



*COORDENAÇÃO GERAL*

Celso Fernandes Campilongo

Alvaro de Azevedo Gonzaga

André Luiz Freire

# ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP

---

**TOMO 2**

## **TEORIA GERAL E FILOSOFIA DO DIREITO**

*COORDENAÇÃO DO TOMO 2*

Celso Fernandes Campilongo

Alvaro de Azevedo Gonzaga

André Luiz Freire

**ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP**  
**TEORIA GERAL E FILOSOFIA DO DIREITO**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA**  
**DE SÃO PAULO**  
**FACULDADE DE DIREITO**

DIRETOR  
*Pedro Paulo Teixeira Manus*  
DIRETOR ADJUNTO  
*Vidal Serrano Nunes Júnior*

**ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP | ISBN 978-85-60453-35-1**

<https://enciclopediajuridica.pucsp.br>

CONSELHO EDITORIAL

Celso Antônio Bandeira de Mello	Nelson Nery Júnior
Elizabeth Nazar Carrazza	Oswaldo Duek Marques
Fábio Ulhoa Coelho	Paulo de Barros Carvalho
Fernando Menezes de Almeida	Ronaldo Porto Macedo Júnior
Guilherme Nucci	Roque Antonio Carrazza
José Manoel de Arruda Alvim	Rosa Maria de Andrade Nery
Luiz Alberto David Araújo	Rui da Cunha Martins
Luiz Edson Fachin	Tercio Sampaio Ferraz Junior
Marco Antonio Marques da Silva	Teresa Celina de Arruda Alvim
Maria Helena Diniz	Wagner Balera

**TOMO DE TEORIA GERAL E FILOSOFIA DO DIREITO | ISBN 978-85-60453-36-8**

Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo I (recurso eletrônico)  
: teoria geral e filosofia do direito / coords. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro  
Gonzaga, André Luiz Freire - São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017  
Recurso eletrônico World Wide Web  
Bibliografia.  
O Projeto Enciclopédia Jurídica da PUCSP propõe a elaboração de dez tomos.

1. Direito - Enciclopédia. I. Campilongo, Celso Fernandes. II. Gonzaga, Alvaro. III. Freire,  
André Luiz. IV. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

## REALISMO JURÍDICO AMERICANO

*Lucas Fucci Amato*

### INTRODUÇÃO

O realismo jurídico floresceu nos Estados Unidos principalmente nas décadas de 1920 e 1930. Seus principais expoentes, alguns atuantes antes desse período, foram juristas como Oliver Wendell Holmes, Jr. (1809-1894), Wesley Newcomb Hohfeld (1879-1918), Roscoe Pound (1870-1964), Benjamin Cardozo (1870-1938), Robert Lee Hale (1884-1969), Jerome Frank (1889-1957), Karl Llewellyn (1893-1962), Felix Solomon Cohen (1907-1953), Walter Wheeler Cook (1873-1943) e Arthur Cobin (1874-1967), entre outros. Ainda que alguns preferissem outras denominações e houvesse divergências entre suas propostas teóricas, afinidades intelectuais e contextuais permitiram identificá-los, por vezes retrospectivamente, a uma mesma corrente “realista”, com suas variações.

Neste verbete, destaco algumas das ideias mais relevantes trazidas por essa corrente de teoria do direito, ressaltando os aspectos que parecem ainda atuais e frutíferos para novas agendas de pesquisa. Posiciono o realismo em seu contexto filosófico, vinculado ao pragmatismo americano, e apresento a proposta da análise funcional do direito. Coloco o realismo também à luz de seu contexto político, relacionado ao período do *New Deal*.

Foco então a crítica realista ao formalismo – visão do direito pautada pela concepção um sistema unitário, coerente e completo, aplicável por lógica dedutiva, como técnica apolítica de tomada de decisões. Aqui aparece a tese realista sobre a indeterminação interpretativa do direito e a necessidade de escolhas éticas, políticas, polêmicas, para colmatar as cadeias de raciocínio jurídico e fundamentar a decisão entre possíveis interpretações colidentes.

Em seguida, ressalto as inovações conceituais trazidas por autores realistas à análise de instituições paradigmáticas, como é o caso da propriedade. Finalizo com uma consideração do legado do realismo jurídico americano, a fim de pontuar desdobramentos para sua apropriação na prática e na pesquisa jurídica.

SUMÁRIO

Introdução.....	2
1. Contexto filosófico: pragmatismo.....	3
2. Análise funcional .....	4
3. Contexto político: <i>New Deal</i> .....	6
4. A crítica ao formalismo.....	7
5. Indeterminação interpretativa e escolhas políticas.....	9
6. Uma instituição paradigmática: direitos de propriedade.....	13
7. Legado do realismo jurídico americano .....	18
Referências .....	23

**1. CONTEXTO FILOSÓFICO: PRAGMATISMO**

A construção filosófica mais característica dos Estados Unidos foi a corrente pragmatista, que se desenvolveu a partir dos anos de 1870. Nessa vertente, autores como William James, Charles Sanders Peirce e John Dewey construíram novas concepções sobre a linguagem, a lógica, a determinação dos significados e a aprendizagem. Essa nova filosofia foi contemporânea ao realismo jurídico e também à economia institucional desenvolvida por autores como Thorstein Veblen e John Commons. O pragmatismo influenciou decisivamente esses projetos de renovação do pensamento jurídico e econômico como ciências sociais.

Dewey, que identificou sua filosofia como “instrumentalismo”, definiu que a racionalidade, o juízo sobre meios e fins, substitui a remissão a algum valor absoluto ou a dogmas morais gerais dos quais poderiam ser “deduzidas” aplicações particulares. De fato, meios e fins são interdependentes; os meios só são justificáveis em vista dos fins e os fins necessitam de sua própria justificação. Mas então, no raciocínio instrumental, é preciso distinguir, de um lado, o fim declarado (a finalidade em vista da qual se justifica o emprego de tais ou quais meios, a ideia das consequências); de outro, a análise empírica, independente das crenças subjetivas, dos resultados realmente produzidos ou produtíveis

por aqueles meios, a função verificada ou verificável<sup>1</sup>. Havendo um *continuum* entre meios e fins, meios até então inexistentes para a realização de um fim precisam ser imaginados; essa antecipação imaginária transforma o próprio sentido do fim, posicionando os meios e fins anteriormente disponíveis como meras “aproximações imperfeitas”; daí que o meio só satisfaça o fim alterando-o<sup>2</sup>.

Assim, por exemplo, o raciocínio jurídico prático trata não tanto de como chegar a conclusões, mas sobretudo de como justificá-las. A lógica intervém como ferramenta experimental e flexível para encontrar normas gerais e descrever fatos particulares que sirvam como premissas para uma conclusão que pode haver sido vagamente antecipada (às vezes ao lado de soluções rivais possíveis)<sup>3</sup>.

Ao contrário da certeza pretendida pelo formalismo, ao representar a tomada de decisão jurídica como um procedimento perfeito de subsunção do fato à norma e dedução da decisão, a questão agora se torna como “preencher” o silogismo, como construir as premissas normativas (a regra para o caso) e cognitivas (os fatos relevantes) a informarem uma conclusão justificada – tipicamente, uma norma individual e concreta.

Assim, assumindo uma posição realista, torna-se impossível separar o que o direito é de como ele funciona. Não há sentido em dizer “a norma é boa”, “o problema é a eficácia” ou “a aplicação”. O desenho e criação das normas, assim como sua interpretação e aplicação, integram o modo de operação do direito. “Dado arranjo jurídico é o que ele *faz* [...]”<sup>4</sup>.

## 2. ANÁLISE FUNCIONAL

Para Alf Ross, um líder do realismo jurídico escandinavo, o direito subjetivo poderia ser definido como nada mais do que um esquema retórico de apresentação da ligação entre os fatores condicionantes (hipóteses) da aplicação de uma norma e as consequências jurídicas advindas de tal aplicação. O titular da pretensão sustentada por essa norma seria mera figura de linguagem. Ross, afinal, definia o raciocínio baseado em

---

<sup>1</sup> DEWEY, John. Means and ends. *Partisan Review*.

<sup>2</sup> RODRIGUEZ, Caio Farah. *Juízo e imaginação: da indeterminação jurídica à imaginação institucional*, p. 132.

<sup>3</sup> DEWEY, John. Logical method and law. *The Cornell Law Quarterly*, pp. 22-4.

<sup>4</sup> DEWEY, John. My philosophy of law. *John Dewey: the latter works, 1925-1953*, p. 118 (grifos no original).

direitos e deveres como um uso de palavras vazias desprovidas de referência semântica, “uma forma de circunlóquio na qual entre o fato jurídico e a consequência jurídica são colocados direitos imaginários”.<sup>5</sup>

Já Holmes, predecessor dos realistas americanos, dissera que, “para propósitos jurídicos, um direito é apenas a hipóstase de uma profecia – a imaginação de uma substância suportando o fato de que a força pública será exercida sobre aqueles que façam coisas que se considere que a contravieram – exatamente como falamos da força da gravidade respondendo pela conduta dos corpos no espaço”.<sup>6</sup>

Um dos focos de esforço teórico dos realistas foi a crítica à atribuição fixa de conteúdos a conceitos tradicionalmente manejados como continentes de naturezas jurídicas invariáveis, substâncias ou essências. Nessa linha, Felix Cohen foi pioneiro na proposição e sistematização de um método que chamou de abordagem funcional do direito<sup>7</sup>. Cohen apresentou uma espécie de crítica funcional e pragmática ao formalismo logicista dos práticos do direito. Coisificando palavras como “propriedade” e “devido processo legal”, a prática judicial sofreria de uma espécie de alienação, negando-se a reconhecer-se como produtora ela mesma do sentido dos conceitos jurídicos e deixando de admitir que tais conceitos são apenas ferramentas de linguagem, memória e raciocínio, meros instrumentos para a consideração de argumentos de fundo ético e para a avaliação de evidências empíricas.

A crítica diz respeito aqui ao caráter circular e tautológico dos raciocínios judiciais, que pretendiam considerar apenas uma relação lógica e dedutiva entre conceitos doutrinários e máximas de tradição, excluindo de seu horizonte os fatos e razões sociais, as justificativas morais, econômicas ou políticas envolvidas na matéria sob julgamento, bem como os efeitos sociais, políticos, econômicos que a decisão judicial neste ou naquele sentido poderia produzir.

Uma abordagem funcional do direito, ao contrário, volta-se a erradicar conceitos que não podem ser traduzidos em termos de experiência verificável (mas por meio dos quais se costuma decidir, com consequências concretas) e a dispensar controvérsias sem sentido; em termos positivos, a visão funcional procura redefinir conceitos

---

<sup>5</sup> ROSS, Alf. Tû-Tû. *Harvard Law Review*, p. 818

<sup>6</sup> HOLMES JR., Oliver Wendell. *Natural law. Collected legal papers*, p. 313

<sup>7</sup> COHEN, Felix S. *Transcendental nonsense and the functional approach. Columbia Law Review*.

contextualmente, iluminando os fatos mal traduzidos em ficções conceituais e redefinindo-os em termos de suas implicações e consequências.

### 3. CONTEXTO POLÍTICO: NEW DEAL

O realismo jurídico floresceu nos Estados Unidos no período entreguerras do século XX, especialmente nas décadas de 1920 e 1930. A crise econômica foi oportunidade para o avanço das correntes políticas progressistas e para uma reconstrução institucional de inspiração socialdemocrata, consolidada ao redor do *New Deal*, a série de reformas e políticas públicas posta em ação sob liderança do presidente Franklin Delano Roosevelt. Essas reformas abrangeram, por exemplo, a institucionalização da previdência social, da organização sindical e de garantias trabalhistas (*National Labor Relations Act and Comission*), da autoridade reguladora do mercado de capitais (*Securities and Exchange Commission*, SEC), de empresas e órgãos públicos voltados ao desenvolvimento regional e à infraestrutura (como a *Tennessee Valley Authority*, TVA) e de políticas de crédito para o financiamento de moradia (o mercado secundário de hipotecas foi organizado por empresas garantidas pelo governo: a *Federal National Mortgage Association*, ou *Fannie Mae*, e a *Federal Home Loan Mortgage Corporation*, ou *Freddie Mac*).

Embora houvesse um descompasso entre o corpo teórico dos realistas – então dedicado massivamente a problemas de direito privado – e as necessidades do novo governo reformista – demandante de uma reconstrução das instituições de direito público –, muitos dos teóricos realistas e de seus discípulos assumiram cargos na administração pública federal ou a assessoraram. William Douglas, Thurman Arnold, Jerome Frank, James Landis, Felix Cohen e Herman Oliphant, entre outros juristas associados ao realismo, assumiram cargos governamentais durante o *New Deal*. Outros, como Roscoe Pound, passaram a criticar a emergência do “Estado administrativo”, com a erosão do direito guardado pelas cortes. Os conflitos entre as inovações postas em ação pelo Congresso e pelo Executivo e as reações do Judiciário, tachado então de formalista, marcaram a posição dos realistas em favor da deferência e autocontenção judicial como parâmetros democráticos do controle de constitucionalidade. A interpretação do direito

deveria seguir as políticas públicas definidas pelo governo. Este, por sua vez, deveria experimentar na execução de seus programas<sup>8</sup>.

#### 4. A CRÍTICA AO FORMALISMO

O século XIX foi marcado por amplos movimentos de codificação do direito privado nos países de *civil law* e por uma busca de certeza no raciocínio judicial visando à uniformização de precedentes, sobretudo nos países de *common law*. As teorias do direito que refletiam tal prática e a influenciavam concebiam o direito como um sistema unitário, coerente e completo de proposições normativas. Identificavam-no à ordem jurídica nacional. Resumiam-no às normas positivadas pelo Legislativo ou jurisprudencialmente elucidadas pelas cortes. Procuravam diferenciar estritamente a criação política do direito de sua interpretação jurídica. Para isso, à separação orgânica de Poderes deveria corresponder uma distância marcada entre os conflitos ideológicos dos quais decorriam as opções legislativas e a aplicação técnica das normas jurídicas pela burocracia, especialmente judiciária. Do postulado de que cada norma ganha sua juridicidade por pertencer a um sistema coerente e completo decorrem técnicas para resolver eventuais conflitos e antinomias aparentes, bastando para a solução de casos concretos a subsunção dos fatos relevantes às normas gerais. Por um raciocínio dedutivo, estritamente lógico-formal, seria possível inferir proposições logicamente inferiores (a solução judicial) de proposições logicamente superiores (a regra legislativa ou a prévia razão de decidir jurisprudencial, *holding*). As regras seriam programas decisórios suficientes para constranger racionalmente a tomada de decisões, explicitando claramente suas hipóteses de incidência e consequências normativas. Ainda, cada conceito jurídico – como propriedade, contrato ou separação e poderes – seria determinado por um conjunto inerente de regras e doutrinas que explicitariam seus contextos de aplicação, natureza e efeitos jurídicos.

Tal visão do direito foi identificada como formalismo doutrinário, e teve diversas manifestações, como o positivismo utilitarista inglês, a escola da exegese francesa e a jurisprudência dos conceitos alemã. Nos Estados Unidos, o formalismo também se

---

<sup>8</sup> CURTIS, Marcus J. Realism revisited: reaffirming the centrality of the New Deal in Realist jurisprudence. *Yale Journal of Law & the Humanities*.

desenvolveu, em autores como Joseph Story e Christopher Columbus Langdell<sup>9</sup>. Ganhou vida, sobretudo, na forma de uma visão normativa sobre o papel das cortes – e, portanto, de uma prática jurisprudencial. Aqui, a deferência às regras, a noção de conteúdos inerentes a institutos como a liberdade de contrato, o devido processo ou a proteção da propriedade e a visão do raciocínio jurídico como dedução lógica aliaram-se a uma ideologia judicial que atribuía às cortes o papel de preservar os direitos privados contra intervenções redistributivas do Estado. O exemplo jurisprudencial paradigmático do formalismo é o caso *Lochner v. New York* (1905), no qual a Suprema Corte dos Estados Unidos considerou inconstitucional uma lei que limitava a jornada de trabalho diária e semanal. A inconstitucionalidade foi justificada como decorrência necessária, natural e inerente da liberdade de contrato implícita na cláusula constitucional do devido processo.

Desde final do século XIX e início do século XX, teorias do direito referidas como sociais, sociológicas, empíricas, psicológicas, realistas, pragmáticas, experimentais ou institucionalistas criticaram o formalismo, propuseram descrições alternativas sobre o direito e inauguraram diferentes métodos e agendas de pesquisa. Hauriou e Romano concebiam o direito como inerente às diversas organizações da sociedade, para além do Estado, enquanto Ehrlich também defendia o pluralismo jurídico, contra o monismo estatista. Jhering e Heck inauguraram a “jurisprudência dos interesses”, colocando em xeque a versão do direito como ordem fechada de regras e conceitos propugnada por seus antecessores; juízos de valor, finalidade e interesses em contraste permaneciam em jogo na arena judicial. Gény defendia a livre investigação científica do direito. Duguit construía uma noção de direito social, estruturante de novas funções do Estado e centrado ao redor do conceito de serviços públicos.

Nos Estados Unidos, Oliver Wendell Holmes, Jr., juiz da Suprema Corte, foi tomado como predecessor dos realistas. Segundo Holmes, para conhecer o direito, e apenas ele, “você deve observá-lo como um homem mau, que se importa apenas com as consequências materiais que tal conhecimento lhe possibilita predizer, não como um homem bom, que encontra suas razões de conduta dentro ou fora do direito, nas sanções ainda mais vagas da consciência”<sup>10</sup>. Assim, o direito consiste nas “profecias sobre o que

---

<sup>9</sup> Ver HORWITZ, Morton J. *The transformation of American Law, 1780-1860*, cap. 8.

<sup>10</sup> HOLMES JR., Oliver Wendell. *The path of the law. Harvard Law Review*, p. 459.

as cortes farão de fato”<sup>11</sup>. Nas palavras de outro realista, Felix Cohen, “[l]avado em ácido cínico, cada problema jurídico pode então ser interpretado como uma questão concernente ao comportamento positivo de juízes”<sup>12</sup>.

Os diversos atributos do formalismo jurídico foram atacados por autores que vieram a ser identificados sob o rótulo de “realistas” (exceto a noção de monismo jurídico, pois o direito continuou a ser identificado pelos realistas basicamente como uma ordem estatal). Esta concepção de “realismo” pouco tem a ver com o conceito filosófico, metafísico de realismo, que assevera a existência em si das coisas no mundo independente das percepções, linguagens e esquemas interpretativos. “Realismo”, no sentido do movimento jurídico, diz respeito mais estritamente a uma concepção cética sobre a determinabilidade do raciocínio jurídico a partir de regras e, mais amplamente, a considerações éticas, políticas, psicológicas, sociológicas e econômicas trazidas para a análise jurídica como relevantes e mesmo determinantes para a produção e o entendimento do direito.

Nesse sentido, o realismo jurídico americano também não se identifica plenamente a outros realismos jurídicos, como o escandinavo. Aqui, o foco mais nítido foi sobre a formalização lógica dos conceitos jurídicos. Os realistas americanos em parte desenvolveram preocupações análogas sobre a linguagem jurídica, mas sobretudo se notabilizaram por trazer para o raciocínio prático, doutrinário ou dogmático, considerações de finalidade, função, consequências e contextos, reconstruindo juridicamente problemas econômicos, políticos e sociais e evidenciando as soluções jurídicas alternativas decorrentes da opção por determinada política, valor ou interesse acerca dessas questões.

##### **5. INDETERMINAÇÃO INTERPRETATIVA E ESCOLHAS POLÍTICAS**

A imagem formalista do direito foi criticada pelos realistas sob diversos rótulos. Pound estereotipou-a como uma visão de teorização jurídica “mecânica”. Remetia ao exemplo da prática do direito romano em sua decadência, quando “[n]ão se recorria mais a princípios para ajustar as regras aos casos. As regras estavam à mão em forma fixa e

---

<sup>11</sup> *Idem*, p. 461.

<sup>12</sup> COHEN, Felix S. Transcendental nonsense and the functional approach. *Columbia Law Review*, p. 840.

definitiva, e os casos deveriam ajustar-se às regras”<sup>13</sup>. Pound, ao enfatizar a distância entre o “direito nos livros” e o “direito em ação”, afirmava que “[a] história do pensamento jurídico não nos diz nada a menos que conheçamos as forças sociais que permanecem por detrás dele”<sup>14</sup>.

Jerome Frank, que se notabilizou por advogar uma abordagem psicológica do estudo das decisões judiciais, considerava que a mera leitura dessas decisões com seus fundamentos explícitos mostra “muito pouco sobre como os juízes chegam a suas conclusões”, já que se trata de “exposições censuradas”. Palpites, pressentimentos, intuições sobre o que é justo ou adequado formam-se sob diversos estímulos e baseiam-se em estereótipos e preconceções. A certeza sobre o processo judicial não pode ser buscada no direito formal, que permanece “silente” e “inacurado” sobre os reais fatores determinantes das decisões<sup>15</sup>.

Já Karl Llewellyn enfatizava que o direito não consistia nas normas textualizadas, mas nas próprias disputas sobre seus significados, sobre fatos e efeitos. Sumarizava três possibilidades<sup>16</sup>. Primeira: a “dedução não resolve casos, apenas mostra o efeito de dada premissa”. Assim, havendo “uma premissa”, isto é, uma norma válida “concorrente, mas igualmente autoritativa que leva a uma conclusão diferente – então há uma escolha no caso [...]”. Segunda possibilidade: se há várias induções possíveis a partir de um caso ou série de casos e se as técnicas para interpretar precedentes podem tanto restringir quanto estender seu significado, há enorme margem para interpretar os precedentes. Terceiro fator: se a classificação dos fatos, para a subsunção a normas, é “um processo amplamente arbitrário”, não havendo uma classificação correta e fechada, mesmo o pensamento dedutivo não é capaz de levar a uma conclusão unívoca.

Por sua vez, para Cohen, “a lógica elementar nos ensina que cada decisão jurídica e cada conjunto finito de decisões podem ser subsumidos a um número infinito de diferentes regras gerais, da mesma forma como um número infinito de curvas diferentes pode ser traçado a partir de qualquer ponto ou coleção finita de pontos”<sup>17</sup>. Assim também,

---

<sup>13</sup> POUND, Roscoe. Mechanical Jurisprudence. *Columbia Law Review*, p. 607.

<sup>14</sup> POUND, Roscoe. Law in books and law in action. *The American Law Review*, p. 34.

<sup>15</sup> FRANK, Jerome. What courts do in fact. *Illinois Law Review*, pp. 545-56.

<sup>16</sup> LLEWELLYN, Karl N. Some realism about realism: responding to Dean Pound. *Harvard Law Review*, pp. 1252-3.

<sup>17</sup> COHEN, Felix S. The ethical basis of legal criticism. *Yale Law Journal*, p. 216.

se seguirmos estritamente a lógica, pode haver decisões fundadas em diferentes regras, igualmente coerentes com as decisões passadas. Os realistas afirmaram, portanto, que a decidibilidade jurídica está constrangida a optar entre interpretações alternativas igualmente justificadas pelo corpo de direito aplicável. Regras formais precisam ser referidas a valores materiais e as próprias regras jurídicas já formalizadas são também expressões de políticas públicas; portanto, de escolhas “éticas”<sup>18</sup>.

Finalmente, Benjamin Cardozo admitia que, em casos difíceis, os juízes do *common law* de fato cumprem uma função criativa, legislando “apenas nas lacunas” e, como qualquer legislador, informando-se a partir de “experiência, estudo e reflexão”<sup>19</sup>. Cardozo distinguia ao menos quatro métodos de análise jurídica: o método analógico, que trabalha para a indução de princípios e sua extensão a casos similares, preservando a consistência lógica; o método histórico, que se informa da origem e evolução de certa regra ou conceito; o método do costume, que ajusta as decisões às expectativas sociais generalizadas; o método sociológico, que inclui considerações de equidade, utilidade e bem-estar social. Este último valor aparece como predominante: “Quero dizer que quando são chamados a dizer o quanto as regras existentes devem ser estendidas ou restringidas, devem deixar o bem-estar da sociedade fixar a trajetória, sua direção e sua distância”<sup>20</sup>.

Por um lado, tem-se no problema da indeterminação interpretativa do direito uma questão de linguagem. Mas, por outro, o formalismo depende da pressuposição de uma moldura institucional não problematizada (desde os papéis, a competência e responsabilidade do julgador até o modelo econômico, político, social mais amplo, em que se insere a questão sob seu julgamento). Os céticos – realistas ou críticos – entendem que a certeza do significado das normas jurídicas só pode ser dada pelos pressupostos institucionais e ideológicos que gravitam em seu entorno, incluindo considerações de propósitos, procedimentos e, mais amplamente, hipóteses ou dogmas avaliativos e empíricos, sobretudo tácitos. Por exemplo<sup>21</sup>, a prevalência da “liberdade de contrato” sobre a “legislação social” pode ser vista como uma exigência da “natureza do governo livre”, como uma idealização de dada tradição institucional nacional. E então juízes

---

<sup>18</sup> *Idem*, pp. 215-6.

<sup>19</sup> CARDOZO, Benjamin N. *The nature of the judicial process*, p. 113.

<sup>20</sup> *Idem*, p. 67.

<sup>21</sup> POUND, Roscoe. The theory of judicial decision I. *Harvard Law Review*, pp. 653-4.

podem assumir que “o Estado que governa melhor é o que governa menos”. Mas esse pressuposto ideológico de fundo pode ser descrito como uma semântica que toma seu significado da estrutura de uma sociedade agrícola, “que precisa de pouco controle social”. Conforme a economia política muda para uma sociedade urbana e industrial, a estrutura subjacente mina a semântica da sociedade livre e o que é tomado como seus “requisitos” normativos. Como observou Pound<sup>22</sup>, “[q]uando tais figuras ideais adquiriram certa firmeza na tradição judicial e profissional, elas são parte do ‘direito’ tanto quanto os preceitos jurídicos”. Era precisamente esse tipo de pressuposto político que os proponentes da visão da indeterminação queriam criticar. Menos uma questão de incomunicabilidade e indeterminação da linguagem, e mais uma crítica da própria moldura institucional e ideológica sob a qual ocorre a interpretação jurídica.

A partir dos anos de 1970, o movimento de estudos críticos do direito (*critical legal studies*) acabou por retomar a tese realista da indeterminação interpretativa do direito. Os realistas haviam se voltado contra o formalismo ao apontar as aberturas que o raciocínio de aplicação de regras dava a juízos de valores e interesses, a escolhas éticas, políticas, escolhas estas necessárias para se decidir entre soluções divergentes justificáveis por um mesmo corpo de direito (regras e princípios, doutrinas e jurisprudência). Já os alvos dos críticos foram aqueles que, assumindo a necessidade de escolhas morais para a definição das soluções jurídicas, procuravam fornecer parâmetros, de algum modo ancorados no direito posto e de outra parte elaborados por teorias normativas, para estreitar o campo das decisões justificáveis. Os críticos, em sua versão mais popular, formularam a concepção de que a indeterminação na aplicação do direito se reproduz nos diversos níveis – conflitos entre regras, colisões de princípios, mas também oposição entre diferentes critérios ou teorias substantivas –, sendo sempre operante uma escolha ideológica.

A indeterminação radical da crítica jurídica observa o direito como matéria amorfa de contradições e desvios que podem ser mobilizados instrumentalmente ou cuja escolha é guiada pela condição de classe, gênero e etnia do intérprete. Entre valores colidentes, não pode haver uma metarrisão justificadora: “A imagem do sopesamento pressupõe

---

<sup>22</sup> *Idem*, p. 654.

exatamente o tipo de unidade mais abstrata de medida que o sentido de contradição exclui.”<sup>23</sup>

Portanto, de um lado, para um crítico cético<sup>24</sup>, a indeterminação é reproduzida quando se passa de regras em conflito para níveis mais abstratos – propósitos e doutrinas colidentes, até debates políticos gerais e ideologias. Aí não há uma diferença qualitativa entre raciocínio jurídico e outros tipos de argumentação.

De outro lado, para aqueles que criticavam (os racionalistas idealistas, como Dworkin), a indeterminação é também reproduzida no nível ideal dos princípios, propósitos e políticas, mas o argumento jurídico não atinge o livre debate político de preferências valorativas subjetivas, porque é possível chegar a um equilíbrio racional coerente dentro dos ideais jurídicos, a moralidade institucionalizada do próprio direito. Esse véu de integridade evitaria a desintegração da argumentação jurídica na volatilidade das preferências subjetivas. Para um cético, porém, continua a tratar-se de uma escolha senão arbitrária, ao menos polêmica e contingente.

#### **6. UMA INSTITUIÇÃO PARADIGMÁTICA: DIREITOS DE PROPRIEDADE**

Uma das mais paradigmáticas elaborações teóricas precursoras do realismo foi a proposta de Hohfeld<sup>25</sup> de decompor as relações jurídicas em termos de posições jurídicas típicas, que um sujeito poderia (“correlativos jurídicos”) ou não (“opostos jurídicos”) manter concomitantemente diante de outro. Basicamente, um direito é o contrário de um não direito (*right – no right*), a liberdade se opõe ao dever (*privilege – duty*), o poder à impotência (*power – disability*) e a imunidade à sujeição (*immunity – liability*). São posições opostas e inconciliáveis com referência a um mesmo objeto de determinada relação. Por outro lado, há as posições correspondentes em determinadas relação: o direito de um corresponde ao dever de outro sujeito (*right – duty*); a liberdade de um implica o não direito de outro (*privilege – no right*); o poder de um requer a sujeição do outro (*power – liability*); e a imunidade de um sujeito implica a impotência do outro diante dele (*immunity – disability*).

---

<sup>23</sup> KENNEDY, Duncan. Form and substance in private law adjudication. *Harvard Law Review*, p. 1775.

<sup>24</sup> KENNEDY, Duncan. The structure of Blackstone’s Commentaries. *Buffalo Law Review*, p. 360.

<sup>25</sup> HOHFELD, Wesley Newcomb. Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning. *Yale Law Journal*; HOHFELD, Wesley Newcomb. Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning. *Yale Law Journal*.

Data de 1960 o artigo de Ronald Coase, fundador da nova economia institucional, acerca do problema de danos a terceiros – isto é, do “custo social”<sup>26</sup>. A situação-chave é uma organização empresarial (*business firm*) que produza danos a terceiros, como barulho ou poluição (externalidades negativas). Pode-se tratar também de vantagens auferidas por um terceiro que não arque com seus custos (externalidades positivas). Tem-se aqui “externalidades” – negativas ou positivas, e o objetivo da regulação é internalizar externalidades, fazendo com que o agente que produz um dano ou que usufrui de um benefício arque com seus custos. Pode, porém, não ser desejável em muitos casos essa solução da divergência entre o produto privado e o produto social. Em termos jurídicos, há danos que a vizinhança deve suportar; nomeadamente, se a utilidade indissociável do dano supera o prejuízo produzido, não caberia proibir a atividade que os causou. “O que tem que ser decidido é se o ganho obtido na prevenção do dano é maior que a perda que seria sofrida em outro lugar como resultado da proibição da atividade que produz o dano”<sup>27</sup>. A argumentação segue em termos econômicos. Há que se comparar os custos administrativos de uma organização hierárquica (firma) aos custos de transação de se firmar um contrato via mercado – e, ainda, aos custos regulatórios de estabelecer uma solução pelo direito estatal (por lei, jurisprudência ou regulação).

O cenário intelectual em que Hohfeld atuava era outro. Especialmente, seu esquema das relações jurídicas permitia decompor em que consistiam elas e recombina-las em novas relações. Afinal, “determinados termos do direito, como ‘contrato’, ‘truste’, ‘propriedade’ e ‘casamento’ não representam uma relação jurídica única; eles descrevem e representam agregados complexos e variáveis de relações jurídicas”<sup>28</sup>. Portanto, meio século antes dos economistas neoinstitucionalistas, Hohfeld inovava ao conceber o direito de propriedade como um agregado de liberdades de uso, direitos de exclusão, poderes de transmissão e imunidades contra a extinção ou modificação dessas outras liberdades ou a criação de novas. Assim, vislumbravam-se casos de reconhecimento de dano sem obrigação de reparar (*damnum absque iniuria*) até então insatisfatoriamente analisados pela teoria do direito e justificar casos em que há boas razões para autorizar indivíduos a

---

<sup>26</sup> COASE, Ronald. The problem of the social cost. *Journal of Law and Economics*.

<sup>27</sup> *Idem*, p. 27.

<sup>28</sup> CORBIN, Arthur Linton. Legal analysis and terminology. *Yale Law Journal*, p. 165.

agir de maneiras que prejudicam os interesses dos outros (para favorecer a competição econômica, por exemplo). Daí resultava uma combinação variável de proteção sob algumas formas de exercício do direito e vulnerabilidade sob outras<sup>29</sup>. Esse esquema de Hohfeld influenciou inclusive expoentes da “velha” economia institucional, seus contemporâneos, como foi o caso de John Commons<sup>30</sup>.

Segundo o entendimento da teoria do direito analítica, remontando ao formalismo de Blackstone no século XVIII, a propriedade era um simples vínculo entre pessoa e coisa, sem caráter social; a titularização de uma liberdade jurídica para praticar certos atos implicava logicamente que os outros não poderiam interferir com sua conduta em tal esfera de liberdade. Corbin, ao comentar a análise de Hohfeld, explicitava tratar-se absolutamente de uma decisão de política pública se o direito deveria ou não impor obrigações de não interferência – correlativas a uma liberdade (*privilege*)<sup>31</sup>. Afinal, Hohfeld atribuía status jurídico mesmo a uma relação em que à liberdade (de x) corresponde a um não direito (de y).

Vigia antes o princípio *sic utere tuo ut alienum non laedas*, que permitia reclamar do incômodo causado pela interferência “irrazoável” que um vizinho impusesse ao gozo da propriedade do outro. Como observou Unger<sup>32</sup>, pela doutrina do *sic utere*, havia a esperança de que a propriedade privada pudesse ser organizada de modo que “cada titular de direito pudesse gozar de absoluta discricionariedade dentro da cidadela do direito”, desde que “não invadisse a área de direito e propriedade de mais ninguém”; “poderia considerar a propriedade como uma alternativa não só à dependência pessoal, mas também à interdependência social”. Porém, na prática o direito “apareceu permeado de *damnum absque iniuria* – casos de dano que um titular de direitos poderia, com imunidade ou sem responsabilidade, causar a outro – e de danos da concorrência – prejuízo econômico infligido a outrem resultante das práticas regulares de concorrência econômica”. Compromissos políticos e juízos finalísticos instáveis eram necessários, pois, de um lado, “[p]roibir iniciativas ou forçar o titular dos direitos a pagar por elas

---

<sup>29</sup> RODRIGUEZ, Caio Farah. Uma perspectiva experimentalista sobre direito de propriedade. *Temas de filosofia do direito: velhas questões, novos cenários*.

<sup>30</sup> VATIERO, Massimiliano. From W. N. Hohfeld to J. R. Commons, and beyond? A “law and economics” enquiry on jural relations. *The American Journal of Economics and Sociology*.

<sup>31</sup> ALEXANDER, Gregory S. *Commodity & property: competing visions of property in American legal thought, 1776-1970*, p. 321.

<sup>32</sup> UNGER, Roberto Mangabeira. *O direito e o futuro da democracia*, pp. 60-1.

(‘internalizando externalidades’) significaria inibir ações produtivas e retirar a força dos direitos”. De outro, permitir arbitrariedades na determinação das responsabilidades por danos “seria reconhecer a fraqueza da lógica pura dos direitos”.

Ainda dentro do cânone realista, um autor com grande contribuição à análise da propriedade foi Robert Lee Hale. Hale foi, por assim dizer, o Keynes da área jurídica: sua obra refletiu as preocupações centrais em um momento de transformação da economia política e declínio do Estado liberal clássico. Tratou de direitos de propriedade, liberdade e coerção, regulação de bens e serviços, provisão de serviços públicos e tarifas. Avançou ainda o problema da imunização da legislação econômica em relação ao controle judicial. Crítico da economia neoclássica, desenvolveu afinidades com a corrente teórica institucionalista então em ascensão no cenário americano. Dessa maneira, figura como um dos precursores do estudo de “direito e economia” (ainda que a corrente posterior dessa escola partisse de pressupostos opostos, como os do neoinstitucionalismo).

O vínculo entre o institucionalismo econômico e o realismo jurídico foi dado pela preocupação central do projeto intelectual de Hale: o estudo das funções do direito na produção e distribuição da riqueza. Refletindo a emergência do Estado social, Hale procurou desenvolver paralelos entre a visão política da liberdade e da coação e seus pressupostos econômicos, apontando as limitações à liberdade, a necessidade e a coação impostas no próprio âmbito das relações tidas como puramente privadas<sup>33</sup>.

As doutrinas constitucionais usuais estavam centradas ao redor de conceitos como contrato e propriedade, e invocavam os direitos privados constitucionalmente garantidos para imunizar os particulares da intervenção estatal. Com a mudança da função da propriedade – de sua identificação à posse para seu uso como reserva de valor para a produção e troca –, a liberdade contratual havia tomado a forma absoluta de privatismo antes albergada sob o conceito de propriedade<sup>34</sup> (lembre-se do caso *Lochner*, mencionado *supra* item 3).

Observava Hale<sup>35</sup> que o valor do direito de propriedade para seu titular e para os excluídos por esse direito variava amplamente. Sendo todos proprietários em diferentes

---

<sup>33</sup> HALE, Robert Lee. Force and the state: a comparison of “political” and “economic” compulsion. *Columbia Law Review*.

<sup>34</sup> FRIED, Barbara H. *The progressive assault on laissez faire: Robert Hale and the first law and economics movement*, p. 17.

<sup>35</sup> HALE, Robert Lee. *Freedom through law: public control of private governing power*, p. 17.

medidas e de diferentes ativos, as relações entre proprietários e não proprietários conforme os bens objeto de suas titularidades implicam diferentes conformações da liberdade e dos deveres. Em uma situação em que todos pudessem titularizar a propriedade dos bens de que necessitassem, seria irrelevante a medida de restrição à propriedade. Pelo contrário, quando se institui o mercado e a propriedade produtiva é titularizada por alguns, os produtores não estão interessados em usarem seus próprios produtos, mas nas restrições que a sua propriedade impõe aos não proprietários e que irão determinar o quanto de ganhos podem obter de seus compradores. Por sua vez, os limites da propriedade representam para o proprietário a extensão de sua liberdade, mas para os não proprietários são uma restrição da liberdade. Na medida em que compradores possam buscar outros vendedores ou substituir determinado produto por outros bens ou serviços, ainda estão livres. Mas, quanto tais condições não estiverem presentes, pode se configurar uma coação econômica.

Hale<sup>36</sup> atacou a doutrina recebida sobre a propriedade, partindo do postulado amplamente divulgado entre realistas e progressistas de que a forma da propriedade, enquanto regulação complexa da posse, do uso e das trocas, não poderia ser deduzida de qualquer teoria abstrata de direitos naturais, mas apresentava uma forma contingente, definida politicamente pelo Estado, sem um conteúdo essencial e constante. Desse modo, o exercício dos direitos de propriedade deveria ser visto como uma delegação de autoridade do Estado a certos particulares, e não como uma esfera natural repelente de qualquer ação pública. A doutrina lockeana da propriedade – a apropriação como resultado do trabalho individual sobre certo bem comum – tampouco serviria de justificação para várias das proteções conferidas sob o título de propriedade, como questões de herança, rendas fundiárias, privilégios e concessões governamentais. Toda propriedade, na verdade, haveria de ser encarada como uma espécie de concessão, podendo então ter variados termos e condições.

Por sua vez, a própria doutrina de Locke seria contraditória com a ideia de que, em uma troca voluntária não regulamentada, um particular poderia reter o valor de mercado total. Da mesma forma que os lucros monopolistas eram limitados por preços

---

<sup>36</sup> Cf. FRIED, Barbara H. *The progressive assault on laissez faire: Robert Hale and the first law and economics movement*, cap. 3.

regulados, em monopólios e casos de necessidade ou coação econômica, também em mercados concorrenciais os ganhos superiores aos custos reais poderiam ser limitados<sup>37</sup>.

Hale desenvolveu sua teoria a partir do tema da função distributiva da regulação de tarifas de serviços públicos – pretendendo estender seus princípios a um novo entendimento de toda forma de propriedade. Uma intérprete<sup>38</sup> avalia que a proposta de Hale – a precificação baseada em custos – era aceitável para monopólios naturais, mas os custos de regulação, o caráter fungível dos investimentos e os riscos a eles associados desaconselhariam tal solução em outros casos e desestimulariam os investimentos privados. Todavia, permanece o valor instrutivo do exercício e da obra de Hale como exemplo metodológico de uma análise realista de direito e economia.

## 7. LEGADO DO REALISMO JURÍDICO AMERICANO

Diante do que vimos, a melhor interpretação do escopo e da contribuição do realismo jurídico americano não parece ser aquela que o resume a uma visão “naturalista”<sup>39</sup> sobre o comportamento das autoridades decisórias, a interpretação mais estreita da redução do direito a previsões sobre as decisões dos juízes. Do ponto de vista dessa crítica, o realismo perderia a perspectiva interna do direito – da qual se observa o papel das regras e outros argumentos normativos na justificação jurídica das decisões –, e estreitaria a visão científica das práticas jurídicas, identificando-as a uma descrição externa, empiricista, fisicalista, ou mesmo psicológica, sobre o comportamento dos juízes e as tendências probabilísticas do conteúdo das decisões.

De um lado, essa versão desconsidera o refinamento que o realismo procurou trazer ao raciocínio jurídico, substituindo uma crença no significado fixo de conceitos pelo cuidado, no processo interpretativo, com os contextos, usos e finalidades atribuíveis às normas em questão. De outro, reduz artificialmente a contribuição do realismo jurídico americano a uma de suas preocupações: a formulação do juízo em ambientes judiciais ou análogos. Entretanto, uma das aberturas fundamentais do realismo foi à própria

---

<sup>37</sup> *Idem*, cap. 4.

<sup>38</sup> *Idem*, pp. 199-204.

<sup>39</sup> LEITER, Brian. Rethinking legal realism: toward a naturalized jurisprudence. *Texas Law Review*. Para uma crítica a esta avaliação, ver DAGAN, Hanoch. The real legacy of American Legal Realism. *Oxford Journal of Legal Studies*.

formulação e avaliação de arranjos institucionais, a partir da decomposição de conceitos como o de propriedade.

Os juízos de finalidade, valor e interesse, que os realistas escancararam como escolhas políticas não pré-determinadas por regras jurídicas formalizadas a serem tecnicamente aplicadas, foram encarados por seus sucessores como questões menos indeterminadas, subjetivas e políticas. Uma visão normativa sobre a divisão de trabalho jurídico e o papel das cortes em face dos parlamentos, ou sobre a moralidade política inerente a determinada ordem constitucional e legal, ou ainda sobre a maximização da eficiência, deveria fornecer parâmetros mais estreitos para balizar os juízos jurídicos. Essas diversas teorias – do processo judicial, dos princípios e políticas, da análise econômica do direito – concorreram para, cada qual a seu modo, fechar o campo do raciocínio jurídico. Se não era mais possível reprisar o racionalismo formal – crente sobre a unidade, coerência e completude do ordenamento jurídico e sobre a constrição lógica dada por um esquema dedutivo de aplicação de regras –, era preciso fornecer teorias substantivas que, suficientemente ancoradas nas normas positivas da legislação, administração e jurisprudência, limitassem o arbítrio do julgador.

Tal foi o diagnóstico e a missão que se impuseram as teorias idealistas do direito que sucederam ao realismo no imaginário jurídico dominante, a partir de seu contexto americano. Idealistas, nesse sentido, são as visões do direito como expressão de ideais morais abstratos e neutros (como liberdade, justiça, igualdade, eficiência, ou ideais internos de “coerência” e divisão funcional de papéis e poderes<sup>40</sup>), por oposição à concepção do direito como resultado de relações de dominação, estratégias de conflito e simbolização de vitórias momentâneas de interesses e ideais parciais. Um método que pretende organizar os princípios da vida em sociedade (ou em determinada “comunidade política”) como fundamentação para a tomada de decisões concretas é o produto que os idealistas pretendem oferecer.

---

<sup>40</sup> Já em um contexto pós-realista, Hart e Fuller travaram debate sobre a conexão do direito a valores morais externos e, mais importante, sobre a possibilidade de uma “moralidade interna”, “inerente” ao próprio direito. Cada qual a seu modo buscava fugir à conclusão realista do caráter político e contingente das escolhas por detrás de cada justificação das decisões jurídicas. Sobre esse debate, ver AMATO, Lucas Fucci. *Moralidade, legalidade e institucionalização: o debate Hart-Fuller*. *Revista de Direito da Universidade Federal de Viçosa*.

Posicionemos como essa resposta teórica pós-realista se insere no contexto geral da evolução da teoria do direito anglo-americana. O positivismo formalista emergiu no século XIX em oposição às teorias do direito natural. Nas décadas de 1920 e 30, o realismo nasceu como uma crítica ao formalismo. Desde os anos 50, Henry Hart e Albert Sacks desenvolveram em Harvard um influente material didático sobre “o processo jurídico” – manancial principal de um reavivamento do idealismo. A partir dos anos 60, ganhou força a sociologia jurídica empírica (com o movimento direito e sociedade – *law and society*), enquanto no final dessa década e início da próxima ganharam vulto as críticas de Dworkin ao positivismo analítico de Herbert Hart. Ao mesmo tempo crescia a análise econômica do direito (*law and economics*). Nos anos 70 e 80, o movimento de estudos críticos do direito (*critical legal studies, CLS*) desenvolveu-se como reação às correntes que colocam a eficiência, os papéis institucionais ou os princípios liberais de justiça e as políticas públicas de bem-estar como centro normativo da teoria do direito e da argumentação jurídica. Apesar das diferenças internas, esse movimento crítico reconhece a normatividade da teoria do direito – seu engajamento argumentativo e doutrinário, as controvérsias valorativas que nela se inserem –, mas rejeita uma visão moral unitária (tipicamente, alguma versão canônica de liberalismo, ancorada na ordem constitucional e jurídica), em favor do conflito ideológico aberto (assumidamente político e polêmico).

Os legados mais persistentes do realismo jurídico, no contexto da formação e do pensamento jurídico estadunidense, foram a abertura metodológica interdisciplinar do campo jurídico e a correlação entre formas jurídicas e políticas públicas. Mais que um método ou uma teoria, os realistas propuseram transformar o próprio direito, criando instituições mais responsivas às demandas coletivas e à solução de problemas políticos, econômicos e sociais<sup>41</sup>. Na prática, ao posicionar o direito sempre como realização de políticas públicas, o realismo inspirou uma ampliação do escopo dos procedimentos jurídicos. Após os embates entre o governo e o Judiciário ao tempo do *New Deal*, as próprias cortes passaram a adotar uma postura ativista, particularmente entre as décadas de 1960 e 1970. Com o movimento dos direitos civis, o aumento exponencial de ações

---

<sup>41</sup> KAGAN, Robert A. Introduction to the transaction edition. *Law and society in transition: toward responsive law*, pp. xvi-xxii.

coletivas (*class actions*), o desenho de novos remédios jurisdicionais e a estruturação de uma litigância de interesse público, juízes passaram a redesenhar distritos eleitorais, intervir em hospitais e instituições de tratamento de doenças mentais, desmontar as práticas de segregação racial nas escolas e desmembrar monopólios<sup>42</sup>. Um dos preços dessa prática foi inflacionar o papel do Judiciário, canalizando juridicamente demandas mais amplas de reforma social que não encontravam encaminhamento no sistema político.

No ensino<sup>43</sup>, os realistas criticaram o foco exclusivo no método do caso (instaurado por Langdell, formalista) e o treinamento centrado no manejo retórico dos princípios, regras, preceitos e conceitos de curso comum no discurso de certa tradição jurídica (no caso, a estadunidense). Pretendiam incluir nos currículos novos temas e abordagens: direito comparado, os grandes sistemas jurídicos, a crítica do direito posto, a atividade legislativa, as profissões jurídicas, os fatos políticos, econômicos e sociais. Propuseram combinar a formação prática à pesquisa jurídica em termos rigorosamente científicos, identificados à época com os métodos empíricos e experimentais. Defendiam a necessidade de se formar profissionais aptos a praticarem o direito em suas diversas arenas (não só tribunais, juízes e advogados forenses) e com seus respectivos métodos e competências de solução de problemas.

Esse movimento intelectual trouxe também contribuições específicas que permanecem de grande relevância para a pesquisa jurídica. Destacamos, nesse sentido, concepções que desenvolveram uma visão do direito para além da tarefa de aplicação de normas (esta focalizada pela crítica da indeterminação interpretativa e pela proposta de raciocínios finalísticos com base em valores, princípios ou políticas).

Uma manifestação ampliativa sobre o escopo jurídico dentro do cânone realista é a ideia de Pound do direito como uma “engenharia social” voltada a harmonizar interesses conflitantes e demandas por recursos escassos<sup>44</sup>. Seu ponto de partida é que “a tarefa da ordem jurídica” não é mais apenas “ajustar o exercício de vontades livres”, mas sim “satisfazer desejos, dos quais o livre exercício da vontade não é mais que um”<sup>45</sup>. Em outros termos, o jurista, como engenheiro social, organiza interesses colidentes –

---

<sup>42</sup> NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. *Law and society in transition: toward responsive law*, p. 115.

<sup>43</sup> Ver FERREIRA, Daniel Brantes. *Ensino jurídico e teoria do direito nos EUA: a dupla faceta do realismo jurídico norte-americano*.

<sup>44</sup> POUND, Roscoe. *Social control through law*, p. 64.

<sup>45</sup> POUND, Roscoe. A survey of social interests. *Harvard Law Review*, p. 1.

interesses individuais, públicos e sociais. Em vista disso, o jurista pode ter que analisar se cabe ou não limitar um interesse diante de outros, em certas situações e diante do atual cenário social.

A concepção de uma teoria do direito sociológica (*sociological jurisprudence*) de Pound expressa esse intento de uma perspectiva não meramente descritiva (sociológica ou psicológica positiva, empírica – como aquela defendida por Llewellyn, entre outros), mas que integrasse a pesquisa e a reflexão sociológicas aos problemas doutrinários e práticos do direito. De fato, ele convocava os professores a ensinarem o direito “no espírito e do ponto de vista da atual aprendizagem política, econômica e sociológica”<sup>46</sup>.

Há outra proposta afim cuja emergência podemos localizar entre o esmaecimento do realismo e a propagação das teorias idealistas. Aqui, a análise jurídica é tomada como ferramenta intelectual não apenas para a aplicação do direito em solução de controvérsias, mas também para o desenho de arranjos jurídicos – instituições, transações, procedimentos. Seu precursor é Lon Fuller. Em vez de resumir o direito à arena judicial, Fuller<sup>47</sup> posicionou a jurisdição como um dentre outros processos de “ordenação social”, como a mediação, o contrato, a legislação e a direção gerencial. Esses processos permitem conformar as relações sociais de formas diversas. Logo, avaliar suas especificidades, vantagens relativas e aplicabilidades para cada problema jurídico concreto que se enfrenta torna-se uma tarefa relevante e útil para o jurista.

Os estudos críticos do direito, assim como a análise econômica do direito, foram herdeiros tardios do realismo jurídico. De um lado, perspectivas neoinstitucionalistas informam a avaliação de arranjos e ambientes institucionais, trazendo conceitos como o de custos de transação e a análise custo-benefício para o campo do direito, por vezes para fundamentar argumentos consequentialistas. De outro, na corrente crítica, uma proposta a se destacar na linha que estou apontando é a avançada por Roberto Mangabeira Unger, que pretende mobilizar o pensamento jurídico para a “imaginação institucional”<sup>48</sup>, isto é, para o mapeamento e a crítica de formas de organização social, política e econômica, com

---

<sup>46</sup> POUND, Roscoe. The need of a sociological jurisprudence. *Green bag*, p. 615.

<sup>47</sup> FULLER, Lon Luvois. *The principles of social order*. Ver também RODRIGUEZ, Caio Farah. *Juízo e imaginação: da indeterminação jurídica à imaginação institucional*.

<sup>48</sup> UNGER, Roberto Mangabeira. *O direito e o futuro da democracia*; UNGER, Roberto Mangabeira. *O Movimento de Estudos Críticos do Direito: outro tempo, tarefa maior*. Ver também AMATO, Lucas Fucci. *Construtivismo jurídico: teoria no direito*.

a propositura de esquemas alternativos de estruturação de instituições como contrato, propriedade, federalismo, Poderes de Estado e direitos fundamentais.

#### REFERÊNCIAS

ALEXANDER, Gregory S. *Commodity & property: competing visions of property in American legal thought, 1776-1970*. Chicago: University of Chicago Press, 1997.

AMATO, Lucas Fucci. Moralidade, legalidade e institucionalização: o debate Hart-Fuller. *Revista de Direito da Universidade Federal de Viçosa*, v. 11, n. 1, 2019.

\_\_\_\_\_. *Construtivismo jurídico: teoria no direito*. Curitiba: Juruá, 2017.

CARDOZO, Benjamin N. *The nature of the judicial process*. New Haven: Yale University Press, 1921.

COASE, Ronald. The problem of the social cost. *Journal of Law and Economics*, Chicago, v. 3, pp. 1-44, 1960.

COHEN, Felix S. Transcendental nonsense and the functional approach. *Columbia Law Review*, New York, v. 35, n. 6, pp. 809-849, 1935.

\_\_\_\_\_. The ethical basis of legal criticism. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 41, n. 2, pp. 201-220, 1931.

CORBIN, Arthur Linton. Legal analysis and terminology. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 29, n. 2, pp. 163-173, 1919.

CURTIS, Marcus J. Realism revisited: reaffirming the centrality of the New Deal in Realist jurisprudence. *Yale Journal of Law & the Humanities*, New Haven, v. 27, n. 1, pp. 157-200, 2015.

DAGAN, Hanoch. The real legacy of American Legal Realism. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v. 38, n. 1, pp. 123-140, 2018.

DEWEY, John. My philosophy of law. In: BOYDSTON, Jo Ann (Ed.). *John Dewey: the latter works, 1925-1953*. Carbondale: Southern Illinois University, 1988 [1941]. V. 14. pp. 115-122.

\_\_\_\_\_. Means and ends. *Partisan Review*, New York, v. 31, n. 3, pp. 400-404, 1964 [1938].

\_\_\_\_\_. Logical method and law. *The Cornell Law Quarterly*, Ithaca, v. 10, n. 1, pp. 17-27, 1924.

FERREIRA, Daniel Brantes. *Ensino jurídico e teoria do direito nos EUA: a dupla faceta do realismo jurídico norte-americano*. Curitiba: Juruá, 2012.

FRANK, Jerome. What courts do in fact. *Illinois Law Review*, Springfield, v. 26, pp. 645-656, 1931.

FRIED, Barbara H. *The progressive assault on laissez faire: Robert Hale and the first law and economics movement*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1998.

FULLER, Lon Luvois. *The principles of social order*. Ed. por Kenneth Winston. Oxford: Hart, 2001.

HALE, Robert Lee. *Freedom through law: public control of private governing power*. New York: Columbia University Press, 1952.

\_\_\_\_\_. Force and the state: a comparison of “political” and “economic” compulsion. *Columbia Law Review*, New York, v. 35, n. 2, pp. 149-201, 1935.

HOHFELD, Wesley Newcomb. Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 26, n. 8, pp. 710-770, 1917.

\_\_\_\_\_. Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 23, n. 1, pp. 16-59, 1913.

HOLMES JR., Oliver Wendell. Natural law. *Collected legal papers*. New York: Harcourt, Brace and Howe, 1920 [1918]. pp. 310-316.

\_\_\_\_\_. The path of the law. *Harvard Law Review*, Cambridge (MA), v. 10, n. 8, pp. 457-478, 1897.

HORWITZ, Morton J. *The transformation of American Law, 1780-1860*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977.

KAGAN, Robert A. Introduction to the transaction edition. In: NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. *Law and society in transition: toward responsive law*. New Brunswick: Transaction, 2001.

KENNEDY, Duncan. The structure of Blackstone’s Commentaries. *Buffalo Law Review*, Buffalo, v. 28, n. 2, pp. 209-382, 1979.

\_\_\_\_\_. Form and substance in private law adjudication. *Harvard Law Review*, Cambridge (MA), v. 89, n. 8, pp. 1685-1778, 1976.

LEITER, Brian. Rethinking legal realism: toward a naturalized jurisprudence. *Texas Law Review*, Austin, v. 76, n. 2, pp. 267-315, 1997.

LLEWELLYN, Karl N. Some realism about realism: responding to Dean Pound. *Harvard Law Review*, Cambridge (MA), v. 44, n. 8, pp. 1222-1264, 1931.

NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. *Law and society in transition: toward responsive law*. New Brunswick: Transaction, 2001 [1978].

POUND, Roscoe. A survey of social interests. *Harvard Law Review*, Cambridge (MA), v. 57, n. 1, pp. 1-39, 1943.

\_\_\_\_\_. *Social control through law*. New Haven: Yale University Press, 1942.

\_\_\_\_\_. The theory of judicial decision I. *Harvard Law Review*, Cambridge (MA), v. 36, n. 6, pp. 641-662, 1923.

\_\_\_\_\_. Law in books and law in action. *The American Law Review*, Washington, v. 44, pp. 12-36, 1910.

\_\_\_\_\_. Mechanical Jurisprudence. *Columbia Law Review*, New York, v. 8, n. 8, pp. 605-623, 1908.

\_\_\_\_\_. The need of a sociological jurisprudence. *Green bag*, Boston, vol. 19, n. 10, pp. 607-615, 1907.

RODRIGUEZ, Caio Farah. *Juízo e imaginação: da indeterminação jurídica à inovação institucional*. São Paulo: Malheiros, 2016.

\_\_\_\_\_. Uma perspectiva experimentalista sobre direito de propriedade. In: BITTAR, Eduardo; SOARES, Fabiana de Menezes (Orgs.). *Temas de filosofia do direito: velhas questões, novos cenários*. Barueri: Manole, 2004.

ROSS, Alf. Tû-Tû. *Harvard Law Review*, Cambridge (MA), v. 70, n. 5, pp. 812-825, 1957 [1951].

UNGER, Roberto Mangabeira. *O direito e o futuro da democracia*. Trad. por Caio Farah Rodriguez e Marcio Soares Grandchamp. São Paulo: Boitempo, 2004 [1996].

\_\_\_\_\_. *O Movimento de Estudos Críticos do Direito: outro tempo, tarefa maior*. Trad. por Lucas Fucci Amato. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.

VATIERO, Massimiliano. From W. N. Hohfeld to J. R. Commons, and beyond? A “law and economics” enquiry on jural relations. *The American Journal of Economics and Sociology*, New York, v. 69, n. 2, pp. 840-866, 2010.