

Título: Realismo Jurídico Norte-Americano e Ceticismo

Autor: José Renato Gaziero Cella

Palavras Chaves: HISTÓRIA DO DIREITO – CRISE DA RAZÃO – CETICISMO – RELATIVISMO – REALISMO JURÍDICO – ERRO JUDICIÁRIO – JUSTIÇA

RESUMO

A filosofia, na sua origem, buscava encontrar respostas racionais para explicar o devir do mundo e o sentido da vida, sendo que, no decorrer da história da civilização ocidental, foi suplantada, sob a ótica das massas, pela techno-ciência relativamente às explicações do mundo e pelo cristianismo relativamente ao sentido da vida. Porém a modernidade leva ao desencanto da segurança que era proporcionada pela metafísica – em especial aquela do cristianismo – e a ciência, sobretudo a partir da explosão de bombas atômicas, deixa de ser o porto seguro que prometia ser no século XIX. Diante disso o ceticismo filosófico, que havia sido relegado ao ostracismo sobretudo a partir de DESCARTES, retorna com vigor no século XX, o que gera influências significativas também no pensamento jurídico que se produziu no século que se findou recentemente. Essa influência se faz presente no positivismo jurídico que teve lugar no século XX, mas também na corrente de pensamento produzida nos Estados Unidos da América denominada de realismo jurídico, cujas características são o objeto central desta comunicação. Para os realistas, a forma como os juízes tomam suas decisões não se dá por meio de uma dedução lógica, ainda que a forma das sentenças se assemelhe a um silogismo. Para esses autores, com efeito, o juiz não parte de alguma regra ou princípio como sua premissa maior, toma os fatos do caso como premissa menor e chega a sua resolução mediante um puro processo de raciocínio. Para eles, ao contrário, o juiz — ou os jurados — tomam suas decisões de forma irracional — ou, pelo menos, arracional — e posteriormente as submetem a um processo de racionalização. A decisão, portanto, não se baseia na lógica, mas nos impulsos do juiz que estão determinados por fatores políticos, econômicos, sociais e, sobretudo, por sua própria idiosincrasia. Diante dessa constatação, os realistas sustentam que a grande preocupação dos juristas não se deve prender a questões de direito, mas sim a juízos de fato, haja vista que é exatamente na fixação das provas que as maiores injustiças são cometidas em face de possíveis erros judiciários, e isso em virtude das seguintes razões pelas quais a comprovação dos fatos é problemática: a) as testemunhas não raciocinam uniformemente ante os fatos passados objeto de seu testemunho; b) habitualmente as testemunhas dão ao tribunal versões contraditórias sobre esses acontecimentos; c) os fatos de um caso são declarados tais pelos juízes de primeira instância ou pelo júri, em função da credibilidade que concedem a alguns testemunhos e que negam a outros; d) há pouca uniformidade na formação dessas crenças de juízes ou júris; e) essas crenças determinam a sorte da maioria dos litigantes porque: quando se apela das decisões, os tribunais superiores aceitam usualmente as crenças dos tribunais de primeira instância; f) essas crenças são, amiúde, as crenças dos juízes e dos júris, pois as convicções reais permanecem ocultas sob a intuição integral e indiferenciada dos diversos testemunhos produzidos ante os juízes e os júris; e g) por último, as sentenças não enunciam explicitamente em seu corpo, ou seja, a ninguém é dado conhecer, as crenças, reais ou aparentes, que determinaram a decisão. Isso coloca o tribunal na completa tarefa de adivinhar as razões pelas quais os juízes e os júris deram credibilidade a alguns testemunhos e a negaram a outros. Disso decorre sua renúncia em revisar os fatos declarados pelo tribunal inferior, limitando-se a efetuar um exame do direito aplicável aos fatos do caso, declarados tais pelo juízo de primeiro grau.

REALISMO JURÍDICO NORTE-AMERICANO E CETICISMO¹

José Renato Gaziero Cella²
www.cella.com.br

Sumário: Introdução. 1. Crise da Razão no Século XX. 2. Ceticismo e Tolerância. 3. Direito e Ceticismo: o Realismo Jurídico Norte-Americano. 4. Considerações Finais. 5. Referências Bibliográficas.

Introdução

Um dos grandes problemas existentes e que ainda persiste no âmbito jurídico — que tem ocupado pensadores desde a antigüidade — é a questão, já clássica, da justiça. O que é a justiça?

Essa que já foi uma pergunta recorrente no âmbito de atuação daqueles que, no decorrer da história, fizeram do direito seu objeto de trabalho ou de estudo, com o advento do positivismo jurídico e, principalmente, a forma por ele assumida no século XX, deixou quase que completamente de se fazer presente no cotidiano do foro, em que o advogado, quando invoca o texto apropriado da lei, fica relativamente tranqüilo porque esta constitui ponto de partida seguro para o seu trabalho profissional. Da mesma forma, quando o juiz proclama a sua sentença, e a apóia cuidadosamente em textos legais, tem a certeza de estar agindo corretamente, pois fundamenta sua convicção em cânones que devem ser reconhecidos como obrigatórios.

Ocorre que, sobretudo a partir da década de 1950, o problema da justiça volta à tona e se insinua, inclusive, no âmbito de atuação dos juristas. A busca da solução mais justa possível para pôr termo a conflitos sociais, sobretudo a procura de algum critério que indique os caminhos para que isso se torne possível, volta a estar, mais do que nunca, na ordem do dia dos juristas, implicando mesmo a reconciliação entre filósofos e juristas, antes divorciados.

A presente comunicação buscará traçar um paralelo entre a postura cética e relativista do realismo jurídico norte-americano e a crise por que passou e tem passado a razão a partir do século XX, crise que, ao perturbar os alicerces do grande edifício do pensamento ocidental que teve origem com o surgimento da filosofia na Grécia, tem posto em

¹ Comunicação apresentada no I Congresso Brasileiro de História do Direito, que teve como tema “Justiça e Gestão do Estado”, promovido pelo Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina - CPGD/UFSC; pelo Grupo de Pesquisa em História e Cultura Jurídica da Cátedra Aberta da Fondazione Cassamarca; e pelo Instituto Brasileiro de História do Direito - IBHD; realizado em Florianópolis-SC nos dias 08 a 11 de setembro de 2005, com exposição em 10 de setembro de 2005.

² Doutorando em Filosofia e Teoria do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná - UFPR, Professor Adjunto de Filosofia Jurídica e Introdução ao Estudo do Direito na Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC/PR.

cheque as possibilidades de defesa de um agir racional nas amplas áreas do conhecimento, inclusive no âmbito jurídico no pertinente à sua incessante busca pela justiça.

Para tanto, o tema será tratado sob uma perspectiva histórica, em que será vista a forma pela qual os realistas norte-americanos lidaram com as consequências do niilismo ocidental. Em termos metodológicos, acredita-se que é possível reconstruir de maneira razoavelmente objetiva uma corrente filosófica, ainda que muitos pontos possam permanecer indeterminados e sujeitos à controvérsia. Diferentemente da filosofia jurídica, a história do direito é uma ciência empírica. Enquanto a filosofia discute sobre seu objeto, a história do direito tem um objeto bem definido: aquilo que foi pensado e escrito por filósofos do passado.

Os problemas mesmos que o filósofo e o historiador do direito tentam resolver são bastante diferentes. Para o historiador do direito, o problema a ser interpretado tem mais ou menos a seguinte forma: como o conceito X se articula no interior do pensamento de Y? Por exemplo, qual a concepção de substância na filosofia de Aristóteles? No entanto, o filósofo buscará responder a uma pergunta diferente: o que é X? Ou seja, no exemplo, o que é uma substância? Assim, os meios pelos quais se tenta responder a cada uma dessas questões serão diferentes. Tudo isso não significa que o trabalho do historiador não seja relevante para o filósofo e vice-versa. Parece bastante óbvio que sim, não somente porque sem o filósofo do direito e sem os juristas não haveria uma história da filosofia jurídica e uma história do direito a serem estudadas, mas também porque não haveria filosofia do direito sem uma profunda reflexão sobre o legado do passado filosófico.

Contudo, a mútua relevância não deve obscurecer as evidentes diferenças entre a tarefa do historiador e as tarefas do jurista e do filósofo do direito. Propõe-se, neste trabalho, somente a tarefa do historiador, que, embora menos pretensiosa que a do filósofo, nem por isso deixa de ser árdua, complexa e apaixonante.

1. Crise da Razão no Século XX

Quando se fala em crise da razão logo vem à tona, ao menos em meios acadêmicos, a idéia de um fenômeno que teve lugar no século XX³, crise essa que tem sido associada como uma característica típica — senão a mais importante — da *pós-modernidade*, ainda que até hoje não haja um acordo acerca do vem a ser essa pós-modernidade e se os

³ “A situação filosófica contemporânea (...) tem sido marcada, desde os finais do século XIX, pelo estigma da crise e, muito particularmente, da crise do sujeito e da razão” (CARRILHO, Manuel Maria. **Jogos de Racionalidade**, p. 9).

tempos modernos efetivamente chegaram ao fim, ou ainda, como no caso do Brasil, chegaram a se iniciar de fato.

Sem entrar nessa polêmica, a questão que ora se coloca é a de saber o motivo pelo qual se tem dado tanta importância aos ataques que a razão sofreu no século que acaba de terminar e que parece que continuará sofrendo inclusive neste novo século, uma vez que desde os primórdios do pensar filosófico a razão convive com o incômodo da dúvida cética, dúvida essa que em determinado momento (com o racionalismo inaugurado por DESCARTES) — paradoxalmente — tornou-se o ponto de partida do pensamento filosófico.

Por que então somente agora, após mais de dois milênios de ataques constantes, a razão entra em crise?

A tentativa de uma resposta a essa questão pode ser feita a partir de uma análise do próprio surgimento da filosofia, da sua meta e de que forma essas metas foram (se é que foram) alcançadas ao longo da história do pensamento.

Não se pretende aqui fazer uma análise rigorosa e exaustiva do contexto de surgimento e desenvolvimento da filosofia, mas sim partir de algumas impressões que podem levar a uma compreensão da crise sofrida pela razão no século XX.

Segundo ARISTÓTELES, a filosofia nasce do espanto causado em face dos acontecimentos do mundo⁴, daquilo que é imprevisível, do devir. Em um primeiro momento o homem cria o mito para que este dê conta do caos existente, buscando um sentido de ordem. Porém, os mitos sobrevivem de crenças que facilmente podem ser destruídas e não possuem a radicalidade que a filosofia, desde o início, propôs-se a buscar, ou seja, “a idéia de um *saber que seja irrefutável*; e que seja irrefutável não porque a sociedade e os indivíduos nele tenham fé ou vivam sem dele duvidar, mas porque *ele próprio* é capaz de rebater *todos* os seus adversários. A idéia de um saber que não pode ser negado nem por homens nem por deuses, nem por mudança dos tempos ou dos costumes. Um saber absoluto, definitivo, incontroverso, necessário, indubitável.”⁵

Através da *episteme*, prevendo e antecipando o devir da vida, o homem liberta-se do terror, tornando previsível o que antes era imprevisível. A *episteme* surge como o grande remédio contra o terror da vida.

Essa tentativa de tornar previsível o imprevisível vai culminar na ciência moderna e na organização contemporânea científico-tecnológica da experiência, que tornou-se um outro grande remédio contra o terror da vida, mesmo não tendo a mesma pretensão da

⁴ ARISTÓTELES. *Metafísica*, A 2, 982 a 29 - b 22, p. 11.

⁵ SEVERINO, Emanuele. *A filosofia antiga*, p. 19.

episteme, ou seja, um conhecimento que dê conta da totalidade, que possua a pretensão de verdade incontrovertida.

Também o cristianismo se apresentou como um remédio contra a infelicidade e a dor, mas um remédio ultramundano e transcendente. Daí a capacidade que o cristianismo teve de se comunicar com as massas que a filosofia não possui.

Porém, tanto o cristianismo quanto a tecno-ciência, ou ainda, toda a civilização ocidental, cresce no seio da dimensão aberta, de uma vez por todas, pela filosofia grega: a busca de um saber irrefutável que torne previsível o devir da vida, a *episteme*.

É justamente contra a idéia da filosofia como *episteme* que, desde a antiguidade, passando pela Idade Média e pela modernidade, que vão se insurgir os pensadores contemporâneos, dentre os quais Friedrich Wilhelm NIETZSCHE parece ser o mais radical.

Para NIETZSCHE, o gigantesco edifício construído pela cultura e pela civilização ocidentais para proteger o homem do caos e da irracionalidade do devir (edifício que culminaria e se resumiria no conceito de Deus) acabou por sobrecarregar a existência do homem, dotando-a de um peso ainda mais insuportável do que aquele que é constituído pela própria ameaça do devir.

A origem, o sentido, a causa, o fundamento, a lei, a realidade imutável e divina evocados pela *episteme* formam o remédio contra o terror provocado pela imprevisibilidade do devir, mas por vezes possuem uma aparência terrível, pois ao prever e antecipar o devir, acabam por o anular e por destruir juntamente com ele a própria vida do homem.

O homem surge assim perante si próprio como a mais inquietante e imprevisível das coisas, mas o remédio que ele encontra acaba por lhe surgir como um suicídio. O remédio destrói a vida, pois sendo o homem imprevisibilidade, ao querer se tornar previsível, acaba por libertar-se de si próprio mediante a destruição de si mesmo.

Daí a afirmação de NIETZSCHE de que o remédio foi pior do que o mal, de onde Jean-Paul SARTRE pôde dizer que se Deus existe, o homem não pode viver.⁶ Esse é o pensamento que pode ilustrar o aspecto mais característico do niilismo contemporâneo.

O niilismo mostra que a humanidade está aqui, no mundo, literalmente abandonada, porém, este niilismo está voltado para a realização do homem, para libertá-lo das correntes que o impediam de viver, para libertá-lo de Deus.

O niilismo é justamente a recusa de resposta aos porquês metafísicos, pois percebe que não há um fim a ser atingido.

⁶ Cf. SARTRE, Jean-Paul. **O existencialismo é um humanismo**, p. 22 e ss.

Segundo NIETZSCHE, todas as grandes construções do saber tradicional acerca dos princípios, da metafísica, da arte, da moral, dos valores da sociedade, das normas de conduta dos indivíduos, permitem tornar suportável a vida. São os instrumentos fundamentais com os quais o homem tentou atingir o prazer, fugindo à dor, instrumentos esses que permitiram também ao homem sobreviver. Mas são uma grande simulação, pretendem se passar por verdade, porém nada mais são que mentiras e ilusões úteis à sobrevivência, erros vitais disfarçados de verdade.

A busca de um fim, uma verdade que dá sentido à existência, já é o próprio niilismo, por ser esta tarefa impossível de ser atingida. Por isso Deus, como criador de um sentido, também é desmascarado. Desse modo, o erro vital, o nada que move a cultura ocidental, é o próprio Deus.

O único mundo é esse que se apresenta ameaçador e aterrorizante, em que a certeza do homem tem como conteúdo a ameaça e a imprevisibilidade caótica e irracional das coisas.

Para NIETZSCHE, a história do Ocidente é a história de um grande erro, em que a grande mentira culminou em Deus, à medida que houve a pretensão de afirmá-lo como causa e finalidade do mundo. Na origem já se encontra o fim, mas o mundo, tal qual é, não tem sentido e nem um fim a ser alcançado:

“O mundo subsiste; não é nada que venha ser, nada que perece. Ou antes: vem a ser, perece, mas nunca começou a vir a ser e nunca cessou de perecer, — *conserva-se* em ambos... *Vive* de si próprio: seus excrementos são seu alimento.”⁷

Vale dizer que não só o pensamento filosófico abalou a auto-estima do homem e a sua razão, mas também a própria Ciência Moderna. Com efeito desde GALILEU, quando se revelou que não estávamos no centro do universo como imaginávamos, nossa *vaidade* já ficara abalada. Mas isso foi pouco se comparado às teorias de Sigmund FREUD e Charles DARWIN que, respectivamente, expulsaram-nos do centro da *criação* e do controle de nossas faculdades mentais. As filosofias da linguagem igualmente abalaram o edifício das crenças do homem moderno ao demonstrarem a arbitrariedade dessas crenças a partir de análises lingüísticas.

No entanto não se quer afirmar que foram as reflexões filosóficas e as descobertas científicas que geraram a crise da razão no século XX. Ao contrário do que se possa imaginar,

⁷ NIETZSCHE, Friedrich. **O eterno retorno**, § 1066, p. 176.

as teorias não surgem do acaso, mas em função de circunstâncias historicamente situadas numa área geográfica: o Ocidente.

O início do século XX foi também o início de uma crise entre as potências neocolonialistas, cujas conseqüências fizeram daquele século, segundo Eric HOBSEBAWM, o “...mais assassino de que temos registro, tanto na escala, freqüência e extensão da guerra que o preencheu, mal cessando por um momento na década de 1920, como também pelo volume único de catástrofes humanas que produziu, desde as maiores fomes da história até o genocídio sistemático”.⁸

Certamente o pensamento contemporâneo, que afirma o colapso da razão — ao menos da razão como *episteme*⁹ — foi condicionado pelo já nascente colapso dos sistemas políticos vigentes e conseqüentes crises internacionais. O fato é que, ainda segundo HOBSEBAWM, material e moralmente os grandes Impérios Europeus chegaram ao século XX em declínio:

“... Ao contrário do ‘longo século XIX’, que pareceu, e na verdade foi, um período de progresso material, intelectual e *moral* quase ininterrupto, quer dizer, de melhoria nas condições de vida civilizada, houve, a partir de 1914, uma acentuada regressão dos padrões então tidos como normais nos países desenvolvidos e nos ambientes da classe média e que todos acreditavam piamente estivessem se espalhando para as regiões mais atrasadas e para as camadas menos esclarecidas da população.”¹⁰

HOBSEBAWM prossegue:

“Ainda mais óbvia que as incertezas da economia e da política mundiais era a crise social e moral, refletindo as transformações pós-década de 1950 na vida humana, que também encontraram expressão generalizada, embora confusa, nessas Décadas de Crise. Foi uma crise das crenças e supostos sobre os quais se apoiava a sociedade moderna desde que os Modernos ganharam sua famosa batalha contra os Antigos, no início do século XVIII: uma crise das teorias racionalistas e humanistas abraçadas tanto pelo capitalismo liberal como pelo comunismo e que tornaram possível a breve mas decisiva aliança dos dois contra o fascismo, que as rejeitava.
(...).

Contudo, a crise moral não dizia respeito apenas aos supostos da civilização moderna, mas também às estruturas históricas das relações humanas que a sociedade moderna herdara de um

⁸ HOBSEBAWM, Eric. **Era dos extremos: o breve século xx: 1914-1991**, p. 22.

⁹ “Voltemos, então, à ‘crise da razão’. Se confinada ao domínio da filosofia, ‘crise da razão’ é uma expressão que só é pertinente à razão clássica, isto é, àquela que, dizendo que este mundo da nossa vida comum é mero aparecer, pretendeu transcendê-lo e descobrir o mundo do ser. O diagnóstico de que há uma tal crise reflete a tomada de consciência de que a tentativa de transcender o terreno metafisicamente neutro não logrou os resultados desejados de conhecer a ‘estrutura do mundo’ ou de estabelecer teses incontestes sobre a ‘natureza das coisas’. Essa tomada de consciência, contudo, só tem o sabor de uma crise quando ainda se deseja uma outra racionalidade que estabeleça, de alguma maneira, uma tese metafísica. A possibilidade de se falar em uma ‘crise da razão’ mostra que a filosofia atual, em que pese sua ‘virada lingüística’, ainda não se acha completamente livre de alguma forma de dogmatismo, o que talvez possa explicar boa parte das discussões e da ambigüidade de alguns pensamentos. Para o cético, essa situação antes expressa a própria condição da filosofia dogmática e a necessidade de sua vigilância constante: uma vez que se perdem os parâmetros da nossa racionalidade e se penetra nas trevas da imaginação delirante, nada mais natural do que a proliferação insensata de opiniões” (SMITH, Plínio Junqueira. **Ceticismo filosófico**, p. 254).

¹⁰ HOBSEBAWM, E. Obra citada, p. 22.

passado pré-industrial e pré-capitalista e que, agora vemos, haviam possibilitado seu funcionamento. Não era a crise de uma forma de organizar sociedades, mas de todas as formas. Os estranhos apelos em favor de uma ‘sociedade civil’ não especificada, de uma ‘comunidade’, eram as vozes de gerações perdidas e à deriva. Elas se faziam ouvir numa era em que tais palavras, tendo perdido seus sentidos tradicionais, se haviam tornado frases insípidas. Não restava outra maneira de definir identidade de grupo senão definir os que nele não estavam.

Para o poeta T. S. Eliot, ‘é assim que o mundo acaba — não com uma explosão, mas com uma lamúria’. O Breve Século XX se acabou com os dois.”¹¹

2. Ceticismo e Tolerância

Segundo Eduardo A. ZANNONI, a crise que se abateu sobre a razão, por outro lado, também teve bons frutos:

“Neste estado de coisas sobrevem (...) a angústia que vive o primeiro quarto do século XX com a primeira guerra mundial que, na ordem jurídica e filosófica, implicou uma revisão profunda das verdades que a razão havia pretendido extrair de seu próprio afã dedutivo. Contudo, esta mesma razão era impotente para conduzir a realidade, a história, a humanidade, pelos caminhos da paz, da solidariedade, da justiça.

Esta angústia será frutífera para o pensamento.”¹²

Um dos frutos decorrentes da crise sofrida pela razão — sobretudo em face dos acontecimentos históricos acima narrados — foi justamente o abandono da defesa da possibilidade de uma ciência dogmática encastelada em princípios normativos rígidos e inflexíveis, que deveria se impor como verdade monolítica.¹³

Com efeito, as tentativas dogmáticas de se fundar conhecimentos ficaram abaladas. Os dogmáticos passaram a ser acusados de absolutistas, fundamentacionistas,

¹¹ HOBBSAWM, E. Idem, p. 20-21.

¹² ZANNONI, Eduardo A. **Crisis de la razón jurídica**, p. 76.

¹³ Bento PRADO JR. menciona a crise por que passaram as ciências dogmáticas ao falar do neopositivismo: “Mas, nos Estados Unidos, pelo menos, que acolheu no fim da década de 30 muitos filósofos de língua alemã inspirados pelo Círculo de Viena, que fugiam do nazismo, instalou-se uma inegável hegemonia do neopositivismo na epistemologia em geral, da física às ciências sociais. Mais do que isso, a filosofia importada parecia encontrar terreno propício, como se houvesse uma harmonia preestabelecida entre o empirismo lógico, de um lado, e, de outro, o behaviorismo de origem norte-americana ou a prática de uma economia positiva limitada e quantificável. Fora dos modelos matemáticos e das evidências empíricas não haveria salvação.

Logo, todavia, o programa neopositivista começou a fazer água por todos os cantos, e a exibir suas limitações com a crise dos dogmas da imaculada concepção e da imaculada observação. Quine, por exemplo, acerta seu tiro no coração, mostrando a impossibilidade de traçar uma linha nítida entre proposições analíticas e proposições sintéticas, entre o que é puramente lógico e o que é puramente empírico. Por outro lado, os filósofos como N. R. Hanson, uma nova filosofia da ciência caminha na mesma direção, insistindo na ‘impregnação teórica’ dos dados observacionais. Na Alemanha a querela do positivismo opunha dialética e hermenêutica ao ‘pós-positivismo’ de Popper (já que sacrificara o famoso princípio da verificação), substituindo-o pelo oblíquo critério da falsificabilidade, que fornece uma idéia mais dúctil de demarcação. Nos países de língua inglesa, os filósofos da física — recuperando a epistemologia comparada de Duhem e de Alexandre Koyré — reintroduzem a história da ciência no coração da epistemologia e, com ela, a idéia da multiplicidade dos paradigmas. Em todos os casos, é o ideal da *unified science* que entra em crise.

É para uma concepção mais larga da Razão e da Ciência que se voltam então os espíritos. Ou, pelo menos, para o reconhecimento do fato incontornável de um mínimo de pluralismo ou de perspectivismo metodológico, que compromete a hegemonia do ideal de toda a ciência unificada no estilo da *hard science*” (PRADO JR., Bento. **Retórica na economia**, p. 7-8). Sobre o tema, ver ainda CARRILHO, M. M. Obra citada, p. 23 e ss.

objetivistas. Em contrapartida os céticos e seu relativismo ganham um novo fôlego e passam a resgatar toda a sua tradição milenar.¹⁴

Segundo Osvaldo PORCHAT Pereira, todas as tentativas até hoje de se fundar um saber racional em busca da verdade nada mais foram que esforços de combate contra o ceticismo. Para tanto:

“...a filosofia dogmática inventou a teoria do conhecimento: elaborou a temática da verdade, distinguiu entre o evidente e o não-evidente e formulou uma noção de evidência, introduziu a noção de critério da realidade e verdade e distinguiu espécies de critérios, construiu uma concepção do ser humano enquanto sujeito do conhecimento e procedeu ao estudo de suas faculdades, demorou-se na análise da sensibilidade e entendimento enquanto fontes privilegiadas do nosso alegado conhecimento e apreensão do real, desenvolveu uma doutrina da representação e, particularmente, da representação ‘apreensiva’, analisou cuidadosamente os procedimentos inferenciais que alegadamente nos conduzem da esfera da evidência comum ao domínio das realidades não-evidentes, por meio de signos ou de demonstrações. E construiu toda uma teoria dos signos e toda uma lógica da demonstração.”¹⁵

Diante das novas circunstâncias históricas que caracterizaram o século XX, as filosofias dogmáticas, antes prestigiadas, passaram a ser vistas com desconfiança, ocorrendo o inverso com o ceticismo.

Com efeito, a partir da crise de auto-estima que afligiu a humanidade em face do impacto causado por obras como as de DARWIN, FREUD, NIETZSCHE, bem como pelas filosofias da linguagem, crise que se agravou a partir das explosões de duas bombas atômicas no Japão em 1945, a partir do que a própria tecno-ciência perdeu a credibilidade de que dispunha, foi o fundamentacionismo que passou a ser visto como uma postura insana (predicado este que tradicionalmente era atribuído ao ceticismo), sendo que as pretensões de “...querer tudo justificar, tornar-se-ia um empreendimento insensato, porque completamente irrealizável, não podendo senão levar a uma regressão ao infinito. O exercício hiperbólico da crítica é insensato porque, na sua ânsia de absoluto, dissocia pensamento e contexto, negligencia as exigências da ação no pensamento, as suas interações constantes e deixa, afinal, escapar a exigência de continuidade sem a qual o exercício da razão se tornaria incompreensível.”¹⁶

¹⁴ “O ceticismo como concepção filosófica e não como uma série de dúvidas relativas a crenças religiosas tradicionais, teve sua origem no pensamento grego antigo. No período do helenismo as várias observações e atitudes de filósofos gregos de períodos anteriores foram desenvolvidas, formando um conjunto de argumentos, estabelecendo que (1) nenhuma forma de conhecimento é possível; ou que (2) não há evidência adequada ou suficiente para determinar se alguma forma de conhecimento é ou não possível e que, portanto, devemos suspender o juízo acerca de todas as questões relativas ao conhecimento” (POPKIN, Richard. **História do ceticismo de erasmo a spinoza**. p. 13).

¹⁵ PEREIRA, Osvaldo Porchat. **Ceticismo e argumentação**. In: Vida Comum e Ceticismo, p. 224. O mesmo artigo também consta em CARRILHO, M. M. (Org.). **Retórica e comunicação**, p. 123-164.

¹⁶ GRÁCIO, Rui Alexandre. **Racionalidade argumentativa**, p. 44.

Conforme mencionado acima, a própria tecno-ciência, antes vista como um campo dotado de uma saber inabalável¹⁷, sofreu a interferência desse “...novo terreno aberto pela crise do ideal da *unified science* ou do ‘modernismo’ (...). Os limites desse novo terreno são bem definidos: crítica do positivismo, mas a partir de pontos de vista diferentes. Tais pontos são o neopragmatismo de Rorty, a teoria crítica na sua versão habermasiana, a integração ricoeuriana dos instrumentos da filosofia analítica, da fenomenologia e da hermenêutica, a epistemologia kuhniana, com suas idéias de revolução científica e de mudança de paradigma.”¹⁸

Uma vez conhecida a extensão e a força do golpe sofrido pela razão, não é difícil concluir que não só a tecno-ciência foi abalada, mas também outros ramos da cultura humana não ficaram incólumes, tais como a religião, a política, a moral e o direito.

Vale dizer que a relevância do problema do relativismo não se restringe aos *campi* universitários. Com efeito, enquanto já na década de 1920 ORTEGA Y GASSET costumava dizer que esse é o problema de nosso tempo, nos dias correntes, em que os avanços nos transportes e nas comunicações nos fazem interagir cada vez mais com pessoas de todo o globo, não se pode ignorar que não há consenso no mundo senão talvez, paradoxalmente, quanto ao fato de que não há consenso. Para um, a verdade absoluta é uma; para outro, outra; e para terceiros, cada vez mais numerosos, essa mesma divergência indica de forma singela que não há verdade absoluta.

Assim, a afirmação de que toda a verdade é relativa, mesmo não sendo nem de longe consensual, é proclamada hoje por qualquer estudante de ensino médio, com ar de quem diz uma verdade absoluta.

¹⁷ Sobretudo com o advento do positivismo filosófico, que se originou no século XIX com a obra de Augusto COMTE (1782-1857), a partir do que surgiram posteriormente outras vertentes, como por exemplo as de John STUART MILL (1806-1873) e Herbert SPENCER (1820-1903). Aqui se torna necessário fazer uma advertência: não se pode fazer qualquer analogia entre o chamado positivismo jurídico e o positivismo filosófico, sob pena de se cair em erros grosseiros. Com efeito, segundo os ensinamentos de Norberto BOBBIO, a “expressão ‘positivismo jurídico’ não deriva daquela de ‘positivismo’ em sentido filosófico, embora no século passado tenha havido uma certa ligação entre os dois termos, posto que alguns positivistas jurídicos eram também positivistas em sentido filosófico: mas em suas origens (que se encontram no início do século XIX) nada tem a ver com o positivismo filosófico — tanto é verdade que, enquanto o primeiro surge na Alemanha, o segundo surge na França. A expressão ‘positivismo jurídico’ deriva da locução *direito positivo* contraposta àquela de *direito natural*. Para compreender o significado do positivismo jurídico, portanto, é necessário esclarecer o sentido da expressão *direito positivo*” (BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**, p. 15). Para Miguel REALE, “diz-se Direito Positivo aquele que tem, já teve, ou está em vias de ter vigência e eficácia” (REALE, Miguel. **Filosofia do direito**, p. 601), o que é confirmado por Tércio Sampaio FERRAZ JR., para quem “Direito positivo (...) é aquele que vale em virtude de uma decisão e que só por força de uma nova decisão pode ser revogado” (FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**, p. 157).

¹⁸ PRADO JR., Bento. Obra citada, p. 8-9.

Ora, se tudo é relativo, não há certo ou errado absoluto; se tudo é relativo, não há verdade absoluta. O “...dogmatismo não se sustenta sem argumentação conclusiva, mas o ceticismo mostrou que nenhuma argumentação é conclusivamente verdadeira”.¹⁹ As conseqüências do relativismo são, do ponto de vista ético, o cinismo e, do ponto de vista gnoseológico, o ceticismo.

Ainda segundo PORCHAT, o dogmático, cuja argumentação se atribui uma força de persuasão absoluta, “...deveria reconhecer o caráter eminentemente relativo de seus argumentos, que persuadem tão-somente alguns poucos auditórios particulares. O ideal do consenso universal dos homens de razão, obtido por via de argumentos, se revela um mito”²⁰.

Não há possibilidade de consenso pela via da argumentação? Não há verdade? De fato, a aceitação desses pontos de vista leva à característica dominante da cultura contemporânea: o cinismo e o ceticismo.

Talvez por isso o antropólogo Ernest GELLNER costumasse afirmar, parodiando Karl MARX²¹, que “um espectro assombra o pensamento humano: o relativismo”.²²

Esse espectro é justamente a tese de que não há verdade absoluta, isto é, de que a verdade de uma proposição é relativa às circunstâncias em que esta é formulada.

Uma das expressões clássicas do relativismo talvez seja a máxima de PROTÁGORAS, para quem “o homem é a medida de todas as coisas; das coisas que são enquanto são, das coisas que não são enquanto não são”.²³

Vale dizer que essa postura relativista foi sempre muito combatida na antigüidade — talvez a razão de ser da filosofia platônica, que se contrapunha aos sofistas — porém a disputa era acirrada, pois os filósofos que punham em suspenso a razão dada a impossibilidade de verdade, eram muito populares na época. Há inúmeros exemplos, além de

¹⁹ PEREIRA, O. P. Obra citada, p 226.

²⁰ PEREIRA, O. P. Idem, ibidem.

²¹ “Um espectro assombra a Europa: o espectro do Comunismo” (MARX, Karl, ENGELS, Friedrich. **O manifesto comunista**, p. 7).

²² Com essa frase GELLNER iniciou, em 17 de maio de 1994, sua palestra intitulada “O Relativismo versus Verdade Única”, que teve lugar no ciclo de Palestras “O Relativismo Enquanto Visão do Mundo”, promovido pelo Banco Nacional entre 17 e 20 de maio de 1994, na cidade de São Paulo-SP.

²³ Pré-Socráticos, in Os Pensadores, p. 32. Segundo Alf ROSS, PROTÁGORAS ensinou *skepsis* (σκεπσις: percepção sensorial através da visão): “*skepsis* no conhecimento e na moralidade — resumida na fórmula: ‘o ser humano é a medida de todas as coisas.’ Porém, é imperioso lembrar que o conhecimento em relação ao qual Protágoras era cético era aquele que até então fora a meta dos filósofos: a percepção absoluta do imutável; e que a moral em relação à qual era cético era a lei absoluta, a validade divina. Protágoras se deu conta da inutilidade [e fatuidade] das tentativas dos filósofos de conhecer a *essência* absoluta da existência e das coisas, e ensinou que todo conhecimento reside na percepção de nossos sentidos e é, por conseguinte, necessariamente relativo e individual. As coisas são tal como as vemos, mas os seres humanos as vêem de maneiras diferentes. Mas o homem cuja mente esteja sã as vê da mesma maneira que outros que se acham na mesma condição” (ROSS, Alf. **Direito e justiça**, p. 274-275).

PROTÁGORAS, de filósofos da Grécia clássica com posturas relativistas, tais como a de XENÓFANES, de Colofão:

“Mas se mãos tivessem os bois, os cavalos e os leões e pudessem com as mãos desenhar e criar obras como os homens, os cavalos semelhantes aos cavalos, os bois semelhantes aos bois, desenhariam as formas dos deuses e os corpos fariam tais quais eles próprios têm.”²⁴

Ou ainda a postura de GÓRGIAS²⁵, que, segundo a síntese elaborada por Enrico BERTI, considerava a razão incapaz de apreender a verdade:

“... 1) o ser não é; 2) ainda que fosse, não seria cognoscível; 3) ainda que fosse cognoscível, não seria comunicável. A consequência dessas três teses era que o *lógos*, ou seja, o discurso, não tem mais a função de tornar possível a comunicação, transmitindo de uma pessoa a outra o conhecimento e significando, por meio do conhecimento, a realidade. Ele, ao contrário, se substitui à realidade, a instaura, por assim dizer, ele mesmo, cria-a e, em vez de comunicar pensamentos, produz diretamente os efeitos, isto é, causa das paixões, dominando assim completamente a pessoa.”²⁶

Mas nada se compara ao ceticismo que fora professado por PIRRO²⁷, cuja crítica é dirigida expressamente contra os que pretendem ter encontrado a verdade. São eles os filósofos a quem se convencionou denominar dogmáticos, os que pensam ter um conhecimento exato de como as coisas são por natureza. Os dogmáticos põem como realmente existentes as coisas sobre as quais discorrem; seu discurso se pretende a expressão verdadeira de uma realidade como tal conhecida. Esse discurso assume com frequência a forma de um sistema doutrinário que compõe e articula dogmas uns com os outros e com os fenômenos que se impõem a nossa aceitação comum.²⁸

Contra essas tentativas dogmáticas é que os cétricos, a partir das mesmas premissas aceitas pelos dogmáticos — no interior da lógica destes últimos, vão estabelecer uma série impressionante de argumentos contrários:

²⁴ XENÓFANES de Colofão. Fragmento 15, Os Pré-Socráticos, in: Os Pensadores, p. 70-71.

²⁵ Apontado por ARISTÓTELES como o descobridor da retórica.

²⁶ BERTI, Enrico. **As razões de aristóteles**, p. 167.

²⁷ Depois abraçado por SEXTUS EMPIRICUS, cujo pensamento, denominado neo-pirronismo, ressurgiu revigorado no século XX, inclusive no âmbito jurídico. Vale dizer que, segundo PORCHAT, mesmo DESCARTES se utilizou do ceticismo pirrônico: “Inaugurando um estilo de filosofar basicamente justificacionista e fundamentacionista, que requer, como condição prévia para a constituição do saber filosófico, uma *tabula rasa* de nossas certezas comuns, em geral — e de nossas certezas sobre o mundo exterior, em particular —, o cartesianismo reservou ao ceticismo um curioso destino. Porque, ao utilizar instrumentalmente o ceticismo de que metodologicamente se alimenta, ele estranhamente o preserva, embora pretendendo superá-lo. A suspensão cética de juízo sobre o mundo exterior converteu-se em estratégia-padrão e em preliminar metodológico ao filosofar. Com isso, o cartesianismo deu um passo decisivo para a incorporação da mensagem cética ao pensamento moderno, o que nos permite mesmo falar adequadamente de um *modelo cético-cartesiano* estabelecido no início das *Meditações*” (PEREIRA, Oswaldo Porchat. **Ceticismo e mundo exterior**. In: Vida Comum e Ceticismo, p. 124-125).

²⁸ Cf. PORCHAT, O. P. Obra citada, p. 213-214, em que há a sistematização do pensamento de PIRRO a partir de SEXTUS EMPIRICUS. Da mesma forma, cf. ADEODATO, João Maurício. **Pirronismo, direito e senso comum: o ceticismo construtor da tolerância**. p. 328-335.

“...que não existe a verdade, tal qual os dogmáticos a conceberam, nem há algo verdadeiro; que não há realidade evidente, que nada é evidente; que não há critério de verdade, porque nenhuma das espécies de critério propostas pelos dogmáticos nos provê de conhecimento seguro; que é inconcebível e inapreensível o sujeito humano, como o entendem os dogmáticos; que não se pode descobrir a verdade nem julgar as coisas pela sensibilidade ou pelo entendimento, ou pela operação conjunta de uma e outro, isto é, por nenhuma de nossas faculdades pretensamente cognitivas; que a representação (*phantasia*) dogmática é inconcebível, inapreensível, nem se podem julgar por ela os objetos; que o signo, tal como o dogmatismo o define, é inconcebível, irreal, não existe signo; que argumentos conclusivos são inapreensíveis, que não se podem descobrir argumentos verdadeiros, nem é possível descobrir um argumento que deduza algo *ádelon* (não-evidente) a partir de premissas evidentes, dada a relação mesma que conecta conclusão e premissas; que não há realmente demonstrações e as demonstrações são portanto irrealis, são nada; que a demonstração é, de fato, inconcebível, é algo não-evidente...”²⁹

Portanto, os céticos questionam:

“...a aceitabilidade das premissas da argumentação proposta e das premissas dessas premissas, renovadamente exigindo justificação e fundamento, acenando portanto com uma regressão ao infinito. Cuidará também de prevenir qualquer circularidade dissimulada na argumentação adversária, que eventualmente introduza nas premissas matéria decorrente da tese a ser provada. E, sobretudo, não permitirá que os oponentes se proponham a deter o processo de fundamentação, assumido algo *ex hypothéseos*, isto é, à maneira de um ‘princípio’ ou axioma, pretextando tratar-se de um enunciado indemonstrável e que de si mesmo se impõe à nossa apreensão, de uma verdade que por si mesma se faz aceitar pela razão e que prescinde de fundamento outro. Os dogmáticos, com efeito, pretendem que não somente a demonstração, mas toda a filosofia, procede *ex hypothéseos*.”³⁰

Essa relatividade manifesta de todas as coisas sempre foi reconhecida pelos céticos como uma das razões determinantes que os induzem a suspender o juízo (a *epokhê*) sobre a verdade e a realidade absoluta delas. A *epokhê* é, portanto, esse “...estado de repouso do entendimento devido ao qual nada negamos nem assertamos, impossibilitados de escolher algo como verdadeiro ou falso, o equilíbrio das razões contrárias incapacitando-nos para dogmatizar”.³¹

²⁹ PEREIRA, O. P. Obra citada, p. 224-225.

³⁰ PEREIRA, O. P. Obra citada, p. 222-223. Princípios (*arkhé*), na noção aristotélica, são aquelas proposições que desempenham nos argumentos o papel de premissas, sem que sua verdade se tenha estabelecido como conclusão de argumentos anteriores. A validade (pelo menos como verdade) de tais princípios é incisivamente negada pelos céticos.

³¹ PEREIRA, O. P. Obra citada, p. 228. Para João Maurício Leitão ADEODATO, o ceticismo é construtor de tolerância porque, em “... primeiro lugar, de um ponto de vista gnoseológico, o postulado de que um conhecimento preciso do mundo, uma relação inteiramente inadequada entre a mente de cada ser humano e os objetos em torno não é possível, o que relativiza de um modo intransponível a percepção dos mesmos acontecimentos; depois, de um ponto de vista axiológico, o postulado de que o ceticismo não consiste no desprezo pela justiça nem no abandono de quaisquer parâmetros éticos, mas sim que serve de elemento imunizador contra a intolerância e o dogmatismo” (ADEODATO, João Maurício. **Pirronismo, direito e senso comum: o ceticismo construtor da tolerância.** p. 317).

3. Direito e Ceticismo: o Realismo Jurídico Norte-Americano

A sobreposição do relativismo cético às *filosofias absolutistas* se fez sentir sobremaneira no positivismo jurídico que iria se formar no século XX. Tal circunstância, no entanto, não influenciou somente os positivistas.

Com efeito, quanto ao ceticismo gnoseológico, é importante salientar que o mesmo também foi um dos grandes responsáveis pelo surgimento de outra escola: a do realismo jurídico que teve lugar nos Estados Unidos da América.

Segundo BOBBIO, o “...pai intelectual das correntes realistas modernas é um grande jurista, por muitos anos juiz da Suprema Corte, OLIVER WENDELL HOLMES, que foi o primeiro, precisamente no exercício das suas funções de juiz, a desclassificar o tradicionalismo jurídico das cortes, e a introduzir uma interpretação evolutiva do direito, quer dizer, mais sensível às mudanças da consciência social”.³²

Em 08 de janeiro de 1897, HOLMES fez uma conferência, intitulada *The Path of the Law*, junto à Escola de Direito da Universidade de Boston, cuja repercussão provocou uma profunda renovação dos estudos jurídicos nos Estado Unidos da América.

O novo enfoque acerca dos fenômenos jurídicos proposto por HOLMES é o de adotar o ponto de vista do *bad man* ao meditar sobre as conseqüências prováveis de uma determinada conduta. Para o *bad man* o importante é saber se a ação programada ocasionará a reação positiva de um órgão do Estado. A predição dessa reação é o direito:

“No famoso artigo ‘The Path of the Law’, ele [HOLMES] explica: ‘As pessoas querem saber sob que circunstâncias e até que ponto correrão o risco de ir contra o que é tão mais forte que elas mesmas, e, portanto, torna-se um objetivo descobrir quando esse perigo deve ser temido. O objeto de nosso estudo, então, é previsão, a previsão da incidência da força pública através do instrumento dos tribunais.’ Assim, a sua definição de Direito, que é verdadeiramente uma definição da ciência do Direito, é: ‘As profecias do que os tribunais farão, de fato, e nada de mais pretensioso, são o que quero designar como Direito.’ Em conformidade com essa visão, ele define os conceitos de dever e Direito do seguinte modo: ‘Os direitos e deveres primários com os quais se ocupa a jurisprudência, novamente, nada mais são que profecias.’ ‘Um dever jurídico propriamente dito nada mais é que uma previsão do que, se um homem fizer ou se abster de certas coisas, ele terá de sofrer, dessa ou daquela maneira, por meio do tribunal; e um direito jurídico pode ser definido de modo semelhante.’ ‘O dever de manter um contrato no Direito comum significa uma previsão de que você terá de pagar os danos caso não o mantenha, e nada mais’.”³³

Se o direito só é a predição da provável conduta judicial frente a um determinado curso de conduta, em que dados se apoiariam os advogados para efetuarem suas predições?

HOLMES considera que os advogados encontram as respostas às dúvidas do futuro nos repertórios judiciais, nos repositórios das sentenças proferidas no passado por

³² BOBBIO, Norberto. **Teoría general del derecho**, p. 36.

³³ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**, p. 241.

outros juízes. O comportamento dos juízes no passado permite predizer qual será seu comportamento no futuro, de modo que as coleções jurisprudenciais seriam oráculos do direito.

Mas HOLMES não pára por aí. Acredita que as considerações verbais efetuadas pelos juízes ao ditar suas sentenças e dar razão às mesmas não correspondem habitualmente às motivações reais, aos verdadeiros fatores que determinaram seu ânimo em uma determinada direção. Tais razões permaneceriam ocultas.

Assim se inicia a etapa da jurisprudência sociológica e o realismo jurídico norte-americano.

A partir das considerações feitas por HOLMES, em especial quanto as razões ocultas nas decisões judiciais, o realismo norte-americano assume, com Jerome FRANK, a sua forma mais radical:

“...a escola realista, cujo principal impulsionador foi JEROME FRANK, foi bem mais adiante dos princípios que podem ser deduzidos de HOLMES e POUND. A tese principal da escola realista é esta: não existe direito objetivo, no sentido de objetivamente dedutível de fatos reais, oferecidos pelo costume, pela lei ou pelos antecedentes judiciais; o direito é uma permanente criação do juiz no momento em que decide uma controvérsia. Assim se derruba o princípio tradicional da certeza do direito; pois qual pode ser a possibilidade de prever as conseqüências de um comportamento? — e nisto consiste a certeza — se o direito é uma permanente criação do juiz? Para FRANK, com efeito, a certeza, um dos pilares dos ordenamentos jurídicos continentais, é um mito derivado de uma espécie de aceitação infantil frente ao princípio de autoridade (esta tese foi sustentada em um livro escrito em 1930, *Law and Modern Mind*): um mito que deve acabar para levantar sobre suas ruínas o direito como criação permanente e imprevisível.”³⁴

FRANK entende que as sentenças judiciais são desenvolvidas retrospectivamente a partir de conclusões previamente formuladas³⁵; que não se pode aceitar a tese que representa o juiz “...aplicando leis e princípios aos fatos, isto é, tomando alguma regra ou princípio (...) como premissa maior, empregando os fatos do caso como premissa menor e então chegando à sua resolução mediante processos de puro raciocínio”³⁶; e que, definitivamente, as “decisões estão baseadas nos impulsos do juiz”³⁷, o qual extrai esses impulsos fundamentalmente não das leis e dos princípios gerais de direito, mas sobretudo de fatores individuais que todavia são “...mais importantes do que qualquer coisa que pudesse ser descrita como pré-juízos políticos, econômicos, ou morais”.³⁸

Para FRANK foi:

“...o resultado dessas falibilidades o que induziu a *Learned Hand*, o mais sábio dos nossos juízes, a afirmar, depois de muitos anos de atuação como juiz de primeira instância: ‘Devo dizer que se eu

³⁴ BOBBIO, N. Obra citada, p. 36.

³⁵ FRANK, Jerome. **Law and the modern mind**, p. 101.

³⁶ FRANK, J. Idem, p. 103.

³⁷ FRANK, J. Idem, p. 104.

³⁸ FRANK, J. Idem, p. 105.

fosse um litigante temeria a um pleito além de todas as demais coisas, salvo a enfermidade e a morte.”³⁹

Resta abordar ainda um problema levantado pela obra de Jerome FRANK que, apesar de sua importância, não tem recebido a devida atenção pelos juristas.

Para FRANK os problemas de interpretação de normas, de se saber quais delas são ou não válidas, de como se resolvem eventuais incompatibilidades entre elas, enfim, os problemas dogmáticos de que se ocupam os tribunais superiores (que não se prendem às questões de fato) e a maioria dos juristas, são os que na verdade menos importam.

Com efeito, FRANK pouco se preocupou com as questões normativas vinculadas com as suas interpretações, ou com a criação de novas normas quando assim exigia a novidade do caso ou a inexistência de adequados critérios normativos anteriores. Essas matérias, segundo ele, só ocupam uma parte mínima da atividade judicial. Concentram a atenção dos tribunais superiores, dedicados a decidir questões de *direito*, quer dizer, a dirimir as disputas dos advogados acerca do alcance das normas em relação a um caso concreto. Mas a verdade é que os litígios, em sua grande maioria, não surgem porque as partes não estão de acordo quanto ao significado das normas. Eles têm sua origem em divergências acerca dos fatos:

“Habitualmente, ambas as partes concedem que, se ocorrido o fato ‘A’, deve ser aplicada a norma ‘alfa’, que imputa como devida a consequência ‘beta’. Elas não estão de acordo é no que se refere ao acontecimento do fato ‘A’. Uma parte o afirma. A outra o nega. A sorte do litígio gira, portanto, ao redor da prova do fato discutido. Se se acreditar naquilo que pretende o autor, resultará a aplicação da norma ‘alfa’ e ele terá direito a perceber a prestação ‘beta’. Em caso contrário, é o demandado que se verá beneficiado, pois se declarará improcedente a pretensão dos autos. Como

³⁹ FRANK, Jerome. **Derecho e incertidumbre**, p. 27. DWORKIN, que é um cruel opositor do realismo jurídico, inicia sua obra *Law's Empire* retomando os dizeres de LEARNED HAND: “Learned Hand, que foi um dos melhores e mais famosos juízes dos Estados Unidos, dizia ter mais medo de um processo judicial que da morte ou dos impostos. Os processos criminais são os mais temidos de todos, e também os mais fascinantes para o público. Mas os processos civis, nos quais uma pessoa pede que outra a indenize ou ampare por causa de algum dano causado no passado ou ameaça de dano, têm às vezes consequências muito mais amplas que a maioria dos processos criminais. A diferença entre dignidade e ruína pode depender de um simples argumento que talvez não fosse tão poderoso aos olhos de outro juiz, ou mesmo o mesmo juiz no dia seguinte. As pessoas freqüentemente se vêem na iminência de ganhar ou perder muito mais em decorrência de um aceno de cabeça do juiz do que de qualquer norma geral que provenha do legislativo.

Os processos judiciais são importantes em outro aspecto que não pode ser avaliado em termos de dinheiro, nem mesmo de liberdade. Há, inevitavelmente, uma dimensão moral associada a um processo judicial legal e, portanto, um risco permanente de uma forma inequívoca de injustiça pública. Um juiz deve decidir não simplesmente quem vai ter o quê, mas quem agiu bem, quem cumpriu com suas responsabilidades de cidadão, e quem, de propósito, por cobiça ou insensibilidade, ignorou suas próprias responsabilidades para com os outros, ou exagerou as responsabilidades dos outros para consigo mesmo. Se esse julgamento for injusto, então a comunidade terá infligido um dano moral a um de seus membros por tê-lo estigmatizado, em certo grau ou medida, como fora-da-lei. O dano é mais grave quando se condena um inocente por um crime, mas já é bastante considerável quando um queixoso com uma alegação bem fundamentada não é ouvido pelo tribunal, ou quando um réu dele sai com um estigma imerecido” (DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. p. 3-4).

se vê, não estava em jogo a aplicabilidade ou o alcance da norma ‘alfa’. Estava em questão, ao contrário, a realidade do fato ‘A’, de cuja prova dependia a aplicabilidade da norma ‘alfa’.”⁴⁰

Daí a preocupação de FRANK com as questões de prova. Ao examinar os meios judiciais de prova dos fatos, teve particularmente em conta as modalidades dos juízos cíveis e criminais nos Estados Unidos. A instituição do júri impôs um caráter oral à sustentação e recepção da prova. Assim, os peritos são testemunhas especialmente qualificadas que depõem ante o juiz e o júri. Os documentos e demais peças probatórias, como coisas e peças materiais, devem ser exibidos em audiência para que sejam vistas, e ainda ouvidas, conforme o caso, tanto pelo juiz quanto pelos integrantes do júri. O juiz e os membros do júri vêm a ser, por sua vez, testemunhas do que acontece em audiência. Decidirão sobre os fatos em função da atenção que prestam aos diversos testemunhos e às exibições de objetos na sala de audiências do tribunal, e à credibilidade que atribuem aos diversos meios probatórios utilizados pelas partes.

Na prova dos fatos, pois, estar-se-ia ante uma dupla série de testemunhos: os trazidos pelas partes e os testemunhos dos testemunhos, quer dizer, os juízes e os jurados. Essa dupla série testemunhal, segundo FRANK, está longe de garantir objetividade e previsibilidade na fixação dos fatos do caso.

Essa falta de objetividade, para FRANK, é a origem de grande parte dos erros judiciais:

“Quando, faz uns vinte anos, um promotor disse, muito seguro, que os homens inocentes nunca eram condenados como criminosos, Borchard replicou, em 1932, com a publicação de seu grande livro *Convicting the Innocent*, em que revelou que muitos homens foram ao cárcere por delitos que não haviam cometido, devido ao fato de que os tribunais de primeira instância [*trial courts*] haviam incorrido em erros na apreciação dos fatos. Como tais erros se devem a defeitos judiciais na determinação dos fatos — defeitos presentes tanto em litígios civis quanto penais — resulta que os homens não só perdem sua liberdade como também amiúde sua propriedade, seus bens, seu trabalho ou sua reputação por causa de sentenças fundadas em presunção judicial de fatos que nunca tenham ocorrido realmente. Há aqui um problema moral de primeira magnitude.

O problema existe por essas razões: a decisão de um pleito, sabe-se, requer a subsunção de uma norma jurídica aos fatos do caso. Na maioria dos juízos os litigantes disputam somente sobre fatos como, por exemplo, se em certo dia Gross fez uma promessa a Gentle, ou se Tit golpeou a Tat. Como, no momento de se produzirem as provas, estes são fatos passados, o tribunal de primeira instância — um juiz (em um caso sem júri) ou um júri — não pode observá-los. Tudo o que o juiz e o júri podem fazer é formar uma convicção sobre esses casos passados. Essa crença se forma depois de ouvidas as declarações das testemunhas que haviam observado (ou pretendem ter observado) esses acontecimentos. Na maioria dos pleitos, as testemunhas declaram em audiência pública e suas declarações são discrepantes. Os fatos, para os fins da sentença, não são necessariamente os fatos reais. Eles são, no melhor dos casos, as convicções do juiz de primeira instância ou do júri sobre esses fatos reais passados. Para os fins práticos da sentença de um tribunal não importa quais foram os fatos reais. O que importa é esta crença. Ela é, em síntese, uma conjectura fundada em uma crença — outra conjectura — sobre o maior grau de fé que merecem uns testemunhos em relação a outros.

⁴⁰ FRANK, Jerome. **Derecho e incertidumbre**, p. 12.

Não há segurança alguma de que essa crença do juiz ou do júri — que, repetimos, é tudo o quanto judicialmente constitui os fatos do caso — seja igual ou sequer se aproxime dos acontecimentos reais passados, devido ao seguinte: 1) o testemunho é notoriamente falível: as testemunhas mentem às vezes e, ainda, as testemunhas honestas erram com freqüência, a) ao observar os acontecimentos, b) ao recordar suas observações e c) ao transmitir estas lembranças na sala do júri; 2) os juízes e os júris são falíveis ao determinar (conjeturando) qual (se alguma) das testemunhas discrepantes relatou fielmente os fatos reais. Estas falibilidades causam os dramáticos erros descritos por Borchard, e também os que abordamos sobre os pleitos civis.”⁴¹

4. Considerações Finais

A partir dessas considerações FRANK invoca sete grandes razões em virtude das quais a comprovação dos fatos é problemática: a) as testemunhas não raciocinam uniformemente ante os fatos passados objeto de seu testemunho; b) habitualmente as testemunhas dão ao tribunal versões contraditórias sobre esses acontecimentos; c) os fatos de um caso são declarados tais pelos juízes de primeira instância ou pelo júri, em função da credibilidade que concedem a alguns testemunhos e que negam a outros; d) há pouca uniformidade na formação dessas crenças de juízes ou júris; e) essas crenças determinam a sorte da maioria dos litigantes porque: quando se apela das decisões, os tribunais superiores aceitam usualmente as crenças dos tribunais de primeira instância; f) essas crenças são, amiúde, as crenças dos juízes e dos júris, pois as convicções reais permanecem ocultas sob a intuição integral e indiferenciada dos diversos testemunhos produzidos ante os juízes e os júris; e g) por último, as sentenças não enunciam explicitamente em seu corpo, ou seja, a ninguém é dado conhecer, as crenças, reais ou aparentes, que determinaram a decisão. Isso coloca o tribunal na completa tarefa de adivinhar as razões pelas quais os juízes e os júris deram credibilidade a alguns testemunhos e a negaram a outros. Disso decorre sua renúncia em revisar os fatos declarados pelo tribunal inferior, limitando-se a efetuar um exame do direito aplicável aos fatos do caso, declarados tais pelo juízo de primeiro grau.⁴²

Daí FRANK conclui que o juízo verdadeiramente importante é o dos fatos, o juízo de primeira instância e não o de *direito*, o tribunal de segunda instância.

Apesar da insistência de FRANK na necessidade de que a teoria do direito considere não só o que ocorre nos tribunais de apelação, mas principalmente o que acontece nos juízos de primeira instância, posto que são estes últimos que vão determinar os fatos do caso mediante a recepção e valoração das provas produzidas, esse problema, que não parece ter nada de trivial, não tem sido objeto de preocupação dos pensadores do direito, incluídos aí os representantes do positivismo jurídico que teve lugar no século XX, tais como KELSEN,

⁴¹ FRANK, J. Idem, p. 25-27.

⁴² Cf. FRANK, Jerome. **Law and the modern mind**, p. 106-117.

BOBBIO e HART; o pensamento de DWORKIN⁴³; a *nova retórica* de PERELMAN; o próprio pensamento de HABERMAS; enfim, pode-se dizer que essa é uma questão que, apesar de ter sido levantada, permanece em aberto no âmbito do pensamento jurídico.

5. Referências Bibliográficas

- ADEODATO, João Maurício Leitão. **Pirronismo, direito e senso comum: o ceticismo construtor da tolerância**. In: *Ética e Retórica: para uma Teoria da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 317-347.
- ARISTÓTELES. **Metafísica** (Org. Giovanni Reale). V. II, tradução de Marcelo Perine, São Paulo: Loyola, 2002. 3 v.
- BERTI, Enrico. **As razões de aristóteles**. Tradução de Dion Davi Macedo, São Paulo: Loyola, 1998.
- BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues, São Paulo: Ícone, 1995.
- _____. **Teoría general del derecho**. 2. ed. Tradução de Jorge Guerrero R., Bogotá: Temis, 3. reimpressão, 1999.
- CARRILHO, Manuel Maria. **Jogos de racionalidade**. Porto: Asa, 1994.
- CARRILHO, Manuel Maria (Org.). **Retórica e comunicação**. Porto: Asa, 1994.
- CÍCERO, Antonio, SALOMÃO, Waly (Org.). **O relativismo enquanto visão de mundo**. In: *Banco Nacional de Idéias*, Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1994.
- DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo, São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- FRANK, Jerome. **Derecho e incertidumbre**. Tradução de Carlos M. Bidegain, Coyoacán: Fontamara, 1991.
- _____. **Law and the modern mind**. Birmingham: The Legal Classics Library, 1985 by The John D. Lucas Printing Company. Special Edition from the first edition of 1930.
- GELLNER, Ernest. **Sobre as opções de crença**. Folha de São Paulo, São Paulo, 15 de maio de 1994, cad. Mais!, p. 6-11.
- GRÁCIO, Rui Alexandre. **Racionalidade argumentativa**. Porto: Asa, 1993.

⁴³ Que é um dos maiores críticos do realismo.

- HOBBSAWM, Eric. **Era dos extremos: o breve século xx: 1914-1991**. 2. ed. Tradução de Marcos Santarrita, São Paulo: Companhia das Letras, 8. reimpressão, 1997.
- KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. 3. ed. Tradução de Luís Carlos Borges, São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MARX, Karl, ENGELS, Friedrich. **O manifesto comunista**. Tradução de Maria Lucia Como, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.
- NIETZSCHE, Friedrich. **O eterno retorno**. In: *Os Pensadores*. 5. ed. V. I, tradução de Rubens Rodrigues Torres Filho, São Paulo: Nova Cultural, 1991. 2 v.
- PEREIRA, Oswaldo Porchat. **Vida comum e ceticismo**. São Paulo: Brasiliense, 1993.
- POPKIN, Richard. **História do ceticismo de erasmo a spinoza**. Tradução de Danilo Marcondes de Souza Filho, Rio de Janeiro: Francisco Alves, 2000.
- PRADO JÚNIOR, Bento. **Retórica na economia** (Org. José Marcio Rego). São Paulo: Edições 34, 1996.
- OS PRÉ-SOCRÁTICOS. **Fragmentos, doxografia e comentários**. In: *Os Pensadores*. Tradução de José Cavalcante de Souza, Anna Lia Amaral de Almeida Prado, Ísis Lana Borges et alii, São Paulo: Nova Cultural, 1996.
- REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.
- ROSS, Alf Niels Christian. **Direito e justiça**. Tradução de Edson Bini, Bauru: Edipro, 2000.
- SARTRE, Jean-Paul. **O existencialismo é um humanismo**. In: *Os Pensadores*. Tradução de Vergílio Ferreira, Luis Roberto Salinas Fortes, Bento Prado Júnior, São Paulo: Abril Cultural, 1978.
- SEVERINO, Emanuele. **A filosofia antiga**. v. 1, tradução de José Eduardo Rodil, Lisboa: Edições 70, 1986. 3 v.
- SMITH, Plínio Junqueira. **Ceticismo filosófico**. Curitiba: UFPR, 2000.
- ZANONNI, Eduardo A. **Crisis de la razón jurídica**. Buenos Aires: Depalma, 1980.