

INTRODUÇÃO

O objetivo desta dissertação é apresentar uma discussão sobre a indeterminação do Direito. Para tanto, serão analisados os preceitos do realismo jurídico e os pensamentos de Herbert L. A. Hart que se apresentam coincidentes no que se refere à indeterminação, mas divergentes quanto às suas causas originárias.

O ponto de investigação deste trabalho está na indeterminação do Direito e qual seria então a origem desta. A temática é relevante por trazer consequências diretas para o Direito em si, para a atividade dos juízes e para a comunidade que necessita da tutela jurisdicional.

No segundo capítulo, será apresentado o Realismo Jurídico a partir da pessoa de seu precursor, Oliver Wendell Holmes Jr., que atuou como juiz na Suprema Corte Americana durante os anos de 1902 a 1932, se destacando por suas opiniões polêmicas. A importância de Holmes foi ressaltada por Alschuler (2000, p. 15) na frase: “A indústria automobilística teve Henry Ford, o *jazz* teve Luis Armstrong, Hollywood teve Marilyn Monroe, o *baseball*, Babe Ruth, e o Direito tinha Oliver Wendell Holmes Jr.”.

Os escritos de Holmes incitaram a concepção realista com a afirmação de que o Direito não é lógica, mas experiência. Ao apresentar a “teoria da previsão” Holmes quis demonstrar que é possível antecipar uma decisão judicial verificando-se como os tribunais decidiram em outro caso semelhante. Para Holmes “O Direito incorpora a história do desenvolvimento de uma nação através de muitos séculos, e não pode ser tratado como se compreendesse tão somente axiomas e corolários de livros matemáticos.” (Holmes, 1881, p. 1)

Roscoe Pound, ao lado de Holmes, é outro nome referência no estudo do Direito aplicado pelos tribunais. Pound concebeu um Direito em ação, vivo e dinâmico formado não apenas por regras, mas também por princípios, conceitos e padrões. Segundo Pound, o Direito deve ser pensado da mesma forma que um botânico pensa as espécies do *herbarium* (Pound, 1950, p. 171). Pound pensa o Direito como sendo muito mais que um agregado de leis, ao vê-lo capaz

de transformar as leis em mecanismos vivos de justiça. O pensamento de Holmes e a sociologia jurídica de Pound abriram o caminho para o realismo jurídico norte-americano.

O realismo jurídico, como será exposto, se apresentou controverso inclusive entre os autores pertencentes ao movimento. Uma grande dúvida ainda busca a melhor resposta: o realismo jurídico teria sido uma teoria geral do Direito ou simplesmente uma teoria da decisão judicial? Rotular o realismo jurídico pode acabar gerando mal-entendidos, exatamente por parecer tratar-se de uma escola homogênea e que seus membros estão de acordo sobre a maioria dos temas. Karl Llewellyn, autor reconhecido como pertencente ao movimento, chegou a afirmar que “não há que se falar em escola realista, nem na possibilidade de chegar a existir tal escola. Há, no entanto, um movimento no pensamento jurídico e no trabalho jurídico” (Llewellyn, 1971a, p. 53).

Na verdade, o realismo jurídico faz parte das transformações que marcaram o início do século XX juntamente com o pragmatismo na Filosofia, com a teoria da relatividade de Albert Einstein, com Freud e a psicanálise. O pensamento de Holmes e a sociologia jurídica de Pound, abriram caminho para o realismo jurídico norte-americano e serviram de fundamento para autores considerados realistas.

Llewellyn, ao apresentar a conceituação de Direito, o definiu como sendo o que os funcionários da Justiça fazem com as disputas que surgem na sociedade. E, para Frank, a decisão judicial seria mecanismo de racionalização da decisão pessoal. Os realistas entendem a norma como um elemento secundário quando os juízes dão suas decisões, já que defendem que os magistrados primeiro decidem com base em suas convicções pessoais e, posteriormente, buscam na norma a fundamentação legal da decisão tomada.

Para os realistas, a sociedade representa a dinamicidade do Direito, fazendo com que este seja constantemente revisto, sendo a função primordial da interpretação adaptar as normas ao contexto histórico e social no qual elas devem ser aplicadas. A preocupação dos realistas consiste no fato de verificar como as normas jurídicas deveriam ser interpretadas e estabelecer os instrumentos mais adequados para a reformulação das normas formais.

O terceiro capítulo tomará como base os escritos de Hart, especificamente o capítulo VII da obra “O Conceito de Direito”, publicada em

1961, que tem como tema o formalismo e o ceticismo em relação às normas. O trabalho de Hart critica as teorias desenvolvidas por Jerome Benthan e por John Austin, sobretudo na concepção do Direito derivado da vontade do soberano e combate a conclusão de Austin, segundo a qual o critério de identificação das regras jurídicas de uma sociedade encontra-se no hábito dos cidadãos de obedecer ao soberano e as leis vistas como comandos.

Segundo Hart, a indeterminação deve-se ao fato de que a natureza ou o engenho humano sempre produzirá casos para os quais nenhuma definição prévia dos termos gerais usados nas leis possa prever (Hart, 1980, p. 9). A textura aberta do Direito aparece correlacionada à ideia de interpretação jurídica na obra de Hart, para responder se os intérpretes do Direito “revelam” ou “criam” sentido aos textos jurídicos

Hart apresenta o Direito como união de normas primárias e secundárias, cabendo elucidar que as secundárias, numa visão de sociedades consideradas como desenvolvidas, garantem o funcionamento do sistema jurídico, ao oferecerem critérios para a identificação de uma regra jurídica e, por conseguinte, para determinarem se essa foi ou não violada. A regra de reconhecimento proposta por Hart, ao estabelecer critérios, é capaz de verificar se uma norma é pertencente ao sistema jurídico daquela sociedade.

Para Hart, a valoração do intérprete e, ao mesmo tempo, aplicador do Direito é uma espécie de característica intrínseca da atividade hermenêutica. Considerando vaga a linguagem jurídica, há necessidade de se preencher a “textura aberta” da norma, agindo discricionariamente, para decidir entre uma das várias possibilidades jurídicas de sua aplicação. Hart, ao identificar a “textura aberta” da norma no âmbito de sua interpretação, não pretendeu fornecer elementos essenciais para a compreensão do problema da linguagem no Direito.

Hart procurou identificar os problemas da linguagem que acabavam por gerar a “textura aberta” e a “vaguidade”, conceitos que serão trabalhados, para que se possa fazer a correta distinção entre eles. Escolhido para objeto de estudo desta dissertação como um dos autores que se posicionaram contrários ao realismo, Hart criticou veementemente a chamada “teoria da previsão” dos realistas e propôs uma intermediária, não adepta nem ao *nobre sonho* dos formalistas nem ao *pesadelo* dos realistas.

E, no quarto capítulo, será discutida a interpretação judicial propriamente dita, bem como os problemas interpretativos advindos das normas. Será discutido se realmente os juízes criam o Direito e, se o criam, em que condições. O juiz, ao aplicar as normas jurídicas deve, sobretudo, analisar as situações fáticas, mas pode verificar que, para aquele caso em específico, não há previsão legal, ou ainda, que dois dispositivos legais lhe são possíveis. Mas, não poderá deixar de exercer seu papel de julgador, alegando todas as dificuldades encontradas na interpretação e aplicação de normas jurídicas. Interpretar as normas é atividade que se pressupõe rotineira para juízes, advogados e estudiosos do Direito, mas questionar a aplicação das normas é, ao mesmo tempo, questionar a maneira como são interpretadas.

Neste capítulo será necessário retomar elementos abordados em capítulos anteriores e seus reflexos nas decisões judiciais. Como defendido pelos realistas, é possível que haja interferência da personalidade do juiz nas sentenças que profere. Ou ainda, que as decisões sejam frutos de um mecanicismo judicial, como defendido por Holmes em sua “teoria da previsão”. Se falar em interpretação não é tarefa das mais fáceis, mesmo porque, o próprio termo “interpretação” apresenta ambiguidades pois ora é usada como atribuição de sentido linguístico, ora como resultado de uma atividade.

O ponto central deste trabalho é a indeterminação do Direito sustentada pelos realistas e por Herbert. L. A. Hart. Porém, é importante ressaltar o porquê da escolha de Hart para confrontar com as ideias do realismo jurídico. Tanto o realismo jurídico quanto Hart veem a indeterminação do Direito, porém sob pontos de vista distintos. Hart descreve o Direito como um sistema de regras, mas não as vê como soluções para todos os casos. E os realistas vêm as normas como elementos secundários quando os juízes proferem suas decisões.

Não é pretendido neste trabalho esgotar o tema, mesmo porque, muitos pontos aqui apresentados são fortemente combatidos por estudiosos da teoria do Direito. A temática aqui lançada se propõe a discutir a indeterminação do Direito e, conseqüentemente, sua aplicação pelos tribunais, o papel do juiz e da linguagem jurídica e, se realmente os juízes criam o Direito.