

O REALISMO JURÍDICO NORTE-AMERICANO, A TESE DE CHARLES BEARD E A EXPERIÊNCIA CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL CONTEMPORÂNEA

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy¹

RESUMO: O texto indica a prestabilidade do realismo jurídico norte-americano para tentativa de compreensão dos problemas constitucionais que a experiência internacional tem indicado. Apresenta a tese de Charles Beard, historiador da constituição norte-americana, que denunciou que os legisladores originários estariam preocupados com problemas econômicos que lhes eram muito pessoais. Apontam-se campos de estudo do constitucionalismo internacional contemporâneo, cujo estudo possa ser mediado pelos eixos temáticos do realismo jurídico norte-americano.

PALAVRAS-CHAVE: Realismo Jurídico Norte-Americano. Tese de Charles Beard. Constitucionalismo Internacional.

ABSTRACT: The paper stands for the applicability of American Legal Realism in the present international outlook. It introduces Charles Beard, a distinguished American scholar, who argued for an economic approach to American Constitution. As for international constitutionalism the paper tries to indicate some star problems which could be addressed throughout the tools provided by American Legal Realism.

KEYWORDS: American Legal Realism. Charles Beard. International Constitutionalism.

Sumário

1. Introdução
2. Conceitos e Eixos Temáticos do Realismo Jurídico Norte-Americano
3. Charles Beard e a Interpretação Econômica da Constituição Norte-Americana
4. O Realismo Jurídico e a Experiência Constitucional Internacional Contemporânea
5. Bibliografia

¹ Professor Doutor Pesquisador do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília.

1. Introdução

O presente ensaio apresenta o realismo jurídico norte-americano e um de seus mais expressivos representantes, Charles Beard. A partir dos problemas centrais colocados pelo mencionado movimento e pelo citado autor faz-se indicação de questões contemporâneas, que marcam a ordem constitucional internacional, e que justificam abordagem focada nas controvérsias centrais do movimento jurídico que se introduz.

O realismo jurídico norte-americano levou ao limite a premissa de que juízes primeiramente decidem e depois engendram modelos de dedução lógica. Porque o pensamento seria instrumento para ajuste das condições de vida, a reflexão jurídica seria mecanismo para resolução de problemas concretos. Abandona-se a metafísica e os construídos românticos de direito natural, em favor do pragmatismo, da utilidade prática, da atuação fática. São esses alguns dos temas que freqüentam o presente trabalho, que dá início a investigação do realismo jurídico norte-americano, e seus reflexos na práxis contemporânea, a exemplo do que se passa com a experiência constitucional internacional, com estação necessária no problema da interpretação econômica da constituição, a exemplo da historiografia constitucional desenvolvida por Charles Beard, de quem se falará mais adiante. O realismo foi o movimento jusfilosófico dominante nos Estados Unidos da América, ao longo das décadas de 1920, 1930, 1940 e 1950. Há alguns reflexos no movimento *law and economics*, que invoca no realismo seu mais nobre ascendente.

Pouco conhecido no Brasil, porque confundido com tradição jurídica supostamente refratária à nossa, o realismo jurídico norte-americano não é assunto que tem preocupado a indagação jusfilosófica brasileira. Somos ainda reféns da filosofia analítica, da metafísica alemã, do fundacionalismo francês e de incipiente constitucionalismo português. É lugar comum a associação do entorno cultural dos Estados Unidos com o imperialismo que matiza o capitalismo daquele país e com produtos midiáticos de consumo. Por isso, o

descaso para com pensamento substancialmente denso, que o presente trabalho pretende resgatar, ou antes incentivar seu estudo.

O realismo jurídico decorre de modelos filosóficos que plasmaram o pragmatismo norte-americano, do modo como enunciado por seus *founding fathers*, a exemplo de Charles Sanders Pierce, William James e John Dewey. Para o pragmatismo, o pensamento o é para alguma coisa. Nesse sentido, a reflexão jurídica enceta uma finalidade. A interface que o direito contemporâneo matiza com a economia justifica migração conceitual que transita do ideário metafísico da justiça para o planisfério fático da eficiência. De tal modo, parece haver movimentação contemporânea, em âmbito de constitucionalismo internacional que se desenha, e que se propõe a aplicar o conteúdo normativo existente com o objetivo de potencializar ganhos e avanços. Nesse sentido, e reproduzo adágio norte-americano, somos hoje em dia todos realistas. É o tema das reflexões que seguem.

2. Conceitos e Eixos Temáticos do Realismo Jurídico Norte-Americano

O realismo jurídico norte-americano desenvolveu-se a partir de professores que lecionavam em Johns Hopkins, Columbia e Yale, na década de 1920. Surgiu na academia, revolucionando tribunais e bancas de advocacia. Potencializou-se no período entre - guerras, captou material conceitual no intervencionismo do governo Franklin Delano Roosevelt, matizando o plano governamental, o *New Deal*, perdendo fôlego durante os anos mais problemáticos da luta contra o *perigo vermelho*, na década de 1950. Karl Llewellyn, Thurman Arnold e Felix Cohen estavam entre esses professores revolucionários.

Das salas de aula combatia-se o colapso do movimento progressista, que se enfraqueceu com a primeira guerra mundial. Demonstrava-se mal estar com as decisões da Suprema Corte que invalidavam regulamentação estadual e federal em matéria econômica, e que enfatizavam a substancialidade do processo e os direitos adquiridos, em matéria contratual. O fim da primeira guerra anunciava uma guinada da jurisprudência norte-americana para o conservadorismo de direita.

Não há relação de convergência entre o realismo jurídico e o realismo no plano estético, a menos que outorguemos àquele primeiro características do naturalismo. Assim, proximidade poderia ser sentida na medida em que naturalismo e realismo jurídico descrevem a realidade de acordo com o olhar do cotidiano, distante de representação típica e particular de sociologia, ou de qualquer outra ciência social aplicada.

Diversas percepções de atuação judicial decorrem desse naturalismo forense. Para Benjamin Cardozo, que atuou na Suprema Corte, há mais de uma forma para se decidir um mesmo caso. Conceitos legais não produzem resultados necessários, porém permitem que juízes tenham várias soluções disponíveis para escolha. Para Jerome Frank, que foi juiz em corte distrital, a decisão judicial seria mecanismo de racionalização de decisão pessoal, obtida por outros modos, marcados pelo planisfério psicológico do julgador. Juízes obscureceriam os fatores reais que operam e que incidem em casos particulares, escondendo-os junto a emaranhado retórico, repleto de proposições lógicas e de lugares comuns de interesse social. Julgadores manipulariam teorias econômicas para apreciar contratos de trabalho e transações comerciais, do mesmo modo que trabalhariam com teorias psicológicas para entenderem testemunhas ou ainda manipulariam teorias políticas para limitarem (ou estenderem) a regulamentação econômica dos governos.

O realismo jurídico aproxima-se de conjunto de transformações que marcavam a primeira parte do século XX. É contemporâneo do pragmatismo na filosofia, da geometria não-euclidiana, da teoria da relatividade de Albert Einstein, de novos métodos e abordagens na psicologia, como o freudismo e a psicanálise. O momento era de dúvida em relação a sistemas de axiomas e de teoremas, bem como do valor de raciocínios indutivos e dedutivos e da possibilidade de que regras formais pudessem organizar as relações humanas. Percebe-se nos textos dos realistas que o formalismo convencional, baseado na concepção de resultado lógico a partir da natureza de dada categoria, migrou para justificativa do direito a partir do conhecimento das condições sociais junto

às quais se aplica a lei, na busca de política social supostamente aceita como resultado desejado. Nesse sentido, os realistas falavam a linguagem dos burocratas de Washington e prestaram favor inestimável ao governo norte-americano, nas administrações que mediarão as guerras mundiais, especialmente no interregno que foi balançado pela grande crise que o capitalismo viveu em 1929. O realismo jurídico é timbre da administração Franklin Delano Roosevelt, período ascensional do partido democrata, marcado pela integração entre burocracia e política.

Certo olhar cético problematizava como os juízes decidem os casos e o que as cortes de justiça verdadeiramente fazem. Para o realismo, magistrados decidem de acordo com o que os fatos provocam em seus ideários, e não em função de regras gerais que levariam a resultados particulares. Assim, juízes responderiam muito mais aos fatos (*fact-responsives*) do que às leis (*rule-responsives*). Vários são os fatores que marcam a atuação dos juízes; e são fatores de fundo consciente e inconsciente.

A decisão final não seria resultado exclusivo da aplicação da norma (que geralmente permite mais de um resultado), mas de vários fatores psico-sociais, que variam da ideologia do magistrado a seu papel institucional, com estação inegável em sua personalidade. Advogados admitem que juízes são influenciados por outros aspectos que não são necessariamente jurídicos. Juízes, advogados e promotores abertamente consideram as implicações políticas das regras jurídicas e das decisões. Os textos doutrinários, no direito norte-americano, bem entendido, rotineiramente consideram o contexto econômico, político e histórico das decisões judiciais; nesse sentido, todos seriam contemporaneamente realistas.

O realismo jurídico procurava definir e desacreditar as teorias jurídicas então dominantes, formalistas e objetivas, oferecendo em troca jurisprudência com maior embasamento filosófico, mais iluminada, e potencialmente orientada para realidade inesperada que se descortinava. O realismo jurídico problematizou três dogmas do direito tradicional norte-americano. Duvidou-se que as regras jurídicas seriam escolhidas por representação popular. Zombou-

se da concepção de que o controle de constitucionalidade de leis pelo judiciário reforça o jogo democrático. Derrubou-se o mito de que os Estados Unidos seriam governados por leis, e não por homens. Os efeitos do realismo jurídico são duradouros. Muito mais do que em qualquer outro país os juízes norte-americanos têm auto-imagem de criadores da lei.

O realismo jurídico desconfia do uso da lógica em ambiente forense, porque admite que julgadores primeiro decidem e depois fundamentam e ornamentam as decisões com rudimentos de silogismos, premissas, maiores e menores, conclusões, promovendo lógica abelardiana que se sustenta com a ignorância dos administrados e com a cumplicidade dos iniciados. Nesse sentido, o realismo anunciava elemento vetor no pensamento pós-moderno, criticando o instrumentalismo da razão e o afastamento entre fatos e regras.

Ao realismo jurídico repugnava também qualquer construção sistemática do direito, a partir mesmo da aceitação de um direito natural. Tratou-se de tentativa de se projetar o pensamento pessoal em modelo universal; admitir-se o direito natural é atitude conceitual idêntica de quem afirma que fale sem sotaque. É meio de se universalizar o que é único, pessoal, e disso o realismo jurídico tinha consciência. Rejeitava-se o paroquialismo, a convergência do ideário em igrejinhas; os realistas negavam a existência de uma escola realista de direito.

No entanto, a despeito deles mesmos, e das próprias trincheiras do pensamento realista, os realistas desenvolveram poderosa e coerente visão teórica do direito e das decisões judiciais. Usou-se metodologia marcada por passos epistêmicos que não reproduziam a circunspeção tradicional. Tradicionalmente, a metodologia centrava-se na análise conceitual, o que, aliás, dá o título do livro mais importante desse gênero de investigação, *The Concept of Law*, de H.L.A. Hart, texto publicado em 1961, e que revigorou o positivismo que remonta a Hobbes, a Bentham e a Austin.

Nos termos da metodologia tradicional o juiz deveria buscar conceitos, a exemplo de *moralidade*, *conhecimento*, *lei*, e a partir deles fundamentar juízos de subsunção. Trata-se de uma *armchair inquiry*, de jurisprudência de gabinete,

de análise fria e conceitual, típica de suposta aplicação neutra de princípios e normas.

Ao conceitualismo os realistas contrapunham uma teoria predicativa. Uma regra é regra de direito somente quando constitua previsão acurada em relação a como um juiz julgará caso específico. A norma que preside determinado contrato é a previsão real do que o judiciário fará se o contrato não for cumprido por uma das partes. Para essa teoria predicativa o critério de legalidade consiste no que o judiciário fará quando exposto a um caso concreto e particular. Descrição acurada e real do direito corresponde a previsão do que e como o judiciário irá se comportar, quando e se provocado.

A percepção dos realistas corresponde a visão *interna* do direito, segundo as duas categorias imaginadas pelas teorias jurídicas norte-americanas. A visão interna é típica dos operadores do direito, a usarmos expressão surrada e de mau gosto estilístico. É a visão de advogados, juízes e promotores, supostamente marcada por experiência prática e funcionalista. Contrapõe-se a uma visão externa, produzida pela sociologia e pela filosofia. Weber, Marx, Foucault, Nietzsche, Derrida, Rorty, Mangabeira Unger, Habermas, por exemplo, comungariam de visão jurídica externa. Dworkin, Posner, Holmes, Pound, Cardozo, Brandeis, Frank, Llewellyn, Cohen, por outro lado, exporiam visão interna, dado que envolvidos no cotidiano forense, mesmo sob prisma acadêmico.

Críticas há ao realismo e à teoria predicativa. Essa última não conseguiria explicar o erro judicial. Ainda, do ponto de vista do juiz, o direito seria a previsão do que ele vai fazer, o que enceta monstruosidade conceitual. O realismo jurídico vale-se de epistemologia naturalista, como anunciada por W. Quine. Esse modelo insistia na relação entre prova (*sensory input*) e as várias teorias que explicam o mundo (*cognitive output*). Quine contrapunha-se a epistemologia tradicional, que visa a relação normativa e fundacional entre prova e teoria. Essa última pretende demonstrar como a teoria é realmente comprovada pela realidade. Para aquela primeira o modelo tradicional é imprestável e impossível; é que a prova influenciaria a teoria, e não a justificaria. Uma única possibilidade

de estudo profícuo residiria na insistência da relação entre prova e teoria, como considerado pela psicologia, o que faria da epistemologia capítulo das preocupações psicológicas. A ciência da conduta humana substituiria a epistemologia de gabinete.

Para os realistas a filosofia do direito embarcaria no mesmo módulo conceitual: a jurisprudência também seria objeto da psicologia. Ao decidir, juízes decidem primariamente ao estímulo dos fatos. A indeterminação dos fatos, e dos magistrados que deliberam impressionados por essas circunstâncias, promovem a indeterminação do direito, a *legal indeterminacy*, percepção que será retomada e fortalecida pelos críticos da década de 1970, a exemplo de Duncan Kennedy, que leciona em Harvard. Em princípio, admite-se que juízes sejam racionais, e que nunca se enganam. Porém, o magistrado pode chegar a mais de um resultado, dependendo de como ele reaja aos fatos. É o caso de Hércules, o juiz imaginário de Ronald Dworkin.

A unicidade do que se espera do direito, e do que comumente se acredita como inerente ao direito ocidental, radica no racionalismo fundacionalista da tradição jurídica européia, que cogitava de um legislador onisciente. O conceitualismo jurídico que acompanhou o movimento de codificação das legislações européias defendia a incorporação do direito em códigos planejados e estáveis, como primeiramente se viu na Áustria e na Prússia, e posteriormente na França. Ao que o realismo respondia com a percepção pragmática da multiplicidade, do relativismo e da ausência de monotonia comportamental, realidades típicas da existência humana.

A aproximação conceitual entre epistemologia naturalista, que denuncia que o pensamento tradicional centra-se na condição de que as provas determinam as teorias, em relação ao realismo jurídico que defende que os fatos determinam as decisões, com aceitação desse último, promove questão essencial: como os juízes respondem aos fatos?

Duas concepções se desenham. A teoria idiossincrática, baseada em Jerome Frank, centra-se no juiz como indivíduo. A teoria sociológica, fundamentada em Karl Llewellyn, que destacou-se como professor, centra-se prioritariamente na

apreensão e na determinação dos fatos sociais. Verificou-se o triunfo da tese de Jerome Frank, mediante a adesão dos realistas à concepção idiossincrática, que se preocupa hegemonicamente com a individualidade do juiz. É essa tese idiossincrática que substancializou a premonição de que o direito é o que o juiz diz que ele seja. E nada mais.

Para a ala idiossincrática a decisão judicial seria resultado direto da personalidade do juiz. A personalidade do juiz seria o epicentro da administração da justiça. Exagera-se, e combate-se o realismo, na premissa jocosa de que a decisão judicial fora determinada pelo que o juiz tomara no café da manhã. Gastronomia seria razão determinante da atuação burocrática judiciária. O pensamento idiossincrático deriva de Jerome Frank, como já observado. Discípulo de Sigmund Freud, e ele mesmo sujeito a sessões de psicanálise, Jerome Frank identificava que a busca judicial do correto, da verdade e do jurídico seria representação contingencial da busca do pai perdido. O que não deixa de ser a continuidade de desejo infantil pelo pai ideal. O esquema conceitual é freudiano.

Para a ala sociológica não se deve negar que juízes sejam seres humanos, dotados de personalidades individuais. Acrescentava-se, no entanto, que os magistrados são produtos de determinantes sociais. O juiz julga de acordo com os valores culturais e sociais de seu tempo. As duas teorias têm em comum a aceitação de que o relativismo é marca estrutural da ação judicial. De qualquer modo se fixa na subjetividade do julgador, marcada por sua estrutura psicológica ou por seu entorno social, de onde partem e ricocheteiam valores e referenciais. Não haveria justiça neutra, objetiva e asséptica, como defendido pelo formalismo jurídico, que pregava jurisprudência mecânica. A luta contra o formalismo unia os realistas.

O formalismo consiste na *“crença na possibilidade de um método dedutivo ou quase-dedutivo que seja capaz de oferecer soluções determinadas para problemas particulares de escolha jurídica”*². Nesse sentido, o formalismo

² UNGER, Roberto Mangabeira, **The Critical Legal Studies Movement**. Cambridge: Harvard University Press, 1986, p. 1.

identifica-se com o compromisso e com a fé na possibilidade de um método de justificação legal que se possa contrastar com as disputas abertas e intermináveis da vida social. Assumem-se propósitos, políticas e princípios supostamente impessoais. O formalismo, convencionalmente, é a busca de método dedutivo decorrente de sistema normativo que não tenha e que não admita lacunas.

O vetor do formalismo jurídico é Christopher Columbus Langdell, que dirigiu por muitos anos a *Harvard Law School*. Para Langdell, o direito é ciência e deveria ser estudado do mesmo modo como se estudam as ciências naturais. O veículo para a realização desse projeto seria o método do *case law*. Baseado em estudo de casos, por meio dos quais o professor conduz o aluno a alcançar os princípios que regem as decisões judiciais, o método de Langdell procurava traçar o desenvolvimento dos princípios superiores que regeriam o direito. Também chamado de método socrático, o sistema de Langdell ainda hoje é o método das faculdades de direito nos Estados Unidos.

O realismo jurídico norte-americano criticou a distinção entre direito público e privado. Se for o direito público o detentor do poder para determinar o que é direito privado, não há por que se aceitar que o direito privado seja esfera livre do direito público. Conceito típico do direito norte-americano do século XIX, embora desprovido da ênfase e da canonização que lhe dá a tradição européia, a dicotomia entre direito público e privado foi motivo de preconceito por parte do realismo jurídico, que em todas as instâncias percebia a interferência estatal. O referencial de autonomia da vontade, que supostamente informaria o direito privado, é determinado pelo direito público, e nesse sentido esse último assumiria e assimilaria aquele primeiro.

Denunciava-se suposto fundamento metafísico do direito, recorrente na tradição clássica, em prol de juízo de premonição. As percepções de preconceitos, juízos de valor e comportamento dos magistrados passam a orientar as reflexões normativas, de que modo que se desconsideram contornos de objetividade que o formalismo jurídico tinha como ponto indiscutível.

O realismo jurídico, resumindo, criticava o formalismo jurídico, a tendência do direito de se reputar como ciência, o objetivismo, a utilização da lógica e a busca da certeza jurídica. Defendeu-se o relativismo da verdade e ponderou-se que juízes carregam para as decisões suas idiossincrasias, que são determinadas pelo entorno cultural no qual vivem. O direito é definido como a possibilidade de se fazer previsão segura de como o judiciário lidará com os casos que julga. Entre seus principais defensores destaco Charles Beard, historiador do direito, que por meio de obra muito bem pesquisada denunciou o romantismo que envolvia a concepção inicial da constituição norte-americana. É o passo seguinte.

3. Charles Beard e a Interpretação Econômica da Constituição Norte-Americana

Beard nasceu em 1874 e faleceu em 1948. A compreensão que Beard tinha da história do direito era realista no sentido de que nada se aprende do passado. Projetamos no pretérito nossas preocupações presentes, reinterpretando a história freqüentemente, a partir dos pontos de vista que detemos no momento em que fazemos história. Beard afastou-se de historiografia piegas e romântica, que tanto prejudica a compreensão do direito, porque baseada na falsa percepção de que o direito seria resultado de evolução. Beard constatou que a construção da história do direito é concepção discursiva, e pode se perceber em seu modo de ler e de escrever história do direito mecanismo de compreensão que o aproxima de Antonio Hespanha, de Walter Benjamin e de Michel Foucault.

O tempo comprova as teses de Beard. Livros de história do direito norte-americano refletem vínculos ideológicos e culturais de seus autores. Temos várias histórias do direito. Exatamente como possuímos inúmeras soluções jurídicas para um mesmo caso, certamente admitimos a existência de várias possibilidades históricas para um idêntico problema historiográfico. Por exemplo, Peter Irons, que estudou em Boston com Howard Zinn, leu a Suprema Corte norte-americana a partir de pressões populares. Bernard Schwartz, professor na Universidade de Tulsa, propiciou visão formal e otimista da ação da Corte

Suprema. Kermit Hall, professor na Universidade de Utah, apropriou-se de passagem de Oliver Wendell Holmes Jr. e concebeu o direito norte-americano como um espelho das tendências populares. Essa leitura foi totalmente negada por Brian Tamanaha, sociólogo norte-americano, para quem a sociedade não se reflete no direito; este é imposto. Lawrence Friedman, professor na Universidade Stanford, escreveu a mais festejada obra de história jurídica norte-americana, aderindo a historiografia bem comportada e dominada por concepções totalizantes. Morton Horwitz, professor em Harvard, quis entender o direito norte-americano a partir do desenvolvimento do capitalismo naquele país. Horwitz engendrou historiografia problematizadora e aproxima-se de Charles Beard.

O índice do grande livro de Beard dá-nos conta da amplitude e dos nichos de interesse de sua pesquisa. Beard principiou com levantamento relativo aos fundamentos teóricos justificativos de leitura histórica da composição da constituição dos Estados Unidos, forte em Ferdinand Lassalle e em Karl Marx. Em seguida, Beard fez levantamento dos interesses econômicos que estavam em jogo em 1787, ano da promulgação da constituição norte-americana. Apresentou os passos que substancializaram o movimento que redundou no texto constitucional. Na premissa fundamental de que *o poder segue a propriedade*, Beard identificou os interesses econômicos dos membros da convenção constitucional norte-americana. Em capítulo seminal, Beard qualificou a constituição norte-americana como documento prioritariamente econômico. Vinculando economia e política, o que é tema marxista, Beard reconstruiu as doutrinas políticas que animavam os membros da convenção constitucional.

Beard ocupou-se do processo de ratificação. Isolou a participação popular e qualificou os limites do voto popular. O livro de Beard afasta toda a historiografia jurídica ingênua, que oxigena manuais e apostilas de história de direito, disciplina que muitas vezes cai no domínio de ingênuos que admiram o passado, sem que entendam os porquês do escapismo. E ainda, tudo justificam em nome de uma suposta cultura jurídica, que não conseguem explicar para que sirva. A

história do direito sem o filtro de historiografia crítica é mecanismo retórico, barroquismo inútil e conceitualismo fraudulento.

O livro de Beard suscita revolta pragmática, verdadeira insurreição contra o formalismo. Beard minou a veneração que havia para com a Suprema Corte, que acintosamente reprimia legislação crescente de preocupação econômica e social. Beard realizou obra de desconstrução, decompondo os termos da constituição dos Estados Unidos, e comprovando que se vivia sob governo de homens, e não de leis, ao contrário do que defendia historiografia jurídica romântica, cravada no ideário popular.

Para Beard, quando a Suprema Corte decidia sobre questões de interesse direto da população, esta deve ser compelida a votar, anuindo ou discordando da decisão, que fora produzida por seres humanos, detentores de interesses e preconceitos, representantes de grupos de pressão, de *lobbies* e de conjuntos específicos, circunstância que se mascara com o ramerrão da neutralidade e da cientificidade. Beard também despertou de sono dogmático próprio, lembrando que a descoberta de que os *pais da constituição* percebiam que os conflitos em torno do texto constitucional eram efetivamente disputas de interesse econômico, fora o maior choque de sua vida.

Beard pinçou no texto constitucional norte-americano todas as questões econômicas que agitavam os Estados Unidos, a exemplo de proteção tarifária, comércio internacional, transporte, indústria, comércio, trabalho, agricultura, temas que não podem ficar à mercê dos falsos problemas trazidos pelas leituras analíticas do direito, que se perdem em formalismos, campo discursivo que engendra todos os tipos de solução. Paradoxalmente, embora sob premissas de pensamento que negaria o ideário neoliberal, Beard aproximou-se de conclusões relativas à aproximação do direito com a maximização da economia, circunstância que será percebida mais tarde em Friderich Hayek e em Richard Posner, embora, bem entendido, a partir de outro instrumental teórico.

Em introdução que preparou em 1935 para nova edição de seu célebre livro, Beard questionava que interesses poderiam estar por detrás de todo o modelo constitucional norte-americano. Para Beard, a recusa em se pesquisar respostas

para esse problema essencial nos tornava vítimas da história, barro nas mãos de seus construtores, *clay in the hands of its makers* ³.

Beard questionava a fluidez de conteúdos jurídicos vagos como *princípios*, de entendimento abstrato, provocadores de todo o tipo de injunções conjunturais⁴. Beard duvidava de premissas fluidas, a exemplo de presunção normatizada dando conta de que o governo procede diretamente do povo⁵. Em passo convergente ao realismo jurídico Beard escreveu que:

(...) é necessário se reconhecer desde o início que o direito não é uma entidade abstrata, uma página impressa, um código, uma decisão judicial. Tanto quanto exista alguma consequência para observador, o direito deve tomar uma forma real; o direito governa ações, determina relações normativas entre as pessoas, prescreve comportamentos. Uma norma pode estar nos livros por algum tempo, porém a menos que seus preceitos sejam efetivados, esta norma existe apenas na imaginação. Separada da vida social e econômica para a qual é, em parte, condicionada e em relação à qual, é elemento condicionante, a norma não detém vida real ⁶.

Beard lembrou que boa parte da produção jurídica é relacionada com a defesa da propriedade e que há tentativa de se isolar o direito constitucional dessa circunstância, entre outros, por causa de construção cultural que fraciona o universo normativo em conteúdos de direito público e privado. Para Beard:

Pode se tentar dizer que o direito constitucional seja um campo peculiar do direito; que não esteja prioritariamente preocupado com propriedade ou com relações de direito de propriedade, porém, com órgãos do governo, com sistema de voto, com a administração em geral. A superficialidade desta visão torna-se aparente a partir de segunda e mais detida olhada. Na medida em que o objeto primário de um governo seja, além da mera repressão por meio da violência física, o de compor regras que determinam as relações de propriedade entre os membros da sociedade, as classes dominantes, aqueles cujos direitos devem ser determinados, precisam agir de modo a obter de quem quer que esteja no poder as regras que se apliquem a seus interesses, de modo que se dê continuidade ao processo econômico, ou então esses grupos tomarão pessoalmente o controle do governo⁷.

³ BEARD, Charles. **An Economic Interpretation of the Constitution of the United States**. New York: The Free Press, 1986, p. liii.

⁴ Ibidem, p. 9.

⁵ Ibidem, p. 10.

⁶ Ibidem, p. 12 (versão livre do autor em português).

⁷ Ibidem, p. 13 (versão livre do autor em português).

O interesse pelo controle da propriedade é central na atuação política, não apenas no sentido de se mantê-la, porém também na mira de se obtê-la. E assim:

Aqueles que detêm e aqueles que não detêm propriedade sempre perfilaram interesses distintos na sociedade. Credores e devedores encontram-se no mesmo plano. Interesses de proprietários de terra, de industriais, de mercadores, de banqueiros (...) crescem em necessidade nas nações civilizadas e se dividem em interesses de classe, marcados por diversos sentimentos e pontos de vista. A regulamentação destes vários e correlatos interesses consistem na principal tarefa da legislação moderna, envolvendo espírito partidário e sectarismos, que se projetam nas atuações necessárias e ordinárias dos vários governos⁸.

Na abertura do capítulo relativo ao estudo dos interesses econômicos que se chocavam nos Estados Unidos em 1787 Beard apresentou as razões e o sentido de sua metodologia, de inspiração inegavelmente marxista, embora ele o negasse:

A teoria da interpretação econômica da história escora-se no conceito de que o progresso social seja o resultado geral do conflito dos interesses sociais, alguns favoráveis, outros opostos, em mudança. Essa hipótese exige que pesquisemos, logo de início, quais classes e grupos sociais havia nos Estados Unidos no momento que antecede à adoção da Constituição, e quais deles, em razão do regime de propriedade que os interessava, esperavam benefícios imediatos e definitivos com a derrubada do antigo regime e com o estabelecimento de um novo modelo de governo. Por outro lado, deve se averiguar qual dos grupos poderia lutar por maior benefício, mantido o governo anterior e o modelo jurídico antigo⁹.

Beard percebeu a relação que a constituição dos Estados Unidos mantinha com projeto econômico de expansão¹⁰. O delicado problema da escravidão não passou despercebido a Beard, dado que a solução que o texto constitucional norte-americano preservou, lacônica, é causa concorrente para o conflito nacional que se alastrou de modo mais explícito a partir de 1861, e que foi a guerra que matou o maior número de norte-americanos, travada entre o norte e o sul.

⁸ Ibidem, p. 15 (versão livre do autor em português).

⁹ Ibidem, p. 19 (versão livre do autor em português).

¹⁰ Ibidem, p. 23 (versão livre do autor em português).

Charles Beard pode ser inserido no planisfério conceitual do realismo jurídico, em sentido historiográfico, na medida em propugnou, e demonstrou exaustivamente, a impossibilidade de se divorciar a história do direito de seus fatores determinantes, que se localizam na economia e na política. É o que alavanca as percepções seguintes.

4. O Realismo Jurídico e a Experiência Constitucional Internacional Contemporânea

O realismo jurídico zombou da representação popular enquanto paradigma indicativo da concepção de normas jurídicas. No plano internacional contemporâneo a assertiva parece dotada de plausibilidade, na medida em que transposições normativas qualificam migrações constitucionais que decorrem do uso da força, pelo menos do capital. A constituição que se elabora para o Iraque, por exemplo, é instância eloquente. No que tange à relação do controle de constitucionalidade de leis e sua relação com o jogo democrático, tema que era recorrente no ideário do realismo, quer-se acreditar, é ainda de frágil dimensão, sobretudo em países periféricos, e incluo a América Latina no rol exemplificativo.

O velho mito de que os homens somos governados por leis, e não por homens, derrubado pelo realismo, é confirmado no planisfério internacional, e nas experiências constitucionais que se reproduzem, sob o cânon dos modelos constitucionais ocidentais. E a crítica ao formalismo ressurgiu em dimensão internacional, em decorrência da inaplicabilidade de alguns tratados, por força de empecilhos que decorrem de circunstâncias burocráticas.

O relativismo da verdade, tema que remonta aos sofistas, e que ressurgiu em Nietzsche, e que perseguiu Foucault, Rorty, Stanley Fish, e tantos outros, plasma o realismo que dá os contornos na concepção normativa contemporânea, na busca de esperanto jurídico que é mera metáfora para americanização dos padrões legais.

E a herança de Beard, no sentido de que motivação econômica anima a concepção legislativa, permanece mais densa do que nunca, na medida em que

interesses determinam desenhos de lei; e a possibilidade de se fazer previsão segura de como questões concretas serão decididas parece ser a pedra de toque da experiência normativa constitucional contemporânea, preocupada com resultados imediatos. É o que leva a pensar, entre outros, estudos sistemáticos de constituições e tribunais contemporâneos, a exemplo do que se constata em países como Portugal, Brasil, Índia, China, Indonésia e Rússia. Aquele primeiro, de reboque no tratado constitucional europeu. Esses últimos, na busca de espaço que se abre com o fim das dicotomias que marcaram a guerra fria, e com o conjunto de possibilidades que se descortina no mundo globalizado. Sigo com mais exemplos.

O constitucionalismo inglês, é um caso, parece marcado por minimalismo discursivo que acena para avanços de projeto político que se desenha desde a guinada conservadora que se deu em 1980, e que fez conservadores mesmo os liberais históricos, a exemplo de Tony Blair, especialmente por meio da influência de Anthony Giddens e dos modelos de *terceira via*, que prega a humanização do inevitável. O constitucionalismo norte-americano vê-se dominado por Suprema Corte manifestadamente republicana, que se explicita como tal, em temas de direito à privacidade, a par de questões recentemente levantadas, centradas em bioética; e refiro-me a problemas de clonagem, medicina alternativa, propriedade da vida, conceituação de morte, transplantes de órgãos, entre tantos outros. Menciono também questões relativas ao terrorismo, a exemplo do debatido nos casos *Rasul v. Bush* e *Hamdi v. Rumsfeld*, entre os mais paradigmáticos.

No México, monitora-se o modelo constitucional, de modo a se engatar aproximação com os Estados Unidos, e supostos benefícios econômicos decorrentes. No Peru, não se consegue alcançar o pluralismo jurídico que decorre dos modelos normativos nativos. No Paraguai, conjunto discursivo preme de liberalidades não equaciona problemas da miséria e da distribuição de renda. No Uruguai, convive-se com modelo pós-ditatorial, que, no entanto, pretende retomar níveis antigos de crescimento econômico. Na Argentina,

ergue-se escudo herético que se entrincheira na constituição, como meio de se dizer não à *tese da convergência*, justificativa do *Consenso de Washington*.

O modelo alemão afirma-se na realidade suscitada pela retomada dos territórios orientais, e conseqüentes diferenças, marcadamente no meio econômico; há ainda o desafio do migrante levantino, e a presença turca é indicativa do problema. Na França reacende-se corte *direita e esquerda*, que promove leituras distintas de texto constitucional que é único e nada ambíguo. Em Portugal afasta-se cada vez mais do modelo de Estado-Social de meados da década de 1970, em favor de conjuntura normativa neoliberal, mais propícia à identificação com a União Européia, e com o tratado constitucional dela resultante.

Constituições africanas, a exemplo das vigentes no Marrocos, em Angola e na África do Sul, marcam transposições ocidentalizantes, que também se fincam no Oriente Médio, a propósito do Irã e de Israel. De igual modo, proliferam constituições asiáticas, que indicam estruturas típicas da racionalidade ocidental: Afeganistão, China, Tailândia, Mongólia, Índia e Japão, países tão diferentes, marcados por normatividade constitucional muito convergente. E o problema chega à Oceania, a propósito do que se passa com as constituições da Nova Zelândia, da Austrália, e de Vanuatu; trata-se esse último de instigante arquipélago, presentemente eleito à categoria de paraíso fiscal.

Recente estudo dirigido por Danilo Zolo e Pietro Costa¹¹ alavanca problemas decorrentes dessas simbioses culturais e constitucionais, que opõem valores asiáticos e o *rule of law*, direitos do homem e sociedade indiana, déficits democráticos e modelos coloniais, perspectivas islâmicas de constitucionalismo e modernização do direito.

Essa miríade de problemas pode ser lida à luz do realismo jurídico, no sentido de se buscar fatores dominantes e forças determinantes, imposições culturais e negociações estruturais, identificadores do movimento que se presente se observa, no sentido de concepção de direito constitucional tão

¹¹ ZOLO, Danilo e COSTA, Pietro (org.) **O Estado de Direito- História, Teoria, Crítica**. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

único, tão similar, em mundo tão distinto, pluralista e multifacetário. Pelo menos, como dúvida recorrente, a manifestação popular, zombada pelos realistas, parece-me rarefeita nos modelos acima indicados. Contemporânea, pois, a lição de Charles Beard, para quem a motivação econômica dirigiria a expressão normativa, e para quem, por traz de todo legislador constituinte haveria indisfarçável agenda própria, insinuadora de segredos imperscrutáveis.

5. Bibliografia

ALSCHULER, Albert W. **Law without Values**. Chicago: Chicago University Press, 2000.

BEARD, Charles A. **An Economic Interpretation of the Constitution of the United States**. New York: The Free Press, 1986.

CARDOZO, Benjamin. **The Nature of Judicial Process**. New Haven: Yale University Press, 1991.

CHASE, Anthony. **Law & History. The Evolution of American Legal System**. New York: New Press, 1997.

DUXBURY, Neil. **Patterns of American Jurisprudence**. Oxford: Clarendon Press, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge : Harvard University Press, 1977.

FISHER III, William W. et alii (ed.). **American Legal Realism**. New York: Oxford University Press, 1993.

FRANK, Jerome. **Law and the Modern Mind. Gloucester** : Peter Smith, 1970.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito Constitucional Comparado**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2006.

HALL, Kermit L. **The Magic Mirror – Law in American History**. New York: Oxford University Press, 1989.

HOLMES JR., Oliver Wendell. **The Common Law**. New York: Dover, 1991.

HOLMES JR., Oliver Wendell. **The Essential Holmes**. Chicago: Chicago University Press, 1992.

HORWITZ, Morton J. **The Transformation of American Law: 1870-1960**. New York: Oxford University Press, 1992.

HORWITZ, Morton. **The Transformation of American Law**. 2 vols. New York: Oxford University Press, 1994.

HORWITZ, Morton. **The Warren Court and the Pursuit of Justice**. New York : Hill and Wang, 1999.

KALMAN, Laura. **Legal Realism at Yale, 1927-1960**. Chapel Hill : The University of North Carolina Press, 1986.

KAUFMAN, Andrew L. Cardozo, Benjamin Nathan, in Kermit L. Hall (ed.) **The Oxford Companion to American Law**. New York: Oxford University Press, 2002.

MANGABEIRA UNGER, Roberto. **The Critical Legal Studies Movement**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

POWE JR, Lucas A. Scot. **The Warren court and American politics.** Cambridge-MA/ London/England: The Belknap Press of Harvard University Press, 2001.

PRESSER, Stephen B.; ZAINALDIN, Jamil S. **Law and Jurisprudence in American History- cases and materials.** 4.ed. St. Paul, MN: West Publishing Co., 2000.

SCHWARTZ, Bernard. **A History of the Supreme Court.** New York: Oxford University Press, 1995.

ZOLO, Danilo e COSTA, Pietro (org.) **O Estado de Direito- História, Teoria, Crítica.** Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.