

3

A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA NA TEORIA DE HERBERT L. A. HART

3.1

A concepção de Hart sobre a indeterminação do Direito

O objetivo deste capítulo é analisar a indeterminação do Direito, com base no que Hart compreende por indeterminação. O capítulo VII do livro “O conceito de Direito” é a base deste estudo por tratar da interpretação jurídica por meio de observações de problemas linguísticos que se refletirão no campo jurídico. No referido capítulo, Hart ainda apresenta críticas ao realismo jurídico, e este trabalho tem por finalidade exatamente traçar um paralelo entre o posicionamento de Hart e o dos realistas diante do fenômeno da indeterminação.

Em 1952, A. L. Goodhart deixou o cargo de professor na cátedra de Teoria Geral do Direito, em Oxford. Hart, ao ser eleito para ocupar a vaga, causou polêmica, em sua aula inaugural sobre a “Definição e Teoria Geral do Direito”, ao proclamar a relevância da nova filosofia para controvérsias jurídicas em relação à natureza dos conceitos legais. Em vez de construir teorias com base em definições, ele propôs uma análise do uso da linguagem jurídica. E, ao ser criticado por Edgar Bodenheimer de reduzir a Teoria Geral do Direito a uma mera repetição do discurso dos advogados e, com isso, desviar a atenção das investigações sociológicas realmente urgentes, Hart respondeu, ressaltando a importância de um estudo cuidadoso que deveria ser feito por advogados e estudantes de Direito sobre o tecido linguístico da própria profissão (Maccormick, 2010, p. 8).

O trabalho de Hart critica as teorias desenvolvidas por Jerome Bentham e por John Austin, sobretudo na concepção do Direito derivado da vontade do soberano. A teoria imperativista, elaborada por Austin e criticada por Hart, “consiste em pensar o Direito apenas após haver o Estado, e o Estado é o soberano, a pessoa ou pessoas que detêm os poderes supremos de uma sociedade política independente” (Sgarbi, 2009, p. 6). Hart considera o modelo de Austin insuficiente porque este formula sua teoria, apresentando o Direito como um

conjunto de ordens respaldadas por ameaças ditadas pelo soberano no exercício de seu poder legislativo ilimitado. Além disso, Hart 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, com o qual as leis são comandos.

O ordenamento jurídico, segundo Hart, é formado por regras primárias e regras secundárias, que se subdividem em três tipos: regras de alteração ou modificação, regras de adjudicação e regras de reconhecimento. Nas regras primárias, encontra-se o que as pessoas, destinatárias das normas, podem ou não fazer, impondo, assim, deveres positivos ou negativos. As regras secundárias têm por finalidade solucionar problemas ocorridos na norma primária. Por sua vez, as regras secundárias de alteração promovem a adequação da norma à realidade social na qual são aplicadas, por meio de introdução, exclusão e modificação de normas; e as regras de adjudicação dão dinamicidade e eficácia ao ordenamento jurídico, exatamente por indicar quem proferirá uma decisão judicial e quais procedimentos devem ser seguidos por juízes e tribunais. A chamada “regra de reconhecimento”, que será discutida mais adiante, tem por pretensão ser instrumento de identificação do material jurídico. Para estabelecer se determinada norma faz parte de certo sistema jurídico, ela deverá ser submetida a critérios estabelecidos pela regra de reconhecimento. E as que forem identificadas por esse sistema serão reconhecidamente válidas para o ordenamento jurídico em análise (Hart, 2009, p. 103ss).

O Direito tem por finalidade regular a conduta das pessoas na sociedade, “em qualquer grupo numeroso, as normas gerais, os padrões de conduta e os princípios – não orientações específicas transmitidas separadamente a cada indivíduo – constituem necessariamente o principal instrumento de controle social” (Hart, 2009, p. 161). Por isso a necessidade do Direito de referir-se à classe de pessoas e fatos e não a apenas uma pessoa ou a um fato específico. Hart apresenta duas estratégias de comunicação dos padrões gerais de conduta: a legislação, que faz uma aplicação máxima, e o precedente, que faz a aplicação mínima, traçando a distinção entre os dois por meio de exemplos que tornam claros os principais aspectos e objetivos das duas estratégias:

Podem-se ver os traços distintivos das duas estratégias nos seguintes casos simples e não jurídicos. Antes de ir à igreja, um pai diz ao filho: “Ao entrarem na igreja, todos os homens e meninos devem tirar o chapéu”. Outro pai, descobrindo a cabeça ao entrar na igreja, diz “Esta é a maneira certa de se comportar em ocasiões como esta”. (Hart, 2009, p. 162)

Hart, porém, chama a atenção para uma série de questionamentos que podem surgir, mesmo quando a norma aparentemente é clara:

A transmissão por meio do exemplo, em todas as suas formas, mesmo quando acompanhada por orientações verbais de caráter geral, como “Faça como eu”, pode deixar em aberto um amplo leque de possibilidades, e, portanto, de dúvidas, sobre o que se pretende, e mesmo sobre questões que a própria pessoa que transmite o ensinamento já tenha examinado com clareza. Até que ponto o comportamento deve ser imitado? Fará diferença se, para tirar o chapéu, eu usar a mão esquerda em vez da direita? Que a ação seja executada lentamente ou com rapidez? Que o chapéu seja colocado debaixo do assento? Que, dentro da igreja, não seja recolocado na cabeça? (Hart, 2009, p. 162)

A peculiaridade de cada caso deve ser submetida às regras jurídicas, porém, mesmo quando se utilizam normas gerais, que, em princípio, são claras, diante de situações particulares, poderão ocorrer dúvidas quanto à sua aplicabilidade ou não. Hart exemplifica o uso da palavra “veículo” e dá como certa a interpretação de ser um “automóvel”, mas questiona se estão aí incluídos nessa definição também os “aviões”, as “bicicletas”, os “patins”, enfim, as incertezas não podem ser totalmente eliminadas, mas minoradas. Não é possível elaborar-se uma norma jurídica com tanta riqueza de detalhes, que, ao aplicá-la, não haveria qualquer tipo de dúvida, ou ainda não seria necessário verificar-se a possibilidade de uso de outra norma (Hart, 2009, p. 164).

Não se pode afirmar que a indeterminação na aplicação das regras é um fenômeno exclusivamente linguístico. Isabel Lifante Vidal, em sua obra, elenca o que, para Hart, são tipos de indeterminação e aponta ainda que Hart faz referência a dois fenômenos de indeterminação: de um lado, a textura aberta e, de outro, as situações de indeterminação ou dúvida que podem se apresentar no momento da aplicação do Direito a um caso concreto:

- (1) A indeterminação semântica dos conceitos, que Hart denomina de textura aberta da linguagem, que é o foco do autor.
- (2) Os pressupostos de indeterminação, que Hart considera como “mais radical” que a textura aberta.
- (3) Outros tipos de indeterminação linguística como a ambiguidade.
- (4) A existência de mais de uma norma aplicável ao mesmo caso concreto.

(5) A indeterminação que se origina dos propósitos perseguidos pela regra. (Vidal, 1999, p. 196-197)

Como complemento de sua teoria, Hart remete às regras de reconhecimento como um remédio para a falta de certeza das regras primárias. Ao submeter uma norma a certos critérios de validade estabelecidos pela regra de reconhecimento, esta será considerada como pertencente a um sistema, desde que os requisitos sejam satisfeitos. Assim sendo, todas as normas que passaram pelos critérios exigidos são reconhecidas como válidas do ordenamento jurídico. É importante mencionar que uma norma pode ser válida sem que seja regularmente obedecida, mas uma regra de reconhecimento não pode ser válida e rotineiramente desobedecida, pois ela somente existe como uma prática social eficaz sendo efetivamente cumprida e aceita pelos destinatários da norma (Hart, p. 129ss).

A função básica da regra de reconhecimento é, portanto, determinar quais são as regras legais de uma comunidade e apresentar os requisitos que, se cumpridos, serão indicativos da validade da regra em questão e que se trata de uma norma do grupo. Num sistema jurídico que seja considerado mais evoluído, as normas de reconhecimento também serão mais complexas. Sobre a regra de reconhecimento, Hart faz a distinção entre normas primárias e secundárias e traz o exemplo hipotético de uma comunidade que não tenha poder legislativo, tribunais ou autoridades de qualquer espécie:

[...] o reconhecimento de que se deve considerar a norma escrita ou inscrição como a fonte de autoridade, isto é, como a maneira correta de esclarecer dúvidas sobre a existência da norma. Quando tal reconhecimento existe, verifica-se a existência de uma forma muito simples de norma secundária: uma norma destinada à identificação conclusiva da norma primária de obrigação. (Hart, 2009, p. 122-123)

A regra de reconhecimento, além de estabelecer os requisitos que as normas jurídicas devem ter para serem consideradas válidas, também delimita o “poder do Estado”, ao conferir poderes a determinadas pessoas para que elaborem e apliquem as normas jurídicas. A regra de reconhecimento traz, então, a ideia de um sistema jurídico por distinguir o Direito de outros sistemas normativos, como a moral, as regras de trato social e as regras de um jogo, exatamente pelo fato de estas últimas não terem um sistema que possa avaliar a aplicabilidade e a validade das regras que lhes servem de orientações. A regra de reconhecimento é

responsável pela unidade do sistema, pois é ela que permite a identificação das regras, assim como a formação de uma hierarquia entre elas. Assim dispõe o professor Noel Struchiner em sua tese de doutorado:

Entre as regras secundárias, a regra de reconhecimento recebe um destaque especial por parte de Hart, e, aqui, sua análise também será enfatizada, já que a preocupação do presente capítulo é discutir em que termos é possível falar sobre a existência de regras jurídicas. Os positivistas querem explicar a existência do direito e identificar o seu conteúdo. Eles pretendem também mostrar como as peças da máquina jurídica pertencem a um mesmo sistema (problema da unidade) e de onde surge a aura normativa do direito (por que o direito gera obrigações). Austin explica os três itens aludidos por meio da teoria imperativa: o direito existente (válido) é composto pelas expressões de vontade do soberano, tudo que o soberano comanda e apenas aquilo que o soberano comanda conta como direito (unidade), e como os comandos são amparados por sanções, eles geram obrigações (normatividade). Porém, a teoria imperativa fracassa na medida em que não incorpora na sua explicação a noção de regra(s). Hart, visando a corrigir os deslizes cometidos por Austin, vai tentar dar conta do problema da existência, identificação, unidade e normatividade do direito, em termos de uma norma mestra: a regra de reconhecimento.

Por fim, vale ressaltar que ela é responsável por atribuir um traço de autoridade às regras do sistema, permitindo identificar quais os membros de determinado grupo social deverão ter como referência. Segundo Hart, uma regra é válida quando passa pelos testes estabelecidos pela regra de reconhecimento para identificar as pertencentes ao sistema. Dizer que uma regra é válida significa dizer que é pertencente ao sistema e que, portanto, satisfaz todos os critérios estabelecidos pela regra de reconhecimento e tem todas as características requeridas por esta para pertencer ao sistema jurídico (Hart, 2009, p. 103). O sentido da validade de uma regra jurídica está correlacionado a passar pelo crivo da regra de reconhecimento. Em alguns ordenamentos jurídicos, nos quais a regra de reconhecimento é complexa, ou seja, contém mais de um critério último de validade e classificação das normas, essa regra pode originar-se de mais de uma fonte (costumes, tradições e precedentes), como ocorre no sistema do Direito consuetudinário. No entanto, nos ordenamentos jurídicos que têm uma Constituição, as cláusulas desta serão os critérios últimos de validade de normas (Hart, 1983, p. 360).

O fundamento da doutrina da indeterminação do Direito sustenta-se na teoria positivista da adjudicação, a qual inclui a tese da discricionariedade judicial conferida aos juízes ao proferirem suas decisões. Na visão de Hart (1994,

p. 327-328), a teoria positivista da adjudicação está correlacionada com a tese da separação conceitual entre Direito e moral. Alguns posicionamentos contrários ao defendido pelo autor têm considerado a teoria do Direito como uma teoria do processo judicial, visando a focar o modo de agir dos tribunais e dos juízes ao decidirem os casos particulares, pois tais posicionamentos defendem a doutrina da completude do Direito, afirmando que, na maioria das vezes, o Direito é identificável na norma e que uma situação de indeterminação, caso ocorra, será provisória. Porém, segundo Hart, haverá, em todo sistema jurídico, casos não regulados pela lei, além de nenhuma decisão anterior ser clara o bastante. 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).

3.2

A textura aberta da linguagem segundo Hart e o modelo de Waismann

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. Ao se afirmar que o intérprete revela o sentido do texto normativo, pode-se então entender que há um sentido que seja “correto” e outro que seja “errado”. No sentido “correto”, o significado do texto jurídico preexiste à atividade interpretativa, mas, no sentido “incorreto”, a interpretação se torna discricionária. No entanto, ao se entender que o intérprete “cria” sentido para o texto normativo, não há mais como falar em sentido certo ou errado (Sgarbi, 2009, p. 130-131).

Struchiner, em sua obra, apresenta, de forma comparativa, o entendimento de Waismann e Hart sobre a textura aberta da linguagem, que, no entendimento de Hart, é uma das causas de indeterminação do Direito:

Enquanto Waismann diz que a textura aberta da linguagem é uma propriedade dos termos empíricos, responsável pela impossibilidade de se verificar conclusivamente as afirmações sobre objetos materiais, Hart diz, de forma indiscriminada, que a textura aberta da linguagem é uma propriedade tanto de termos quanto de sentenças e regras. (Struchiner, 2002, p. 37)

Isabel Lifante Vidal apresenta os objetivos de Waismann ao levantar a questão da textura aberta da linguagem: primeiro, o papel da verificação, ou seja, o significado de uma afirmação consiste no seu método de verificação; segundo, o significado de uma afirmação pode se tornar mais claro se for fornecido ou descrito o método de verificação; e conclui que um dos principais problemas da textura aberta da maioria dos conceitos é a impossibilidade de delimitá-los em todas as direções possíveis. A causa da textura aberta se encontra, portanto, na deficiência do conhecimento sobre o conjunto da realidade, deficiência que existe porque as definições nunca podem ser totalmente completas (Vidal, 1999, p. 200-201).

Segundo Waismann (1976, p. 60ss), a textura aberta da linguagem se distingue da vaguidade, pois esta ocorre quando uma palavra é usada de maneira flutuante. A vaguidade pode ser minorada utilizando-se de regras mais precisas, o que não ocorre com a textura aberta, isso porque as definições de termos abertos sempre serão suscetíveis a correções ou emendas. Para o autor, um dos principais problemas encontrados na textura aberta da maioria dos conceitos está na impossibilidade de se delimitá-los. Não se poder excluir totalmente a possibilidade de surgimento de uma situação imprevista capaz de alterar uma definição e nenhum conceito está delimitado de maneira a não gerar dúvidas.

Levando em consideração a textura aberta da linguagem, esta, por conseguinte, potencializa a vaguidade, cabendo-se esclarecer se uma regra já nasceu vaga ou se tornou vaga. O professor Noel Sruchiner, em sua tese de doutorado, esclarece o que vem a ser vaguidade, no sentido de se evitar confusão conceitual com a textura aberta:

A vaguidade que surge em função da textura aberta da linguagem, ou que existe *ab initio*, pode ser uma “vaguidade de grau”, uma “vaguidade combinatória” ou as duas coisas juntas. O significado de um conceito é constituído tanto pela sua intensão (conotação) quanto pela sua extensão (denotação). A intensão engloba o conjunto de propriedades que devem estar presentes para que a aplicação do conceito seja possível. A extensão do conceito, por sua vez, é o próprio conjunto de objetos classificados pelo conceito. Portanto, uma vaguidade na extensão, ou na aplicabilidade do conceito, é um sintoma da vaguidade intensional de um conceito. A vaguidade intensional compreende a vaguidade de grau e a vaguidade combinatória. A primeira se refere a dúvidas quanto à quantidade ou grau de presença de uma das constitutivas do conceito que deve estar presente no caso particular para que a aplicação do conceito seja possível. A vaguidade combinatória se refere à imprecisão a respeito de quais são as propriedades constitutivas de um conceito e a maneira pela qual essas propriedades devem

estar combinadas para que o uso do termo geral possa ser empregado de forma legítima. Isso corresponde aos exemplos de Hart sobre as formas em que um caso de penumbra pode se distanciar dos casos claros (paradigmáticos), no núcleo de certeza da regra.

A pretensão de Hart é verificar em quais situações as regras podem ser aplicadas com mais certeza. Hart apresenta a “regra de reconhecimento” como determinante para se estabelecer se certa regra é válida dentro de uma comunidade. Ao surgir um fato que não seja possível se enquadrar em uma norma que compõe a “regra de reconhecimento”, já que esta compõe um número finito de regras, então se poderá dizer que há lacuna no Direito. Na verdade, o que Hart quer demonstrar é que as regras são constituídas por termos gerais, e que não é possível se estabelecerem todas as vezes em que a norma deve ser aplicada. “Toda regra é potencialmente vaga” (Struchiner, 2002, p. 37).

Hart pretende perquirir em que situações as regras são verdadeiras, ou, de maneira mais precisa, em que situações as regras podem ser aplicadas com certeza. Na tentativa de elucidar essas questões, Hart, primeiramente, expõe quais são as duas formas de se comunicar os critérios gerais de conduta para que o controle social seja possível: as formulações verbais e os exemplos. No plano jurídico, isso significa que as regras legais podem ser comunicadas por meio da legislação positivada (equivalentes a formulações verbais) e pelos precedentes judiciais (equivalentes a exemplos). (Struchiner, 2002, p. 40)

Não apenas os critérios de identificação do Direito como também as regras e os princípios são passíveis de indeterminação pela variedade de interpretações possíveis, principalmente quando se tratar de conceitos empíricos. Quando surge um caso particular e não se encontra no ordenamento jurídico resposta para a resolução do caso, de certa forma o Direito se mostra parcialmente indeterminado. Levando-se em conta que as palavras têm uma variedade de interpretações pode se atribuir às normas uma vaguidade ou uma textura aberta, sobretudo no momento de identificar e determinar os direitos e deveres legais dos cidadãos. Noel Struchiner se utiliza dos exemplos de Waismann para demonstrar o que seja textura aberta:

Suponha que eu tenha que verificar a afirmação: tem um gato no quarto ao lado; suponha que eu vá para o quarto ao lado, abra a porta e, de fato, veja um gato. Será que isso é suficiente para provar minha afirmação? Ou, devo, além disso, tocar no gato, acariciá-lo e induzi-lo a ronronar? [...] Mas, o que devo dizer se mais tarde aquela criatura crescer assumindo um tamanho gigantesco? Ou se aquela criatura vier a mostrar um comportamento

esquisito, que não se encontra em gatos, como, por exemplo, sob certas condições essa criatura ressuscitasse da morte, enquanto gatos normais não fariam isso? Devo eu, nesse caso, dizer que passou a existir uma nova espécie de animal? Ou que aquela criatura era um gato com propriedades extraordinárias? Suponha que eu me depare com um ser que se parece com um homem e tem só um palmo de altura – devo dizer que se trata de um homem? (Struchiner, 2002, p. 16)

Para que as normas sejam obedecidas pelos destinatários e aplicadas pelos operadores, é necessário que cumpram determinados requisitos, entre eles a clareza, a objetividade e a publicidade, pois somente assim servirão como orientadoras de conduta de uma determinada comunidade e, conseqüentemente, serão capazes de produzir certeza jurídica. Toda a discussão sobre a textura aberta da linguagem e sobre o caráter determinado ou indeterminado do Direito expressa uma inquietude sobre a causa determinada ou indeterminada das decisões judiciais. Na verdade, essa também é matéria de discussão entre os realistas, pois o Direito pode ser reduzido às ações individuais dos juízes. Alchourrón e Bulygin (1971, p. 115) *apud* Struchiner:

O fato de um sistema normativo ser completo (normativamente), no sentido de que ele resolve todos os casos possíveis, tanto genéricos quanto individuais, não exclui a possibilidade de lacunas de reconhecimento [...] Sempre existe a possibilidade de que um caso individual cuja classificação é duvidosa possa surgir. Mas isso não significa que o caso não é resolvido pelo sistema; nós podemos saber que o caso é resolvido sem saber como ele é resolvido.

Outra questão a ser levada em consideração é a dúvida sobre quais são as propriedades que devem ocorrer em um determinado objeto para que um conceito lhe seja aplicado. Isabel Lifante Vidal (1999, p. 205-206) afirma que o contexto também pode constituir uma ajuda no momento de determinar a aplicabilidade ou não de certo conceito a alguns casos concretos. No campo jurídico, o problema da indeterminação se torna perceptível em conceitos como “cláusulas gerais”, “boa-fé”, “estado de necessidade”, “autodefesa”, entre outros. E ainda distingue dois outros tipos de vaguidades ligados ao conceito: a vaguidade intensional (conotação), que seria o conjunto de propriedades que o conceito sintetiza; e a extensional (denotação), quando a indeterminação surge quanto à extensão ou aplicabilidade de um conceito. Para ela, os dois tipos de vaguidade apresentadas não são independentes entre si, mas perspectivas distintas

de se abordar a indeterminação, a vaguidade extensional seria, então, o sintoma da vaguidade intensional.

Ao se mencionarem determinadas expressões como, por exemplo, alto, magro, gordo, bonito, pode-se citar situações em que essas palavras terão significados completamente distintos e até mesmo ligados a questões subjetivas. A palavra “alto”, por exemplo, é utilizada para referir-se a jogadores de basquete, mas não terá o mesmo significado quando usada para uma criança, melhor esclarecendo, uma criança de 10 anos com 1,60 de altura é considerada alta, mas um homem com a mesma altura não poderá fazer parte do time de basquete da faculdade por ser considerado baixo. O mesmo se pode dizer de um concurso de modelos. Uma pessoa pode não ser considerada alta, magra e bonita o suficiente para fazer parte de um grupo seleto de modelos, isso ocorre porque as palavras têm seus significados próprios, mas, quando aplicadas em uma situação específica, podem gerar imprecisões.

Para explicar o que é a imprecisão, é necessário referir-se à extensão e à intensão de um conceito. A intensão é o conjunto de propriedades de um conceito, todo o conjunto que o diferencia de outro conceito. O conceito de “vida”, por exemplo, consiste no conjunto de propriedades que a caracteriza, da mesma forma que “alma” pode ser definida com base nas características de imaterialidade ou de espiritualidade, por exemplo. Já a extensão se atém à aplicação do termo, não apenas ao conceito, mas aos objetos, fenômenos ou casos em que é possível aplicá-lo.

Tomando como exemplo a palavra “lei”: sua finalidade é fornecer elementos normatizadores da convivência de uma sociedade; mas pode ser considerada lei a relação entre pais e filhos, no sentido de imposição de normas comportamentais desejadas? Ou ainda, como classificar as normas impostas pelos pajés de uma tribo? Responder, de forma clara, a “o que é o Direito”, levando-se em conta sua complexidade, e reduzir a vaguidade não parece uma tarefa de todo possível.

Hart entende ser inevitável a imprecisão da lei, em consequência da textura aberta da linguagem, que é fonte de indeterminação e vaguidade do Direito. Pela doutrina da textura aberta, Hart refuta a concepção de simplicidade da legislação, que se traduz num ideal de clareza, certeza e, conseqüentemente, determinação do Direito. A doutrina da textura aberta entende que realizar

totalmente o ideal de precisão do Direito, conforme a concepção-padrão, traria como consequência uma teoria jurídica mecânica, fundamentada na premissa de que tudo pode ser previamente conhecido. A tendência, então, seriam regras que decidiriam antecipadamente a resolução de qualquer caso, e a aplicação em um caso particular nunca exigiria uma escolha adicional. Mas, quando uma escolha fosse necessária, sobre a aplicação ou não de uma lei, aí haveria uma solução aberta (Hart, 2009, p. 166-167).

O ideal de determinação do Direito para evitar a textura aberta é, segundo Hart (2009, p. 167), uma situação imaginária, pois não considera possível a concepção de uma regra tão detalhada que tenha sempre um resultado pronto para qualquer situação. A textura aberta da legislação apresenta uma estrutura diferente do Direito, em comparação com a visão tradicionalista. Esta não reflete a realidade do sistema jurídico por não contemplar a inevitável imprecisão da lei. A textura aberta ainda se justifica na incapacidade humana de prever o futuro, o legislador não tem como antever as situações para, previamente, legislar sobre elas.

Para Hart, a indeterminação é característica intrínseca do Direito devido à intenção de orientar, por meio de normas gerais formuladas linguisticamente, a conduta das pessoas. Porém, em alguns momentos, surgirão dúvidas sobre a aplicação do Direito exatamente por causa da textura aberta das expressões utilizadas, sendo, então, inevitável o uso da discricionariedade por parte dos juízes. Segundo Hart, sempre ocorrerão situações nas quais o Direito mostrar-se-á indeterminado. Normalmente um caso particular será submetido a uma regra geral e, dessa forma, será praticamente impossível eliminar dúvidas na aplicação de uma norma. Atienza (1998, p. 180-181) afirma que, na obra de Hart, percebem-se duas etapas: na primeira, o autor considera que, para qualificar um caso como fácil ou difícil (essa não é a nomenclatura usada por Hart), há que atender unicamente ao fato de se enquadrar dentro do núcleo de significado da regra ou na zona de penumbra da dúvida, ou seja, Hart identifica se uma regra geral se aplica a um caso individual e se os termos contidos nela estão abrangidos pelas convenções linguísticas.

Já em seu artigo “Problems of Philosophy of Law”, de 1967, Hart sustenta que um caso ser considerado fácil ou difícil não é por mera função de indeterminação semântica. Para se dizer que um caso é fácil, há um acordo geral

sobre sua inclusão no campo de aplicabilidade de uma regra, enquanto que, para os casos difíceis, há um desacordo sobre o Direito em algum ponto, e esses desacordos dependem não só das convenções da linguagem, mas também há que se levarem em consideração as convenções especiais do uso jurídico de certas palavras que podem ser diferentes das usadas comumente. No mesmo artigo, Hart afirma que a linguagem apresenta um núcleo de certeza no qual estão os significados gerais e claros, e uma zona de penumbra, em que estão localizados os casos de difícil interpretação, não sendo possível o silogismo nem verificar se é ou não aplicada a regra geral. Logo, a linguagem aberta, nos casos difíceis, dá margem ao poder discricionário do juiz.

3.3

Hart e o “nobre sonho”, e o “pesadelo”

O conceito de discricionariedade é originário da atividade administrativa. Consiste na liberdade conferida pela lei a um órgão administrativo para que este escolha, entre uma série limitada ou ilimitada de comportamentos possíveis, aquele que lhe pareça em concreto mais adequado à satisfação da necessidade pública específica prevista na lei (Duarte, 2006, p. 29ss). No âmbito jurídico, a discussão é bem mais profunda, pois se propõe a responder se há ou não discricionariedade judicial quando da aplicação da norma jurídica. Na verdade, a discussão sobre a ocorrência ou não da discricionariedade tem ocupado grande parte da Teoria do Direito. Para os realistas, os juízes têm poder discricionário em todos os casos. Para Hart, os juízes têm discricionariedade apenas em alguns casos, isto é, apenas nos casos localizados na zona de penumbra. A teoria de Hart se fundamenta na regra de reconhecimento, e os juízes aceitam esta ao aplicarem o Direito validado por ela. Hart entende que o Direito normatizado deve dar as respostas aos casos, porém, quando não for possível, cabe aos juízes usarem seu poder discricionário, mas não arbitrário.

O “nobre sonho” tem como seu representante Ronald Dworkin, que, apesar de não fazer parte deste estudo, cabe ser mencionado, exatamente por defender que o Direito é tão detalhado, que as soluções de casos controvertidos estão nas normas e orientações preexistentes. Hart denominou “pesadelo” a teoria proposta pelos realistas, classificando-os como formalistas desapontados, por

considerarem apenas as decisões judiciais. Porém Hart concorda com os realistas que a clara distinção entre as tarefas legislativas e judiciais é somente uma ilusão, especialmente quando essa afirmação se refere à aplicação das normas nos casos difíceis. Mas discorda que a aplicação do Direito seja sempre um processo de criação. A proposta de Hart é uma proposta moderada, não se voltando para o formalismo e tão pouco para o ceticismo, pois as regras existem e são regras de conduta (Hart, 1983, p. 136).

Isabel Lifante Vidal (1999, p. 233) chama a atenção para a expressão “criação do Direito” em oposição à “declaração do Direito”, não significando, contudo, que, para Hart, o Direito seja incapaz de fornecer padrões que possam orientar as decisões judiciais, mesmo que não sejam padrões definitivos, capazes de abarcar todos os casos, no sentido de conduzir a determinadas soluções. Para Hart, o juiz deve interpretar o Direito visando a aplicar as regras gerais aos casos apresentados para serem julgados. No entendimento de Hart, o juiz não declara apenas o Direito, como afirmam os formalistas, nem cria o Direito, como afirmam os realistas.

3.4

A interpretação jurídica em Hart

Ao se falar em interpretação jurídica, torna-se interessante mencionar a frase usada por Joseph Raz (2002, p. 39-56), no artigo “¿Por qué interpretar?”, quando afirma que a pergunta que se deve fazer antes de responder a esse questionamento é: “¿Cómo interpretar?”. Raz afirma que a equidade e o papel dos tribunais são determinantes da natureza da interpretação, pois exatamente a autoridade é a continuidade dos fatores que dão resposta à primeira pergunta. Essa dependência do Direito em relação à autoridade explica por que grande parte do raciocínio jurídico é interpretativa, enquanto o raciocínio moral não o é.

A perspectiva de Hart é a das regras gerais, por isso seu interesse principal está no fenômeno da indeterminação *a priori*. Superar uma indeterminação implica evitar que ela ocorra, usando exemplos enumerativos, mas que nunca terão êxito total, porque essa técnica se aplica a casos gerais e não a particulares. Dessa forma, podem-se estabelecer alguns planos de interpretação: a visão da interpretação como um ato de vontade *versus* a visão integral do

Direito; o formalismo *versus* o ceticismo; e a perspectiva do juiz *versus* a do legislador. Porém cabe o questionamento se realmente existem métodos totalmente seguros que permitam ao aplicador do Direito decidir racionalmente em casos controvertidos. Se não se tem resposta para esse problema, é possível, então, afirmar que a atividade interpretativa e a aplicação do Direito estão sujeitas ao arbítrio do aplicador?

Para Hart, o papel do intérprete, que, por consequência, é o aplicador do Direito, torna-se preponderante no ato de se interpretarem as normas. Como a linguagem jurídica é naturalmente vaga, há a necessidade de se preencher essa textura aberta da norma, por meio do poder discricionário do juiz, situação que se torna inevitável diante dos casos considerados difíceis. A discussão sobre a questão da discricionariedade na obra de Hart tem correlação com a completude ou incompletude da lei, buscando sua teoria defender a denominada “teoria da indeterminação”, sustentando que, em todo sistema jurídico, haverá casos não regulados pela lei, situações em que nenhum tipo de decisão é claramente estabelecido pelo Direito e, conseqüentemente, episódios em que o Direito é parcialmente indeterminado ou incompleto (Hart, 1980, p. 5).

A teoria de Hart se ocupa do Direito sobre a perspectiva das regras gerais, diferente do que propõem os realistas ao analisarem o Direito sobre a óptica do juiz como seu aplicador. Contudo, em que realmente consiste a discricionariedade? Para responder a esse questionamento, algumas perspectivas de análise sobre discricionariedade são relevantes: primeiro, a utilização da discricionariedade como certa margem de liberdade na tomada de decisões, cabendo também se questionar como mensurar o grau de liberdade do julgador; segundo, a escolha entre várias alternativas igualmente válidas dentro do ordenamento jurídico, aqui a análise se volta para faculdade do julgador em escolher aquela que melhor se aplique ao caso; e, finalmente, a ausência de modelos que possam orientar a tomada de decisões por parte dos juízes.

Segundo Hart, a indeterminação é o resultado do uso de termos gerais nas normas jurídicas, salientando ser praticamente impossível que as normas sejam tão específicas a ponto de abarcar todas as situações antecipadamente, de maneira que o juiz não tenha dúvidas se a norma é ou não aplicável ao caso, ou ainda, que não tenha que escolher entre várias opções legislativas. A interpretação e a aplicação do Direito são fenômenos que, segundo Hart, não podem ocorrer de

forma separada, pois a interpretação resultará na aplicação das normas ao caso concreto.

Pela proposta teórica de Hart, não há método de interpretação que seja suficiente para eliminar as incertezas que podem ocorrer no momento de se proferir uma decisão judicial. Alguns pontos relevantes devem ser observados sobre a interpretação da norma para aplicação ao caso: primeiro, a obrigação que o Estado de Direito transfere ao juiz de julgar o caso, devendo apresentar uma solução, seja o caso considerado fácil ou difícil; segundo, nos casos fáceis, o procedimento a ser tomado pelo juiz já está previamente determinado pela norma jurídica; e, terceiro, nos casos difíceis, o Estado de Direito não apresenta, de forma clara, uma solução, mas, de acordo com a função exercida pelo juiz dentro do Estado Democrático de Direito, ele terá que decidir, seja no caso fácil ou no difícil.

Ao se analisar a palavra “discrecionarietà”, percebe-se que, na definição conceitual, comumente aparece a palavra “poder”, principalmente na conceituação da discrecionarietà judicial, quando a principal ideia é de certa margem de liberdade na tomada de decisões por consequência da indeterminação do Direito. Ao se analisar a discrecionarietà como um sinônimo de liberdade do julgador, deve-se levar em conta que essa liberdade não é absoluta e precisa, portanto, obedecer aos limites legais. Se a ideia de discrecionarietà em geral faz referência à indeterminação do Direito, esta pode ser usada em dois sentidos. O primeiro versa sobre a aplicação do Direito, no qual Hart chama atenção para a inevitável dualidade que ocorre entre o núcleo de certeza (caso fácil) e a zona de penumbra (caso difícil) ao se estabelecer a aplicabilidade de uma norma a um caso. Já no segundo sentido, a indeterminação está exatamente na conduta exigida pela norma, porém Hart não se atém a identificar os significados das interpretações das normas, mas sua atenção se volta para as regras que devem ser objeto de interpretação.

O cerne da discussão sobre interpretação está no fato de o juiz ter que decidir se um caso está ou não submetido à determinada norma, isto é, o problema da indeterminação atinge tanto as regras primárias quanto as secundárias, e esse “poder” que é atribuído ao juiz, às vezes, chega a ser aplicado no sentido de liberdade de escolha entre as várias normas possíveis ao caso. A perspectiva de análise da discrecionarietà se volta para o questionamento de quando realmente

é possível dizer que um órgão a tem e a origem dessa discricionariedade, além de como exercê-la e como controlar os atos discricionários. Isaiah Berlin (1988, p. 187-246) distingue dois sentidos de “liberdade”: o “negativo”, quando a pessoa pode agir sem impedimentos por parte de outros, ou seja, é livre em relação a uma pessoa ou ação; e o “positivo”, que se relaciona ao poder de ordenar ações de acordo com normas que as pessoas estabelecem para elas mesmas.

Ao se falar de discricionariedade como liberdade, pode-se abordá-la no sentido negativo, como permissão para optar, entre as várias alternativas, por aquela que esteja de acordo com o Direito, e ainda se pode abordá-la no sentido positivo, como sendo a padronização de condutas que, de certa forma, influenciarão na tomada de decisão pelo julgador. A origem da discricionariedade se encontra na indeterminação do Direito e, para Hart, o juiz deve agir discricionariamente somente naquelas circunstâncias em que a lei não prevê uma decisão ou quando existem várias interpretações possíveis, sendo, na verdade, uma decisão intermediária entre a proposta dos realistas e a dos formalistas.

Para Hart, toda expressão linguística apresenta um núcleo e uma zona de penumbra. Hart chama a atenção para situações que aparentemente não gerariam dúvidas de interpretação, como na qualificação de um “veículo”. Um carro é um exemplo inquestionável de um veículo, porém, dependendo da situação apresentada, pode gerar dúvidas quanto a “patins”, “bicicleta”. Essa abertura na linguagem normativa transfere para o julgador a discricionariedade de analisar, dentro do caso concreto, a melhor decisão. Na tese da discricionariedade desenvolvida por Hart, percebe-se que o juiz desempenha um preponderante papel dentro do Estado, um papel não somente jurídico, mas também político. Sobretudo em razão da normatividade, o poder discricionário do juiz tem se efetivado como objeto de estudo jurisprudencial, os chamados casos difíceis têm sido o centro das discussões que envolvem a discricionariedade, principalmente em razão da textura aberta da linguagem que, conseqüentemente, permite diversas interpretações.

Hart se mostrou bastante consciente da carga que há sobre os ombros dos juízes, mas não concorda que, com o exercício da discricionariedade, o Direito seja aquilo que os juízes dizem que é, como na proposta dos realistas. Segundo Hart, discricionariedade não significa arbitrariedade e muito menos

subjetivismo amparado em questões judiciais. Ao ressaltar o caráter falho do ser humano, procura destacar os riscos oriundos da criação de regras pelos juízes:

No entanto, o “ceticismo em relação às normas”, ou a tese de que o discurso sobre estas é um mito, ocultando a verdade de que o Direito consiste apenas nas decisões dos tribunais e nas previsões a respeito dessas decisões, pode ser muito atraente para os juristas de mentalidade mais concreta. Expresso de forma geral e sem qualificação alguma, para abranger tanto as normas secundárias quanto as primárias, o argumento é completamente incoerente: pois a afirmação de que existem decisões tomadas por tribunais não pode ser coerentemente associada à negação da existência de quaisquer normas. Isso se deve a que, como vimos, a própria existência de um tribunal envolve a existência de normas secundárias que outorgam jurisdição a uma sucessão variável de indivíduos, tornando assim suas decisões vinculantes. (Hart, 2009, p. 177)

A discricionariedade judicial não é absoluta, pois os juízes devem se ater às regras de reconhecimento. A atividade judicial está subordinada às normas jurídicas. O problema apontado por Hart ocorre quando o julgador não tem certeza de qual regra aplicar, ou ainda, se um caso não está amparado por uma norma, caindo, então, na denominada zona de penumbra legislativa, quando o julgador deve decidir até mesmo por força constitucional. Essa decisão o coloca numa situação tipicamente política, que terá como consequência a criação do Direito. Para Hart, o juiz cria o Direito para o caso concreto naquelas circunstâncias em que a lei não prevê uma determinada decisão ou quando existem várias interpretações razoáveis e possíveis, estabelecendo, assim, certa continuidade com a doutrina de Kelsen, que não é objeto deste estudo, mas tem por fundamento o fato de que tanto o juiz como o legislador criam o Direito, porém são limitados pela Constituição (Bulygin, 2003, p. 7). A teoria de Hart foi analisada na obra de Brian Leiter (2007), que se propõe a rediscutir o realismo jurídico norte-americano. Para Leiter, muitos autores, por falta de sensibilidade diante de questões filosóficas, interpretaram mal as teses do realismo americano. Essa afirmativa, que se transformou na bandeira do realismo, faz com que os autores realistas sejam vistos como radicais: “[...] os juízes exercem uma discricionariedade sem limites, e as decisões são baseadas em seus gostos e valores pessoais...” (Leiter, 2007, p. 16).

Para os realistas, os juízes primeiro decidem e posteriormente buscam fundamentação na norma jurídica, mas não negam o valor de tal norma. O foco do realismo não deixa de ser o poder discricionário dos juízes. Brian Leiter chama a

atenção para o tema da indeterminação do Direito e inicialmente adverte que o Direito é ou está indeterminado. Isso equivale a afirmar que o conjunto de razões jurídicas em sua terminologia, aquelas que podem ser usadas para resolver um caso particular, são ou estão indeterminadas. Brian Leiter entende por indeterminação aquela em que as razões jurídicas não são capazes de apresentar soluções únicas para os casos. Ainda segundo Leiter, os autores realistas compartilham da teoria de que as decisões judiciais respondem a determinados modelos sociológicos, mas não negam as regras, apenas questionam o papel delas diante dos fundamentos da decisão judicial. Para Leiter, o Direito está indeterminado racionalmente por ser possível mais de uma fundamentação legal para um caso, além de, casualmente, não se poderem explicar as decisões proferidas pelos julgadores, com base nas razões judiciais (Leiter, 1995, p. 481-482).

Segundo Brian Leiter (2007, p. 16), como já mencionado acima, a imagem que é difundida do realismo jurídico americano é distorcida e pobre. Sua justificativa para a causa dessa pobreza é o fato de muitos autores críticos do movimento não analisarem as teses filosóficas dos trabalhos dos realistas. Como exemplo de distorção interpretativa, Leiter cita a denominada *jurisprudência digestiva*, de Jerome Frank, segundo a qual as decisões judiciais dependeriam fundamentalmente do que o juiz tomou no café da manhã. Por afirmações como essa, o realismo é apontado como extremamente radical, ao entender que os juízes exercem uma discricionariedade sem limites e tomam suas decisões de acordo com o gosto pessoal, fundamentadas *ex post facto*.

Leiter, na defesa do realismo, apresenta uma versão plausível do pensamento desses autores, fundamentando-se na tese de que as decisões judiciais respondem a determinados modelos sociológicos de conduta judicial compartilhada pela maioria dos juízes. Embora os autores realistas pensem que as decisões judiciais não estão determinadas nos enunciados normativos, mas que os juízes primeiro decidem e posteriormente as justificam, também acreditam que essas decisões dependem de fatores mais ou menos estáveis e gerais que as tornam previsíveis. Leiter aponta alguns aspectos da teoria realista que devem ser observados: primeiramente, os juízes não decidem com base em fatores meramente pessoais, conforme previsão da teoria defendida por Frank, mas por entendimentos gerais compartilhados por eles, o que Leiter nomeia “teoria da

generalidade”, isto é, as decisões judiciais dependeriam fundamentalmente da reação dos juízes frente a certas situações de fato.

Leiter (2007, p. 263) afirma que a “frankficação” do realismo jurídico tem maltratado injustamente a teoria de Jerome Frank, e esclarece que, segundo este, o fator psicológico não é o único relevante na hora de explicar e prever as decisões judiciais. E, ainda segundo Leiter (2007, p. 208ss.), para os realistas, as decisões judiciais estão vinculadas a normas, porém não seriam aquelas enunciadas nas fontes formais do Direito (*paper rules*), mas as regras que são reconhecidamente regulares no entendimento dos juízes. Contudo os realistas não são muito claros em especificar quais seriam essas normas, apresentando duas de maneira exemplificativa, as normas mercantilistas dominantes e a melhor decisão em termos sociológicos. Os realistas não negam a existência de regras, o que é denominado pelos críticos do realismo “ceticismo conceitual diante das normas”, mas afirmam que essas vinculam e determinam as decisões judiciais menos do que normalmente se acredita (ceticismo empírico diante das regras).

A teoria de Hart quanto à existência ou não de discricionariedade procura enfatizar que não é possível haver um sistema normativo capaz de prever antecipadamente todas as situações possíveis. Para Hart, quando há lacuna na lei, não há que se falar em desconsideração de norma, exatamente por não ser possível encaixar aquela situação específica no ordenamento jurídico vigente. A teoria de Hart, que se apresenta como intermediária entre os conceitos formalistas e o ceticismo, reconhece o valor da norma jurídica, mas não a vê como completa, discordando da proposta do realismo:

Algumas versões mais moderadas da teoria podem admitir que, se há tribunais, deve haver normas jurídicas que os instituem, e, portanto, essas normas não podem ser, elas próprias, simples previsões sobre as decisões dos tribunais. Entretanto pouco se pode avançar com essa concessão, apenas. Pois a afirmação de que as leis não são Direito, mas apenas fontes do Direito, até que sejam aplicadas por um tribunal, é típica desse tipo de teoria, e isso é incoerente com a afirmação de que as únicas normas existentes são aquelas necessárias para instituir tribunais. Deve haver também normas secundárias que outorguem poderes legislativos a uma sucessão mutável de indivíduos. Pois, a teoria não nega a existência das leis. Na verdade, ela as cita como meras “fontes” do Direito e apenas lhes recusa o caráter de Direito até que sejam aplicadas pelos tribunais. (Hart, 2009, p. 177-178)

Para Hart, o Direito resulta da combinação de regras primárias e secundárias, e relembrando, define as regras primárias como aquelas que estatuem

deveres e direitos, e as secundárias como as que tratam da atribuição de poderes. Para se chegar ao que seria Direito, há de se efetivar a junção dessas regras. O papel da regra é, de certa forma, delimitador das ações humanas. Para configurar-se uma regra, tem-se determinada conduta por padrão, e dizer que alguém está obrigado a algo é dizer que existem normas. Mas não se pode dizer com absoluta certeza que, quando não há norma, por consequência, não há obrigação, não se pode isolar a norma do grupo social sujeito à pressão desta.

O que torna a palavra “obediência” uma descrição enganosa do que os legisladores fazem ao seguir as normas que lhes outorgam poderes e do que os tribunais fazem ao aplicar uma norma última de reconhecimento é que a obediência a uma norma (ou a uma ordem) não necessariamente envolve a reflexão por parte da pessoa que obedece, no sentido de que aquilo que está fazendo é a coisa certa a fazer, tanto para si mesma quanto para os outros;

[...]

Mas essa preocupação meramente pessoal com as normas, que é tudo que é necessário que os cidadãos comuns tenham quando obedecem àquelas, não pode caracterizar a atitude dos tribunais diante das normas mediante as quais operam como tribunais. (Hart, 2009, p. 149)

A aplicação da norma jurídica e a discricionariedade judicial são temas discutidos principalmente em relação ao papel do juiz diante da decisão a ser proferida. Como consequência dessa temática, surge o questionamento da criação do Direito pelos juízes, e algumas teorias tentam explicar a correlação entre juiz, norma e decisão proferida. Para a doutrina tradicional, o Direito é o conjunto de normas gerais, elaboradas pelo legislador, e os juízes se limitam a aplicá-las aos casos concretos. Em contrapartida, há a teoria de que o Direito é o conjunto de todas as normas gerais e individuais, a qual sustenta que os juízes criam o Direito porque instituem normas individuais, e, ainda, há a teoria que entende que os juízes não criam o Direito nos casos denominados fáceis, apenas o geram em situações especiais. A teoria desenvolvida por Hart não pretende explicar os problemas centrais da teoria do Direito como a relação entre eficácia e validade de uma norma, a interpretação jurídica, os vínculos entre justiça e Direito e entre moral e Direito, e, ainda, as condições de aplicabilidade das normas aos casos.

A completude ou incompletude das normas jurídicas e o papel do juiz diante do ordenamento jurídico trazem por consequência a discussão de como os

juizadores agem diante do ordenamento, como formam suas convicções, e, ainda, como fundamentam as decisões proferidas. Segundo os realistas, os juizes colocam um forte grau de subjetividade nas decisões, primeiro decidem com base em suas convicções pessoais, e a norma serve de fundamentação da decisão subjetivamente tomada. Para Hart, o Direito se expressa por meio da linguagem que tem por finalidade comunicar alguma coisa. A compreensão do Direito consiste, de certa maneira, na compreensão da linguagem através da qual se expressa.

Em qualquer grupo numeroso, as normas gerais, os padrões de conduta e os princípios – não orientações específicas transmitidas separadamente a cada indivíduo – constituem necessariamente o principal instrumento de controle social. Se não fosse possível transmitir, sem nenhuma orientação adicional, padrões gerais de conduta compreensíveis para multidões de indivíduos – padrões que exigem deles certos comportamentos em determinadas circunstâncias –, não existiria nada do que hoje entendemos por Direito. (Hart, 2009, p. 161)

Na perspectiva de Hart, o Direito é um fenômeno de comunicação capaz de orientar condutas por meio das regras gerais, que são identificadas pela linguagem dos textos normativos. Segundo Hart, para a plena comunicação dos textos normativos, é, de certa forma, exigida determinação das expressões usadas na formulação da norma. Contudo, há que se considerarem os casos nos quais não se consegue identificar se há regulamentação no ordenamento jurídico aplicável ou quando várias normas são possíveis.

A “criação” judicial do Direito é um dos pontos mais discutidos e tem como causa direta as lacunas normativas e os conflitos de normas, quando os juizes, ao proferirem suas decisões, acabam agindo discricionariamente. As teorias desenvolvidas quanto aos juizes criarem ou não o Direito têm assim se apresentado: primeiro, afirmando que os juizes criam o Direito, sendo que essa criação se deve, sobretudo, à existência de lacunas e conflitos entre normas e à indeterminação ou ambiguidade presentes nos textos jurídicos, quando, então, o juiz decide qual regra deve aplicar ao se apresentar algum conflito ou para resolver o problema das lacunas normativas. Outro entendimento é que a criação do Direito pelos juizes não implica um ato de arbitrariedade ou extrapolação de funções, pois se trata de resultado inevitável frente às lacunas e os conflitos de normas, sendo necessário para que o juiz realmente cumpra seu papel. Além disso, para que os juizes realmente possam exercer sua função, deve-se

reconhecer que eles criam o Direito, e esse reconhecimento deve vir, inclusive, dos próprios juízes, que, muitas vezes, negam seu poder discricionário sob o argumento que estão simplesmente cumprindo a lei.

Tomando-se por referência as teorias realistas, as decisões dos juízes não são importantes apenas para o advogado ou estudante de Direito, mas para toda comunidade. O realismo jurídico realiza não apenas um estudo sobre a função judicial como também sobre o exercício de aplicação concreta do Direito em situações que se apresentam conflituosas, provocando uma reflexão sobre a pessoa do juiz e sua vida particular, já que, para os realistas, em especial Jerome Frank, esses fatores influenciam nas decisões que proferem.

A questão da determinação ou indeterminação do Direito, mais uma vez, deve ser invocada por causar conflitos interpretativos, o que tem gerado várias teorias sobre interpretação, argumentação jurídica, motivação e fundamentação das decisões judiciais. O centro de discussão, mais uma vez, volta-se ao fato de os juízes criarem ou não Direito. Os debates e os conflitos oriundos da discussão em relação ao papel do juiz como criador de normas questiona, sobretudo, as fontes do Direito. Ao analisar o realismo jurídico, Hart, assim se manifestou:

O pesadelo é esse. As partes em um caso acreditam ter o Direito de receber dos juízes uma aplicação da lei existente à sua disputa, não o de ter novo Direito feito para resolvê-lo. Claro que se admite não necessariamente ser óbvio aquilo que a lei existente é, e que muitas vezes esse não é o caso, e que a experiência do jurista pode ser necessária para extrair a lei das fontes apropriadas. (Hart, 2010, p. 140)

Hart critica o ceticismo e o pragmatismo, e um dos pontos de divergência são os acordos e os desacordos existentes no Direito. A teoria positivista se volta para os acordos, enquanto a realista, para os desacordos. A preocupação dos juristas que discutem essa temática, inclusive Hart, aponta como problemático o enfoque dado pelos realistas ao processo judicial e aos juízes no papel de sujeitos que reconhecem o Direito. No entanto, a teoria proposta por Hart se mostra muito mais coerente ao se fixar no propósito da interpretação e aplicação do Direito, entre o “o nobre sonho” e o “pesadelo” dos realistas extremos que exageram nos conceitos de indeterminação do Direito. Hart, *apud* professor Noel Struchiner, assim dispõe:

Hart diz que os realistas, céticos a respeito da importância das regras no processo decisório, são muitas vezes absolutistas desapontados, que quando descobrem que as regras não podem ser tudo aquilo que seriam no “paraíso conceitual” formalista, ou num mundo em que os homens são como deuses e podem antecipar todas as combinações entre fatos, chegam à conclusão extremada de que não existem casos claros, mas apenas casos difíceis (casos de penumbra). Os realistas esquecem que, apesar de muitas questões jurídicas se encontrarem na região de indeterminação semântica das regras, ainda assim existem muitos casos que são facilmente classificados pelo núcleo de significado das regras jurídicas. O erro dos realistas é considerar que todos os casos funcionam como casos difíceis. Essa é apenas uma visão parcial do direito.

Questionamentos estão sempre presentes na teoria do Direito, buscando-se então um conceito de Direito mais geral possível, focando pontos que o identifiquem ou o diferencie de outros sistemas. As teorias que pretendem responder “o que é o Direito” têm por finalidade buscar a interpretação jurídica, estabelecendo critérios ou mesmo limites para a aplicação da norma ao caso concreto e, ainda, verificar como são aplicadas as normas jurídicas pelas instituições e como isso se reflete na sociedade. Tomando por referência a proposta realista, uma coisa é o Direito escrito nos livros, outra, a realidade em que a norma escrita será aplicada, e a aplicação da norma tem direta correlação com a interpretação e com a discricionariedade. A expressão discricionariedade tem sido usada para identificar problemas ocorridos na interpretação das normas e, às vezes, faz referência à atividade do juiz nas decisões proferidas, sendo ainda aplicada como reflexo da dificuldade na compreensão da linguagem do Direito, quando não é possível identificar uma norma aplicável ou quando várias são as possibilidades normativas.

Hart (2009, p. 139-142) defende a tese da discricionariedade judicial como o caráter indeterminado do Direito, resultando, em alguns casos, na criação do Direito pelo juiz, já que sua decisão não se encontra predeterminada pelo Direito. E defende, sobretudo, que o juiz não deve criar o Direito arbitrariamente, devendo sempre se basear em razões gerais e atuar como um legislador escrupuloso, de acordo com suas próprias crenças e valores.

Para concluir, permitam-me dizer o seguinte: apresentei a teoria do Direito norte-americano como situada entre dois extremos, o Pesadelo e o Nobre Sonho; o entendimento de que os juízes sempre criam e nunca encontram o Direito que impõem às partes, e o entendimento oposto de que nunca o criam. A exemplo de qualquer outro pesadelo e de qualquer outro sonho, esses dois são, em minha opinião, ilusões, embora tenham muito valor para

ensinar ao jurista enquanto este está acordado. A verdade, talvez não muito empolgante, é que ora os juízes fazem uma coisa, ora fazem outra. Obviamente, não indiferente, mas de grande importância saber qual eles fazem e quando e como o fazem. Este é um assunto para outra ocasião. (Hart, 2010, p. 161)