

4

A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

4.1

A atividade judicial e os problemas interpretativos advindos das normas

O Direito regulamenta a vida em sociedade, aliás se pode dizer que o Direito é um conjunto de normas de conduta que direcionam as pessoas na convivência social. Quando alguma norma preestabelecida é violada, as pessoas vão em busca de seus direitos que estão garantidos pelas normas. E essas mesmas normas que estabelecem condutas também determinam sanções em caso de sua violação. Segundo Bobbio (2001, p. 23), as pessoas vivem num mundo de normas. E, além das normas jurídicas, existem preceitos religiosos, regras morais, sociais, costumeiras, regras de etiqueta, de boa educação, etc. (Bobbio, 2001, p. 25).

Porém, norma não é o texto ou o dispositivo escrito em si. Conforme Humberto Ávila (2006, p. 30): “Normas não são textos nem conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos”. A norma é o que se interpreta com base na análise do texto legal ou do princípio. No mesmo sentido, é o entendimento do professor José Canotilho (1991, p. 47):

O ponto de partida para se evitar a confusão lexical existente neste terreno terá de basear-se na distinção rigorosa entre preceito (disposição – formulação – texto – forma linguística) e a norma. Designar-se-á por disposição ou preceito o simples enunciado de um texto ou documento normativo; e por norma o significado jurídico-normativo do enunciado linguístico. A disposição, preceito ou enunciado linguístico é o objeto da interpretação; a norma é o produto da interpretação.

Não necessariamente a existência de uma norma compreenderá a existência de um texto normativo, pois, se a norma fosse tratada como sinônimo de texto normativo, o fato de não se ter um texto normativo também levaria à ausência de Direito, já que a existência de um estaria condicionada à do outro. Há que se considerarem também os princípios, conforme preceitua Barzotto (2007, p.

33): “Dizendo norma se quer dizer que uma alguma coisa deve ser ou acontecer, em particular, que um homem deve comportar-se de um certo modo”. E, no mesmo sentido, Cristóvam (2007, p. 40):

O conceito geral de sistema o apresenta como um conjunto de elementos, materiais ou ideais, entre os quais se possam estabelecer alguma relação. Um aglomerado de partes coordenadas entre si e que funcionam como uma estrutura organizada, segundo determinados parâmetros

As normas, as regras e os princípios compõem o sistema jurídico que, pelo menos conceitualmente, não deve ser confundido com ordenamento jurídico. O sistema é composto por regras e princípios vigentes. As leis que já foram revogadas não mais pertencem ao sistema jurídico, mas integram o ordenamento jurídico que engloba tanto o que está vigente quanto o que não mais está. Porém, para um efetivo cumprimento da tutela jurisdicional, deve-se analisar todo o sistema e não somente as regras ou princípios. Se uma decisão judicial é fundamenta apenas pela regra, talvez a norma não atinja sua finalidade de justiça, levando-se em consideração que nem todas as leis são justas. Os princípios, no entanto, refletem a presunção de justiça e, nas palavras de Barroso (1996, p. 141):

É importante assinalar, logo de início, que já se encontra superada a distinção que outrora se fazia ente norma e princípio. A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas jurídicas, em geral, e as normas constitucionais, em particular, podem ser enquadradas em duas categorias diversas: as normas-princípio e normas-disposição. As normas-disposição, também referidas como regras, têm eficácia restrita às situações específicas às quais se dirigem, e as normas-princípio têm maior teor de abstração

Doutrinariamente, existe certa unanimidade em se reconhecerem os princípios jurídicos como sendo norma jurídica (Bomfim, 2008, p. 62). E, ainda, segundo Eros Grau (1990, p. 117), “Um sistema ou ordenamento jurídico não será jamais integrado exclusivamente por regras. Nele se compõem, também, princípios jurídicos ou princípios de direito”.

A construção do raciocínio judicial que leva a uma decisão (sentença) é tema bastante discutido em teoria do Direito, principalmente a correlação entre norma e fato. As decisões têm sido, muitas vezes, pautadas no silogismo prático. A premissa menor seria a relação de um fato provado, e a premissa maior uma norma, que atribui ao fato X a consequência Y. Cabendo concluir-se que a atividade judicial é essencialmente interpretativa e probatória, em que a premissa

maior é o resultado da interpretação de uma ou de várias normas, a premissa menor o resultado probatório dos fatos, e a sentença, o resultado silogístico de encaixe do fato à norma.

Quem aplicará as normas deve, sobretudo, analisar as situações fáticas, mas pode verificar que, para aquele caso em específico, não há previsão legal, ou ainda, que dois dispositivos legais lhe são possíveis. Mas o juiz não poderá deixar de exercer seu papel, alegando todas as dificuldades encontradas na interpretação e aplicação de normas jurídicas. Interpretar as normas é atividade que se pressupõe ser rotineira para juízes, advogados e estudiosos do Direito, mas questionar a aplicação das normas é, ao mesmo tempo, questionar a maneira como são interpretadas. A interpretação das normas é temática discutida há muito, e várias teorias tentam explicá-la. Porém há que se questionar o que significa “interpretar” e até mesmo o vocábulo “interpretação” está sujeito à sua ação. Assim preleciona Adrian Sgarbi:

“Interpretar” consiste na realização de uma atividade intelectual; que é tanto concebida como de “descoberta”, de “atribuição”, como de “combinação” de ambas quanto ao “sentido” de algo. A respeito de qual especificidade está relacionada essa atividade, isso será abordado no seu devido tempo. Apenas cabe inicialmente referir ao fato de que se o vocábulo “interpretar” parece remeter sempre a uma “atividade”, o mesmo não se pode dizer de “interpretação”. Porque por “interpretação” se alude a uma “família” de conceitos, sejam eles fundados em enunciados “linguísticos” ou “extralinguísticos”, como são os comportamentos humanos. (Sgarbi, 2007, p. 428)

A palavra “interpretação” também apresenta ambiguidade, pois ora é usada como atribuição de sentido lingüístico, ora como resultado de uma atividade. A recorrente preocupação com a interpretação jurídica não se apresenta de forma consensual. E não tida como exclusividade da figura do juiz, mas atingindo a todos os operadores do Direito, porém, pelo papel exercido, o foco tem sido direcionado ao juiz como aplicador ou criador da norma jurídica.

O termo “interpretar” pode ser aplicado em várias situações, pois é possível se interpretar o comportamento das pessoas de uma comunidade, partindo dos objetos e da linguagem que usam, e concluir seus hábitos e valores. É, enfim, um termo cabível numa série de situações da vida cotidiana. Porém, quando se fala em interpretação jurídica, a palavra “interpretação” também

apresenta ambiguidade, pois ora é utilizada como atribuição de sentido lingüístico, ora como resultado de uma atividade. Para Bomfim (2008, p. 25):

Enquanto interpretar significa encontrar o possível o possível sentido de qualquer expressão, a construção seria tarefa de tirar conclusões a respeito de matérias que estão fora e além das expressões contidas no texto, colhendo conclusões no espírito e, não, na letra da norma

A interpretação faz parte da atividade exercida pelos juízes como instrumento de solução para os conflitos que lhes são apresentados para julgamento. Mas o que, na verdade, é ser juiz e como este deve aplicar as normas? Num primeiro momento, essa resposta pode ser dada de forma idealizada, chegando-se a afirmar que o juiz é a pessoa preparada para fazer “justiça” ao decidir os casos que lhes são apresentados. Porém, com o passar do tempo e as transformações sociais, a aplicabilidade do Direito de forma racional cedeu lugar à busca pelos mecanismos concretos de proteção, e o papel do juiz tem sido redimensionado. As decisões judiciais são importantes para toda a comunidade, pois, conforme produz efeitos políticos, sociais e econômicos, afeta diretamente os cidadãos.

Tradicionalmente, a atividade judicial deve se limitar a aplicar o Direito existente, por meio de silogismo, sem, contudo, criar o Direito. E, com esse discurso, mantém-se o entendimento de que a criação do Direito por parte dos juízes conflita com a clássica teoria da separação dos poderes. Teoria desenvolvida por Montesquieu no século XVII e que tem por finalidade organizar as funções do Estado com base em três poderes. O Executivo, responsável pela aplicação da lei; o Legislativo, pela criação das leis; e o Judiciário pela interpretação da lei (Montesquieu, 1987, p. 164-165).

Porém há um forte questionamento das ideias de que a legislação reflete a vontade popular e que a própria legislação é uma garantia contra os possíveis abusos de poder. Além, é claro, das dificuldades de se aceitarem as proposições normativas abertas que, como consequência, as normas jurídicas precisariam de interpretação por parte dos juízes ao julgarem os casos que lhe fossem apresentados.

A identificação entre Direito e lei pertence, aliás, ao repertório ideológico do Estado, pois, na sua posição privilegiada, ele desejaria convencer-nos de que cessaram as contradições, que o poder atende ao povo em geral e tudo o que

vem dali é imaculadamente jurídico, não havendo Direito a procurar além ou acima das leis. (Lyra Filho, 2003, p. 8)

A interpretação jurídica tem sido um dos grandes desafios da teoria do Direito. No entanto, o realismo jurídico questiona não somente a função jurisdicional como exercício de aplicação concreta do Direito, mas propõe uma reflexão sobre o juiz como pessoa. Nesse sentido, comenta o professor Jorge Malem (2003, p. 165):

Quanto aos juízes, cabe advertir que alguns aspectos de suas vidas privadas adquirem um valor especial, na medida em que tais funcionários devem aplicar o Direito de forma independente e imparcial e há que se assegurar que suas ações institucionais não sejam torcidas por aspectos idiossincráticos ou por seus relacionamentos pessoais ou sociais.

Sob esse aspecto então, é possível que haja interferência da personalidade do juiz nas sentenças que profere. E isso pode ser sentido, sobretudo, em temas polêmicos como o aborto, adoção por casais homoafetivos, eutanásia, enfim, fatos concretos nos quais é possível se proceder a uma análise da personalidade do juiz que se concretiza na sentença. No intuito de minorar os conflitos interpretativos nos órgãos jurisdicionais, tem-se discutido muito sobre a motivação das decisões judiciais e, em especial, se os juízes “criam” direitos. Segundo Grossi (2004, p. 61-62):

Por trás deste palco cênico em que tudo é idealizado, por trás deste raciocínio realizado através de modelos, fica escondido o Estado monoclássista, o espesso extrato de filtros entre sociedade e poder, o elitismo exclusivo das formas de representação, a grosseira defesa de ricos interesses que todo o puríssimo teorema vinha a tutelar e a consolidar. [...] Aparece ideologicamente carregada a verdade axiomática de que a lei, e somente a lei, exprime a vontade geral e, assim sendo, produz e condiciona toda a manifestação da juridicidade; ou seja, tudo o que venha proposto como juridicidade mostra-se, em um exame aprofundado, mais como uma pseudoverdade substancialmente tuteladora de interesses particulares dos detentores do poder.

No modelo formalista, pautado pelas concepções objetivistas, a tarefa do juiz é mecânica e provocou reações contrárias. O ceticismo surgiu como movimento antiformalista no século XIX e pregava o reconhecimento do caráter valorativo e não mecanicista da atividade dos juízes. E foi um movimento que não poderia ser negligenciado. No campo do Direito, Oliver Holmes foi um dos

expoentes na reação contrária à concepção objetivista e mecânica do Direito, sendo ainda hoje respeitado como nome do pensamento jurídico americano. Bobbio (1999, p. 36), em sua obra, assim se referiu a Holmes:

[...] 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.

O fundamento teórico do ceticismo nas obras de Holmes se encontra na afirmação de o Direito não ser lógica, mas experiência (1992, p. 166ss), como visto anteriormente. As regras jurídicas tidas como “ideais” entraram em confronto com as regras jurídicas “reais” praticadas pelos tribunais. O realismo jurídico, com Jerome Frank e Karl N. Llewellyn e tantos outros advogados, juízes e acadêmicos, questionava o Direito resultado de um silogismo. Jerome Frank, em sua obra “Law and Modern Mind”, chegou a apresentar críticas tanto às regras quanto aos fatos e à maneira como as decisões eram tomadas. Ainda criticou como os fatos eram abordados pelos tribunais, que nem sempre refletiam a veracidade de como ocorreram. O que se buscava era tomar uma decisão jurídica tida como “aceitável” na aplicação da regra ao fato. Jerome Frank é tido como um realista radical:

[...] A escola realista, cujo principal impulsionador foi Jerome Frank, foi bem mais adiante dos princípios que podem ser deduzidos de Holmes e Pound. A tese principal da escola realista é esta: não existe direito objetivo, no sentido de objetivamente dedutível de fatos reais, oferecidos pelo costume, pela lei ou pelos antecedentes judiciais; o direito é uma permanente criação do juiz no momento em que decide uma controvérsia. Assim se derruba o princípio tradicional da certeza do direito; pois qual pode ser a possibilidade de prever as consequências de um comportamento? – e nisto consiste a certeza – se o direito é uma permanente criação do juiz? Para Frank, com efeito, a certeza, um dos pilares dos ordenamentos jurídicos continentais, é um mito derivado de uma espécie de aceitação infantil frente ao princípio de autoridade (essa tese foi sustentada em um livro escrito em 1930, “Law and Modern Mind”): um mito que deve acabar para levantar sobre suas ruínas o direito como criação permanente e imprevisível. (Bobbio, 2001, p. 36)

Os ensinamentos propostos pelas correntes antiformalistas poderiam ser resumidos na ideia de que interpretar não é averiguar, mas decidir de acordo

com o contexto social ou cultural, não fundamentado em concepções ideológicas do julgador. Para Jerome Frank, as sentenças judiciais são desenvolvidas com base nas decisões previamente tomadas pelos juízes. Porém é interessante ressaltar que Frank pouco se ateu às interpretações de questões normativas ou à criação de normas jurídicas, por entender que os litígios surgem não em relação às normas, mas em relação aos fatos, justificando assim sua preocupação com as provas (Frank, 1991, p. 108).

O que se percebe na verdade, é que grande parte dos juristas estão preocupados com segurança jurídica, compreendida como a previsibilidade das decisões dos órgãos jurisdicionais. Certo é que as decisões judiciais interferem diretamente na vida em sociedade, daí a necessidade de segurança para que as pessoas pratiquem suas ações em conformidade com a norma. Porém se deve tomar cuidado para não cair no juízo de previsibilidade defendido por Holmes e se comportar como um *bad man*, que foi uma metáfora criada para justificar o juízo de previsibilidade das sentenças que seriam passíveis de ser antecipadas, buscando-se conhecer como os juízes decidiram em casos semelhantes.

A figura do “legislador racional” (Calsamiglia, 1990, p. 96-98) é um mito ao conferir ao Direito atributos ideais, que são impossíveis na prática. Na verdade, concebe-se o Direito como um sistema formal coerente e completo, integrado por diretivas aplicáveis formalmente, sem necessidade de discernimento, e em condições de determinar completa e estritamente as decisões judiciais. A plenitude e determinação do Direito garantiriam a certeza das leis e, portanto, a previsibilidade e objetividade das decisões judiciais. E, entre as decisões judiciais e as leis, não haveria nenhum tipo de vinculação, mas uma conexão capaz de qualificar de “material”, porque as leis determinam não somente os atos, mas as decisões, e “semântica”, porque essa determinação se opera por meio da força da linguagem.

Nesse tipo de situação, o que se vê é uma vinculação mecânica do juiz às leis, que se opera por meio de métodos lógico-dedutivos. Por esse modo de pensar, a figura física do juiz poderia ser substituída pela modernidade dos computadores, capazes de combinar dados (ação – qualificação do fato – aplicação da lei e sentença), com o mínimo possível de erro. As decisões judiciais, no entanto, são o ajustamento de premissa normativa e fática. E a sujeição às leis garante, de certa forma, que as decisões judiciais sejam adotadas dentro de uma

previsibilidade. Quando uma norma deixa de ser aplicada e o juiz decide de modo diverso do previsto, gera certa insegurança nas pessoas, que não têm dados para antever como decidem os tribunais e como, então, pautar suas ações. A imagem do Direito do século XIX é mecanicista e formalista, daí a visão de “Ciência” do Direito (Bobbio, 1995, p. 122-124).

Pela óptica formalista, a atividade científica do Direito estabeleceria conceitos bem definidos que garantiriam segurança jurídica, por diminuir a vaguidade e a ambiguidade dos termos legais. Com isso, o juiz teria uma relação neutra com a lei. Aplicando a lei aos fatos, o juiz exercia uma função mecânica, quando, então, surgiram os questionamentos de toda essa racionalidade, reclamos da própria dinâmica da vida em sociedade (Camargo, 1999, p. 81).

As correntes antiformalistas acabaram se tornando um modelo desanimador do Direito, pois este havia sido reduzido a apenas o que os juízes diziam que era. Hart (1994, p. 348) apresentou-se contrário ao “nobre sonho” da ideologia do formalismo e também contrário ao “pesadelo”, que representa a corrente antiformalista. Ele defende que as leis são regras, mas há espaço para a discricionariedade dos juízes, como abordado no terceiro capítulo. Porém, Hart discorda dos realistas, por negarem o Direito como regras jurídicas e limitá-lo apenas ao que é proferido pelos juízes. Argumenta ainda ser descabida tal afirmação, exatamente pelo fato de existirem regras de julgamento secundárias, que nomearam indivíduos para oficialmente serem juízes.

Uma reflexão sobre o papel judicial nos leva, porém, à questão tipicamente hartiana sobre a regra de reconhecimento. Os indivíduos que decidem as disputas consideram a si próprios como obrigados a aplicar *standards* predeterminados ou não? Os outros na sociedade compartilham dessa concepção do dever? Não basta apenas ouvir os discursos autocongratatórios dos juízes ou dos professores exaltando a tenacidade com a qual o seu sistema sustenta o “Estado de Direito”. Será necessário examinar também se os juízes geralmente buscam decidir casos aplicando regras estabelecidas. Portanto, é tão importante para Hart quanto para qualquer analista observar não apenas o que os juízes dizem, mas também o que fazem. E o interesse dos realistas em se concentrarem nos atos de outras autoridades judiciais e agentes jurídicos é um interesse que Hart deveria ter encarado com mais seriedade. (Maccormick, 2010, p. 168)

A base da teoria de Hart sobre interpretação e seus reflexos nas sentenças judiciais está na constatação da imprecisão da linguagem humana, sobretudo da jurídica. A textura aberta se apresenta *primeiro* porque as regras

jurídicas não são dirigidas a pessoas ou situações particulares, mas a toda coletividade e, *segundo*, porque o período de vigência de uma norma jurídica é longo, confrontando, assim, com a dinâmica da sociedade que é destinatária da norma. Porém, como então se interpretar quando é presente a textura aberta? Hart propõe o uso da analogia exatamente porque as expressões linguísticas têm um núcleo de certeza e uma zona de penumbra, conceitos que serão discutidos oportunamente. Com a teoria da textura aberta, Hart apresenta as normas jurídicas como indeterminadas, o que justifica a discricionariedade dos juízes (Maccormick, 2010, p. 35-46).

4.2

Os juízes criam o Direito?

Ao se falar que os juízes criam o Direito, deve-se levar em consideração que essa criação se fundamenta quando há existência de lacunas e conflito entre as normas ou quando há ambiguidade nos textos normativos. O juiz deverá então decidir qual regra ou princípio usar quando há. Mas a criação do Direito pelos juízes não pode ser entendida como um ato de arbitrariedade, é fator necessário e, muitas vezes, inevitável em decorrência de não haver um sistema jurídico perfeito, sem lacunas ou contradições, ou ainda, quando a linguagem usada apresenta ambiguidade ou indeterminação.

Em várias situações, será perceptível uma limitação inerente à natureza da linguagem como orientação. Em fatos que sempre ocorrem em contextos semelhantes, as expressões gerais podem ser mais facilmente aplicadas, mas, quando há mudança de contexto, talvez a expressão geral não seja mais cabível. O modelo de Hart concebe o Direito de uma comunidade como sendo um sistema de regras, as quais são identificadas por meio de critérios que permitam diferenciar as regras jurídicas de outras que regem o comportamento das pessoas. E, com base nesse sistema de regras jurídicas, os juízes devem resolver as controvérsias que lhes são submetidas. O ponto de partida da concepção intermediária de Hart se pautava no caráter discricionário da interpretação, e esta é tida como uma atividade que consiste em atribuir significado a um texto dentro das possibilidades interpretativas.

Os realistas, no entanto, não fazem distinção de qual será o objeto da interpretação, daí se concluir que mencionam todo material jurídico, as regras formais e os precedentes. A interpretação consistirá em esclarecer as imprecisões quanto ao alcance das normas, que podem surgir no momento em que forem aplicadas, como a vagueza, a ambiguidade das expressões linguísticas, as lacunas, a indeterminação do objetivo da lei e a dificuldade na hora de se enquadrarem a fatos particulares. Os realistas veem o Direito como um fenômeno dinâmico. Para eles, o Direito deve ser visto como composto por procedimentos de criação, interpretação e aplicação de regras. Porém alguns questionamentos surgem ao se tratar da interpretação e do papel dos juízes ao proferirem suas decisões: os juízes realmente criam o Direito? Se o criam, em quais circunstâncias?

Para responder a esses questionamentos, três teorias procuram dar a melhor resposta: 1) os juízes criam normas quando as aplicam; 2) os juízes criam normas quando preenchem lacunas; e 3) os juízes criam direitos se suas decisões produzem efeitos *ergam omnes*.

A primeira delas parece apresentar exageros: “segundo esta teoria, toda interpretação-aplicação do material jurídico é criação de Direito, pois a interpretação judicial é atribuição de sentido a textos com vistas a resolver casos, como norma concreta” (Sgarbi, 2007, p. 401). Daí a necessidade de se tecerem algumas considerações entre Direito e linguagem no que diz respeito à norma jurídica:

[...] A norma jurídica é o resultado dos atos conjuntos dos legisladores e dos operadores da ordem jurídica. Daí que ato normativo (ato linguístico de formulação do enunciado normativo), enunciado normativo (o texto legal produzido) e norma (resultado da interpretação dos textos legais), não se confundem. Sendo isso correto, quando se faz menção ao termo “Direito” como um conjunto de normas, o que se está fazendo é designar a consequência das disposições produzidas pelos legisladores quando interpretadas. Na realidade, os juízes realizam um processo de inteligência e de seleção de plausíveis significados fundamentando suas opções e razões; opções e razões estas que compõem o que se pode designar de enunciados interpretativos. (Sgarbi, 2007, p. 401-402)

A confusão conceitual talvez possa ser atribuída à palavra “criar”, que ora é aplicada no sentido de “decidir”, “anunciar” qual o sentido atribuído a um texto relativo a um caso específico, e ora é usada no sentido de elaboração de um texto normativo novo.

Para a segunda teoria, ao juiz não é possível deixar de apreciar um caso por não existir uma norma que possa amparar uma situação fática específica. Aliás, ter ou não essa indeterminação é resultado de interpretação, que pode não ser unânime entre os aplicadores do Direito, e a solução proferida será aplicada apenas ao caso fático apresentado. Se há indeterminação, esta continuará existindo.

Já a terceira teoria entende que os juízes criam Direito quando suas decisões produzirem efeitos *erga omnes*. A expressão “criar” aqui também gera confusão semântica:

[...] Pode-se dizer que para o órgão de decisão “criar” uma norma não basta a ele decidir, pois é necessário que essa norma vincule as demais instâncias de decisão. Essa posição é consideravelmente generosa porque sua base está na afirmação de sempre haver Direito novo quando uma decisão (ainda que remissível a uma norma geral presente na ordem jurídica) não apenas soluciona um caso, mas atua como parâmetro obrigatório de solução para os casos semelhantes. Quanto a isso, quatro são as possibilidades minimamente pensáveis: a) não há essa vinculação; b) há essa vinculação quando proferida por certos órgãos de decisão, mas não por outros; c) essa vinculação depende do órgão de decisão que a profere conjuntamente com o tipo de demanda deduzida; ou, por fim, d) há a vinculação para todos os casos independentemente do tipo de órgão e do tipo de demanda apresentada ao juízo. (Sgarbi, 2007, p. 404)

É importante mencionar que se deve levar em conta a influência de sentidos que o material jurídico produzirá na decisão judicial e não a criação em si de materiais jurídicos. Entre os operadores do Direito, encontram-se a corrente mais conservadora, que não aceita a jurisprudência como fonte do Direito, e a corrente progressista, que pensa de modo diverso:

Caso se entendam por “fonte do Direito” os atos ou fatos jurídicos que, em razão das regras de produção jurídica, a ordem jurídica atribui efeitos de criação ou eliminação dos materiais jurídicos (escritos e não escritos), tanto se participa desse processo quando se atua como “legislador positivo” ou como “legislador negativo”. Entendendo “atuar como legislador positivo” quando se pode produzir “espécies normativas” e como “legislador negativo” quando se pode “eliminar” uma das espécies produzidas. No ordenamento jurídico brasileiro (com exceção da especificidade dos regimentos internos), o judiciário não atua como “legislador positivo”. Não obstante, com respeito à possibilidade de agir como “legislador negativo”, duas considerações devem ser feitas: a) que decisões judiciais, em razão das normas de competência do próprio ordenamento jurídico, eliminam disposições jurídicas, e b) que decisões judiciais – em razão das normas de competência do próprio ordenamento jurídico constituem precedentes obrigatórios em razão de serem “*erga omnes*”. O Supremo Tribunal Federal,

em determinadas ações, decide com efeitos contra todos, como no caso do controle de constitucionalidade concentrado. (Sgarbi, 2007, p. 404)

Os realistas apresentam severas críticas à maneira como o Direito é aplicado pelos formalistas na interpretação jurídica, apontando especificamente a indeterminação semântica do Direito, a discricionariedade dos juízes ao escolher qual norma será aplicada ao caso, a variabilidade de modos de se interpretarem as leis, a manipulação para se encaixar a norma ao fato. Os autores realistas propõem medidas construtivas, especialmente Llewellyn; há uma tendência a se exigir que os juízes deem suas decisões fundamentadas não apenas em questões objetivas, mas também em questões subjetivas. O que propõem é que os juízes realmente fundamentem como chegaram à determinada decisão. Para o realismo, o que interessa é o Direito em ação e não o Direito dos livros. Dependendo de como o juiz entende os casos considerados como precedentes, é capaz de fundamentar-se em diferentes regras de Direito, capazes de gerar conclusões até mesmo contraditórias ao caso que serviu como precedente (Llewellyn, 1994, p. 244-283).

A tese da indeterminação do Direito é sustentada pelos realistas, e estes se propuseram a uma verdadeira revolução na concepção prática e conceitual do Direito. Enquanto, para os formalistas, o ato de decidir resulta da aplicação de normas obrigatoriamente vinculadas ao caso. Para os realistas, o ato de decidir resulta da escolha do juiz no momento da decisão, optando por uma das várias alternativas que se apresentam possíveis. Assim, o que se passa é que o juiz, diante do leque de alternativas legais que lhe são apresentadas, escolherá sempre aquela que a ele, como pessoa, parecer mais conveniente de ser adotada. As normas seriam verdadeiros disfarces usados pelo juiz para encobrir a sua real decisão e encontrariam, de certa forma, respaldo na doutrina, na lei e nos precedentes (Llewellyn, 1994, p. 244-283). A norma seria citada apenas para legitimar ou fundamentar a decisão que era do próprio julgador, ou seja, uma norma era citada, mas outra era, na verdade, a base formadora da convicção do juiz. Segundo o professor Noel Struchiner, em sua tese de doutorado:

Os realistas oferecem um contraponto interessante à visão dos jusnaturalistas e positivistas. De acordo com eles, se queremos saber em que consiste o direito, então temos que prestar mais atenção àquilo que de fato interessa e que realmente merece ser objeto de investigação: a atividade dos juízes. Para os realistas, se nós temos algum interesse em saber o que é o direito, é para saber o que efetivamente pode acontecer conosco. Para responder a essa pergunta, temos que adotar a perspectiva do “homem mau” e analisar a

atividade judiciária para saber como os juízes têm decidido os casos com os quais se deparam. Os realistas privilegiam a questão da eficácia do direito.

Maccormick (2010, p. 167-168), em sua obra, apresenta uma reflexão sobre a atividade judicial que bem reflete a discussão proposta por este trabalho:

Uma reflexão sobre o papel judicial nos leva, porém, à questão tipicamente hartiana sobre a regra de reconhecimento. Os indivíduos que decidem as disputas consideram a si próprios como obrigados a aplicar *standards* predeterminados ou não? Os outros na sociedade compartilham dessa sua concepção do dever? E essa questão de legitimação é só conversa ou os “juízes” realmente agem, de maneira geral, como exige a concepção publicamente anunciada do seu dever? Não basta apenas ouvir os discursos autocongratatórios dos juízes ou dos professores exaltando a tenacidade com a qual o seu sistema sustenta o “Estado de Direito”. Será necessário examinar também se os juízes geralmente buscam decidir casos aplicando regras estabelecidas. Portanto, é tão importante para Hart quanto para qualquer analista observar não apenas o que os juízes dizem, mas também o que fazem. [...] Alguns absurdos foram ditos pelos realistas jurídicos norte-americanos e por seu ceticismo sobre as regras, e a respeito deles foram ditos mais absurdos ainda. Mas havia uma mensagem simples e central no elemento do ceticismo sobre as regras presente nos abrangentes trabalhos realistas sobre o Direito. Essa mensagem está essencialmente correta. Os formalistas que representam a atividade jurídica como se fosse sempre e apenas uma questão de aplicar regras claras e perfeitamente coerentes aos fatos averiguados de casos específicos apresentam uma visão ideal da ordem jurídica que nunca existiu e nunca existirá em lugar algum. Os realistas que examinaram a prática jurídica e relataram a falsidade da visão formalista estavam certos. [...] Na verdade, esses ensinamentos levaram à formulação de muitas perguntas cuja importância Hart enfatiza com firmeza em seu sétimo capítulo. São questões como: *até que ponto* as regras do Direito podem determinar completamente qual é a decisão correta ou legalmente justificada em um dado caso e quais fatores são relevantes para justificar (e, portanto, predizer) as decisões em casos contestados ou contestáveis do Direito.