

Cláudia Chaves Martins Jorge

**Realismo jurídico e Hart: um
debate sobre a indeterminação
do Direito**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

DEPARTAMENTO DE DIREITO
Programa de Pós-graduação em Direito

Rio de Janeiro
Dezembro de 2010.



Cláudia Chaves Martins Jorge

**Realismo jurídico e Hart: um debate
sobre a indeterminação do Direito**

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Noel Struchiner

Rio de Janeiro
Dezembro de 2010



Claudia Chaves Martins Jorge

**Realismo jurídico e Hart: um debate
sobre a indeterminação do Direito**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre pelo Programa de Pós-graduação em Direito do Departamento de Direito da PUC-Rio. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

Prof. Noel Struchiner

Orientador

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Alejandro Bugallo Alvarez

Departamento de Direito – PUC-Rio

Profª. Letícia de Campos Velho Martel

Departamento de Direito – PUC-Rio

Profª. Mônica Herz

Vice-Decana de Pós-Graduação do Centro de
Ciências Sociais – PUC-Rio

Rio de Janeiro, 01 de dezembro de 2010.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, da autora e do orientador.

Cláudia Chaves Martins Jorge

Cláudia Chaves Martins Jorge é graduada em Letras (1992) e em Direito (2001) pela Universidade Presidente Antônio Carlos. Pós Graduada Lato Sensu (2002) em Direito Civil e Processual Civil pela mesma Instituição. Professora do Curso de Direito da Faculdade Metodista Granbery (desde 2005), do Instituto Vianna Jr (desde 2009) e da Faculdade Estácio de Sá (desde fev/ 2011) em Juiz de Fora/MG.

Ficha Catalográfica

Jorge, Claudia Chaves Martins

Realismo jurídico e Hart: um debate sobre a indeterminação do Direito / Claudia Chaves Martins Jorge; orientador: Noel Struchiner. – PUC, Departamento de Direito, 2010.

84 fl. 29,7 cm

1. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito.

Inclui referências bibliográficas

1. Direito – teses. 2. Holmes. 3. Pound. 4. Realismo Jurídico. 5. Determinação. 6. Indeterminação. 7. Textura aberta. 8. Hart. Interpretação Jurídica. I. Struchiner, Noel. II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. Título.

CDD: 340

Aos meus filhos,
João Victor e Bruno, que
são a razão da minha vida.

AGRADECIMENTO

Ao meu marido, pela força nas horas mais difíceis e pelas sábias palavras de ânimo e coragem que me foram ditas a todo o momento.

Aos meus filhos, que, mesmo sendo tão pequenos, tiveram a sabedoria de compreender minha ausência.

À minha mãe, pela imensa ajuda.

Ao meu pai, pelo apoio que só ele sabe que deu.

Ao professor Noel, pela orientação e dedicação que me foi dispensada, que me permitiu avançar neste trabalho.

Resumo

Jorge, Cláudia Chaves Martins; Stuchiner, Noel. **Realismo jurídico e Hart: um debate sobre a indeterminação do Direito**. Rio de Janeiro, 2010. 84p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

O presente trabalho tem por objetivo 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. 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, como Jerome Frank e Llewellyn, entre outros. Um dos fortes argumentos do realismo jurídico se encontra no fato de os juízes primeiro decidirem e posteriormente buscarem, na norma, o fundamento de suas decisões, chegando ao extremo, como defendido por Jerome Frank, de colocar um alto grau de pessoalidade nas decisões, expressa pela famosa frase, que *o julgamento depende daquilo que os juízes comerem no café da manhã*. Hart, da mesma forma que o realismo, também defende a indeterminação do direito, no entanto, a defende com base na textura aberta da linguagem. Esta discussão busca apresentar dois posicionamentos coincidentes no que se refere à indeterminação, mas divergentes quanto às causas originárias.

Palavras-chave

Holmes; Pound; Realismo Jurídico; Determinação; Indeterminação; Textura aberta; Hart; Interpretação Jurídica.

Abstract

Jorge, Cláudia Chaves Martins; Stuchiner, Noel (Advisor). **Legal realism and Hart: a discussion of the indeterminacy of the law**. Rio de Janeiro, 2010. 84p. MSc Dissertation – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

This thesis aims to discuss the indeterminacy of law through the lenses of the legal realism movement and the thoughts of H. L. A. Hart. The insights and works of Holmes and Pound opened the way for American legal realism and were used as building blocks for the work of legal realists such as Jerome Frank and Karl Llewellyn, among others. One of the best known points of legal realism is that judges first arrive at their decision through non-legal means and then seek, in the legal material, the basis for justifying their decisions. According to the legal realists the legal material can justify just about any decision arrived at through non-legal means. Jerome Frank placed a high degree of subjectivism in the legal decisions, going as far as explaining how judges decide based on what they had for breakfast. Hart, as the legal realists, also defends the indeterminacy of law. However, according to him law's indeterminacy is due to the open texture of language. The present work will investigate the position of the realists and H.L. A. Hart about the indeterminacy of law. Even though they converge on the indeterminacy thesis, they disagree about its root causes.

Keywords

Holmes; Pound; Legal Realism; Determination; Indeterminate; Open texture; Hart; Legal Interpretation.

SUMÁRIO

1 Introdução	10
2 O realismo jurídico	14
2.1 Oliver Wendell Holmes Jr., o precursor do movimento realista	14
2.2 O pensamento de Roscoe Pound	15
2.3 O que foi o movimento realista	18
2.4 A teoria de Frank e Llewellyn na explicação das sentenças judiciais	21
2.5 A indeterminação do Direito	24
3 A interpretação jurídica na teoria de Herbert L. A. Hart	36
3.1 A concepção de Hart sobre a indeterminação do Direito	36
3.2 A textura aberta da linguagem segundo Hart e o modelo de Waismann	41
3.3 Hart e o “nobre sonho”, e o “pesadelo”	47
3.4 A interpretação jurídica em Hart	48
4 A interpretação jurídica	60
4.1 A atividade judicial e os problemas interpretativos advindos das normas	60
4.2 Os juízes criam o Direito?	68
5 Conclusão	73
6 Referências bibliográficas	78

Definir a ciência como processo significa vê-la como um incessante vir-a-ser, como uma fonte imorredoura de indagação sobre a realidade, como um movimento sempre a caminho e em constante questionamento da realidade e de si mesma. Morreria a ciência se colhesse resultados definitivos, como morre, por exemplo, no dogmatismo ou no conformismo, ou no mimetismo. Continuamos sempre a pesquisar, a desvendar novas facetas do real, a questionar o que já fizemos, porque acreditamos que não existe a última palavra, ou seja, não há, na prática, a verdade, a evidência, a certeza.

Pedro Demo