cornell Law Quarterly 8 (1927), apud *ALR*, P. 101-14.

113 O livro de Horwitz sobre a Corte Warren (ver nota 52 *supra*) sugere que a Suprema Corte, naquele período, bem compreendeu que o ponto na questão das liberdades civis era antes de tudo um problema de Poder.

114 Não arrisco qualquer lista de autores ou obras a consultar, o que me levaria muito longe. Consulte-se básica bibliografia em Christie & Martin, *Jurisprudence*, p. 1051-82.

115 Ver Christie & Martin, *Jurisprudence*, p. 1149.

116 Sobre o caráter descritivo ou normativo do Direito, o recente artigo de Ronald Dworkin. *Hart's*

Neste sentido, e ainda que não possa ser classificado como um membro do *Critical legal Thought*, Ronald Dworkin disparou dois duros artigos contra a filosofia da "eficiência" e da "maximização de riqueza" de Posner e Calabresi[117], questionando — e solapando — as pilastras fundamentais dos seus antagonistas. Morton Horwitz fez coro à crítica, acrescendo uma perspectiva histórica: "A análise econômica do direito é somente a mais recente tentativa de extrair prestígio das ciências naturais no esforço de criar um pensamento jurídico que seja objetivo, neutro e apolítico."[118] *Segurança* é o seu norte, o seu fanal[119]. Para o positivismo da segunda metade do século passado, representado pelo *Law and Economics*, o critério para atingir essa segurança é a eficiência, encarada como um valor[120], no intuito de maximizar a riqueza. Para os Críticos, então, estava sendo proposta, sob outra roupagem, nada mais do que uma revivescência do pensamento Clássico do século XIX.

Seria ainda possível continuar a lista de dicotomias originadas do realismo: relacionada à concepção de democracia, poder-se-ia falar na "teoria processual" *versus* "teoria substantiva" da democracia[121]; como decorrente do "braço crítico" (*Critical Legal Studies*), talvez se pudesse derivar o movimento da escola "Feminista" e a *Critical Race Theory*; do "braço progressista", o movimento da *Law and Society*. Os limites deste artigo não comportam essas abordagens, no entanto.

Embora algumas vezes mais escondido, velado por diferentes máscaras e construído sobre diferentes dicotomias, o Direito Americano tem refletido uma guerra de ideologias na qual afloram claras as opiniões políticas e morais de cada um dos que entram na arena de lutas. Qual ideologia deve ser abraçada? E de onde os juristas devem derivar seus valores? Essas e outras são, entretanto, questões ainda em aberto[122]. O Realismo americano — mormente o seu lado Crítico — parece, repito,

Postscript and the Character of Political Philosophy, 24 Oxford Journal of Legal Studies 1 (2004).

117 Ambos publicados em *A Matter of Principle*. Cambridge, MA, 1985. São os Capítulos 12 ("Is Wealth a Value?) e 13 ("Why Efficiency?") do livro.

118 Morton Horwitz. *Law and Economics: Science or Politics?* 8 Hofstra Law Review 905, 905 (1980) [doravante, *Law & Econ.*].

119 Consulte-se, entre nós, Luiz Fernando Barzotto. *O Positivismo Jurídico Contemporâneo — Uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: Unisinos, 1999, p. 18.

120 Horwitz doutrina que por longo tempo a eficiência foi usada nas análises econômicas como se fosse um conceito independente, o qual não dizia respeito à distribuição de renda, qualquer que fosse, existente. A posterior mudança de enfoque levada a efeito pelo *Law and Economics* de "eficiência" para "maximização de riqueza" é uma resposta, supõe Horwitz, "a uma década de ataques" sofrida pelos adeptos da "análise econômica do Direito". Ver Horwitz, *Law & Econ.*, p. 911.

121 Novamente aqui se tem um motivo histórico: com o advento do nazismo, fascismo e stalinismo na Europa, o debate Realista voltou sua atenção ao problema sobre qual seria a melhor doutrina, naturalismo ou positivismo, a resistir ao totalitarismo. Cf. Dalia Tsuk, *Legal Realism*, p. 894. Ver também nota 36 *supra*.

122 "Professar, como Horwitz faz, que o Direito e a Política não são separados é simplesmente re-enfatizar e não enfrentar o assunto. É tratar a natureza política do Direito como um fato. Mas

ter lançado ao menos a seguinte luz: devem ser escancarados, no debate jurídico, que valores morais e políticos estão em jogo.

Seja como for, vença hoje a ideologia que ontem perdera, mais ou menos explícita, positivista ou não, o Realismo mudou a face do Direito e da sociedade americana. O que se produziu e produz no mundo jurídico dos USA hoje é, de alguma forma, reflexo, contra ou a favor, das idéias plantadas por Holmes e levadas adiante pelo Realismo. Tentei aqui esboçar alguns aspectos principais desse movimento, cujos reflexos ainda se fazem sentir na América, mas que é pouco conhecido de nós juristas romano-germânicos. Numa época como a nossa, na qual cada vez mais os juristas da *civil law* têm voltado os olhos para a Teoria e a Filosofia do Direito dos Estados Unidos a fim de comparar sistemas e muitas vezes importar — de forma simplista — institutos, achei importante oferecer um apanhado geral do movimento que representa o que há de único naquela nação do Norte, também para que não cometamos o equívoco, por vezes — e infelizmente — comum, de desvincular fatos de valores e, principalmente, de esquecer o seu contexto histórico-ideológico.

"*Não é por longas e sábias demonstrações que se conduz o mundo. A vista rápida de um fato particular, o estudo cotidiano das paixões cambiantes da multidão, o acaso do momento e a habilidade em captá-lo, decidem todos os assuntos.*" Alexis de Tocqueville — *A Democracia na América*, vol. II, I Parte, Cap. X.

Bibliografia

BARZOTTO, Luiz Fernando. *O Positivismo Jurídico Contemporâneo — Uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade — Para uma teoria geral da política*. 4 ed., tradução Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: Paz e Terra, 1992.

_____. *Locke e o Direito Natural*. 2d ed., tradução Sérgio Barth, Brasília: Editora UNB, 1998.

CHRISTIE, George C. & MARTIN, Patrick H. *Jurisprudence — Text and readings on the philosophy of law*. 2ª ed., St. Paul: West Publishing Co., 1995.

DEWEY, John. *The public & its problems*. Swallow Press/Ohio University Press, 1991.

DUXBURY, Neil. *The Theory and History of American Law and Politics*, 13 Oxford Journal of Legal Studies 249 (1993).

DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1985.

_____. *Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy*, 24 Oxford Journal of Legal Studies 1 (2004).

não é tratá-lo como um problema." Neil Duxbury, *The Theory and History of American Law and Politics*, 13 Oxford Journal of Legal Studies 249, 270 (1993).

DYZENHAUS, David. "*The Path of Law 100 Years Later: Holmes's influence on Modern Jurisprudence: Holmes and English and German Jurisprudence: Holmes and Carl Schmitt: An Unlikely Pair?* 63 Brooklyn Law Review 165, 166 (1997).

FISHER, William W., HORWITZ, Morton, REED, Thomas. *American Legal Realism*. New York: Oxford University Press, 1993.

FULLER, Lon L. *The Law in Quest of Itself*. Evanston, Ill.: Northwestern University Press, 1940, reimp. Union, NJ: The Lawbook Exchange, 1999.

GORDON, Robert. "Legal Thought and Legal Practice in the Age of American Enterprise, 1870-1920", *in Professions and Professional Ideologies in America*, Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1983, p. 70-110.

GREY, Thomas C. *Langdell's Orthodoxy*, 45 University of Pittsburgh Law Review 1 (1983).

HACKNEY, James R. Hackney Jr. *The Intellectual Origins of American Strict Products Liability: A Case Study in American Pragmatic Instrumentalism*, 39 American Journal of Legal History 443 (1995).

HERGET, James & WALLACE, Stephen. *The German Free Law Movement as the Source of American Legal Realism*, 73 Virginia Law Review 399 (1987).

HORWITZ, Morton. *History and Theory*, 90 Yale Law Journal 1825 (1981).

_____. *Law and Economics: Science or Politics?* 8 Hofstra Law Review 905 (1980).

_____. *The Constitution of Change: Legal Fundamentality without Fundamentalism*, 107 Harvard Law Review 30 (1993).

_____. "The Place of Justice Holmes in American Legal Thought", in *The Legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, Stanford: Stanford University Press, 1992.

_____. *The Transformation of American Law, 1870-1960: The Crisis of Legal Ortodoxy*. New York: Oxford University Press, 1992.

_____. *The Warren Court and the Pursuits of Justice*. New York: Hill and Wank, 1999.

HULL, N. E. H. *Roscoe Pound and Karl Llewellyn: Searching for an American Jurisprudence*. Chicago: Chicago University Press, 1997, 173-222.

KELSEN, Hans. " 'Foreword' to the Second Printing of Main Problems in the Theory of Public Law", trans. Stanley Paulson & Bonnie L. Paulson, in *Normativity and Norms — Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford: Clarendon Press, 1998.

_____. *Teoria pura do direito*. Tradução da 2.ed. alemã (1960) de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KENNEDY, Duncan. *A critique of adjudication {fin de siècle}*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1997.

_____. *A Symposium of Critical Legal Study: The Role of Law in Economic Thought: Essays on the Fetichism of Commodities*, 34 American University Law Review 939 (1995).

_____. "Legal Education as Training for Hierarchy", in *Politics of Law*, 2 ed., New York: Pantheon Books, 1992, p. 41-61.

LAKOFF, George & JOHNSON, Mark. *Metaphors We Live By*. Chicago: University of Chicago Press, 2003.

LaPIANA, William P. *Logic and Experience — The Origin of Modern American Legal Education*. New York/Oxford: Oxford University Press, 1994.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução da 6d. Alemã (1991) de José Lamego. 3ª ed., Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997

LOCKE, John Locke. *The Second Treatise of Government*. Cambridge: Hackett, 1980.

MELLO, Cláudio Ari. *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MENAND, Louis. *The Metaphysical Club. A Story of Ideas in America*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2001.

REIMAN, Mathias, "Holmes' *Common Law* and German Legal Science". in *The Legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, Stanford: Stanford University Press, 1992.

TSUK, Dalia. "Legal Realism", in *Legal Systems of the World — A Political, Social and Cultural Encyclopedia*, vol. II, Santa Barbara: ABC CLIO, 2002, p. 892-5.

WIGDOR, David. *Roscoe Pound: Philosopher of Law*. Westport: Greenwood Press, 1974.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Ronald Dworkin's principle based constitutionalism: An Italian Point of view*, 1 I. Con 621 (2003).

HART, Herbert Hart. *Positivism and the Separation of Law and Morals*, 71 Harvard Law Review 593 (1958).

POUND, Roscoe. *Do We Need a Philosophy of Law?*, 5 Columbia Law Review 339 (1905).

_____. *Law in Books and Law in Action*, 34 American Law Review 12 (1910).

_____. *Mechanical Jurisprudence*, 8 Columbia Law Review 605 (1908).

_____. *The Spirit of the Common Law*. Transaction Publishers, 1999.

STRUM, Phillipa. *Louis Brandeis: Justice for the People*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1984.