



O big bang e o realismo jurídico no Brasil

A decisão judicial não é uma singularidade! Sou um daqueles fascinados pelo espaço, pela cosmologia. E o *big bang*, sem dúvida, o modelo mais aceito pelos físicos acerca da origem do universo. No início havia uma singularidade em que tudo nela concentrava-se e, em um instante, ocorreu a grande expansão originando os tipos de matéria, o espaço, o tempo e a gravidade. Mas, para físicos e especialmente para teólogos a pergunta de um bilhão de dólares é: o que havia antes? (Deus, a causa não causada?).

Com essa questão cosmológica pretendo traçar um paralelo ao modelo do realismo jurídico norte-americano que foi incorporado empiricamente no Brasil. Evidentemente, o realismo jurídico não se sustenta como uma teoria do direito. Mas, é um modelo empírico adotado por juízes e tribunais em que transforma o Direito (retirando sua cientificidade) em instrumento (meio) para adoção de finalidades, tornando-o uma modalidade de teoria do poder.

Conceito

Brian H. Bix afirma que: *Realismo jurídico é o rótulo que foi dado a um grupo de teóricos norte-americanos nas primeiras décadas do século 20, que desafiavam as ideias dominantes da época, na academia e na comunidade jurídica, sobre a argumentação e a interpretação judicial e a aplicação da lei*.^[1]

A ideia fundamental do realismo jurídico é a instrumentalidade do Direito como um meio para atingir os resultados socialmente relevantes (na visão do julgador). Nessa perspectiva, há uma afronta à visão formalista do Direito e ao que ficou denominada de "teoria mecânica do direito", a qual baseia-se na formalidade e no silogismo entre o fato apresentado e o Direito posto a ser aplicado.

Para os realistas, tal modelo não é suficiente na busca por um ideal de justiça, ou seja, não basta para a solução do caso o magistrado buscar no ordenamento jurídico normas postas, sendo necessário, com o uso de sua experiência (e até mesmo o conhecimento privado do juiz), trazer elementos, ainda que não jurídicos, para "azeitar" e solucionar o caso concreto. Portanto, há uma separação entre teoria do Direito e prática do Direito (aqui entendido como técnica). Essa separação deu ênfase ao realismo jurídico na decisão judicial.

Movimento antidemocrático

Assim como já escrevi aqui nesta **ConJur**, no artigo denominado [O critério da decisão jurídica é uma questão de democracia](#), o realismo jurídico é um movimento antidemocrático, pois não faz uso de uma criteriológica que respeita, nem mesmo, a separação entre os Poderes do Estado. Desrespeita a teoria das fontes do Direito. Em países em que a legislação é formulada por meio de processo legislativo democraticamente verificável, a lei segue como fonte primária do Direito. Aliás, a lei que reconhece a jurisprudência como fonte do Direito e não a decisão judicial que reconhece a lei.

A Constituição apresenta-se politicamente, historicamente e juridicamente com sua importância superior e atribui a máxima importância à lei. Porém, os realistas não só relativizam as fontes, como também as próprias decisões judiciais depois de proferidas. Nem mesmo os tribunais uniformizam sua jurisprudência; aplicam precedentes quando entendem por bem, senão apenas afirmam tratar-se de precedentes persuasivos.

O realismo jurídico distorce a visão do magistrado, o qual vê o Direito de soslaio. Passa a integrar o magistrado em função nitidamente política, enquanto o Poder Judiciário é Poder político do Estado, mas que não está autorizado a fazer política. Deveras, ao Poder Judiciário cabe o controle concentrado e difuso de constitucionalidade, sendo esta sua função política restrita e, no mais, deve aplicar a lei, pois tanto o Poder quanto seus membros são submetidos à lei nos termos do artigo 5º da Constituição Federal.

Palpites, intuições e visões

Contudo, de forma sorrateira e com a aquiescência dos mais de um milhão de advogados e a omissão da maior parte da doutrina e das academias jurídicas (muitas vezes *enceguecidas* pelo debate político/ideológico), o realismo jurídico toma espaço no Poder Judiciário brasileiro. Com isso, ganham relevo os fatos juridicizados com base na percepção pessoal ou política do julgador (política judicial), que passam a dar azo às “decisões judiciais”• embasadas em palpites, intuições e visões de mundo do magistrado, muitas vezes sem sequer fazer uso de fundamentação jurídica, isto é, passando a ser decisões de autoridade (e não de direito).

Para os realistas mais radicais, não há Direito antes da decisão judicial. É a decisão judicial que cria o Direito. Ora, se não houvesse Direito antes da decisão judicial, então o que daria causa a existir o próprio juiz que lavrará a decisão? Porventura o concurso público não é regulado pelo Direito? Porventura a nomeação e posse do magistrado não são regulados pelo Direito? E houve alguma decisão judicial para isso? E mais, as pessoas quando firmam contrato e cumprem suas cláusulas sinalagmáticas não exercem direitos e deveres? Quando acordamos e ligamos a luz elétrica em nossas residências não acionamos uma relação consumerista com uma concessionária de serviço público ao qual há um contrato? Quando a Administração contrata um privado por meio de licitação e este não cumpre as obrigações sendo punido administrativamente não houve também a aplicação do Direito? Reduzir a existência do Direito ou condicionar sua formulação a decisão judicial é algo absurdo! Apenas criaria incertezas!



No mesmo nível está a afirmação de que o Direito é o que os tribunais dizem o que ele é. Ainda que adotada a teoria de Niklas Luhmann [2] acerca da centralidade do tribunal no sistema do Direito, a meu ver, necessário realizar uma distinção, qual seja: sistema do Direito é uma coisa e ordenamento jurídico é outra.

Quando Luhmann fala do sistema do direito refere-se a um dos sistemas sociais, tais quais: sistema da economia, sistema da religião, sistema educacional, dentre outros. E cada um desses sistemas possui um código próprio de atuação e diferenciação, bem como organizações próprias. No caso do Direito o código é o lícito/ilícito ou constitucional/inconstitucional, sendo suas organizações bem conhecidas: tribunais, ministério público, advogados, defensorias, procuradorias etc.

O fato de o tribunal estar no centro e os demais na periferia não significa validar o realismo jurídico, ao contrário, Luhmann não se preocupa com o "como se decide" a questão jurídica, mas preocupa-se com "quem decide" a questão jurídica. Da centralidade dos tribunais no sistema social do Direito. Destarte, o "como decide" é uma questão da teoria do Direito e "quem decide" é uma questão da sociologia do Direito.

Essa é uma noção importante, pois se o tribunal está no centro do sistema jurídico, o parlamento está no centro do sistema político, sendo este a fonte primária do Direito. Uma vez produzida a lei (fonte formal e primacial do Direito) não pode o magistrado com sua visão realista querer atualizá-la ou derrogá-la com base em sua experiência. Para os realistas, o magistrado pode

exercer um controle sobre a lei vigente com base na razão material de sua existência, o que para os formalistas é uma atuação política que cabe exclusivamente ao parlamento. Salvo, se por uma questão de mutação constitucional a lei tornar-se inconstitucional.

Positivismo jurídico

Ora, mesmo Oliver Wendell Holmes (1841-1935), tido por um dos principais realistas, não defendia uma atuação judicial ilimitada. O que, assim como no modelo do *Big Bang*, houve por parte dos realistas uma expansão quase sem limites. Mas assim como no modelo do *Big Bang* pergunta-se sobre o antes.

No caso do Direito, é uma pergunta fácil de ser respondida. Antes da decisão judicial, queiram ou não os realistas, há Direito! Não há um não Direito? Pois até mesmo para que haja a decisão jurídica há um processo (judicial) precedente que é regulado pelo próprio Direito. O juiz em sua atuação está limitado por regras de atribuições e competências que são regras jurídicas. E mesmo para tornar-se juiz há um Direito precedente.

Esse realismo jurídico não passa de um positivismo jurídico, o qual possui como elementos fundamentais o livre convencimento do juiz e a livre apreciação da prova. Esses elementos são retoricamente utilizados para contrariar o sistema de provas tarifadas, mas são instrumentos diários de discricionariedade judicial forte que leva ao autoritarismo judicial nos foros em geral.

O livre convencimento do magistrado, em última análise, transforma cada juiz em uma singularidade, enquanto os magistrados fazem parte de um sistema do Direito (democrático). Hobbes, em seu *Leviatã*, já cuidava do “decisionismo”, e mesmo Carl Schmitt[3], ao criticar Kelsen, não deixa escapar o fato de que ideias personalíssimas possuem raízes históricas na monarquia absolutista (aqui insiro a decisão de acordo com a consciência).

A decisão judicial não pode ser ato de vontade, mas deve ser ato de conhecimento. Até porque a verdade científica não é uma questão de vontade ou de convenção (crítico numérico), mas de conhecimento!

Lenio Streck afirma que: *“Portanto, a decisão judicial – no âmbito do realismo jurídico – passa a partir do Direito; é o juiz quem constrói um Direito novo, parte um fato social (daí o positivismo jurídico, alcunha criada por Luis Alberto Warat). Dessa forma, a vida do Direito é ‘experiência’ (um Direito empiricamente praticado, seguido, aplicado)”*[4].

No modelo do realismo jurídico, também compreendido como positivismo jurídico, há uma relativização das normas jurídicas. Há um problema na intersubjetividade da linguagem do Direito, ao passo que pretende-se resolver a questão jurídica por meio da singularidade da autoridade judiciária, retirando, desta forma, a autonomia do Direito.

Com essa relativização dos institutos e conceitos jurídicos e liquefação semântica dos signos, passa o tribunal a ser a singularidade do sistema jurídico, e não mais apenas o seu centro. E se cada magistrado ou tribunal é uma singularidade, não há coerência no Direito, não há integridade.



Visão esta que é desconstruída pela teoria da integridade de Ronald Dworkin e pela teoria da crítica hermenêutica do direito (CHD) de Lenio Streck. Assim como o modelo do *Big Bang* desbancou outros modelos cosmológicos.

Em reforço à minha argumentação, invoco o físico brasileiro Marcelo Gleiser, mundialmente reconhecido e professor titular de filosofia natural, física e astronomia da Dartmouth College (EUA), que afirma: *“O Big Bang não era o único modelo na praça. Outros modelos cosmológicos, descrições matemáticas do Universo baseadas nas leis da física, haviam sido propostos. Um deles, chamado modelo do estado padrão, argumentava que o cosmo tinha uma idade infinita, isto é, que era eterno e que não mudava com a passagem do tempo. Porém, de todos eles, apenas o Big Bang era capaz de explicar de forma natural a existência da radiação descoberta por Penzias e Wilson”*.⁵

Desvio de finalidade

A decisão judicial (prefiro dizer decisão jurídica) não é um acidente. Quero dizer, não é um acaso, uma aleatoriedade do magistrado de plantão. Senão, bastaria lançar uma moeda ao alto! Há o princípio da segurança jurídica, assim como existem os princípios filosóficos da causalidade e da imputação. É necessário o mínimo de previsibilidade. Portanto, o ordenamento jurídico possui uma consciência própria no que tange às suas normas e essa consciência é expressada na intersubjetividade da linguagem dos juristas e não na linguagem privada do juiz. Não há singularidade no Direito! No Direito não existem deuses, nem a “partícula de Deus”. No Direito só existem normas aplicadas por pessoas humanas feitas da matéria mais comum que há no cosmos, isto é, carbono.

Desta forma, o modelo do realismo jurídico não apresenta critérios objetivos e democráticos e o jurisdicionado deve confiar na experiência do juiz, no seu conhecimento privado, na sua visão de mundo (e ideologias), em sua noção de justiça. Contudo, não é o que esperamos em um Estado Democrático de Direito e o que prescreve a Constituição da República de 1988.

Há a necessidade da academia, advogados e juristas realizarem a divulgação científica pertinente para demonstrar que a aplicação do modelo do realismo jurídico no Brasil é um ato atentatório à vida democrática, sendo um desvio de finalidade do Poder Judiciário.

Na física pergunta-se a razão da existência ao invés do nada. Se antes do *Big Bang* nada existia e na antiga filosofia grega já se afirmava que do nada, nada se cria. Há um paradoxo, que no Direito facilita logicamente afirmar que a decisão jurídica/judicial não surge do nada, entretanto, esta origem jurídica imanente não é, e não pode ser, a consciência do juiz. A consciência do ser humano é um local privado, sendo que um Direito democrático só pode emanar de um lugar público, qual seja: a intersubjetividade interpretativa do ordenamento jurídico posto. O Direito não é uma relação de força direta, não é uma vassalagem.



-
- [1] BIX, Brian H. **Teoria do direito**: fundamentos e contextos. Tradutor: Gilberto Morbach. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 231.
- [2] LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução: Paulo Krieger. Tradução das citações em latim: Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016.
- [3] SCHMITT, Carl. **A crise da democracia parlamentar**. Tradução: Inês Lohbauer. São Paulo: Scritta, 1996. p. 104-105.
- [4] STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário senso comum**: mapeando as perplexidades do Direito. São Paulo: Editora Dialética, 2023. p. 187.
- [5] GLEISER, Marcelo. **Criação imperfeita**: cosmo, vida e o código oculto da natureza. 11 ed. Rio de Janeiro: Record, 2019. p. 73.

Autores: Marco Antonio da
Silva