

O DIREITO NO ÂMAGO DA SENTENÇA

*A sentença judicial sob a perspectiva do
"Legal Realism".*

Promotor *Lincoln Magalhães da Rocha*

I

O "Legal Realism" surge na evolução do pensamento jurídico norte-americano não como uma escola, mas como um movimento.

É de um de seus principais e mais fecundos corifeus, Llewellyn (1) a assertiva de que o grupo de "legal realists" mais se identifica pelas premissas de que partiram do que pelas conclusões a que chegaram.

Podem-se agrupar em nove itens as características desse movimento:

primeiro: a concepção do direito em fluxo, do direito em movimento e da criação judicial do mesmo.

segundo: a concepção do direito como um meio de realização social e não como um fim em si mesmo.

terceiro: a observação de que a sociedade se encontra em fluxo superior àquele do direito, de tal modo que se impõe um permanente reexame para adaptar o direito à sociedade a que êle se destina.

quarto: o divórcio temporário do "ser" e do "dever ser" para fins de estudo: qual o efeito do direito sobre a sociedade.

quinto: a concepção de que as normas de direito são apenas uma profecia ou uma previsão do que farão as côrtes.

sexto: a racionalização do estudo dos votos proferidos pelos juízes.

(1) Karl Llewellyn "Some Realism about Realism". *Columbia Law Review*, vol. 20, pág. 241.

sétimo: a classificação das categorias em menor número.

oitavo: a avaliação do direito em termos de seus efeitos na vida social.

nono: a insistência em discutir os problemas do direito, inclusive a sua administração, em termos de vida cotidiana.

Os realistas americanos insistem em mostrar que existe apenas uma pequena margem de previsão sobre o que decidirão os tribunais, ao contrário do que sustenta a doutrina tradicional. O "Legal Realism" ataca a ilusão das normas, tão presentes em certa classe de pensamento.

O movimento revolucionário do pensamento jurídico norte-americano chama a atenção para o problema da personalidade do juiz como fator determinante da sentença a ser proferida.

Essa plêiade de juristas americanos passou a estudar o problema dos reflexos das decisões dos tribunais de primeira instância sobre as côrtes do segundo grau de jurisdição.

E mais, êsses juristas passaram a considerar já não mais a previsão do que as côrtes decidirão, mas os próprios reflexos da ação dos tribunais sobre o comportamento da comunidade leiga.

"Law without effect approaches zero in its meaning" afirma Llewellyn, a certa altura de seu artigo, em resposta a Dean Pound.

Os realistas mostram que todos êsses temas não são virgens na teoria da ciência jurídica, apenas o método de tratá-los, sistemática e consistentemente, ao invés de ocasionalmente, e a ênfase dada ao que realmente conta em uma decisão judicial.

A escola realista, se assim a podemos chamar, enfatiza a falta de previsibilidade, não como uma virtude do direito, mas como um dado da experiência real, da própria realidade jurídica. Mas não fica apenas em salientar essa deficiência de prognóstico; procura encontrar solução para diminuir essa margem de incerteza.

Como resultado de tudo isso se reconheceu que há limites à segurança e previsibilidade buscados pelo verbalismo e pela dedução, e que definir êsses limites é abrir a porta ao procedimento judicial e à pesquisa consciente da divisão justa dos lindes estabelecidos pelo precedente e pela legislação. Decisões assim alcançadas

dentro de tais limites muito maior margem darão a uma previsibilidade do que as decisões a que ora se chega (2).

Para aquêles que têm o mito do normativismo a escola realista mostra que o método dedutivo do silogismo não resolve casos, mas apenas indica o efeito de uma premissa que se escolheu.

No que tange à interpretação dos precedentes, que cresce cada dia mais, êsse movimento insiste em que apenas razões de "public policy" podem justificar a mudança dos mesmos, num sentido ou no outro. A essência do *stare decisis* sempre foi, é e deve continuar a ser: uma norma de mudança e um meio de mudança, uma norma de permanência.

Sòmente uma visão realística do precedente que não deixa que se cerrem os olhos à "public policy" é que permitirá que se não envolva o precedente com aquêlo manto fictício de intangibilidade, de que se costuma cercá-lo.

A Escola Realista dá muito de sua atenção ao problema humano do mecanismo judicial: na composição dos tribunais, inclusive advogando a especialização dos Juizes.

Em outro artigo (3) Llewellyn volta a insistir na eficácia do direito em relação ao comportamento do homem na sociedade, diferenciando o que êle chama de "real rules" das "de facto rules". Aquelas são apenas palavras e nada mais que palavras, sem reflexo no comportamento social; estas, sim, são as verdadeiras regras de direito porque afetam o comportamento.

A esta altura, escrevera Llewellyn: (4) "The point of reference should be shifted to the area of contact, of interaction, between official regulatory behaviour and the behaviour of those affecting or affected by official regulatory behaviour."

O ardoroso jusfilósofo americano termina o seu artigo insistindo em que a cada dia que passa mais decresce o valor do verbalismo, em proveito do "behaviour" — seja êle sob qualquer modalidade.

Uma visão realística do direito só é possível em têrmos de comportamento observável em têrmos de estudo do modo pelo

(2) Idem, *ibidem*.

(3) A Realistic jurisprudence: The next Step — 31 Col. L.R. 107

(4) A Realistic jurisprudence: The next Step — 31 Col. L.R. 107

qual as pessoas e as instituições se organizam em nossa sociedade e do impacto do direito sobre a organização social: o que interessa é o comportamento dos juizes e dos funcionários (5).

Oliver Wendell Holmes em sua célebre obra "The Path of the law" define o direito como predição do que as côrtes decidiriam. "The object of our study is prediction of the incidence of the public force through the instrumentality of the court (6).

Para êsse autor o estudo do direito visa justamente a tornar ditas profecias mais precisas e conectá-las em um verdadeiro sistema de probabilidades.

Mais adiante, o mesmo escritor salienta o prisma sob que deve ser encarado o direito qual seja o do "bad man" que apenas olha para as conseqüências de suas ações se vierem a ser apreciadas por um juiz ou tribunal, cindindo definitivamente o campo do moral e do direito.

Mas não se infira que a construção do pensamento de Holmes se afigura assistemática e sem fundamentações teóricas. Pelo contrário, êle enfatiza o papel relevante do elemento teórico na arquitetura do direito.

"Theory is the most important part of the dogma of the law as the architect is the most important man who takes part in the building of a house". (7)

Dentre os componentes do grupo de "legal realists" vamos encontrar Jerome Frank que se distinguiu sobretudo por seus estudos relativos ao comportamento efetivo dos juizes e tribunais (8).

Frank começa por demonstrar a atitude do advogado perante a administração da justiça.

- a) a lawyer tries to predict and anticipate future courts enforceable decisions in specific cases;
- b) a lawyer tries to win specific cases; that is to say to induce courts to render enforceable decisions desired by his clients.

(5) "Home I argue that the focus, the center of law is not merely what the judge does in the impact of that doing on the interested layman but what any official does, officially".

(6) Op. cit., pág. 167

(7) Op. cit., pág. 181

(8) What Courts do in fact 80 U. PA L R 32-33 233-242

Para conseguir o seu desiderato os causídicos se valem do argumento de que algum tribunal, em algum lugar já decidiu um caso concreto pertinente à sua demanda ou então, que alguma côrte de justiça, em algum lugar, algum dia, no futuro, decidirá um caso concreto pertinente à sua demanda.

Partindo-se da premissa de que existe um corpo estabelecido de direito positivo e de que de fato se chegará à conclusão, a doutrina tradicional estabeleceu a fórmula $R + F = D$, em que R significa a regra (rule), F o fato, (fact) e D a decisão, (decision).

Mas nem por isso se pense que estamos diante de uma simples operação de lógica ou de matemática.

Tem-se de atentar para dois fatores de máxima importância quais sejam:

primeiro — que o juiz formará uma concepção do fato acontecido, à sua maneira, através da prova conflitante trazida na contestação e na defesa. É como se costuma dizer, o juiz reconstituirá o fato processualmente.

segundo — que aquilo que o magistrado julgar ser o jurídico ou antijurídico, em consequência da premissa fática, também variará em função dessa mesma premissa.

Dessa maneira, ainda que as possíveis normas representadas por R sejam claramente estabelecidas, é fácil de se prever que as decisões, D, não são tão fáceis de se estabelecerem até que se tenham “reconstituído” os fatos do litígio.

Vê-se assim a falácia do raciocínio simplista e que a fórmula $F + R = D$ não corresponde à realidade.

Os “legal realists” mostram que o primeiro elemento a se alcançar em uma sentença é o resultado D. A técnica consiste em encontrar os argumentos que se adaptem a R e F, “ex post facto”.

Nêsse “eureka” consiste o “hunch” do magistrado para estabelecer o que é justo ou injusto, prudente ou não.

O juiz ao ditar as suas sentenças sofre uma série de injunções de ordem pessoal e de ordem externa. Às de ordem pessoal, chamemos P e às de ordem externa, chamemos estímulos, S, e teremos a fórmula $S + P = D$.

As questões de fato parecem mais difíceis de estabelecer do que as questões de direito, sendo certo que o pensamento tradicional

se esquece de que os fatos reconstituídos, através da dialética do processo judicial, podem diferir inteiramente da realidade material.

Em um fato contestado não é de admirar que um juiz entenda os fatos como Q, R e S e outro os mesmos fatos como T, U e V, como sói acontecer nos tribunais: é que não há nenhuma regra para se estabelecer quais sejam os fatos.

No próprio estabelecimento dêesses fatos, vão atuar o caráter e a personalidade do juiz.

Em seguida, estabelece Frank o seguinte raciocínio:

As decisões específicas dos casos concretos é que interessam; ora essas decisões são fruto do "hunch" do juiz, logo a tarefa do jurista é descobrir o que produz o "hunch".

Ao lado da personalidade do julgador, os princípios e normas jurídicas também desempenham papel importante, como produtores do "hunch".

Por outro lado não é possível estabelecer essa série de estímulos por regras e princípios.

Mas, de qualquer modo, os "legal realists" não negligenciaram o papel importantíssimo desempenhado pelo conhecimento das normas jurídicas. Elas efetivamente atuam sobre o juiz ao decidir.

Daí ter afirmado Wigmore "*stare decisis* is said to be indispensable to secure certainty in the application of the law. But the sufficient answer is that it has not in fact secured it. Our judicial law is as uncertain as any law can be".

Passa em seguida Frank a analisar o caráter do juiz e sua inteligência, através do confronto de suas decisões com as razões por êles apresentadas.

II

O "*Legal Realism*" no Brasil

O movimento americano que rompia com o "modus faciendi" de versar a argumentação jurídica exerceu grande influência nos cultores do direito de outras plagas.

Assim no Brasil, Lúcio Bittencourt e Amílcar de Castro sofreram a influência dos escritos de Holmes, Gray, Jethro Brown,

Frank, Llewellyn e de outros mestres do realismo americano.

Essa influência exercida sobre o ex-senador da República pode-se muito bem ver delineada em seu artigo "A interpretação como parte integrante do processo legislativo" (9) onde ele chamava de "romântico" ao jurista da escola tradicional.

Mas o grande representante do "Legal Realism" no Brasil é o Professor Amílcar de Castro.

Esta é uma de suas lições mais recentes:

"O legislador, como legislador, agindo na esfera de sua competência específica, não tem, nem pode ter função criadora do direito. Primeiro, porque nem ao menos configura toda a ordem jurídica, mas apenas sua parte legislada e o direito depende da ordem jurídica concretizada, em bloco, pela sua totalidade. Segundo, porque a criação do direito, não depende apenas da ordem jurídica, sim também do fato acontecido, ou supostamente acontecido. Sem a copulação da "quaestio facti" com a "quaestio juris" o direito não pode nascer, ou melhor, o direito objetivo e o direito subjetivo não podem manifestar-se. E essas questões são a um só tempo resolvidas exclusivamente pela autoridade jurisdicional competente, com inteira independência do legislador, pois a este não compete, nem a reconstituição do fato "sub iudice", nem a interpretação da lei e da ordem jurídica, pela qual há de ser juridicamente apreciado esse fato único". (10)

E continua o mestre mineiro a prelecionar:

"Por conseguinte, se o juiz é quem soberanamente resolve como o fato aconteceu, e determina o critério pelo qual deve esse fato ser juridicamente apreciado, evidente está que o legislador não tem, nem pode ter, função criadora de direito. O legislador faz leis, mas lei não é direito propriamente dito. Lei é norma geral, impessoal, enquanto o direito é necessariamente pessoal, particular: feito sob medida, para determinado fato reconstituído. A lei é feita

(9) Revista Forense, Vol. XCIV, ano XL, 1943

(10) Amílcar de Castro "O Direito e a Ordem Jurídica" in *Jurídica*, vol. XXXIII, abril-junho de 1968, nº 101, pág. 262

pelo Parlamento mas acaba de fazer-se no Tribunal. Sem o juiz, o legislador inutilmente faria leis" (11)

Antes de lavrada a decisão não há direito "stricto sensu", há apenas a ordem jurídica potencial.

O direito vem a ser uma "forma", invariável no tempo e no espaço, de apreciação de fatos, garantida pelo Estado.

"Os pensamentos de que se compõem as ordens jurídicas mudam no tempo e no espaço, as ordens jurídicas se renovam, em tôdas as épocas, em todos os lugares, enquanto o direito pròpriamente dito permanece invariável, como forma de concretização de qualquer ordem". (12)

O professor jubilado da casa de Afonso Pena sustenta que a ordem jurídica pode ser um conceito sociológico, pode emanar de diversas fontes, enquanto que o direito só provém de decisão judicial, sendo um conceito formal.

Em seguida o citado mestre afirma, terminando o seu estudo:

"As relações humanas são a matéria apreciável em forma jurídica pela autoridade jurisdicional competente. O conteúdo dessas relações juridicamente apreciáveis pode ser natural, político, econômico, sexual, moral, religioso, técnico, artístico, científico, enquanto o jurídico, que é qualidade proveniente de forma de apreciação pode versar sôbre qualquer dessas matérias. Por isso já foi notado que o direito é disciplina secundária, no sentido de que "trabalha sôbre materiais fornecidos por outras técnicas de investigação" (Gardot).

O direito ou o jurídico não consiste neste ou naquele conteúdo, nesta ou naquela variedade das relações humanas, mas na forma oficial da apreciação dessas relações. De tal sorte o conteúdo ou a espécie da Relação Social nunca é jurídico, pois a forma de sua apreciação é que o é. Por hábito multissecular, costuma-se falar em relações jurídicas, sem notar contudo que isto é expressão elíptica, pois o que se está dizendo realmente é que tais relações são juridicamente apreciáveis. Em síntese: o direito pròpriamente não se desliga da ordem jurídica, desta depende, mas com esta não se confunde:

(11) idem, idem, e também in "Direito Internacional Privado", vol. I, página 35 e segs.

(12) Amílcar de Castro, op. cit., pág. 263, idem in "Direito Internacional Privado" vol. I, pág. 35 e seg.

direito e ordem jurídica são realidades diversas, secularmente simbolizados pelo mesmo vocábulo direito". (13)

A escola realista anglo-americana, ao afirmar o caráter *oficial* do direito, não preconiza a criação de um direito desprovido do senso de justiça.

E diríamos aqui mais uma vez, repetindo as palavras do prof. Edgar da Matta Machado (14): "Diremos que um ordenamento jurídico não pode contrariar a lei natural, sob pena de ser destituído de validez e de ter sua eficácia dependente do mero arbítrio da força. E mais: que a Ciência do Direito só se pode constituir "in gradu verae scientiae practicae" se se coloca na perspectiva das coisas e do homem e sob a inspiração da justiça".

A justiça é, sem dúvida, o grande valor que o direito procura realizar.

Assim pensam os jusnaturalistas, assim os positivistas, também os realistas, ou os socialistas. Mas a justiça é um conceito abstrato: torna-se difícil a sua conceituação.

Essa incerteza nos permite conformá-la e igualá-la com o **JUS POSITUM**: é que êle preenche os requisitos necessários e tem o caráter geral, tratando igualmente a todos, pelo menos, em tese.

As leis encomendadas, as leis com o enderêço certo, constituem exceção e logo caem no censório público.

É verdade que, muitas vêzes, contra elas não há qualquer recurso. Logo, porém, que os sentimentos se acalmem e as paixões cedem, elas são modificadas e abrogadas.

A ordem jurídica em regime de justiça pública, é formalmente justa. Assim requer o interêsse, assim o requer a conveniência, pelo menos oficial.

"E aí está a razão porque os juízes, que julgam casos concretos, isolados, não podem descumprir as leis, sob o pretexto de serem injustas. Em suma: quando se afirma que o direito positivo é justo, o que se diz é que do ponto de vista *oficial*, ou da autoridade

(13) Amílcar de Castro, op. cit., pág. 262. idem in "Direito Internacional Privado, vol. I, pág. 35 e segs.

(14) Edgar Matta Machado: Rev. Fac. Dir. 1957

que o mantém, e não dos particulares, conforme o conceito de justiça, substancial que tenham...". (15)

(16) "Aliás, antes de submetido o fato ao conhecimento oficial do Poder Judiciário, nenhum direito pode existir, porque depende da apreciação oficial e esta ainda não foi feita; e depois de apreciado o fato, deixa o direito de existir como tal, por estar concluída a apreciação.

Por isso mesmo, no dizer de Jethro Brown, o direito nunca é, mas pode, a todo momento, vir a ser, e logo que é, deixa de ser, pelo que o direito só é direito no momento de ser lavrada a decisão judicial. Vale dizer: a lei que foi revogada sem nunca ter sido aplicada, não serviu para produzir direito *pròpriamente* dito; enquanto vigente só foi direito no sentido de critério destinado a apreciação oficial dos fatos; e a manutenção desse critério não utilizado, conquanto no mundo dos fatos possa ter gerado prevenção psicológica, aliás restritíssima, no mundo jurídico foi só *potencialmente* eficiente.

E o chamado direito adquirido é mero fato com efeitos mais garantidos". (17)

A tentativa de Del Vecchio, no sentido de contestar a tese de Mons. Olgiati, mostrando a existência de direitos *extra-estatais*, não tem a força de destruir a tese da Escola Realista.

É que êsses diversos "direitos", supra e infra nacionais, só o serão, em sentido impróprio.

Para a Escola Realista não se há de falar em direito, quando não existe a presença do órgão estatal, seja na pessoa dos juízes de direito, seja nas "administratives agencies".

Os pretensos direitos extra-estatais só serão *verdadeiros direitos* se houver o reconhecimento do órgão a que está afeto o serviço de justiça, ou seja, o ESTADO.

Só aí é que começa a mobilização da máquina estatal, no sentido de conseguir-se a realização da pretensão.

É evidente que o direito existiu antes do Estado. Mas quando o Estado reivindicou para si a função judiciária, tais direitos pas-

(15) Edgar Matta Machado: Rev. Fac. Dir., 1.956

(16) Idem, *ibidem*

(17) Idem, *ibidem*

saram à categoria de direitos impròpriamente ditos ou seja, meros *critérios oficiais* de apreciação dos fatos.

Quando se diz que fora do Estado não há direito, o que se está afirmando é que sòmente após a apreciação do fato, pela autoridade judiciária, é que nasce o direito e quem diz direito diz possibilidade eventual de coação.

Assim, tècnicamente falando, o direito nasce com a sentença do juiz.

A pronunciação oficial do órgão jurisdicional é que cria a tutela.

Figure-se, por exemplo, o caso da sucessão no nosso direito.

Diz a nossa lei que “aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança transmitem-se *desde logo* aos herdeiros...”.

Imagine-se um “legalista” — ou como os denominou o saudoso Lúcio Bittencourt (18) — um “jurista romântico” — que, herdeiro universal de fabulosa fortuna imobiliária, se dirigisse no dia seguinte ao cartório e ali tentasse realizar a venda de uma propriedade. Seria delicadamente convidado pelo Oficial do Registro de Imóveis para que apresentasse o documento que o apontasse “senhor e possuidor” do dito bem.

E êsse — nós o sabemos — só poderia nascer da sentença judicial transitada em julgado!

Isso vem ratificar a tese que estamos defendendo, segundo a qual só se fala em *direito*, mediante *sentença judicial executível*.

A Lei, a Jurisprudência, a doutrina, o costume, são critérios oficiais — “profecias” — no dizer de Holmes — de como os Tribunais deverão interpretar o caso, uma vez provocados pelas partes a sua função tutelar e judiciária.

“We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is” — afirmava o Chief Justice da Côte Suprema dos Estados Unidos, Charles Evans Hughes.

Tais critérios sòmente poderão ser tidos como *fontes jurídicas indiretas* e serão as origens dos critérios pelos quais os fatos são oficialmente apreciados, em decisão judicial.

(18) Rev. Forense, Vol. XCVI, ano XL, 1943.

E o acôrto dessa doutrina muito fâcilmente pode ser con-
cluído do sistema onde a lei constitui uma verdadeira exceção e onde
mais fortemente se vê o caráter complementar da interpretação das
leis como parte integrante do processo legislativo.

Que os juristas, verdadeiramente dignos dêste nome, possam
construir, sob a égide da moral e dos ensinamentos benéficos da dou-
trina do Manso Rabi da Galiléia, o edifício magnífico do direito
como valorização do homem e como realização do valor supremo:
JUSTIÇA.