

5 CONCLUSÃO

O objetivo principal desta dissertação foi apresentar os diferentes posicionamentos sobre a indeterminação do Direito. Objetivou-se discutir se os juízes criam ou não o Direito quando deparam um caso sobre o qual não há lei que ampare ou quando várias são as opções legais aplicáveis ao caso. Para tanto, foi traçado um paralelo entre o Realismo Jurídico com seus principais autores e Herbert Hart com sua textura aberta da linguagem, e, seus reflexos na interpretação jurídica. Foi traçada a seguinte trajetória:

Inicialmente, foi apresentado o pensamento de Oliver Holmes, que atuou como juiz da Suprema Corte Americana, e é tido como o precursor do realismo jurídico. Holmes defendeu que o Direito não é lógica, mas experiência, quando abordou o juízo da previsibilidade. Segundo ele, ao tomar como base o *bad man* (a pessoa que tem interesse em saber o que ela sofreria caso violasse a lei), estaria dessa forma comprovado que é possível conhecer previamente o posicionamento dos juízes, que são os aplicadores do Direito. Holmes chegou a denominar “oráculos da lei” os tratados, as leis e estatutos que, em sua opinião, seriam a previsão da incidência da força pública por meio dos tribunais. Para ele, as jurisprudências não seriam nada mais que profecias que, para serem consultadas mais rapidamente, estariam reunidas em livros didáticos ou em leis. A visão de Holmes é provocativa, pois a sua conhecida figura do *bad man* tem a finalidade de evitar o confronto com o Poder Público e as consequências advindas desse ato, diferente do que ocorre com o homem bom, cujos fundamentos de conduta estão exatamente no fato de ser bom.

Roscoe Pound também se tornou referência no estudo do Direito aplicado pelos tribunais. Sua concepção é de um Direito em ação, vivo e dinâmico, formado não apenas por regras, mas por princípios, conceitos e padrões. Como ele próprio definiu: “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.” (Pound. 1950, p. 206). O pensamento de Holmes, ao lado das ideias de Roscoe Pound, serviu de fundamento para o movimento do realismo, que ganhou expressão com Jerome Frank e Llewellyn.

Como visto, entre os autores chamados de realistas, houve divergência, inclusive, quanto à denominação do movimento que, segundo seus autores, pode acabar gerando mal-entendidos por parecer tratar-se de uma escola homogênea, e que seus membros estariam de acordo sobre a maioria dos temas, o que não reflete a realidade. A própria caracterização desse movimento torna-se complexa, tendo em vista as várias facetas que são apresentadas e a heterogeneidade de autores e trabalhos intitulados como realistas, além das diferentes interpretações do movimento, como enfatizado por seus próprios autores.

O realismo se apresenta crítico ao formalismo jurídico, à tendência do Direito como ciência, ao objetivismo, ao uso da lógica e à busca da certeza jurídica. Frank defende que a decisão judicial seria mecanismo de racionalização da decisão pessoal e apresenta críticas à maneira como os juízes decidem os casos. Para os realistas, os magistrados decidem de acordo com suas próprias convicções. Tanto Frank como Llewellyn apresentam teorias na tentativa de defenderem seus pontos de vista. Frank defende a teoria idiossincrática que tem por objetivo centrar-se no juiz como indivíduo, logo a decisão judicial seria resultado direto da personalidade do juiz. Llewellyn, no entanto, apresenta a teoria sociológica, que se fundamenta na apreensão e na determinação dos fatos sociais.

Para os realistas, a norma é um elemento secundário quando os juízes proferem suas decisões. A crítica dos realistas se pauta no silogismo dos formalistas: premissa normativa dada pelo ordenamento mais a premissa fática dada pela realidade, resultando na conclusão para o caso concreto. E defendem que não é dessa maneira que o Direito é aplicado. Na verdade, a pretensão dos realistas está em querer que os juízes claramente apresentem a justificativa de suas decisões, bem como do que se utilizaram para chegarem à decisão. Por entenderem que é possível o juiz elaborar decisão por motivos distintos da própria norma jurídica, esta acaba sendo a justificativa formal da deliberação previamente tomada, e a norma seria citada apenas para legitimar essa decisão prévia.

O problema da indeterminação do Direito também é discutido pelos realistas. Segundo Frank, os problemas de interpretação das normas, quais delas são ou não válidas, os problemas dogmáticos de 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 ateu às questões normativas

vinculadas às suas interpretações, pois, segundo ele, esses pontos ocupam uma parte mínima da atividade judicial. A verdade é que os litígios, em sua maioria, não surgem porque as partes não estão de acordo quanto às normas, mas quanto aos fatos.

Llewellyn aponta como fatores de indeterminação a falta de formas verbais fixas na formulação das normas e a amplitude de técnicas legislativas que os intérpretes têm à disposição para manipulação dos casos anteriores. Ao apontar as “palavras congeladas da lei” como elemento causador de dificuldades, abre margem para a discricionariedade, podendo ocorrer o mesmo ao se aplicarem os precedentes. E, como exemplo, cita fatores como a imprecisão ou ambiguidade nas expressões linguísticas, as lacunas ou inconsistências e a vagueza no objetivo perseguido pela lei. Já Frank defende a discricionariedade por parte dos juízes, concordando com Llewellyn na impossibilidade de as regras formais preverem todas as particularidades dos casos concretos, defendendo ainda o uso de redação simples e flexível que permita aos juízes maior liberdade para atender à diversidade e complexidade das situações que se apresentam. Frank considera a flexibilidade na redação como a necessária criação judicial, à qual denomina interpretação judicial.

Os realistas entendem que 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-se, assim, instrumentos mais confiáveis nas decisões futuras. Para Llewellyn, as denominadas regras reais encontram-se no plano do “ser” e não no “dever ser”, sendo consideradas normas descritivas e não prescritivas. Por isso, não serem verdadeiras normas. Pela proposição dos realistas, a sociedade representa a dinamicidade do Direito, o que o obriga a uma constante revisão, sendo a função primordial da interpretação adaptar as normas ao contexto histórico e social no qual devem ser aplicadas.

O caráter determinado ou indeterminado do Direito expressa uma inquietude sobre as decisões judiciais, sendo essa a grande preocupação do realismo jurídico extremado. Pois, dessa forma, o Direito reduzir-se-ia a decisões individuais dos juízes. No entanto, para a teoria realista, interpretar não é uma atividade de conhecimento de um sentido preexistente, mas uma construção da

decisão. E o próprio movimento se divide diante da indeterminação do Direito. Segundo os realistas mais extremados, há um alto grau de discricionariedade na aplicação das normas por parte dos juízes; para os menos radicais, há a possibilidade de situações em que a discricionariedade seja controlada.

Para Frank, a indeterminação é inevitável e também proposital, pois permite ao juiz decidir com maior liberdade, exatamente para atender à diversidade e à complexidade das situações que se apresentam. Para Llewellyn, essa indeterminação pode e deve ser reduzida. Ele apresenta propostas construtivas para limitar essa liberdade dos juízes, sugerindo normas que sejam mais específicas e que se adéquem melhor ao particularismo dos casos reais. Além disso, recomenda a explicação dos objetivos das regras. O movimento realista, apesar das diversas críticas recebidas, mostra-se como um movimento bastante atual. Todas as questões discutidas desde Holmes são totalmente pertinentes ao Direito ainda aplicado e interpretado atualmente.

O terceiro capítulo desta dissertação aborda outro expoente da Teoria do Direito ao tratar de indeterminação do Direito, que é Herbert Hart, especificamente no capítulo VII de “O conceito de Direito”. Para Hart, o fenômeno da textura aberta da linguagem justifica-se porque a linguagem jurídica encontra-se parcialmente indeterminada, e a função da interpretação jurídica é exatamente tentar resolver situações de indeterminação presentes nas normas gerais e nos precedentes, os quais devem ser submetidos à interpretação antes de serem aplicados. O centro de toda discussão sobre determinação ou indeterminação do Direito tem como foco as sentenças judiciais e a maneira como os juízes as proferem, numa infinita discussão se eles criam ou não o Direito. Porém, Hart defende que não há necessariamente uma obrigatoriedade para os juízes usarem a legislação ou o precedente ao proferir a sentença. Na verdade, o papel dos juízes é apresentar a melhor solução possível aos casos que lhes são apresentados para julgamento e não criarem normas gerais ou precedentes.

Hart chama a atenção, inclusive, para aqueles casos considerados fáceis, pois, mesmo quando se usam normas gerais que, em princípio, são claras, diante de situações particulares, poderão ocorrer dúvidas quanto à sua aplicabilidade ou não. E exemplifica com a palavra “veículo”, entendendo ser certa a interpretação como sendo um “automóvel”, mas demonstra que poderão ocorrer situações em que aparecerão os “patins”, a “bicicleta”, e que o aplicador

terá dúvidas em interpretá-los como “veículos” naquele caso específico. Hart afirma, porém, que a indeterminação na aplicação das regras não é um fenômeno exclusivamente linguístico, o questionamento de uma regra se aplicar ou não a uma situação de fato não pode gerar a consequente afirmação de estar determinada ou indeterminada.

No seu entendimento, porém, a discricionariedade judicial não é absoluta, pois os juízes devem se ater às regras de reconhecimento, e a atividade judicial está circunscrita pelas normas jurídicas. Aponta como um problema quando o julgador não tem certeza de qual regra aplicar ou quando um caso não encontra respaldo legal em nenhuma norma, caindo consequentemente na denominada zona de penumbra legislativa. A teoria de Hart quanto à existência ou não de discricionariedade procura demonstrar que o sistema normativo não é capaz de prever antecipadamente todas as situações sociais possíveis, o que, mais uma vez, remete à completude ou incompletude do Direito. Sua teoria é tida como intermediária entre os conceitos formalistas e ceticistas, pois reconhece o valor da norma jurídica, mas não a vê como completa, sem, contudo, concordar com a proposta do realismo. Hart defende a tese da discricionariedade judicial diante da indeterminação do Direito. Em algumas situações, o juiz terá que criar o Direito, mas entende que o juiz não deve criá-lo arbitrariamente, deve sempre basear-se em razões gerais e atuar como um legislador escrupuloso faria, de acordo com suas próprias crenças e valores.

O desenvolvimento deste trabalho mostrou-se relevante na proposta de discutir-se a indeterminação do Direito, suscitando o questionamento se, de fato, o Direito é ou não indeterminado e, caso o seja, quais são as causas e seus principais efeitos. Este tema, contudo, não se esgota aqui. O propósito foi o papel das leis no ordenamento jurídico e o modo como os juízes, aplicadores do Direito, chegam ao convencimento para proferir uma sentença.

A própria textura aberta da linguagem, na concepção de Hart, abre precedente para a discricionariedade do juiz, e por mais que a lei seja clara, não é capaz de abarcar as várias possibilidades sociais. No entanto, posiciono-me contrária à teoria da única resposta certa, pois há indeterminação semântica, como o próprio conceito de “Direito”, nas várias situações em que essa palavra é empregada. Hart se mostra intermediário entre o “nobre sonho” e o “pesadelo”, e sua teoria na defesa da discricionariedade nos “casos de penumbra” tem-se

mostrado mais coerente com o ordenamento jurídico vigente e a maneira como as decisões judiciais têm sido proferidas.

No quarto capítulo, foi discutida a interpretação judicial e os problemas advindos das normas jurídicas, quando foi apresentado o papel da norma e sua abrangência, pois não necessariamente a existência de uma norma compreenderá a existência de um texto normativo. As normas, as regras e os princípios compõem o sistema jurídico que, pelo menos conceitualmente, não deve se confundir com ordenamento jurídico.

A construção do raciocínio judicial que leva a uma decisão (sentença), é temática bastante discutida em teoria do Direito, principalmente a correlação entre norma e fato, pois, muitas vezes, as decisões têm sido pautadas no silogismo prático. Como demonstrado, a premissa menor seria a relação de um fato provado, e a premissa maior uma norma que atribui ao fato X a consequência Y. O que leva a concluir 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 menor, o resultado probatório dos fatos; e a sentença, o resultado silogístico de encaixe do fato à norma.

No entanto, quem aplicará as normas deve, sobretudo, analisar as situações fáticas, mas pode verificar que, para um caso específico, não há previsão legal, ou ainda, que dois dispositivos legais lhe são possíveis. Cabe então ao juiz interpretar a norma jurídica, e a interpretação faz parte da atividade exercida pelos juízes como instrumento de solução para os conflitos que lhes são apresentados. E o juiz não poderá deixar de exercer seu papel alegando dificuldades na interpretação e aplicação de normas jurídicas.

Se falar em “interpretação” não é tarefa das mais fáceis, pois até mesmo o vocábulo está sujeito à sua própria ação. Porém, a interpretação faz parte da atividade exercida pelos juízes, que não podem deixar de julgar um fato, alegando problemas advindos da interpretação das normas jurídicas.

A doutrina tradicional prega que a atividade judicial deve se limitar a aplicar o Direito existente, por meio de silogismo, sem, contudo, criar o Direito. Mas ocorre então 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. E esse questionamento envolve, inclusive, a interferência da pessoa do juiz nas sentenças que profere, o que gerou outro questionamento: se,

de fato, os juízes “criam” o Direito. 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 era um movimento que não podia ser negligenciado.

O fundamento teórico do ceticismo nas obras de Holmes se encontra na afirmação de o Direito não ser lógica, mas experiência, e as regras jurídicas tidas como “ideais” entraram em confronto com as regras jurídicas “reais” praticadas pelos tribunais. E 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. Daí se poder concluir que tanto o realismo quanto Hart veem o Direito como indeterminado, mas o que se percebe, na verdade, é que grande parte dos juristas estão preocupados com segurança jurídica.

Como já mencionado anteriormente, a pretensão deste trabalho não é esgotar o tema, mesmo porque, há quem tenha divergência com as ideias aqui desenvolvidas. A proposta é suscitar o interesse pela temática, demonstrar sua relevância, principalmente pelos seus reflexos nos que precisam da tutela jurisdicional. E, parafraseando Maccormick, é importante que todos observem não só o que os juízes dizem, mas também o que fazem, pois seus atos têm interferência direta na vida em sociedade.