

A JURISPRUDÊNCIA SOCIOLOGICA NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA DO NORTE O PENSAMENTO DE BENJAMIN N. CARDOZO

VERA MARIA JACOB DE FRADERA

Professora de Direito Civil na Universidade Federal do Rio Grande do Sul,
Professora na Escola da Magistratura e do Ministério Público, Mestrada em
Direito Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Introdução — I. A jurisprudência sociológica nos Estados Unidos da América do Norte — A) A descoberta da norma individualizada — B) O pensamento de Roscoe Pound e Wendell Holmes — II. Benjamin Nathan Cardozo e a natureza da função judicial — A) Síntese biográfica e produção cultural — B) O método de trabalho de Benjamin Nathan Cardozo — III. Conclusão.

INTRODUÇÃO

A Jurisprudência Sociológica, movimento filosófico surgido em fins do século passado, tem suas origens no positivismo filosófico, no sentido de que cada tema por ela tratado é desenvolvido a partir da Filosofia Positiva de A. Comte.¹

Os princípios e fundamentos da Escola foram assentados por Oliver Wendell Holmes, tendo como seguidores e mais importantes colaboradores a Benjamin Cardozo e Roscoe Pound, decano da Universidade de Harvard e representante máximo do movimento.

A Escola estabeleceu suas bases através do exame de problemas práticos, surgidos no desempenho da atividade judicial de seus criadores.

Que tipo de problemas?

1. Edgar Bodenheimer, *Ciência do Direito*. Rio de Janeiro, Forense, 1966; Benjamin Nathan Cardozo, *La Naturaleza de la Función Judicial*, Buenos Aires, Ed. Arayú, Librería De Palma, 1955; Roscoe Pound, *Lo Spirito della Common Law*, Milano, Giuffrè Editore, 1970. Roscoe Pound, *The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence I, II e and III*. Harvard Law Review, vols. XXIV e XXV, 1911, 1911/1912 e 1912 (april), p. 591, 140 e 489; Juan Cueto Rua, *El Common Law*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 1957, Recasens Siches, *Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX*. México, Editorial Porrúa S.A., 1.ª ed., seg. tomo, 1963; Franz Wieacker, *História do Direito Privado Moderno*, Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.

Os que surgiram por causa das grandes mudanças sociais e econômicas, iniciadas em fins do século XIX, em progressão sempre maior, tornando-se difícil solucioná-los através do sistema da *Common Law*. É interessante observar que idênticos problemas estavam sendo enfrentados, na mesma época, pelos juristas da Europa Continental, que trabalhavam em um Sistema de Direito Codificado.

Os juristas antes referidos, além de outro, igualmente Juiz da Suprema Corte americana, de nome Louis Brandeis, perceberam que muitas das regras da *Common Law* não mais serviam para reger relações de vida tão modificadas pelas transformações sociais e outros fenômenos de cunho econômico. Estavam em presença de “novos tempos”, que demandavam novas normas e novas interpretações das antigas, o que não poderia ser conseguido por via de puro raciocínio dedutivo. Para que novas interpretações das antigas normas fossem possíveis seria mister uma prévia e consciente compreensão das realidades sociais que ante seus olhos se apresentavam.

Esta visão valorativa do ambiente social e a sua preocupação com problemas de ordem prática não significava que tivessem desdém ou desconsideração pela teoria, pela meditação filosófica. Ao contrário, buscavam na teoria a fundamentação para a resolução das questões práticas.

O fato de os fundadores e os seguidores da Escola considerarem os processos lógico-dedutivos como incapazes de solucionar os problemas práticos surgidos, não impediu que a Escola seguisse utilizando-se da lógica no campo da prática jurídica. Reconheciam que, ao fim e ao cabo, *existem no Direito certas formas e estruturas lógicas*, mas que o mundo jurídico não é constituído exclusivamente pela lógica pura, sim, que é, *também e essencialmente, um instrumento para a vida social*, para a realização dos fins humanos dentro da História.

Segundo os ditames da Escola da Jurisprudência Sociológica, o trabalho do Jurista teórico, do Legislador e do Juiz não deve limitar-se a um processo meramente lógico; deve conter um conhecimento sociológico das realidades em que atuam, realidades que devem servir de base para a formulação de normas inspiradas em critérios de Justiça.

Foi esta a direção em que se desenvolveu o pensamento de Benjamin Nathan Cardozo e a obra jurídico-filosófica de Roscoe Pound.

Ponto mais importante do trabalho e da pesquisa dos juristas sociológicos foi o de tornar possível e compeler a elaboração de leis, e também a sua interpretação e aplicação, levando em consideração e com muita atenção, *os fatos sociais*, dos quais a lei deve provir, e aos quais ela será aplicada.

Consideravam a lei como uma instituição social que deve ser incrementada pelo esforço da inteligência humana e *entendiam ser sua tarefa mais importante, descobrir os meios para melhor desenvolver e direcionar tais esforços*. Para eles, a lei é, antes, um guia, que deve resultar em algo socialmente justo, do que um molde inflexível.

A Escola teve uma vigorosa influência e grande repercussão nos países anglo-saxões, marcando o Direito Positivo nos Estados de língua inglesa. Além disto, teve repercussões na Europa Continental e sobre juristas ibero-americanos.

O estudo que a seguir desenvolveremos será dividido em duas partes: na primeira delas, será apresentada a Jurisprudência Sociológica nos Estados Unidos da América do Norte, sua caracterização e principais representantes. Na segunda parte, será abordado o pensamento de Benjamin N. Cardozo.

I — A JURISPRUDÊNCIA SOCIOLOGICA NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA DO NORTE

A) A descoberta da norma individualizada

Surgiu a Jurisprudência Sociológica com um movimento desencadeado pelos juizes norte-americanos, como uma *meditação* sobre a *indole*, o *alcance* e o *valor* da atividade jurisdicional.

A mais relevante contribuição da Escola consistiu em demonstrar que não se podia continuar mantendo uma rígida separação entre a *criação do Direito* e a *sua aplicação*. Além disto, consideravam que deveria desaparecer esta cisão tão rígida, de que vez o magistrado, em suas sentenças, realiza também uma atividade estimativa, valorativa.

Os temas desenvolvidos pela Jurisprudência Sociológica, a partir de problemas surgidos na sociedade norte-americana da época, se relacionam com as questões sobre que discorriam os jusfilósofos europeus e latino-americanos, no mesmo período.

Elaborando uma espécie de "seleção" dos assuntos discutidos com ênfase maior, tanto pelos juristas americanos do norte como por europeus e sul-americanos, concluiremos que a questão mais debatida, sem dúvida alguma, foi a relativa à *norma individualizada*.

Vários juristas, alguns dentre eles notáveis, dedicaram estudos e escritos a esse tema, podendo, contudo, serem divididos, ou melhor, agrupados, em dois ramos:

a) Um primeiro grupo, que realizou uma abordagem do tema, sob o *ponto de vista exclusivamente lógico*, v. g., Kelsen, para quem a função jurisdicional é, essencialmente, a de criar normas concretas.² Face a este entendimento, portanto, a atividade jurisdicional não se constitui em mera atividade mecânica como entendiam alguns.

2. Kelsen teve a preocupação de descobrir a essência formal dos elementos da ordem jurídica e, ao fazê-lo, acabou descobrindo que a função do julgador constitui, antes de tudo, criar normas individuais, que se caracterizam por acrescentar algo novo.

O traço característico, que permite identificar esse tipo de normas, é o de que elas não são idênticas às normas gerais; o seu conteúdo é distinto porque, em sendo individuais, elas acrescentam algo de novo, são normas "personalizadas", feitas sob medida.

b) O segundo grupo de jusfilósofos analisou a questão da norma individualizada *sob o ponto de vista axiológico*, afirmando que o julgador deve utilizar critérios valorativos em seus julgamentos, sem contudo, afastar-se da ordem jurídica em vigor, na sociedade naquele momento. O jurista de maior expressão a sustentar esta idéia foi Stammler.³

Podemos lembrar, dentro de uma linha de pensamento bastante próxima à de Stammler, o denominado "movimento do Direito Livre", o *Freirechtsbewegung*.⁴

Muito conhecida foi, na França, a atividade jurisdicional do juiz Magnaud que, com certo exagero, preconizava a consideração dos fatores particulares de cada caso submetido a seu julgamento.

Apesar de apresentar alguma identidade com movimentos europeus contemporâneos, a Jurisprudência Sociológica não pode, de forma alguma, ser considerada como tendo sido calcada ou inspirada naqueles, pois é original em todos os seus aspectos, porque desenvolveu-se motivada pelos contrastes entre a *Common Law* com a ambiência social da época, da realidade social cambiante que demandava novas formas de regulação.

A influência filosófica mais decisiva sobre os seguidores da Jurisprudência Sociológica foi a de William James que, com sua visão pragmática dos problemas, determinou nos juristas da Escola Sociológica, uma concepção dinâmica do Direito e da Lei.⁵

Embora tendo muitos adeptos, deter-nos-emos, nestas reflexões, apenas em alguns de seus maiores representantes: Rosco Pound, Oliver Wendell Holmes e Benjamin Cardozo.

B) O pensamento de Roscoe Pound e Wendell Holmes

O fundador da Escola da Jurisprudência nos Estados Unidos da América do Norte foi Roscoe Pound, tendo construído o sistema filosófico-jurídico mais original e coerente de seu país.

3. Stammler via o Direito de uma forma dinâmica, e desta concepção resultou a sua axiologia jurídica, caracterizada por salientar as mutações históricas, como fator de desenvolvimento de novas formas de Direito. V. Wieacker, op. cit., p. 683.

4. Movimento preconizado por H. von Kantorowicz, historiador do Direito, que, apoiado nas teorias do sociólogo Ehrlich, desenvolveu uma atitude contestatória ao positivismo jurídico e à jurisprudência dos conceitos, pregando que a decisão jurisprudencial deveria ser fundada em processos intuitivos, assentes nos sentimentos do juiz, constituindo essa atividade, uma "criação livre do Direito". V. Wieacker, op. cit., p. 671.

5. Dentre os juristas sociológicos, o mais influenciado por William James foi Roscoe Pound, que adotou uma atitude pragmática frente ao Direito, o que fica muito bem evidenciado em sua obra "Introdução à Filosofia do Direito".

Conhecedor profundo do Direito e da Filosofia, Pound teve sua formação realizada sob as influências da *Common Law* e do pensamento anglo-saxão, bem como as de pensadores europeus continentais, v. g., Montesquieu, Bentham, Ihering, Stammler, Kohler e Erlich. Sofreu, igualmente, o influxo das doutrinas sociológicas.⁶

A atividade jurisprudencial de Pound foi outra importante motivação para que desenvolvesse seu pensamento filosófico em torno de questões e problemas relativos ao campo da filosofia e da sociologia jurídica.

O tema central das meditações e dos escritos de Pound é o de encontrar normas justas, adequadas às situações sociais de então, que não tinham guardida sob a *Common Law*, nem nos princípios filosóficos-jurídicos dantes formulados.⁷

Pound demonstrou, em alguns de seus ensaios e, de modo geral, na forma como desenvolveu seus estudos, que a Filosofia Jurídica contribuiu grandemente para o desenvolvimento da História do Direito, ou seja, que a origem de muitas das normas constantes dos ordenamentos jurídicos ou mesmo certas mudanças, nestes levadas a efeito, tiveram origem em idéias de cunho filosófico. Destarte, muito contribuiu Pound para o ressurgimento dos estudos de Filosofia nos Estados Unidos.

Por outro lado, chamou a atenção dos estudiosos do Direito, dos juízes e advogados, para o fato de ser necessário submeter a um juízo crítico as normas jurídicas em cada ordenamento, as instituições jurídicas e sociais, sem esquecer a doutrina, que, em seu entendimento, também deveria ser examinada sob um prisma jusfilosófico. Entendia Pound que a sociedade de seu tempo estava a sofrer profundas mudanças, e que o Direito passava por um período de transição e adaptação às novas condições sociais, de tal sorte que uma revisão e reformulação da teoria filosófica do Direito se faziam necessárias. Para tanto, concebeu a Filosofia do Direito como uma espécie de “engenharia social”, cuja finalidade é a ordenação das relações entre os membros da comunidade, através da ação da sociedade politicamente organizada.

Outro destacado jurista da Escola da Jurisprudência Sociológica foi Oliver Wendell Holmes, magistrado da Suprema Corte dos Estados Unidos, para quem o Direito não é criação da vontade de um soberano ou de uma Vontade Comum, mas sim produto da atividade dos juízes, pois estes podem melhor analisar e ter maior compreensão das realidades, realidades

6. A magnitude dos conhecimentos de Pound, tanto no que se refere ao Direito, como à Filosofia em geral, é impressionante, chegando, como afirma Recasens Siches, ao “exaustivo” op. cit., p. 610.

7. Considerava o progresso do Direito, através de novas normas como uma espécie de “luta” entre o antigo e o novo Direito. Tomava como fonte de inspiração para essa afirmativa uma idéia expressa por Kourkounov: “Legal development as a whole is a struggle of old law, unconsciously established against new law consciously adopted” (In *General Theory of law*). V. Roscoe Pound, *Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence*, III, p. 499, HLR, 1912, n. 6.

estas que não são estáticas, ou abstratas, ao contrário, são concretas e mutáveis. Suas maiores contribuições se fizeram em torno do problema da criação do Direito, sobre a sua evolução e sobre o processo judicial, já que sua formação filosófica e sua própria experiência como magistrado o levaram a meditações sobre estes temas.

Uma frase de sua autoria, reproduzida por Recasens Siches dá a medida exata da influência que sua atividade exerceu sobre sua concepção do Direito. É a seguinte: "A vida real do Direito não consiste em lógica, sim em experiência". Igualmente significativa é a que segue: "As necessidades sentidas em cada época, as teorias morais e políticas predominantes, as instituições em que se inspirou a ação política, tanto as confessadas explicitamente como as outras inconscientes, e também os preconceitos que têm os juízes, como qualquer pessoa, tiveram muito mais a ver, na determinação das normas para governar os homens, do que os silogismos".⁸

Outra faceta interessante de Oliver W. Holmes era a de que aceitava e até mesmo praticava uma atitude valorativa em relação ao Direito, porém negava a existência do Direito Natural, adotando uma filosofia realista e pragmática do Direito.

II — BENJAMIN NATHAN CARDOZO E A NATUREZA DA FUNÇÃO JUDICIAL

A) Síntese biográfica e produção cultural

Nasceu Benjamin Nathan Cardozo em 1879 e faleceu em 1938. Os últimos seis anos de sua vida, passou-os como Juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos da América do Norte. Foi considerado "o mais perfeito exemplo do juiz perfeito". Unia a um talento profundo, inquietação filosófica, conhecimento técnico, sentido do humano, visão do futuro, e elegância estética no redigir e no manejo da linguagem.⁹

Judeu, de família espanhola, emigrada por motivo de perseguições religiosas da Dinastia dos Habsburgo, radicada em Nova Iorque, onde Benjamin nasceu e cresceu, com grande dificuldade, pois possuía saúde extremamente débil. Além da grande paixão pelo Direito, era dedicado à leitura dos clássicos e dos modernos, tanto na literatura como na filosofia.

Graduando-se em Direito, na *Columbia Law University*, exerceu, durante algum tempo, a profissão e, em 1913, ingressou na Magistratura, como Ministro da Suprema Corte do Estado de Nova Iorque, por acordo unânime de todos os partidos políticos.

8. Cf. Siches Recaséns, ob. cit., p. 593.

9. Carlos Cossio, no prefácio à obra de Cardozo, intitulada, *La Naturaleza de la función judicial*.

Em 1917, passou a juiz titular da Corte de Apelação, onde permaneceu durante quatorze anos; em 1926 tornou-se Presidente desta Corte e; em 1932, o Presidente Hoover nomeou-o Ministro da Suprema Corte, para preencher o lugar de Holmes, que havia renunciado. Permaneceu nesta posição durante seis anos, até a sua morte.

B) O método de trabalho de Benjamin Nathan Cardozo

O pensamento de Benjamin Nathan Cardozo é uma análise sobre suas experiência como juiz. Com ele, a *Common Law* adquire um matiz diverso daquele dado por Roscoe Pound, ainda que ambos tenham tido as mesmas inspirações teóricas, as mesmas influências, uma vez que tanto um como outro, eram profundos conhecedores da Filosofia Européia-continental. O pensar de Benjamin Nathan Cardozo expressou-se, não só através de seus julgados, como, também, mediante seus escritos, como, por exemplo, o mais famoso dentre eles, *The Nature of Judicial Process*, onde analisa a essência do processo judicial e, ao fazê-lo, descreve o tipo de atividade que desempenha o magistrado, as fontes de que se serve para dar solução aos litígios, pesquisando, igualmente, a natureza do *Common Law*, de vez que há sempre uma vinculação entre esta última e a atividade dos juízes.

A primeira questão formulada por Cardozo, em suas meditações, é a seguinte: “Que faço quando julgo um litígio? Até que ponto busco congruência lógica?”

Segundo sua visão da atividade jurisdicional, é preciso, antes de tudo, partir das “realidades existentes na vida”, ou seja, no processo judicial estão presentes fatores como a lógica, o costume, a história e considerações de bem estar social, de justiça e moral. Uma das preocupações do jurista filósofo é determinar qual o princípio que regulou esses fatores.

Na análise da conduta judicial, distinguem-se dois processos mentais: os conscientes e os subconscientes. Diante de um caso concreto, mesmo que exista uma lei ou norma constitucional, prevista para aquela situação, ainda assim a tarefa do juiz não é algo meramente mecânico; é preciso interpretar a norma, a fim de adaptá-la ao caso concreto.

A função judicial consiste, sobretudo, em aplicar as normas preexistentes no sistema; o juiz só legisla excepcionalmente. A ordem jurídica é composta pela Constituição, pelas leis e sentenças precedentes. É a partir destas normas que o julgador fará uma seleção, uma interpretação e, finalmente, uma aplicação de norma ou princípio que fundamentará a sentença.

Para chegar a uma sentença, Benjamin Nathan Cardozo dizia empregar quatro métodos ou processos distintos, em sua operação mental:

1. o método da progressão ou da dedução lógica;
2. o método de buscar inspiração na linha do desenvolvimento histórico de uma instituição jurídica;

3. o método de ater-se aos dados dos costumes e das convicções sociais vigentes;
4. o método de inspirar-se em considerações de justiça e de bem estar social.

Indagação destacada é a que perquire sobre qual seja o princípio orientador da escolha de um ou outro método de interpretação para sentenciar. Cardozo aponta a idéia de justiça e bem estar social como princípio utilizável na escolha do método, além de constituir, por si mesmo, um método. O fim do Direito é a Justiça e o Bem Estar Social, logo, uma norma que, aplicada, se afasta desta finalidade, não pode justificar a sua existência. O julgador pode elaborar normas individualizadas em sentenças, de acordo com a Lógica, ou a História e os Costumes, segundo a feição como se apresentam os fatos. Os fins do Direito determinam os limites em que isso pode ser feito.

Cardozo aponta os perigos resultantes do abuso da utilização do método lógico, por exemplo. Para tanto, lembra um famoso processo, no qual fica bem evidenciado que o raciocínio lógico pode induzir o intérprete em erro, apesar da correção formal de seu raciocínio. O exemplo referido é o seguinte: ¹⁰ um legatário assassinou o testador, existindo dúvidas acerca de seu direito a receber ou não o legado instituído em seu favor.

Neste caso, havia a concorrência de princípios, o que não impediu que prevalecesse, ao final, um deles. Antes de mais nada, o princípio existente era o da obrigatoriedade de um testamento válido. Utilizando-se a lógica, tudo indicava que o assassino tinha direito ao legado; outro princípio era o de que os tribunais civis não devem aumentar as penas impostas pelos tribunais criminais. Como o assassino já havia sido condenado por um tribunal criminal, parecia não haver mais possibilidade para o tribunal civil aplicar também uma pena. Um terceiro princípio, que sobrepára acima dos demais, de maior generalidade, e cuja fonte está nos sentimentos universais de justiça, determina que ninguém pode beneficiar-se de um crime que tenha praticado. Foi a lógica deste princípio a que prevaleceu sobre a dos demais.

Mediante este exemplo, Cardozo demonstra a relatividade do método lógico, recomendando que dele não se abuse, a fim de que não se torne um valor maior e decisivo.

Ao descrever o método histórico, utilizável para formular sentenças, Cardozo volta a referir certos problemas decorrentes da tendência a abusar do raciocínio lógico, pelos juízes. Diz o filósofo norte-americano que muitas são as instituições jurídicas cuja evolução histórica revela a manifestação real de uma estrutura lógica; outras há, contudo, que tiveram seu desenvolvimento determinado por situações ou necessidades da época ou

10. Recaséns Siches, op. cit., p. 608.

do local, sem qualquer ligação lógica entre suas fases evolutivas. O exemplo citado¹¹ é o concernente a algumas instituições da propriedade feudal, cujas normas somente podem ser explicadas pela ocorrência de determinados fatos históricos. É o caso da doação inter vivos de bens móveis, que, segundo o sistema jurídico examinado, necessitará, ou não, da tradição para que se realize.

Com relação ao método de ater-se aos dados costumeiros e das convicções sociais vigentes, Cardozo exemplifica a sua utilização na determinação do alcance de certas normas, v.g., quando o contrato social de uma Companhia Mercantil é omissivo em relação aos poderes dos sócios, a interpretação a ser dada é a de que os poderes têm o alcance e os limites usuais no comércio.

Considerando um dos deveres do juiz o apego ao Direito Positivo e valorizando o papel da dedução lógica na interpretação da lei, Cardozo salientou o papel das considerações de conveniência social na arte de julgar. Ao tornar eficaz uma lei, o juiz interpreta a consciência social, mas, ao fazê-lo, ele, às vezes, modifica a mesma consciência que foi chamado a interpretar.

O pensamento de B. N. Cardozo pode ser sintetizado na seguinte passagem de um de seus mais conhecidos escritos, os *Selected Writings*, onde assim se expressou:

“(. . .) Há, pois, um elemento criador, ao lado do elemento descobridor, na atividade judicial. O juiz tem, com freqüência, de pesar interesses em conflito e escolher entre duas ou mais alternativas de decisão logicamente admissíveis. Ao efetuar essa escolha, ele sofre necessariamente a influência de instintos hereditários, de crenças tradicionais, de convicções adquiridas e de concepções de necessidade social. Cabe-lhe pesar todos esses ingredientes, a sua filosofia, a sua lógica, as suas analogias, a sua história, os seus costumes, o seu senso de direito, e tudo o mais, e, acrescentando um pouquinho aqui, tirando um pouquinho ali, determinar, o mais sensatamente possível, o peso que fará pender um dos pratos da balança”.¹²

Do acima transcrito, depreende-se, com clareza, que Cardoso enfatizou, ao longo de sua atividade jurisdicional e também em seus escritos, a necessidade de o julgador permanecer atento às realidades sociais. Profundamente atraído pelas teorias sociológicas e vivenciando as transformações sociais e econômicas de seu tempo, Cardozo realizou uma das mais notáveis análises da atividade judicial em todos os seus aspectos, tendo sua obra, em razão deste fato, alcançado grande e perene repercussão.

11. Recaséns Siches, op. cit., p. 609.

12. Bodenheimer, op. cit., p. 135, reproduzindo trecho dos *Selected Writings*, p. 176.

III — CONCLUSÃO

Diante do lineamento que acabamos de apresentar, resta-nos realizar uma breve síntese do que se pode entender por Jurisprudência Sociológica. Em primeiro lugar, esta doutrina teve o seu surgimento motivado por dois importantes fatores, quais sejam, uma reação contra a jurisprudência analítica e seu excessivo formalismo, além de consistir em uma forma de protesto contra as concepções tradicionais do Direito Natural.

Consistindo em um movimento de reação e protesto em relação às concepções então vigentes, a Jurisprudência Sociológica destacou as realidades da vida social como elementos indissociáveis da interpretação e aplicação da lei. Os criadores e principais teóricos da Escola, todos eles renomados juizes da Suprema Corte dos Estados Unidos da América do Norte, como já foi dito, eram pessoas dotadas de profundos conhecimentos teóricos do Direito e identificados com os seus aspectos históricos, sociais e econômicos. Para eles, os fatores sociais têm a função de instrumentos modeladores do conjunto de normas denominado Direito.¹³

Outro aspecto a ser destacado na Filosofia da Escola da Jurisprudência Sociológica é o de que, mesmo preconizando a utilização do método sociológico, a fim de desempenhar o juiz sua função criadora de Direito, isto somente seria possível diante de uma lacuna no ordenamento, quando o julgador deve criar uma norma, como se legislador fora. E as lacunas surgem quando razões de utilidade geral ou de bem estar social evidenciam que os “precedentes”, vigentes no ordenamento, não permitem uma solução justa para o caso, que demanda novo tratamento jurídico.

Por outro lado, numa perspectiva de Direito Comparado, é possível fazer-se uma identificação entre a Escola da Jurisprudência Sociológica e a Jurisprudência dos interesses, de origens européia-continental, porém, cronologicamente mais recente, o que pretendia consistir, segundo seu fundador, Philipp Heck, “uma meditação sobre a essência da função judicial”.

O ponto de partida dos juristas da Escola de Jurisprudência dos Interesses é a constatação de que a ordem jurídica está repleta de lacunas, cabendo ao julgador “achar” a solução justa para o caso não previsto. É a teoria do “achamento” da solução, o que os alemães denominaram *Rechtsfindung*. Para tanto, o juiz deve inspirar-se nas valorações que orientaram o legislador e que este adotou como critérios determinantes de suas normas. Da mesma forma que os juristas sociológicos do Direito consideram que o uso abusivo da lógica, sobretudo do método dedutivo, pode induzir o julgador em erro.

Um ponto comum entre as duas Escolas jurídicas, a da Jurisprudência dos Interesses e a Jurisprudência Sociológica, é o da existência de problemas sociais e econômicos do mesmo porte e de mesma origem, em ambas

13. Esta forma de visualizar o Direito é a mais acentuada em Cardozo e Holmes.

as sociedades, européia e norte-americana, o que obrigou os juízes a uma nova atitude e a uma nova visão do Direito e da função judicial.

A Escola da Jurisprudência Sociológica, através de seus seguidores, sobretudo de figuras como Roscoe Pound e Benjamin Nathan Cardozo, para citar apenas os mais importantes, renovou o pensamento jusfilosófico norte-americano, impondo, com êxito, uma concepção mais pragmática do Direito e da função de julgar, enfatizando que o conhecimento puramente teórico do Direito não basta para que seja realizada a Justiça. À ciência teórica, ao conhecimento do Direito, deve o juiz aliar a sua experiência, os seus conhecimentos dos fatores sociais, a sua reflexão, enfim, deve buscar, em sua visão da vida mesma, subsídios para melhor interpretar a lei, ou, quando for o caso, criar uma norma para o caso não previsto pelo legislador. O cunho notadamente “humanista” é, talvez, a característica mais marcante desta Escola, e o modelo ideal de juiz é o daquele identificado com os aspectos históricos, econômicos e sociais do Direito.