

2

O REALISMO JURÍDICO

2.1

Oliver Wendell Holmes Jr., o precursor do movimento realista

Oliver Wendell Holmes Jr., conhecido como precursor do realismo jurídico, faleceu em 1935, três anos após se aposentar como juiz da Suprema Corte Americana, onde exerceu suas atividades entre os anos de 1902 a 1932. Sempre apresentando opiniões polêmicas em suas decisões, recebeu o título de *The Great Dissenter*,¹ porém a importância de suas ideias foi demonstrada na frase de Alschuler (2000, p. 15): “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.”. Sua vida profissional apresenta, na primeira fase, o exercício da advocacia e, na segunda, a pesquisa, resultando nas duas obras marcos de seu posicionamento: “The Common Law” e “The Path of the Law”, sendo, ainda hoje, respeitado como nome do pensamento jurídico norte-americano:

[...] O pai intelectual das correntes realistas modernas é um grande jurista, por muitos anos juiz da Suprema Corte, Oliver Wendell Holmes Jr., que foi o primeiro, precisamente no exercício das suas funções de juiz, a desclassificar o tradicionalismo jurídico das cortes e a introduzir uma interpretação evolutiva do Direito, quer dizer, mais sensível às mudanças da consciência social. (Bobbio, 1999, p. 36)

As obras de Holmes (1992, p. 166ss.) incitaram a concepção realista ao afirmar que o Direito não é lógica, mas experiência. Utilizando-se da metáfora do *bad man*, que seria a pessoa interessada em saber o que sofreria caso violasse a lei, Holmes apresenta a sua “teoria da previsão”, para demonstrar a possibilidade de se antever as decisões proferidas pelos tribunais. A decisão judicial seria passível de ser antecipada, buscando-se conhecer como os juízes decidiram em outros casos semelhantes. E, como objeto de seus estudos, reuniu tratados, leis e estatutos vigentes em 600 anos de História e os denominou *oráculos da lei*.

¹ *The Great Dissenter* pode ser traduzido por “prolador/emissor de votos vencidos”.

O pensamento de Holmes parte da perspectiva do Direito fundamentado na experiência. Em sua obra “The Common Law”, Holmes se apresenta contrário ao Direito praticado e afirma:

A vida do Direito não tem sido lógica: tem sido experiência. As necessidades do tempo, as teorias morais e políticas que prevalecem, as instituições das políticas públicas, claras ou inconscientes, e até mesmo os preconceitos com os quais os juízes julgam têm importância muito maior do que silogismos na determinação das regras pelas quais os homens devem ser governados. 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)

Holmes ainda reconheceu a linguagem como algo dinâmico e em transformação: “Uma palavra não é um cristal, transparente e imutável, é a pele que encobre um pensamento vivo e pode variar muito de tamanho e de conteúdo de acordo com a circunstância e com o tempo em que seja utilizada” (Holmes Jr., 1992, p. 287.) A ideologia de Holmes sempre foi questionadora, e ele foi “visto tanto como muito progressista e liberal, fortemente totalitário, um positivista, um realista pioneiro, um eterno soldado, e ultimamente um utilitarista pragmático.” (Reimann, 1992, p. 74). E, seja qual for o pensamento de Holmes, pode-se dizer que ele foi “o primeiro pensador a perceber que os pressupostos por trás da existência de um regime competitivo eram fundamentalmente incompatíveis com concepções de direitos absolutos de propriedade” (Horwitz, 1992, p. 129). As ideias de Holmes serviram de sustentação para o realismo jurídico, defendendo que o Direito é político e, por essa forma de pensar, ajudou a transformar o Direito americano do século XX, desafiando as ideias defendidas pelos *classical legal thinkers* (Horwitz, 1992, p. 129ss).

2.2

O pensamento de Roscoe Pound

Roscoe Pound é outro nome que, como Holmes, tornou-se referência no estudo do Direito aplicado pelos tribunais. A concepção de Pound se pauta no Direito em ação, vivo e dinâmico, formado não apenas por regras, mas também por princípios, conceitos e padrões. Dessa forma, Pound combate o sistema de regras estático (*Law in books*) proposto pela jurisprudência analítica, que se

dedicava ao estudo, de uma forma abstrata, de instituto e conceitos jurídicos pelos quais as conclusões eram pautadas pela lógica.

O Direito é o conjunto de conhecimentos e de experiências pelo qual esta parte da engenharia social pode ser levada a cabo. Ele é algo mais do que um corpo de regras. Consiste em regras, princípios e padrões para a conduta e para a decisão. Mas também consiste em doutrinas e formas de pensamento profissional e de regras de arte profissionais mediante as quais os preceitos de conduta e de decisão podem ser aplicados, desenvolvidos e alcançar eficácia. (Pound, 1950, p. 206)

Segundo Pound, o jurista analítico pensa os conceitos jurídicos da mesma forma que um botânico pensa as espécies do *herbarium* (Pound, 1950, p. 171). E, em seu trabalho, “The Application of Norms”, Pound explicita sua ideia de sistema jurídico também formado por princípios. Em um caso não previamente regulado pela norma jurídica, a base do raciocínio jurídico pode ser fundamentada nos princípios:

É usual descrever o Direito como um conjunto de regras [...]. As regras, isto é, provisões definitivas e detalhadas para estados de fato igualmente definidos e detalhados, constituem o fundamento dos princípios jurídicos. Em lugar das regras detalhadas, determinando exatamente o que acontecerá em face de uma situação de fato precisamente detalhada, passa-se a confiar em premissas gerais para o raciocínio jurídico. Esses princípios jurídicos, como os chamamos, são utilizados para criar novas regras, interpretar as antigas, medir seu âmbito de aplicação e reconciliá-las quando entram em conflito. (Pound, 1922, p. 144)

Pound ainda apresenta que a maior queixa que a Justiça tem encontrado se funda na suposição de que o Direito tem um único significado e que pode ser considerado como um agregado de leis. Na verdade, o Direito é muito mais que isso, pois é ele que torna as leis mecanismos vivos de justiça e permite aos tribunais ministrá-la (Pound, 1976, p. 64). Pound assim definiu sua filosofia sobre o Direito:

Penso no Direito como, num certo sentido, uma forma muitíssimo especializada de controle social numa sociedade organizada, politicamente desenvolvida – um controle social por meio da aplicação sistemática e regular de força dessa sociedade. Nesse sentido, é um regime – o regime que chamaremos de ordem legal. Mas esse regime opera de forma sistemática e regular por casa de um conjunto de elementos autorizados ou guias para decisão judicial que podem servir como regras de decisão, como regras ou guias de conduta e como base de predição da ação oficial, ou podem ser considerados pelo homem mau, cuja atitude é sugerida pelo juiz Holmes como um teste, como ameaças da ação oficial que ele deve tomar em

consideração antes de agir ou se abster de agir. (Morris, Clarence, 2002, p. 543-544)

Roscoe Pound concebia o Direito como uma série de conceitos fixos, dos quais derivavam as regras, formuladas com base na experiência social e na vida política. Os juízes deveriam pensar nas consequências sociais e econômicas de suas decisões e defendia que o jurista deve conhecer as situações de fato sobre as quais incide a norma. Holmes defendia que o Direito não é lógica, mas experiência, e Pound apresentou a expressão e, para este, devem-se relacionar os preceitos acadêmicos com soluções concretas para solucionar os problemas, ou seja, as leis dos livros com as leis em ação (*law in books and law in action*). Com isso, surgem duas necessidades no pensamento filosófico: o interesse social na segurança geral, que, com vistas à paz e à ordem, regulamenta o início do Direito; e a pressão dos interesses sociais menos imediatos e a necessidade de reconciliá-los com as exigências da segurança geral e a contínua construção de novos compromissos. Essa busca tem levado o Direito a buscar bases mais fixas para o ordenamento da ação humana, limitando o interesse individual e autoritário, assegurando ordem social estável e firme devido às constantes mudanças sociais, o que pelo menos tem exigido permanente reajustamento dos detalhes da ordem social (Morris, 2002, p. 543-549).

Pound colocou como sendo “a questão crucial do século XX: como deveria o direito balancear de forma mais justa individualismo e socialismo?” (Pound, 1999, p. xx-xxi). Pound buscou desconstruir a “jurisprudência mecânica” com fortes características individualistas (Pound, 1999, p. 37), criticando a maneira como as cortes americanas decidiam por métodos dedutivos, que foi por ele denominado *mechanical jurisprudence*, o que muito se assemelha ao pensamento de Holmes. Pound também sustentava que os juízes criam o Direito e afirmava que os tribunais eram “oráculos vivos do Direito”, mas que a força da lei seria o ponto inicial para a solução de conflitos, mas que o ponto final seria dito pelos juízes (Wigdor, 1974, p. 220).

O pensamento de Holmes e a sociologia jurídica de Pound abriram o caminho para o realismo jurídico norte-americano.

2.3

O que foi o movimento realista

O realismo jurídico foi um movimento das décadas de 1920 a 1940, e suas primeiras expressões podem ser encontradas nos escritos de Holmes. Segundo Bobbio, o século XIX passou por três momentos considerados marcantes para o alargamento do horizonte da ciência jurídica. O primeiro deles se faz representar pela Escola Histórica do Direito, com Savigny, com a mudança de clima do pensamento jurídico derivado da difusão do romantismo; o segundo momento, de reação antijusnaturalista e também antiformalista, denominado concepção sociológica do Direito; e o terceiro momento, que é o foco deste trabalho, considerado o mais violento e radical da revolta antiformalista, *a concepção realista do Direito*, que logrou êxito na primeira metade do século XX nos Estados Unidos.

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. Ainda segundo Bobbio, o pai espiritual das correntes realistas é Oliver Holmes, e a jurisprudência sociológica teve como teórico na América “o mais notável filósofo do direito americano destes últimos cinquenta anos” (Bobbio, 2001, p. 65-66).

A jurisprudência sociológica de Roscoe Pound é uma extensão do pensamento legal de Holmes. Pound se referiu ao termo “jurisprudência sociológica” para remeter-se a um estudo do Direito, que se fundamenta nos fatos sociais dos quais este se origina, ou seja, suas causas e seus efeitos. De acordo com Pound (1943, p. 1-20), a jurisprudência sociológica se funda em seis pontos: estudar os efeitos sociais do Direito; observar os efeitos do Direito a fim de preparar e adequar a legislação; tendo em vista a função impositiva do Direito, fazer as regras jurídicas mais efetivas; estudar historicamente os efeitos sociais do Direito; contribuir para uma aplicação equitativa do Direito em todos os casos; e, por fim, promover o fim último do Direito. Roscoe Pound “se fez defensor da figura do jurista-sociólogo, entendendo, com essa expressão, o jurista que leva em conta, em sua interpretação e aplicação do Direito, os fatos sociais dos quais o Direito deriva e que deve regular” (Bobbio, 2001, p. 66). Segundo Bobbio (2001,

p. 66), a escola realista teve como representante mais radical Jerome Frank, que foi bem mais adiante dos princípios extraídos de Holmes e Pound.

Ao se estudar o realismo, duas situações se apresentam, gerando dúvida sobre a melhor resposta: o realismo jurídico teria sido uma teoria geral do Direito ou simplesmente uma teoria da decisão judicial? Caracterizar o movimento realista não é tarefa fácil devido ao grande número de autores e trabalhos intitulados como tal. A não homogeneidade parte inclusive daqueles reconhecidamente tidos como realistas e se justifica pelas várias interpretações do movimento. Entre alguns nomes, cabe mencionar Joseph Walter Bingham, Jerome Frank e Karl Llewellyn, o qual 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).

Estudiosos da teoria do Direito questionaram a racionalidade nos julgamentos, e intitular-se realista se tornou um clichê no meio acadêmico da época. Críticas também foram apresentadas à educação recebida pelos alunos no curso de Direito, por ganharem influências formalistas e racionais, reflexo das sentenças judiciais. O primeiro foco dos realistas eram as decisões judiciais, com o propósito de compreender como os juízes tomavam suas decisões. Como segundo foco, uma crítica ao caráter científico e dedutivo das decisões e, finalmente, à formação educacional dos alunos (Bix, 2006, p. 151-152).

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. Frank apresenta alguns pontos de divergência entre alguns autores, ilustrando com uma metáfora:

Jones discorda de Smith sobre as tarifas. Robson discorda de Smith sobre a sopa de repolho. Ambos, Jones e Robson discordam de Smith sobre algo, conclui-se que cada um discorda de Smith sobre o todo, e que Jones e Robson estão de acordo entre si sobre as tarifas, a sopa de repolho, a Sociedade das Nações, a teoria quantitativa do dinheiro... e tudo mais. (Frank, 1970, p. ix-x)

O próprio uso do termo “realismo” é considerado como inapropriado por Jerome Frank, exatamente pelas várias conotações no âmbito da Filosofia. Levando-se em conta a complexidade que envolve a caracterização do movimento, Isabel Lifante Vidal sugere, em sua obra, a apresentação do

movimento conforme descrito por Llewellyn, como pontos de convergência de opiniões entre os vários membros que participam do realismo:

1. A concepção do Direito como fenômeno dinâmico e como criação judicial.
2. A concepção instrumental do Direito como um meio para fins sociais; isso, por sua vez, implica que cada parte do Direito deva ser examinada à luz de seu propósito.
3. A concepção da sociedade como um fluxo mais rápido do Direito, que faz com que este seja constantemente revisado.
4. A separação temporal entre o ser e o deve ser para efeitos de estudo (durante a investigação, deve manter-se separada a determinação do que é dos juízos de valor, o momento em que estes últimos devem estar presentes e a hora de fixar os objetivos).
5. A desconfiança em relação às regras e conceitos jurídicos tradicionais, quando pretendem descrever o que os tribunais ou as pessoas realmente fazem.
6. Relacionado com o anterior, desconfiança em relação à teoria segundo a qual as formulações tradicionais de regras prescritivas são de fato preponderantemente operacionais na produção de decisões judiciais. Isso supõe a adoção da teoria da racionalização para o estudo das fundamentações das sentenças judiciais. Desconfiança nesse ponto e no anterior não equivale à negociação em qualquer caso dado.
7. A desconfiança frente às regras verbalmente simples e a crença na utilidade de agrupar casos e situações em regras jurídicas mais concretas ou específicas que as habituais.
8. A insistência em avaliar qualquer parte do Direito atendendo a seus efeitos.
9. A insistência que os problemas jurídicos devem ser levantados sistemática e pragmaticamente com base nas linhas indicadas (Vidal, 1999, p. 99-100).

O realismo critica o formalismo jurídico, a tendência do Direito como ciência, o objetivismo, a utilização da lógica e a busca da certeza jurídica. Esse movimento discute o funcionamento do processo judicial, e seu interesse está no Direito que *é* e não no Direito que *deve ser*, distinguindo ainda o Direito dos livros do Direito de ação. Para os realistas, o importante é o que fazem os juízes e não o que dizem que fazem, considerando as decisões dos magistrados muito mais amplas do que se supõem. A doutrina da escola realista pode ser resumida da seguinte maneira: é Direito o conjunto de regras que são efetivamente seguidas numa determinada sociedade. Porém, quando os realistas dizem que Direito são as normas efetivamente cumpridas, eles não estão se referindo ao comportamento dos cidadãos e sim ao comportamento dos juízes no exercício de suas funções. Tanto é que não se preocupam tanto com o legislador e sim com o juiz que aplica a lei estabelecida pelo legislador (Bobbio, 1999, p. 143-144).

2.4

A teoria de Frank e Llewellyn na explicação das sentenças judiciais

Karl Llewellyn foi professor da Universidade de Colúmbia e se destacou no realismo jurídico norte-americano. Quando apresentou a conceituação de Direito, o definiu como sendo o que os funcionários da Justiça fazem com as disputas que surgem na sociedade. Nesse aspecto, Llewellyn critica veementemente que as normas e não as disputas compõem a parte principal do ordenamento jurídico, e que os juristas se ocupam em organizar as normas em um sistema coerente. Ao contrário do praticado pelo sistema vigente, Llewellyn defende que o foco do Direito deve ser o estudo das controvérsias e como estas são resolvidas (Llewellyn, 1994, p. 244-293).

Nesse ponto, Llewellyn reflete o pensamento de Holmes com a afirmação de ser importante o que os juízes fazem e não o que dizem fazer. Pois, muitas vezes, o juiz primeiro chega a um resultado para então buscar razões legais de sua decisão. Para Llewellyn, a afirmativa de se estudar uma sentença, com o objetivo de saber previamente o que determinada corte fará para resolver um caso semelhante, deve ser analisada sob três aspectos. Em primeiro lugar, deve-se identificar o que os tribunais têm decidido e qual é a regra derivada da sentença. Segundo, deve-se analisar como os tribunais têm interpretado as regras e o grau de precisão com que trabalham com o fato ocorrido, podendo essa sentença funcionar como precedente. E, finalmente, deve-se avaliar se o que a corte decidiu era o desejável. Este último ponto, Llewellyn o define como o mais complicado, por depender dos anteriores e por exigir se escolher entre premissas e valores distintos. Llewellyn ainda defende que os direitos se medem por seus efeitos e somente existem enquanto são reconhecidos pelos tribunais, afirmando ainda ser ilusória a distinção entre Direito substantivo e adjetivo. Os conceitos, da mesma maneira que as normas, são meios para se alcançarem propósitos e não têm existência própria fora do contexto judicial (Llewellyn, 1994, p. 244-293).

Para Jerome Frank, outro autor pertencente ao movimento, a decisão judicial seria mecanismo de racionalização da decisão pessoal, o que o fez apresentar críticas à maneira como os juízes decidiam os casos. Na visão realista, os magistrados decidem de acordo com suas próprias convicções e não por regras gerais que levariam a resultados particulares. Frank entende que a certeza, uma

das pilastras do ordenamento jurídico, é um mito derivado de uma espécie de aquiescência infantil do princípio de autoridade, e essa crença deve ser derrubada para, em seu lugar, construir-se o Direito como contínua e imprevisível criação. Para Frank, o Direito consiste em decisões, não em regras e, se assim o é, cada vez que um juiz decide um caso, está criando Direito (Frank, 1970, p. 138).

Jerome Frank apresenta sua teoria centrada no juiz enquanto indivíduo, e a decisão judicial seria resultado direto de sua personalidade. Já a proposta de Karl Llewellyn se fundamenta na apreensão e na determinação dos fatos sociais. As teorias propostas por Frank e por Llewellyn são, de certa forma, criticadas por negarem a existência de regras como parte integrante do Direito. Outra crítica ao realismo se apresenta na maneira irônica como se referem à decisão judicial, considerando que ela é resultado do que o juiz tomou no café da manhã (Frank, 1970, p. 104). Frank, que foi seguidor das ideias de Sigmund Freud, defendia que a busca judicial do correto, da verdade e do jurídico seria representação contingencial da busca do pai perdido, o desejo infantil do pai ideal, construído no esquema conceitual de Freud.

Para Frank (1970, p. 103-105), as sentenças judiciais são desenvolvidas retrospectivamente com base em conclusões previamente formuladas, não se podendo aceitar a tese do juiz aplicando leis e princípios aos fatos. Por esse entendimento, também não é aceitável estabelecer-se alguma regra ou princípio como premissa maior, empregando os fatos do caso como premissa menor e, então, chegando à sua solução mediante processos de puro raciocínio. As decisões estão fundamentadas nos impulsos do juiz, o qual extrai esses impulsos fundamentalmente não das leis e dos princípios gerais de Direito, mas, sobretudo, de fatores individuais. Ainda segundo Frank (1991, p. 27), o resultado dessas falibilidades fez com que Learned Hand, o mais sábio dos juízes, afirmasse, depois de muitos anos de atuação como juiz de primeira instância, que, se fosse um litigante, temeria um pleito além de todas as demais coisas, salvo a enfermidade e a morte.

Para entender a postura dos realistas sobre o conceito de Direito, não se deve esquecer a pouca preocupação que tiveram na elaboração de um conceito. A prioridade dos realistas está em desmistificar a conexão entre Direito e regras formais, as quais, por dedução, apresentam as soluções para todos os casos individuais, conforme a teoria da completude do Direito, defendida pelos

positivistas. Tanto Holmes como Frank se mostraram contrários ao Direito visto como uma ciência sistemática em que não há espaço para erros ou indeterminações (Tebbit, 2000, p. 24). 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. Nesse ponto especialmente, os realistas têm sido muito criticados, pois o que, na verdade, querem dizer é: o fato de não considerarem as normas como fator preponderante na decisão não significa que afirmam que elas não existam, como sustentam aqueles que se posicionam contrários ao pensamento realista.

A crítica dos realistas, por sua vez, pauta-se no silogismo dos formalistas: premissa normativa dada pelo ordenamento mais premissa fática dada pela realidade é igual à conclusão para o caso concreto. Para eles, não é dessa maneira que o Direito é aplicado. Isabel Lifante Vidal (1999, p. 107) aponta três razões para invalidar o silogismo: primeiro, ele não representa o modo como se produz o raciocínio para se chegar à conclusão, mas sua posterior racionalização; em segundo lugar, tanto a premissa normativa como a fática do silogismo não preexistem na tomada de decisões, não são dadas pelo ordenamento e pela realidade, mas são construídas pelo juiz; e, por último, os juízes deveriam apresentar todos os fatores que levaram à tomada de decisão. A doutrina realista não era contrária à norma jurídica e nem queria desconstruir a teoria do Direito, mas a transformar em algo dinâmico, capaz de atender à realidade dos problemas legais, combatendo, assim, o racionalismo das decisões judiciais (Tebbit, 2000, p. 23-24).

Isabel Lifante Vidal (1999, p. 108), baseando-se no pensamento de John Dewey (1859-1952), afirma que as pessoas não iniciam seus pensamentos com base nas premissas, mas pensam no problema, empregando, ao mesmo tempo, diferentes enfoques e possíveis soluções. Para os realistas, desenvolver premissas para se chegar a uma solução ou uma solução se enquadrar numa premissa seria a mesma coisa e, ainda, segundo os pensamentos de Dewey, o único motivo de desenvolver uma lógica é dar conta aos outros de nossas próprias opiniões. Os realistas denominam “teoria da racionalização” o fenômeno segundo o qual os juízes buscam uma fundamentação jurídica para justificarem a sentença dada. Essa crítica é igualmente apresentada nas teses de Dewey, que defendia a

conveniência de se distinguir o modo com que se produz o raciocínio e a maneira como este é apresentado. A pretensão dos realistas está em querer que os juízes claramente apresentem a justificativa de suas decisões, bem como do que utilizaram para se chegar a elas.

2.5

A indeterminação do Direito

O Direito, tanto na esfera legislativa quanto na jurisdicional, pode ser visto como sistema complexo de decisões vinculadas às soluções de problemas. Em relação às decisões, estas podem ser divididas em *explicativas* e *justificativas*. A primeira busca fundamentalmente responder ao porquê de se tomar determinada decisão, qual foi a causa e para quê, indicando, assim, qual a finalidade perseguida. Já na segunda, as razões justificativas buscam que o resultado das decisões seja aceitável ou correto. O que se procura aqui não é uma explicação, mas uma justificação de determinada conduta.

A distinção entre *explicação* e *justificação* se faz importante, levando-se em conta que explicar e justificar são questões que, muitas vezes, se entrecruzam. A explicação das decisões facilita a tarefa de justificação, quando se dizem as possíveis razões justificativas de maneira explicativa. Dessa forma, pode-se dizer que o raciocínio jurídico é justificativo, pois motivar uma sentença é oferecer uma justificação, e não uma explicação, da decisão tomada. Nesse ponto específico, deve-se atentar para o chamado *silogismo jurídico*, pois, por essa forma de pensar, ao fato X deve-se justificar a aplicação da norma Y.

Porém, o que de fato pode justificar uma decisão? Se justificar uma decisão significa dar razões que a façam parecer corretas ou aceitáveis, vários serão os resultados que podem ser obtidos. A decisão pode ser justificada com base na *autoridade*, ao se definir quem irá aplicá-la, no *procedimento*, definindo como aplicá-la, e ainda no *conteúdo* da norma, ao estabelecer limites ou objetivos, por exemplo. E, em consequência dessa justificação, surge a necessidade de se argumentar:

O fato de que os fatores subjetivos desempenham um papel na decisão judicial e de que são elementos essenciais na explanação de tais decisões aparentemente mina a possibilidade de objetividade judicial. O “juiz

completamente maduro” é meramente alguém que está ciente de seus preconceitos, mas essa ciência não faz dele mais objetivo do que um juiz inconsciente. Porque, num ou noutro caso, prevalece a “dominância da conclusão”, e a racionalização do juiz será direcionada a justificar uma conclusão que é escolhida, ao menos em parte, por causa de valores pessoais. A (falsa) crença na objetividade da decisão judicial é explicada por Frank em linhas “freudianas”, com a imagem do juiz como figura-paterna desempenhando um papel central. (Golding, 2010, p. 43)

O Direito como prática racional, em especial o Estado de Direito, pressupõe não apenas valores formais ligados à ideia de previsibilidade, mas também valores materiais, referentes à aceção de justiça ou verdade, e ainda, valores pragmáticos ou políticos, vinculados à aceitação. Porém muitos questionamentos surgem em relação à argumentação jurídica e à teoria do Direito, devendo-se levar em conta a distinção entre o contexto de *descobrimto* e de *justificação*. Jerome Frank, no campo da teoria da argumentação jurídica, considera que as decisões judiciais não podem ser justificadas, já que os juízes tomam as decisões de forma irracional ou “arracional”, e a motivação das sentenças não seria mais que uma *racionalização* de uma operação que não obedece ao silogismo judicial.

Frank parece pensar que é impossível encontrar simultaneamente as duas condições de objetividade: uma fundamentação que não contivesse um enunciado expressando um valor pessoal não seria uma explicação completa de como a decisão foi atingida, e uma completa consideração necessariamente conteria um enunciado que expressasse um valor pessoal. Entretanto, fundamentações são “racionalizações” que ocultam o papel dos valores pessoais (mesmo o raro juiz completamente maduro, provavelmente apresentará qualquer de suas conclusões como um julgamento de valor meramente pessoal), as fundamentações dos juízes, então, oferecem um falso quadro de como chegam a suas decisões. (Golding, 2010, p. 43)

Segundo Llewellyn (1994, p. 281), uma abordagem realista e não meramente dogmática do Direito deve adotar duas posturas básicas. Deve, sobretudo, elidir os disfarces e máscaras que os juízes utilizam ao prolatar a sentença, possibilitando compreender, de fato, a norma que foi aplicada e não aquela a que a decisão faz referência, e descobrir os verdadeiros fatores que atuaram no julgador na apreciação e qualificação dos fatos. Porém, para Frank, os problemas de interpretação de normas, quais delas são ou não válidas, os problemas dogmáticos, com que se ocupam os tribunais superiores e a maioria

dos juristas, e que não se prendem às questões de fato, são, na verdade, o que menos importa. Frank pouco se atém às questões normativas vinculadas com as suas interpretações. Segundo ele, esses temas ocupam uma parte mínima da atividade judicial. A verdade é que os litígios, em sua grande maioria, não surgem porque as partes não estão de acordo quanto às normas, mas quanto aos fatos:

Habitualmente, ambas as partes concedem que, se ocorrido o fato “A”, deve ser aplicada a norma “alfa”, que imputa como devida a consequência “beta”. Elas não estão de acordo é no que se refere ao acontecimento do fato “A”. Uma parte o afirma. A outra o nega. A sorte do litígio gira, portanto, ao redor da prova do fato discutido. Se se acreditar naquilo que pretende o autor, resultará a aplicação da norma “alfa” e ele terá direito a perceber a prestação “beta”. Em caso contrário, é o demandado que se verá beneficiado, pois se declarará improcedente a pretensão dos autos. Como se vê, não estava em jogo a aplicabilidade ou o alcance da norma “alfa”. Estava em questão, ao contrário, a realidade do fato “A”, de cuja prova dependia a aplicabilidade da norma “alfa”. (Frank, 1991, p. 12)

Segundo os realistas, na construção do processo de aplicação das normas jurídicas, a teoria formalista usa excessivamente da lógica, e a generalidade das normas formais não pode estar logicamente determinada na decisão a adotar. Nem a norma legislada nem o precedente podem atuar diretamente como premissa maior do silogismo judicial, sendo este, na verdade, o objeto da interpretação, e isso faz com que a premissa maior do silogismo judicial seja considerada uma criação dos juízes, embora não se possa considerar uma criação totalmente livre. Pela “lógica jurídica”, dá-se importância aos silogismos e, principalmente, ao raciocínio dedutivo. Desse raciocínio decorre a interpretação, com base na norma geral, que se aplica a um caso concreto, processo este denominado subsunção, quando então se chega a uma sentença. Faz-se necessário analisar o sujeito e o objeto da interpretação legal e da discricionariedade. Segundo Frank:

O processo de julgamento, assim nos dizem os psicólogos, dificilmente começa com a premissa da qual a conclusão é posteriormente retirada. O ato de julgar começa, ao invés, do outro lado – com uma conclusão mais ou menos vaga formada; o homem começa ordinariamente com essa conclusão e depois busca encontrar premissas que a fundamentem. Se não conseguir encontrar um legítimo argumento que conecte sua conclusão às premissas, ele irá, a não ser que seja arbitrário ou louco, rejeitar uma conclusão e procurar uma outra. (Frank, 1970, p. 108)

A temática da interpretação jurídica é complexa e tem merecido a atenção dos estudiosos do Direito, mas não é um termo exclusivo da linguagem

jurídica, e “significa remontar do signo (*signum*) à coisa significada (*designatum*), isto é, compreender o significado do signo, individualizando a coisa por este indicada” (Bobbio, 1999, p. 212). Para os realistas, é possível que, sobre o mesmo caso, se cheguem a justificar regras distintas, que são os precedentes, possibilitando a aparição de regras contraditórias que coexistam num mesmo ordenamento. Llewellyn aponta dois fatores de indeterminação. O primeiro deles é que os atos podem ser descritos de diversas maneiras, com diversos graus de generalidade, sendo enganoso falar de fatos materiais como se fossem dados fixos que viessem estabelecidos de antemão. Como segundo fator, é apontada a falta de formas verbais fixas na formulação das normas, sendo por ele considerada como a principal fonte de discricionariedade no caso de aplicação de precedentes, já que não se podem garantir minimamente quais são os casos em que as tais regras devem ser aplicadas. Outro fator que gera indeterminação na aplicação dos precedentes é a amplitude de técnicas legislativas que há à disposição dos intérpretes para manipulação dos casos anteriores (Llewellyn, 1994, p. 244-293).

As “palavras congeladas da lei”, expressão utilizada por Llewellyn, podem gerar dificuldades ao se interpretar os precedentes, abrindo-se conseqüentemente margem para a discricionariedade, podendo ocorrer o mesmo ao se aplicar os precedentes, tendo, por exemplo, fatores como a imprecisão (vaguidade) ou ambigüidade nas expressões linguísticas utilizadas, as lacunas ou inconsistências, a vaguidade no objetivo perseguido pela lei (Twining, 1973, p. 241). Porém, diante da complexidade da sociedade, as normas não podem prever as peculiaridades atinentes a cada caso, sendo necessária, portanto, a adequação do Direito à sociedade. É impossível predeterminar-se, pela lei, todas as possibilidades de casos, sejam eles presentes ou futuros, que possam ocorrer.

Frank defende como algo bastante positivo a discricionariedade por parte dos juízes na aplicação das normas, concordando com Llewellyn na impossibilidade de as regras formais preverem todas as particularidades dos casos concretos. Além disso, defende o uso de redação simples e flexível que permita aos juízes maior liberdade para atender à diversidade e à complexidade das situações que se apresentam, atribuindo à flexibilidade na redação a necessária criação judicial a qual denomina interpretação judicial. Para Frank, interpretar não é apenas buscar o significado da lei ou da intenção do legislador, na verdade o que

há é uma busca de solução por parte do juiz, que acaba numa criação livre da decisão particular (Frank, 1970, p. 132).

Llewellyn, por sua vez, defende limites e controle à discricionariedade do juiz, sendo esta parte integrante do programa construtivo do movimento realista, e considera apropriado evitar o uso de conceitos excessivamente gerais, optando por vocábulos mais específicos que guardem melhor adequação ao particularismo dos casos reais. Llewellyn ainda propõe explicitar os objetivos das normas para facilitar a tarefa do intérprete-aplicador do Direito (Llewellyn, 1994, p. 281). Essas propostas são pertencentes ao projeto construtivo do movimento realista e não pretendem descrever a conduta dos juízes, e não podem predizer suas decisões futuras (Llewellyn, 1971, p. 83).

Os realistas entendem que as leis ou os precedentes, ou seja, as normas escritas, apresentam-se como causa de indeterminação do Direito, sendo pouco confiáveis na produção das sentenças. Mas sustentam que se pode chegar a algumas regras reais ou funcionais que uniformizariam o comportamento dos juízes, tornando-as instrumentos mais confiáveis nas decisões futuras. Para Llewellyn, as denominadas regras reais se encontram no plano do “ser” e não no “dever ser”, considerando-as normas descritivas e não prescritivas. Por isso, não serem verdadeiras normas. Falar de normas reais é fazer uma comparação das normas escritas com a prática, de maneira a se incluir na norma escrita a maneira efetiva com que os juízes e juristas as utilizam e a maneira como as interpretam e aplicam (Llewellyn, 1994, p. 249-253). Essa análise propõe uma visão dinâmica do Direito.

O ato de “interpretar” textos, o ato de “verificar a aplicabilidade” de normas e de, por fim, “aplicá-las” são atividades rotineiras no mundo jurídico. Por isso que se diz que “o professor interpretou o dispositivo legal no sentido X”, “o aluno verificou que era a norma Y a norma aplicável à presente situação”, e que “o juiz aplicou a norma Z ao caso deduzido em juízo”. Ou seja, se o ato de interpretar é atividade que pode ser empreendida por inúmeros agentes (o legislador, o tribunal, os professores, alunos, advogados, dentre outros aplicadores), o ato de verificar a “aplicabilidade” como procedimento intelectual de relacionar a norma obtida com a atividade interpretativa ao caso também; mas o ato de “aplicar” apenas pode ser desempenhado, em seu sentido próprio de decidir casos, por um número restrito de atores sociais, tais como, e crucialmente: os juízes, os administradores e os legisladores. (Sgarbi, 2007, p. 622)

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. Isabel Lifante Vidal (1999, p. 124) apresenta crítica a esse ponto específico pelo fato de a teoria realista se mostrar ambígua, pois, por um lado, a teoria é descritiva e se preocupa com a atuação dos juízes para se poder chegar a predições acertadas e, por outro, pretende prescrever a tarefa interpretativa, dando maior importância a certos instrumentos interpretativos que a outros. E destaca o que os realistas denominam *purposive adjudication* a aplicação da interpretação que atenda fundamentalmente aos propósitos e objetivos que se pretendem alcançar pelas regras.

Pela tese da teoria determinista, toda ação encontra uma qualificação no ordenamento jurídico e, por consequência, a teoria da indeterminação admite a existência de lacunas, ou seja, nem toda ação está regulamentada no ordenamento jurídico. A teoria determinista pode conter dois significados: para todas as situações previstas no ordenamento jurídico, há uma ação regulamentada e qualquer situação está prevista pelo ordenamento jurídico. Por assim dizer, o caráter determinado ou indeterminado do Direito interfere diretamente nas decisões judiciais:

Interpretar é atribuir sentido a textos legais, é empregar técnicas com a finalidade de atribuir sentido a documentos normativos. Por seu turno, verificar a aplicabilidade é realizar trabalho intelectual de estabelecer, também tecnicamente, qual das normas obtidas está apta a ser utilizada em um específico caso. (Sgarbi, 2007, p. 623)

Falar sobre determinação ou indeterminação de uma norma jurídica pode suscitar tanto uma discussão avaliativa da norma quanto uma discussão semântica. E os problemas que envolvem a determinação ou indeterminação de uma norma jurídica giram em torno das causas da decisão judicial, da abrangência da norma e de seu conteúdo. A interpretação é uma maneira de minimizar a questão da determinação ou da indeterminação das normas. Porém o ponto de vista dos formalistas é divergente, no aspecto interpretativo, ao dos realistas. Para eles, o sistema jurídico é completo e coeso, no qual as respostas são preexistentes

e o espaço para discricionariedade do juiz é muito reduzido ou praticamente inexistente:

Os formalistas pretendem oferecer uma teoria do Direito que privilegia a segurança jurídica e afasta a necessidade do exercício do poder discricionário pelos aplicadores do Direito. Por isso enfatizam a plenitude hermética do Direito, a rigidez dos termos gerais encontrados no Direito e o papel do juiz de dizer o Direito e não de criá-lo. O preço que os formalistas pagam por adotarem tal teoria sobre o Direito é sustentar uma visão incompleta da realidade jurídica e que, além disso, sequer contribuiria para o funcionamento do Direito, caso fosse verdadeira. A teoria formalista desconsidera a textura aberta da linguagem. Por conta disso, oferece uma visão parcial da natureza do Direito, capaz de dar conta apenas dos casos claros. (Struchiner, 2002, p. 133)

No entanto, para a teoria realista, interpretar não é uma atividade de conhecimento de um sentido preexistente, mas um ato de construção da decisão. A teoria cética (realista) ainda se subdivide em cética radical e moderada:

“Teoria cética radical”: o significado dos textos normativos é devido unicamente à atividade livre dos intérpretes, que podem atribuir a eles qualquer significado;

“Teoria cética moderada”: cada texto normativo apresenta uma série de significados possíveis. A atividade dos intérpretes é a de resolver o caso, optando por um desses sentidos, utilizando a variedade de técnicas interpretativas existentes; a preferência por um desses sentidos em prejuízo dos demais é, enfim, discricionária. (Sgarbi, 2007, p. 442)

Os realistas sustentam a tese de que os significados dos textos normativos não são únicos, não existe uma única resposta correta, reduzindo o Direito a decisões judiciais. O professor Adrian Sgarbi apresenta como pontos vulneráveis das formulações acima:

a) A redução do Direito (compreendido como normas jurídicas) à atividade exclusiva dos juízes e dos tribunais; b) a negação de que possa haver casos jurídicos de fácil solução; c) a impossibilidade de se estabelecer condutas estáveis, dado o fato da obtenção do sentido do texto, da norma, enfim, a ser seguida, ser de difícil apreensão; d) a negação, subliminar, de contratos e prescrições legislativas poderem ser cumpridos sem interferência judicial recorrente. (Sgarbi, 2007, p. 443)

Llewellyn discute os problemas que surgem na construção da premissa normativa do silogismo judicial; e Frank, os problemas fáticos que se apresentam nos processos de primeira instância. As questões normativas, segundo os realistas, somente ocupam uma parte mínima da atividade judicial; a atenção se volta para os tribunais superiores, que decidem questões de Direito ou, nas

palavras de Frank, a dirimir disputas dos advogados sobre o alcance das normas com referência a um caso concreto, pois os problemas que surgem nos tribunais de primeira instância não surgem devido a desacordos sobre o significado das normas, mas são causados por divergências sobre os fatos (Frank, 1971, p. 12).

Diante da indeterminação do Direito, segundo os realistas mais extremados, há um alto grau de discricionariedade na aplicação das normas por parte dos juízes. Entre os menos radicais, há a possibilidade de existir situações em que a discricionariedade seja controlada. Para alguns, o problema da indeterminação não se deve somente a questões de como os juízes interpretam as normas, nem como declaram o Direito aplicável ao caso, trata-se de algo ainda mais difícil e incerto, de predizer qual será a atitude do juiz diante da prova e, por meio dela, qual será sua decisão sobre os fatos do caso. Os céticos consideram que, diante dos fatos, por mais precisas que possam ser as regras jurídicas formais, é impossível predizer as decisões futuras na maioria dos pleitos não iniciados ou não julgados, devido ao caráter evasivo dos fatos sobre os quais ocorrem as decisões (Vidal, 1999, p. 126).

Ao se falar em realismo jurídico, cabe a questão: o que os autores realistas entendem por interpretação jurídica? Inicialmente, não é encontrada uma definição conceitual de interpretação. Aliás, os realistas criticam as teorizações. Isabel Lifante Vidal (1999, p. 132) chama a atenção para um ponto específico desta temática, entendendo não ser um problema considerar interpretação jurídica dos realistas a atividade de reformulação das regras formais ou regras sobre o papel (o Direito dos livros) que formam as premissas que fundamentam as decisões dos juízes. Para os realistas, essas regras formais não podem ser utilizadas diretamente como premissas do raciocínio judicial, fazendo-se necessária uma transformação delas.

Para os realistas, o Direito é aquilo que o juiz faz e não aquilo que ele diz que faz. Daí a insistência do realismo em realmente saber o que é o Direito e como os juízes chegam às suas decisões. Sendo essa também a base da teoria desenvolvida por Llewellyn, ou seja, distinguir as normas dos livros, as “palavras congeladas” das normas efetivas: leis, regulamentos e precedentes justificados como razão de determinada decisão, realçando, assim, que o Direito é dinâmico.

Insistentemente, os participantes do realismo afirmam que a indeterminação do Direito está ligada tanto ao Direito legislado como aos

precedentes. Para Llewellyn, quando se trata da aplicação de precedentes, a indeterminação deve-se fundamentalmente à flexibilidade dos fatos, à falta de formas verbais fixas e à existência de amplitude de técnicas legislativas para manobrar a partir dos casos previamente decididos. No caso das leis, a indeterminação pode originar-se da vagueza ou ambiguidade das expressões utilizadas, das lacunas, da imprecisão dos objetivos da lei ou ainda pela dificuldade em qualificar o fato. Daí os autores realistas entenderem que, diante de tanta indeterminação, a aplicação do Direito não se baseia no ordenamento jurídico, mas nas convicções dos juízes, caracterizando assim a criação das normas e até mesmo uma adequação delas para se conseguir formular uma premissa que dê solução ao caso concreto apresentado para julgamento.

A interpretação das leis e dos precedentes tem o suporte em uma série de técnicas que conferem ao juiz um grande poder discricionário na hora de decidir, porém algumas posturas distintas são encontradas entre os próprios autores realistas. Para Frank, a indeterminação é inevitável e também proposital, pois permite ao juiz decidir com maior liberdade exatamente para atender à diversidade e complexidade das situações que se apresentam. No entanto, para Llewellyn, essa indeterminação pode e deve ser reduzida.

Jerome Frank ainda foi bastante enfático ao questionar duas situações: a “prova dos fatos” e a “interpretação dos fatos”. Ao fazerem tantas críticas às premissas, aos silogismos e à maneira lógica na aplicação do Direito, os realistas chamaram a atenção para a necessidade de verificar o efeito social ao se proferir uma sentença. Pode-se dizer que os autores pertencentes ao movimento levantaram importantes questionamentos sobre a segurança jurídica e o princípio da legalidade, e ainda demonstraram a real importância do papel da interpretação jurídica.

O que os realistas propõem é um contra-ataque ao Direito tradicional, pelo qual as decisões são tomadas por regras preestabelecidas, pois entendem que os verdadeiros motivos na tomada de decisões são questões de personalidade e até mesmo de preconceitos. As decisões dos casos são tomadas para, daí então, partir-se para a norma como maneira de justificar-se a decisão. O que na verdade ocorre, pelos preceitos do realismo, é uma adaptação ao contexto jurídico de uma decisão tomada.

Desse modo, os realistas jurídicos, de forma consciente ou não, estão atacando o “princípio da legalidade”, que constitui a base que sustenta o sistema jurídico e o Estado de Direito, e que o torna legítimo. O princípio da legalidade determina que as decisões jurídicas não são arbitrárias, mas são decorrentes de regras determinadas previamente dadas. Se as regras não têm força normativa, então os órgãos decisórios não aplicam o Direito, mas criam o Direito. A distinção entre os poderes Legislativo e Judiciário é ilusória. (Struchiner, 2002, p. 136)

O realismo recebeu muitas críticas, o que não tira o seu valor como movimento questionador da maneira como os juízes chegam às suas decisões. No realismo, não encontramos definição clara do que venha a ser interpretação jurídica, apenas se percebe a necessidade apontada por seus autores na reformulação na maneira de como os juízes decidem. Inicialmente, deve-se questionar qual elemento a ser interpretado: as leis ou os precedentes? Enfim, como não houve delimitação pelos próprios realistas, chega-se à conclusão de tratar-se de todo material jurídico. O aspecto relevante da interpretação normativa para os realistas é a correlação entre interpretar e aplicar o Direito. O realismo procura encarar as normas como de fato são, reconhecendo os problemas advindos da indeterminação, levando em conta os resultados efetivos da norma na realidade social. As tendências realistas compartilham de três ideias fundamentais:

O abismo existente na norma jurídica aparece nos textos, o que é uma realidade, uma percepção de falta de correspondência entre o caráter abstrato das normas e a individualidade dos casos concretos, e uma consciência da natureza criadora da função judicial. (Pekelis, 1951, p. 121)

O fato de os realistas apresentarem críticas às questões jurídicas não quer dizer que desconsideram as normas de Direito positivo, ao contrário, a crítica está na maneira como as normas têm sido utilizadas. Os realistas reconhecem que, quando um fato pode ser compreendido juridicamente de várias maneiras, não há como se dizer qual é a maneira mais correta. Quando um texto jurídico pode ser compreendido de duas maneiras, por exemplo, então, não há um único sentido. Porém o questionamento preponderante está no que fará o julgador chamado para aplicar o “tal” texto jurídico, já que não pode aplicá-lo nos vários sentidos.

A orientação dos realistas parte de dois pressupostos: primeiro adverte o julgador que nem Deus, nem letra ou espírito da lei, ou vontade do legislador, nem modelo ideal de racionalidade, nem nenhuma outra coisa vai resolver o

problema em seu lugar e, segundo: já que ninguém pode salvar o julgador de tomar a decisão, deve torná-la a mais razoável possível ou pode ainda decidir por pressentimento, ou algo nesse sentido, ou se limitar a seguir uma linha de soluções já utilizadas, sem refletir muito sobre elas, ou ainda pode decidir por pressões sociais ou pessoais (VV.AA., 2001, p. xiii-376).

Uma questão jurídica não é simplesmente um jogo de palavras. O universo linguístico do Direito está compreendido pelo Direito positivo, pela jurisprudência, postulados doutrinários e ainda pelas ideologias gerais suprajurídicas (Berger; Luckmann, 1968, p. 71ss). E todo esse universo gera, diante das várias situações, interpretações diversas. Para se chegar a uma resposta no Direito, não basta apenas buscar uma solução conveniente, mas, sobretudo, reconhecê-la no Direito. Deve-se levar em conta se as respostas são juridicamente possíveis no contexto social apresentado. E, quando essas respostas são reconhecidas, o julgador deverá optar por uma delas. Haba apresenta três passos para se efetivar uma escolha racional entre as que são possíveis:

O dito não implica negar que também em muitos casos há textos jurídicos que são compreensíveis de certas maneiras que não cabe discussão. Não pretendo afirmar que todo o direito contenha discrepâncias; em tal caso se viveria em completo caos, nenhuma sociedade pode resistir mais que certos graus de incertezas sobre o estabelecido como normais oficiais de convivência. Existem numerosas disposições jurídicas que, seja por que razões forem, aparecem como indiscutíveis no todo ou em partes substanciais de seu conteúdo preceptivo, pelo menos durante um tempo. Respeito que as disposições que de fato se entendem uniformemente, e enquanto seja assim (isto pode ser alterado diante de novas situações ou por influências ideológicas), bem pode dizer que os textos jurídicos são “claros”, que seu sentido não admita dúvidas. As incertezas que importam são aquelas que se dão na prática do Direito: por exemplo, quando os que se discute é justamente a “clareza” de certa disposição e em geral quando se trata de conceitos jurídicos muito indeterminados. (Haba, 2004, p. 317ss.)

Os realistas expõem as alternativas possíveis de soluções jurídicas, de acordo com o Direito vigente, que são utilizadas pelos julgadores. Porém, muitas das vezes, esse material já tem suas próprias indeterminações. O que pode ser percebido ao considerar mais de uma interpretação, em expressões do tipo: “dignidade”, “boa-fé”, “razoabilidade”, que dificultam conclusões práticas. Pelos realistas, é necessário reconstruir a abordagem em cada interpretação, de modo a indicar, de maneira certa, quais são especificamente as soluções práticas aplicáveis. E, por fim, desconstruir as interpretações doutrinárias presentes,

demonstrando as indeterminações relevantes que afetam a possibilidade de discernir pontos na prática da formulação linguística examinada. Por essa análise, desmontar-se-iam as falácias implícitas, as quais sustentam as mais variadas formulações jurídicas e que têm reflexo direto nas decisões judiciais.

Pode-se dizer que o ponto de vista de análise do Direito feita por um realista se dá pela óptica da aplicação das normas. Llewellyn apresentou o Direito como um fenômeno dinâmico, composto por procedimentos de criação, interpretação e aplicação das normas. E, ao escolher uma das maneiras possíveis de interpretação, tem-se então um *juízo de valor*, que produzirá efeitos práticos. O Direito é aplicado levando-se em conta valores que o julgador abstrai, de forma explícita ou implícita, da norma, como, por exemplo: “justiça”, “bem comum”, “interesse nacional”. Para os realistas, interessa saber qual é o grupo de pessoas que será afetado positiva ou negativamente por certa interpretação e, ainda, como, pois pode ser que certo grupo não seja afetado nem de forma positiva nem de forma negativa. Desta feita, cabe ainda outro questionamento: qual das interpretações jurídicas possíveis atende melhor à prática, levando-se em conta a realidade social? Para o realismo, ao interpretar a norma, o aplicador deve identificar como melhor atenderá às finalidades práticas para se conseguir alcançar, na prática, determinado fim social.

A finalidade dos realistas é demonstrar como realmente se produz a atividade judicial e como as teses formalistas não são adequadas. Porém, qual a proposta realista? Determinar como deveriam ser interpretadas as normas e quais os instrumentos adequados para a reformulação das regras formais, o que Frank (1970, p. 200) denomina “atualizar o Direito”.