

A Utilidade em conhecer o Realismo Jurídico Norte-americano para a Compreensão de Decisões Judiciais Tributárias não Explicáveis pelo Positivismo Jurídico

The Usefulness of Understanding American Legal Realism for Comprehending Tax Judicial Decisions Not Explained by Legal Positivism

Renato Lopes Becho

Bacharel em Direito pela UFMG. Especialista em Cooperativismo pela UNISINOS/RS. Mestre e Doutor em Direito Tributário pela PUC/SP. Livre-docente pela USP. Estágio pós-doutoral no King's College de Londres. Pós-doutorando na Universidade de Bolonha. Professor de Direito Tributário da PUC/SP. Desembargador Federal do Tribunal Regional da 3ª Região. *E-mail*: renato.becho@uol.com.br.

Rafael Campos Giro

Bacharel em Direito pela UCAM. Especialista em Direito da Economia e da Empresa (MBA) pela FGV/Rio. Mestrando em Direito Constitucional e Processual Tributário pela PUC/SP. Advogado. *E-mail*: rafaelgiro@mngm.com.br.

Recebido em: 12-9-2025 – Aprovado em: 8-4-2026
<https://doi.org/10.46801/2595-6280.62.11.2026.2865>

Resumo

O artigo expõe o realismo jurídico norte-americano, demonstrando sua utilidade na compreensão de decisões judiciais tributárias brasileiras contemporâneas não explicáveis pelo positivismo jurídico, destacando a centralidade de tais decisões, a subjetividade dos juízes e o pragmatismo jurídico. Inicialmente, apresenta o contexto teórico do realismo jurídico, conforme defendido por autores como Oliver Wendell Holmes Jr. e Jerome Frank, que argumentam que o direito é moldado pelas experiências e valores dos magistrados, em contraste com a rigidez do formalismo. A análise destaca exemplos da jurisprudência do Brasil, como a teoria do “furto famélico”, a equiparação de direitos às uniões homoafetivas, a atuação do Supremo Tribunal Federal durante a pandemia de covid-19, para, em seguida, adentrar no terreno tributário, abordando o Tema 1.184/STF, que resultou na Resolução n. 547/2024 do CNJ, e o REsp n. 1.120.295, julgado pelo STJ, que criou nova regra prescricional para cobrança dos créditos tributários pelas Fazendas Públicas, que evidenciam práticas judiciais que transcendem a literalidade das normas. O artigo discute, também, as implicações dessa abordagem, incluindo a potencial insegurança jurídica decorrente da subjetividade e da flexibilidade ex-

cessiva nas decisões. Propõe que o pragmatismo, ao priorizar soluções eficazes e humanizadas, pode modernizar o sistema jurídico brasileiro, desde que equilibrado com a previsibilidade e a legitimidade democrática. O texto conclui enfatizando a importância de fundamentações robustas e da integração entre direito e sociedade para construir um Judiciário mais eficiente e responsivo às transformações contemporâneas.

Palavras-chave: teoria geral do direito, realismo jurídico, decisões judiciais, direito tributário.

Abstract

This paper examines American legal realism and demonstrates its usefulness for understanding contemporary Brazilian tax judicial decisions that cannot be adequately explained by legal positivism, highlighting the centrality of judicial decisions, the subjectivity of judges, and legal pragmatism. It initially outlines the theoretical context of legal realism, as advocated by authors like Oliver Wendell Holmes Jr. and Jerome Frank, who argue that law is shaped by the experiences and values of judges, in contrast to the rigidity of formalism. The analysis highlights examples from Brazilian case law, such as the “hunger theft” (*furto famélico*) doctrine, the granting of equal rights to same-sex civil unions, and the Supreme Federal Court’s role during the covid-19 pandemic, before delving into the tax field. In this specific area, it addresses STF Precedent (Tema) 1184, which resulted in CNJ Resolution 547/2024, and STJ case REsp 1.120.295, which created a new statute of limitations rule for the collection of tax debts by Public Treasuries. These cases reveal judicial practices that go beyond the literal wording of statutory rules. The article also discusses the implications of this approach, including the potential for legal uncertainty arising from subjectivity and excessive flexibility in decisions. It proposes that pragmatism, by prioritizing effective and humanized solutions, can modernize the Brazilian legal system, provided it is balanced with predictability and democratic legitimacy. The text concludes by emphasizing the importance of robust reasoning and the integration of law and society to build a more efficient and responsive judiciary for contemporary challenges.

Keywords: general theory of law, legal realism, judicial decisions, tax law.

1. Introdução

O cenário jurídico brasileiro contemporâneo tem sido marcado por uma significativa reconfiguração do papel do Poder Judiciário. Tradicionalmente concebido como mero aplicador do direito positivo, observa-se hoje uma atuação que frequentemente transcende a interpretação literal das normas, assumindo uma função ativa na conformação do ordenamento jurídico. Esse fenômeno, muitas vezes enquadrado como ativismo judicial, tem gerado intensos debates acerca de sua legitimidade e das implicações para a segurança jurídica e a separação dos poderes.

O realismo jurídico, que emergiu nos Estados Unidos no início do século XX como uma contundente reação ao formalismo predominante, propõe uma compreensão do Direito não como um sistema abstrato de regras fixas, mas como uma prática social dinâmica, moldada por fatores concretos, experiências e percepções. Exponentes como Oliver Wendell Holmes Jr. e Jerome Frank defenderam que a previsibilidade jurídica reside menos na literalidade das leis e mais na análise empírica das decisões judiciais, evidenciando a subjetividade inerente ao processo decisório dos magistrados e a relevância das práticas institucionais.

No Brasil, embora com uma tradição jurídica distinta, semelhanças com a abordagem realista podem ser observadas. A crescente aplicação de princípios constitucionais para fundamentar decisões judiciais reflete um afastamento do formalismo estrito em favor de uma ótica mais pragmática e adaptativa do direito. Exemplos dessa tendência incluem (i) a adoção da teoria do “furto famélico” no direito penal, que permite a exclusão da culpabilidade em situações de extrema necessidade, amparada no princípio da dignidade da pessoa humana; (ii) o reconhecimento, também pelo STF, de direitos civis às uniões homoafetivas, nos mesmos moldes daqueles assegurados às uniões heteroafetivas, igualmente fundamentado no princípio da dignidade da pessoa humana e no princípio da igualdade; (iii) a atuação de nossa Suprema Corte durante a pandemia da covid-19, e que resultou na determinação de adoção, pelo Poder Executivo, de políticas públicas voltadas à proteção da saúde humana durante o período de emergência sanitária. No campo tributário, podemos destacar (1) o julgamento do Tema 1.184 da repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal, que racionaliza a tramitação de execuções fiscais priorizando a eficiência e a efetividade do sistema; (2) o julgamento do REsp n. 1.120.295 pelo Superior Tribunal de Justiça, que culminou na criação de nova regra prescricional para cobrança dos créditos tributários pelas Fazendas Públicas.

Diante desse cenário, este estudo propõe a seguinte questão de pesquisa: o realismo jurídico pode explicar melhor do que o positivismo jurídico as decisões judiciais em que os julgadores deixam de aplicar a lei na solução de casos em litígio? Nossa hipótese é que o protagonismo do Judiciário brasileiro na criação de normas, implícitas e explícitas, e na adaptação das normas existentes a novas realidades, é melhor explicável pelo realismo jurídico do que pelo juspositivismo.

Para investigar essa questão e hipótese, adota-se uma metodologia de pesquisa dedutiva, partindo da teoria geral do realismo jurídico e seus princípios para aplicá-los e verificar sua manifestação em fenômenos específicos da jurisprudência brasileira. Concomitantemente, e sem qualquer pretensão de esgotar o tema, o estudo avaliará os desafios e riscos associados a essa postura, como a potencial insegurança jurídica e as críticas à legitimidade democrática de juízes que “criam direito”.

Por fim, visa-se contribuir para o debate acadêmico, propondo uma reflexão sobre como o direito brasileiro pode se beneficiar das lições do realismo jurídico, sem desconsiderar os limites de nossa tradição codificada. O reconhecimento dessas influências pode ser um passo essencial para compreender as transformações em curso e delinear os caminhos futuros da administração da justiça no Brasil.

2. O realismo jurídico norte-americano: origens e pilares teóricos

O realismo jurídico norte-americano surgiu no início do século XX como uma forte reação ao formalismo jurídico predominante vigente até então¹. Nesse contexto, o formalismo² via o direito como um sistema lógico, baseado em normas claras e predefinidas, cuja aplicação deveria resultar em decisões objetivas e previsíveis. No entanto, os realistas desafiaram essa concepção ao argumentarem que o direito não pode ser limitado a um conjunto abstrato de regras, mas deve ser entendido como uma prática social moldada por fatores econômicos, políticos e humanos.

O movimento do realismo jurídico surgiu nos Estados Unidos em meio a um período de intensas transformações sociais e econômicas. A transferência da economia industrial, o aumento da urbanização e os efeitos da Grande Depressão colocaram em evidência a incapacidade do sistema jurídico tradicional de lidar com as complexidades da sociedade moderna. Os realistas questionaram se as regras jurídicas, em sua literalidade, eram suficientes para promover justiça e equidade em um mundo em constante mudança. Nesse contexto, explica Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy:

“O realismo jurídico aproxima-se de conjunto de transformações que marcavam a primeira parte do século XX. É contemporâneo do pragmatismo na filosofia, da geometria não-euclidiana, da teoria da relatividade de Albert Einstein, de novos métodos e abordagens na psicologia, como o freudismo e a psicanálise. O momento era de dúvida em relação a sistemas de axiomas e de teoremas, bem como do valor de raciocínios indutivos e dedutivos e da possibilidade de que regras formais pudessem organizar as relações humanas. Percebe-se nos textos dos realistas que o formalismo convencional, baseado na concepção de resultado lógico a partir da natureza de dada catego-

¹ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Direito e filosofia nos Estados Unidos. *Revista de Informação Legislativa* a. 41, n. 163. Brasília, jul./set. 2004. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496895/RIL163.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

² BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 145: “[...] a concepção formal do direito define portanto o direito exclusivamente em função da sua estrutura formal, prescindindo completamente do seu conteúdo – isto é, considera somente *como* o direito se produz e não o *que* ele estabelece.”

ria, migrou para justificativa do direito a partir do conhecimento das condições sociais junto às quais se aplica a lei, na busca de política social supostamente aceita como resultado desejado. Nesse sentido, os realistas falavam a linguagem dos burocratas de Washington e prestaram favor inestimável ao governo norte-americano, nas administrações que mediaram as guerras mundiais, especialmente no interregno que foi balançado pela grande crise que o capitalismo viveu em 1929.”³

Entre os principais expoentes do movimento estão Oliver Wendell Holmes Jr. e Jerome Frank, que compartilharam a ideia de que o direito deveria ser analisado a partir de sua aplicação prática. Esse leque de ideias pode ser resumido na célebre passagem de Oliver Wendell Holmes Jr., retirada da obra *The common law*:

“A vida do direito não tem sido a lógica; tem sido a experiência. As necessidades sentidas de cada época, as teorias morais e políticas predominantes, intuições de interesse público – conscientes ou inconscientes –, e até mesmo os preconceitos que os juízes compartilham com seus semelhantes, tiveram muito mais influência do que o silogismo na determinação das regras que governam as pessoas.”⁴

Oliver Wendell Holmes Jr., considerado um dos precursores do realismo jurídico norte-americano, argumentou que o direito não deveria ser aplicado como um sistema independente, desvinculado da realidade. Para esse celebrado “Justice” da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, o comportamento das pessoas, especialmente dos juízes, deveria ser o principal objeto de estudo do direito. Sua visão desafiava a noção de que as normas jurídicas deveriam ser aplicadas de maneira automática e objetiva. Ele sustentava que as decisões judiciais resultam de uma interação entre os textos legais, os fatos e as convicções pessoais do julgador. Holmes Jr. também foi pioneiro ao propor uma análise do direito sob uma perspectiva pragmática, considerando os efeitos práticos das decisões judiciais. Para ele, a previsibilidade do direito não depende apenas das regras determinantes, mas da forma como essas seriam interpretadas e aplicadas em casos concretos.

Essa abordagem inovadora abriu caminho para uma compreensão mais dinâmica e adaptável do sistema jurídico, aproximando o direito da realidade so-

³ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. O realismo jurídico norte-americano, a tese de Charles Beard e a experiência constitucional internacional contemporânea. Disponível em: <https://portal-revistas.ucb.br/index.php/rdiet/article/view/4478/2787>, p. 4-5. Acesso em: 16 jun. 2024.

⁴ HOLMES JR., Oliver Wendell. *The common law*. Londres: Macmillan, 1882, p. 01. Disponível em: <https://ia800505.us.archive.org/33/items/commonlaw00holmuoft/commonlaw00holmuoft.pdf>. Livre tradução. No original: “The life of the law has not been logic: it has been experience. The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy, avowed or unconscious, even the prejudices which judges share with their fellow-men, have had a good deal more to do than the syllogism in determining the rules by which men should be governed”.

cial e econômica. A passagem a seguir bem resume o pensamento de Holmes Jr. sobre a necessidade de adaptabilidade do direito às necessidades contemporâneas, sem que isso implique em abandonar toda malha de pensamentos tecida ao longo dos anos:

“A verdade é que o direito está sempre em busca de consistência, mas nunca a alcança plenamente. Está continuamente adotando novos princípios oriundos da vida, de um lado, enquanto, de outro, mantém antigos princípios herdados da história, que ainda não foram totalmente assimilados ou descartados. O direito só será inteiramente consistente quando deixar de evoluir.”⁵

Jerome Frank, outro expoente do realismo jurídico, levou a crítica ao formalismo jurídico a um nível ainda mais profundo ao explorar a subjetividade dos juízes na tomada de decisões. Em sua obra seminal *Law and the modern mind*, Frank argumenta que o direito não é apenas o texto da lei, mas o que os juízes efetivamente decidem nos casos concretos. Para ele, fatores como a formação pessoal, os valores e até mesmo as emoções dos magistrados desempenham um papel crucial no resultado das decisões judiciais. Nesse sentido, o autor argumentou:

“Não é absurdo manter viva a tradição artificial e ortodoxa do ‘juiz ideal’? A alternativa racional é reconhecer que os juízes são seres humanos falíveis. Precisamos perceber que vieses, preconceitos e condições de atenção influenciam o raciocínio dos juízes assim como influenciam o raciocínio das pessoas comuns.”⁶

O autor também desafiou a ideia de que o direito poderia oferecer previsibilidade e certeza. Segundo ele, a incerteza é inerente ao sistema jurídico, uma vez que os julgadores interpretam as normas de maneiras distintas, influenciadas por suas próprias experiências e visões de mundo⁷. No entanto, ele não via essa incerteza como um defeito, mas como uma característica fundamental que permite ao direito se adaptar rapidamente às necessidades e aos desafios de uma sociedade em constante transformação. Frank sustentou que

⁵ HOLMES JR., Oliver Wendell. *The common law*. Londres: Macmillan, 1882, p. 36. Livre tradução. No original: “The truth is, that the law is always approaching, and never reaching, consistency. It is forever adopting new principles from life at one end, and it always retains old ones from history at the other, which have not yet been absorbed or sloughed off. It will become entirely consistent only when it ceases to Grow.”

⁶ FRANK, Jerome. *Law and the modern mind*. New York: Routledge, 2017, p. 156. Livre tradução. No original: “Is it not absurd to keep alive the artificial, orthodox tradition of the ‘ideal judge’? The rational alternative is to recognize that judges are fallible human beings. We need to see that biases and prejudices and conditions of attention affect the judge’s reasoning as they do the reasoning of ordinary men.”

⁷ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. O realismo jurídico norte-americano, a tese de Charles Beard e a experiência constitucional internacional contemporânea. *Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário* v. 2, n. 1, jan./jun. 2007. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/rdiet/article/view/4478/2787>, p. 8-9. Acesso em: 20 ago. 2025.

“A exigência por uma segurança jurídica excessiva produz [...] um forte preconceito contra o reconhecimento da necessidade prática de adaptação flexível e individualização do direito, baseada nas circunstâncias únicas de cada caso.”⁸

Outro aspecto relevante da obra de Frank é sua defesa do direito como arte, não como ciência⁹. Ele acreditou que o papel dos juízes vai além da simples aplicação de normas abstratas, sendo necessário levar em consideração as particularidades de cada caso e os efeitos concretos de suas decisões¹⁰. Essa perspectiva prática e contextualizada se alinha à crítica dos realistas ao modelo jurídico tradicional, que tende a ignorar a complexidade, a variabilidade e a dinamicidade das interações humanas.

A partir da reunião das lições dos autores citadas até aqui é possível afirmar que o realismo jurídico é guiado por alguns pilares centrais, que moldam sua visão do direito e sua aplicação. São eles:

- *O Direito como Prática Social*: o direito é entendido como uma característica social, que não pode ser separada das dinâmicas políticas, econômicas e culturais da sociedade. Para os realistas, as normas jurídicas só fazem sentido quando ocorrem em sua interação com a realidade social.
- *A Centralidade das Decisões Judiciais*: em vez de enfatizar apenas o texto legal, os realistas destacam o papel das decisões judiciais como a verdadeira expressão do direito. Essa abordagem desloca o foco da teoria para

⁸ *Law and the modern mind*. New York: Routledge, 2017, p. 183. Livre tradução. No original: “[t]he demand for excessive legal certainty produces [...] a violent prejudice against a recognition of the practical need for flexible adaption and individuation of law based upon the unique facts of particular cases”.

⁹ FRANK, Jerome. *Courts on trial: myth and reality in American Justice*. Princeton: Princeton University Press, 1973, p. 221: “Wise physicians have always admitted that the practice of medicine, while using the sciences, is not a science but is and always be an art. So we should admit that all government, and court-house government in particular, is not and can never be a Science, that it is and ever will be art – and a difficult one”. No mesmo sentido: “Within such a precedent-bound common-law system, it is critical for the lawyer, or the judge, to establish whether the case at hands falls within a principle that has already been decided. Hence the technique – or the art, or the game – of ‘distinguishing’ earlier cases. It is an art or a game, rather than a science, because what constitutes the ‘holding’ of an earlier case is not well defined and can be adjusted to suit the occasion.” (SCALIA, Antonin. *A matter of interpretation: federal courts and the law*. New Jersey: Princeton University Press, 1998, p. 7-8)

¹⁰ FRANK, Jerome. *Law and the modern mind*. New York: Routledge, 2017, p. 129: “The law is not a machine and the judges not machine-tenders. There never was and there never will be a body of fixed and predetermined rules alike for all. The acts of human beings are not identical mathematical entities; the individual cannot be eliminated as, in algebraic equations, equal quantities on the two sides can be cancelled. Life rebels against all efforts at legal over-simplification. New cases ever continue to present novel aspects. To do justice, to make any legal system acceptable to society, the abstract preestablished rules have to be adapted and adjusted, the static formulas made alive.”

a prática, evidenciando a importância do trabalho dos juízes igualmente como fonte do direito.

- *A Importância da Experiência*: inspirados pelo pragmatismo filosófico, os realistas consideram a experiência prática mais relevante do que as teorias abstratas. O direito, nesse sentido, é visto como uma ferramenta para resolver problemas concretos, não como um sistema fechado de regras.
- *A Crítica à Previsibilidade Absoluta*: os realistas rejeitam a ideia de que o direito pode oferecer previsibilidade total. Para eles, a incerteza e a subjetividade são elementos inevitáveis, que refletem a complexidade da sociedade e das relações humanas.
- *O Direito como Instrumento de Transformação Social*: muitos realistas veem o direito como um meio para promover mudanças sociais e econômicas. Essa visão pragmática incentiva uma abordagem mais flexível e adaptável às demandas contemporâneas.

3. A jurisprudência brasileira e o diálogo com o realismo: manifestações e desafios

Embora o realismo jurídico tenha desempenhado papel decisivo ao desestabilizar a autocompreensão formalista do direito e ao chamar atenção para a dimensão efetiva da decisão judicial, ele também se expôs a objeções relevantes no plano da teoria do direito. Hart, por exemplo, critica diretamente a redução do direito a “profecias sobre o que os tribunais farão”, sustentando que essa leitura obscurece o fato de que as regras jurídicas não operam apenas como previsões de sanções, mas como guias e justificações internas da prática jurídica¹¹.

Nessa linha, uma das preocupações centrais dos críticos consiste no risco de que a ênfase excessiva na escolha judicial e no pragmatismo decisório favoreça formas de subjetivismo incompatíveis com a segurança jurídica, pois, como observa Humberto Ávila, a aplicação normativa, ao valorizar elementos predeterminados, “não pode ser meramente subjetiva e caprichosa e, portanto, arbitrária”, sendo ainda a “coerência do ordenamento jurídico” um dos fatores que mais contribuem para a cognoscibilidade e a calculabilidade das consequências jurídicas¹².

Por isso, mais do que conduzir a uma simples superação do formalismo, a radicalização desse deslocamento em favor do decisionismo judicial pode abrir espaço para formas de ativismo incompatíveis com os limites do Estado de Direito, aproximando-se do que a literatura crítica associa à “juristocracia” (*juristocracy*)¹³.

¹¹ HART, H. L. A. *O conceito de direito*. 3. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 15.

¹² ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 359-360.

¹³ HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Harvard University Press, 2004, p. 01: “Over the past few years the world has witnessed an asto-

Ocorre, porém, que o remédio para qualquer excesso por parte tanto do legislador quanto do juiz é um só: o equilíbrio e a harmonia entre os Poderes Públicos. Somente assim não se pode cogitar de ditadura de quaisquer deles. Eventual ditadura judicial nunca poderia, por evidente, se fundamentar em alguma corrente filosófica. Nenhuma corrente filosófica é capaz de deter a tomada de poder pela força¹⁴.

Não obstante, os impactos do movimento foram profundos e duradouros, influenciando sistemas jurídicos para além do norte-americano. No Brasil, essa influência se manifesta em decisões judiciais crescentemente orientadas por princípios de eficiência, justiça material e impacto social, dentre outros valores, conforme se demonstrará ao longo deste artigo. A herança do realismo jurídico reside em sua capacidade de aproximar o direito das demandas da sociedade, mantendo-o relevante e funcional em um mundo em constante mudança.

Nos últimos anos, o papel do Poder Judiciário no Brasil tem se ampliado significativamente, a ponto de muitos estudiosos e juristas defenderem que o Judiciário não apenas aplica o direito, mas, em diversas situações, é fonte dele¹⁵. Essas manifestações, frequentemente denominadas de “ativismo judicial”, refletem uma prática em que os tribunais brasileiros ultrapassaram os limites tradicionais de interpretação e aplicação das leis, promovendo uma adaptação do ordenamento às demandas jurídicas sociais, políticas e econômicas. Essa atuação criativa do Judiciário tem gerado intenso debate sobre seus impactos no sistema jurídico nacional, especialmente no que tange à segurança jurídica e à separação de poderes.

Neste estudo, que se concentra na esfera jurídica, a percepção de uma crise emerge da crescente frequência de decisões judiciais que não se baseiam primordialmente na legislação vigente. Essa crise no campo do direito manifesta-se em decisões com fundamentação legal frágil, que desafiam as normas hermenêuticas estabelecidas pela doutrina. A carência de um embasamento legal ou constitucional robusto, por vezes quase ausente, sinaliza uma expansão do ativismo judicial. Contudo, esse fenômeno não se restringe às cortes; ele é também resultado da ação coordenada de diversos atores do sistema de justiça, incluindo promotores, procuradores da fazenda e advogados. Por essa razão, sugere-se que o termo “ati-

nishingly rapid transition to what may be called juristocracy. Around the globe, in more than eighty countries and in several supranational entities, constitutional reform has transferred an unprecedented amount of power from representative institutions to judiciaries.”

¹⁴ BECHO, Renato Lopes. *Filosofia do direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 194.

¹⁵ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao Poder Judicial de Tributar*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 308: “Partimos do pressuposto de que o juiz aplica, mas também cria o Direito.”

vismo jurídico” seria uma designação mais precisa para essa ocorrência do que simplesmente “ativismo judicial”¹⁶.

Note-se que a atuação criadora do Judiciário no Brasil não se dá de maneira uniforme. Em muitos casos, ela se manifesta na forma de ampliação ou adaptação dos princípios constitucionais a contextos novos, muitas vezes não previstas pelo legislador. Esse movimento reflete, igualmente, a tentativa de tornar o sistema jurídico mais responsivo às realidades sociais, ainda que, em alguns momentos, ultrapasse os limites do texto legislativo ou mesmo os ignore. Dessa forma, a atuação judicial brasileira vem assumindo características que guardam semelhanças com os preceitos do realismo jurídico norte-americano, ao enfatizar a necessidade de decisões práticas e eficazes, que transcendem o formalismo estrito.

3.1. O protagonismo judicial e a consolidação da jurisprudência como fonte do direito

No Brasil, o Código Civil de 2002 (CC/2002) e o Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) desenvolveram-se significativamente para a inscrição da jurisprudência no rol das fontes do direito¹⁷. Esses diplomas introduziram mecanismos que ampliam a eficácia normativa das decisões judiciais para além dos limites do caso concreto, especialmente por meio da teoria dos precedentes. O CPC/2015, por exemplo, prevê expressamente a obrigatoriedade de observância de decisões vinculantes, como as proferidas em sede de recursos repetitivos e repercussão geral, além de súmulas vinculantes¹⁸.

Esse movimento aproxima o sistema jurídico brasileiro de características do direito consuetudinário, elevando a jurisprudência vinculante a um elemento normativo de crescente relevância. Tal evolução, contudo, também denota um afastamento do modelo codificado tradicional e acentua o protagonismo dos tribunais superiores na criação do direito.

¹⁶ BECHO, Renato Lopes. *Ativismo jurídico em processo tributário: crise, teoria dos precedentes e efeitos do afastamento da estrita legalidade*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 22.

¹⁷ BECHO, Renato Lopes. As decisões judiciais como um desafio científico para o direito tributário. *Rev. Fac. Direito UFMG* n. 82. Belo Horizonte, jan./jun. 2023, p. 291-320, p. 317: “É chegada a hora de a doutrina do Direito Tributário se abrir para a jurisprudência e passar a usar as decisões judiciais como fonte do direito, reescrevendo sua ciência.”

¹⁸ “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:
I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
II – os enunciados de súmula vinculante;
III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.”

Esse fenômeno já havia sido sinalizado pelo Supremo Tribunal Federal. Em voto proferido pelo Ministro Teori Zavascki no julgamento da Reclamação n. 4.335/AC, fica evidente a percepção da Suprema Corte acerca da aproximação do sistema jurídico brasileiro, historicamente ancorado em um positivismo kelsiano, no qual apenas a lei posta pelo parlamento é norma, com o sistema de países que enxergam os precedentes judiciais igualmente como fonte do direito. Eis as exatas palavras do saudoso Ministro:

“Não se pode deixar de ter presente [...] a evolução do direito brasileiro em direção a um sistema de valorização dos precedentes judiciais emanados dos tribunais superiores, aos quais se atribui, cada vez com mais intensidade, força persuasiva e expansiva em relação aos demais processos análogos. Nesse ponto, o Brasil está acompanhando um movimento semelhante ao que também ocorre em diversos outros países que adotam o sistema da *civil law*, que vêm se aproximando, paulatinamente, do que se poderia denominar de cultura do *stare decisis*, própria do sistema da *common law*.”¹⁹

Fica evidente, portanto, que o protagonismo judicial e a força normativa da jurisprudência não são mais teses, mas fatos consolidados no ordenamento jurídico brasileiro. Uma vez que as decisões judiciais transcendem o caso concreto e se convertem em direito aplicável a todos, a figura do juiz como um autômato que apenas revela a vontade da lei torna-se insustentável. É precisamente nesse ponto que a teoria formalista se mostra insuficiente, exigindo uma abordagem que investigue os fatores humanos, sociais e psicológicos que influenciam a criação judicial do direito – uma tarefa para a qual o realismo jurídico oferece ferramentas indispensáveis.

3.2. Exemplos de atuação criativa e flexibilização do formalismo

Fica claro que o realismo jurídico é crítico ao formalismo excessivo por considerá-lo incapaz de lidar com a complexidade e a mobilidade das interações humanas. Essa crítica também é observada na prática jurídica brasileira, em que o formalismo jurídico tem sido frequentemente flexibilizado para promover a justiça material e atender às demandas sociais, econômicas e políticas. No Brasil, princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana, a igualdade e a eficiência têm sido utilizados como fundamentos para decisões judiciais inovadoras, adaptativas e por que não dizer criativas.

Um dos exemplos mais notáveis de atuação criadora do Judiciário é a adoção da teoria do “furto famélico”²⁰ no direito penal. Com efeito, ainda que não esteja

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 4.335/AC. Tribunal Pleno. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgamento: 20.03.2014. Publicação: 22.10.2014. Voto-vista Ministro Teori Zavascki, p. 2/3.

²⁰ “Furto famélico ou necessitado. É aquele cometido por quem se encontra em situação de extrema

expressamente previsto na lei, o entendimento de que o furto praticado por necessidade extrema (como a fome) pode excluir a culpabilidade do agente é amplamente aceito na jurisdição brasileira. Essa construção jurisprudencial, fundamentada no princípio da dignidade da pessoa humana e no estado de necessidade previsto no Código Penal²¹, demonstra como os tribunais podem adaptar a aplicação das normas para atender às demandas concretas da sociedade, mesmo sem uma base normativa explícita para tanto. Não há na lei penal autorização para que o réu, pelo crime de furto, deixe de ser condenado em razão da sua condição de famélico. No entanto, os tribunais brasileiros não hesitam em afastar a punibilidade nesses casos, adotando uma postura que, se analisada academicamente, encontra mais suporte no realismo jurídico do que no juspositivismo.

Outro exemplo emblemático da atuação judicial criativa no Brasil parece ser a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da união homoafetiva. Em 2011, o STF declarou uma união estável entre pessoas do mesmo sexo, atribuindo-lhes os mesmos direitos e deveres das uniões heterossexuais, mesmo na ausência de previsão legal específica. A decisão foi tomada no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4.277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 132²². Essa decisão inovadora foi baseada nos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, ambos consagrados na Constituição Federal. Aqui, observa-se a ação criadora do Judiciário ao interpretar e ampliar o alcance de normas constitucionais para responder às demandas sociais contemporâneas, em linha com os pilares centrais identificados pelo realismo jurídico.

Na mesma linha de atuação pragmática, porém em um contexto de crise sanitária e direitos fundamentais, a resposta do Supremo Tribunal Federal à pandemia de covid-19 serve como um exemplo emblemático. Diante da emergência de saúde pública, a Corte adotou uma postura eminentemente realista em deci-

miserabilidade, necessitando de alimento para saciar a sua fome e/ou de sua família. Não se configura, na hipótese, o crime, pois o estado de necessidade exclui a ilicitude do crime. Dificuldades financeiras, desemprego, situação de penúria, por si sós, não caracterizam essa discriminante, do contrário estariam legalizadas todas as subtrações eventualmente praticadas por quem não estiver exercendo atividade laborativa.” (CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal. Parte especial*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2, p. 83)

²¹ “Art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato:

I – em estado de necessidade;

Art. 24. Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

§ 1º Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.

§ 2º Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços.”

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 4.277 e ADPF n. 132. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>.

sões como a ADI n. 6.341²³ e a ADPF n. 770²⁴. Nesses julgados, o STF estabeleceu diretrizes essenciais para as políticas públicas a serem seguidas pelo Poder Executivo, reafirmando seu compromisso com a proteção de direitos fundamentais mesmo diante de severos desafios institucionais e políticos.

No campo do direito tributário, podemos mencionar pelo menos duas decisões que ilustram prática criativa semelhante. A primeira delas é o julgamento do Tema 1.184²⁵ pelo Supremo Tribunal Federal, que autorizou a extinção de execuções fiscais de baixo valor por falta de interesse de agir. Nessa decisão, o STF reafirmou que os processos judiciais devem atender aos critérios de utilidade e custo-benefício, evitando a sobrecarga da máquina pública. Trata-se de uma abordagem que desborda os textos legais regedores da matéria, utilizando princípios constitucionais como fundamento normativo.

Como desdobramento deste julgamento foi editada a Resolução n. 547/2024 pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ)²⁶. Embora não tenha força de lei no sentido estrito, essa normativa introduz verdadeiros pressupostos processuais às execuções fiscais, que deverão ser obrigatoriamente observados pelas procuradorias fazendárias antes do ajuizamento destes processos. Tais critérios – como a tentativa prévia de conciliação e o protesto do título – não estão previstas na Lei de Execuções Fiscais (Lei n. 6.830/1980), tampouco no CPC/2015 (Lei n. 13.105/2015), mas passaram a ser incorporadas ao ordenamento jurídico por meio de decisões judiciais que reforçam sua aplicabilidade. Isso demonstra como o Judiciário brasileiro, em colaboração com órgãos administrativos integrantes da sua estrutura, como o CNJ, cria normas para lidar com os desafios contemporâneos do sistema jurídico, promovendo maior eficiência e racionalidade no trânsito processual.

O segundo caso tributário de natureza potencialmente realista é o julgamento, pelo Superior Tribunal de Justiça, do REsp n. 1.120.295/SP. Nessa decisão, o Tribunal efetivamente estabeleceu um novo marco para a interrupção da pres-

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 6.341. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754372183>.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 770. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755275114>.

²⁵ A tese fixada pelo STF foi a seguinte: “1. É legítima a extinção de execução fiscal de baixo valor pela ausência de interesse de agir tendo em vista o princípio constitucional da eficiência administrativa, respeitada a competência constitucional de cada ente federado. 2. O ajuizamento da execução fiscal dependerá da prévia adoção das seguintes providências: a) tentativa de conciliação ou adoção de solução administrativa; e b) protesto do título, salvo por motivo de eficiência administrativa, comprovando-se a inadequação da medida. 3. O trâmite de ações de execução fiscal não impede os entes federados de pedirem a suspensão do processo para a adoção das medidas previstas no item 2, devendo, nesse caso, o juiz ser comunicado do prazo para as providências cabíveis.”

²⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Resolução n. 547, De 22 De Fevereiro De 2024. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5455>. Acesso em: 20 ago. 2025.

crição tributária, afastando a norma expressa no art. 174, parágrafo único, inciso I, do Código Tributário Nacional (CTN)²⁷. O dispositivo legal, com a redação dada pela Lei Complementar n. 118/2005, preceitua que o prazo prescricional se interrompe pelo despacho do juiz que ordena a citação. Contudo, o STJ determinou que o marco interruptivo deveria retroagir à data de propositura da execução fiscal, aplicando, para tanto, o disposto no art. 219, § 1º, do Código de Processo Civil de 1973²⁸.

A controvérsia dessa construção jurisprudencial reside em dois pontos: primeiro, não levou em consideração o art. 146, III, da Constituição Federal²⁹, que exige *lei complementar* para disciplinar a prescrição em matéria tributária; segundo, no fato de que, ao invocar a regra do CPC, o Superior Tribunal de Justiça o fez de maneira seletiva. A Corte ignorou os demais parágrafos do mesmo art. 219, que condicionavam o efeito retroativo da interrupção a diligências a cargo do credor³⁰. Ao proceder dessa forma, o Tribunal, por meio de um julgado submeti-

²⁷ “Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.
Parágrafo único. A prescrição se interrompe:
I – pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal; (Redação dada pela Lcp n. 118, de 2005)”

²⁸ “Art. 219. A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição. (Redação dada pela Lei n. 5.925, de 1º.10.1973)
§ 1º A interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação. (Redação dada pela Lei n. 8.952, de 13.12.1994)”

²⁹ “Art. 146. Cabe à lei complementar:

[...]

III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;

c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas.

d) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas, inclusive em relação aos tributos previstos nos arts. 156-A e 195, V; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 132, de 2023)

d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 42, de 19.12.2003)

d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso dos impostos previstos nos arts. 155, II, e 156-A, das contribuições sociais previstas no art. 195, I e V, e § 12 e da contribuição a que se refere o art. 239. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 132, de 2023)”

³⁰ “Art. 219. [...]”

§ 2º Incumbe à parte promover a citação do réu nos 10 (dez) dias subsequentes ao despacho que a ordenar, não ficando prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário. (Redação dada pela Lei n. 8.952, de 13.12.1994)

do ao rito dos recursos repetitivos, não apenas substituiu a regra do CTN pela do CPC, mas criou uma terceira hipótese, em detrimento da disciplina legal estabelecida pelo legislador complementar.

3.3. *Implicações e limites: insegurança, legitimidade e fragmentação*

Embora a atuação criadora do Judiciário brasileiro possa ser vista como uma resposta às demandas sociais e à inércia legislativa, ela também gera desafios significativos.

Um dos principais problemas sublinhados pelos críticos do realismo é a insegurança jurídica, visto que a flexibilidade e a criatividade decisória podem alterar abruptamente realidades legislativas e interpretações consolidadas, rejeitando “implicitamente, a própria capacidade de realização do princípio da irretroatividade”³¹. A inerente subjetividade no processo decisório, já discutida, contribui para a ausência de previsibilidade, gerando desconfiança e inibindo o planejamento³².

Outro desafio reside na legitimidade democrática do Poder Judiciário. No modelo republicano brasileiro, a função legiferante é atribuída ao Legislativo, cabendo ao Judiciário, de rigor, a sua aplicação. Contudo, a postura criadora dos tribunais, ao adentrar o campo, em tese, constitucionalmente reservado ao Legislativo, levanta questionamentos sobre a separação e o equilíbrio de poderes³³.

A crítica ao ceticismo das regras realizada por Hart permite identificar, ainda que por inferência, o risco de comprometimento da unidade e da estabilidade do direito quando se atribui peso excessivo à criatividade decisória. Ao reconhecer que, “nos casos mais importantes, há sempre uma escolha” e que o juiz “tem de escolher entre sentidos alternativos a dar às palavras de uma lei ou entre interpretações conflituantes do que um precedente ‘significa’”, o autor evidencia que a centralidade da decisão judicial pode, se desacompanhada de parâmetros normativos suficientemente estruturantes, enfraquecer a uniformidade do direito e expor o sistema a soluções divergentes em casos semelhantes³⁴. Desse modo, a crítica dirigida ao realismo jurídico não reside apenas no reconhecimento da

§ 3º Não sendo citado o réu, o juiz prorrogará o prazo até o máximo de 90 (noventa) dias. (Redação dada pela Lei n. 8.952, de 13.12.1994)

§ 4º Não se efetuando a citação nos prazos mencionados nos parágrafos antecedentes, haver-se-á por não interrompida a prescrição.”

³¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 166.

³² BECHO, Renato Lopes. *Ativismo jurídico em processo tributário: crise, teoria dos precedentes e efeitos do afastamento da estrita legalidade*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 71.

³³ BARROSO, Luis Roberto. Retrospectiva 2008 – judicialização, ativismo e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica de Direito e Estado* n. 18, abril/maio/junho de 2009. Salvador, p. 8-9. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=344>.

³⁴ HART, H. L. A. *O conceito de direito*. 3. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 17.

inevitável participação do julgador na construção do sentido normativo, mas sobretudo no perigo de que a hipertrofia dessa dimensão decisória reduza o papel das regras como elemento comum de orientação, com prejuízo à coerência e à segurança jurídica do ordenamento.

Embora o CPC/2015 tenha buscado mitigar esse problema por meio da teoria dos precedentes, não apenas por meio da atribuição de força vinculante a determinados precedentes qualificados (art. 927 do CPC), como também exigindo que os tribunais uniformizem sua jurisprudência, mantendo-a, ademais, estável, íntegra e corrente (art. 926 do CPC), ainda há dificuldades na aplicação uniforme destas decisões, especialmente em um país com dimensões continentais e grande diversidade socioeconômica.

Apesar dessas críticas, a criação judicial do direito tem desempenhado um papel essencial na modernização do sistema jurídico brasileiro. Em um país com uma sociedade plural e que exige dinâmicas sociais atentas a essa realidade, a atuação criativa dos tribunais contribui para preencher lacunas legislativas e adaptar o ordenamento jurídico às necessidades contemporâneas. No entanto, essa prática exige cautela e fundamentação robusta, para que não comprometa os pilares da segurança jurídica e da legitimidade democrática que sustentam o Estado de Direito.

4. Considerações finais: o realismo como vetor de modernização da ciência do direito brasileira

O realismo jurídico, ao enfatizar a prática judicial e os efeitos concretos das decisões, oferece lições valiosas que podem contribuir para a modernização e a eficiência dos métodos de exposição, ensino e explicação do sistema jurídico brasileiro. A existência de um direito mais conectado com a realidade social, que priorize resultados práticos e equitativos, dialoga diretamente com os desafios enfrentados pelo Judiciário brasileiro, especialmente em um cenário de crescente litigiosidade, sobrecarga processual e complexidade normativa.

Este item explora três áreas principais nas quais o realismo jurídico pode oferecer contribuições ao direito brasileiro: reformas judiciais baseadas no pragmatismo, aprimoramento da fundamentação das decisões judiciais e fortalecimento da relação entre direito e sociedade. Esses aspectos destacam como a experiência realista pode auxiliar na construção de um Judiciário mais eficiente, humanizado e responsivo às demandas contemporâneas.

4.1. Práticas judiciais mais eficientes e humanizadas

Inspirado no realismo jurídico, a adoção de uma perspectiva pragmática é fundamental para privilegiar a eficiência e a eficácia na solução de conflitos jurídicos. Um dos pilares do realismo jurídico norte-americano é o pragmatismo, que sustenta que o direito deve ser avaliado a partir de seus resultados concretos

e de sua capacidade de resolver problemas sociais. Nesse sentido, Oliver Wendell Holmes Jr. enfatizou que o direito não é um sistema lógico abstrato, mas uma ferramenta prática moldada pela experiência³⁵. No Brasil, isso implica repensar práticas judiciais que frequentemente priorizam a forma sobre o conteúdo, contribuindo para a morosidade e distanciando o direito das necessidades sociais.

A eficiência judicial é um dos maiores desafios do sistema jurídico brasileiro. Dados do relatório Justiça em números 2024, divulgado pelo CNJ³⁶, revelam que o Brasil tinha, em 2023, cerca de 83,8 milhões de processos judiciais em tramitação (aqui incluídos os suspensos, os sobrestados e os em arquivamento provisório), com uma taxa de congestionamento de 70,5%. Entre os maiores gargalos estão as execuções fiscais, que representam 31% dos processos pendentes e apresentam taxa de congestionamento de 87,8%. Essa realidade evidencia a necessidade de práticas mais eficientes e racionais no Judiciário.

O princípio da eficiência administrativa³⁷, previsto no art. 37³⁸ da Constituição Federal, já orienta diversas decisões judiciais e administrativas no Brasil. Contudo, a aplicação prática desse princípio ainda enfrenta obstáculos, como a burocratização excessiva e a resistência cultural a mudanças no sistema judicial. Reformas inspiradas no pragmatismo realista poderiam ajudar a superar esses desafios, promovendo um Judiciário mais focado na resolução efetiva dos conflitos e na entrega de resultados que realmente beneficiem as partes envolvidas.

Exemplos de práticas mais eficientes e humanizadas incluem a priorização de métodos alternativos de resolução de disputas, como a mediação e a conciliação. Esses mecanismos, ao reduzir a necessidade de judicialização e oferecer soluções consensuais, não apenas diminuem a sobrecarga do Judiciário, mas também promovem maior satisfação das partes e resultados mais adequados às suas necessidades específicas.

A aplicação do realismo jurídico à ciência do direito brasileiro pode se dar pela exposição de decisões fundamentadas em análises contextuais e empíricas, que considerem os impactos sociais, econômicos e culturais das interpretações

³⁵ *The common law*. Londres: Macmillan, 1882, p. 01: “The law embodies the story of a nation’s development through many centuries, and it cannot be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics”.

³⁶ Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Justiça em números 2024. Brasília: CNJ, 2024. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/05/justica-em-numeros-2024.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2025.

³⁷ Celso Antônio Bandeira de Mello explica que o princípio da eficiência “é uma faceta de um princípio mais amplo já superiormente tratado, de há muito, no Direito italiano: o princípio da boa administração” (*Curso de direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 118).

³⁸ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998).”

normativas. O julgamento do Tema 1.184 pelo Supremo Tribunal Federal, ao permitir a extinção de execuções fiscais de baixo valor com base em dados empíricos sobre a ineficiência de sua manutenção, exemplifica essa perspectiva pragmática, passível de expansão a outras áreas do direito.

4.2. Aprimoramento da justificação decisória e o controle da subjetividade

Uma crítica ao ativismo judicial no Brasil é a percepção de arbitrariedade devido à falta de fundamentação sólida em decisões inovadoras. O realismo jurídico, embora reconheça a subjetividade judicial, enfatiza a importância de justificar adequadamente as decisões, especialmente aquelas que se afastam da literalidade das normas ou alteram entendimentos prévios. Decisões criativas, como as mencionadas neste artigo, ganham legitimidade com fundamentação robusta, que demonstre clareza sobre os valores e princípios constitucionais subjacentes, integrando análises contextuais, dados empíricos e considerações de justiça material.

O aprimoramento da fundamentação decisória é também uma maneira de mitigar o risco de arbitrariedade judicial, frequentemente associado ao protagonismo dos tribunais. O realismo jurídico não nega a subjetividade inerente ao processo decisório, mas propõe que essa subjetividade seja controlada e legitimada por meio de justificativas claras e consistentes.

No Brasil, a adoção de métodos estruturados para fundamentar decisões, como o uso do sopesamento de princípios e a aplicação de teorias de proporcionalidade, já representa um passo nessa direção. Contudo, é necessário avançar na formação dos magistrados, promovendo uma cultura de decisão baseada em critérios objetivos e transparência. Isso não significa eliminar a subjetividade, mas utilizá-la de forma consciente e responsável, em benefício da justiça e da equidade, enquanto valores constitucionais compartilhados pela sociedade brasileira.

4.3. Fortalecendo a relação entre direito e sociedade

Uma das contribuições mais relevantes do realismo jurídico é seu reconhecimento de que o direito não existe isolado, mas está intrinsecamente conectado à sociedade. Para os realistas, o papel do Judiciário é não apenas aplicar as normas, mas também adaptar o direito às transformações sociais, econômicas e culturais. No Brasil, o Judiciário tem assumido um papel cada vez mais ativo na promoção de direitos fundamentais e na proteção de grupos vulneráveis. Decisões relacionadas a políticas de ação afirmativa, direitos indígenas e proteção ambiental demonstram como o Judiciário pode atuar como um agente de transformação social, promovendo valores que muitas vezes não encontram respaldo imediato no Poder Legislativo.

A pandemia de covid-19 foi um exemplo prático da importância de um Judiciário conectado às demandas sociais. Nesse contexto, o STF, por meio de deci-

sões como a ADI n. 6.341 e a ADPF n. 770, em atuação de caráter eminentemente realista, deu o tom das políticas públicas que deveriam ser observadas pelo Poder Executivo durante aquele período de emergência sanitária, e reafirmou seu compromisso com a proteção dos direitos fundamentais, mesmo diante de desafios institucionais e políticos. Contudo, essa atuação deve ser equilibrada, de forma a respeitar os limites institucionais e a legitimidade democrática. Um Judiciário que responde às demandas sociais precisa estar atento às expectativas da sociedade, mas também deve atuar de maneira responsável, garantindo a estabilidade e a coerência do sistema jurídico.

Uma maneira de fortalecer a relação entre o direito e a sociedade é incentivar a participação social no processo judicial e o diálogo entre os poderes. No Brasil, instrumentos como audiências públicas e consultas populares têm sido utilizados para ampliar a legitimidade das decisões judiciais, especialmente em casos de grande relevância social. Além disso, o diálogo institucional entre o Judiciário, o Legislativo e o Executivo pode contribuir para a formulação de soluções mais abrangentes e eficazes para os problemas jurídicos e sociais. O realismo jurídico, ao enfatizar a prática e a experiência, oferece um modelo teórico que pode orientar esse diálogo, promovendo decisões que não apenas reflitam os valores constitucionais, mas também atendam às necessidades concretas da sociedade.

4.4. Em busca do equilíbrio: criatividade com responsabilidade

Apesar dos desafios, a criação judicial do direito tem sido crucial para adaptar o sistema jurídico brasileiro às demandas contemporâneas. Para tanto, é imperativo que o Judiciário equilibre a inovação com a segurança jurídica, promovendo uma administração da justiça eficiente e equitativa. Isso exige uma fundamentação robusta das decisões, que considere tanto os princípios constitucionais quanto os efeitos práticos das normas.

Sustenta-se a necessidade de ampliar o estudo jurídico para além da análise normativa, integrando dados empíricos, superando a dicotomia entre ciência do direito e sociologia jurídica para maior riqueza cognitiva. Tal movimento já se reflete nas práticas judiciais, em que magistrados fundamentam suas decisões não apenas na legislação, mas também em precedentes, conforme o art. 489, § 1º, do Código de Processo Civil³⁹.

³⁹ “Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I – o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a summa do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

A doutrina deve, igualmente, valorizar a jurisprudência, incorporando-a como fonte do direito e reformulando sua base científica, intensificando o conhecimento da realidade ao flexibilizar a distinção entre o “ser” e o “dever-ser”.

O sistema jurídico brasileiro reflete, assim, uma convergência entre formalismo tradicional e flexibilidade pragmática, aproximando-se, ainda que tacitamente, das ideias do realismo jurídico. Essa transformação, entretanto, exige cautela para assegurar que a criatividade judicial seja exercida com responsabilidade e legitimidade democrática, especialmente em campos sensíveis como o direito tributário.

As contribuições do realismo jurídico ao direito brasileiro vão além da teoria, oferecendo ferramentas práticas para a modernização do Judiciário e para o fortalecimento da relação entre direito e sociedade. Reformas inspiradas no pragmatismo, o aprimoramento da fundamentação decisória e a ênfase na conexão entre direito e realidade são aspectos que podem tornar o sistema jurídico brasileiro mais eficiente, justo e responsivo às demandas contemporâneas. No entanto, é essencial que essas mudanças sejam implementadas com cautela, respeitando as peculiaridades do sistema codificado e os valores fundamentais do Estado de Direito. O realismo jurídico, ao propor um direito mais dinâmico e adaptável, representa uma oportunidade de transformar o Judiciário brasileiro em um agente efetivo de justiça social e de promoção da equidade.

Referências bibliográficas

- ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.”

- BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008 – judicialização, ativismo e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica de Direito e Estado* n. 18. Abril/maio/junho de 2009. Salvador. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=344>.
- BECHO, Renato Lopes. *Ativismo jurídico em processo tributário: crise, teoria dos precedentes e efeitos do afastamento da estrita legalidade*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- BECHO, Renato Lopes. As decisões judiciais como um desafio científico para o direito tributário. *Rev. Fac. Direito UFMG* n. 82. Belo Horizonte, jan./jun. 2023, p. 291-320.
- BECHO, Renato Lopes. *Filosofia do direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Justiça em números 2024. Brasília: CNJ, 2024. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/05/justica-em-numeros-2024.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2025.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Resolução n. 547, de 22 de fevereiro de 2024. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5455>. Acesso em: 20 ago. 2025.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). ADI n. 4.277 e ADPF n. 132. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 6.341. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754372183>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 770. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755275114>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl. n. 4.335/AC. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22Rcl%204335%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal. Parte especial*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2.
- DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao Poder Judicial de Tributar*. São Paulo: Noesis, 2009.
- FRANK, Jerome. *Law and the modern mind*. New York: Routledge, 2017.
- FRANK, Jerome. *Courts on trial: myth and reality in American Justice*. Princeton: Princeton University Press, 1973.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Direito de filosofia nos Estados Unidos. *Revista de Informação Legislativa* a. 41, n. 163. Brasília, jul./set. 2004.

- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. O realismo jurídico norte-americano, a tese de Charles Beard e a experiência constitucional internacional contemporânea. *Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário* v. 2, n. 1, jan./jun. 2007. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/rdiet/article/view/4478/2787>. Acesso em: 20 ago. 2025.
- HART, H. L. A. *O conceito de direito*. 3. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.
- HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Harvard University Press, 2004.
- HOLMES JR., Oliver Wendell. *The common law*. Londres: Macmillan, 1882. Disponível em: <https://ia800505.us.archive.org/33/items/commonlaw00holmuoft/commonlaw00holmuoft.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2025.
- SCALIA, Antonin. *A matter of interpretation: federal courts and the law*. New Jersey: Princeton University Press, 1998.