

Ideologia e interpretação jurídica: um estudo das posições normativistas realistas

*Eveline Lucena Neri**

Resumo: O presente artigo tem por escopo organizar a discussão acerca da noção de ideologia e da explicação do fenômeno ideológico nas teorias da interpretação jurídica de Kelsen, Alf Ross e Hart, autores que, de modo geral, reconhecem a participação do elemento subjetivo como normal à interpretação judicial.

Palavras-chave: Ideologia. Teorias interpretativas. Interpretação judicial.

1 Introdução

No âmbito da interpretação jurídica, juristas e filósofos do direito têm se perguntado: *É possível controlar a determinação do conteúdo dos direitos estabelecido nas decisões proferidas pelos tribunais?*

Com a crise da hermenêutica tradicional, o método e a racionalidade, até então encarregados de legitimar o direito, deixaram de ser tidos como crenças, para serem redimensionados por alguns teóricos e desacreditados por outros como capazes de cumprir essa função. A esse respeito, cabe indagar: *Há métodos seguros que permitem ao intérprete decidir racionalmente em casos controvertidos? Caso não haja, a atividade interpretativa e a aplicação do direito estão condenadas ao puro arbítrio do aplicador?*

O reconhecimento de que o processo interpretativo não se resume a uma inferência lógica tem representado um ponto comum entre as principais teorias do direito. Entretanto, seus autores divergem bastante quando se trata de assumir uma dimensão criativa, ou claramente valorativa, na atividade judicial. De forma geral, tentam se equilibrar entre a plena vinculação do juiz à lei e às demais fontes do direito e a pura arbitrariedade da decisão judicial. Assim, para Kelsen, Alf Ross e Hart, os tribunais podem criar direito em certos casos concretos cujas circunstâncias peculiares exigem do magistrado a escolha de um dos sentidos dentre os possíveis da norma. Dworkin, por outro lado, nega tal dimensão criativa, entendendo que o direito é composto não só por regras, mas também por princípios que igualmente vinculam o juiz.

* Aluna do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciências Jurídicas da UFPB - Área de Concentração em Direitos Humanos.

Mas mesmo entre aqueles que aceitam a existência de um elemento subjetivo ou ideológico que participaria do processo hermenêutico, especialmente, no momento de aplicação do direito, não está claro o que eles chamam de ideologia na teoria da interpretação jurídica. Na verdade, isso não surpreende, visto que a noção de ideologia parece confusa em todas as ciências humanas.

Ensina Raymond Boudon (1989, p. 38) que a palavra *ideologia* foi criada por Destutt de Tracy, no final do século XVIII, para designar a ciência que ele se propunha a fundar, cujo objeto seriam as idéias e cujo conteúdo estaria ligado ao estudo de suas origens sensoriais. Este primeiro sentido da palavra ideologia foi utilizado por Marx, para determinar que as idéias surgem das sensações produzidas pelas condições materiais. Todavia, a palavra recebeu um significado moderno quando Napoleão acusou Destutt de Tracy e Volney de ideólogos por tentarem substituir a política real por afirmações abstratas. Daí em diante, ideologia passou a ser sinônimo de teorias abstratas e duvidosas sobre a ordem social supostamente fundadas na razão ou na ciência. Este último sentido do termo, o qual remete à falsidade e à ambição de se analisar os fatos sociais através de leis, fixou-se, sendo, inclusive, reproduzido pelo próprio Marx.

Dentro desse sentido moderno, vários estudiosos formularam distintos conceitos de ideologia, às vezes aparentemente contraditórios. Então, Boudon procurou organizar a discussão, firmando parâmetros de convergência e divergência entre as definições mais conhecidas.

Ele observou que, apesar do embaraço de proposições, há uma pergunta que permite aproximar ou distanciar as principais concepções de ideologia: *Ela está relacionada com o critério de verdade ou falsidade?* Com base na resposta dada, as definições de ideologia podem ser tradicionais – que atendem ao critério de falsidade ou verdade – ou modernas – quando não se referem ao critério de verdadeiro ou falso, mas ao de sentido.

No tocante à explicação do fenômeno ideológico está a opção do autor em explicar como racional ou irracional a adesão do sujeito às ideologias. A adesão dos indivíduos a certa ideologia tem sido compreendida ora como uma atividade racional, isto é, comportamento compreensível, ora como irracional, se ligada às paixões, ao fanatismo, enfim, a atitudes arbitrárias.

A semelhança do que fez Boudon, procuraremos fixar, ao final deste artigo, padrões de convergência e divergência sobre as *noções de elemento subjetivo ou ideológico* e sobre *como o fenômeno ideológico se apresenta nas teorias da interpretação jurídica de Kelsen, Alf Ross e Hart*. Estes autores, conforme leciona Luis Prieto Sanchis, estão incluídos no normativismo realista, expressão cunhada por Peces-Barba, a qual se refere às teorias de interpretação jurídica que, de maneira geral, admitem uma dimensão criativa na interpretação

judicial, sem contudo definirem o que orienta o juiz nessa atividade (1987, p. 48). Desde já, fique claro que essa perspectiva é bastante restrita, porque deixa de fora a posição daqueles que negam a participação do elemento subjetivo como normal à interpretação judicial.

2 Kelsen e a interpretação autêntica

Kelsen (2003) dedica o capítulo VIII de *Teoria pura do direito* ao tema da interpretação jurídica. Para o autor, os órgãos judiciais, bem como os particulares e a ciência jurídica precisam interpretar as normas. Tanto na interpretação realizada por um órgão jurídico - *autêntica* - , quanto naquela feita pela ciência jurídica do direito positivo - *científica* - , o intérprete parte da norma geral à norma individualizada no caso concreto. Isso porque a norma jurídica teria uma textura aberta cujo preenchimento poderia ser feito por múltiplos significados dentro da moldura, ou melhor, dos limites impostos pela norma geral. Ao intérprete, portanto, caberia escolher, dentre os significados possíveis, o sentido da norma concretamente considerada. A interpretação das normas, assim, acompanharia o processo de sua aplicação.

Considerando a interpretação levada a cabo pelo órgão aplicador do direito, Kelsen ensina que a norma superior, por exemplo, a lei, determina o processo de produção ou de execução da norma inferior - a sentença judicial - e eventualmente também seu conteúdo. Entretanto, essa determinação ou vinculação é sempre relativa, vez que a norma superior não engloba todos os aspectos do ato que a aplica, deixando sempre certa margem de livre apreciação. Até nas normas mais detalhadas, haverá decisões a serem tomadas por ocasião de sua aplicação, as quais dependerão de circunstâncias externas que não foram previstas, ou sequer poderiam sê-lo pelo legislador. Essa indeterminação pode referir-se tanto ao pressuposto condicionante - o fato - quanto à consequência condicionada. Ademais, ela pode ser intencional - quando quem emitiu o comando a ser aplicado assim o quis - ou não-intencional, quando a parcial indeterminação decorre da própria constituição da norma jurídica a ser aplicada.

Desse modo, através da interpretação autêntica o aplicador da norma cria direito no caso concreto. Nesse sentido, Kelsen (2003, p. 394) é incisivo:

Mas autêntica, isto é, criadora do Direito é a interpretação feita através de um órgão aplicador do Direito ainda quando cria Direito apenas para um caso concreto, quer dizer, quando esse órgão apenas crie uma norma individual ou execute uma sanção. A propósito importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma

norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa.

Embora reconheça o caráter criativo que pode ter a atividade interpretativa dos juízes e tribunais, a transcrição acima expõe uma tensão que não fica resolvida na teoria interpretativa kelseniana: *A interpretação é um ato cognoscitivo ou um ato volitivo?* Kelsen (2003, p. 394) parece ter optado por unir, na interpretação autêntica, esses dois atos:

Na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva. Com este ato, ou é produzida uma norma de escalão inferior, ou é executado um ato de coerção estatuído da norma jurídica aplicada.

Kelsen (2003, p. 393) distingue o ato cognoscitivo do ponto de vista do direito positivo, ou seja, enquanto ato de conhecimento das normas de direito, e além dele, por exemplo, conhecimento de normas morais ou de justiça:

Na medida em que, na aplicação da lei, para além da necessária fixação da moldura dentro da qual se tem de manter o ato a pôr, possa ter ainda lugar uma atividade cognoscitiva do órgão aplicador do Direito, não se tratará de um conhecimento do Direito positivo, mas de outras normas que, aqui, no processo da criação jurídica, podem ter a sua incidência: normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso, etc. Do ponto de vista do direito positivo, nada se pode dizer sobre a sua validade e verificabilidade.

Essa distinção, contudo, não leva, na obra de Kelsen, à identificação de uma lógica jurídica própria. Nesse sentido, explica Sanchis (1987, p. 50) que “não existe uma lógica especificamente jurídica; é a lógica geral que há de ser aplicada tanto às proposições descritivas da ciência jurídica como às normas prescritivas do direito”. Tampouco à afirmação de que a atividade cognoscitiva do intérprete estaria circunscrita ao conhecimento jurídico.

É difícil acreditar que Kelsen haveria aberto mão do racionalismo. A propósito, calha transcrever a lição de Luis Prieto Sanchis (1987, p. 75):

Segundo creio, a teoria pura do direito, como em geral toda a escola de Viena, não representa só um chamamento ao rigor metódico, senão antes de tudo a decidida reabilitação ideológica da razão como instrumento conformador do obrar humano frente ao perigoso deslizamento reacionário do romantismo alemão. Sem embargo do que

com freqüência se crê, bem é certo que com apoio nos textos de Kelsen, a teoria pura assume as características antiformalistas, mas para empreender imediatamente a recuperação de modelos racionais ou intelectuais na explicação do sistema jurídico e, em especial, do comportamento dos tribunais (tradução nossa).

Ocorre que, esgotado o processo cognoscitivo da norma, ainda restará ao intérprete escolher dentre um dos sentidos possíveis decorrentes dessa interpretação. E, para Kelsen, isso não seria um problema da teoria do direito, mas de política jurídica. A relativa liberdade material – relativa porque sempre limitada pela moldura normativa – compete tanto ao legislador quanto ao magistrado, a diferença, neste aspecto, seria meramente quantitativa – o juiz, via de regra, está mais vinculado – ambos cumprindo uma função voluntária, isto é, de criação do direito. Assim, Sanchis (1987, p. 75) ensina: “Para Kelsen, com efeito, a interpretação judicial não forma parte do capítulo da ciência do Direito, não é uma atividade cognoscitiva, senão constitui um labor criativo em que o juiz projeta seus próprios valores”.

Em conseqüência, Kelsen afasta a possibilidade de se fundamentar o conteúdo da norma individual numa idéia de direito preexistente ou na existência de um método juridicamente capaz de levar a uma única solução correta (2003, p. 392):

Fixar-se na vontade presumida do legislador desprezando o teor verbal ou observar estritamente o teor verbal sem se importar com a vontade – quase sempre problemática – do legislador tem – do ponto de vista do Direito positivo – valor absolutamente igual. Se é o caso de duas normas da mesma lei se contradizerem, então as possibilidades lógicas de aplicação jurídica já referidas encontram-se, do ponto de vista do direito positivo, sobre um e o mesmo plano. É um esforço inútil querer fundamentar “juridicamente” uma, com exclusão da outra. Com efeito, a necessidade de uma interpretação resulta justamente do fato de a norma aplicar ou o sistema das normas deixarem várias possibilidades em aberto, ou seja, não conterem ainda qualquer decisão sobre a questão de saber qual dos interesses em jogo é o de maior valor, mas deixarem antes esta decisão, a determinação da posição relativa dos interesses, a um ato de produção normativa que ainda vai ser posto – à sentença judicial, por exemplo.

Por outro lado, não significa que para Kelsen a parte volitiva da interpretação porventura realizada pelo aplicador esteja condenada à arbitrariedade. Ela poderá obedecer a padrões de racionalidade, mas será um ato de discricionariedade do intérprete porque ele buscará razões extras, que estão fora do direito positivo.

Kelsen, portanto, reconhece um campo de discricionariedade ao juiz na determinação do conteúdo da norma nos casos concretos, todavia nada diz

sobre por que o magistrado decidirá desta ou daquela forma, por acreditar não competir à teoria jurídica a tarefa de prescrever como o juiz deve interpretar.

3 Alf Ross e a interpretação judicial

Alf Ross, em *Direito e justiça* (2000), por sua vez, tratou do tema da natureza do direito a partir de uma compreensão das expressões lingüísticas que compõem as regras jurídicas. Para o autor, as orações encontradas nas regras jurídicas são diretivas. Manifestam algo com base numa realidade que lhe deu origem e exercem a função de influenciar ou convencer outros sobre essa manifestação, sem, contudo, possuírem um significado representativo, isto é, indicarem logicamente um estado de coisas. Afirma Ross (2000, p. 31): “As leis não são promulgadas a fim de comunicar verdades teóricas, mas sim a fim de dirigir as pessoas – tanto juízes quanto cidadãos particulares – no sentido de agirem de uma certa maneira desejada”. E logo em seguida (2000, p. 32), acrescenta: “o seu significado lógico não consiste em informar sobre fatos, mas sim prescrever um comportamento. A regra jurídica não é nem verdadeira nem falsa, é uma diretiva”.

A validade das normas – para Ross, problema central da teoria jurídica – dá-se através de sua vigência (2000, p. 41), que opera com sua efetividade – aspecto factual – mas também porque a diretiva contida na norma motivará seus aplicadores a segui-la, isto é, senti-la como “socialmente obrigatória” (2000, p. 39):

“direito vigente” significa o conjunto abstrato de idéias normativas que serve como um esquema interpretativo para os fenômenos do direito em ação, o que por sua vez significa que essas normas são efetivamente acatadas e que o são porque são experimentadas e sentidas como socialmente obrigatórias.

Dentro da corrente realista, Ross insiste que interessa à validade das normas jurídicas conhecer a ideologia dos juízes ou tribunais, porque, em última análise, direito vigente é aquilo que os juízes decidem. Ele afirma (2000, p. 60) que: “O fator decisivo que determina que a proibição é direito vigente é tão-somente o fato de ser efetivamente aplicada pelos tribunais nos casos em que transgressões às regras são descobertas e julgadas”.

Por conseguinte, para o autor, cabe ao teórico do direito formular hipóteses e previsões sobre a ideologia normativa, ou seja, sobre o comportamento social e psicológico dos juízes. Nesse aspecto, Ross adverte (2000, p. 62) que o comportamento considerado não pode ser meramente observado em sua externalidade, senão diz respeito a uma ideologia que orienta os juízes enquanto tais:

Nada se obtém, pois, mediante uma interpretação comportamental. O comportamento de mudança do juiz somente pode ser compreendido e predito mediante interpretação ideológica, isto é, por meio da hipótese de uma certa ideologia que anima o juiz e motiva suas decisões.

Ross acredita não ser possível fixar objetivamente perante que condições os costumes, o precedente e a *razão* influenciam a produção jurídica. Em conseqüência, a teoria das fontes do direito, quanto às fontes não legisladas, não poderia determinar em termos precisos a função destas em um ordenamento jurídico. E explica (2000, p. 131) o que chama de *razão*: “aquela criação de direito que sem qualquer objetivação de maneira direta se respalda em atitudes culturais fundamentais, valorações e padrões, que aparece especialmente no período que sucede uma revolução”. Isso porque, geralmente, os tribunais obedecem às prescrições do Legislativo.

De modo semelhante, uma doutrina dos métodos jurídicos que tenha pretensão de servir à orientação dos juristas na interpretação do direito deve corresponder à maneira pela qual os tribunais realmente se comportam, isto é, os métodos vigentes nestes. Embora seja ainda mais difícil identificar a ideologia seguida pelos tribunais na aplicação de certa regra geral a um caso específico, somente a previsão que for orientada pelos mesmos métodos e princípios poderá ser interpretação vigente, momento em que se mistura a ciência do direito com a política jurídica que anima os tribunais.

Ross, à semelhança de Kelsen, não concebe dentre as tarefas da teoria jurídica a de prescrever como os tribunais devem decidir. Poderá, sim, uma interpretação doutrinária ser uma asserção, isto é, verdadeira, tão-somente quando descrever o sentido e o modo pelo qual os tribunais decidem (2000, p. 137).

Quanto à atividade interpretativa realizada pelo juiz, Ross condena a ideologia mecanicista que apresenta o problema da interpretação como de mera inferência lógica, muito embora admita que este artifício seja usualmente utilizado pelos tribunais dos diversos sistemas jurídicos. Ele, a exemplo de Kelsen, assume a dimensão criativa da interpretação judicial, na medida em que o juiz com mais ou menos liberdade define ou distancia-se da diretiva legal (2000, p. 181).

Ross entende que as espécies de interpretação, a saber, restritiva, por extensão etc. e outros instrumentos interpretativos, por exemplo, a analogia, são técnicas de argumentação de que dispõe o juiz para justificar o sentido do direito fixado em uma decisão. Contudo, essas técnicas, de maneira alguma, constituem as razões pelas quais um juiz ou tribunal decide (2000, p. 183):

Essas técnicas de argumentação são recursos integrantes do equipamento de todo jurista experimentado. Ele tem que saber como justificar tecnicamente, mediante argumentos interpretativos, a solução jurídica que considera justa ou desejável. Seria, porém, um erro aceitar os argumentos técnicos como se fossem as razões verdadeiras. Estas devem ser buscadas na consciência jurídica do juiz ou nos interesses defendidos pelo advogado. A função dos métodos de interpretação é estabelecer limites à liberdade do juiz na administração da justiça, os quais determinam a área de soluções justificáveis.

Assim, Ross sustenta que tais técnicas exercem certa função, auxiliando o magistrado a alcançar a solução que julgue desejável sem prescindir da ficção de que estaria decidindo por critérios objetivos (2000, p. 184). O que não podemos jamais é considerá-las regras objetivas capazes de fundamentar a decisão e eliminar o subjetivismo do intérprete.

Para o autor, toda decisão judicial contém um elemento que exorbita a atividade intelectual. Embora o juiz se encontre vinculado à expressão verbal da norma e às diversas fontes do direito, há sempre uma margem de interpretação cujo preenchimento cabe ao juiz ou tribunal no caso concreto. O juiz não recorrerá à ciência jurídica, mas à política jurídica para orientá-lo. Elegerá como razão para sua decisão “premissas emocionais” não dele próprio, senão atitudes e crenças encontradas no meio social, sob pena de se desviar da objetividade da ciência política. Todavia, adverte Ross (2000, p. 383-384):

A exigência programática estabelecida aqui tem que ser encarada com reservas. Os fatos psicológicos sociais não são mecanicamente tangíveis. Não podem ser coletados, descritos e catalogados da mesma maneira que a flora e a fauna de um país. Em alguma medida serão sempre fluídos. Certa interpretação e estilização são inevitáveis e, com isso, certa subjetividade.

E é nessa margem de escolha que está o lugar da subjetividade do intérprete. Ele combinará certa crença social a sua valoração correspondente (2000, p. 384). Note-se que, apesar de o intérprete recorrer a “premissas emocionais”, a saber, atitudes e crenças disseminadas no meio social, isso não significa que decida arbitrariamente. Nada indica que a adesão a tais premissas emocionais seja entendida por Ross como irracional.

Em conseqüência dessa consciência, não será possível, cientificamente, descobrir a solução mais vantajosa para o caso. Como diz Ross (2000, p. 385): “este ponto de vista não percebe que toda política tem, necessariamente, suas raízes em atitudes que ultrapassam o conhecimento”. Logo, não há como definir uma única resposta correta, visto que o nexo entre os argumentos e a conclusão corresponde à consideração de política jurídica, dentre outras incomensuráveis (2000, p. 386).

4 Hart e a interpretação judicial

Os problemas lingüísticos, essenciais no pensamento de Hart, são os pontos de partida para compreender a teoria interpretativa do direito que ele propõe.

Em *O conceito de direito* (1986), o autor afirma a textura aberta da linguagem jurídica cujos significados possíveis variariam de acordo com os contextos aplicados. O direito, sendo repleto de palavras vagas e ambíguas, não teria um sentido único e estabelecido *a priori*, podendo suas leituras tanto convergirem quanto divergirem.

É certo que há casos mais simples, mas o intérprete enfrenta também casos difíceis, com termos pouco claros ou fatos controversos. Nestes últimos, o juiz cria direito, dentro de seu poder discricionário.

Sob essa perspectiva, o formalismo jurídico da hermenêutica tradicional, para Hart, não passaria de uma ficção, uma tentativa de legitimar a atividade dos tribunais pela utilização de um artifício. E nesse ponto Hart concorda com Kelsen e Ross ao asseverar que (1986, p. 16-17):

Não restam dúvidas de que os tribunais proferem os seus julgamentos de forma a dar a impressão de que as suas decisões são a consequência necessária de regras predeterminadas cujo sentido é fixo e claro. Em casos muito simples, tal pode ser assim; mas na larga maioria dos casos que preocupam os tribunais, nem as leis, nem os precedentes em que as regras estão alegadamente contidas admitem apenas um resultado. Nos casos mais importantes, há sempre uma escolha. O juiz tem de escolher entre sentidos alternativos a dar às palavras de uma lei ou entre interpretações conflitantes do que um precedente (significa). É só a tradição de que os juízes (descobrem) o direito e não o (fazem) que esconde isto e apresenta as suas decisões como se fossem deduções feitas com toda a facilidade de regras claras preexistentes, sem intromissão da escolha do juiz. Contudo, todas as regras têm uma penumbra de incerteza em que o juiz tem de escolher entre alternativas.

Sanchis, comentando a posição de Hart, ensina que este teria proposto uma solução intermediária entre as teorias realistas norte-americanas e a tese de Dworkin. Para Hart, a realidade social seria disciplinada, com maior ou menor intensidade, pelas leis, costumes e precedentes, os quais não seriam meras fontes de inspiração da decisão judicial, nem tampouco significariam a execução mecânica das normas, mas sim expressariam um momento irredutível de discricionariedade (1987, p. 79). Ademais, o uso de instrumentos como a analogia, a ponderação e alguns princípios relevantes não eliminariam a dimensão criativa da decisão judicial, tendo em vista que os casos difíceis comportam uma pluralidade de princípios a apoiar o juiz (1987, p. 80).

Nesse sentido, Hart, assim como Kelsen e Ross, reconhece um momento ideológico inseparável à interpretação levada a cabo pelos tribunais, ao menos nos casos difíceis, e deslegitima a hermenêutica mecanicista como justificadora da atividade dos tribunais.

5 Conclusões

Ao optarmos por estudar as posições de Kelsen, Alf Ross e Hart, partimos da premissa de que todos eles reconhecerem a presença de uma dimensão criativa, ou seja, valorativa na interpretação judicial. Não sabíamos, entretanto, que a conclusão final nos levaria ao mesmo ponto. Respeitadas as peculiaridades, esses autores concordam que a composição das normas ou as circunstâncias do caso exigem que o juiz escolha, ou melhor, fixe o sentido do direito na decisão judicial. Contudo, não se preocupam em detalhar a que elementos ideológicos o aplicador da norma recorre nem como se dá esse momento, isto é, o motivo pelo qual aderem a certa ideologia. Isso porque, conforme vimos, esses fatores compõem exatamente a parte discricionária reservada ao juiz ou tribunais. Ademais, a exemplo do que afirmam Kelsen e Ross, não cumpre à teoria do direito prescrever como o juiz deve julgar, pois esta questão diz respeito à política jurídica.

A partir da textura aberta da norma – Kelsen – do distanciamento do juiz da diretiva legal – Ross – ou da zona de penumbra das normas decorrente da pluralidade de significados que comportam – Hart – todos parecem entender o elemento ideológico não como parte viciada da interpretação judicial, mas como momento normal dessa atividade. A subjetividade do intérprete não nos remete à idéia de falsidade, senão a uma característica do processo de determinação de sentido da norma ou de criação judicial.

Em contrapartida, no que se refere à explicação do fenômeno ideológico, os termos da discussão não são seguros. Kelsen não deixa claro se a interpretação judicial é um ato cognoscitivo ou volitivo, embora saliente o caráter constitutivo dos tribunais. Ross, por sua vez, afirma que toda decisão judicial contém um elemento que exorbita o ato intelectual, todavia não exonera o juiz de buscar os valores que o orientam em crenças e atitudes sociais. Já Hart admite que as normas e os precedentes devem guiar a decisão judicial, porém eles não eliminam a discricionariedade do magistrado, porquanto, nos casos difíceis, este escolherá o sentido da linguagem jurídica adequado ao contexto apresentado.

Nossa dificuldade em esclarecer as explicações do fenômeno ideológico segundo cada autor, portanto, encontra escusa no papel secundário que é delegado às razões pelas quais os juízes se orientam.

Podemos apenas defender que nem Kelsen, Ross ou Hart caracterizaram a atividade criativa do juiz como irracional. Ao contrário, a discricionariedade não se confunde com arbitrariedade. Os elementos subjetivos têm sempre um padrão de referência, a saber, a moldura da norma, as atitudes e crenças do meio social ou as alternativas ainda restantes na análise das leis, costumes e precedentes. A racionalidade inscreve-se, então, em alguma espécie de subordinação do juiz, embora esta não seja suficiente para justificar a atividade dos tribunais. E é nesse sentido que voltamos ao ponto de partida.

6 Referências

BOUDON, Raymond. *A ideologia ou a origem das idéias recebidas*. São Paulo: Ática, 1989.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ROSS, Alf. *Direito e justiça*. São Paulo: Edipro, 2000.

SANCHIS, Luis Prieto. *Ideologia e interpretación jurídica*. Madrid: Tecnos, 1987.