

JORGE ALBERTO A. DE ARAÚJO

*Doutor e Mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade São Paulo. Juiz Federal desde 2009 e Professor de Direito Público da Universidade Federal do Maranhão desde 2016.*

## **A CRÍTICA DO REALISMO JURÍDICO AMERICANO REVISITADA: ativismo e indeterminação do direito enquanto problemas de argumentação na fundamentação das decisões judiciais**

### **1. INTRODUÇÃO**

Como em todo debate que se prolonga por algum tempo, a ubíqua expressão “ativismo judicial” ganhou diversos significados. É utilizada para descrever um *comportamento* judicial que é visto como uma incursão em áreas tipicamente reservadas a outros poderes ou à iniciativa privada, ampliando o *poder* das Cortes,<sup>1</sup> e outras vezes para designar, simplesmente, decisões baseadas exclusivamente em argumentos construídos a partir de princípios jurídicos, derrotando a conclusão que se extrairia das regras aplicáveis ao caso. Em qualquer caso, a expressão é quase sempre lançada no bojo de uma *crítica* a uma *tendência* dos Tribunais de decidir de uma determinada forma que é percebida pelos críticos como *heterodoxa*, essencialmente diferente do padrão de decisão judicial *tradicional* associada a uma conclusão derivada inferencialmente das regras aplicáveis ao caso. O problema se desdobra ainda em outras questões que integram os grandes temas do debate jurídico na atualidade: qual a relevância da norma jurídica na fundamentação de decisões judiciais; quais os limites da interpretação e da argumentação jurídicas na construção de soluções para casos submetidos ao Judiciário; como funcionam (ou deveriam funcionar) os princípios jurídicos na determinação do resultado de julgamentos; como compatibilizar com nossa concepção do Direito a derrota

---

<sup>1</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2015; POSNER, Richard A. Legal Formalism, Legal Realism, and the Interpretation of Statutes and the Constitution. *Case Western Reserve Law Review*, v. 37, n. 2, p. 179–217, 1986; Idem. The Meaning of Judicial Self-Restraint. *Indiana Law Journal*, v. 59, n. 1, p. 1–24, 1983.

de uma regra claramente aplicável a um caso, mas cuja aplicação é percebida como claramente injusta? Em suma, quais os limites da atuação do juiz em uma prática jurídica que é estruturada em torno de *regras*.

Nesse contexto, é particularmente relevante a conceituação de ativismo judicial do Professor Elival da Silva Ramos como “o desrespeito aos limites normativos substanciais da função jurisdicional”.<sup>2</sup> Isso porque, subjacente às várias críticas que se fazem, está a identificação de uma *diminuição* da força normativa da regra jurídica *enquanto regra jurídica*. O autor sustenta que o principal parâmetro para aferir o caráter ativista consiste “na exigência de que toda e qualquer interpretação constitucional seja compatível com a amplitude de sentidos projetada pelo texto da norma”.<sup>3</sup> Contudo, a argumentação que fundamenta as decisões das Cortes Constitucionais, como o Supremo Tribunal Federal, não raro é criticada justamente por não parecer derivar inferencialmente das razões *jurídicas* à disposição dos julgadores, o que caracterizaria uma tentativa de racionalização *post hoc* de decisões tomadas por outras razões, que acabam obscurecidas pela retórica judicial. Como resultado, autores têm apontado uma *indeterminação do direito* que parece vulnerar pilares da prática, como a segurança jurídica.<sup>4</sup>

Tradicionalmente, considera-se um argumento de indeterminação do direito quando se sustenta, por alguma razão, que a classe de razões jurídicas — fontes do direito legítimas (como leis, a Constituição, decisões judiciais); operações interpretativas legítimas operadas nas fontes do direito; operações interpretativas legítimas operadas nos fatos do caso analisado (que, assim, geram fatos com significação jurídica); operações *racionais* legítimas que se realizam sobre regras e fatos para derivar soluções jurídicas em decisões particulares — é indeterminada.<sup>5</sup> Na crítica atual, contudo, não fica claro em que classe de razões jurídicas o problema residiria. Quando se fala em ativismo judicial, normalmente a discussão é concentrada não no que seriam as fontes legítimas do direito, mas no processo interpretativo (segunda classe) e argumentativo (quarta classe). Frequentemente se aponta que argumentos interpretativos são utilizados pelos Tribunais para justificar resultados que não se amoldam à formulação normativa, e que construções jurídicas são formuladas para dar consequências heterodoxas a razões jurídicas tradicionalmente aplicadas de outra forma.

---

<sup>2</sup> Elival da Silva Ramos, *Ativismo Judicial* (cit.), p. 138.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 168.

<sup>4</sup> Por exemplo, CHIASSONI, Pierluigi. *Defeasibility and Legal Indeterminacy*. In: FERRER BELTRÁN, Jordi; RATTI, Giovanni B (Orgs.). *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility*. New York: Oxford University Press, 2012, p. 151–181; RODRÍGUEZ, Jorge; SUCAR, Germán. Las trampas de la derrotabilidad: niveles de análisis de la indeterminación del derecho. *Doxa*, v. 2, n. 21, p. 403–420, 1998.

<sup>5</sup> LEITER, Brian. *Legal Indeterminacy*. *Legal Theory*, v. 1, n. 4, p. 481–492, 1995.

Argumento aqui que a crítica quanto à indeterminação do direito padece, hoje, do mesmo problema que a crítica feita pelos realistas americanos no final do séc. XIX e início do sec. XX — uma *conflação* de duas críticas independentes entre si, uma *conceitual* e outra *empírica*. Os realistas, de maneira geral, estabeleceram uma relação de causalidade entre essas críticas, fazendo com que a crítica empírica — de que as regras não *determinam* (ou não determinam na medida em que imaginamos) o resultado de julgamentos — dependa de uma teoria semântica que está no bojo da crítica conceitual — de que a linguagem das regras, de textura aberta (para usar a expressão de Hart), não é capaz de determinar a conclusão em todos os casos. Para os realistas, a lei seria racionalmente indeterminada, ou seja, as razões jurídicas à disposição dos Tribunais não seriam capazes de determinar um resultado na maioria dos casos — do contrário, argumentam eles, poderíamos fazer projeções confiáveis de resultados de julgamentos com base nas regras jurídicas aplicáveis, salvo casos de incompetência ou corrupção.<sup>6</sup> Como a lei é indeterminada, os Tribunais acabam decidindo motivados por outros fatores, que devem ser identificados e analisados. Este *ceticismo* quanto ao papel da regra na adjudicação foi um dos alvos de Kelsen<sup>7</sup> e Hart,<sup>8</sup> ambos respondendo diretamente a autores do realismo.

Sustento, contudo, que as críticas conceitual e empírica são independentes entre si, e que, conquanto o ceticismo conceitual já tenha sido rechaçado por Hart n'O Conceito de Direito, o ceticismo empírico pode ser reenquadrado, utilizando os próprios realistas, como um problema no nível da argumentação jurídica na fundamentação das decisões judiciais. Para isso, primeiro farei uma síntese das críticas conceitual e empírica; na sequência, resumirei as respostas à crítica conceitual; mostrarei que a crítica empírica continua atual, utilizando-a na análise de decisões recentes do Supremo Tribunal Federal, e nunca foi satisfatoriamente respondida; analiso o ponto central do ceticismo empírico a partir da filosofia judicial de Oliver Wendell Holmes Jr., que identificou o problema já no séc. XIX como ligado à autocontenção judicial; por fim, argumento que é possível abordar a indeterminação que se percebe nos julgamentos reenquadrando-a como um problema de argumentação jurídica, algo que somente pode ser devidamente discutido a partir de decisões judiciais que discutam explicitamente as razões determinantes da soluções conferidas a casos individuais.

---

<sup>6</sup> LEITER, Brian. Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered. *Ethics*, v. 111, n. 2, p. 278–301, 2001, p. 284.

<sup>7</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

<sup>8</sup> HART, Herbert L. A. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1994.

## 2. O REALISMO JURÍDICO AMERICANO E AS CRÍTICAS CONCEITUAL E EMPÍRICA

Diferentemente de outras linhas teóricas, o realismo jurídico americano surgiu “de dentro” da *prática* jurídica e foi capitaneado por juristas, não por filósofos, em uma reação ao formalismo, percebido como insuficiente para explicar as decisões judiciais. Esse caráter pragmático fica bem evidenciado pela afirmação de que compreensões do Direito correntes àquela época não eram “confirmadas” pela observação do que as Cortes realmente faziam.<sup>9</sup>

Ao me referir ao formalismo, o faço, de forma simplificada, no sentido de que, por sua perspectiva, o juiz deve dar ao caso uma solução necessariamente decorrente da formulação da regra aplicável ao caso.<sup>10</sup> O formalismo exercia grande influência sobre os juízes na segunda metade do século XIX, que não raro tinham grandes dificuldades argumentativas para “escapar” das regras, como é amostra o caso *United States v. Kirby*, de 1868. Kirby foi acusado de infringir uma norma do Congresso que impunha multa de até cem dólares para quem quer que deliberadamente obstruísse ou retardasse a passagem do correio.<sup>11</sup> Ele teria obstado o trânsito de um sujeito chamado Farris, que era carteiro, durante o cumprimento do dever, entrando em um navio a vapor que estava de passagem pela cidade com o objetivo específico de capturá-lo. Ocorre que Kirby era o *xerife*, e possuía dois mandados de prisão contra Farris por acusações de homicídio. Inacreditavelmente, ele foi acusado e a situação gerou divisão entre os juízes de base, o que provocou a remessa dos autos à Suprema Corte para dirimir a dúvida. A conclusão foi pela impossibilidade de processo criminal, mas consta que houve argumentação oral de representante do governo pedindo o *indiciamento* de Kirby, e a Suprema Corte fundamentou sua decisão com seriedade.<sup>12</sup>

---

<sup>9</sup> LEITER, Brian. *American Legal Realism*. In: GOLDING, Martin P.; EDMUNDSON, William A. (Org.). *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*. Malden: Blackwell, 2004, pp. 50-66.

<sup>10</sup> Esse é o sentido de formalismo utilizado por Leiter (cit.) e por POSNER, Richard A. Legal Formalism, Legal Realism, and the Interpretation of Statutes and the Constitution. *Case Western Reserve Law Review*, v. 37, n. 2, pp. 179-217, 1986, e amplamente aplicado na doutrina jurídica americana. Schauer, por outro lado, argumenta que a crítica ao formalismo pode ter outro foco que não apenas a instanciação simples de comandos normativos, afirmando que, muitas vezes, o objeto da crítica é, na verdade, a retórica judicial que declara um resultado como sendo o único possível em um determinado caso, quando na verdade se trata de uma *opção* dos julgadores dentro de duas ou mais possibilidades interpretativas (SCHAUER, Frederick. Formalism. *Yale Law Journal*, v. 97, n. 4, pp. 509-548, 1988).

<sup>11</sup> “(...) if any person shall knowingly and willfully obstruct or retard the passage of the mail, or of any driver or carrier, or of any horse or carriage carrying the same, he shall, upon conviction, for every such offence, pay a fine not exceeding one hundred dollars” (Act of Congress of March 3, 1825).

<sup>12</sup> Supreme Court of the United States of America, *United States v. Kirby*, 74 U.S. 482 (1868); a opinião da Corte, a favor de Kirby, foi unânime.

Diante de casos como esse, juristas questionavam a suficiência do modelo formalista não só como teoria normativa de como os juízes deveriam decidir, mas como teoria descritiva, já que não parecia explicar o que de fato ocorria nas Cortes. O que acabou se consolidando como *realismo* foi mais uma análise pragmática de como os juízes de fato decidiam, quais fatores levavam a que resultados e de que forma isso poderia ser sistematizado. Os autores do realismo acreditavam que as regras jurídicas e os precedentes tinham um papel limitado na tomada de decisões pelas Cortes e argumentavam que

uma análise empírica cuidadosa de como os Tribunais realmente decidiam os processos revelaria que eles o faziam não com base primariamente no direito, mas influenciados (grosseiramente falando) em suas próprias ideias do que seria “justo” de acordo com os fatos do caso. (...) Regras e argumentos jurídicos aparecem simplesmente como racionalizações *post hoc* para decisões tomadas com base em considerações extralegais.<sup>13</sup>

Desta forma, uma ciência “genuína” do direito deveria descobrir quais “estímulos”, ou seja, quais situações de fato recorrentes na prática judicial, determinam quais resultados, ou que tipo de decisão judicial. Mas ao lado desta teoria do direito, o termo ganhou relevância como significando um *tipo* de decisão judicial na qual não *apenas* a regra aplicável ao caso é levada em consideração na definição do resultado, havendo uma verdadeira análise *política* da situação. Para Posner, por exemplo, as decisões “realistas” são melhor qualificadas como “boas ou ruins”, em vez de “corretas ou incorretas”.<sup>14</sup>

A tese mais famosa do realismo americano é a de que os juízes, ao decidir, são influenciados por situações recorrentes, arquetípicas (por exemplo, “isso não é justo”), que dão azo a respostas “normativas” que não são deriváveis, contudo, de nenhuma regra escrita.<sup>15</sup> O *núcleo* da doutrina realista seria: “ao decidir casos, juízes respondem primeiramente aos estímulos dos fatos do caso, e não a regras e argumentos jurídicos”.<sup>16</sup>

Isso não quer dizer, claro, que regras não têm um papel. A assertiva tem maior relação com os casos difíceis, que são normalmente os que chegam às instâncias mais elevadas do Judiciário nos Estados Unidos, e nestes casos as regras têm menor efeito, porque os juízes

---

<sup>13</sup> Brian Leiter, *American Legal Realism* (cit.), p. 50.

<sup>14</sup> “Realismo” para mim significa decidir um caso de modo que o resultado melhor promova o bem-estar em termos não legalistas; é análise política. Uma decisão “realista” é mais facilmente analisada como “boa” ou “ruim” do que “correta” ou “incorreta” — o último par sugere um modo de análise mais demonstrável, verificável, do que normalmente vai ser possível ao sopesar considerações de ordem política. As máximas de equidade como “ninguém pode se beneficiar de sua própria torpeza”, a qual o Professor Ronald Dworkin chama de “princípios”, são em minha análise “considerações políticas” (Richard A. Posner, *Legal Formalism, Legal Realism, and the Interpretation of Statutes and the Constitution*, p. 181).

<sup>15</sup> LEITER, Brian. *Legal Formalism and Legal Realism: What is the Issue?* *Legal Theory*, v. 16, n. 2, pp. 111-133, 2010, p. 3.

<sup>16</sup> *Idem*, *American Legal Realism* (cit.), p. 52.

costumam reagir aos *atos* do caso, *ainda que* esses fatos não sejam *juridicamente* relevantes do ponto de vista da regra aplicável ao caso.

Frederick Schauer argumenta que as regras jurídicas, por serem resultado de uma necessária *generalização*, não contêm — e nem podem conter — previsão quanto a todas as peculiaridades que as situações da vida podem apresentar, e por isso, muitas vezes, uma circunstância percebida como *relevante* pelo julgador é deixada de fora da hipótese de incidência da regra — notadamente com o legislador deixando de prever exceção explícita a sua aplicação em razão desta circunstância relevante. Mas, Schauer argumenta, “para a regra” (ou do ponto de vista do legislador), as circunstâncias são *juridicamente* (normativamente) relevantes, ou seja, dentre um conjunto de possíveis circunstâncias, o legislador elegeu aquelas dignas de consideração, de modo que o fato de o julgador considerar uma determinada peculiaridade não prevista na regra como importante não significa que, apenas em razão disso, deveria deixar de aplicar a regra. Para Schauer, essa exclusão de circunstâncias que um “julgador sensível” poderia considerar relevante é precisamente o papel da regra jurídica.<sup>17</sup> A tese de Schauer, formalista (ou, como ele denomina, *presumptive positivism*),<sup>18</sup> fornece um contraste que ajuda a evidenciar a perspectiva dos autores do realismo. Para eles, em perspectiva mais descritiva que normativa, embora houvesse uma tendência à autocontenção ou *self-restraint* (como no caso de Oliver Wendell Holmes), não se ignorava o papel que as circunstâncias dos casos concretos exerciam no raciocínio dos julgadores. O formalismo, portanto, não era criticado por ser uma teoria internamente incoerente ou indesejada, mas por, simplesmente, não refletir a realidade.

Ocorre que, uma vez que as razões não-jurídicas são colocadas em jogo, elas efetivamente *explicam* as decisões, mas essas mesmas razões possam servir — e frequentemente servem — para justificar decisões em sentido oposto,<sup>19</sup> tornando pouco racional a tentativa de prever o resultado de julgamentos. Jerome Frank, um dos autores mais radicais, considerava que o “elemento pessoal” era até mais relevante para a decisão que o regramento aplicável ao caso:

Aqueles que se dedicam à teoria tradicional da norma jurídica às vezes admitem que o que é livremente chamado de “personalidade do juiz” é um pequeno fator que às vezes levemente atrapalha na operação das regras

---

<sup>17</sup> Frederick Schauer, *Formalism* (cit.), p. 510. No texto: “Formalism is the way in which rules achieve their ‘ruleness’ precisely by doing what is supposed to be the failing of formalism: screening off from a decisionmaker factors that a sensitive decisionmaker would otherwise take into account”.

<sup>18</sup> SCHAUER, Frederick. On the Supposed Defeasibility of Legal Rules. *Current Legal Problems*, v. 51, n. 1, p. 223–240, 1998.

<sup>19</sup> Brian Leiter, *American Legal Realism* (cit.), p. 57.

jurídicas. Mas não se trata apenas de um pequeno fator. O chamado “elemento pessoal” no processo judicial é central; as regras jurídicas é que são os fatores que atrapalham.<sup>20</sup>

É possível atribuir aos realistas, portanto, uma tese quanto à indeterminação do direito, uma espécie de *ceticismo* quanto ao papel da regra na adjudicação. Seguindo Brian Leiter,<sup>21</sup> podemos subdividir esse ceticismo em dois: (I) o ceticismo *conceitual*, na medida em que as razões jurídicas disponíveis não são capazes de determinar, em regra, um único resultado; e (II) o ceticismo *empírico*, já que os juízes emitem decisões cuja justificação não se baseia, apenas, em razões *jurídicas*.<sup>22</sup> Essa divisão, contudo, não era clara para os realistas, que normalmente sustentavam ambas as teses e faziam com que a segunda dependesse argumentativamente da primeira.

Em verdade, o próprio Hart, ao responder diretamente aos autores do realismo, identificou essas duas formas de ceticismo. Primeiro, ele sintetiza o argumento como “a afirmação de que falar de regras é um mito, obscurecendo a verdade de que o direito consiste simplesmente de decisões das Cortes e sua previsão”; mais adiante, ele diz que o ceticismo em relação às regras jurídicas também é apresentado em uma versão mais grave (“*a serious claim*”), como uma teoria da relevância das regras na fundamentação das decisões judiciais, ou seja, que “é falso, se não sem sentido, considerar juízes sujeitos a regras ou ‘limitados’ a decidir de acordo com elas”.<sup>23</sup>

É praticamente um consenso na doutrina que Hart respondeu satisfatoriamente ao ceticismo conceitual. Levado ao limite, um ceticismo assim estruturado resultaria na impossibilidade de se falar de regras, já que não seria possível tratar de seu conteúdo semântico de maneira minimamente objetiva. Mas nós, de fato, conseguimos falar sobre regras, e concordamos em grande parte quanto a nossas conclusões: ninguém seriamente sustentaria hoje que a Constituição Federal *não* determina igualdade de direitos entre homens e mulheres; e, mesmo quando discordamos, o fazemos *dentro* de limites relativamente bem definidos por aquilo em que concordamos: quando o STF, recentemente, ficou dividido quanto ao alcance do princípio constitucional da presunção de inocência, a divergência foi específica quanto aos limites da garantia constitucional, não à existência da garantia em si ou mesmo a grande parte de suas consequências, que estavam e continuam consensuadas. Logo, se é possível *discutir*

---

<sup>20</sup> FRANK, Jerome. Are Judges Human? Part two: As through a class darkly. University of Pennsylvania Law Review, v. 80, pp. 233-267, 1931, p. 242.

<sup>21</sup> Brian Leiter, Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered (cit.), p. 288-289.

<sup>22</sup> Brian Leiter, American Legal Realism (cit.), p. 51.

<sup>23</sup> Herbert Hart, The Concept of Law (cit.), p. 133-135.

acerca do conteúdo e alcance semântico de regras, *necessariamente* segue que há uma objetividade intrínseca<sup>24</sup> a essa discussão que leva à conclusão (também inevitável) de que as regras não admitem *qualquer* interpretação ou construção.

Os céticos, nesta versão, tornam impossível separar a discussão sobre o que as regras determinam que seja feito em um determinado caso e o que, de fato, um Tribunal decidiu, embora se trate de questões evidentemente diferentes. “O cético elimina o espaço conceitual para até mesmo questionar se um Tribunal interpretou equivocadamente as regras”.<sup>25</sup> Ou, como Hart respondeu, a “afirmação de que uma regra é válida é uma afirmação interna reconhecendo que a regra satisfaz os testes para a identificação do que deve ser considerado Direito no Tribunal, e isso não constitui uma profecia da decisão, mas parte da razão para a decisão”.<sup>26</sup>

Há ainda outro argumento que pode ser feito contra o ceticismo conceitual: ao formular uma tese de indeterminação do direito, os autores do realismo necessariamente *pressupõem* uma teoria não-cética do conceito de direito.<sup>27</sup> Afinal, a tese não é a de que as decisões judiciais são completamente indeterminadas — o que redundaria em uma tese de irracionalidade —, mas que são indeterminadas *em relação* às razões jurídicas que, em princípio, deveriam determiná-las. Assim, o argumento depende de uma concepção do que seriam essas razões jurídicas, e isso leva à necessária definição de razões com objetividade suficiente para que se possa fazer o cotejo entre as razões jurídicas e as decisões judiciais e, somente então, concluir que estas não são determinadas por aquelas.

Portanto, resta o ceticismo empírico. É claro que, aqui, poderíamos desenvolver a tese como decorrente do ceticismo conceitual de modo que, uma vez demonstrada a relação de indeterminação decorrente da semântica normativa, seguiria a indeterminação (normativa) das decisões judiciais, ainda que elas pudessem ser explicadas por fatores extrajurídicos. Mas é mais relevante — e mais forte argumentativamente — considerar o ceticismo empírico como uma crítica independente. O ponto crucial deste ceticismo é que a decisão judicial é normativamente indeterminada, e não é necessário, para sustentar esta tese, formular nenhuma tese anterior sobre o conceito de direito ou sobre a (in)determinação do direito no nível das regras jurídicas. O foco pode ser, apenas, a relação de causalidade entre regras jurídicas e

---

<sup>24</sup> Aqui utilizo, sem detalhar — o que fugiria bastante do objetivo do texto —, a concepção inferencialista em BRANDON, Robert B. *Making it Explicit*. Cambridge: Harvard University Press, 1994.

<sup>25</sup> Brian Leiter, *Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered* (cit.), p. 290

<sup>26</sup> Herbert Hart, *The Concept of Law* (cit.), p. 102, tradução minha.

<sup>27</sup> Brian Leiter, *Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered* (cit.).



decisões judiciais, ou seja, unicamente a questão empírica sobre se as regras exercem ou não um papel determinante na fundamentação de decisões judiciais.

Na versão de Hart, contudo, as duas teses são combinadas: o cético acredita que não há relação de causalidade porque as regras seriam, em geral, indeterminadas.<sup>28</sup> Hart condiciona o ceticismo empírico à textura aberta da linguagem, da mesma forma que o ceticismo conceitual.<sup>29</sup> Assim, ele admite que as regras seriam, *em certa medida*, indeterminadas, mas restringe essa indeterminação a alguns casos de “penumbra”, em sua famosa tese da textura aberta das regras que vai servir de base, também, para a tese de discricionariedade. Assim, o cético (mesmo o da crítica empírica) é associado a uma ideia implausível de como as regras deveriam funcionar — o “céu formalista” de Hart, em que as regras ou vinculam como “grilhões”, ou não tem função nenhuma na adjudicação<sup>30</sup> — e, ao demonstrar a implausibilidade dessa tese, Hart conclui que toda a argumentação do ceticismo colapsa. Ao desenhar a crítica dos autores do realismo como um dilema entre extremos igualmente inviáveis, e, portanto, necessariamente falso, ele passa a reposicionar a regra jurídica como objeto central da prática jurídica.

Não é necessário, aqui, investigar a forma como Hart incorporou a “textura aberta” de Waismann, ou se faz sentido falar em uma “zona de penumbra” conceitual na aplicação de regras — são questões centrais em qualquer discussão sobre indeterminação do direito, mas desnecessárias para uma análise do ceticismo empírico dos realistas americanos. Basta demonstrar que, *independentemente* da “clareza” da regra e de sua aplicabilidade, o resultado do julgamento pode ser indeterminado.

A indeterminação aqui pode ser vista como uma “quebra” da cadeia inferencial entre a regra e a decisão que (simplesmente) a aplica para dar a um caso individual a solução normativa. Pela tese do ceticismo empírico, ainda que a regra dê uma solução clara para um caso, a conclusão do julgamento pode ser diferente (e daí a indeterminação). Logo, essa “quebra” da inferência ocorre em momento *posterior* à interpretação da regra, e por isso sustento que o problema aqui pode ser reenquadrado como de *argumentação*. Alguns exemplos podem ajudar a demonstrar a diferença, que é essencial.

---

<sup>28</sup> Ibidem, p. 289.

<sup>29</sup> “(...) it amounts to the contention that, so far as the courts are concerned, there is nothing to circumscribe the area of open texture: so that it is false, if not senseless, to regard judges as themselves subject to rules or 'bound' to decide cases as they do” (Herbert Hart, *The Concept of Law* (cit.), p. 138).

<sup>30</sup> “Either rules are what they would be in the formalist's heaven and they bind as fetters bind; or there are no rules, only predictable decisions or patterns of behaviour” (Ibidem, p. 139).

### 3. ARGUMENTAÇÃO E INDETERMINAÇÃO

Karl Llewellyn fez catálogo de “ataques” e “contra-ataques” (ou argumentos e contra-argumentos) comumente utilizados em Cortes para dar conclusões distintas a partir de uma mesma fonte. Entre eles, o autor destaca em primeiro lugar:

Ataque — Uma lei não pode ir além do seu texto.  
(mas)

Contra-ataque — **Para cumprir o seu propósito**, uma lei deve ser implementada para além do seu texto.<sup>31</sup>

Aqui vale notar que pressuponho uma distinção elementar entre interpretação e construção jurídicas. Por qualquer das perspectivas pelas quais se aborde a interpretação — seja da forma mais estrita e cética com a qual Kelsen primeiro considera a questão nas páginas finais da teoria pura,<sup>32</sup> seja da forma bastante elaborada com que Alexy<sup>33</sup> e Barak<sup>34</sup> desenvolvem suas teorias da argumentação jurídica racional —, o limite do processo é, de forma consensuada, a *linguagem do texto* a ser interpretado. Todas as técnicas interpretativas seriam, para usar uma alegoria familiar à filosofia analítica, *funções* de uma regra para proposições normativas, dentro dos *limites semânticos* da formulação normativa.

No exemplo clássico de Pufendorf,<sup>35</sup> da regra “é proibido derramar sangue nas ruas de Bologna” é possível extrair um significado literal — que resultaria na injusta punição do barbeiro que acidentalmente cortou um cliente ao trabalhar na rua — e um significado mais próximo do (provável) propósito da regra — que seria o de proibir duelos até a morte nas ruas da cidade.<sup>36</sup> Este segundo significado da expressão, que seria derivável através de uma interpretação *pelo propósito* (na classificação de Alexy, genética, histórica ou teleológica) não viola os limites semânticos da expressão original.

Todavia, a proposição “não é permitido derramar tinta vermelha nas ruas de Bologna” não é uma interpretação possível da regra. Peczenik compararia este caso com o da

---

<sup>31</sup> LLEWELLYN, Karl. Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons about How Statutes are to be Construed. Vanderbilt Law Review, v. 3, pp. 395-406, 1950, p. 401, grifei.

<sup>32</sup> E depois em KELSEN, Hans. *General Theory of Norms*. Oxford: Clarendon Press, 1991.

<sup>33</sup> ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2013.

<sup>34</sup> BARAK, Aharon. *Purposive Interpretation*. Princeton: Princeton University Press, 2005.

<sup>35</sup> PUFENDORF, Samuel von. *Of The Law of Nature and Nations*. London: J. Walthoe, R. Wilkin, J. and J. Bonwicke, S. Birt, T. Ward, and T. Osborne, 1729. O caso pode ser encontrado no Livro V, Capítulo XII, p. 55.

<sup>36</sup> MARANHÃO, Juliano S. A. Positivismo jurídico lógico-inclusivo. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

admissão de jogadores de canastra no clube de xadrez, em sua famosa alegoria.<sup>37</sup> A semântica clássica diria que os conceitos “sangue” e “tinta vermelha” não são correferenciais. O inferencialismo dirá que os conteúdos são diferentes porque tem implicação diversa em diferentes articulações inferenciais.<sup>38</sup> Independentemente da maneira pela qual a questão semântica for abordada, se o significado é *normativo*, a linguagem da proposição interpretada (*interpretandum*) limita o conjunto de interpretantes (*interpretans*) possíveis.

Como diz Barak, “a interpretação acaba quando a linguagem acaba”.<sup>39</sup> A partir daí, são necessários, para uma fundamentação racional de uma decisão judicial, outros argumentos *não-interpretativos*, de modo que se pode estabelecer, então, que os limites semânticos permitem separar, ou delimitar, entre interpretação e *construção*,<sup>40</sup> termo que tem se tornado padrão na literatura. Há *necessidade* de “algo mais”, de *construção jurídica*, se entendermos que a argumentação jurídica é um discurso racional. Essa premissa demanda a justificação das decisões judiciais a partir de *standards* normativos gerais. Disso resulta que, primeiro, se o resultado não pode ser validamente justificado pela interpretação, que é essencial, mas não esgota, a argumentação judicial, outro tipo de fundamentação deve ser buscado. Por outro lado, essa fundamentação também tem que estar amparada em *standards* considerados vinculantes e dotados de generalidade — *standards* normativos, em sentido amplo, regras ou princípios. O ponto é que *não fundamentar* não é uma opção (racionalmente) viável, e outra forma de fundamentar que não ancorada em normas gerais não é admitida. A distinção interpretação-construção é fundamental, portanto, para a compreensão de que há um limite para a atividade de *interpretar*, e que esse limite é derivado da linguagem da regra.

Com base nessa distinção, aqui exposta de maneira sucinta,<sup>41</sup> um argumento pelo propósito da regra pode ser interpretação (desde que a solução esteja “dentro” da linguagem da regra) ou construção (caso não esteja). Assim, boa parte do que para Llewellyn seria “interpretação” ou classificado como “cânones” de interpretação seriam enquadrados aqui como construção jurídica. Mas, de um modo ou de outro, o problema continuaria situado no nível da argumentação: a distinção interpretação-construção serve para delimitar a interpretação de modo a evidenciar que, ainda que a solução esteja “dentro” da linguagem da regra, o

---

<sup>37</sup> PECZENIK, Alexander. *On Law and Reason*. Dordrecht: Kluwer, 1989.

<sup>38</sup> Robert Brandom, *Making it Explicit* (cit.).

<sup>39</sup> Aharon Barak, *Purposive Interpretation* (cit.), p. 18.

<sup>40</sup> É também a terminologia utilizada em GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011.

<sup>41</sup> Cf. SOLUM, Lawrence B. The Interpretation-Construction Distinction. *Constitutional Commentary*, v. 27, p. 95–118, 2010.

argumento pelo propósito é lançado *depois* da interpretação, pois é um argumento *sobre* a interpretação, ou seja, defende *que* a interpretação pelo propósito *deve prevalecer*.

Esse tipo de argumentação é comum nos Tribunais. Apesar disso, o excesso de argumentos muitas vezes não relacionados entre si e desordenados no bojo de uma decisão ou do voto de um julgador torna difícil identificar o que está sendo efetivamente sustentado, tornando o trabalho de decomposição e análise mais complexo. Mas é possível fazê-lo em muitas decisões, e isso evidencia argumentos contraditórios entre si, o que é precisamente o ponto da crítica do ceticismo empírico.

Por exemplo, para utilizar o argumento e contra-argumento de Llewellyn citados acima, em 2013 o STF decidiu que uma regra “revelava uma extensão” — no sentido que deveria ser “interpretada” extensivamente. Em outra decisão, também de 2013, consta que fazer a “interpretação extensiva” que o autor da ação pleiteava seria um “elastério hermenêutico”. Ambas as decisões foram unânimes, proferidas pelo mesmo Tribunal, no mesmo ano e, em verdade, os trechos citados são do *mesmo julgador*.<sup>42</sup>

Em outros dois casos, ambos de 2014, a argumentação foi claramente pelo uso da analogia (admitindo-a no primeiro e rejeitando-a no segundo), que é uma técnica não-interpretativa.<sup>43</sup> Mas em nenhuma das decisões a argumentação é *explicitamente* por analogia, e a falta de identificação do esquema argumentativo adequado pelos próprios julgadores provavelmente contribuiu para decisões que são, pelo menos em uma primeira aproximação, *inconsistentes*.

No primeiro caso, em que se admitiu a analogia, os julgadores fizeram exatamente o que Raz identificou como um juiz “criando uma nova regra em uma decisão que ele pensa que é puramente de aplicação da lei”.<sup>44</sup> O STF julgava pedido de benefício previdenciário de uma servidora pública. Em síntese, a regra jurídica em questão previa a concessão de aposentadoria por invalidez *integral* para o caso de segurado acometido de *doença grave*. Havia, em *outra* regra da mesma lei, a previsão de aposentadoria por invalidez em casos de incapacidade não decorrente de doença grave, mas este benefício não seria *integral*, e sim proporcional ao tempo de contribuição. Tratarei aqui como dois benefícios distintos,

---

<sup>42</sup> STF, *AP 516 ED*, 2013 e *MI 2.140 AgR*, 2013.

<sup>43</sup> A analogia é construção jurídica na medida em que pressupõe a interpretação e que o caso não se enquadra nos limites semânticos da regra, que, portanto, deve ser *estendida* por analogia para que sua solução normativa seja aplicada ao caso em exame.

<sup>44</sup> RAZ, Joseph. *The Authority of Law*. New York: Oxford University Press, 1979, p. 207.

aposentadoria por invalidez integral e aposentadoria por invalidez proporcional. Em ambos os casos, o segurado está incapacitado para o trabalho. O que muda é que, para a aposentadoria integral, é preciso que a incapacidade decorra de “doença grave”, e para a proporcional não há essa exigência. A propriedade relevante a considerar aqui, portanto, é “doença grave”. Outra regra da mesma lei traz uma *lista* dessas doenças consideradas graves.

A servidora pública autora da ação argumentava que estava acometida de uma doença grave (no sentido ordinário do termo), mas que não constava no rol legal que especificava as “doenças graves” para os fins da concessão do benefício que ela almejava. A autora argumentava que, embora a doença que lhe afligia não estivesse listada, *deveria estar*, pois era tão ou mais grave que algumas doenças arroladas na lei. A autora, portanto, fundamentou seu pedido dando subsídios para que a decisão lançasse mão da analogia,<sup>45</sup> no sentido de que o *propósito* em jogo seria de amparar as pessoas em situação clínica severa de maneira geral.

Mas a conclusão do STF, reformando as decisões das instâncias ordinárias que haviam dado razão à autora, não foi apenas no sentido de que não deveria haver, *naquele caso*, a extensão do alcance de regra. A Corte disse que era *impossível* estender a regra, em uma aparente rejeição da *possibilidade* de aplicação da analogia. O argumento do STF foi sucinto, e duas passagens do voto do Relator são suficientes:

(...) ficou reservada ao domínio normativo do direito ordinário a definição das moléstias profissionais e doenças que ensejam a aposentadoria por invalidez com proventos integrais. Portanto, *a norma constitucional não comporta juízo de interpretação extensiva*, que possa comprometer a reserva legal.

(...) indispensável a especificação legal da doença grave, contagiosa ou incurável para que os proventos de aposentadoria por invalidez fossem integrais. Não havendo nessa especificação a doença que acometeu o servidor, ainda que possa se revestir de gravidade, os proventos haverão de ser proporcionais. Portanto, a aposentadoria por invalidez com proventos integrais só pode ser concedida nas situações expressamente previstas em lei, *sem margem de discricionariedade para o agente público deferi-la em outras situações*.<sup>46</sup>

A rejeição da analógica enquanto um padrão argumentativo seria irracional: a validade da analogia decorre de sua aceitação como padrão inferencial pelos participantes da prática jurídica. E o STF usa o argumento por analogia frequentemente. Logo, por alguma razão

---

<sup>45</sup> No caso de doença mais grave que algumas do rol legal, seria um argumento *a fortiori*, mas a estrutura é a mesma, alterando-se somente a forma de comparação, que deixa de ser de propriedades um-para-um para se tornar uma avaliação de grau entre os casos. Cf. WALTON, Douglas; REED, Chris; MACAGNO, Fabrizio. *Argumentation Schemes*. New York: Cambridge University Press, 2008.

<sup>46</sup> STF, RE 656.860, 2014.

a Corte considerou que, naquele caso, um argumento por analogia estaria *incorreto*. Mas, apesar de essa interpretação conferir racionalidade ao julgado, há uma aparente inconsistência quando se considera outro caso, onde o STF estendeu benefícios diversos (de natureza não-previdenciária) que a lei previa para quem sofresse de “cegueira” para quem sofre de “cegueira monocular”. O Tribunal primeiro *afirmou* que a regra em questão não contemplava os portadores de cegueira monocular, e, ainda assim, estendeu o benefício ao argumento de que quem tinha cegueira monocular sofria limitações comparáveis e até maiores do que as daqueles contemplados na regra. Se é *correta* a extensão de um benefício relevante — a disputa de vagas reservadas para “deficientes” em concursos públicos —, por que o rol de doenças graves não poderia ser ampliado no caso da servidora pública?

Uma forma de resolver essa inconsistência seria considerar que o STF fez uma distinção entre os casos, e estipular que, na demanda previdenciária, incidiria uma *regra de fechamento*. Um compromisso com uma regra de fechamento específica implica que em determinada área do direito não é *correto* estender regras usando o argumento por analogia.<sup>47</sup> A regra de fechamento, para funcionar como tal, bloqueia a inferência extensiva. Seria possível enunciar esta “regra de fechamento previdenciária” da seguinte forma, parafraseando a decisão do STF:

(RFP) No direito previdenciário, não se aplica a analogia para estender benefícios previstos em lei para casos não alcançados pela regra.

Isso resolveria a inconsistência, embora o Tribunal não tenha fundamentado nesse sentido de forma explícita, e não explique por que a analogia seria possível no direito administrativo (para estender o acesso a vagas reservadas em concurso público) e não no direito previdenciário (para ampliar os casos de aposentadoria integral em caso de doença grave). Em verdade, o STF tem jurisprudência sedimentada no sentido de que não é possível estender um rol legal de “doenças graves” de maneira geral. Mas se atribuirmos ao Tribunal um compromisso com (RFP), haveria, ainda, inconsistência com decisões estendendo o rol de beneficiários para determinados benefícios *previdenciários*.

No segundo caso de 2014, o STF decidiu que o neto pode ser beneficiado com pensão por morte de um dos avós. O neto não consta do rol legal de *dependentes* — aliás, foi expressamente excluído através de uma modificação legislativa nos anos 1990. A natureza da extensão pode parecer diferente — na primeira situação, haveria a concessão de um *benefício* melhor (integral) em um caso não previsto expressamente no rol legal; na segunda, a atribuição

---

<sup>47</sup> Como a regra de fechamento *nullum crimen, nulla poena sine lege* no Direito Penal.

do *status* de dependente para o neto, o que poderia servir para a concessão de qualquer benefício. Mas, na prática, a questão é a mesma: em ambos os casos o que estava em jogo era a concessão de um benefício previdenciário fora das hipóteses legalmente previstas. O neto não buscava, naquele processo, apenas a definição de seu *status* como dependente dos avós para se resguardar de uma eventualidade futura: o pedido era de concessão de pensão por morte.

Duas conclusões poderiam ser cogitadas: (a) o STF decidiu ambos os casos com premissas (razões) *ad hoc*; (b) o STF decidiu em um caso aplicando (RFP), e no segundo não aplicando (RFP) por alguma razão adicional, sem rejeitá-la.

Aqui podemos ver o ponto de Llewellyn. Um advogado, se questionado por um cliente quanto a suas chances de obter a extensão de um benefício previdenciário, mesmo não estando contemplado pelas hipóteses legais, teria grandes dificuldades de dar uma resposta apenas à luz desses dois casos. Em ambas as hipóteses lançadas para dar racionalidade aos julgados, temos necessariamente que postular razões não explicitadas na decisão.

Não é impossível conciliar essas decisões: poderíamos supor que, no primeiro caso, estava em jogo apenas a “melhora” em um benefício previdenciário, devendo aí prevalecer a taxatividade normativa; no segundo, o neto não receberia *nenhum* benefício, de modo que, nessas circunstâncias, a taxatividade legal deveria ceder. Esta hipótese argumentativa, aliás, não é estranha ao positivismo ou mesmo ao formalismo da forma como defendido por Schauer, dentre outros. Mas a questão é que é apenas uma *hipótese*, uma suposição do que *pode ter sido* o raciocínio que orientou as decisões, já que os argumentos explicitados não chegam até aqui.

Considerando, então, o ceticismo empírico desta forma, como um problema de *manipulação argumentativa* na linha do que Llewellyn já havia identificado ao formular um “catálogo” de argumentos e contra-argumentos, é difícil evitar a conclusão de que, se o Direito não é indeterminado no plano normativo, a adjudicação seria inevitavelmente indeterminada no plano argumentativo. Um caminho para lidar com esse problema — e o STF, aqui utilizado como exemplo de um *comportamento judicial*, está longe de ser o único Tribunal a fazê-lo —, para continuar na mesma moldura de análise, pode ser traçado a partir da filosofia judicial de Oliver Wendell Holmes Jr., considerado o maior juiz americano.

#### 4. O JUIZ ENTRE O “MOLAR” E O “MOLECULAR”

Holmes chegou à Suprema Corte dos Estados Unidos já com sessenta e um anos, em 1902, mas permaneceria *Associate Justice* até os noventa anos, aposentando-se apenas em 1932. Antes foi *Chief Justice* da Massachusetts Supreme Judicial Court e Professor de Harvard. Mais do que vincular-se voluntariamente ao realismo, Holmes foi “nomeado” como seu representante por autores proeminentes como Jerome Frank,<sup>48</sup> especialmente em razão de uma passagem de seu ensaio “*The Common Law*”, de 1881, que seria repetida ao longo dos anos como um “mantra” do realismo: “a vivência do direito não tem sido lógica, e sim experiência”.<sup>49</sup> Ele faz no ensaio uma crítica ao formalismo e afirma que as construções jurisprudenciais têm raízes em *razões inconfessadas* pelos juízes, e resultam de considerações de políticas públicas, preferências e “convicções inarticuladas” dos julgadores. “Justamente as considerações que juízes raramente mencionam, e sempre com um pedido de desculpas, são a fonte secreta da qual o direito extrai todos os fluidos vitais.”<sup>50</sup>

A publicação deste ensaio precedeu por pouco mais de um ano a nomeação de Holmes para a Corte de Massachussets, mas mesmo depois de quinze anos no cargo, em 1987, ele ainda mantinha a mesma percepção do direito, ao ponto de afirmar, em sua famosa publicação seguinte, que “a profecia do que os Tribunais farão, e nada mais pretensioso do que isso, é o que eu entendo por Direito”.<sup>51</sup> Segundo Posner, analisando em perspectiva, para Holmes “o Direito não era um conjunto de conceitos preexistentes de objetivo determinado, mas uma ferramenta de governo que poderia e deveria ser reconstruída de acordo com as mudanças nos desejos da comunidade ou (de forma mais realista) de sua classe politicamente dominante”.<sup>52</sup>

Os Tribunais necessariamente têm de fazer julgamentos sobre questões de política social e econômica. Sendo assim, Holmes e outros autores concitavam seus pares a fazê-lo de

---

<sup>48</sup> Frank se refere a Holmes como “america’s greatest lawyer” (FRANK, Jerome. Are Judges Human? Part one: The effect on legal thinking of the assumption that judges behave like human beings. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 80, p. 17–53, 1931, p. 17).

<sup>49</sup> “As necessidades da época, as teorias morais e políticas prevalentes, intuições de políticas públicas, expressas ou inconscientes, até mesmo os preconceitos que os juízes compartilham com seus concidadãos, têm muito mais relevância do que o silogismo em determinar as regras pelas quais homens devem ser governados” (HOLMES JR., Oliver Wendell. *The Common Law*. Toronto: University of Toronto Law School Typographical Society, 2011, p. 5, tradução minha).

<sup>50</sup> *Ibidem*, pp. 35-36.

<sup>51</sup> Idem. *The Path of the Law*. *Harvard Law Review*, v. 10, p. 457, 1897, p. 9, tradução minha

<sup>52</sup> Richard A. Posner, *Legal Formalism, Legal Realism, and the Interpretation of Statutes and the Constitution* (cit.), p. 184.



forma aberta e sincera. “Em vez de entrar no jogo de uma argumentação jurídica de fachada, juízes deveriam abordar diretamente exatamente as considerações de política e economia que uma legislatura sopesaria”.<sup>53</sup> Havia, na mente de cada julgador, uma batalha semiconsciente sobre questões de política legislativa, mas se tratava de um dever que era *inevitável* e “o resultado da aversão judicial em lidar com esse tipo de considerações significa simplesmente deixar inarticulados e inconscientes os próprios fundamentos dos julgamentos”.<sup>54</sup> Logo, ele entendia que os juízes *já consideravam* fatores que não estavam explícitos na norma, mas de forma sub-reptícia. Frank resume o que ele considerava o argumento principal dos “holmesianos” no que se refere ao “elemento pessoal” que inevitavelmente influenciava os julgamentos:

O elemento pessoal é inevitável nas decisões judiciais. Se é inevitável, deveria ser reconhecido como tal e não tratado como desimportante. É pueril, tolo e perigoso aqui e em qualquer problema ignorar coisas inevitáveis e pretender que elas não existem. Já que o elemento pessoal existe, o mais sensato é lidar com ele e, na medida do possível, aperfeiçoá-lo. De fato, como muitas coisas inevitáveis, se encarado de forma corajosa e inteligente, pode acabar resultando em vantagens.<sup>55</sup>

Logo, o que Holmes demandava era que os juízes fizessem de forma explícita aquilo que já faziam de forma “inconsciente”.<sup>56</sup> E ele exemplificou esta conduta ao redigir sua opinião divergente no infame caso *Lochner v. New York* (1905).<sup>57</sup>

Em *Lochner* discutia-se a constitucionalidade de uma lei do Estado de Nova York que estipulava jornada de trabalho máxima para os padeiros de dez horas diárias e sessenta semanais. Segundo pesquisadores do caso, a lei era inspirada pela nova política de Theodore Roosevelt com vistas a amenizar o impacto da economia de mercado na saúde dos trabalhadores.<sup>58</sup> Joseph Lochner, proprietário de uma padaria, foi multado em US\$25,00 por ter permitido que um de seus empregados excedesse o limite legal. Na reincidência, a punição subiu para US\$50,00, e ele apelou desta condenação. A Suprema Corte de Nova York manteve

---

<sup>53</sup> Brian Leiter, *American Legal Realism* (cit.), p. 58.

<sup>54</sup> Oliver Wendell Holmes Jr, *The Path of the Law* (cit.), p. 21.

<sup>55</sup> Jerome Frank, *Are Judges Human? Part one: The effect on legal thinking of the assumption that judges behave like human beings* (cit.), p. 25.

<sup>56</sup> Brian Leiter, *American Legal Realism* (cit.), p. 59.

<sup>57</sup> Cf. LERNER, Max. *The Mind and Faith of Justice Holmes*. Boston: Little Brown, 1943, p. 147.

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 143. Segundo Peter Irons, conhecido advogado e profícuo historiador do Judiciário americano, “The case of *Lochner v. New York* began with the campaigns of populist and socialist movements in the 1890s for legislation to protect working people against low wages, long hours and unsafe and unhealthy ‘sweatshop’ conditions. (...) With shades on the political spectrum from pink to red, from ‘progressive’ to ‘revolutionary’, these loosely connected movements won enough elections and passed enough laws to thoroughly frighten their ‘conservative’ and ‘reactionary’ enemies” (IRONS, Peter. *A People's History of the Supreme Court*. New York: Penguin, 2006, p. 254).

a multa e, em uma era *pré-certiorari*, o caso chegou à Suprema Corte dos Estados Unidos. Apesar de ser um caso de pequena repercussão econômica, Joseph Lochner foi representado em seu apelo extremo por uma “bateria” de advogados de Wall Street bancados pela “Associação Estadual de Mestres Padeiros”, justamente por seu potencial de tornar-se um precedente relevante.<sup>59</sup>

A Suprema Corte, pelo Justice Rufus Peckham, escrevendo em nome da maioria estreita de cinco contra quatro, anulou a lei estadual, encontrando na décima quarta emenda à Constituição americana um princípio que protegia a liberdade contratual. Peckham fez várias considerações sobre a inexistência de evidência conclusiva de que as horas a mais trabalhadas efetivamente afetassem a saúde dos trabalhadores, com assertivas como “de acordo com o senso comum, o ofício de padeiro nunca foi considerado como insalubre” e “deve haver mais que o mero fato da possível existência de uma pequena insalubridade para que uma lei possa interferir na liberdade”. Ele conclui que a *intenção* do legislador não era proteger a saúde dos trabalhadores, mas meramente regular os termos de um contrato livremente pactuado entre o patrão e seu empregado.<sup>60</sup>

O Justice John Marshall Harlan divergiu, atacando especialmente os argumentos de Peckham quanto à prova dos danos à saúde do trabalhador em decorrência das longas horas de trabalho dos padeiros junto a fornos. Mas foi Holmes quem viu por trás da retórica e identificou que o que estava em jogo era, em verdade, uma *ideologia*. Peckham, que fora um político extremamente conservador, julgava contra uma lei que ofendia seus princípios da linha *laissez-faire*.<sup>61</sup> Holmes, seguindo a linha de discutir abertamente este tipo de questão, o faz de forma

---

<sup>59</sup> Ibidem, p. 255. Irons relata que um dos advogados de Lochner foi lobista em favor da lei que agora era por ele atacada: “Ironically, one member of his legal team was Henry Weismann, who had lobbied for the law as a union official and now argued against it as counsel for the State Association of Master Bakers, which funded Lochner’s appeal. Weismann later explained his change of clients: ‘When I was young’, he told a New York Times reporter, ‘I was fiery and full of ideals. Later I became a master baker, and, undergoing an intellectual revolution, saw where the law which I had succeeded as a journeyman baker in having passed was unfair to the employers’”.

<sup>60</sup> Supreme Court of the United States. *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905), da opinião da Corte. A conclusão foi nos seguintes termos: “It is manifest to us that the limitation of the hours of labor as provided for in this section of the statute under which the indictment was found, and the plaintiff in error convicted, has no such direct relation to and no such substantial effect upon the health of the employe, as to justify us in regarding the section as really a health law. It seems to us that the real object and purpose were simply to regulate the hours of labor between the master and his employes (all being men, sui juris), in a private business, not dangerous in any degree to morals or in any real and substantial degree, to the health of the employes. Under such circumstances the freedom of master and employe to contract with each other in relation to their employment, and in defining the same, cannot be prohibited or interfered with, without violating the Federal Constitution”.

<sup>61</sup> Ibidem, p. 256. Irons lembra opinião de Peckham em 1889, quando ele estava ainda na Corte de Apelações de Nova York, em que ele denuncia o direito como “vicious in nature, communistic in its tendency”. Segundo William Rehnquist, “Peckham’s statement in the *Lochner* majority opinion that minimum wage laws for men are ‘mere meddlesome interference’ with individual rights sound strange to us today, but it was a good deal less strange to many in the United States in 1906 who had been substantially influenced by Social Darwinist

extremamente contundente, em divergência apartada da de Harlan, declarando que a Constituição não subscreve nenhuma ideologia política ou econômica, de modo que não se poderia dela extrair as razões para derrubar uma lei que se mostrava uma opção legítima e razoável do legislador. De saída, em sua opinião, ele já denuncia a retórica de fachada:

Este caso está sendo decidido com base em uma teoria econômica com a qual grande parte deste país não concorda. Se fosse uma questão de definir se eu concordo com aquela teoria, eu desejaria estudá-la com mais profundidade antes de dar minha opinião. Mas não acredito que é esse o meu dever, porque eu creio de forma veemente que a minha concordância ou discordância não tem relação alguma com o direito da maioria de inserir suas opiniões na lei.<sup>62</sup>

Como um “arqueólogo indo ao subsolo para revelar o que estava enterrado”<sup>63</sup> sob a linguagem legal de Peckham, Holmes sustentou a impossibilidade de o julgador superar, daquela forma, as considerações de ordem política feitas pelo legislador:

(...) não se pretende que uma Constituição endosse uma teoria econômica em particular, seja ela o paternalismo e a relação orgânica entre o indivíduo e o Estado ou o *laissez faire*. Ela é feita para pessoas de visões fundamentalmente diferentes, e o acidente de considerarmos certas opiniões naturais e familiares ou novas e até mesmo chocantes não devem influenciar nosso julgamento sobre a questão de se leis que incorporam essas opiniões conflitam com a Constituição dos Estados Unidos.<sup>64</sup>

Esta conclusão, além da candura, revela a outra face do juiz Holmes que influenciou sobremaneira o direito norte-americano: o *self-restraint*. O que foi até agora exposto sobre a sua postura parece incongruente com outra característica crucial de sua prática jurídica: a deferência ao legislador. Para ele, não havia incongruência alguma em afirmar que o juiz deveria discutir abertamente questões de política em sua decisão, por um lado, e que o juiz deveria prestar deferência à decisão legislativa sobre questões políticas, de outro.

É que Holmes, embora tenha sido alçado a herói do realismo e seja, de fato, um pragmatista do direito, em uma carreira de mais de duas mil decisões apenas poucas vezes julgou de forma que se poderia classificar como “contrariamente ao legislador”. A compatibilidade entre essas duas visões do mesmo fenômeno é bastante simples: a deferência é o ordinário, e a utilização de razões externas ao direito, excepcional. Logo se vê que havia um Holmes “descritivo” — que propugnava a candura dos juízes, que já estavam considerando circunstâncias externas de forma inconsciente — e um “Holmes” normativo, que recomendava

---

doctrine”, que seria uma aplicação do raciocínio darwiniano da sobrevivência do mais apto às relações sociais. Segundo ele (e Irons), Holmes seria, também ele, um “darwinista social” (REHNQUIST, William. *The Supreme Court*. New York: Vintage (Random House), 2007).

<sup>62</sup> SCOTUS, *Lochner v. New York* (cit.), da opinião divergente de Oliver Wendell Holmes Jr.

<sup>63</sup> A comparação é de Max Lerner, *The Mind and Faith of Justice Holmes* (cit.), p. 146.

<sup>64</sup> SCOTUS, *Lochner v. New York* (cit.), da opinião divergente de Oliver Wendell Holmes, tradução minha.

a postura judicial de deferência, em regra, ao legislador, pelo menos quando a questão fosse clara.<sup>65</sup>

Antecipando Hart, Holmes sustentava que a aplicação dos conceitos jurídicos era uma questão mais de “grau” do que de “tudo ou nada”. Embora ele não tenha escrito nada de específico nesse sentido, essa tese é extraída de suas posições externadas ao tratar da responsabilidade civil, especialmente ao tentar delimitar o que seria “*invasão de propriedade*” (*trespass*). Ali ele claramente admite instâncias claras de conceitos e uma zona de penumbra ou incerteza, e declara: “Divisões legais, como as naturais, embora claras no seu desenho geral, quando analisadas a fundo vão acabar na penumbra ou em terreno discutível”.<sup>66</sup>

Holmes certamente pensava que os conceitos jurídicos são geralmente mal delimitados, de fronteiras não muito claras, e esta visão se relacionava com sua bem conhecida insistência, que aparece sempre em suas decisões e escritos, de que muitas disputas jurídicas resultam em questões de grau. Ele achava que a maioria dos conceitos jurídicos tinha instâncias pragmáticas em que eram aplicados de forma tranquila, mas que tinham aplicação cada vez menos clara quanto mais o caso se distanciava do protótipo.<sup>67</sup>

Sua posição fica mais clara quando se considera a famosa metáfora que frequentemente utilizava, de que o juiz atua entre o “molar” e o “molecular”. Em *Southern Pacific Co. v. Jensen*, Holmes diverge novamente da opinião da Corte em um caso de indenização pela morte de um estivador, no qual se discutiu longamente o *propósito* da regra em questão, bem como a aplicação de regras por analogia a casos semelhantes. Em linguagem bastante gráfica, Holmes diverge extensamente, e diz: “Eu reconheço sem hesitação que juízes legislam e devem fazê-lo, mas eles somente podem fazê-lo de forma moderada; eles estão confinados em movimentos entre o molar e o molecular”.<sup>68</sup>

---

<sup>65</sup> GREY, Thomas C. Molecular Motions: The Holmesian Judge in Theory and Practice. *William & Mary Law Review*, v. 37, n. 1, pp. 19-45, 1995.

<sup>66</sup> Oliver Wendell Holmes Jr, *The Common Law* (cit.), p. 114. Em outra passagem: “(...) it can hardly be supposed that a man’s responsibility for the consequences of his acts varies as the remedy happens to fall on one side or the other of the penumbra which separates trespass from the action on the case. And the greater part of the law of torts will be found under one or the other of those two heads” (p. 74).

<sup>67</sup> Thomas C. Grey, *Molecular Motions: The Holmesian Judge in Theory and Practice* (cit.), p. 34, tradução minha.

<sup>68</sup> Supreme Court of the United States, *Southern Pacific Co. v. Jensen*, 244 U.S. 205, 221 (1917), da opinião divergente de Oliver Wendell Holmes, tradução minha. A metáfora foi utilizada em outra decisão, anterior, quando Holmes ainda era Chief Justice na Corte de Massachusetts. Um homem chamado Storti, que havia sido condenado à morte por enforcamento com base em uma lei bastante recente (que mudava o método de execução, antes a cadeira elétrica), recorria e questionava que a Constituição não permitia meios de punição incomuns (*unusual*). Como ninguém havia sido condenado antes à morte por aquele método, o advogado de Storti sustentava que o meio era “incomum” e deveria ser obstado. Holmes decidiu que a pena era de morte, e pouco importava como ela se realizaria: “The suggestion that the punishment of death, in order not to be unusual, must be accomplished by molar rather than by molecular motion seems to us a fancy unwarranted by the Constitution” (Supreme Court of the State of Massachusetts, *Storti v. Commonwealth*, 178 Mass. 549 (1901)).

Na prática, porém, o que ele disse em suas obras do séc. XIX foi mais seguido do que sua postura judicial foi imitada. Benjamin Cardozo foi um de seus sucessores intelectuais, e usualmente “arrastava para a penumbra” leis e doutrinas previamente tidas como sólidas para, em seguida, decidir com mais liberdade, o que ficou conhecido como “aliviar o direito” (*softening the law*).

Holmes usou sua distinção núcleo-penumbra dos conceitos jurídicos de forma extensiva, ampliando a área de discricionariedade judicial ao mostrar que doutrinas jurídicas comumente vistas como firmes eram, na verdade, permeáveis. Esta abordagem — “aliviando” o direito existente em preparação para modificá-lo — foi iniciada por Cardozo e se tornou padrão no ativismo judicial de matriz realista pós-1940. Com sua insistência reiterada de que problemas de grau estavam em todos os lugares no direito, Holmes criou o ambiente conceitual propício para o surgimento da técnica.<sup>69</sup>

Se pudermos chamar a postura judicial de Holmes de uma “tese normativa” de como os juízes devem decidir, é necessário situá-la na atual conformação institucional em que cabe ao Judiciário, em última instância, a interpretação das regras jurídicas e, por conseguinte, a definição do que é o direito. A Suprema Corte dos Estados Unidos, notoriamente, explicitou isso em *Cooper v. Aaron*.<sup>70</sup> O Supremo Tribunal Federal, por diversas vezes, se autoproclamou o “guardião da Constituição” e, recentemente, o Min. Celso de Mello citou Canotilho para dizer que a Corte tem o “monopólio da última palavra”.<sup>71</sup> Mesmo juristas que desconfiam da inventividade judicial sustentam que não há como contornar a supremacia judicial na interpretação do direito.<sup>72</sup>

A conclusão que se segue é que a crítica empírica do realismo jurídico americano é intrínseca ao próprio sistema, à forma como nossas instituições foram construídas: na prática, embora seja possível analisar objetivamente e criticar a argumentação judicial na fundamentação de suas decisões, não há mecanismos *jurídicos* capazes de limitá-la, já que sua efetividade é institucionalmente garantida. É claro que a crítica da comunidade jurídica tem o potencial para conduzir a discussão para uma maior objetividade da argumentação, mas isso vai ser sempre dependente, institucionalmente, de um exercício de autocontenção, como Holmes já propugnava.

---

<sup>69</sup> Thomas C. Grey, *Molecular Motions: The Holmesian Judge in Theory and Practice*. O precedente de Cardozo citado pelo autor é *MacPherson v. Buick Motor Co.*, 111 N.E. 1050 (N.Y. 1916).

<sup>70</sup> *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1 (1958).

<sup>71</sup> STF, ADPF 572, 2020.

<sup>72</sup> ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Frederick. *On Extrajudicial Constitutional Interpretation*. *Harvard Law Review*, v. 110, n. 7, p. 1359–1387, 1997; Idem. *Defending Judicial Supremacy: A Reply*. *Constitutional Commentary*, v. 17, p. 455–482, 2000.

Logo, se o único caminho para racionalizar o problema é institucional, de ordem jurídico-política, o primeiro passo para que essa discussão ocorra de forma eficaz é desenvolver, no âmbito da teoria da argumentação jurídica, a crítica da retórica judicial enquanto dissociada dos fatores reais que levaram à decisão, ainda que tais fatores digam respeito a ideologias políticas ou econômicas ou ao que é percebido como o justo a fazer no caso concreto. Analisar e discutir a adjudicação tomando a argumentação por seu valor de face pode levar, em alguns casos, a um exercício abstrato que é racional apenas no sentido de que se examinam argumentos, mas é irracional se considerarmos que esses argumentos pouco ou nada contribuíram para a determinação do resultado no caso por eles decidido.

## 5. CONCLUSÃO

Holmes acreditava que a *previsibilidade* era um valor caro ao Direito, e por isso tinha tanta relutância em superar precedentes e anular leis. Quando era o caso de fazê-lo, procurava sujeitá-los ao debate franco. Assim, a *incerteza* aqui analisada, que serve de combustível para o ceticismo quanto ao papel das regras na adjudicação, não está em uma suposta incapacidade da linguagem em constranger a decisão judicial, mas na forma como as decisões judiciais são fundamentadas diante da dificuldade de conciliar uma o papel institucional do julgador como de *deferência* ao legislador com a busca de *flexibilidade* na decisão de casos individuais atípicos. A decisão conforme a regra é vista como uma limitação dessa flexibilidade, mas a linguagem é apenas o *meio* para esse constrangimento, que tem origem em uma tese normativa de como as soluções dadas pelas regras devem controlar a adjudicação. A linguagem é *ferramenta* de comunicação normativa, e a abertura que o juiz terá diante desta comunicação normativa tem relação com considerações jurídico-políticas de cada ordenamento.

Como disse Schauer, os casos mais difíceis e que geralmente são utilizados na discussão quanto aos limites da regra como razão para a decisão judicial são justamente os casos *claros*, em que não há dúvida de que a regra é aplicável, mas também parece claro que ela não deveria ser aplicada. Diante da regra clara, mas claramente injusta, os juízes recorrem a toda sorte de argumentos.

Frank cita o que ele chama de um “grande juiz americano”, que teria confessado que, primeiro, ele analisava detidamente os  *fatos*. Depois, procurava decidir o que era o mais  *justo*, e “o senso moral determinava a decisão na metade dos casos”. Apenas em seguida ela procurava uma fundamentação (“*searched the authorities*”).<sup>73</sup> Em casos assim, a fundamentação da decisão pode até ser a mesma que derivaria inferencialmente das razões jurídicas que deveriam controlar o resultado na maioria dos casos, mas também podemos ter a retórica judicial lançando razões que não correspondem aos fatores reais que determinaram a conclusão do Tribunal.

Assim delimitando o objeto da crítica empírica do realismo jurídico americano, é possível ver que as respostas positivistas, inclusive a de Hart, não oferecem solução para o problema, até porque o positivismo jurídico, eminentemente descritivo, não tem uma teoria da adjudicação tão aprofundada. Considerando o ceticismo empírico como a indeterminação no momento da adjudicação, trata-se de algo que precisa ser discutido no âmbito de uma teoria normativa de como os juízes  *devem* decidir, de quais os limites normativos para a atuação judicial. Essa discussão, contudo, somente é possível se os reais fatores determinantes das decisões forem explicitados. A retórica judicial — aqui caracterizada, na linha dos realistas americanos, como uma opaca fachada argumentativa a ocultar as razões de fundo que funcional, pelo menos parcialmente, como móveis de decisões — acaba por impedir a discussão franca do problema.

Disfarçar uma  *escolha* como decorrência inexorável de razões jurídicas não contribui nem para que se tenha uma melhor compreensão da atividade judicial, nem para que se apure a correção da argumentação utilizada na adjudicação — já que a exigência de que as decisões judiciais sejam motivadas tem por propósito, justamente, que elas possam ser submetidas ao escrutínio da comunidade jurídica. Se a regra jurídica pode ser objeto de crítica moral, como argumentava Hart, com muito mais razão uma decisão judicial pode ser objeto de crítica jurídica. Nesse sentido todos convergem: “disfarçar uma  *escolha* por meio de uma linguagem de  *inexorabilidade* obscurece a escolha e assim impede questões sobre  *como* ela foi feita e  *se* ela poderia ter sido feita de forma diferente”.<sup>74</sup>

---

<sup>73</sup> Frank, *Law and the Modern Mind* (New York: Brentano's, 1930).

<sup>74</sup> Frederick Schauer, *Formalism*, p. 514. No original: “To disguise a choice in the language of definitional inexorability obscures that choice and thus obstructs questions of how it was made and whether it could have been made differently”. Mais adiante: “(...) mere citation of the statute as inexorably dictating the result would conceal from the litigants and from society the actual determinative factors. Insofar as we expect the reasons for a decision to be open for inspection (and that, after all, is usually the reason judges write opinions), failure

No início do seu famoso artigo que iniciou o debate com Fuller no final dos anos 1950 nas páginas da *Harvard Law Review*,<sup>75</sup> Hart faz uma homenagem a Oliver Wendell Holmes, que era o homenageado da palestra para a qual ele havia sido convidado: “Holmes às vezes estava claramente errado; (...) mas ele sempre estava errado claramente. Esta é certamente uma virtude soberana na jurisprudência”. Do mesmo modo, espera-se que as Cortes fundamentem de forma clara, acertando ou errando, permitindo, assim, o debate sobre qual a envergadura que se lhes deve conferir.

---

to acknowledge that a choice was made can be criticized because knowing how the choice was made helps to make legitimate the products of the system” (p. 517).

<sup>75</sup> HART, Herbert L. A. Positivism and the Separation of Law and Morals. *Harvard Law Review*, v. 71, n. 4, p. 593–629, 1958.