

BRENO DE ALBUQUERQUE BORGES

O REALISMO JURÍDICO

CURSO DE DIREITO – UniEVANGÉLICA

2018

BRENO DE ALBUQUERQUE BORGES

O REALISMO JURÍDICO

Monografia apresentada ao Núcleo de Trabalho de Curso da UniEvangélica, como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Antônio Alves de Carvalho.

ANÁPOLIS – 2018

BRENO DE ALBUQUERQUE BORGES

O REALISMO JURÍDICO

Anápolis, ____ de _____ de 2018.

Banca Examinadora

RESUMO

A presente monografia tem por objetivo estudar o Realismo Jurídico, sua história, e seu impacto sobre o direito brasileiro. A metodologia utilizada é a de compilação bibliográfica e estudo de posicionamento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. Está dividida didaticamente em três capítulos. Inicialmente, ressalta-se os princípios gerais e os princípios do Realismo Jurídico, sob uma visão geral e histórica, de modo a compreender seu desenvolvimento e sua formação, evidenciando-se os princípios para que seja utilizado em um sistema jurídico. O segundo capítulo tem como objetivo analisar as semelhanças entre o Realismo Jurídico e o sistema jurídico brasileiro, utilizando da comparação entre os sistemas Civil Law e Common Law. Por fim, o terceiro capítulo expõe os efeitos do Realismo Jurídico no ordenamento brasileiro, especificando as áreas mais afetadas e seus aspectos positivos e negativos.

Palavras chave: Common Law, Civil Law, Realismo Jurídico.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
CAPÍTULO I – HISTÓRIA E CONCEITO DO REALISMO JURÍDICO	09
1.1 Wesley N. Hohfeld.....	09
1.2 Arthur Linton Corbin.....	10
1.3 Oliver Wendell Holmes Jr.....	12
1.4 <i>The Common Law</i>	14
1.4.1 <i>Lochner vs. New York</i>	14
1.5 Conceituando o Realismo Jurídico.....	16
CAPÍTULO II – CIVIL LAW E COMMON LAW: SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS	19
2.1 Civil Law: História	19
2.1.1 Civil Law no Brasil.....	21
2.2 Common Law: História.....	22
2.2.1 Common Law e o Realismo Jurídico.....	23
2.2.2 Common Law: Realismo Jurídico e suas vertentes.....	24
2.2.2.1 <i>Power and Economics in Society</i>	24
2.2.2.2 <i>The Persuasion and Characteristics of Individual Judges</i>	25
2.2.2.3 <i>Society's Welfare</i>	25
2.2.2.4 <i>A Practical Approach to a Durable Result</i>	26
2.2.2.5 <i>A Synthesis of Legal Philosophies</i>	27
2.3 Civil Law vs. Common Law: Uma breve comparação.....	27
CAPÍTULO III – OS EFEITOS DO COMMON LAW E REALISMO JURIDICO NO ORDENAMENTO JURIDICO BRASILEIRO	29

3.1 Os efeitos do Common Law no ordenamento jurídico brasileiro.....	29
3.2 Exemplos de influencias do Realismo Jurídico no Direito brasileiro.....	32
3.2.1O Realismo Jurídico no Direito Ambiental brasileiro.....	33
3.2.2 O Realismo Jurídico no Direito Civil brasileiro.....	34
3.2.3 Realismo jurídico no Direito Constitucional.....	35
3.2.4O Realismo Jurídico nas decisões do Supremo Tribunal Federal brasileiro.....	37
CONCLUSÃO.	39
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.	41

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico tem como foco central estudar o Realismo Jurídico. Nesta monografia, serão analisados seus aspectos históricos, como se desenvolveu, em quais países é mais utilizado, tanto como os princípios que servem como base deste sistema.

Enfatizam-se pesquisas realizadas, por meio de compilação bibliográfica, bem como jurisprudências do sistema jurídico brasileiro, principalmente decisões do Supremo Tribunal Federal e a Suprema Corte Americana. Este trabalho foi sistematizado didaticamente e dividido em três capítulos.

O primeiro capítulo promove a análise do desenvolvimento histórico do Realismo Jurídico nos Estados Unidos e seu impacto no país. Juntamente com suas origens, serão estudados os fundadores do Realismo Jurídico, com foco principal nos fundadores e colaboradores do sistema jurídico *Common Law*.

O segundo capítulo trata das semelhanças e diferenças entre o sistema jurídico brasileiro e o americano, sendo que o brasileiro tem origem no *Civil Law*, e o Americano no *Common Law*. Também serão utilizados os julgados do Supremo Tribunal Federal e a Suprema Corte Americana para serem feitas comparações entre princípios e impactos sociais e jurídicos de ambos.

Em sequência, o terceiro capítulo analisa os efeitos e impactos do Realismo Jurídico na legislação brasileira, analisando as áreas mais impactadas pelo sistema.

Também serão estudados os efeitos positivos e negativos do Realismo Jurídico no Brasil.

O Realismo Jurídico tem sido usado em vários países no mundo e afeta inúmeros sistemas jurídicos, sendo assim, é primordial estudar este, uma vez que no Brasil é possível encontrar efeitos na crescente importância da jurisprudência na legislação brasileira.

A pesquisa desenvolvida espera contribuir para o melhor entendimento do tema apresentado, indicando observações emergentes de fontes secundárias, tais como posições doutrinárias e jurisprudenciais relevantes, buscando demonstrar as comparações que auxiliam na análise do Realismo Jurídico.

CAPÍTULO I - HISTÓRIA E CONCEITO DO REALISMO JURÍDICO

Nos Estados Unidos, o principal fundador do Realismo Jurídico é chamado de Oliver Wendell Holmes Jr., presidindo como juiz na Suprema Corte americana entre 1902 e 1932. Dizia: “*The first requirement of a sound body of law is that it should correspond with the actual feelings and demands of the community, whether right or wrong*”¹. (HOLMES, 1881)

1.1 Wesley N. Hohfeld

O Realismo Jurídico surgiu entre 1920 e 1930 para criticar o método de Langdell. O método de Langdell, criado por Christopher Columbus Langdell, propõe que o direito pode ser tratado como uma ciência objetivamente lógica, em contradição, o movimento do Realismo Jurídico foi introduzido não só como uma teoria do direito, mas também como um método de ensino jurídico. (GODOY, 2013)

Desta forma, é possível discutir sobre autores que mesmo antes do movimento Realista já tratavam sobre assuntos pertinentes ao Realismo Jurídico. Um deles é chamado Wesley N. Hohfeld, que publicou *A Vital School of Jurisprudence and Law: Have American Universities awakened to the enlarged opportunities and responsibilities of the present Day?*² Já no título é notável que a percepção de Hohfeld é de um Direito que acompanha a evolução da sociedade. (GODOY, 2013)

¹ “O primeiro requerimento para um corpo saudável da lei é corresponder aos sentimentos e demandas da comunidade, sendo certos ou errados.” (HOLMES, 1881)

² “A Importante Escola de Jurisprudência e Direito: As Universidades americanas já acordaram para as crescentes oportunidades e responsabilidades do presente?”

A propositura do método de ensino de Hohfeld tinha três aspectos distintos: primeiro, os cursos de direito do momento possuíam poucos professores, como explica Daniel Brantes Ferreira: “Enquanto isto as faculdades de direito da época (1914) eram formadas por apenas poucos professores, por vezes apenas cinco e nunca passando de dez acadêmicos.” (2012, p. 9) Sendo assim, foi proposto um sistema de vários departamentos distintos, categorizando e separando a teoria geral do direito. (FERREIRA, 2012)

Juntamente com essa categorização, o aluno seria exposto as várias áreas do direito; Hohfeld acreditava que este sistema seria o mais benéfico para a vida acadêmica de um estudante cursando Direito. (FERREIRA, 2012)

Por fim, seria essencial também ensinar o público geral, e alunos de outros cursos, que, como diz Daniel Brantes Ferreira: “Para Hohfeld ensinar direito para o público leigo seria mostrar que são eles a base de todo o problema” (2012, p. 10). Um público informado sobre os aspectos do direito, seria extremamente beneficiário à sociedade. Isso juntamente auxiliaria no que tange a percepção que a sociedade teria pela classe dos advogados, pois na época os advogados não eram bem aceitos pela sociedade. (FERREIRA, 2012)

Seriam cursos ensinados à sociedade: “1. Instituições jurídicas (*Legal Institutions*) 2. Direito Constitucional (*Constitutional Law*) 3. Elementos do direito (*Elementsof Law*) 4. Direito Internacional (*International Law*) 5. Tópicos especiais em direito (*SpecialBranchesof Law*)” (FERREIRA, 2012, p. 10)

Contudo, é necessário ressaltar as influencias que Hohfeld teve em autores que são considerados fundadores do Realismo Jurídico, e não só influencias que tiveram efeito no movimento do realismo jurídico como uma mudança de um sistema jurídico como um todo, mas também no ensino do Direito em sua totalidade, e juntamente com seu método usado nas faculdades norte-americanas. (FERREIRA, 2012)

1.2 Arthur LintonCorbin

Arthur Corbin escreveu um artigo chamado *The Law and The Judges – 1914*, neste artigo, seu foco principal foi analisar a função do juiz, e como isso se enquadra dentro da sociedade. Como consequência de seus ideais, seu artigo é considerado também como uma afronta ao método de Langdell. Daniel Brantes Ferreira, em sua análise de Corbin e o Realismo Jurídico, explica: “Para o autor o magistrado seria o real elaborador da lei e, portanto, a figura mais importante dentro da sociedade com relação ao direito posto: “O fato é que o magistrado é o elaborador da lei. [...] O resultado de sua ação é ‘a lei” (CORBIN, 1914, p. 235)

Para Corbin, o juiz não teria o papel de mera aplicação da lei, a própria decisão seria a lei, tendo o juiz poder total sobre a sociedade, uma vez que sua decisão se transformaria em norma. Também é exposto no Artigo que o trabalho do advogado não seria somente de memorizar normas para aplicá-las ao caso objetivamente, e sim estudar os fatos do caso, e principalmente entender como funcionará o pensamento do juiz. (CORBIN, 1914)

Corbin acreditava que um bom magistrado seria capaz de aplicar normas determinadas pela legislação, e por jurisprudências antecedentes ao caso concreto e adequá-las à sua época ou ocasião. Sendo um dos primeiros autores, é necessário mencionar que Corbin foi um dos primeiros autores a tratar do direito com uma forma semelhante ao evolucionismo de Darwin, isto é claramente ilustrado por ele:

O crescimento da lei é um processo evolucionário. Seus princípios consistem em generalizações que são feitas por várias instâncias individuais. As instâncias mudam conforme a sociedade muda, com o clima, com o crescimento da população, com o progresso através das invenções, com a seleção social. (1914, p. 244)

Sendo assim, para Corbin a lei não seria algo estático, estabelecido previamente e aplicada totalmente com base na razão e objetividade. A lei representaria a sociedade, e mudaria e acompanharia a mesma. Para Corbin o juiz deveria ser intelectualmente apto a aplicar princípios legais diversos em cada caso,

atendendo a mutação das normas estabelecidas por aquela sociedade, se adequando a ela, aplicando-se diferentemente a cada sociedade. (CORBIN, 1914)

Finalizando, Arthur Linton Corbin defendeu seus ideais, e fazendo isso, se tornou um dos principais autores que discorrem sobre o Realismo Jurídico, influenciando muitos juristas e doutrinadores com suas várias obras sobre o Direito. (CORBIN, 1914)

1.3 Oliver Wendell Holmes Jr.

Considerado como o fundador do movimento do Realismo Jurídico, Oliver Wendell Holmes Jr. auxiliou a concretização do Realismo no sistema jurídico norte-americano. Em seu tempo como juiz da Suprema Corte americana, Holmes discordou de várias decisões e opiniões que eram consideradas legalmente corretas. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy explica que “discordando frequentemente de opiniões formalistas, o que lhe valeu o epíteto de *greatdissenter*, o que vertido para nossa linguagem forense indica algo próximo de prolatador de votos vencidos”. (2013, p. 57) Holmes também é responsável pela mudança drástica de muito da jurisprudência americana.

Holmes Jr. nasceu em 1841 e faleceu em 1935. Seu pai era famoso pois era um professor de medicina de Harvard, e também escritor de vários livros, como consequência disto, Holmes Jr. convivia com os grandes intelectuais norte-americanos, e inclusive colaborou com alguns na publicação de livros, de acordo com Godoy: “Holmes Jr. frequentou e conviveu com a elite do pensamento norte-americano, a exemplo de Charles Sanders Peirce e de William James, com quem se reunia frequentemente, em agremiação filosófica que fundaram, o *Clube Metafísico*.”(2013, p. 57)

Holmes participou da guerra civil norte-americana e conseguiu voltar a Boston para entrar no curso de Direito, mas não sem várias cicatrizes de ferimentos de batalha, não somente físicos, mas também emocionais, a guerra o deixou amedrontado e com uma visão do ser humano diferente da que tinha anteriormente

à guerra. Isto o deixou desiludido no que tange a bondade humana, não confiando mais nela. (BOWEN, 2007)

Por tradição de família, Holmes Jr. ingressou em Harvard, onde criou um nome para si mesmo. Após se formar, Holmes Jr seguiu a carreira advocatícia por alguns anos, e pouco tempo depois foi oferecido uma proposta de emprego para lecionar em Harvard, porem mesmo aceitando o emprego de lecionador, deixou avisado ao reitor que deixaria seu emprego em Harvard caso seja apontado para ser magistrado. A magistratura foi carreira escolhida por Holmes anteriormente, e de acordo com um de seus críticos o sonho de Holmes Jr. era ser reconhecido como o maior jurista do mundo. (ALSCHULER, 2002)

Pouco tempo depois, Holmes seria indicado para a Suprema Corte do estado de Massachusetts, é importante notar que nos Estados Unidos, os juízes não são escolhidos por meio de concursos públicos ofertados pelo Estado, mas por meio de indicações políticas, tanto no nível estadual, como no federal, sendo o maior cargo da Suprema Corte Federal indicado pelo presidente. (BOWEN, 2007)

Após tomar conhecimento de sua indicação, interrompeu sua aula, e deixou sua sala e seus estudantes, deixando a faculdade sem mesmo esperar que a faculdade escolhesse um sucessor para ficar em seu lugar, como tradição em Harvard. (BOWEN, 2007)

Existem vários momentos em que Holmes Jr. se destacou, poucos consideram sua vida de advogado, tanto porque o próprio Holmes Jr. se mostrou desinteressado com a advocacia, exercendo-a somente por pouco tempo ao lado do seu irmão Ned. (BOWEN, 2007)

Holmes também se demonstrou um brilhante jurista quando publicou seus dois mais importantes livros, *The Common Law*, e *The Path of the Law*. São nestes livros que Holmes Jr. expressa seu pensamento mais claramente, tanto o pensamento próprio, quanto a base teórica do Realismo Jurídico da época. (BOWEN, 2007)

1.4 *The Common Law*

Livro escrito por Oliver Wendell Holmes Jr. onde é explicado o dogma da teoria do Realismo Jurídico. Publicado em 1881, este livro causou inúmeras controvérsias no mundo dos juristas americanos, que a anos aplicavam o direito sem mudanças drásticas de posicionamentos. (HOLMES, 1881)

No livro, Holmes Jr. explica que o Direito não é uma lógica, que pode ser aplicada a qualquer situação, mas sim uma experiência humana que se adapta e situações diferentes. (HOLMES, 1881) Além disso, Holmes Jr. trata de vários outros assuntos, como o de contratos, economia, direito civil, criminal, entre outros. No tocante da linguagem jurídica, Holmes acreditava que, como a lei, a linguagem não é totalmente lógica, “Uma palavra não é um cristal, transparente e imutável, é a pele que encobre um pensamento vivo e pode variar muito de tamanho e de conteúdo de acordo com a circunstância e com o tempo em que seja utilizada” (HOLMES, 1881, p. 287).

The Common Law não é um livro somente sobre o Realismo Jurídico, Holmes Jr. também esboça sobre o método em que o direito é praticado, e ensinado, nele Holmes Jr. encoraja os doutrinadores, juristas e juízes a não fecharem o prisma do direito, mas também o expandir à outras áreas, principalmente a da economia, como diz Godoy: “[...]Holmes é reputado como o antecessor mais ilustre do movimento lawandeconomics, direito e economia.”(2013, p. 60)

Foi neste livro que o Realismo Jurídico se concretizou no âmbito legal norte-americano, não somente como método de ensino, como previamente elucidado, mas como ciência jurídica aplicada no cotidiano norte-americano. (HOLMES, 1881)

1.4.1 *Lochner vs. New York*

O anúncio do Realismo Jurídico no direito norte-americano pode ser identificado no voto decisivo de Oliver Wendell Holmes Jr. no caso *Lochner v. New York*, onde era debatido a contratação de funcionários na área alimentícia. Naquela época, existia lei estadual, especificamente a de Nova Iorque, que proibia a contratação de padeiros que fossem trabalhar horas excessivas. Na época não era

permitido que trabalhadores que laborassem 10 ou mais horas diárias trabalhassem com alimentos básicos. (GODOY, 2013)

Joseph Lochner, dono de uma pequena padaria no estado de Nova Iorque, contratou um padeiro no regime considerado excessivo pela lei estadual, e conseqüentemente foi multado em 50 dólares, e após 2 anos, mais 100 dólares. Após a segunda multa, Lochner, não concordando com as multas, levou este impasse ao judiciário. Mesmo perdendo em primeira instância, no tribunal de Nova Iorque, Lochner não se encontrava satisfeito com a decisão do juiz, e com a ajuda de alguns advogados de Wall Street, que habitualmente litigavam a favor de empresários, levou seu caso à Suprema Corte americana, situada em Washington, capital dos Estados Unidos. (GODOY, 2013)

Tal caso pois a décima quarta emenda da constituição americana em debate, poderia o estado de Nova Iorque, em seu poder de polícia, suprir o direito de Lochner de contratar funcionários em qualquer situação? Parte da décima quarta emenda da constituição americana trata de contratos. Para o direito americano, neste caso, trata-se de mero contrato de compra e venda, o empregador comprando os serviços, e o empregado vendendo seu trabalho. (Lochner v. New York, 198 U.S. 45, 1905)

Em julgamento, 5 Juizes da Suprema Corte americana votaram a favor de Lochner, se baseando na filosofia econômica do *laissezfaire*, teoria econômica que determina a incompetência do estado no que tange contratos entre particulares. Quatro juizes, um deles Oliver Wendell Holmes Jr., votaram contra o recurso de Lochner. Em sua explicação, Holmes arguiu que a constituição americana não adere a nenhuma filosofia econômica, e que parte da sociedade americana também não aderiria à esta filosofia. (GODOY, 2013)

Em seu voto, Holmes explica (SupremeCourt, Lochner vs. New York, 1905):

Eu me arrependo sinceramente pelo fato de que não consigo concordar com o julgamento dado a esse caso, e acho que é minha obrigação expressar os porquês do meu pensamento. Esse caso é decidido com base em uma teoria econômica com a qual não

concorda uma parte das pessoas desse país. Se fosse uma questão de saber se eu concordo (ou não) com essa teoria, eu deveria estudá-la, e deveria estudá-la profundamente, antes de firmar minha posição. Porém não acredito que seja minha obrigação fazê-lo, porque acredito firmemente que minha concordância ou discordância nada se relaciona com o fato de que a maioria possa incorporar sua opinião no direito (*apud*, GODOY, 2013)

Mesmo assim, *Lochner* ganhou em sua causa pois o voto final foi 5-4 em desfavor ao estado de Nova Iorque, e padeiros e empresários celebraram sua vitória. Porém, mesmo não pertencendo à maioria, a explicação de Holmes Jr. ficou famosa pois indicou claramente o que consiste em Realismo Jurídico. Em sua própria explicação é comentada a sua inabilidade de julgar sobre um assunto que ele mesmo não tenha conhecimento, a economia. (SUPREME COURT, 1905)

Juntamente, naquela época, haviam ocorridos vários protestos contra o trabalho e horas excessivas dos trabalhadores americanos, e Holmes Jr. tendo consciência deste fato, sabia que uma parte da população não concordava em totalidade com a filosofia do *laissezfaire*, e adiciona que: “*I think that the word liberty in the Fourteenth Amendment is perverted when it is held to prevent the natural outcome of a dominant opinion*”³. (*Lochner v. New York*, 1905)

Após esta importante decisão, o Realismo Jurídico começou a ganhar mais exposição no âmbito jurídico *mainstream*. Durante as décadas de 1920 e 1930 o movimento ganhou muito apoio, e juízes em vários estados começaram a adotar o Realismo Jurídico ao analisar o direito e as leis. (GODOY, 2013)

1.5 Conceituando o Realismo Jurídico

Antes do movimento Realista, o direito era tratado como uma ciência que traria resultados usando a mesma técnica para qualquer caso que seja apresentado ao juiz. Para Holmes Jr. isso tratava-se de pragmatismo, e não de justiça; o trabalho do juiz não se resume em aplicar a norma escrita no caso em frente a ele. Holmes

³ “Eu acredito que a palavra Liberdade na Decima Quarta emenda é pervertida quando usada para prevenir o resultado natural de uma opinião dominante. “

acreditava que o trabalho do juiz vai além disso, deve ele interpretar o caso concreto e os fatos apresentados. (COSTA, 2011)

Para Holmes Jr. o direito tem como base sentenças ou decisões tomadas por indivíduos que se encontravam no poder, isto também inclui os juízes, que em suas decisões, aplicam a justiça. Holmes Jr. não acreditava que o trabalho do juiz era meramente aplicar uma norma estabelecida anteriormente, mas sim interpretar a lei perante o caso concreto, e conseqüentemente, “criar” nova lei com base em sua decisão, ora, a decisão se transformava em nova lei posta. (SOUZA, 2012)

Para o Realismo Jurídico, o conhecimento profundo das normas prepostas não passa de traquejo jurídico, e que este não traz as conclusões necessárias para satisfazer a vontade da sociedade. (COSTA, 2011) Conseqüentemente, sem uma decisão judicial, não é possível a existência de uma norma jurídica. Somente após a decisão jurídica sobre um específico assunto, e posteriormente uma decisão de tal assunto, que é possível a criação de norma jurídica. (GODOY, 2013)

É importante lembrar que após a decisão, isto não significa que as decisões que discorrem sobre o mesmo assunto devem ser idênticas à primogênita, pois vai contra o principal princípio do Realismo Jurídico, tal decisão se torna uma norma indicativa perante os próximos casos em pauta, podendo ser analisados de melhor maneira. (SOUZA, 2012)

Afirmava Holmes também que o direito deve ser utilizado simultaneamente com outras disciplinas, tais como a economia e a sociologia. Para ele, a sociologia tinha uma função importantíssima no direito, pois é com a sociologia que entendemos a sociedade, suas vontades, necessidades, cultura, etc.... É inviável a aplicação do direito completamente e unicamente pelo prisma da objetividade, sem ao mínimo ponderar sobre a sociedade, e o impacto que tal decisão terá sobre a ela. (FERREIRA, 2012)

Como no caso de *Lochner*, Oliver Wendell Holmes Jr. decidiu votar para o indeferimento do recurso porque não se encontrava hábil para determinar sobre um assunto puramente econômico, e mais importante, votar a favor de uma filosofia

que, em sua percepção, a sociedade (no mínimo, o trabalhador americano) não concordava. (GODOY, 2013)

Outros autores também dever ser considerados quando o assunto é o Realismo Jurídico, tais como Jerome Frank e Karl Llewellyn, os dois trouxeram suas contribuições para o movimento Realista posteriormente, durante os anos de 1930. (GODOY, 2013)

Jerome Frank reiterava que a decisão do juiz não se resume a mera releitura da norma jurídica, e sim uma análise dos fatos e inúmeros fatores que influenciariam o julgador, tais como a política, economia, justiça social, e principalmente a própria sociedade. (SOUZA, 2012)

Para Frank, a “lei” é complexa e talvez impossível de descrever, diz ele que é mais fácil expor o conceito de praticar a lei, tanto como advogado, ou juiz. Para ele, a lei seria consultar decisões anteriores e tentar deduzir o resultado de litígios do futuro, com base em nas decisões anteriores. Frank divide a definição do Direito em duas vertentes, O Direito Real, e o Direito Provável, sendo o primeiro para a decisões anteriores específicas, e o segundo para as deduções de decisões futuras em uma situação específica. (AHMED, 2016)

Karl Llewellyn também é considerado uma figura importante no movimento Realista. Autor de artigos e livros, foi um dos primeiros a falar sobre jurisprudência realista em seu artigo *A Realistic Jurisprudence, the Next Step*⁴. Trata-se de uma descrição clara do Realismo Jurídico pelo autor, ponto por ponto, ele explica o que é o Realismo Jurídico, e como Holmes Jr., põe grande foco na sociologia, e o efeito das leis e decisões na sociedade. (MACKEY, 2004)

Pode-se perceber que o Realismo Jurídico não é considerado somente como uma filosofia do Direito, e sim como um movimento que mudou o prisma em que os Estados Unidos da América tratava do Direito. Não mais eram somente consideradas as leis previamente postas, e sim um sistema que considera a sociedade como função e efeito do Direito. (MACKEY, 2004)

⁴A Jurisprudência Realista, o Próximo Passo

CAPÍTULO II—CIVIL LAW E COMMON LAW: SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS

Os dois sistemas jurídicos com mais destaque atualmente são os sistemas de Civil Law, que tem suas origens na Europa e tem como base a lei do Império Romano, e o Common Law, com sua origem sendo o sistema jurídico britânico. Sendo assim, primeiramente é importante fazer uma breve análise de cada sistema com a finalidade de compara-los posteriormente. (ROBBINS, 2010)

2.1 - Civil Law: História

O Civil Law é um sistema jurídico utilizado por vários países mundialmente, sendo predominantemente usados pelos países de origem Germânica. Derivado do termo *jus civile*, que significa lei do estado Romano para seus civis, o sistema tem como base o sistema jurídico e as leis Romanas, especificamente do período do Imperador Justiniano I. (MARINONI, 2009)

Por um tempo, o sistema jurídico Romano foi esquecido, e somente reintroduzido na Itália no período do décimo primeiro século. Neste período o sistema Romano foi incorporado ao sistema Italiano, e no decimo sexto século, tomou o nome de *Corpus juris civilis* (Corpo da Lei Civil). Com o passar do tempo, esse sistema Romano foi adaptado e incorporado em vários países pela Europa. (ROBBINS, 2010)

O sistema de leis Romano não foi somente incorporado ao sistema de leis de países, ele também serviu de base para o sistema de leis da Igreja Católica naquela

época, mais conhecido como leis canônicas que foram diretamente influenciadas pelo *Civil Law*. É importante notar também que a igreja nesta época medieval tem uma importância formidável na cultura e política europeia, sendo ambas a *Civil Law*, e a lei canônica lecionadas em escolas e universidades da Europa. (MARINONI, 2009)

O desenvolvimento das leis europeias tem como parte integral de seu nascimento e crescimento a lei Romana, não somente servindo como um guia de princípios, mas também com regras e normas impostas pelo antigo império romano, trazendo a perspectiva de inúmeros juristas e apresentando um molde para codificação de normas que tratavam de inúmeros aspectos da vida do cidadão. (WAMBIER, 2009)

Com o passar do tempo, o hábito de incorporar o *Civil law* juntamente com a lei costumeira do país ficou cada vez mais comum. Um grande exemplo disso foi o autor holandês Hugo Grotius, que escreveu a obra *Introduction to Dutch Jurisprudence*⁵, em 1631, que unificou o sistema costumeiro de leis holandesas com a base do Civil Law. (MARINONI, 2009)

Durante o movimento iluminista, os juristas da época buscavam cada vez mais racionalizar o direito, para que ele seja um sistema compreensivo de leis codificadas, conseqüentemente surgiram os códigos legais da França, Áustria, e Prússia, que servem como base legal para jurisprudências e doutrinadores mundialmente. (ROBBINS, 2010)

Após a revolução francesa, o direito francês e seu sistema jurídico passaram a ter outra perspectiva, deixando de ser um direito opressivo perante a população e se transformando em um direito criado pela população e com o objetivo de proteger a mesma. O direito agora representa o desejo do povo, desprovido de interpretações, sendo o julgador em sua decisão limitado completamente ao texto legal. (WAMBIER, 2009)

⁵Introdução a Jurisprudência Holandesa.

Com a expansão do *Civil law* pela Europa, a teoria legal de Montesquieu tomou frente nos sistemas legais, principalmente na França pós revolução. Para ele a norma formalizada, ou seja, posta, era absoluta, não havendo espaço para derivações ou se quer interpretações. De acordo com Marinoni em seu estudo de Montesquieu” o julgamento não poderia ser mais que o texto exato da lei”. (MARIONI, 2010, p. 54)

A codificação das normas legais tem uma grande influência do *Civil law*, em um sistema onde o juiz ou julgador não pode decidir somente com a sua convicção e sua experiência, e sim de acordo com uma lei previamente determinada. (WAMBIER, 2009)

É impossível pensar em uma situação em que seja exigido a memorização da quantidade de normas que qualquer país possui, sendo assim a codificação dos inúmeros textos legais foi absolutamente necessária para a organização e estruturação do *Civil law* aplicado nos países que o adotaram. (ROBBINS, 2010)

2.1.1 *Civil Law no Brasil*

O *Civil law* é o atual sistema adotado pelo Brasil, com influencias de leis Italianas e Francesas. O sistema jurídico brasileiro é codificado em quase todos as áreas de atuação. Esta codificação é estabelecida na Constituição Federal brasileira em seu artigo 5º, que diz: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, já neste artigo é visível a vinculação entre o sistema jurídico brasileiro e o *Civil Law*. (GALIO, 2014)

São poucos os casos onde somente uma decisão ou um costume prevalece sobre a lei, ou não existe uma norma para regulamentar um fato. Mesmo assim, mesmo as decisões que não são tecnicamente legislação, tais como as sumulas vinculantes, são encontradas no *VadeMecum* brasileiro. (GALIO, 2014)

Existe um aspecto em que o sistema brasileiro se distancia do *Civil law*, este é exposto no controle de constitucionalidade brasileiro, podendo um juiz de primeiro grau rejeitar uma lei, e não somente depender da Suprema Corte brasileira. Com

este dispositivo o Brasil se identifica com o sistema jurídico americano, mas não estando dependente de decisões das manifestações e precedentes da Suprema Corte. (MARIONI, 2010)

2.2 – Common Law: História

Nos tempos medievais, os reis da época usavam um sistema legal que consistia no uso do chamado *writ* que apresentava uma solução para cada problema, podendo existir um apelo (ou recurso, como chamamos atualmente) para o rei. Apesar de funcionar por um tempo, foi percebido que ao usar os *writs*, o sistema era excessivamente rígido para adequadamente atingir a justiça. (ROBBINS, 2010)

Com o crescimento dos reinos e o aumento da população na época, este sistema ficou inviável pois o número de apelos cresceu exponencialmente e o monarca não tinha tempo para resolvê-los. (ROBBINS, 2010)

Com esse número elevado de apelos, a necessidade de um novo sistema se manifestou, sendo introduzido ao sistema legal, o conceito da corte de *equity*. Neste sistema, quem julgava não era somente o rei, mas primeiramente o chanceler do rei que tinha liberdade para julgar usando não somente as leis do reino, mas várias fontes como a lei romana, a lei natural. (GALIO, 2014)

As cortes de *equity* não aboliram as cortes de leis, mas serviam como um método para resolver litígios de forma mais rápida e justa, e por muito tempo a corte de *equity* e a corte das leis (onde o monarca que julga), funcionavam separadamente um do outro, até o fim do sistema de *writs* que aconteceu durante o decimo nono século. (GALIO, 2014)

Apesar de haver uma mudança sutil no sistema legal britânico e americano, é interessante notar que em alguns estados dos Estados Unidos da América, a corte de equidade ainda é utilizada como um método de solução de litígios. Também é interessante notar que apesar do sistema de *writs* ter sido abolido, alguns deles ainda existem no sistema legal dos países que utilizam o *Common law*, tais como o

habeas corpus, e *writ of capias*, que autoriza que seja levado em custódia a pessoa que estiver nomeada no documento. (ROBBINS, 2010)

2.2.1 – *Common Law* e o Realismo Jurídico

Apesar do sistema legal do *Common law* ser inerentemente baseado nos costumes, o movimento Realista faz uma crítica ao sistema ao notar que ao longo do tempo, o sistema de *Common law* servia os que estavam em poder, criando um ciclo político e econômico onde os juízes, julgando com base em suas experiências e suas próprias convicções possivelmente não teriam a empatia ou humildade para julgar alguém que não faz parte do seu grupo social. (FONTES, 2009)

Por muito tempo o movimento Realista não foi compreendido pelos juristas da época, não entendendo que o movimento não tinha como objetivo a abolição do sistema de *Common law*, mas sim o aperfeiçoamento das decisões judiciais, e a equidade nos julgamentos. (FONTES, 2009)

Nas palavras de Luiz Santos:

O realismo jurídico procurava definir e desacreditar as teorias jurídicas então dominantes, formalistas e objetivas, oferecendo em troca jurisprudência com maior embasamento filosófico, mais iluminada e potencialmente orientada para realidade inesperada que se descortinava. (2015, pg 5)

Esse objetivismo jurídico, para o movimento realista, não tinha capacidade de julgar com equidade todos os diferentes litígios e chegar a verdadeira justiça, pois os fatores sociais, políticos, e econômicos tanto da época, como os do cotidiano, são inúmeros. Todavia, o movimento realista quis demonstrar uma maneira subjetivista, onde não se aplica somente uma norma, ou no caso do *Common law*, um costume a todos os casos, mas sim analisar o caso em pauta sob a lente dos vários fatores socioeconômicos e políticos. (SANTOS, 2015)

A metodologia do Realismo Jurídico é aplicada através de uma lente científica onde são utilizados métodos pragmáticos e também sociológicos, juntamente com

várias disciplinas para auxiliar a criação de precedentes e jurisprudências para o auxílio dos juízes em futuros julgamentos. Diz André:

Os pensadores dessa Escola adotam uma metodologia pragmática, que vai desde o mero empirismo, no estabelecimento e aplicação do Direito, até a adoção de elementos metodológicos de caráter sociológico, de modo a estabelecer sua existência e alcance. A Escola do Realismo Jurídico funda-se na premissa segundo a qual o Direito está estribado em interesses opostos ou, na acepção da Teoria dos Interesses, este seccionado em individuais, públicos e sociais; na determinação dos limites dos interesses reconhecidos e no esforço de assegurá-los e tutelá-los.(FONTES, 2009)

2.2.2 – *Common Law: Realismo Jurídico e suas vertentes*

É importante notar que o Realismo Jurídico atualmente possui vertentes que diferenciam o pensamento, não sendo um movimento monolítico que trata de um só tema. Existem cinco vertentes que juntas representam o Realismo Jurídico moderno. (West'sEncyclopediaof American Law, 2005)

2.2.2.1 – *Power andEconomics in Society*

A primeira, chamada de *Power andEconomics in Society* trata do realismo jurídico de uma forma que ataca a ideia de que o judiciário serve a todos. Para esta vertente, o direito tem sua fonte nas mãos de políticos e oligarcas que com o dinheiro, moldam o direito da maneira que os beneficia e com isso deixando de ser uma justiça para todos. Esta vertente tem como base o argumento de Thrasymachus na obra de Platao*República*. Nesta obra, ele diz a Socrates: “*laws are madebytherulingparty in its owninterest*”, mostrando um claro desgosto ao sistema jurídico onde somente os que estão em poder tem o controle sobre as normas de um país. (PLATÃO, 2002)

Na época de crescimento da economia americana nos no décimo nono século, os autores do movimento Realista da época tinham suas dúvidas sobre a direção em que os princípios do *Common law* americano estavam tomando, sendo que a jurisprudência e os precedentes estavam cada vez mais se alinhando contra a população e a favor dos que estavam no poder. (West'sEncyclopediaof American Law, 2005)

Isto foi exemplificado nas novas leis trabalhistas que deixavam empresas demitirem funcionários que estavam em greve, ou também leis que habilitavam os patrões demitirem o funcionário sem justificativa. (West's Encyclopedia of American Law, 2005)

2.2.2.2 - *The Persuasion and Characteristics of Individual Judges*

A segunda vertente, chamada de *The Persuasion and Characteristics of Individual Judges*⁶, defende que a lei não passa de um reflexo do pensamento dos juízes no dia em que estão julgando, tendo variações dependendo do dia, tempo, humor, experiências, posição social, onde nasceu, etc.... (EMAGIS, 2018)

Essa noção da importância do juiz na decisão, gerou um ditado entre realistas que diz que a os juízes eram legisladores de togas, tendo a mesma utilidade do legislativo, uma vez que a decisão do juiz tem um impacto tão prevalente que sua decisão tem força de lei. (EMAGIS, 2018)

O ministro auxiliar da Suprema Corte americana Benjamin N. Cardozo argumenta que, por exemplo, em litígios onde a nulidade de contratos é o problema em pauta, juízes que tem uma visão mais benéfica aos membros hipossuficientes da sociedade, tendem a nulificar contratos abusivos. (WEST'S, 2005)

Da mesma forma juízes que possuem uma visão objetiva do direito, ou que se alinham com os interesses dos membros mais afortunados da sociedade tendem a não nulificar os contratos (WEST'S, 2005)

2.2.2.3 - *Society's Welfare*

Mesmo usando um sistema onde o costume do judiciário daria seguimento ao sistema de normas do *Common Law*, os Realistas da época se preocupavam não somente com a injustiça que pode se resultar de tal sistema, mas também a insegurança jurídica que deriva destas decisões. Um sistema onde cada juiz pode decidir baseado somente em sua própria convicção seria inviável. (WEST'S, 2005)

⁶A Persuasão e Características de Juízes Individuais

Foi devido a este pensamento que a vertente do *Social Welfare* foi criada, também como principal representante o ministro Benjamin N. Cardozo, para ele, a lei deveria ser interpretada sempre com o bem-estar da sociedade em mente. Para ele, não é viável um sistema jurídico que não atende as consequências geradas pelas decisões, principalmente em um sistema jurídico onde o precedente tem força de lei. (WEST'S, 2005)

Esse fenômeno foi denominado *Sociological Jurisprudence*, termo utilizado por realistas para descrever uma jurisprudência que tem a maioria da sociedade em mente, porém dentro desta vertente existem dois pensamentos, primeiramente o que a jurisprudência deve beneficiar a maioria da população sem preocupar com as consequências que podem ter no balanço da sociedade. (WEST'S, 2005)

O segundo pensamento acredita que a jurisprudência deve beneficiar não só a maioria, mas ter um foco maior na minoria, que raramente é representada nos vários poderes governamentais, apesar dos mesmos serem votados justamente por esta minoria, tais realistas foram os que mais se manifestaram no caso de *Lochner vs. New York* previamente discutido. (EMAGIS, 2018)

2.2.2.4 – A Practical Approach to a Durable Result

A quarta vertente do Realismo Jurídico busca respostas pragmáticas para as decisões judiciais, resolvendo litígios da maneira mais prática possível, sem muita derivação. (EMAGIS, 2018)

Nesta vertente, o juiz deve passar por um processo que constitui analisar o caso em 4 áreas, primeiramente deve o juiz analisar os interesses das partes, e a jurisprudência sendo questionada no caso, após, deve o juiz ponderar maneiras alternativas para a solução do litígio entre as partes, sendo assim resolvido com mais celeridade. (EMAGIS, 2018))

Posteriormente, no terceiro passo, o julgador deve analisar a consequência de sua decisão, ponderando não somente o efeito entre as partes, mas também o

efeito que ela terá entre partes futuras que tenham o mesmo litígio em questionamento.(WEST'S, 2005)

Finalmente o juiz deve escolher a decisão que terá o resultado mais durável tanto para as partes, mas para o direito como um todo, se uma decisão não tiver sustentação, ou não tiver uma base tanto legal, mas também equitativa. (WEST'S, 2005)

Para esta vertente, a celeridade e a eficácia têm um valor maior, mas mesmo assim não deixa de valorizar a importância do impacto da decisão, sendo ela o foco de quase todos os passos tomados pelo juiz em sua análise do litígio em pauta, independentemente de sua área. (WEST'S, 2005)

2.2.2.5 – A Synthesis of Legal Philosophies

A Quinta e última vertente do Realismo Jurídico procura unificar o demais em uma só, chamada de empirismo legal. Essa vertente, iniciada por Holmes, argumenta que a lei tem uma explicação extremamente clara, se vista pela lente da previsão da decisão do juiz, sendo ela a peça primordial de todo o processo legal. (EMAGIS, 2018)

Da mesma maneira que o Realismo Jurídico argumenta que o direito deve ser uma matéria interdisciplinar, os empiristas que aderiam junto a teoria behaviorista, argumentavam que advogados podiam prever o posicionamento, ou mesmo a decisão de um juiz, meramente analisando o comportamento do mesmo. (WEST'S, 2005)

Para os empiristas, prever o comportamento do juiz com a finalidade de antecipar a decisão tem uma probabilidade muito maior de sair como parte ganhadora, do que o advogado que focar somente em decifrar o chamado labirinto de jurisprudências e normas legais. (WEST'S, 2005)

2.3 – Civil Law vs. Common Law: Uma breve comparação

As diferenças entre os dois sistemas jurídicos são tanto estruturais quanto processuais, tendo diferentes responsabilidades para cada parte processual, por exemplo, no *Civil Law*, a função do juiz é de uma maneira, inquisitorial, funcionando como um investigador, e os advogados tem a função de argumentar sua posição com base nos fatos apresentados pela corte. (CIVIL, 2018)

Diferentemente, no sistema de *Common Law*, a função da corte e do juiz não é de investigador, e sim de mediador entre os advogados das partes, sendo o trabalho deles fazer o interrogatório, buscar provas, e apresentá-las no devido momento. (CIVIL, 2018)

A hierarquia das fontes onde são baseadas as decisões e argumentações talvez seja a maior das diferenças, mesmo ambas os países tendo uma constituição, a ordem hierárquica das fontes é diferente, no sistema do *Common Law* o precedente tem prioridade sobre outros aspectos legais. Diferentemente no sistema de *Civil Law* os precedentes não possuem tal prioridade. (CIVIL, 2018)

CAPÍTULO III – OS EFEITOS DO COMMON LAW E REALISMO JURIDICO NO ORDENAMENTO JURIDICO BRASILEIRO

Apesar de o Brasil adotar o sistema jurídico com fundamento do Civil Law, ultimamente com as mudanças nas legislações brasileiras e as decisões do Supremo Tribunal Federal, é possível observar uma mudança perceptível no meio em que tanto o Supremo, quanto os juristas brasileiros interpretam a lei, cada vez mais valorizando os precedentes e aplicando a lei de menos rigidamente a todos os casos de maneira igual. (CASTRO, 2012)

3.1 - Os efeitos do Common Law no ordenamento jurídico brasileiro

Holmes quando estabeleceu a base do Realismo Jurídico americano tinha em mente a expansão do direito, deixando de ser uma matéria extremamente formalista, onde o magistrado somente aplicava a lei posta, sem adequação a cada caso, para uma matéria pragmática, que abrange o direito como uma matéria multidisciplinar que abrange várias áreas. (D'MACEDO, 2013)

O magistrado deve ter as ferramentas adequadas para que a justiça seja realmente atingida de uma maneira que as partes, tanto requerido quanto requerente, saiam satisfeitos com a decisão. (GARCIA NETO, 2008)

O Realismo Jurídico, muitas vezes chamado de Pragmatismo Jurídico por juristas brasileiros, é um fenômeno que cada vez mais atinge o ordenamento jurídico brasileiro, tanto em seu efeito nas decisões dos magistrados e ministros quanto em seu efeito em legislação brasileira. (D'MACEDO, 2013)

O Realismo Jurídico ofereceu tanto aos Estados Unidos, quanto ultimamente ao Brasil, uma alternativa, ou auxílio às deficiências do formalismo jurídico, que é encontrado principalmente no Brasil, que tem seu ordenamento jurídico baseado no Civil Law.(D'MACEDO, 2013)

Mesmo não sendo aceito por muitos juristas e doutrinadores, que o chamam de ativismo jurídico, o Realismo Jurídico tem auxiliado o direito brasileiro onde se encontram deficiências legislativas, sendo necessária uma maior intervenção do judiciário na esfera legislativa, não como criador de lei diretamente, mas um órgão que se necessário, vai além da aplicação da lei seca. (GARCIA NETO, 2008)

A decisão judicial no Brasil é cada vez mais valorizada no ordenamento jurídico brasileiro, desta maneira. O “direito sumular” como diz Alice Villar, é cada vez mais valorizado no Brasil, juntamente com a jurisprudência, sendo buscada uma uniformização da jurisprudência brasileira. (CASTRO, 2012)

Também ultimamente valorizados, os precedentes no direito brasileiro já possuem valor considerável, sendo até inclusos sua importância no novo Código de Processo Civil brasileiro. (VILLAR, 2015)

Muitos juristas já consideram que existe uma tendência mundial da fusão entre o sistema do Common Law e o Civil Law. A razão pela qual seria o crescente processo de globalização. É importante notar também que esta fusão não acontece somente em sistemas de Civil Law para Common Law, é possível observar nos países que aderiram ao sistema de Common Law uma crescente valorização da lei escrita, sendo estas leis legislativas gerais. (VILLAR, 2015)

A decisão judicial no Brasil vem ganhando peso no ordenamento jurídico, esta valorização da decisão judicial tem origem no sistema de Common Law, chamado de modelo teórico de *StareDecisis*. Por exemplo, o sistema de sumulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal tem cada vez mais decidido o percurso de futuras ações, não sendo necessária a criação de nova legislação cada vez que é introduzido um novo método de julgar ou mesmo decisões específicas que abrangem vários litígios no futuro. (VILLAR, 2015)

É importante também destacar também um exemplo no âmbito do Supremo Tribunal de Justiça das sumulas não vinculantes, que determinam que em casos posteriores o juiz não seja obrigado a seguir o que foi determinado pelo Supremo Tribunal de Justiça, pode o magistrado decidir de outra maneira. (CASTRO, 2012)

Vale destacar que ultimamente o valor de tal sumula desta corte, mesmo não sendo obrigatórios, tem cada vez mais tido um efeito extremamente persuasivo, pois facilitam uma decisão futura que é adequada socialmente, e não somente isso, pois é também utilizado para impedir certos recursos como o reexame necessário, previsto no artigo 475, § 3º, CPC. (VILLAR, 2015)

Esta “commonlawlização”, de acordo com Alice Villar, é claramente observada com a importância dada ao ensinamento de sumulas nas faculdades brasileiras de Direito. (VILLAR, 2015)

Demonstra Alice que, “Esta realidade atesta a assertiva de que o ordenamento jurídico brasileiro torna-se cada vez mais sumular, revelando-se o estudo do Direito Sumular dos Tribunais Superiores imprescindível para a formação acadêmica do profissional do Direito e fundamental para a evolução do sistema jurídico pátrio.” (VILLAR, 2015)

A teoria do neoconstitucionalismo pode ser atribuída a esta influência que o Common Law tem tido no ordenamento jurídico brasileiro, pois a constituição é elevada totalmente acima da lei, não podendo esta ser contraditória à Constituição Federal. (MACIEL, 2017)

Como diz Rodrigo Maciel “A lei deixa de ser considerada isoladamente, devendo perseguir os direitos e garantias fundamentais presentes na constituição, de onde retira a sua validade.” (MACIEL, 2017)

A introdução da emenda número três da Constituição Federal pode ser tratada como o primeiro passo do ordenamento jurídico brasileiro ao sistema de Common Law, pois a mesma atribuiu efeito vinculante das Ações Diretas de

Constitucionalidade ao controle concentrado de constitucionalidade do direito nacional. (MACIEL, 2017)

Sendo assim, é importante notar também que mesmo essas atribuições sendo postas a estes, já era entendimento doutrinário e jurisprudencial que tais ações tinham efeitos vinculantes. (MACIEL, 2017)

Outro grande exemplo também da influência do Common Law no Brasil é a necessidade da repercussão geral em casos de recursos extraordinários interpostos ao Supremo Tribunal Federal. (MACIEL, 2017)

Este dispositivo institui que é necessário demonstrar a transcendência dos efeitos da ação, não tendo somente interesse em um direito subjetivo da ação atual, e sim um efeito objetivo que atinge a população de modo geral. A fundamentação legal para esta regulamentação é encontrada no parágrafo primeiro do artigo 1035 do Código de Processo Civil brasileiro. (MACIEL, 2017)

A necessidade da repercussão geral não somente demonstra a influência do Common Law no Brasil, mas também a procura da eficácia no direito brasileiro, pois é cada vez mais necessário introduzir mecanismos que aumentem a eficácia do direito brasileiro. (VILLAR, 2015)

De acordo com Rodrigo Maciel “Institui-se, assim, um mecanismo a fim de que o STF, em sede de recurso extraordinário, julgue apenas causas de extrema relevância ou significativa transcendência, evitando o crescimento do já exorbitante número de recursos interpostos na Corte Constitucional”. (MACIEL, 2017)

3.2 – Exemplos de influencias do Realismo Jurídico no Direito brasileiro

O realismo jurídico, apesar de ter mais prevalência no direito americano, também é citado como fonte para algumas áreas do Direito Brasileiro, alguns exemplos a serem analisados são os do Direito Constitucional, Ambiental, Civil, e sua influência nas decisões do Supremo Tribunal Federal brasileiro. (FERNANDES, 2013)

Acreditava Holmes que uma matéria que lida com todos os aspectos da sociedade deve ser conectada a várias matérias que lidam com a sociedade. Deve ser buscada a justiça de uma maneira específica ao caso, sendo assim o direito deve ser interdisciplinar. (GARCIA NETO, 2008)

3.2.1 – O Realismo Jurídico no Direito Ambiental brasileiro

Para o direito ambiental, o realismo jurídico pode ser considerado um grande auxiliador para a maneira em como os magistrados iram tratar deste assunto. Como supracitado, o Realismo Jurídico tem uma visão pragmática do direito, onde não é possível aplicar uma regra para todos os casos, é necessário ter ferramentas para que o magistrado possa julgar propriamente as peculiaridades do dia a dia do direito ambiental. (FERNANDES, 2013)

A autora Manuela Braga Fernandes exemplifica esta utilização do realismo jurídico expondo dois casos de *habeas corpus*. O primeiro, de número 124.820, que foi julgado pelo Supremo Tribunal de justiça, trata sobre um caso onde foi construída uma moradia dentro do espaço que foi designado para conservação do meio ambiente, porem o fato ocorreu antes da vigência da lei 9605/98. (FERNANDES, 2013)

Baseando-se no código penal, o magistrado decidiu que pelo fato ter ocorrido anteriormente a promulgação desta lei, não pode ser constituído crime o fato ocorrido, e como base, utilizou o artigo 1º do Código Penal brasileiro. (FERNANDES, 2013)

Neste caso, também foi mencionado pelo magistrado, o direito à moradia, querendo ele garantir o mesmo ao réu. Expôs Manuela Fernandes, “O magistrado quer garantir o direito social da moradia e entende que o dano ambiental não deve se sobrepuser ao direito de ter um teto, como coloca no acórdão nos termos de “direito fundamental ao chão e ao teto”. (FERNANDES, 2013)

Em um caso posterior, também tratando de *habeas corpus* julgado pelo Supremo Tribunal de Justiça, com número 89.386, trata-se de um sócio que foi

preso porque por anos causou poluição acima dos parâmetros aceitados em lei. Em defesa, o advogado deste sócio alegou que a poluição só aconteceu em um período anterior a lei que proíbe tal conduta, e conseqüentemente não constituiria crime. Porém, neste caso, o juiz decidiu afastar completamente o dispositivo do Artigo 1º do Código Penal. (FERNANDES, 2013)

Aqui foram expostos dois casos semelhantes, porem com decisões diferentes, estes foram utilizados para exemplificar a necessidade da possibilidade da utilização de uma interpretação dos casos em pauta que abrange cada caso individualmente. (FERNANDES, 2013)

Mesmo que em ambos os casos foram feridos dispositivos de leis do direito ambiental, em um deles foi elevado o direito de moradia, e no outro o magistrado decidiu que uma empresa que fere as leis do direito ambiental deve ser punida mais rigorosamente. (FERNANDES, 2013)

É notável após a análise destes casos, entre vários, que no âmbito do direito ambiental, o magistrado deve possuir ferramentas para que seja feita a justiça, pois em várias ocasiões a lei seca não se adéqua as peculiaridades do dia a dia da sociedade em que esta lei rege. Foram expostos exemplos claros onde os princípios do realismo jurídico foram aderidos e aplicados no ordenamento jurídico brasileiro. (FERNANDES, 2013)

3.2.2 - O Realismo Jurídico no Direito Civil brasileiro

Com a introdução do novo Código de Direito Civil brasileiro em 2015, foram expostas novas concepções ao direito civil brasileiro, uma das mais influentes foi a utilização de precedentes em julgados de órgãos superiores, devendo ser respeitada a hierarquia das cortes que decidiram. (FERNANDES, 2017)

Primeiramente, é importante expor que precedentes e jurisprudências não são iguais. A jurisprudência meramente expõe uma passagem a ser seguida, como se fosse um guia para o magistrado, não sendo ele vinculado a decidir igualmente. (FERNANDES, 2017)

Já os precedentes o juiz de corte inferior fica vinculado à decisão da corte superior, não podendo o mesmo ter livre arbítrio para decidir da maneira que queira. Porém, mesmo tendo o dever de seguir os precedentes, os mesmos devem ter fundamento em normas já positivadas, não podendo ter uma decisão sem este fundamento normativo. (FERNANDES, 2017)

Desta forma, expõe Felipe Fernandes, “Neste ponto fica claro que o sistema brasileiro não pode mais ser chamado totalmente de civil law, uma vez que não se baseia mais e somente em leis positivadas pelo poder legislativo, mas também não encontra-se inserido no chamado common law, em a maioria das decisões devem ser baseadas nos “precedentes”. (FERNANDES, 2017)

Baseando-se nas palavras do autor é possível entender que o ordenamento jurídico brasileiro se encontra nem totalmente no common Law e nem totalmente no civil, e logo pode ser dito que o Brasil possui no sistema jurídico misto. (FERNANDES, 2017)

É importante notar também que apesar desta mudança ter acontecido somente em 2015 no Código Civil brasileiro, esta tendência do direito brasileiro de se aproximar mais e mais ao common law vem acontecendo desde a inserção da terceira emenda da Constituição Federal. (FERNANDES, 2017)

Vale expor também que apesar da mudança somente ter acontecido em 2015 doutrinariamente e nas jurisprudências os precedentes vem tomando mais e mais importância, mesmo que só tenha acontecido a mudança em 2015. (FERNANDES, 2017)

3.2.3 - Realismo jurídico no Direito Constitucional

Na década de 1930 os juristas brasileiros deglutiam as teorias do direito americano, estudando seus juristas e buscando o melhor entendimento para situação do âmbito jurídico brasileiro da época. (GARCIA NETO, 2008)

Todavia, o direito brasileiro da época sofreu muita influência do direito americano e como consequência o realismo jurídico que na época estava em seu

auge de criação. A maior preocupação da época era como o direito brasileiro sobreviveria no âmbito jurídico da Revolução de 1930. (BARROSO, 2018)

Com a introdução do liberalismo no âmbito jurídico brasileiro, o direito no Brasil ficou cada vez mais focado nas questões sociais da sociedade brasileira. Juntamente com este novo foco na sociedade, a necessidade de adequar a lei a cada caso posto. (GARCIA NETO, 2008)

Com esta evolução, fica cada vez mais aparente a conexão do processo legislativo e da adjudicação. É importante notar também que o papel do magistrado não deve ser de um legislador, pois a separação dos poderes legislativos e judiciários deve ser mantida, porém, também não pode ser o papel do magistrado o de dedutivista. (BARROSO, 2018)

Com a evolução da Constituição Federal brasileira, a interpretação da lei, e a importância dos precedentes ficaram cada vez mais importantes como expressado anteriormente sobre a emenda constitucional de número três. Com este progresso, a importância de diferenciar o direito privado do direito publica ficou na frente das discussões tanto jurídicas como políticas. (GARCIA NETO, 2008)

A Constituição Federal brasileira valoriza em grande parte a questão social que pode afetar a sociedade brasileira. Porém, com a estrutura do ordenamento jurídico brasileiro, em sua concepção, as leis infraconstitucionais, mesmo tendo concordância com a constituição, teve uma importância superior a constituição, pois não se referia a constituição e sim às leis. (BARROSO, 2018)

Todavia, o movimento liberalista, influenciado pelo realismo jurídico, trouxe uma valorização da constituição, tal como é tratada nos Estados Unidos. (BARROSO, 2018)

Nos Estados Unidos, a constituição federal americana é valorizada acima de todos os conceitos jurídicos, e apesar de ser extremamente breve se for comparada a nossa constituição, tem eficácia para reger todo o sistema jurídico americano, que se baseia não em listar todos os possíveis problemas e suas soluções, mas tem

uma base de princípios básicos robusta, sendo que foram necessárias poucas emendas a mesma. (GARCIA NETO, 2008)

O jurista Oliveira Vianna argumentava que os juristas brasileiros antigamente tratavam o direito constitucional, que deve ser tratado como direito público, como direito privado, por exemplo, o Direito Comercial ou Civil. (GARCIA NETO, 2008)

Para Vianna, o método jurídico do realismo jurídico é um modelo compatível com o modelo de interpretação jurídica brasileira que na época deveria ter sido utilizado. Também argumentava Vianna sobre a politização da interpretação jurídica da época, sendo criticado por suas idéias do marginalismo político e idealismo utópico. (GARCIA NETO, 2008)

Contudo é possível concluir que o realismo jurídico influenciou imensamente a Constituição Federal tanto em sua concepção quanto aos anos após sua criação, pois a mesma não só busca garantir os direitos sociais dos indivíduos inseridos nesta sociedade. (BARROSO, 2018)

3.2.4 - O impacto do Realismo Jurídico nas decisões do Supremo Tribunal Federal brasileiro

Existe uma preocupação entre os juristas e analistas do Supremo Tribunal Federal brasileiro que as decisões tomadas por esta corte não estão sendo baseadas na lei posta e primeiramente baseando-se no seu íntimo e experiências pessoais. (OLIVEIRA, 2012)

É importante notar que os argumentos usados pelos analistas é que usando o argumento realista os magistrados se encontravam em posição que achavam desnecessário serem vinculados às decisões antigas. (OLIVEIRA, 2012)

Embora o realismo jurídico valoriza muitos precedentes, é importante explicar que mesmo precedente tomando uma posição hierárquica maior, os magistrados nunca devem estar totalmente vinculados a decisões antigas pois desta maneira, de

uma forma, estariam vinculados ao que pode ser chamado de “legislação judiciária”. (OLIVEIRA, 2012)

Argumentam os juristas que isto pode pôr em risco a estabilidade dos três poderes estabelecidos pela constituição federal sendo equivocada o poder judiciário estabelecer normas internas do judiciário que tem natureza de lei. (FIGUEIRÊDO, 2019)

Um importante fator a se considerar quando falamos do Supremo Tribunal Federal é o fato da mudança de ministros ao longo do tempo, de 2004 a 2018, foram trocados vários ministros na linha sucessória do STF. (OLIVEIRA, 2012)

Uma pergunta feita pelo autor Rafael Tomaz de Oliveira é intrigante, com a mudança dos ministros do STF, e a subsequente mudança dos comportamentos referentes as decisões, muda-se o direito? Holmes estaria certo em sua afirmação que o juiz não somente aplica a lei, mas a interpreta de uma maneira que condiz com suas próprias experiências de vida? (FIGUEIRÊDO, 2019)

CONCLUSÃO

Nesta monografia, o Realismo Jurídico foi analisado extensivamente, constituindo de sua historia de concepção nos Estados Unidos, por Wesley N. Hohfeld, entre os anos 1920 e 1930. Juntamente a Wesley, outros juristas americanos como Oliver Wendell Holmes Jr. e Arthur Linton Corbin, auxiliaram o movimento realista que mudou a interpretação jurídica dos EUA, sendo utilizado até hoje na Suprema Corte americana.

Também foi analisado o efeito do Realismo Jurídico nos ordenamentos jurídicos do Civil Law, e do Common Law. Primeiramente foram brevemente analisadas, expondo suas historias, objetivos, e países que os utilizam na modernidade. Foi exposto também as influencias que ambos os ordenamentos tem reciprocamente, tal como o efeito do Realismo Jurídico no ordenamento jurídico brasileiro, que tem como sistema jurídico o Civil Law.

Finalmente, foram examinados os efeitos que o Realismo Jurídico esta tendo nas varias disciplinas do ordenamento jurídico brasileiro, tais como o Direito Ambiental, o Direito Civil (juntamente com o Processo Civil), e o que tem mais importância perante o direito brasileiro, o Direito Constitucional. Não somente nas matérias, mas também foram observados os efeitos do Realismo Jurídico nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil.

Este estudo tem importância de alto nível, pois se trata de um assunto que afeta o direito brasileiro atualmente, não se contendo somente na teoria. Decisões proferidas por juízes brasileiros apresentam cada vez mais influencias do Realismo

Jurídico, por meio tanto de uma amalgamação do Common Law e do Civil Law, ou diretamente citando o movimento Realista como fundamento para suas decisões.

Contudo, o Realismo Jurídico é um tópico de grande importância, devendo ser estudado pelos vários juristas brasileiros, pois muda a maneira em que os juízes brasileiros iram proferir suas decisões, não somente, e unicamente utilizando as normas, mas também ter uma visão multidisciplinar para que seja alcançada a verdadeira justiça, ou no mínimo a buscar juntamente com o maior número de ferramentas possível.

RERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AHMED, S. JEROME FRANK, LAW AND MODERN MIND – LEGAL REALISM. **Universitarian**, 2016. Disponível em: <<https://universitarianweb.com/2016/07/25/jerome-frank-law-and-modern-mind-legal-realism/>>. Acesso em: 24 Maio 2018.

ALSCHULER, A. W. **Law Without Values: The Life, Work, and Legacy of Justice Holmes**. 1st. ed. Chicago: University of Chicago Press, 2002.
BARROSO, Luis Roberto, Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Editora Saraiva 2018.

BOWEN, C. D. **Yankee from Olympus - Justice Holmes And His Family**. [S.l.]: Mcintosh Press, 2007.

CASTRO, Guilherme Fortes Monteiro de; GONÇALVES, Eduardo da Silva. **A aplicação da common law no Brasil: diferenças e afinidades**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=11647&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em nov 2018.

CIVIL Law vs. Common Law. Diffeen, 2018. Disponível em: <https://www.diffeen.com/difference/Civil_Law_vs_Common_Law>. Acesso em: 19 Agosto 2018.

CORBIN, A. L. **The Law and The Judges**, 1914.

COSTA, A. A. **Hermenêutica Jurídica**. Arcos, 2011. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/livros/hermeneutica-juridica/capitulo-v-neopositivismo-juridico/3-o-realismo-juridico>>. Acesso em: 24 Maio 2018.

D'MACEDO, J.M. **Pragmatismo jurídico no supremo tribunal federal**. Revista de Direito e Humanidade. n. 25, 2013. Disponível em: <http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_direito/article/viewFile/2362/1558>. Acesso em: 2018.

EMAGIS Cursos Jurídicos. **Realismo Jurídico: tema importante em Humanística**, 2018. Disponível em: <<https://www.emagis.com.br/area-gratuita/artigos/realismo-juridico-tema-importante-em-humanistica/>>. Acesso em: 16 Agosto 2018.

FERNANDES, Felipe Diego Martarelli; ROSSAFA, Marisa. **Os precedentes no Código de Processo Civil de 2015 e o realismo de Alf Ross**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XX, n. 158, mar 2017. Disponível em: <

http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18650&revista_caderno=21
>. Acesso em nov 2018.

FERNANDES, Manuela Braga. **O Realismo Jurídico como Meio de Garantia da Justiça Ambiental**. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS, Porto Alegre, v. 8, n. 2, dez. 2013. ISSN 2317-8558. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/42398>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

FERREIRA, D. B. **Realismo Jurídico norte-americano: origem, contribuições e principais autores**. Direito, Estado e Sociedade, Rio de Janeiro, 2012. ISSN ISSN-L: 1516-6104.

FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos Vieira de. **Ecoss do realismo no Supremo Tribunal Federal?**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 70, nov 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6934>
>. Acesso em nov 2018.

FONTES, A. **Aspectos do Realismo Jurídico. Justiça & Cidadania**, 2009. Disponível em: <<http://www.editorajc.com.br/aspectos-do-realismo-juridico/>>. Acesso em: 21 Agosto 2018.

GALIO, M. H. **HISTÓRIA E FORMAÇÃO DOS SISTEMAS CIVIL LAW E COMMON LAW: a influência do direito romano e a aproximação dos sistemas**, 2014. [S.l.]: [s.n.]. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=c79d3508e2dc8fe8>>. Acesso em: 15 Agosto 2018.

GARCIA NETO, Paulo Macedo. **A influência do realismo jurídico norte-americano no direito constitucional brasileiro**. 2008. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. doi:10.11606/D.2.2008.tde-27022012-165826. Acesso em: 2018-11-20.

GODOY, A. S. D. M. **INTRODUÇÃO AO REALISMO JURÍDICO NORTE-AMERICANO**. 1º. ed. [S.l.]: [s.n.], 2013.

HOLMES, O. W. **The Common Law**. [S.l.]: American Bar Association, 1881.

LLEWELLYN, K. N. **A Realistic Jurisprudence -- The Next Step**. *Columbia Law Review*, Nova Iorque, v. 30, Abril 1930.

LOCHNER v. New York, 198 U.S. 45. **JUSTIA US SupremeCourt**, 1905. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/198/45/case.html>>. Acesso em: 24 Maio 2018.

MACIEL, Rodrigo Augusto Pinto. **O sistema jurídico brasileiro e a influência do common law**. *ConteudoJuridico*, Brasília-DF: 09 ago. 2017. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.589586&seo=1>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

MACKEY, K. **The Triumph of Legal Realism**, 2004. Disponível em: <http://www.law.msu.edu/king/2004/2004_Mackey.pdf>. Acesso em: 25 Maio 2018.

MARINONI, L. G. **A Transformação do Civil Law e a Oportunidade de um Sistema Precedencialista para o Brasil**. Revista Jurídica , Porto Alegre , v. 380, p. 45-50, Junho 2009.

MARIONI, L. G. **Precedentes Obrigatórios**. Revista dos Tribunais , São Paulo , 2010.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Supremo está entre o legalismo e o realismo jurídico**. Outubro 2012. Disponível em <www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=11647&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em nov 2018.

PLATÃO. **República**. Tradução de Enrico Convisieri. [S.l.]: Best Seller, 2002.

REALISMO Jurídico: **tema importante em Humanística**. Site da Emagis. Disponível em: <<http://www.emagis.com.br/area-gratuita/artigos/realismo-juridico-tema-importante-em-humanistica/>>. Acesso em: 24 Maio 2018.

ROBBINS, L. M. School of Law, University of California at Berkley. **The Robbins Collection**, 2010. Disponível em: <<https://www.law.berkeley.edu/library/robbins/CommonLawCivilLawTraditions.html>>. Acesso em: 15 Agosto 2018.

SANTOS, L. T. V. **O REALISMO JURÍDICO E SUA CONFIGURAÇÃO NO DIREITO MODERNO**. Web Artigos, 2015. Disponível em: <<https://www.webartigos.com/artigos/o-realismo-juridico-e-sua-configuracao-no-direito-moderno/129599>>. Acesso em: 19 Agosto 2018.

SOUZA, M. A. D. D. **O Direito para Oliver Wendell Holmes Jr.. Tribuna do Norte**, 2012. Disponível em: <<http://www.tribunadonorte.com.br/noticia/o-direito-para-oliver-wendell-holmes-jr/236336>>. Acesso em: 24 Maio 2018.

SUPREME Court, **Lochner vs. New York**. Legal Information Institute, 1905. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/198/45#writing-USSC_CR_0198_0045_ZD1>. Acesso em: 24 Maio 2018.

VILLAR, Alice Saldanha. **A influência do sistema do common law no ordenamento jurídico brasileiro**. Abril 2015. Disponível em: <<https://alice.jusbrasil.com.br/artigos/236648454/a-influencia-do-sistema-do-common-law-no-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em nov 2018.

WAMBIER, T. A. A. **A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito - Civil law e Common Law**. Revista Jurídica , Porto Alegre , v. 57, n. 384, p. 53-62, Outubro 2009.

WEST'S **Encyclopedia of American Law**. Encyclopedia.com, 2005. Disponível em: <<https://www.encyclopedia.com/law/encyclopedias-almanacs-transcripts-and-maps/legal-realism>>. Acesso em: 24 Agosto 2018.