

A atividade judicial e os problemas interpretativos advindos das normas.

Judicial activity and interpretive problems arising from the rules.

Cláudia Chaves Martins Jorge¹

Resumo:

O fato do Direito ser ou não determinado abre precedente para o poder discricionário do juiz ao julgar. O fenômeno da indeterminação ocorre não só quando não há lei que ampare quando vários dispositivos são aplicáveis ao caso. O realismo jurídico tem como principal argumento o fato dos juízes primeiro decidirem e posteriormente buscarem na norma o fundamento de suas decisões.

Abstract:

The fact that the Law is or is not determined sets a precedent for the judge's discretionary power when judging. The phenomenon of indeterminacy occurs not only when there is no law that supports when several provisions are applicable to the case. Legal realism has as its main argument the fact that judges first decide and then seek in the norm the basis for their decisions.

Palavras chave:

Indeterminação do Direito – realismo jurídico – decisões judiciais.

Key words:

Indeterminacy of Law – legal realism – judicial decisions.

1. Introdução

O Direito é normalmente visto como um sistema de regras e normas a serem seguidas como se fosse matemático, para certo e determinado problema tem-se certa e determinada solução/sanção, porém o que se vê na prática é o não abarcamento legal por todas as situações. A sociedade cria e

¹ Graduada em Letras e em Direito, Mestre em Direito Constitucional pela PUC-Rio, Advogada e Professora.
CV: <http://lattes.cnpq.br/2907218943755224>

estabelece o Direito e ao mesmo tempo se submete a seus efeitos. Direito e Sociedade são entidades congêntas, o Direito não tem existência em si mesmo, mas depende totalmente da sociedade. Sua causa material está nas relações da vida, nos fatos e acontecimentos que produzem efeitos no ordenamento jurídico. Daí poder-se afirmar que a sociedade é, ao mesmo tempo, fonte criadora e de ação do Direito.

No passado, o Direito manifestava-se nos costumes, hoje, é escrito e codificado. O legislador, figura de suma importância neste contexto, deve estar atento aos reclamos e imperativos do povo e transportá-los para os códigos. No entanto, não pode ser mero espectador do panorama social, devido à dinâmica dos tempos e a velocidade com que as coisas acontecem. O legislador deve ainda antecipar-se, certo é que o Direito recebe grandes influências dos fatos e acontecimentos sociais, mas o Direito moderno não é simples repetidor de fórmulas pré-sugeridas, estabelecendo um silogismo simplista entre a lei e o fato.

O presente estudo tem por escopo discutir e propor uma reflexão sobre a aplicação da norma ao caso concreto, buscando responder como os juízes se norteiam ao proferirem suas decisões.

2. A interpretação e aplicabilidade da norma jurídica

O Direito regulamenta a vida em sociedade, aliás pode-se dizer que é um conjunto de normas de conduta que direcionam as pessoas na convivência social. Quando alguma norma preestabelecida é violada, as pessoas buscam seus direitos garantidos pelas normas. É 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 sinónimo 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 devem ser confundidos 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 aplicar 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. No entanto, 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, 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 linguístico, 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 linguístico, 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, como o juiz 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.

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, 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 e 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, alteração de nome e alteração de gênero no registro civil, 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 monoclássico, 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). 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 da 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 diminuírem 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 antiformalistas. Ele defende que as leis são regras, mas há espaço para a discricionariedade dos juízes. 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).

3. De fato os juízes criam o Direito?

Ao se afirmar 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. 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 pauta 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 intelecção 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.

4. Considerações finais

As decisões judiciais devem ser fundamentadas, pois motivar uma sentença é, de fato, exercer a tutela jurisdicional e não apenas oferecer uma simples tomada de decisão. Nesse ponto específico, deve-se atentar para a análise do caso concreto para que não se caia, de forma automática, no chamado *silogismo jurídico*, pois, por essa forma de pensar, ao fato X deve-se justificar a aplicação da norma Y. O objetivo não é automatizar as decisões judiciais.

Se justificar uma decisão judicial é oferecer aos jurisdicionados razões e fundamentos corretos, claros, objetivos, aceitáveis dentro do ordenamento jurídico. O Direito, como garantia da tutela jurisdicional, pressupõe não apenas valores formais ligados à ideia de previsibilidade, mas também valores materiais, referentes à aceitação de justiça e verdade, valores pragmáticos ou políticos, vinculados à aceitação e a busca da justiça, para atender, verdadeiramente, ao que se espera quando se distribue uma ação judicial.

4. Referências Bibliográficas

ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. *A theory of legal sentences*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1998.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro. *Cajur*, Teresina, a. 1, n. 6, 28 out. 2005.

_____. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BERGER, Peter; LUCKMANN, Thomas. *La construcción social de La realidad*. Tradução de S. Zuleta, ver. téc. M. Giménez Zapiola). Buenos Aires: 1968: esp §§ II.1.e y II.2.c.

BERLIN, Isaiah. “Dos conceptos de libertad”. In: *Cuatro ensayos sobre la libertad*. Madrid: Alianza Editorial, 1988.

BIX, Brian. *Law, language and legal determinacy*. Oxford: Clarendon Press, 2006.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2001.

_____. *Teoría general del derecho*. 2. ed. Tradução de Jorge Guerrero R. Bogotá: Temis, 1999.

BOMFIM, Tiago. *Os princípios constitucionais e sua força normativa*. Salvador: Juspodivm, 2008.

BULYGIN, Ernesto. “¿Los jueces crean derecho?”. In: *Isonomía*, n. 18, 2003, p. 15-24.

CALSAMIGLIA, A. *Introducción a la ciencia jurídica*. Barcelona: Ariel, 1990.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do Direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CANOTILHO, José. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1991.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica*. Curitiba: Juruá, 2007.

DUARTE, David. *A norma de legalidade procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação da norma de decisão na discricionariedade instrutória*. Coimbra: Almedina, 2006.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1988.

FRANK, Jerome. *Derecho e incertidumbre*. Tradução de Carlos M. Bidegain. México D. D. : Coyocación, Fontamara, 1991.

GOLDING, Martin. *Filosofia e teoria do Direito*. Tradução Prof. Dr. Ari Machado Solon. São Paulo: Sergio Antonio Fabris, 2010.

_____. *Law and the Moderns Mind*. Gloucester Mass: Peter Smith, 1970.

GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

HABA MULLER, Enrique Pedro. *Axiologia jurídica fundamental (axiología II): bases de valoración en el discurso jurídico*. San José: Editorial de la Universidade de Costa Rica, 2004.

HART, H. L. A. “El nuevo desafío al positivismo jurídico”. Trad. de L. Hierro, F. Laporta e J. del Páramo. *In: Sistema*, n. 36, maio 1980, p. 9.

_____. *Ensaaios sobre teoria do Direito e filosofia*. Tradução José Garcez Ghirardi, Lenita Maria Rimoli Esteves. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

_____. *Essays in jurisprudence and philosophy*. Oxford: University Press, 1983.

_____. *O conceito de Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

_____. “Una mirada inglesa a la teoría del Derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño”. *In: CASANOVAS, P.; MORESO, J. J. (eds.). El ámbito de lo jurídico*. Barcelona: Crítica, 1994.

HOLMES JUNIOR, Oliver Wendel. *The path of the law*. *In: Harvard Law Review*, X, 1897.

_____. *The essential Holmes*. Chicago: Chicago University Press, 1992.

_____. *The common law*. Reprint. Originally published: Boston: Little, Brown, 1881. Introduction copyright 1991 by Sheldon N. Novick.

JORGE, F. Malem Seña. *La vida privada de los jueces*. Barcelona: Gedisa, 2003.

KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Tradução da 6. ed. Alemã

LEITER, Brian. *Naturalizing jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

LLEWELLYN, Karls N. “Uma teoria del derecho realista: el siguiente paso”. *In: CASANOVAS, Pompeu; MORESO, José Juan (eds.). El ámbito de lo jurídico*. Madrid: Crítica, 1994, p. 281.

_____. “On the Good, the True, the Beautiful, in Law”. *In: Jurisprudence*. 2. ed. Chicago; Londres: The University of Chicago Press, 1971d, p. 207

_____. “Uma teoria del derecho realista: El siguiente paso”. *In: CASANOVAS, Pompeu; MORESO, José Juan (eds.). El ámbito de lo jurídico*. Madrid: Crítica, 1994, p. 262s.

LYRA FILHO, Roberto. *O que é Direito*. 17. ed. São Paulo: Brasiliense, 2003.

MACCORMICK, H. L. A. *Hart*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MARCONDES, Danilo. *Iniciação à história da Filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein*. 8. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. Tradução de Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1987.

MORRIS, Clarence. *Os grandes filósofos do Direito: leituras escolhidas em Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

PEKELIS, Alexander H. *Law and social action: selected essays*. Edited by Milton R. Konvitz. P. xi, 271. Ithaca, New York: Cornell University Press, 1951.

PISSARRA, Maria Constança Peres; FABBRINI, Ricardo Nascimento. *A noção de justiça na história da Filosofia*. São Paulo: Atlas, 2007.

POUND, Roscoe. “The scope and purpose of sociological jurisprudence”. In: *Harvard Law Review*, v. XXV, 1911-1912.

_____. *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*. Barcelona: Ariel, 1950.

_____. *Justiça conforme a lei*. São Paulo: Ibrasa: 1976.

_____. “Sociology of law and sociological jurisprudence”. In: *The University of Toronto Law Journal*, 1943.

_____. *The spirit of the common law*. Transaction Publishers, 1999.

RAZ, Joseph. “¿Por qué interpretar?”. In: VÁZQUEZ, Rodolfo (comp). *Interpretación Jurídica y Decisión Judicial*. 3. ed. México: Fontamara, 2002.

REIMAN, Mathias. Holmes Common Law and German Legal Science. In: *The Legacy of Oliver Wendell Holmes Jr.*, Stanford: Stanford University Press, 1992.

SGARBI, Adrian. *Teoria do Direito: primeiras lições*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2007.