

**Um Diálogo entre Pragmatismo e Direito: Contribuições do Pragmatismo para
Discussão da Ideologia na Magistratura**
*A Dialogue Between Pragmatism and Law: Contributions of Pragmatism for a Discussion of
Ideology in Magistracy*

Lorena de Melo Freitas

Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) - Brasil
lorenamfreitas@hotmail.com

Resumo: Este trabalho tem como principal objetivo analisar algumas contribuições oferecidas pelo pragmatismo para o Direito. Não será nosso intento trabalhar toda matéria, tão logo nossa questão não é, antes de tudo, baseada nas obras dos pragmatistas jurídicos - Oliver Holmes, Roscoe Pound, Benjamin Nathan Cardozo. Por outro lado, eles também serão discutidos, porém, a questão primeira está em: è possível entender o conceito de pragmático de verdade no Direito? A definição de verdade adquire um certo relativismo, após os escritos de Peirce, e o Direito usa este mesmo tipo de relativismo quando trabalha com a "verdade possível", ou melhor, verdade é o que está provado e, principalmente, o que os juízes dizem que é a verdade. A discussão sobre como os juízes decidem, a ser trabalhada no segundo momento, basear-se-á nos textos de Cardozo. Uma outra contribuição, e conclusão nossa, pode ser vista na conferência primeira de Willian James - "O que é o pragmatismo" - onde critica os metafísicos debates filosóficos. Esta idéia pode ser usada para também criticar o pensamento jurídico idealista que aparece na forma de ideologia.

Palavras chaves: Pragmatismo. Direito. Benjamin Cardozo.

Abstract: *This work has main aim to analyze some contributes offered by pragmatism to Law. We will not intent to work all subject, then our question isn't, first of all, based on works written by juridical pragmatists – Oliver Holmes, Roscoe Pound, Benjamin Nathan Cardozo. On the other hand, we will talk about these also, but, firstly the big question is: Is it possible understand the pragmatist conception of truth on Law? The definition of truth acquire a kind of relativism, after Peirce's writings, and the Law use this same kind of relativism when accept the "possible truth", or better, truth is what is proved and, mainly, what the judges say that is truth. The discussion about how do they judges decide, worked in the second moment, will be based on Cardozo's writings. An other contribute, and our conclusion, can be view on Willian James' first conference - "What is pragmatism?" – where criticize the metaphysics philosophical debates. The same idea we can use to criticize the juridical idealist thought that appear as ideology.*

Keywords: Pragmatism. Law. Benjamin Cardozo.

* * *

1. A questão da ideologia no direito e o pragmatismo

Este artigo se propõe a trabalhar o tema da ideologia no direito, especificamente na magistratura, mas fazendo-o por meio de uma leitura pragmática. Aparentemente pode parecer uma pretensão sem tamanho, principalmente se delimitamos nossa definição de ideologia na acepção marxista e se o pragmatismo vai entrar na história através de Cardozo. Então, a pretensão seria juntar ideologia, marxismo, direito, pragmatismo. Contudo, são abordagens plenamente conciliáveis na nossa proposta.

Uma primeira ressalva epistemológica é pois delimitar o marco semântico do termo ideologia, que é por si ambíguo. Aqui o delimitamos nos parâmetros do pensamento de Karl Marx, logo como consciência invertida.

Por ora, tendo o pragmatismo cardoziano como temática base para a discussão da ideologia na magistratura e sendo o pragmatismo uma corrente filosófica que rejeita as principais teses do materialismo histórico, inquieta-se à primeira vista a própria hipótese de conciliar estas duas correntes filosóficas, marxismo e pragmatismo.

A possibilidade de uma conciliação se justifica visto que não se pretende discorrer sobre as divergências epistemológicas entre estas, mas fundamentalmente partir a discussão justamente do ponto que têm em comum: são filosofias práticas, têm um núcleo semelhante de preocupação epistemológica ao perceberem a própria filosofia não como atividade contemplativa somente, mas caminhando da abstração para a realidade, logo para o solucionar de problemas da vida.

O enfoque sobre a ideologia resta justificada pela forma como se veicula, isto é, pelos discursos práticos, pela comunicação (canal de transmissão de idéias, consciências reais ou falsas do real).

Mas por ainda assim haver um vasto campo para análise, focou-se a temática da ideologia na magistratura nas preocupações de Benjamim Cardozo, que discute o dia-dia de como são produzidas as decisões nos tribunais.

Para tanto um primeiro ponto é tratar destas correntes filosóficas com as quais dialoga-se a construção de um debate sobre a ideologia.

2. Marxismo e pragmatismo como filosofias práticas: Práxis e pragma

Dentre os significados historicamente atribuídos à Filosofia, temo-na como *uso do saber pelo ser humano*. Este conceito tem duas principais interpretações. Pela primeira ela é contemplativa, logo uma forma de vida que tem seu fim em si mesmo; pela segunda ela é “ativa e constitui o instrumento de modificação ou de correção do mundo natural ou humano”.¹

É nesta segunda interpretação que se encontram as chamadas Filosofias Práticas.

Platão inaugura essa pretensão transformadora como preocupação filosófica em *A República* com a Alegoria da Caverna. No diálogo com Glauco é enfático esse compromisso educativo e político da filosofia platônica.

A passagem notória é o retorno à caverna, que metaforicamente alude à finalidade prática do saber, no mito o prisioneiro que se liberta e conhece a luz deve voltar à gruta:

Deve, portanto, cada um por sua vez descer à habitação comum dos outros e habituar-se a observar as trevas. Com efeito, uma vez habituados, sereis mil vezes melhores do que os que lá estão e reconheceréis cada imagem o que ela é e o que representa, devido a terdes contemplado a verdade relativa ao belo,

¹ ABBGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, p. 449.

ao justo e ao bom. E assim teremos uma cidade para nós e para vós que é uma realidade, e não um sonho.²

Posteriormente só no Renascimento essa concepção ativa de Filosofia foi retomada. Em *De nobilitate legum et medicinae*, Coluccio Salutati adverte que a verdadeira sapiência não consiste na especulação pura, mas é sapiente quem havendo conhecido coisas celestes e divinas e fosse útil aos amigos, à família, aos parentes e à pátria. Ainda ironiza ao dizer que se tirar a prudência, não achará nem sapiente nem sapiência.³

O início da Idade Moderna é marcada por uma certa consolidação desta concepção ativa da filosofia, pois de um entendimento restrito dos humanistas que só tomavam a Filosofia Moral como ativa, passou-se a um alargamento com Bacon, dado que para ele “também é ativa a Filosofia que tem por objeto a natureza, porque se destina a dominar a natureza”.⁴

Assim segue com os iluministas um desenvolvimento das idéias nesse sentido concatenado com suas finalidades práticas. Kant compartilhava desse entendimento, ao denominar filosofia diz que esta “refere tudo à sabedoria, mas pelo caminho da ciência” e alude à matemática, à física, ao próprio conhecimento empírico do homem como possuidores de um alto valor como meios para se alcançarem os fins da humanidade e conclui invocando o fim principal [do conhecimento], a felicidade universal.⁵

Ratificando tal posicionamento na Crítica da Razão Prática ele retoma a menção à filosofia enquanto ciência como *doutrina da sabedoria*, remetendo aos antigos, e é aqui onde enaltece a explicação da mesma como *doutrina do sumo bem*.⁶

A conclusão é no sentido de que sob o nome de Filosofia temos

O amor à ciência e, conseqüentemente, a todo o conhecimento especulativo da razão enquanto ela pode ser útil tanto para aquele conceito como para o princípio prático de determinação, sem, no entanto, perder de vista o objetivo principal pelo qual somente pode ser chamada doutrina da sabedoria.⁷

Assim, o título de filósofo pertenceria realmente à pessoa que tem interesse indubitável pelo bem comum.⁸

Com o romantismo há um retorno ao âmbito contemplativo, tanto no positivismo como no idealismo. Interessante notar que nem o positivismo com sua remissão à doutrina de Francis Bacon, do saber como possibilidade de domínio da natureza, mesmo assim apenas

² PLATÃO. *A República*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2003, pp. 215-216. Nesse sentido Platão reforça ainda a essência da Filosofia Prática quando adverte para a função dos “habitantes mais bem dotados” ou os que tiveram uma “educação melhor e mais completa” [referindo-se ao filósofo], pois têm a capacidade de tomar parte em ambas as atividades [política e filosofia] e assim o dever social para com o bem estar da coletividade. Cf. *idem*, p. 215.

³ ABBGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, p. 451.

⁴ ABBGNANO, *op. cit.*, p. 451-452.

⁵ KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2002, pp. 594-595.

⁶ KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. Trad. Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 118.

⁷ *Idem*, p. 118.

⁸ KANT, *op. cit.*, p. 119.

podemos perceber o caráter de transformação da sociedade no positivismo de cunho social, de August Comte, por exemplo, diferente da postura do positivismo evolucionista.

É a partir do marxismo que entendemos um profundo interesse na consecução efetiva na realidade das abstrações teóricas, fica claro o fim prático que a filosofia deve ter.

O materialismo dialético, como a filosofia do comunismo, se propõe exatamente como teoria dialética da realidade.

Também se pondo contra a interpretação contemplativa da Filosofia se desenvolveu o pragmatismo. Sua principal característica é a de “se reivindicar como uma filosofia da ação”.⁹ Já com Charles Sanders Peirce, em *Como tornar claras as nossas idéias* de 1878, no artigo que inspira e inaugura o movimento, tem-se a máxima de que “a ação do pensamento é exercida pela irritação da dúvida, e que cessa quando se atinge a crença; de modo que a produção da crença é a única função do pensamento”.¹⁰ Aduz ainda:

A função global do pensamento consiste em produzir hábitos de ação [...]. Então chegamos ao que é tangível e concebivelmente prático como sendo a raiz de qualquer distinção real do pensamento [...] e não há distinção de significado por mais fina que seja que não consista numa possível diferença da prática.¹¹

Assim, o significado de um conceito está nas suas conseqüências práticas, nas possibilidades de ação que ele define, do que podemos concluir que a clareza de uma idéia reside na sua utilidade.

Apesar de termos remontado historicamente os fundamentos de uma filosofia prática para agora propriamente localizarmos o marxismo e pragmatismo a partir deste viés em comum, não queremos dizer com isso que apenas estas duas correntes tiveram isoladamente esta inquietação epistemológica e social. Apenas vislumbramos um maior grau de coesão de foco nestas em detrimento de pensadores, que apesar de toda contribuição dada, estavam relativamente isolados, se assim pudermos dizer, num momento histórico do desenvolvimento da filosofia.

O sinal mais óbvio da aproximação entre pragmatismo e marxismo está nos verbetes: práxis e pragma.

Ambas as correntes filosóficas reivindicam termos gregos como centrais para suas doutrinas de verdade e objetividade. “Se vamos ao leito grego, lembramos que tanto práxis quanto pragma vêm de *prasso*”, vê-se contudo que no desenvolvimento destes epítetos, práxis tendeu a indicar a prática, ao passo que pragma indicaria a ação, o feito. Tal peculiaridade semântica se adaptou bem às conotações usadas pelo marxismo e pelo pragmatismo, para respectivamente práxis e pragma.

⁹ FEITOSA. Enoque. *Direito e Humanismo nas Obras de Marx no período de 1839-1845*. Dissertação de Mestrado. Recife: UFPE, 2004, p. 154.

¹⁰ “the action of thought is excited by the irriation of doubt, and ceases when belief is attained; so that the production of belief is the sole function of thought”. PEIRCE, Charles Sanders. *How to make our ideas clear*. Disponível em <<http://www.peirce.org/writings/p119.html>>. Acesso em 17/5/05, p. 3 de 12

¹¹ “the function of thought is to produce habits of action [...]. Thus, we come down to what is tangible and conceivably practical, as the root of every real distinction of thought [...] and there is no distinction of meaning so fine as to consist in anything but a possible difference os practice”. PEIRCE, op. cit., p. 5 de 12.

Assim, a filosofia que deriva de *pragma* tem a experiência ocupando lugar central, como critério de validação da teoria.¹² O feito, a ação são concebidos não só como atos do homem sobre a natureza e outros homens, mas é ação de todos os elementos do cosmos sobre todos os elementos do cosmos.

Na terminologia marxista, com *práxis* se designa o conjunto de relações de produção e trabalho que constituem a estrutura social, e a ação transformadora que a revolução deve exercer sobre tais relações. Nesse ínterim, *práxis* seria ação com fim em si mesma enquanto atividade refletida que se diferenciaria da prática porquanto esta seria ação com vistas a criar objeto externo ao indivíduo.¹³

3. Antecedentes de Cardozo: Os pioneiros do pragmatismo americano

Antes de discutir o pragmatismo no direito, é de bom alvitre discorrer sobre as bases desta corrente filosófica cujo eixo central é a ênfase na utilidade prática da filosofia. As considerações iniciais aqui abordadas cumprem o objetivo de mostrar em linhas gerais o aspecto em comum no pensamento de Peirce, James e Dewey no tocante às conseqüências práticas dos conceitos, para então localizarmos o juspragmatismo de Cardozo.

Com o artigo *Como tornar claras nossas idéias*, de 1878, Charles Sanders Peirce formulou o pragmatismo pelo qual não pretendia propriamente fazer filosofia, metafísica ou uma teoria da verdade, mas discutir como os conceitos são poucos claros, assim criticava como muitos termos usados pelo discurso filosófico são imprecisos. Dizia que nossas idéias se apresentam obscuras, herméticas ao entendimento, logo era preciso traduzi-las em fatos empíricos para que se tornassem claras.¹⁴

Só assim se poderia saber se elas são verdadeiras ou falsas, já que há idéias claras, mas falsas. Com isto vemos que o princípio do pragmatismo estabelece uma precisão lógica, não a verdade.¹⁵

Dizia que deveria haver ligação entre pensamento e ação, conceber o que seja uma coisa equivaleria a conceber como funciona ou pra que se serve.

Esta sua preocupação teórica o fez buscar um método para aproximar a filosofia do rigor dos procedimentos científicos, tal método foi o pragmatismo. A significação proposta pelo pragmatismo se liga intrinsecamente a uma contextualização da idéia com determinada situação prática. Nas palavras de Peirce o significado de uma idéia consiste nas suas conseqüências práticas, logo, saber o que um termo significa equivale a determinar isto.¹⁶

Nesse âmbito critica a lógica e a ciência moderna ao dizer que necessitam de uma plataforma diferente. Diz que o espírito do cartesianismo falha porque não podemos com a dúvida completa, pois os preconceitos não podem ser banidos por uma máxima.¹⁷ Neste ponto temos uma ligação por analogia com a discussão de Cardozo – adiante aprofundada –

¹² FEITOSA, *op. cit.*, 2004, p. 154.

¹³ FEITOSA, *op. cit.*, 2004, p. 154.

¹⁴ BROWNE, George. O pragmatismo de Charles Sanders Peirce: conceitos e distinções. In: *Anuário do Curso de Pós-graduação em Direito*. Nº13, Recife: UFPE, 2003, p. 237.

¹⁵ *Idem*, p. 237.

¹⁶ PEIRCE, Charles Sanders. *Op. cit.*

¹⁷ Complementa ainda nesse sentido que “não podemos duvidar em filosofia daquilo que não duvidamos em nossos corações”. Cf. PEIRCE, Charles Sanders. Algumas conseqüências das quatro incapacidades. In: *Escritos coligidos*. Col. Os Pensadores, São Paulo: Abril cultural, 1980, p. 71.

pois, não negar os preconceitos estaria para Peirce como o não negar das ideologias está para Cardozo.

Enquanto Peirce tratava o conhecimento como um procedimento lógico-instrumental, Willian James estava preocupado com o voluntarismo, isto é, com a finalidade dessas ações. Acreditava que todas as realidades influenciavam nossa prática e que essa influência é na verdade o significado que lhe damos.¹⁸

James ratifica em suas conferências uma postura crítica ao propor a filosofia prática – o pragmatismo - como método de assentar disputas metafísicas que, de outro modo, estender-se-iam interminavelmente¹⁹, relata como é espantoso ver quantas destas não dão em nada no momento em que a submetemos ao simples teste de traçar uma consequência concreta.²⁰ Este é um dos pontos de concordância entre o pensamento de James e de Peirce.²¹ Esta idéia pode ser usada para também criticar o pensamento jurídico idealista que aparece na forma de ideologia.

O idealismo está em crer e manter ilusões referenciais quanto ao direito quando constrói definições conteudistas como, por exemplo, definir direito em torno do ideal de justiça, encobrindo por outro lado que direito é expressão de força para manutenção de uma situação ou simplesmente é além de controle-disciplina, também poder-dominância.²²

Cardozo, ao expor como o juiz deve proceder diz que ele:

Deve pôr na balança todos os seus ingredientes: sua filosofia, sua lógica, suas analogias, sua história, seus costumes, seu senso de direito e tudo o mais; e, ajuntando um pouco aqui e tirando um pouco ali, o mais sabiamente que puder, determinará o peso que há de equilibrar a balança.²³

Esta defesa por uma atuação/criação e interferência na decisão não pode ser vista de outra forma que não como uma postura realista – logo, oposta àquela idealista - quanto ao direito. É realista porque, antes de tudo, declara a existência de elementos subscientes, nas palavras de Cardozo, ou ideologias como preferimos.

Por fim, Dewey²⁴ também vê esse caráter instrumental dos conceitos, numa passagem diz que quando o “conceito” de uma máquina, seu significado ou essência gera dedutivamente

¹⁸ JAMES, Willian. Pragmatismo. In: *Escritos coligidos*. Col. Os Pensadores, São Paulo: Abril cultural, 1974, p. 11.

¹⁹ *Idem*, p. 10.

²⁰ JAMES, Willian. O que significa o pragmatismo – segunda conferência. In: *Pragmatismo*. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 46.

²¹ BROWNE, George. Willian James e outra vertente do pragmatismo: o psicologismo fenomenológico. In: *Anuário dos Curso de Pós-graduação em Direito*. Nº 13, Recife:UFPE, 2003, p. 212.

²² FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 315.

²³ CARDOZO, *op. cit.*, 149.

²⁴ O que queremos, contudo, ressaltar em Dewey, é o início de uma reflexão pragmática sobre o direito. *My Philosophy of Law*, publicada em 1941, é um sumário de suas opiniões sobre o direito. Se causa estranhamento ele, um educador, nutrido interesse pela psicologia assim como James, e ainda discorrendo sobre o direito, resta explicado quando vemos lendo sua biografia vemos curiosidades sobre sua inteligência extraordinária, como o fato de escrever prodigiosamente, cerca de cinco mil palavras por dia, mas que não revisava e se não gostasse do resultado desistia de tudo pra recomeçar do zero. Muito de seus escritos foram perdidos assim. Cf. MORRIS, Clarence (org.). *Os grandes filósofos do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 504.

planos para uma nova máquina, sua “essência é frutífera porque foi primeiramente planejada para um propósito”, o sucesso ou não nas conseqüências desejadas só significa que ela tem um curso e conseqüências próprios.²⁵

4. O pragmatismo jurídico de Benjamin Cardozo: o elemento subconsciente na decisão judicial

Cardozo, assim como Oliver Holmes e Roscoe Pound, desenvolvem o pragmatismo por um viés jurídico. Uma postura pragmática, além de ser sua preocupação acadêmica, marcou seu trabalho, pois o encarava não como teórico ou amante da perfeição, mas como homem prático.²⁶

Oliver Holmes²⁷ além de ter tido seu trabalho na Suprema Corte continuidade pelas mãos de Cardozo, este também deu prosseguimento ao pensamento daquele no âmbito das preocupações. Com isso nos referimos às discussões teóricas sobre o direito chamando atenção para uma perspectiva realista sobre o jurídico quando atentam para que os juristas percebam a “necessidade de se alhearem dos tradicionais exercícios conceituais e de se meterem dentro das exigências e realidades da vida”²⁸. E já em Holmes tem-se uma discussão sobre ideologia na magistratura, mesmo que ele não a expressasse nesses termos exatos, quando diz que:

A vida do direito não tem sido lógica mas sim experiência. As necessidades sentidas na época, a moral e as teorias políticas predominantes, as intenções da política pública confessadas ou inconscientes, e até os preconceitos que os juízes compartilham com os seus concidadãos têm tido muito mais influência do que o silogismo ao determinar as regras pelas quais os homens devem ser governados.²⁹

A lição de Holmes, de que o direito é, sobretudo, experiência e não lógica pura, ou a tese de Ortega Y Gasset, de que a lógica do direito é a lógica do razoável, de certa forma, guardam a essência do método sociológico – também conhecido como a Escola Sociológica do Direito de Benjamin Cardozo e Roscoe Pound. O pensamento compartilhado aí era no sentido de que o elemento político-social deve interferir na interpretação da lei, com vistas à satisfação do interesse público e dos superiores interesses da coletividade.

Aqui já se entende uma postura crente quanto aos fatores externos interferindo no processo de julgamento, pois defendem claramente que em nome de alguns interesses – o público – o elemento político-social resta como a evidência de uma inexistente neutralidade.

Cardozo vai mais além na discussão de aspectos externos que interferem na decisão judicial. Nas conferências ele expõe o direito como um fenômeno social, intimamente

²⁵ DEWEY, John. Experiência e natureza. In: *Escritos coligidos*. Col. Os Pensadores, São Paulo: Abril cultural, 1974, p. 208.

²⁶ CARDOZO, Benjamin. *A natureza do processo judicial e A evolução do direito*. Trad. Leda Boechat. 3.ed. Porto Alegre: AJURIS, 1978, p. 39.

²⁷ O juiz Cardozo substituiu Holmes - seu ídolo judicial - na Corte Suprema dos Estados Unidos em 1932. Cf. MORRIS, Clarence (org.). *Os grandes filósofos do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 523.

²⁸ LATORRE, Angel. *Introdução ao Direito*. Coimbra: Livraria Almedina, 1978, p. 189.

²⁹ *Idem*, pp. 189-190.

relacionado a todos os outros aspectos da vida humana, não podendo o juiz, por conseguinte, ficar alheio às contribuições das outras ciências sociais.

A Natureza do Processo Judicial é sem dúvida o seu mais importante livro, aqui o autor liga a teoria jurídica à prática dos tribunais, deixando claro que o juiz é um criador de direito, logo, capaz de dirigi-lo no sentido da maior utilidade social.³⁰

A obra é o resultado das transcrições de quatro conferências proferidas na universidade de Yale, a pedido dos editores do *Yale Law Journal*, em 1920 e publicadas em 1921. Por ocasião do convite, a resposta de Cardozo foi a de não tinha nenhuma mensagem pra transmitir aos estudantes de Direito, então lhe pediram que contasse aos alunos como decidia causas, ao que consentiu. As palestras eram realizadas num auditório de 500 lugares que ao final do ciclo não comportava todos os expectadores.

Assim, discursando sobre como o juiz decidia, ele mostra a figura do magistrado como agente ativo, criador do direito, que interpreta a consciência social e lhe dá efeito jurídico, e que é exatamente nesta tarefa que auxilia a formação e modificação própria consciência que interpreta. Descoberta e criação reagem uma sobre a outra, e é por isso que a sua práxis jurisdicional deve ser informada pelos métodos da filosofia, da história, da sociologia, temas respectivamente das três primeiras conferências.

O pragmatismo é fundamentalmente uma teoria do conhecimento que visa a dar uma resposta à pergunta "Como se dá o conhecimento?".³¹ Podemos dizer que Cardozo inspirou-se numa pergunta semelhante, questionando como se dá o conhecimento jurídico nos tribunais - tomando conhecimento não no sentido de ciência, mas como aquisição do saber/ conhecimento/ experiência.

Sob o título "O método da Filosofia", a primeira conferência inicia-se com uma série de indagações sobre que faz o juiz quando decide uma causa, a que fontes de informação recorre como guia, em que proporção permite que estas influenciem no resultado, em que proporção deveriam contribuir. Daí diz que o dia-dia nos tribunais é como preparar um estranho composto onde todos estes ingredientes entram em proporções variáveis e que não lhe cabe dizer se o juiz deveria ou não prepará-lo, o fato é que diante de todos está o preparo, assim toma a construção do direito pelo juiz como uma realidade da vida, ou melhor, é fato essa construção do direito com todas suas "infusões".

Mas o fundamental é que em tal "infusão" entra alguns princípios, mesmo que indeclarados, inarticulados e subscientes. É por aqui que também ideologias são transmitidas, assim não nega que o processo de decisão é ideológico, e distinguir entre o consciente e subsciente é tarefa difícil, pois "não poucas vezes eles flutuam perto da superfície".³²

Retomando a delimitação que tomamos para o conceito de ideologia como consciência invertida, opiniões, conjunto de crenças e visões de mundo, e neste sentido, Cardozo cita e comenta James Harvey quando diz que "as nossas crenças e opiniões, assim como os nossos padrões de procedimento, vêm-nos insensivelmente como produto de nossa convivência com outros homens".³³

³⁰MORRIS, *op. cit.*, p. 17.

³¹SHOOK, John. *Os pioneiros do pragmatismo americano*. Rio de Janeiro: DPeA, 2002, p. 11.

³²CARDOZO, p. 52.

³³*Idem*, p. 156.

O sucesso das conferências de 1920 o fez voltar à Universidade de Yale para uma continuação das conferências, agora trabalhando a temática de como o juiz devia decidir, resultando n' *A Evolução do Direito*, publicado em 1924.

A temática agora era como o juiz deveria decidir, mas se dá uma perfeita continuação, na verdade, do livro anterior, pois é observando o direito como fenômeno social e vislumbrando o direito não como um saber isolado, mas percebendo sua pluralidade além da expressão normativa e ainda a ajuda das outras ciências. Com tal postura a reforça-se o que dissera no *Método filosófico* (primeira conferência), que a *common law* é hipótese de trabalho e não verdades finais, e invoca o exemplo de Heráclito para falar da fluidez e criticar o abuso da lógica.³⁴

Sua crítica a um certo idealismo na visão dos juristas frente ao direito - independente da discussão sobre se esta idealização na concepção e na prática jurídicas é inconsciente ou não - se expressa enfática e repetidamente na sua obra quando, por exemplo, diz que "o modo de raciocinar admite ser o direito, necessariamente, um código lógico, enquanto o jurista deve saber que o direito, de modo algum, nem sempre é lógico".³⁵

Na quarta conferência onde é discutida propriamente a temática da ideologia na magistratura, seu pensamento aparenta um tanto cético em relação à consciência dos próprios magistrados sobre essas ilusões criadas, pois diz:

Já falei das forças que os juízes confessadamente se valem para dar forma e conteúdo a seus julgamentos. Raramente são de todo conscientes. Jazem, contudo, tão perto da superfície, que a sua existência e influência não são de ordem a poderem ser desconhecidas.³⁶

As conferências de Cardozo, enfim, seu pensamento, apontava que o direito não podia ser visto, pelo juiz, sob a ótica puramente positivista, já que as questões sociais não interessam somente ao sociólogo, mas também ao jurista e ao juiz, cumprindo a este, ademais, não se contentar apenas com a justiça formal.

Mas o ponto principal sobre o qual se assenta este capítulo é a discussão trazida por Cardozo acerca do elemento subconsciente no processo judicial.

Com base em Cardozo, ratifica-se nossa tese de que há a presença de ideologia na magistratura. De conseqüência, tais núcleos ideológicos tanto são heranças do contexto histórico-cultural prévio e concomitante ao recrutamento do futuro magistrado, bem como, é resultado de uma visão de mundo compartilhada pela categoria quanto à manutenção dos interesses da classe economicamente dominante, da qual inegavelmente fazem parte e defendem.

O direito por ser, além de uma forma de controle social, um produto da *práxis*, tem (o direito) todo o seu processo de produção e produtos daí resultantes - as normas - plenamente

³⁴ CARDOZO, *op. cit.*, pp. 59, 69 e 74. Em outras palavras, e repetindo Benjamin Cardozo, em sua evocação a Roscoe Pound, "o direito deve ser estável mas não pode permanecer estático, o jurista, como o viajante, deve estar pronto para o amanhã." Disponível em <<http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/arbitragem.html>>. Acesso em 2-9-05

³⁵ CARDOZO, *op. cit.*, p. 65.

³⁶ *Idem*, p. 152.

informado não só por valores mas também por crenças, preconceitos, ideais, interesses, legítimos ou não, portanto, por ideologia!

O cerne que se coloca numa reflexão acerca do direito é:

a) Tal constatação torna o direito um saber tosco, unilateral e limitado? Em nosso ver, não. E assim entendemos na medida em que consideramos uma impossibilidade - teórica e prática - a existência de saberes "neutros";

b) por outro lado, o fato de ser movido por interesses impede o operador de, ao ter consciência dessas interferências, procurar agir no sentido de, minimamente, relativizá-las? Também aqui respondemos pela negativa. E é exatamente isto que confere ao operador de direito não-ingênuo - em outros termos, realista - e não-movido pelas chamadas ilusões referenciais dos juristas aquilo que na linguagem hegeliana chamar-se-ia de "consciência de si", ou seja, o agir com consciência de sua - talvez fracassada - tentativa de busca, se não da imparcialidade, mas, ao menos, de um mínimo de isenção ou, num campo oposto, assumir seus julgamentos com absoluta clareza da impossibilidade de tal tentativa.

Enfim, não é negar suas ideologias sob o manto de um dogma indiscutível de uma neutralidade axiológica, mas compreender suas existências e incessantemente tentar não deixá-las influir.

É compreendendo o complexo de ideologias político-econômicas e jurídicas que estão presentes no quadro de referências axiológicas do nosso juiz que podemos passar a discutir problemas outros que maculam de conservadorismos e dogmatismos institutos jurídicos, bem como o poder judiciário como um todo.

Por fim, tendo Marx articulado originalmente a idéia de uma construção teórica distorcida, i.e., ligada a uma condição histórica ensejadora de distorção, tem-se desde logo a vinculação da ideologia à alienação³⁷. Sobre esta constatação é que se propõe nossa crítica, lutar contra a alienação, como na proposta político-pedagógica de Gramsci³⁸, para enfrentar assim as ideologias.

³⁷ KONDER, Leandro. *A questão da ideologia*. São Paulo: Cia das Letras, 2002, p. 31.

³⁸ *Idem*, p. 110.