

# **A Discricionariedade Judicial no Realismo Jurídico Escandinavo de Alf Ross**

## **The Judicial Discretion in Scandinavian Legal Realism of Alf Ross**

Daniela Almeida Bittencourt<sup>1</sup>

Liziane Parreira<sup>2</sup>

### **Resumo**

O presente resumo integra parte da pesquisa sobre hermenêutica jurídica e discricionariedade judicial desenvolvida no programa de mestrado de direito. O realismo escandinavo com a escola de Uppsala e a escola de Copenhague teve aspiração neopositivista, sempre voltado para as preocupações antimetafísicas. Alf Ross foi o maior representante do realismo escandinavo, juntamente com Jorgense, Naess, Hägerström, Oliverona, dentre outros. Sua principal crítica que se contrapõem a Kelsen é que a validade jurídica, que se baseia em uma construção realista, visando o conhecimento mais empírico. Ross introduz a noção de realismo psico-sociológico que justifica a vigência como encontro do comportamento dos tribunais ao utilizarem a força das regras de direito e do fator psicológico para expressar a “obrigatoriedade social”. Importante à teoria delineada, uma vez que, auxilia na compreensão dos pós-positivistas e da especial atenção que deram para a interpretação da lei pelos tribunais.

**Palavras-Chave:** Discricionariedade Judicial; Hermenêutica Jurídica; Realismo Jurídico Escandinavo

### **Abstract**

This resume is part of the research on legal hermeneutics and judicial discretion developed in the master's program in law. The Scandinavian realism with the Uppsala school and school of Copenhagen had aspiration neopositivist, always facing concerns antimetaphysical. Alf Ross was the greatest representative of Scandinavian realism, along with Jorgense, Naess, Hägerström, Oliverona, among others. His main criticism which oppose to Kelsen is the legal validity is based on a realistic construction, in order to know more empirical. Ross introduces

---

<sup>1</sup> Mestranda do programa de mestrado em Direito na área de concentração Justiça, Empresa e Sustentabilidade da Universidade Nove de Julho. Advogada.

<sup>2</sup> Mestranda do programa de mestrado em Direito na área de concentração Justiça, Empresa e Sustentabilidade da Universidade Nove de Julho. Advogada. Orientadora de Estágio no Núcleo de Prática Jurídica da Universidade Nove de Julho.

the notion of psycho-sociological realism that justifies the term as against the behavior of the courts to use the force of law and the rules of psychological factor to express the "social obligation". Important to the theory outlined, since, assists in understanding the post-positivist and the special attention given to the interpretation of the law by the courts.

**Keywords:** Judicial Discretion; Legal Hermeneutics; Scandinavian Legal Realism

## **Introdução**

Por muito tempo a Filosofia do Direito foi compreendida como um segmento da Filosofia, e valer-se de tal premissa é estabelecer os mesmos critérios, ou seja, dar seguimento nos mesmos passos da Filosofia na sua compreensão genérica. A Filosofia do Direito permaneceu entrelaçada com os pensamentos dos filósofos que não utilizavam o Direito como objeto de estudo, mas analisavam as questões morais, de justiça e de ética.

Dentro desse contexto, importante destacar que a interpretação jurídica possibilita uma maior abertura, permite uma melhor adequação das diversas situações ao ordenamento, trabalha com o sentido mais pragmático possível, para alcançar o tão almejado ideal de justiça.

Nessa perspectiva, o realismo jurídico surge como uma escola hermenêutica fundamental, anti-metafísica, que busca desmistificar a linguagem jurídica. Nos Estados Unidos, o chamado realismo norte-americano, desenvolveu-se nas décadas de 1920 e 1930 e caminha conjuntamente a escola do direito livre europeia, entretanto, é no início da década de 1960 com a *Critical legal studies* é que o movimento ganha força com seus principais representantes: Karl Llewellyn, John Chipman Gray, Jerome Frank e Oliver Wendell Holmes.

O enfoque da pesquisa, entretanto, está no realismo escandinavo e na teoria de Alf Ross. Compreender a discricionariedade judicial no pensamento do autor é o objetivo da análise que será traçada através do método hipotético-dedutivo.

## **A Discricionariedade Judicial no Realismo Escandinavo de Alf Ross**

Para compreender plenamente sua teoria, o autor propõe imaginarmos um jogo de xadrez. As Regras do jogo seriam as regras jurídicas diretivas que visam dirigir o

comportamento humano para agir conforme o indicado. O terceiro que observa o jogo e não conhece as regras não compreende e as julga como sendo arbitrárias e desconexas.

Se o observador nada conhece de xadrez não compreenderá o que está se passando. Com base em seu conhecimento de outros jogos provavelmente concluirá que se trata de algum tipo de jogo. Porém não será capaz de compreender os movimentos individuais ou perceber qualquer conexão entre eles. Terá, menos ainda, qualquer noção dos problemas envolvidos por qualquer disposição partícules das peças sobre o tabuleiro.<sup>3</sup>

Mas se compreende as regras, entende os movimentos como ações previamente previstas e as regras ganham sentido. A teoria do jogo de xadrez seriam regras técnicas, são os expedientes táticos, enquanto as regras do xadrez, ao contrário, são diretivas e tidas por cada jogador como socialmente obrigatória.

As regras primárias do xadrez, por outro lado, são diretivas. Embora sejam formuladas como asserções a respeito da “capacidade” ou “poder” das peças em se moverem e “tomar”, fica claro que visam a indicar como deve ser jogado o jogo. Visam diretamente, isto é, não qualificadas por nenhum objetivo subjacente, a motivar o jogador; é como se lhe dissessem: joga-se assim!<sup>4</sup>

Alf Ross ao longo da obra “Direito e Justiça” sempre usa a expressão “socialmente obrigatória”, um dos aspectos psicológicos, para demonstrar que o indivíduo sente-se vinculado às regras, e que também sabe que a transgressão das mesmas pode gerar protesto do outro, no caso do jogo de xadrez, do adversário.

Essas diretivas são sentidas por cada jogador como socialmente obrigatórias, quer dizer, o jogador não só se sente espontaneamente motivado (“ligado”) a um certo procedimento como também está ao mesmo tempo seguro de que uma transgressão às regras provocará uma reação (protesto) de seu adversário. E deste modo, as regras primárias distinguem-se claramente das regras técnicas que formam a teoria do jogo. Um movimento estúpido pode suscitar espanto, porém não um protesto.<sup>5</sup>

Ademais, cumpre ressaltar que o Alf Ross é contra o formalismo, pois a regra deve ser efetiva e, assim, o direito válido é o socialmente obrigatório. Por isso, o direito vigente pode ser usado em analogia às normas vigentes do xadrez da seguinte forma: as normas são acatadas, porque são experimentadas e sentidas, o que gera o conceito de “direito em ação”, que versa sobre o agrupamento de atos jurídicos (fatos condicionantes), e quando postos em relação às normas jurídicas, podem ser pensados num todo com sentido.

Ademais, todos esses fatos condicionantes ganham seu significado específico como atos jurídicos através de uma interpretação feita à luz da ideologia das normas. Por

---

<sup>3</sup> Ross, Alf. *Direito e Justiça*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003. p.34

<sup>4</sup> *Idem*. p.37

<sup>5</sup> *Idem, ibidem*

essa razão, poderiam ser abrangidos pela expressão *fenômenos jurídicos* no seu sentido mais lato ou *direito em ação*.<sup>6</sup>

Curial destacar, ainda, que a validade está ligada a um sentimento psicológico de obrigatoriedade, enquanto que a eficácia ocorre na aplicação das normas pelos juízes. Desse modo, “conclui-se disso que os fenômenos jurídicos que constituem a contrapartida das normas têm que ser as decisões dos tribunais. É aqui que temos que procurar a efetividade que constitui a vigência do direito”<sup>7</sup>.

Note-se, outrossim, que Alf Ross reconhece que os precedentes (a jurisprudência) são importantes para uma decisão judicial, uma vez que, se determinada regra foi escolhida para um caso similar, também será um forte motivo para o juiz utilizá-la. No seu entendimento, a utilização dos precedentes serve para a boa administração da justiça por poupar tempo e exime a responsabilidade do juiz. Com efeito, ele faz uma crítica pontual aos anglo-americanos, quando diz que a doutrina do *stare decisis* é uma ilusão, porque a referida doutrina não reflete uma situação efetiva, já que os juízes do sistema de *civil law* não se sentem (aspecto psicológico do que é socialmente aceito) obrigados a decidir com base na jurisprudência.

O Juiz é um ser humano. Por trás da decisão tomada encontra-se toda sua personalidade. Mesmo quando a obediência ao direito (a consciência jurídica formal) esteja profundamente enraizada na mente do juiz como postura moral e profissional, ver nesta o único fator ou móvel é aceitar uma ficção. O juiz não é um autômato que de forma mecânica transforma regras e fatos em decisões. É um ser humano que presta cuidadosa atenção em sua tarefa social, tomando decisões que sente ser *corretas* de acordo com o espírito da tradição jurídica cultural.<sup>8</sup>

Apesar da semelhança que o realismo guarda com o positivismo, ou melhor, o realismo seria um adendo do positivismo, Alf Ross avança e muito no pensamento tradicional, chegando a reconhecer a escola do direito livre.

As teorias do movimento do direito livre se acham mais próximas da verdade do que as teorias positivistas. Por trás da aparência dogmática-normativa há uma compreensão correta do fato de que a administração da justiça não se reduz a uma derivação lógica a partir de normas positivas. As teorias positivistas ocultam a atividade político-jurídica do juiz. Da mesma maneira como o jogador de xadrez é motivado não só pelas normas do xadrez, como também pelo propósito do jogo e pelo conhecimento de sua teoria, também é o juiz motivado por exigências sociais e por considerações sociológico-jurídicas. O papel desempenhado pelas considerações livres pode variar com o estilo de interpretação, porém jamais podem ser excluídos por completo.<sup>9</sup>

---

<sup>6</sup> *Idem.* p. 59

<sup>7</sup> *Idem, ibidem*

<sup>8</sup> *Idem.* p. 168

<sup>9</sup> *Idem.* pp. 186, 187

Sobre a discricionariedade judicial, Ross segue a lógica semelhante a dos positivistas clássicos, pois, quando ele fala em ordenamento jurídico, está tratando das normas ditas “supraindividuais” que são normas particulares da nação. As escolhas dos juízes dependem do direito vigente. “Não é possível determinar o que é direito vigente por meio de recursos puramente comportamentais, ou seja, pela observação externa da regularidade das reações (costumes) dos juízes”<sup>10</sup>. O juiz sente-se vinculado a ideologia jurídica em vigor, considera a norma vigente como socialmente obrigatória (elemento da natureza jurídica presente na mente do juiz).

### Referências bibliográficas

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de Almeida. *Curso de Filosofia do Direito*. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. 1.ed. Tradução Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006.

\_\_\_\_\_. *Teoria Geral do Direito*. 3.ed. tradução Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

SCHMIDT, Lawrence K. *Hermenêutica*. 1.ed. Tradução Fábio Ribeiro. Rio de Janeiro: Vozes, 2012.

Ross, Alf. *Direito e Justiça*. 1ed. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003.

\_\_\_\_\_. *Tû-tû*. 1.ed. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin. 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

---

<sup>10</sup> *Idem*. p.61