

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação da Faculdade Mineira de Direito

Davi Soares de Oliveira

**RONALD DWORKIN E O DIREITO BRASILEIRO: Investigações Acerca
de Adequabilidade de Sua Teoria**

Belo Horizonte/MG

2020

Davi Soares de Oliveira

RONALD DWORKIN E O DIREITO BRASILEIRO: Investigações Acerca de Adequabilidade de Sua Teoria

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação da Faculdade Mineira de Direito, como requisito à obtenção do título de mestre em direito.

Orientador: Prof. Dr. Fernando José Armando Ribeiro

Área de Concentração: Teoria do Direito

Belo Horizonte/MG

2020

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

| | |
|------|--|
| O48r | <p>Oliveira, Davi Soares de</p> <p>Ronald Dworkin e o direito brasileiro: investigações acerca de adequabilidade de sua teoria / Davi Soares de Oliveira. Belo Horizonte, 2020. 120 f.</p> <p>Orientador: Fernando José Armando Ribeiro Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito</p> <p>1. Dworkin, Ronald, 1931-2013 - Crítica e interpretação. 2. Raz, Joseph - Crítica e interpretação. 3. Common law. 4. Direito civil - Legislação - Brasil. 5. Direito - Filosofia. 6. Integridade - Aspectos jurídicos. I. Ribeiro, Fernando José Armando. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.</p> <p>CDU: 340.12</p> |
|------|--|

Davi Soares de Oliveira

**RONALD DWORKIN E O DIREITO BRASILEIRO: Investigações Acerca
de Adequabilidade de Sua Teoria**

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação da Faculdade Mineira de Direito, como requisito à obtenção do título de mestre em direito.

Área de Concentração: Teoria do Direito

Prof. Dr. Fernando José Armando Ribeiro (Orientador) – PUC/MG

Prof. Dr. Lucas Alvarenga Gontijo (Banca Examinadora) – PUC/MG

Prof. Dr. André Rubião Resende (Banca Examinadora) – FDMC

20 de fevereiro de 2020.

Dedico este trabalho, em primeiro lugar, a Deus, pois “Até aqui nos ajudou o Senhor” (1 Sm 7:12b) e depois aos meus pais, Francisco e Ozenir, por todo apoio e carinho. Também não me esqueço de dedicar este trabalho a minha amada noiva, Meiri, que nunca me faltou com o apoio e o desvelo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, por todas as dificuldades e vitórias pelas quais eu passei ao longo desta pesquisa e escrita de dissertação.

Agradeço aos meus pais, Francisco e Ozenir, pelo amor e dedicação aos filhos.

Agradeço à minha noiva, pelos anos que estamos acumulando juntos e pelo amor que, imerecidamente, tenho recebido.

Agradeço, por fim, ao meu orientador, Dr. Fernando Armando Ribeiro, pela atenção, comentários e críticas no decurso deste trabalho.

RESUMO

Essa dissertação busca realizar um estudo profundo sobre a aplicabilidade da tão festejada Teoria do Direito com Integridade, elaborada, ao longo dos últimos 50 anos, pelo saudoso jusfilósofo Ronald Dworkin. Para a consecução desse intento foram examinados o contexto teórico e prático-jurídico em que o autor construiu o seu pensamento, comparando-os com a matriz histórica e teórica do direito brasileira. A partir da coleta desses dados, foi realizada uma reflexão sobre qual é o grau de vínculo da teoria de Ronald Dworkin, a partir das críticas formuladas por Joseph Raz, como a *common law* americana e inglesa.

PALAVRAS-CHAVE: DWORKIN; COMMON LAW; CIVIL LAW; JOSEPH RAZ.

ABSTRACT

This dissertation is aimed at making a deep study about the applicability of the Theory of Law as Integrity, made over the last 50 years, by Ronald Dworkin. In order to achieve this goal, the theoretical and practical-legal context had been examined in which the author built his thought, comparing them with historical and theoretical matrix of Brazilian law. From the collection of this data, a reflection was made on the degree to which Ronald Dworkin's theory is linked such with the American and English common law, based on the criticisms formulated by Joseph Raz

KEYWORDS: DWORKIN; COMMON LAW; CIVIL LAW; JOSEPH RAZ.

SUMÁRIO

| | |
|---|------------|
| 1. INTRODUÇÃO | 9 |
| 2. O CONTEXTO TEÓRICO E JURÍDICO DE RONALD DWORKIN | 10 |
| 2.1. O Sistema da Common Law | 10 |
| 2.1.1. Um Panorama Histórico | 11 |
| 2.1.2. As Fontes do Common Law | 18 |
| 2.2. O Conceito de Direito — H. L. A. Hart | 20 |
| 2.2.2. O Direito Como Uma Ordem Sustentada Em Uma Ameaça | 22 |
| 2.2.3. Emissor e Destinatário | 25 |
| 2.2.4. Regras Primárias e Secundárias — Regras de Reconhecimento, Modificação e Adjudicação | 29 |
| 2.2.4. A Textura Aberta do Direito | 33 |
| 2.3. O Movimento do Direito e Literatura | 37 |
| 3. A TEORIA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE | 40 |
| 3.1. Ronald Dworkin e os Positivistas | 41 |
| 3.1.1. A Normatividade dos Princípios e Políticas | 41 |
| 3.1.2. O Aguilhão Semântico | 48 |
| 3.2. A Interpretação Em Dworkin | 52 |
| 3.2.1. O romance Em Cadeia e o Juiz Hércules | 59 |
| 4. O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO | 65 |
| 4.1. Pressupostos históricos: A Família do Civil Law | 65 |
| 4.2. A Teoria das Fontes no Civil Law e no Direito brasileiro | 78 |
| 4.3. Pressupostos Teóricos | 84 |
| 5. A LOCALIDADE DA TEORIA DE RONALD DWORKIN | 93 |
| 5.1. Diferenças entre o Common Law e o Civil Law: A incompatibilidade dos sistemas | 101 |
| 5.2 É possível a aplicação de Dworkin no Brasil? | 107 |
| 6. CONCLUSÃO | 113 |
| 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 114 |

1. INTRODUÇÃO

Um dos autores mais estudados na última década, na teoria do direito, talvez seja o americano Ronald Dworkin, que se popularizou no Brasil pela sua tese da normatividade dos princípios, utilizada tanto na academia, quanto na jurisprudência, para justificar a fixação de entendimentos, em certos casos, onde a lei não é aquilo que o autor ou magistrado querem, ou é insuficiente para tutelar os casos e situações que se socorrem ao Poder Judiciário todos os dias.

É nesse ponto que se questiona qual é o papel do jusfilósofo na reflexão que teorias, como a de Dworkin, promovem na atividade judicante e na acadêmica. Essa deveria ser uma pergunta comum e, a propósito, a sua resposta não é fácil. Ao ver deste autor, o papel da Teoria do Direito é o de questionar a viabilidade dessas novas tendências teóricas em nosso país, que é plural e portador de uma série de peculiaridades sociais.

É bem verdade que o filósofo do direito não será o oráculo com todas as repostas aos problemas que o direito encontra em sua aplicação na sociedade. Contudo, ele é sempre o ponto de partida para que as soluções sejam encontradas e formuladas. Como disse, é um trabalho árduo, desgastante e, em alguns momentos, solitário, pois as respostas que talvez se emanem dessa procura não sejam bem vistas por aqueles que se apaixonaram pelos modismos do direito. Esses, aliás, que têm ditado o andar da atividade jurídica e acadêmica brasileiras.

Nesse sentido, a doutrina de Dworkin, nos últimos anos, teve um grande impacto sobre a produção científica nacional, sobretudo no que se refere à atuação do magistrado. Entretanto, fazendo-se uma análise mais profunda da teoria dworkiana, percebe-se que a principal tese discutida nos tribunais e círculos acadêmicos é a normatividade dos princípios, a qual é apenas uma ferramenta de uma teoria muito mais abrangente e complexa do que o próprio conceito em questão.

Observa-se, além da ênfase exacerbada a impositividade dos princípios jurídicos, que o estudo de Dworkin é abduzido de seu contexto jurídico — *common law* — e teórico — o movimento do direito e literatura e os debates com autores positivistas —, os quais dão um tom significativamente diverso aos seus conceitos; levando-se, pois, a uma aplicação ingênua a realidade jurídica brasileira, sem essas devidas considerações.

Outrossim, deve-se ter em mente que todo pensamento dworkiano persegue apenas um objetivo: a coerência no direito. Logo, os demais tópicos e constructos de sua doutrina circundam esse alvo.

Ademais, o conceito de integridade em Dworkin é bastante complexo e sofisticado, não sendo suficiente uma resposta simplória e superficial, porquanto todos os suportes teóricos que criou — a normatividade dos princípios, a comunidade personificada, o juiz Hércules e o romance em cadeia, etc. — apontam para a necessidade de um direito coerentemente em avanço.

Portanto, para analisar a viabilidade de seu pensamento como um modelo interpretativo para o Brasil, é preciso considerar todos esses fatores mencionados. É nesse meandro que se insere essa pesquisa, investigando-se o contexto teórico, jurídico e social que formaram a doutrina do autor americano, visando responder a seguinte pergunta: é possível aplicar a Teoria do Direito como Integridade ao contexto jurídico brasileiro? É o que se tentará responder.

2. O CONTEXTO TEÓRICO E JURÍDICO DE RONALD DWORKIN

Um dos propósitos dessa pesquisa, como já mencionado na introdução, é demonstrar a possibilidade de aplicação da Teoria do Direito como Integridade, de Ronald Dworkin, e nosso ordenamento jurídico. Observa-se, para tanto, os liames de sua constituição com os aspectos práticos e teóricos da *common law*, do constitucionalismo norte-americano e dos debates significativos que travou ao longo dos anos.

Sendo assim, serão construídos panoramas que se portarão como pressupostos para as conclusões deste trabalho e que apresentarão os contornos gerais da *common law*, da natureza principiológica da constituição dos Estados Unidos da América, da teoria descritiva de Hart e, por fim, do movimento do direito e literatura, tal como a sua influência no pensamento de Ronald Dworkin.

2.1. O Sistema da Common Law

Ao iniciar essa reconstituição contextual do pensamento de Dworkin, é indispensável a análise da tradição jurídica em que o autor foi formado, haja vista ter trabalhado como

assessor, entre os anos de 1957–1958, na *New York Federal Appeals Court* com o juiz Learned Hand e, após a sua saída, na firma *Sullivan & Cromwell* até 1962, quando ingressou na carreira acadêmica, que também se desenvolveu na Inglaterra — Universidade de Oxford. Em outras palavras, creio que, sem dúvida alguma, a prática do direito tanto na corte e como *lawyer*, influenciou a construção da teoria de Ronald Dworkin, porquanto, conforme será melhor analisado neste trabalho, existem alguns conceitos e constructos teóricos que formulou, que assumem uma significação diferente do que se tem visto em algumas produções nacionais.

Outro ponto que também deve ser mencionado, antes de se adentrar no tema, é que serão analisadas as características da *common law* e não os sistemas jurídicos americano e inglês, que, embora tenham as mesmas raízes, são diferentes. Nesse sentido, nas palavras de René David (1997), o que podemos chamar de Direito Inglês, por exemplo, é somente o praticado na Inglaterra e no País de Gales.¹

Assim, embora existam distinções marcantes, pode-se afirmar que existem características essenciais que permitem que se possa incluir determinados ordenamentos jurídicos dentro da tradição da *common law*.

Contudo, para melhor compreensão desse sistema, segundo Daniel Mitidiero, é imprescindível que se analise a historicidade de sua tradição. Portanto, é o que se fará agora.²

2.1.1. Um Panorama Histórico

Como já mencionado, para as características da *common law* é necessário fazer-se um panorama histórico de suas origens, as quais remontam a Inglaterra medieval — organizada em pequenos reinos após a dominação saxã — e que, ao longo dos séculos, não ficou restrita a esse país, muito pelo contrário se espalhando por outras nações que, em grau maior ou menor, retornam as suas origens.

Nesse sentido, antes da dominação normanda, que ocorreu em 1066 e que durou a até o final da dinastia dos Tudors (1485), prevalecia, na Grã-Bretanha, o que os historiadores

¹ DAVID, René. **O Direito Inglês**. 1º ed. São Paulo/SP: Martins Fontes, 1997, pág. VII;

² “Não deixa de ser sintomático o fato de a doutrina observar de forma enfática a necessidade de se compreender a tradição Common Law — e especificamente o direito inglês — a partir de uma perspectiva histórica, sem a qual não é possível a sua cabal apreensão” — MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: Da Persuasão à Vinculação**. 2ª ed. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais. 2017, pág. 27;

chamavam de direito anglo-saxão. Esse era composto por uma série de costumes locais, ainda que em alguns reinos a lei escrita existisse. Todavia, nesse período que é nebuloso no que toca a história do direito, não havia uma normatização comum a toda a Inglaterra.³

Com a dominação pelos normandos liderada por Guilherme I, o conquistador, em 1066, começa o desenvolvimento do que hoje conhecemos como *common law*. Nessa época, diferente do período anterior em que o poder estava totalmente difuso, houve a centralização do poder. Assim, uma vez que a fonte do direito pressupõe poder, estando este centralizado, as jurisdições locais que tinham a sua própria fonte, o costume regional, começam a perder força.

A este respeito René David ensina que

Os senhores normandos, que acompanharam Guilherme à Inglaterra, vêem-se num país conquistado, cuja língua lhes é de todo estranha e cujos habitantes e costumes são por eles desprezados. Sente a necessidade de se agrupar a volta do seu soberano, para defender a sua conquista e as suas propriedades.⁴

Ademais, dois séculos depois, como assevera o autor, a coroa buscou manter essa centralização com a lei do ano de 1290, *quia emptores*, que proibia a sub-feudalização, mantendo a dependência dos senhores de terras ao soberano, tornando, aliás, o feudalismo inglês distinto do resto do continente.⁵

Desse modo, com o poder centralizado, se iniciou progressivamente a unificação do direito aplicado, surgindo um sistema jurídico, ainda que simples, comum a toda a Inglaterra, denominado pela corte de *comune ley*⁶ ou, em inglês, *common law*.

Outro ponto importante quanto a esse período de formação da *common law*, segundo Mário Losano⁷, é que os normandos eram de origem germânica, o que possibilitou haver um substrato comum entre a tradição anglo-saxã e a que se instalava nesse momento, que, através do trabalho de juristas teólogos como Lanfranco, possibilitou uma harmonização do direito já

³ DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. 2ª ed. São Paulo/SP: Martins Fontes, 1993;

⁴ DAVID, René. *Op. Cit.* 2ª ed. São Paulo/SP: Martins Fontes, 1993, pág. 285;

⁵ Ensina, nesse sentido, Plucknett que “The greatest result of the Norman Conquest was the introduction of precise and orderly methods into the government and law of England.” — PLUCKNETT, Theodore F. T. **A Consise History of The Common Law**. 5ª ed. New Jersey: The Lawbook Exchange Ltd., 1956, pág. 43;

⁶ Nesse período a corte falava francês;

⁷ LOSANO, Mario G. **Os Grandes Sistemas Jurídicos** 1ª ed. São Paulo/SP: Editora Martins Fontes, 2007, pág. 325;

existente com o que estava a se instalar. Formou-se, assim, o núcleo da tradição jurídica em análise.

Nesse período também houve a criação de tribunais reais que, ao longo dos séculos, paulatinamente tiveram as suas competências ampliadas, tirando-as, ao mesmo passo, das *Hundred Courts* ou *County Courts*, que eram os tribunais locais, cujo protagonismo remonta ao período anglo-saxão.⁸

Embora, a princípio, os novos litígios que chegavam as Cortes Reais não eram de sua competência, porquanto a não diziam respeito à Coroa — matérias de direito público —, foram criados mecanismos processuais através do hábito (costume) dos tribunais que permitiam a sua análise por elas.⁹ Assim, após centúrias de atuação dessas cortes, o direito inglês passou a se identificar com as regras que por elas eram estabelecidas caso a caso e que, ao passar dos anos e até mesmo séculos, com a sua reiteração na atuação dos magistrados, tornou-se o sistema jurídico vigente na Inglaterra.

Nessa fase inicial o direito em comente era eminentemente processual, o trabalho dos juristas era tático e buscava opor-se a todas as investidas da parte adversária, situação que talvez decorra do fato de todas as demandas que lhe eram apresentadas serem julgadas por um júri — situação que se manteve até o século XIX —; não fazendo sentido, pois, maiores elucubrações a respeito do direito substantivo. Ademais, o processo na *common law* inglesa tinha o objetivo, não de efetivar um conceito de justiça, mas de ter o litígio posto ao exame da jurisdição resolvido, levando aos juristas se dedicarem ao melhor andamento do processo.

Essa ausência de preocupação com a justiça, somada ao rigor das regras da *common law*, levou aos súditos suplicarem socorro ao Rei, de modo a que a equidade fosse efetivada em seus casos, movimento que começou a ocorrer no século XIV. Contudo, para que a demanda pudesse ser analisada pelo soberano, primeiro era necessário passar pela análise do chanceler, o qual realizava uma espécie de controle de admissibilidade.

Em um primeiro momento as petições eram analisadas pelo Conselho Real Pleno, presidido por um bispo ou arcebispo, cujo título era *Lord Chancelor*. Mais tarde, em 1474, o

⁸ “Aconteceu, porém, que os particulares, por diversas razões abandonaram as jurisdições locais, que julgavam seus processos, de acordo com os costumes locais, e dirigiram-se em todos os casos, para julgamento, às Cortes Reais, porque estas julgavam de acordo com regras processuais mais modernas e porque a execução de suas decisões era garantida de maneira mais eficiente.” — DAVID, René. **O Direito Inglês**. 1º ed. São Paulo/SP: Martins Fontes, 1997, pág. 4 —;

⁹ Era uma ficção que permitia ao tribunal declarar que determinada matéria era de interesse da Coroa — DAVID, René. **O Direito Inglês**. 1º ed. São Paulo/SP: Martins Fontes, 1997;

trabalho era exclusivo do Chanceler. Contudo, anos depois, com o aumento da demanda, fora criado uma corte superior especializada em *equity*, isto é, o Tribunal da Chancelaria.¹⁰

As regras da *equity* eram oriundas da moral, do direito romano e do direito canônico. É importante salientar que também rivalizava com a *common law*, tendo regras e princípios próprios. No entanto, entre os séculos XVII a XIX, as regras que eram aplicadas pelo Tribunal da Chancelaria, não coincidiam mais com as fontes acima, ou seja, não buscavam mais fazer “equidade” propriamente dita ao caso. Em suma, assumiram um caráter mais técnico e jurídico.

É importante destacar que a *equity* não contrariava a *common law*, mas atribuía outras obrigações que iam além das determinações de um tribunal que aplicava o segundo. Um exemplo é o do *uses or trusts*, que eram transações nas quais um contratante

transfere legalmente terras a outrem, mas com o acordo interno de gaveta que o cessionário vai manter as terras para o benefício do cedente ou para pessoas que o cedente indicará no seu testamento.¹¹

Acontece que a *common law* tinha posicionamentos estabelecidos a respeito dos direitos inerentes à propriedade, além das categorias de negócios jurídicos que seriam aceitos como válidos. Nessas hipóteses não se incluíam o *uses or trusts*, mesmo havendo o acordo firmado entre os contratantes. Aliás, ressalta-se que era uma prática muito usada naquele tempo e que, por esse motivo, não estava amparada por nenhuma segurança jurídica.

Então, quando esse acordo era desrespeitado, acionada a jurisdição do *common law*, essa não reconhecia o direito do beneficiário do *trust*. Isso causava inúmeras injustiças que motivam a súplica ao favor do Rei. Contudo, como Chanceler não poderia negar a decisão da *common law*, ele estipula outros direitos de acordo com consciência e equidade, qual seja: o proprietário não pode usar as terras em benefício próprio, mas, sim, em proveito do suplicante que se viu injustiçado.¹² Nota-se que não houve a negação da *common law*, mas a estipulação de direitos outros que vão além do direito de propriedade.

Esse movimento foi importante, porquanto, em seus trabalhos, o Chanceler ao aplicar

¹⁰ ASHTON, Peter Walter. **Revista do Ministério Público do Rio Grande Sul**. N.º 64. Porto Alegre/RS: 2009, pág. 163-187;

¹¹ ASHTON, Peter Walter. *Op. cit.* pág. 175;

¹² ASHTON, Peter Walter. *Op. cit.* Pág. 176;

a *equity* recorria a regras que já havia aplicado em casos anteriores, dando uma certa vinculação a elas, embora o seu trabalho fosse muito discricionário¹³.

Embora, em seu início e ao longo do século XVII, a *equity* tenha rivalizado com a *common law*, após algumas reformas realizadas durante o reinado de James I, essa rivalidade foi atenuada e o Tribunal de *equity* foi limitado; “*O controle da Câmara dos Lordes é (...) admitido em relação às decisões do Tribunal da Chancelaria.*”¹⁴

Mas o divisor de águas no direito inglês, foram os *Judicature Acts* de 1875 e 1876, que unificaram as jurisdições *equity* e *common law*. Nesse período, a propósito, houve um avanço significativo na importância da lei no sistema de fontes — reformas de 1832, 1833 e 1852¹⁵. Por outro lado, a lei não é limitadora da atuação dos juízes, como nos sistemas romano-germânicos, pois “*o legislador oferece-lhes novas possibilidades e lhes indica novas orientações, mais do que cria ele próprio, na realidade prática, um direito novo.*”¹⁶ Aliás, em suma, as coisas se mantiveram como eram, o que mudou de forma significativa foi que um novo tribunal supremo foi criado cumulando as jurisdições de *equity* e *common law*. Contudo, houve uma divisão entre as câmaras. Em uma, o processo era eminentemente oral e, em outra, escrito e inquisitório, mantendo respectivamente o processo da *common law* e da *equity*.

Um último aspecto que também é importante para a formação para o desenvolvimento da *common law* é a homogeneidade da classe jurídica.

Quando Guilherme I instalou o seu reinado na Inglaterra, ele formou uma *curria regis*, que era a sua corte, sendo “*o centro da vida administrativa e jurídica do novo reino*”¹⁷. Assim, nesse âmbito se formou uma classe de juristas homogênea, de onde eram retirados os juízes dos tribunais reais que foram responsáveis por criar a *common law*. Portanto, cuida-se de “*um direito consuetudinário, mas num sentido especial: o costume que é fonte desse não nasce do comportamento popular, e sim dos juízes.*”¹⁸

¹³ DAVID, René. **O Direito Inglês**. 1º ed. São Paulo/SP: Martins Fontes, 1997;

¹⁴ DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. 2ª ed. São Paulo/SP: Martins Fontes, 1993, pág. 298;

¹⁵ Foram reformas importantes e radicais no processo que possibilitaram os juristas ingleses se dedicarem mais ao direito substantivo. — DAVID, René. *op. cit.* pág. 300;

¹⁶ DAVID, René. *op. cit.* pág. 301;

¹⁷ LOSANO, Mario G. **Os Grandes Sistemas Jurídicos** 1ª ed. São Paulo/SP: Editora Martins Fontes, 2007, pág. 325;

¹⁸ LOSANO, Mário G. *op. cit.* Pág. 325;

Em momento posterior, mais precisamente no século XIV, em torno da corte real, originaram-se as corporativas de juristas, as *Inns of Court*, que existem até hoje, sendo quatro no total. Nessas o jurista recém-formado e que, diferente do *solicitor*, intenciona atuar nos tribunais, ingressa na carreira forense se tornando um *barrister*, sendo mantido por elas ao longo de sua vida profissional.¹⁹

Como existem apenas quatro *Inns of Court*²⁰, as únicas habilitadas a formarem profissionais aptos a atuarem nos tribunais, uma comunidade de juristas muito alinhada foi formada. Essa homogeneidade reflete além de sua formação, isto é, em sua vida profissional, haja vista a possibilidade de o *barrister* poder atuar em um grupo de profissionais que ficam instalados em um *Inn*, após um período de experiência em um *chamber*.²¹

São desses advogados, aliás, que saem os juízes das cortes supremas, cujas decisões produzem precedentes. Nota-se, então, um complexo sistema que, ao longo dos séculos, permitiu a formação bastante natural de uma comunidade de juristas uniforme, onde não existem sérias cisões, diferente do Brasil, por exemplo, no qual a classe da magistratura, em geral, é bem distinta da classe patronal.

Isso é importante para o sucesso da *common law* pelo fato do precedente — principal fonte normativa — ser um instrumento produzido por uma classe amalgamada e que, de fato, se veem como pares, porquanto comungam a mesma origem e formação, o que, sem dúvidas, permite a melhor aceitação do sistema.

2.1.1.1 O Desenvolvimento da Common Law nos Estados Unidos

Como colônia da Inglaterra, inegavelmente os Estados Unidos acabaram por ter influência do direito inglês. Aqui, nesse sentido, destaca-se o *Calvin's case*, que é um caso analisado na *common law* inglesa, no qual a matéria discutida era a sua aplicabilidade na Escócia e que, como princípio, passou a ser aplicado pelas cortes americanas.

¹⁹ LOSANO, Mário G. *op. cit.* Pág. 325;

²⁰ *Inner Temple, Middle Temple, Grays's Inns e Lincoln's Inns*;

²¹ Nesse sentido, Losano assevera: “Os advogados atuam em grupos fixos (*chambers*), cujos escritórios ficam nos edifícios do respectivo *Inn*. Depois do exame, o novo advogado realiza seis meses de noviciado (*pupillage*) num desses grupos, e pode ser chamado a fazer parte de um deles ou então a trabalhar como autônomo” — LOSANO, Mário G. *op. cit.* Pág. 325 —;

Em suma o precedente versa que, aonde forem, os súditos ingleses levam consigo obrigatoriedade de observância da *common law*, por outro lado, a sua aplicação não era absoluta, pois deve ser “*na medida em que as suas regras são apropriadas às condições de vida reinantes nestas colônias.*”²²

Porém, o mais interessante é que, como havia poucos juristas e o mesmo também pode-se dizer a respeito das escolas de Direito, pela ignorância, o que mais prevalecia era essa exceção que o dito caso traz. Portanto, mesmo que houvesse um certo sistema normativo em comum, o direito nas treze colônias sempre teve um desenvolvimento próprio.

Esse distanciamento da aplicação da *Common law* inglesa nos Estados Unidos se intensificou com a sua independência em 1776, onde, de fato, os dois países, no que concerne a matéria jurídica, seguiram caminhos distintos. Observa-se, a partir de então, no direito norte-americano, um desenvolvimento bastante influenciado pelos seus novos aliados, os franceses, que, duas décadas após a independência dos Estados Unidos, viviam sob a égide do positivismo legalista, das codificações, do sistema de divisão dos poderes — o que, segundo Losano²³, não foi e não é aceito na Inglaterra —, e, em consequência, sob o pálio da lei como um fonte primária do direito.

Isso fez com que a lei tivesse no sistema norte-americano um protagonismo maior do que no direito inglês; apresentando, pois, uma divergência na teoria das fontes dos dois ordenamentos. Contudo, ainda que os dois ordenamentos tenham seguido caminhos diferentes, o direito americano sempre teve como referência o direito inglês, tendo reformas equivalentes as que aconteceram no século XIX na Inglaterra.

Apesar das diferenças, nota-se que uma característica muito importante, e que está presente em ambos, coloca-os na tradição do *common law*, qual seja: o precedente como fonte primária do direito.

Visto esses pressupostos históricos, sem os quais a compreensão do sistema em análise fica comprometida, passa-se a verificação de como as fontes do direito se encaixam nele.

²² Trecho do *Calvin's case* retirado de DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. 2ª ed. São Paulo/SP: Martins Fontes, 1993, pág. 359;

²³ “Como ordenamento jurídico de uma Estado que refutou vitoriosamente a Revolução Francesa e, portanto, ignora a divisão dos poderes, o vértice judiciário coincide com o parlamento. — LOSANO, Mario G. **Os Grandes Sistemas Jurídicos** 1ª ed. São Paulo/SP: Editora Martins Fontes, 2007, pág. 332-333;

2.1.2. As Fontes do Common Law

As fontes do *common law* são, em ordem crescente, o costume, a lei e o precedente jurisprudencial.

É evidente que possa haver nuances entre os ordenamentos jurídicos que se inserem nessa tradição, mas o ponto distintivo que, inclusive, se pode afirmar ser o marco definidor da *common law*, é o precedente, utilizando-se como base os usos e os costumes, como fonte formal primária do direito. Ademais, como ensina Miguel Reale, nesse tipo de ordenamento jurídico os costumes somente são revestidos pela natureza de obrigação jurídica, quando são consagrados pelos Tribunais e veiculados pelos precedentes.²⁴

A propósito, segundo Tomi M. Fine, as fontes primárias são aquelas que “*criam direitos e obrigações*”²⁵. Portanto, uma vez que o precedente assume esse papel em um ordenamento jurídico, tem-se a figura do “juiz-legislador”, onde o seu trabalho hermenêutico e, por consequência, suas conclusões a respeito dos casos sob a sua análise, assumem o papel de constituidores de direitos e obrigações, gerando efeitos para além das partes do processo.

Logo, essa fonte se desenvolve através de decisões judiciais, sempre de instâncias superiores que vinculam a si mesmas e os tribunais que abaixo delas estão. Nesse contexto, ao decidir o juiz busca princípios e regras em casos semelhantes, denominadas *holding*, para realizar o deslinde do caso que está a analisar. É o que a doutrina do precedente denomina de *stare decisis*.

O *stare decisis*, expressão de origem latina, determina que, uma vez decidido o caso, deve este ser mantido, no que concerne o precedente propriamente dito — *holding* —, não se alterando as questões já definidas pela corte que o formulou — *stare decisis et non quieta movere*.

Todavia, o que é interessante aos propósitos desse trabalho, é que

Devido ao fato de que um caso particular somente tratará de questões específicas àquele litígio, é deixado a cargo da Corte subsequente resolver se o alcance e a razão do direito da questão do precedente aplicam-se ao novo conjunto de fatos apresentados.²⁶

²⁴ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 25º ed. São Paulo/SP: Saraiva, 2001;

²⁵ FINE, Toni M. **Introdução ao Sistema Jurídico Norte Americano**. 1ª ed. São Paulo/SP: Martins Fontes, 2011, pág. 50;

²⁶ FINE, Toni M. *Op. cit.* pág. 67-68;

Em resumo, o trabalho dos juízes é sucessivo, porquanto deve o juiz olhar para o passado buscando precedentes e, após esse exercício, adequá-los ao caso em exame. Inclusive, se o precedente não se amoldar perfeitamente ao caso, não pode o juiz dizer que este estava errado e descarta-lo, muito pelo contrário, irá ele reformulá-lo e complementá-lo até que a demanda argumentativa e interpretativa do caso seja satisfeita.²⁷ Nessa esteira, faz todo o sentido a afirmação de Mário Losano: “*seu próprio nome — doutrina do precedente — exprime o elo que liga o juiz atual as decisões dos seus antecessores, até os séculos mais longínquos.*”²⁸

É importante, também, diferenciar o precedente do *obiter dictum*. Este “*é o argumento jurídico, consideração, comentário exposto apenas de passagem na motivação da decisão.*”²⁹ Em suma, trata-se de um argumento de passagem ou uma opinião do julgador que não constitui parte essencial do argumento elemento do precedente; sendo, portanto, dispensável. Então, não é um simples argumento jurídico que constitui um precedente, mas, sim, “*a análise dos fatos destacados e considerados como importantes na causa e na decisão que neles se funda.*”³⁰ Logo, o fato é elemento essencial do precedente.

Quanto à lei, essa como fonte nesse tipo de sistema assume uma forma toda distinta da tradição da *civil law*, porquanto, como o sistema é precipuamente jurisprudencial, a técnica legislativa empregada é demasiadamente analítica, de modo que o órgão legislativo especifica até as minúcias das características de sua incidência. Assim, quando utilizada em um julgamento, a sua aplicação é bastante restritiva, como uma aplicação literal, em virtude da técnica de elaboração empregada na feitura da lei, o que limita ao máximo a sua função na argumentação.³¹

Nesse sentido, é dispensável dizer que existe uma diferença marcante entre a *common*

²⁷ DAVID, René. **O Direito Inglês**. 1º ed. São Paulo/SP: Martins Fontes, 1997;

²⁸ LOSANO, Mário G. LOSANO, Mario G. **Os Grandes Sistemas Jurídicos** 1ª ed. São Paulo/SP: Editora Martins Fontes, 2007, pág. 335;

²⁹ DIDIER JR.; Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória**. Vol. 2. 10ª ed. Editora Juspodivm, 2015, pág. 444;

³⁰ DIDIER JR.; Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Op. cit.* pág. 498;

³¹ LOSANO, Mario G. **Os Grandes Sistemas Jurídicos** 1ª ed. São Paulo/SP: Editora Martins Fontes, 2007, pág. 334;

law e o *civil law*, uma vez que nesse sistema a lei tem uma elaboração sintética. Assim, em virtude desse caráter geral e amplo que possui, a sua aplicação em litígio vale-se da técnica da subsunção, ou seja, é um trabalho lógico-dedutivo, em que o jurista realiza um trabalho silogístico.

Embora não seja o objetivo principal dessa pesquisa, nota-se que existe uma diferença significativa entre o trabalho hermenêutico de seus integrantes. Isso se intensifica com a aplicação do precedente, pois, em um caso, quando o advogado não quer que um *holding* seja aplicado, ao invés de argumentar que o precedente não se subsume ao caso, ele sustenta que as suas bases fáticas, tal como as suas motivações, são distintas. Por outro lado, quando ele quer ver a sua incidência, ele argumenta que os fatos são análogos, o que implica a vinculação do precedente.

Nessa senda, os fatos de um caso, especialmente aqueles que motivaram o precedente, tem uma importância muito grande para a construção da argumentação de todos os envolvidos no processo, questão que na tradição romano-germânica perde significado, já que são os fatos que devem se adequar a sua fonte — lei.

Como já mencionado, no ordenamento jurídico americano a lei tem uma proeminência maior do que no direito inglês, em decorrência da estrutura federalista e, principalmente, da constituição, promulgada em 1787, como a lei fundante de seu Estado. Por ter uma estrutura cujos seus enunciados são máximas, diferente de outras constituições, traz um espectro aberto e que possibilita a sua aplicação e adequação ao longo dos séculos. Portanto, passa-se agora a sua análise.

2.2. O Conceito de Direito — H. L. A. Hart³²

2.2.1. Vida e Obra do Autor

Nascido em 1907, Herbert Lionel Adolphus Hart formou-se em história e filosofia pelo *New College*, da Universidade de Oxford. Contudo, a despeito de sua formação

³² Ao ler-se o livro “O Império do Direito”, vê-se que um dos propósitos de Ronald Dworkin na obra é construir uma crítica à Herbert Lionel Adolphus Hart e a sua teoria positivista do direito. Portanto, uma vez que nesse trabalho, em um primeiro momento, se busca uma interação da doutrina dworkiana com o seu contexto teórico e jurídico, é imprescindível que se analise o seu debate com Hart, porquanto algumas formulações essenciais de sua teoria do direito decorrem das críticas tecida a esse autor.

acadêmica, teve uma vida jurídica intensa, ingressando em um dos *Inns of Court* da Inglaterra em 1932, sendo aprovado nas provas para se tornar um *barrister*, mesmo sem ter uma formação acadêmica em direito.³³

Assim, advogou por oito anos junto ao Tribunal da Chancelaria, atuando nas áreas de responsabilidade civil, família e sucessões, até o momento em que ingressou no serviço público, durante a segunda grande guerra, como membro da inteligência militar britânica. Nesse período, mesmo tendo a pretensão voltar para advocacia, o seu interesse pela filosofia foi ressuscitado por dois colegas de trabalho que eram filósofos de Oxford, com os quais costumava a debater assuntos dessa natureza nas horas vagas.³⁴

Após 16 anos imerso na advocacia e no serviço público, recebeu o convite para lecionar na Universidade de Oxford, assumindo a cadeira de filosofia, inicialmente.³⁵ Em 1952, quando Arthur Goodhart, professor de Teoria do Direito de Oxford, se afastou de seu cargo, Hart foi convidado a assumir o seu posto, mesmo não tendo muitas publicações em seu currículo. A partir de então, a sua carreira acadêmica deu uma guinada e influenciou significativamente os autores de teoria do direito que vieram após ele.

Em princípio, por força de sua formação acadêmica, já em suas primeiras publicações³⁶, começou a relacionar o direito com a filosofia da linguagem, algo que era inédito e estranho entre os juristas, causando uma certa repercussão na classe. Todavia, foi em 1961 que ficou mundialmente conhecido pela sua obra-prima “O Conceito de Direito”. Em virtude desse reconhecimento, foi consagrado *Doutor Honoris Causa* pelas Universidades de Estocolmo, Harvard e Cambridge, dentre outras. Sem dúvida alguma foi um dos maiores juristas do século passado, influenciando inúmeros autores que o sucederam, inclusive Ronald Dworkin.

Em seu livro, “O Conceito de Direito”, aponta que uma das perplexidades que se veem na teoria jurídica é que o conceito de direito sempre foi ponto de controvérsia nos mais

³³ KOZICKI, Katya, PUGLIESE, William. O conceito de direito em Hart. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/137/edicao-1/o-conceito-de-direito-em-hart>, acesso em 13 de março de 2019;

³⁴ KOZICKI, Katya, PUGLIESE, William. *Op. Cit.* 2017;

³⁵ KOZICKI, Katya, PUGLIESE, William. *Op. Cit.* 2017;

³⁶ *Causation in the Law*, de 1959, escrito em co-autoria com Tony Honeré;

variados momentos da história do pensamento jurídico, nunca havendo um consenso a este respeito. Assim, ao longo de seu escrito, diferente de autores contemporâneos de seu tempo, busca apresentar uma descrição do direito e dos sistemas jurídicos modernos olhando para a realidade, isto é, de uma perspectiva sociológica. Aqui é necessário destacar a importância da vida prática do autor, o que, segundo Katya Kozicki,³⁷ foi decisiva na sua carreira acadêmica e para sua produção intelectual, porquanto embora fosse um teórico, sempre teve a consciência que a teoria sem prática é estéril.

Ademais, em seus escritos deixa claro que a sua intenção não é fixar propriamente o seu conceito de direito, mas fazer com que a teoria do direito avance a partir da sua descrição das principais características de um sistema jurídico. Porém, essa é uma questão que será pormenorizada mais adiante.

Hart continuou na cadeira de Teoria do Direito até o ano de 1968, publicando, nesse período, obras como *Law, Liberty and Morality* (1963), *The Morality of the Criminal Law* (1965) e *Punishment and Responsibility* (1967).

Após a sua saída de Oxford, assumiu cargos administrativos e se dedicou inteiramente a pesquisa, buscando responder todos os seus críticos até 1992, ano de sua morte. Em especial, se destaca o seu pós-escrito no livro “O Conceito de Direito”, publicado após a sua morte, em 1994, por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz, no qual busca dar uma resposta a Dworkin e suas afirmações de que a sua teoria se incluía na ideia de ferrão semântico.

2.2.2. O Direito Como Uma Ordem Sustentada Em Uma Ameaça

Um aspecto importante da obra em análise é a sua crítica a Austin. Este defende uma teoria imperativa do direito, se sustentando na ideia de comando, ponto que Hart discorda, apesar de apresentar pontos de intercessão entre essa concepção e alguns tipos de normas do direito.

³⁷ Ao ver-se essa breve exposição da vida de Hart, “nota-se que a sua Teoria do Direito de Hart é resultado da combinação de sua experiência prática e de suas incursões na filosofia. Isto fez com que O Conceito de Direito marcasse não apenas uma nova etapa no pensamento jurídico, mas também uma nova metodologia calcada na filosofia da linguagem — até então desconhecida dos juristas.” — KOZICKI, Katya, PUGLIESE, William. *Op. Cit.*;

Nesse sentido, Carvalho Neto³⁸ afirma que “*J. Austin define comando como a expressão de um desejo de que alguém faça algo ou não faça algo, acompanhado por um mal a ser imposto pelo emissor ao destinatário*” caso seu intento não seja cumprido. Para a teoria austiniana essa noção é de suma importância, sendo ela a chave da ciência jurídica ou, em outras palavras, a essência do direito.

Assim, dessa noção inicial, outros conceitos decorrem como corolários. É o caso do dever, que, para o autor em comento, “*é a conduta do destinatário desejada pelo emissor do comando.*”³⁹ São perspectivas diferentes de um mesmo conceito e que se complementam.

E, por fim, dentro desta lógica austiniana, tem-se o elemento da sanção, sem a qual o comando não teria eficácia, sendo ela um mal a ser infligido pelo emissor da ordem ao destinatário, caso o seu desejo não seja acatado.

Embora Austin em vida não tenha sido muito sucedido em seus feitos, com as publicações póstumas de suas ideias pela sua esposa e alunos se tornou a referência da Teoria do Direito Inglesa até meados do século XX, o que fez prevalecer entre os ingleses a teoria imperativa do direito, situação que Herbert Hart se opôs por achar essa visão do direito insuficiente para explicá-lo como de fato é.

Em seu livro representa a teoria de Austin com a figura de assaltante que entra em um banco. Esse, ao promover sua atividade criminosa, dá ordens que são garantidas por ameaças e tão somente por elas. Quando exige que o dinheiro seja lhe entregue, acompanhada está a sua ordem da ameaça de algum constrangimento físico ao destinatário da ordem.

Afirma o filósofo inglês⁴⁰ que, se compararmos esse modelo com o direito, encontra-se uma semelhança ou pelo menos, no mínimo, com o direito penal. Em suma, nesse ramo do direito se tem uma conduta proibida e, para se manter o respeito a essa norma, uma sanção a ser aplicada se a sua prescrição não for respeitada. Logo, essa analogia remete a acepção de que o direito é uma ordem que se sustenta através de ameaças.

Contudo, existem algumas distinções que devem ser feitas no âmbito das características descritivas do direito.

³⁸ CARVALHO NETO, Pythagoras Lopes de. John Austin. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, pág. 8. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/43/edicao-1/john-austin>, acesso em 15 de março de 2019;

³⁹ CARVALHO NETO, Pythagoras Lopes de. *Op. cit.* 2017, Pág. 8;

⁴⁰ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**. 1ª ed. São Paulo/SP: Martins Fontes, 2009;

Em aspecto mais abstrato, utilizando o exemplo da hierarquia militar, Hart afirma que a posição de emissor do comando, sob o aspecto institucional, não se sustenta pela possibilidade de aplicar uma sanção (ameaça) ao destinatário, “*mas é, antes de tudo, não um recurso ao medo, mas uma chamada ao respeito pela autoridade.*”⁴¹ Portanto, se o direito não se sustenta pelo medo da sanção e sim pela autoridade, *prima facie*, a teoria austiniana não é capaz de explicá-lo ou, ainda, se o faz, o realiza de forma demasiadamente simplista, deixando de lado a complexidade sociológica e institucional que lhe é inerente.

É também ignorado pelo conceito imperativo do direito, que a ordem sustentada pelo medo é sempre proferida face a face e serve apenas para a situação que lhe é posta, não tendo permanência no tempo. É o que se observa no exemplo do assaltante. Ele oferece uma ameaça ao atendente do banco: entregue-me o dinheiro ou perecerá pela minha arma. Porém, ao receber o dinheiro e ir embora, o temor que infligiu ao destinatário, junto ao cumprimento se extingue. Uma norma jurídica, por seu turno, embora em alguns casos possa se destinar a alguns grupos específicos, com os estatutos que estipulam o regime jurídico de uma classe de servidores públicos, é de sua natureza a generalidade e a insistência de sua eficácia no tempo.

Ademais, essa generalidade que é conferida a ordem jurídica é reforçada por institutos jurídicos oficiais ditados por autoridades. O assaltante não é uma autoridade, doutro lado, se o compararmos a um policial, essa afirmação não se sustenta. Em tese, não se obedece a um policial pelo medo da punição, mas pelo respeito a autoridade que lhe foi investida por um instrumento que lhe confere este reconhecimento. Portanto, onde existe um sistema jurídico deve haver alguma pessoa ou um grupo de pessoas que são igualmente obedecidas e que proferem normas gerais, cuja autoridade para tanto lhes é conferida.

Além disso, olhando para a estrutura das normas jurídicas, pode-se afirmar que a variedade que comporta pode demonstrar que há uma inadequação do modelo de Austin a realidade do direito.

Como mencionado, se olharmos para as normas jurídicas, talvez seja possível ver uma semelhança da teoria de Austin ao direito penal. Contudo, existem outros tipos de normas que não se inseririam nessa classificação, haja vista nelas não haver nenhum tipo ameaça, deveres e obrigações.

Esses tipos de leis a que se refere são aquelas que oferecem meios aos indivíduos para

⁴¹ HART, Herbert Lionel Adolphus. *Op. cit.* 2009, Pág. 26;

que eles possam exercer suas faculdades. Um exemplo é a estipulação de testamentos no código civil. Uma vez que um testamento elaborado não respeita as disposições legais, não existe uma sanção ao testador, pelo contrário, o ato é passível de nulidade. A este respeito Hart afirma que

o poder de fazer um testamento ou celebrar contratos está sujeito a normas relativas à capacidade, ou seja, está condicionado por certas qualificações pessoais mínimas (como condição de adulto), que aqueles que desejam exercer o poder devem possuir.

42

O mesmo pode se dizer das normas de organização judiciária que definem a competência de um Tribunal. Quando este julga uma matéria que a lei não lhe conferiu poder para tanto, não existe punição para o juiz que prolatou a decisão. O que ocorre é a declaração de um tribunal superior de que a decisão é nula. O mérito aqui não é considerado, ou seja, se o juiz julgou bem ou não a matéria submetida a ele não importa, mas apenas se tinha o poder-dever de fazê-lo.

Hart argumenta que existem aqueles que identificam a nulidade como sanção, todavia, discorda sustentando que a nulidade não o é pelo fato de ser um elemento essencial da norma, uma vez que, na norma penal, retirando a pena subsiste a conduta proibida ou prescrita. Ao contrário senso, se “retirada” a nulidade da lei retira-se o próprio elemento substantivo dela.⁴³

O autor afirma que essa distorção é um preço que se paga pela tentativa de uma visão unitária do direito, mas adverte que

para serem compreendidas, as normas que outorgam poderes privados devem ser observados desde o ponto de vista daqueles que o exercem. Aparecerem então como um elemento adicional introduzido pela lei vida social, elemento esse que transcende o controle coercitivo.⁴⁴

Assim, demonstrada a insuficiência do modelo de Austin, no tocante a este aspecto, Hart também apresenta críticas a ideia de emissor do comando, questão que será analisada no título seguinte.

2.2.3. Emissor e Destinatário

⁴² HART, Herbert Lionel Adolphus. *Op. cit.* 2009, pág. 38;

⁴³ HART, Herbert Lionel Adolphus. *Op. cit.* 2009;

⁴⁴ HART, Herbert Lionel Adolphus. *Op. cit.* 2009, pág. 55;

Segundo Hart, o âmbito de aplicação de uma lei sempre dependerá de interpretação e reflexão do agir conforme determina a normatividade. Contudo, para uma melhor compreensão do que ele defende a esse respeito, é preciso se fazer algumas considerações.

Em perspectiva governamental, o exercício da autoridade por um soberano ou por um grupo deles, pode ser *per legis* ou *sub-legis*. No primeiro, o governante exerce seu poder através de leis, sem se submeter a elas, como um rei absolutista, por exemplo. No segundo caso, além de exercer o seu poder por institutos legais, o soberano se submete a lei.

Olhando para um sistema jurídico moderno, afirma Hart, que, para a interpretação das leis, é preciso ter normas que regulem o seu processo de produção, ou seja, normas que lhe dão o caminho pelo qual deve ser exercida a faculdade de legislar. Assim, observado o procedimento, o legislador cria direitos e deveres para a população.

Mais uma vez implicitamente o autor recorre a ideia de que autoridade do legislador, a criação e a aplicação das leis necessitam de um critério de reconhecimento. Insiste que

O legislador não é necessariamente análogo àquele que dá ordens a outro indivíduo, alguém que está, por definição, fora do alcance daquilo que exige. Como aquele que faz uma promessa, o legislador exerce poderes outorgado por normas e pode frequentemente, como é necessariamente o caso do promitente, estar circunscrito no âmbito destas.⁴⁵

Assim, a incidência da norma recai sobre aquele que a produz. Aliás, o próprio direito de produzir uma lei depende de um instrumento legal que o concede poderes para tanto. Então, o Soberano — emissor da ordem — não está livre para decidir e produzir a norma como bem entende; está submetido aos limites que ela lhe impõe.

De outro ponto de vista, quando se olha para o destinatário, deve se questionar o que constitui uma norma sob esta perspectiva. Segundo a teoria da soberania de Austin, a relação entre o Soberano e o Súdito se caracteriza pela obediência habitual desse por aquele. Contudo, como já mencionado, a noção de obediência pode ser pela “*deferência à Autoridade, e não apenas a observância de ordens apoiadas por ameaças.*”⁴⁶ Hart questiona essa visão da soberania através da ideia de sucessão de soberanos.

Se um soberano que, após anos de governo tem a suas ordens, em geral, obedecidas

⁴⁵ HART, Herbert Lionel Adolphus. *Op. cit.* 2009, pág. 59;

⁴⁶ HART, Herbert Lionel Adolphus. *Op. cit.* 2009, pág. 69;

morre, aquele que assume seu lugar, se visto pela teoria preditiva, pode ocasionar instabilidade a ordem social, pelo fato de não haver um hábito estabelecido em relação as suas ordens. É só após um período sob o seu comando que será possível tal averiguação da obediência habitual. Entretanto, a despeito disso, olhando para a práxis, vê-se que a sua primeira ordem é obedecida, sem haver o requisito da habitualidade.⁴⁷ Logo se vê uma falha neste quesito.

Hart argumenta que, para a solução desse problema, existem normas que regulam antecipadamente a sucessão de soberanos. Para tanto registram qualificações pessoais gerais do futuro legislador, ou seja, estabelecem critérios que permitem aos súditos reconhecerem as ordens do soberano como válidas e legítimas e, acima de tudo, reconhecer a sua autoridade como tal.

Isso gera um efeito no súdito ou, pelo menos, demonstra que a adequação de um comportamento a uma ordem não é irrefletida. Existem razões para que as pessoas reconheçam a lei e ajam conforme ela. Hart chega a essa conclusão através do ponto de vista interno da norma. Nesse meandro, afirma que é necessário, para que haja uma regra social, que alguns dos integrantes da sociedade reconheçam o comportamento que esta prescreve *“como um padrão geral a ser seguido”*⁴⁸.

Ainda que não sejam todos os integrantes de uma sociedade que reflexionam dessa forma, essa aceitação geral da norma como uma diretriz cria nos integrantes uma pressão social para que ajam conforme o padrão, que se perfaz na compulsão ou na contenção de condutas.

Logo para que determinada conduta seja aceita, é necessário que haja uma consciência hermenêutica comum aos destinatários ou, melhor dizendo, critérios referenciais que os permitem não apenas obedecer à norma, porém aceitá-la como um padrão digno e que deva ser cumprido por todos.

Por outro lado, do ponto de vista externo o intérprete vislumbra apenas a regularidade de uma conduta observando-a, podendo, inclusive, chegar a uma conclusão de que existe uma

⁴⁷ A propósito: “Quando da primeira “ordem” da nova legislatura não existe qualquer hábito de obediência ao novo legislador, já que é impossível que exista um hábito de obedecer a alguém que jamais foi obedecido.” — MICHELON JUNIOR, Cláudio Fortunato. **Aceitação e objetividade:** uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pág. 144;

⁴⁸ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito.** 1ª ed. São Paulo/SP: Martins Fontes, 2009, pág. 75;

norma por detrás dessa recorrência, mas não a reconhece como uma conduta que deve ser aceita e cumprida por todos, ou seja, fica no meio do caminho para se compreender a completude do fato social que é o Direito.

Assim, não se sabe, sob esse ponto de vista, qual é o aspecto cognitivo do destinatário ao agir conforme um padrão comportamental, apenas se constata que ele obedeceu determinado mandamento. É o que teoria austiniana faz. Uma vez que é demasiadamente simplista, não consegue explicar a complexidade do fenômeno social que é o direito.

Cláudio Fortunato Michelon Junior, a este respeito, argumenta que, diferente de outros momentos em sua vida acadêmica — primeira fase —, em *O Conceito de Direito*, Hart assumiu, como uma das teses centrais, a ideia de que os enunciados jurídicos contém um conteúdo cognitivo.⁴⁹ Aliás, esse é um dos elementos essenciais de uma regra, segundo a sua interpretação da teoria hartiana.

Sustenta que o autor inglês, ao diferenciar hábito de regras defende que, em ambos a regularidade é um elemento essencial, mas, na segunda, é necessário que exista uma atitude crítica-reflexiva, isto é, uma aceitação da regra. Contudo, ao ler-se a obra não é possível encontrar uma afirmação categórica de Hart a respeito do que é aceitar. Por outro lado, é possível identificar uma série de afirmações negativas a respeito desse conceito: a) *“aceitar não é simplesmente observar um padrão de comportamento”*⁵⁰; b) *“aceitar um padrão de comportamento não significa aprovar o padrão do ponto de vista ético-político”*⁵¹ e c) *“aceitar um padrão de comportamento não significa simplesmente ter um sentimento qualquer em relação à conduta de alguém, inclusive em relação à própria conduta.”*⁵²

A aceitação, portanto, é submeter um comportamento a crítica e considerar que esta crítica é razoável. Assim, é possível utilizá-la como justificativa para julgar outros comportamentos distintos do estipulado pela regra, realizando, como mencionado, a contenção e a compulsão para que a conduta dissonante seja adequada ao padrão.

É assim que trabalham as regras primárias, pois ditam o comportamento de seus

⁴⁹ MICHELON JUNIOR, Cláudio Fortunato. **Aceitação e objetividade:** uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004;

⁵⁰ MICHELON JUNIOR, Cláudio Fortunato. *Op. cit.* 2004, pág. 147;

⁵¹ MICHELON JUNIOR, Cláudio Fortunato. *Op. cit.* 2004, pág. 147-148;

⁵² MICHELON JUNIOR, Cláudio Fortunato. *Op. cit.* 2004, pág. 149;

destinatários, impondo obrigações ou concedendo-lhes as formas para efetivarem o exercício de suas atividades. Contudo, como o próprio autor em estudo aduz, para se ter um sistema jurídico, é necessário que haja outra categoria de normas, as quais dão legitimidade, movimento e certeza as regras primárias.

2.2.4. Regras Primárias e Secundárias — Regras de Reconhecimento, Modificação e Adjudicação

Em estudo as teorias do positivismo jurídico, observa-se que existem teses que são comuns a todas as suas perspectivas, quais sejam: o direito se sustenta em fatos sociais; ele se distingue da moral, sendo independente a esta e, por fim, constitui-se em uma essência semântica.

Desse modo, ao passo que cumula uma natureza semântica, pois é um sistema normativo e se constitui, também, através de fatos sociais, o direito é de constituição dualista. Por isso é um desafio para as teorias positivistas reunirem em seu escopo uma teoria da validade jurídica que abrace e seja efetiva a esse caráter dual. Foi o que Hart fez, aplicando instrumentos da filosofia analítica, estudando e descrevendo a forma como as pessoas e os profissionais do direito se valem da sua linguagem jurídica e, acima de tudo, a sua tese sobre os pontos de vista interno e externo.⁵³

Ele realiza esse feito em um aspecto cognitivo, isto é, na aceitação, a atitude crítica-reflexiva que fora descrita aqui, e na sua distinção entre regras primárias e secundárias, onde repousa o fundamento criterial,⁵⁴ no qual os interpretes (qualquer pessoa) se remetem, em seu agir, para interpretar e reconhecer determinada lei, precedente ou costume como direito.

A primeira qualidade de regra busca dirigir nossas ações e definir as nossas condutas. Quanto a isso, a Prof. Sheila Stolz ensina que, esse tipo de ordem institucional, trata da prescrição de como os cidadãos devem ou não se portar diante de certas situações

⁵³ Ao fazer uma exposição da importância do ponto de vista interno na compreensão de como os integrantes de uma sociedade se portam diante de obrigação, Hart afirmou o seguinte: “Uma das dificuldades enfrentadas por qualquer teoria do direito que queira fazer justiça à complexidade dos fatos é que ela precisa levar em conta a presença de ambos os pontos de vista tentando não eliminar a existência de nenhum deles em sua definição” — HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**. 1ª ed. São Paulo/SP: Martins Fontes, 2009, pág. 118;

⁵⁴ “Contudo, só podemos apresentar claramente essas verdades e avaliar corretamente sua importância se supusermos um contexto social mais complexo no qual, para a identificação de normas primárias e obrigação, seja aceita e utilizada uma norma secundária de reconhecimento.” — HART, Herbert Lionel Adolphus. *op. cit.*, 2009, pág. 129;

previamente definidas, seja lhe impondo uma ação ou omissão. Portanto, são normas que prescrevem obrigações e deveres.⁵⁵

Logo, uma vez que se conhece o caráter deturpado do homem e o mundo em que vivemos, existem algumas condições de convivência que precisam ser satisfeitas. Então, a princípio, essas normas privaram o “*uso gratuito da violência, ao roubo e à trapaça, aos quais os seres humanos são tentados, mas que precisam, em geral, reprimir se quiserem coexistir próximos uns dos outros.*”⁵⁶

Contudo, para que se reconheça determinada regra primária como válida, é preciso a existência de requisitos que possibilitem a sua identificação, porquanto, se contrário fosse, estaria a se viver apenas sob um conjunto de padrões (*standards*) sem nenhuma conexão entre eles, a não ser pela circunstância de serem aceitas por um determinado grupo ou, no máximo, um sistema simples onde só existe regras de obrigações e deveres — primárias. No entanto, para que haja um sistema jurídico organizado, também é preciso que existam critérios “eficazes” para que essas regras primárias possam ser identificadas.⁵⁷

Esses critérios estão contidos, segundo Hart, na regra de reconhecimento (*rule of recognition*). Essa pode variar em cada sistema jurídico, pois pode se identificar com uma determinada prática legislativa ou a ordens específicas emitidas por algumas pessoas. Contudo, em um sistema jurídico cuja teoria das fontes é mais complexa, como é o caso do Brasil, que, além da lei, se tem as técnicas integradoras da norma, como interpretação extensiva, analógica, a jurisprudência, os costumes e a doutrina do direito, observa-se a sua norma de reconhecimento é mais elaborada.⁵⁸

A propósito, de forma incipiente, arrisca-se dizer que, além da Constituição Cidadã,

⁵⁵ “As regras primárias prescrevem o que os indivíduos podem ou não fazer e quando devem omitir certas ações — queiram ou não —, ou seja, são regras que impõe deveres em sentido positivo e negativo — STOLZ, Sheila. **Um Modelo de Positivismo Jurídico: O Pensamento de Herbert Hart** in **Revista de Direito GV**, v. 3, n. 1, pag. 101-120, jan. - jun. de 2007;

⁵⁶ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**. 1ª ed. São Paulo/SP: Martins Fontes, 2009, pág. 118;

⁵⁷ “As normas que orientam a vida do grupo não formam um sistema, mas consistem simplesmente num conjunto de padrões isolados, sem nenhuma características identificadoras comuns, exceto, é claro, pelo fato de constituírem as normas aceitas por um grupo específico de seres humanos. (...) Onde quer que essa norma de reconhecimento seja aceita, tanto os indivíduos quanto as autoridades públicas dispõem de critérios válidos para a identificação das normas primárias.” — HART, Herbert Lionel Adolphus. *op. cit.*, 2009, pág. 119 e 129;

⁵⁸ “Num sistema jurídico moderno, no qual existem várias “fontes” do direito, a norma de reconhecimento é correspondentemente mais complexa: os critérios para identificar a norma jurídica são múltiplos e geralmente incluem uma constituição escrita, a promulgação pelo legislativo e precedentes judiciais” — HART, Herbert Lionel Adolphus. *op. cit.*, 2009, pág. 130;

em nosso ordenamento jurídico existe outra norma de reconhecimento que é a LINDB, isto é, Lei Federal de n.º 4.657/42, a qual define a *vacatio legis*, a vigência e revogação de leis, a forma de integração de norma e disposições básicas sobre a gestão pública e a decisão judicial. Isso implica dizer que, em um determinado sistema, a norma de reconhecimento não precisa ser apenas um diploma, podendo, inclusive, ser um conjunto de leis ou um conjunto de leis e costumes.

Outro exemplo é o direito inglês, o qual a sua norma de reconhecimento não é declarada, porque na Inglaterra não existe uma constituição, como no direito brasileiro, mas um conjunto de leis, precedentes e costumes que se portam como fontes do seu direito constitucional. Portanto, a despeito disso, a regra de reconhecimento *“fica demonstrada pela forma como se identificam normas específicas, seja pelos tribunais ou outras autoridades, seja por indivíduos particulares ou seus advogados e assessores.”*⁵⁹

Em outras palavras, uma vez que se está imerso em um sistema jurídico, a utilização da regra de reconhecimento é naturalizada. Como analogia, pode-se dizer que é o que acontece no futebol. Os jogadores sabem que se a bola passar pela linha do gol o ponto é marcado. Contudo, a regra em si que atribui a essa atividade o valor e a característica, não é recitada aos jogadores no decorrer da partida; é algo incutido no *mindset* do futebolista.

Em relação ao direito, isso também ocorre de certa forma, pois quando um juiz afirma que um negócio jurídico é nulo, com fulcro no art. 166, do Código Civil, ele não faz uma exposição, em sua sentença, do porquê entende que a regra aplicada é considerada válida. Por outro lado, quando o advogado faz a leitura dessa sentença, não questiona o reconhecimento que é atribuído ao art. 166, do Código Civil, embora possa questionar a sua aplicabilidade aos fatos do caso concreto. A regra de reconhecimento é, exatamente, o critério de validade de uma determinada norma.

Por essas razões, ante a complexidade desse sistema, que Hart afirma a sua existência apenas em sociedades cujas relações sociais são mais desenvolvidas e tem, por consequência, uma grande quantidade de regras primárias. Esse tipo de regra, conforme defende, por si só é ineficiente para regular toda a complexidade atual da vida, pois existem falhas que lhes são inerentes.

A incerteza, a ausência de critérios identificadores das regras primárias, é o seu

⁵⁹ HART, Herbert Lionel Adolphus. *op. cit.*, 2009, pág. 131;

primeiro defeito. Como já vimos, o problema é resolvido pela regra de reconhecimento, a qual permiti-nos um procedimento estabelecido para mitigar a incerteza, através de critérios vinculantes a esse respeito, sobre a aplicação e incidência da norma.⁶⁰

Hart também aponta, como uma mácula nas regras primárias, o seu caráter estático. A única forma de modificação das normas dessa qualidade, é por meio do lento processo de transformação social, onde condutas que outrora eram rejeitadas passam a ser aceitas e, no caminho inverso, condutas que eram aceitas começam a ser reputadas como inadequadas e, após um longo tempo de rejeição, é lhes imputada uma abstenção obrigatória.⁶¹

A solução para isso, segundo Herbert Hart, é a existência de normas secundárias de modificação (*rules of change*), que autorizam um indivíduo ou um grupo de indivíduos, na regulação da vida social, a eliminar ou criar normas primárias, como, a propósito, as emendas constitucionais.⁶²

Um último defeito das normas primárias, apontado pelo autor, “*é a ineficiência da pressão social difusa pela qual as normas sociais são mantidas.*”⁶³ A reivindicação da correção das normas sempre será um tema recorrente em qualquer organização social. Quanto maior foi a sociedade, por consequência, será maior, em igual proporção, essa disputa a cerca da correção de condutas dissonante das obrigações e deveres estipulados nas regras primárias. Todavia, se não houver uma instituição oficial capaz de dirimir essa peleja, a pressão social, uma vez que é difusa, não será suficiente para compelir os que violam as regras.

Portanto, para solucionar isso um sistema jurídico composto por regras primárias e secundárias, contém normas de julgamento (*rules of adjudication*), que estipulam pessoas autorizadas a fazer, através de procedimentos estipulados por uma legislação específica —

⁶⁰ “Assim, em caso de dúvida sobre a essência as normas ou sobre o âmbito de preciso de aplicação de qualquer uma delas, não existe um procedimento instituído para dirimir essa incerteza, por meio de referências quer a um texto autorizado, quer a uma autoridade cujas declarações sejam vinculantes a esse respeito.” — HART, Herbert Lionel Adolphus. *op. cit.*, 2009, pág. 119;

⁶¹ “As únicas formas de modificação nas normas desse tipo de sociedade serão o lento processo de crescimento, por meio do qual condutas antes tidas como opcionais se tornam primeiro habituais ou costumeiras e a seguir obrigatórias, e o processo inverso de decadência, quando infrações antes punidas como severidade começam a ser toleradas e, mais tarde, passa despercebidas.” — HART, Herbert Lionel Adolphus. *op. cit.*, 2009, pág. 120;

⁶² “A solução para o caráter *estático* do regime de normas primárias consiste na introdução do que denominaremos “normas de modificação”. A forma mais elementar de uma norma desse tipo é a que autoriza algum indivíduo ou grupo de pessoas a introduzir novas normas primárias para orientar a vida do grupo, ou de uma classe dentro dele, e a eliminar normas antigas.” — HART, Herbert Lionel Adolphus. *op. cit.*, 2009, pág. 124;

⁶³ HART, Herbert Lionel Adolphus. *op. cit.*, 2009, pág. 121;

como, por exemplo, o Códigos Processuais no Brasil —, a composição e resolução desses litígios.⁶⁴

O que se pode observar é que a interação entre regras primárias e secundárias é a própria constituição dos sistemas jurídicos modernos. Pois onde falham as primeiras, as normas secundárias se apresentam como um antídoto, dando validade, movimento e segurança a ordem social; havendo, portanto, o diálogo entre ambas, como uma organização jurídica sistêmica, onde a regra de reconhecimento é a pedra de esquina para as demais espécies legais. Em outros termos, é o fundamento de todo o ordenamento jurídico.

2.2.4. A Textura Aberta do Direito

Como defendem inúmeros intérpretes de Herbert Hart, a sua teoria foi, em grande medida, influenciada pela filosofia da linguagem. Assim, ao estudar o caráter linguístico do direito e a textura aberta que é inerente a linguagem, concluiu que, em determinadas situações, onde impera a indeterminação dos conceitos jurídicos, haverá uma margem para que o intérprete, seja ele uma autoridade administrativa ou judicial, possa se valer da discricionariedade para, de forma racional, dirimi-la.

A princípio, antes de se aprofundar nessa questão, é necessário elucidar que, ao regular uma enormidade de situações, o direito, na elaboração de suas normas, necessita se valer de classificações gerais de modo que, ignorando as peculiaridades que são comuns aos infinitos casos que lhe recorrem, possa ser aplicado a esses com um grau considerável de familiaridade ao padrão que estabelece.

Reconhecendo essa natureza da norma, Hart afirma que seria impossível haver um sistema jurídico eficiente e bem-sucedido se não houvesse orientações adicionais a essas condutas previamente estabelecidas. Isso se dá exatamente pela ausência de uma perfeita previsão do futuro, limitação que sempre se impôs aos humanos, pois os padrões exigem, dos

⁶⁴ “O terceiro suplemento ao regime simples de normas primárias, que visa remediar a ineficiência de sua pressão social difusa, consiste em normas secundária que capacitem alguns indivíduos a solucionar de forma autorizada o problema de saber se, numa ocasião específica, foi violada uma norma primária. A forma mínima de julgamento consiste nessas determinações, de modo que denominaremos “normas de julgamentos” as normas secundárias que outorgam o poder de formulá-las. Além de identificar os indivíduos os indivíduos que deverão julgar, essas normas também definem os procedimentos a serem seguidos.” — HART, Herbert Lionel Adolphus. *op. cit.*, 2009, pág. 125;

indivíduos, posturas em determinadas circunstâncias que ainda estão para acontecer, gerando uma incerteza teleológica no momento de aplicação da norma.

Essas circunstâncias, examinado a práxis, podem e são influenciadas por uma série de variáveis que não estão no padrão.⁶⁵ Em outros termos, o direito tem uma grande necessidade de apresentar classes e características abrangentes que o permitem regular uma grande quantidade de situações. No entanto, ao realizar essa tarefa, agrega uma indeterminação aos seus conceitos.

Para mais, ainda que consiga identificar as situações de forma clara e, ao mesmo tempo, não ser generalizante em suas prescrições, no direito, por usar a linguagem, haveria sempre *“um certo desajuste entre a ideia e a palavra, porque a primeira é mais rica, mais complexa, mais articulada do que a segunda, que serve para exprimi-la. Além disso, não usamos palavras isoladamente (...), mas formamos complexos de palavras ou proposições.”*⁶⁶

Logo, como existe uma indeterminação linguística nas normas jurídicas, é preciso, para aplicá-las, que se interprete. Hart defende que, na maioria das situações, a descrição da conduta esperada anteverá bem a forma como se deve agir no futuro⁶⁷. Então, para identificar no caso o padrão a ser utilizado, recorrer-se-á a um processo silogístico onde as premissas da norma são confrontadas com as características específicas dos fatos postos, enquadrando esses as qualidades gerais e distintivas que estão prescritas pela lei, precedente ou costume.

Tradicionalmente as Teorias Positivistas denominam esse fato de interpretação declarativa — o juiz como boca da lei (Montesquieu — Blackstone), a qual apenas reproduz um direito preexistente, ou seja, não há um trabalho criativo na ação do intérprete, mas a dedução de qual é o direito já posto, anteriormente, a ser aplicado ao caso — oráculo do

⁶⁵ “Se não fosse possível, sem nenhuma orientação adicional, padrões gerais de condutas compreensíveis para multidões de indivíduos — padrões exigem deles certos comportamentos — não existiria nada de que entendemos por Direito” — HART, Herbert Lionel Adolphus. *op. cit.*, 2009, pág. 161;

⁶⁶ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo/SP: Ícone, 2006, pág. 213;

⁶⁷ Em artigo publicado na Revista de Informação Legislativa, Ricardo Bueno, afirma que “Não se trata de uma imperfeição da norma, simplesmente se deve ao fato de que não podemos atribuir ao legislador uma capacidade que escapa à humanidade, qual seja, a mais perfeita e precisa antecipação de todos os fatos e que, portanto, isso repercute na estrutura normativa.” — BUENO, Ricardo. **Revista de Informação Legislativa**. a. 47. n.º 186. Brasília: Senado, 2010;

direito⁶⁸. Todavia, haverá casos onde se chegará a uma zona limítrofe da determinação indubitosa, porquanto esses padrões em casos difíceis terão sua incidência colocada a prova, mostrando-se inexatos e vacilantes. É o que o Hart denomina de “textura aberta”.⁶⁹

É nessa zona de penumbra que o autor inglês defenderá que a interpretação declarativa será insuficiente. Outras tradições positivistas, como a brasileira, buscam corrigir isso com os métodos de integração da norma — interpretação léxica, teleológica, sistemática, histórica, análoga e extensiva —, os quais acharão, dentro da própria lei, a solução para essa vagueza semântica.

Todavia, Hart não utiliza esse método como solução, mas afirma que, ante a ausência de um padrão claro, cabe ao juiz realizar a construção da solução ao caso. Portanto, destoando de um positivismo clássico, afirma a possibilidade de criação do direito pela decisão judicial, através de um poder discricionário que aparece ao julgador quando o padrão, para se valer do método declarativo, não lhe parece suficientemente claro para encaixá-lo nos fatos do caso. É o que se denomina de *hard cases*.

Aqui é necessário chamar a atenção a um ponto importante, a discricionariedade não é um poder arbitrário que o juiz poderá utilizar quando quiser. Existe um limite, qual seja: a indeterminação do direito, a ponto de ser impossível ou inviável recorrer-se a um padrão previamente estabelecido.

Além disso, também não se constitui na pura vontade do magistrado, isto é, uma arbitrariedade. Em um ensaio publicado após a sua morte, na *Harvard Law Review*, em 2013, denominado *Discretion*,⁷⁰ Hart defende que a discricionariedade é uma virtude intelectual que se pauta em métodos e é, por isso, racional. Os métodos são extrajurídicos — contrariando

⁶⁸ Norberto Bobbio afirma que é “um fato paradoxal, as posições juspositivistas sobre este ponto nada têm de revolucionário, mas, pelo contrário, representam a continuação fiel de uma tradição jurídica que remonta à idade média (e talvez antes)” — BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. São Paulo/SP: Ícone, 2006, pág. 211. Ademais, essa era a postura inicial da *common law*, a qual os seus teóricos afirmavam que os juízes não criavam o direito, mas apenas diziam qual era o direito preexistente, dentre os imemorráveis costumes do povo inglês, a ser aplicado ao caso — oráculo do direito.

⁶⁹ “Qualquer que seja a estratégia escolhida para a transmissão de padrões de comportamento, seja o precedente ou a legislação, esses padrões, por muito facilmente que funcionem na grande massa de casos comuns, se mostraram imprecisos em algum ponto, quando sua aplicação for posta em dúvida; terão que ser chamados de “textura aberta”. Até aqui temos apresentado isso, no caso da legislação, como uma característica geral da linguagem humana; a incerteza nas zonas limítrofes é o preço a se pagar pelo uso de termos classificatórios gerais em qualquer forma de comunicação referente a questões factuais.” — HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**. 1ª ed. São Paulo/SP: Martins Fontes, 2009, pág. 166;

⁷⁰ ABDOUCH, Rafael Parisi. **Discricionariedade em Hart e Dworkin**: o debate reconsiderado à luz do artigo perdido de H. L. A. Hart in **Revista Publicum**. Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, 2018, p. 73-82;

inclusive a autodeterminação do direito, que é marca das teorias positivistas —, porquanto dentro do sistema jurídico não foi possível achar uma solução silogística. A despeito disso será sempre uma escolha que, racionalmente, não é definida como certa ou errada, pois através do método empregado pode se chegar a várias alternativas e, dentre essas, se escolherá a que, para a autoridade, será a melhor solução.⁷¹

Todavia, como dito, “*seguem-se alguns limites e padrões, aproximando-se mais de um poder discricionário pautado em uma certa racionalidade do que de uma atividade conduzida pelos caprichos pessoais de uma autoridade.*”⁷²

Essa posição, sem dúvidas gerou muitas críticas pelo autor em estudo, Ronald Dworkin. A despeito de tratar essa questão, nesta dissertação, com maior profundidade no capítulo que se segue, é interessante, nesse momento, apontar de forma sintética a posição dworkiana.

O autor americano ressalta que, no positivismo jurídico, a obrigação jurídica só incide em um determinado caso, se uma regra puder ser aplicada. Contudo, acontece que, uma vez que o juiz se vale de uma racionalidade extrajurídica, ignora a existência do direito posto, ante a ausência de uma regra para definir a obrigação e “*‘cria’ uma regra e a aplica ao caso de modo retroativo. Ora, criar uma regra para um caso que já ocorreu [ex post facto],*”⁷³ sendo no mínimo injusto.

Dworkin, como se verá com maior profundidade, defende que, ao invés de se adotar um sistema composto somente por regras e passarmos a considerar também, como integrante do sistema jurídico, os princípios, conferindo a eles força normativa, não se falaria em criar a solução em um caso difícil. Nesse meandro, como o juiz se orientaria pelo princípio para deixar de aplicar ou modular uma regra, isto é, decidir o *hard case*, ele não estaria criando direito, porquanto os princípios são parte desse.

Logo, a ideia de discricionariedade estaria mitigada e o juiz estaria preso tão somente em um raciocínio jurídico, ainda que Dworkin trabalhe a ideia de princípios.

⁷¹ COLOTONIO, Carlos Ogawa. **A questão da racionalidade jurídica em Hart e em Dworkin.** São Paulo/SP: Universidade de São Paulo, 2011;

⁷² COLOTONIO, Carlos Ogawa. *Op. cit.*, 2011, pág. 43;

⁷³ FONSECA, Tania Schneider da. **O Debate entre Herbert L. A. Hat e Ronald Dworkin.** *in Seara Filosófica.* N. 4, Verão, 2011, pág. 59;

2.3. O Movimento do Direito e Literatura

Não é mistério que o direito se utiliza da linguagem para apresentar a sua mensagem. Por isso, para alguns estudiosos, é preciso que a interpretação jurídica se comunique com outros ramos do conhecimento que, a mais tempo e de forma mais acurada, lidam com a linguagem. É nesse âmbito que alguns autores se enveredaram no século passado.

Aponta-se que o início do movimento do Direito e Literatura tem como marco a publicação do ensaio *A list of Legal Novels*, de John Henry Wigmore, em 1908. Nesse estudo, o autor apresentou uma série de romances que tinham uma temática jurídica, dividindo-os em quatro grupos:

(A) - Romances que têm uma cena de julgamento, incluindo-se uma bem engendrada passagem de interrogatório (...); (B) - Romances que descrevem atividades profissionais de advogados, juízes ou promotores; (C) - Romances que descrevem métodos referentes ao processamento e à punição de crimes; (D) - Romances nos quais o enredo seria marcado por algum assunto jurídico, afetando.⁷⁴

O objetivo do autor é que os profissionais do direito pudessem recorrer a literatura para obter experiência com questões peculiares a profissão, enriquecendo a sua vivência, preparando-os para o labor diário da prática forense.

Outro autor importante é Benjamin Cardozo e seu artigo publicado na *Yale Review*, em 1925, *Law and Literature*, cujo estudo tem como enfoque o Direito como Literatura, analisando a essência literária do direito, isto é, o exame da forma literária como sua expressão⁷⁵. Dessa forma, “*enquanto Wigmore tinha a pretensão de que os advogados lessem bem, Cardozo queria que eles escrevessem bem.*”⁷⁶

Tradicionalmente, esses autores são considerados os *founding fathers* do *Law and Literature Movement*, mesmo havendo, segundo Trindade e Bernsts, publicações que

⁷⁴ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito e Literatura. Os Pais Fundadores:** John Henry Wigmore, Benjamin Nathan Cardozo e Lon Fuller. In: TRINDADE, André Karam; SCHWARTZ (Coords). **Direito e Literatura:** o encontro entre Themis e Apolo. Curitiba: Juruá. p. 29-33;

⁷⁵ Nas palavras de Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, “Cardozo firmou tese no sentido de que direito seria literatura, também em sentido estrito (...). A substância (jurídica) circulava por meio de forma (literária). E não haveria como se dissociar as duas grandezas. (...) Para Cardozo, a forma não se adere à substância como mero adereço; forma e substância fundem-se, formam unidade única.” — GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito e Literatura. Os Pais Fundadores:** John Henry Wigmore, Benjamin Nathan Cardozo e Lon Fuller. In: TRINDADE, André Karam; SCHWARTZ (Coords). **Direito e Literatura:** o encontro entre Themis e Apolo. Curitiba: Juruá. p. 29-33;

⁷⁶ MALVASIO, Daniela Ruschel. **Direito e Literatura:** As Narrativas e a Hermenêutica Jurídica in RECSA – Revista Eletrônica de Ciências Sociais Aplicadas. V. 5, n.º 1. Faculdade FISUL, Garibaldi, RS, Brasil, 2017, pág. 104;

enfrentaram o tema já no final do século XIX, como Irving Browne (1883), Wilbur Larremore (1890) e Gilbert Ray Hawes.⁷⁷

Contudo, foi apenas nos anos setenta que o movimento floresceu com toda a sua força, com os trabalhos de James Boyd White, dentre eles, *The Legal Imagination. Studies in the Nature of Legal Thought and Expression* (1973), o qual é “considerada um divisor de águas, uma vez que refunda o discurso jurídico-político”⁷⁸ e impulsiona o movimento a dimensões que nunca havia visto. Esse renascer fez com que as universidades norte-americanas vissem a importância desse estudo interdisciplinar, de modo que incluíram em seus currículos a matéria de Direito e Literatura. Foi nessa época que o debate a respeito do formalismo jurídico foi potencializado pelo citado movimento. Tendo participado dele, dentre inúmeros autores, Richard Posner, Martha Nussbaum e Ronald Dworkin.

Em suma, sem ignorar o equívoco de generalizar todo movimento e suas inúmeras vertentes, busca refundar o discurso político através de uma visão da realidade social e humana promovida pela literatura. Nessa esteira, a partir da ideia

de que as comunidades humanas e políticas sejam narrativas e, ao mesmo tempo normativas, desenvolve-se o “Law as narrative” por meio do qual se observa como “jurídica” toda a atividade de narrar que tem por efeito a definição de uma ordem simbólica e comportamental, e então também o Direito é visto como uma prática ou um conjunto de práticas narrativas.⁷⁹

Além do mais, podemos citar Macintyre, filósofo britânico, que defende, em sua obra “Um Estudo em Teoria Moral”, que a vida é uma unidade narrativa, uma história de fatos interligados e que, de alguma forma, se mantém coerente ao longo de seu desenvolvimento.⁸⁰ A construção de seu raciocínio não nos leva direto ao tema direito e literatura, pois, no capítulo quinze, argumenta a importância da narrativa, na vida, para a construção de um conceito de virtude, remetendo a ideia de tradição moral — objetivo do livro —. Porém, se

⁷⁷ TRINDADE, André Karam; BERNST, Luísa Giuliani. **O Estudo do Direito e Literatura no Brasil: Surgimento, Evolução e Expansão** in **Anamorphosis – Revista Internacional de Direito e Literatura**. V. 3, n.º 1, janeiro - junho de 2017, pág. 226;

⁷⁸ TRINDADE, André Karam; BERNST, Luísa Giuliani. *op. cit.* 2017, pág. 226;

⁷⁹ SEEGER, Luana da Silva; ANDRADE, Edenize. **A Relação Entre Direito e Literatura e Suas Contribuições para a Superação da Crise do Ensino Jurídico e Refundação da Jurisdição** in *Revista do XIII Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea*. Santa Cruz do Sul/RS: UNISC, 2016, pág. 7;

⁸⁰ MACINTYRE, Alasdair. **Depois da Virtude: Um Estudo em Teoria Moral**. 2ª ed. Bauru/SP: Editora da Universidade do Sagrado Coração, 2001;

pode aproveitar o princípio para o direito como narrativa, porque demonstra a essência contadora de história do ser humano que, mesmo em seus pensamentos, se desenvolve em narrações.⁸¹

Assim, para os defensores dessa vertente, a análise da lei ou precedente de forma analítica, se esquecendo que são produtos de uma narrativa social, é totalmente limitadora, podendo levar a injustiças como as de Ângelo em “Medida por Medida”⁸², de Shakespeare, onde a lei, a muito esquecida, volta a vida nas mãos de um juiz arbitrário, mesmo não tendo nenhuma conexão com a sociedade vigente.

É, então, uma característica do direito ter por de trás de seus instrumentos normativos e decisórios uma narrativa que o motivou ou, nas palavras de Afonso Maria das Chagas, uma narrativa fundante de uma instituição de determinados direitos ou da mudança paradigmática deles, que recorre a todo tempo a história.⁸³

De modo que se cuida de uma narrativa, é necessário ao direito se submeter a coerência interpretativa que é inerente a essa estrutura. É preciso, pois, para interpretar, quebrar a barreira de que foi posta pela ciência jurídica, qual seja: a interpretação jurídica deve ser estudada isoladamente. Assim, deve-se, segundo Ronald Dworkin, desenvolver-se uma concepção de interpretação mais abrangente, não a vendo como uma atividade *sui generis* e restrita ao âmbito jurídico. Sugere, o mencionado autor, que a atividade interpretativa deve ser considerada em conjunto a outros ramos do conhecimento, como a literatura, pois nessa *“foram depreendidas muito mais teorias da interpretação do que no Direito, inclusive que contestam a distinção categórica entre descrição e valoração que*

⁸¹ CHAGAS, Afonso Maria. **O Direito Contado: Entre Narrativas e Metáforas uma Ponte à Hermenêutica Jurídica.** In **Direito, arte e literatura.** Coords. MADEIRA FILHO, Wilson; GALUPPO, Marcelo Campos. Florianópolis/SC: FUNJAB, 2012;

⁸²SHAKESPEARE, William. **Medida por medida.** Disponível em <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/medida.pdf>, acesso em 15 de janeiro de 2019;

⁸³ “o direito contado nas grandes narrativas fundantes, ajuda a lembrar que a lei pode ser corrompida e por isso será contestada em suas arbitrariedades e injustiças, tal como no preâmbulo da Declaração dos direitos do homem e do cidadão, na sua versão de 1793, onde se diz que “o povo francês, convencido de que o esquecimento e o desprezo dos direitos naturais do homem, como causa das infelicidades do mundo”, decidiram expor tais direitos em uma declaração. Ou ainda, em outra declaração, esta dos Direitos humanos, em 1948, onde se lê no preâmbulo: “considerando que o desconhecimento e o desprezo dos direitos do homem conduziram a atos de barbárie que revoltam a consciência da humanidade...” Ou seja, mediante a corrupção da lei posta ou de seu esquecimento e abuso, a memória se faz escrita e denúncia narrada, transformada em clamor por mudança e reforma” — CHAGAS, Afonso Maria. **O Direito Contado: Entre Narrativas e Metáforas uma Ponte à Hermenêutica Jurídica.** In **Direito, arte e literatura.** Coords. MADEIRA FILHO, Wilson; GALUPPO, Marcelo Campos. Florianópolis/SC: FUNJAB, 2012, págs. 286-307;

*debilitou a teoria jurídica.”*⁸⁴

A propósito, esse é um recurso muito utilizado por Ronald Dworkin e seu argumento do “romance em cadeia”, no qual o Juiz Hércules utilizará de uma coerência histórica, sem, contudo, se prender ao passado, para interpretar o direito de forma coerente, projetando-o para o futuro.

3. A TEORIA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE

Até aqui, neste trabalho, foram apresentadas características e pontos significantes que constituem o contexto em que Ronald Dworkin está inserido. Não pairam dúvidas que a sua teoria, conforme será demonstrado, tem forte influência do que fora escrito até aqui ou, pelo menos, que se apresenta como uma leitura dessa realidade.

Logo, nesse capítulo, além de uma exposição do que constitui o Direito Como Integridade, serão feitas remissões à participação, ao menos estrutural, da *common law*, da interpretação construtivista que circunda a Constituição Americana e como o movimento do direito e literatura, sobretudo na sua perspectiva do direito como narrativa, influenciaram o pensamento dworkiano.

Aponta-se que, na primeira parte desse capítulo, Ronald Dworkin e os positivistas, os comentários e críticas que o mencionado autor formulou a respeito desses apareceram de forma contundente e direcionada a Herbert Hart. Aliás, segundo Dworkin, “*a versão do positivismo oferecida por Hart é mais complexa (...) e o seu teste para verificar a validade das regras do direito é mais sofisticado.*”⁸⁵ É, então, na visão do autor, a melhor teoria, inclusa na tradição positivista.

Além disso, é importante mencionar que as suas críticas à Hart compõem, em grande parte, a sua tese da normatividade dos princípios, integrando esses ao direito para além das regras. Portanto, se tomará como ponto de partida para a construção do pensamento dworkiano nesta dissertação, as suas críticas ao autor inglês.

Será também analisado neste capítulo como a teoria de Ronald Dworkin interage-se com o contexto em que fora construída, demonstrando-se esse ponto através dos instrumentos

⁸⁴ DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. 1ª ed. São Paulo/SP: Martins Fontes, 2000, pág. 221;

⁸⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 3ª ed. São Paulo/SP: WMF Martins Fontes, 2010, pág. 35;

teóricos construídos pelo brilhantismo do autor em estudo.

3.1. Ronald Dworkin e os Positivistas

3.1.1. A Normatividade dos Princípios e Políticas

Analisando os primeiros escritos da obra de Ronald Dworkin, em especial o Modelo de Regras I — que foi, em muitas universidades, uma leitura obrigatória —, nota-se uma investida ácida à Teoria do Direito mais aceita pelos jusfilósofos até o momento, isto é, o Positivismo jurídico. Esse, que dominou todo o século XIX e a metade do XX, postulou um rompimento do direito com o jusnaturalismo, adotando somente uma fonte única que não estivesse ligada à metafísica como essa escola. Nesse sentido, é necessário lembrar que, dentro do sistema jusnaturalista, há um direito posto submetido ao direito natural. Todavia, entre eles, deve existir um vínculo de submissão no qual o segundo confere validade ao primeiro; estando, pois, em um patamar de superioridade — dualidade de fontes do direito. Implica dizer que o direito posto está submetido a um sistema moral que, sobre ele, realiza um controle de validade e de eficácia normativa.

Por outro lado, para conferir autonomia ao sistema que pregava, isto é, a sobreposição da regra institucional como única fonte do direito, o positivismo estabeleceu a emancipação do direito posto em relação ao direito natural (moral). Negou-lhe, para tanto, em um primeiro momento, a sua existência como sistema normativo, tal como a sua ausência em uma organização institucional. No entanto, em outras posições mais moderadas (posteriores), como o positivismo de Miguel Reale ⁸⁶ e de Herbert Hart, observa-se a sua absorção pelo sistema normativo institucionalizado — é o que se chama hoje de positivismo inclusivo (brando) e exclusivo (forte), respectivamente.⁸⁷

⁸⁶ Em sua teoria tridimensional do direito, o jusfilósofo brasileiro defende que a norma é fruto da valoração de um fato social pela sociedade;

⁸⁷ Segundo Rubens Glezer, após as críticas ao positivismo jurídico formuladas no século passado, atualmente “os filósofos que compõem essa tradição são unidos apenas pela crença na ideia de que a identificação da existência e o conteúdo do direito estão primordialmente relacionados com fatos sociais. Os diferentes modos de compreender essa relação de primazia fornecem o critério de divisão atual no positivismo jurídico: aquela entre positivistas inclusivos e exclusivos. Positivistas inclusivos acreditam que fatos sociais predominam na identificação do conteúdo e existência do direito. (...) Positivistas exclusivos, por sua vez, acreditam que os fatos sociais são necessariamente os únicos critérios possíveis para a identificação da existência e conteúdo do direito, de modo que, para esses filósofos, a moralidade nunca pode figurar entre tais critérios” — GLEZER, Rubens Eduardo. **O Positivismo de Joseph Raz: Autoridade e Razão Prática Sem Prática Social**. São Paulo/SP: USP, 2014, pág. 19-20;

Uma vez estabelecido que o direito terá apenas uma fonte, a norma, emanada de fatos sociais, sendo-lhe conferida autoridade, é preciso estabelecer critérios que lhe distingam de outros sistemas normativos que, para os positivistas, não se confundem com o direito. Estes critérios, como afirma Hart, são aqueles mais aceitos pela sociedade e refletidos em uma espécie de regra secundária denominada de reconhecimento.

Nesse sentido, uma determinada regra social só será uma regra jurídica se pela norma de reconhecimento lhe for atribuída autoridade e força vinculante para tanto. Logo, como aduz Dworkin, para os positivistas “o conjunto de regras é coextensivo com o “direito”, de modo que o caso de alguma pessoa não estiver coberto por uma regra dessas, (...) esse caso não pode ser decidido mediante a aplicação do direito.”⁸⁸ Assim, mantendo o silogismo, se alguém não está submetido a uma regra jurídica, porquanto essa não existe, também não há uma obrigação jurídica que recaia sobre ela, pois, para os positivistas, em geral, sua existência depende de uma regra anterior que a estipulou. Diante dessa situação, como anteriormente dito, Herbert Hart defende o uso da discricionariedade, ou seja, a utilização de critérios extrajurídicos para dirimir a questão — ponto que já foi tratado neste trabalho⁸⁹. É nesse ponto que Ronald Dworkin começa apresentar suas primeiras teses a respeito de sua Teoria do Direito.

Afirma, o autor americano, que o principal problema do positivismo jurídico é o seu sistema jurídico pautado somente em regras sustentadas por um teste de *pedigree* — se referindo a regra de reconhecimento de Hart. Essas são teses utilizadas para distinguir normas válidas de outras categorias de regras — não jurídicas — ou regras jurídicas falsas. Defende que essa visão do direito “nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos poderes que não são regras,”⁹⁰ isto é, arrazoados aos quais não existem, necessariamente,

⁸⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 3ª ed. São Paulo/SP: WMF Martins Fontes, 2010, pág. 29;

⁸⁹ É importante destacar que Hart nunca ignorou o fato de haver incerteza na aplicação da lei, como afirma Dworkin, e, além disso, nunca objetivou que a regra de reconhecimento resolvesse esse problema. Assume o autor que, se a lei tivesse essa pretensão, abriria mão de outros objetivos que o direito almeja, como, por exemplo, a generalidade. Contudo, para além disso, afirma que a indeterminação em alguns casos é saudável para a teoria da decisão judicial. A propósito, cite-o: “Há ainda meu raciocínio geral de que, mesmo que as leis pudessem ser estruturadas para solucionar de antemão todas as indagações possíveis sobre seu significado, a adoção de delis desse tipo frequentemente conflitaria com outros objetivos que o direito deve abraçar como seus. No caso de muitas normas jurídicas, deve-se tolerar uma certa margem de incerteza, e mesmo vê-la como um elemento bem vindo, de modo que possibilite uma decisão judicial bem informada quando se conheça a composição de um caso inédito, tornado possível identificar os problemas envolvidos em sua decisão e dar-lhes solução racional.” — HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**. 1ª ed. São Paulo/SP: Martins Fontes, 2009, pág. 325 —;

⁹⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 3ª ed. São Paulo/SP: WMF Martins Fontes, 2010, pág. 36;

um apoio institucional, porém, são aplicados por inúmeros juízes quando estão diante de casos difíceis.

Através de exemplos como os casos *Riggs vs Palmer* (1899) e *Henningsen vs Bloomfield Motors* (1969), Dworkin busca evidenciar a existência desses outros “poderes”. No primeiro julgado foi analisado um caso de herança onde o assassino do testador era o seu herdeiro. Aliás, segundo a legislação testamentária vigente a época, não existia nenhuma irregularidade que impedisse que a sucessão ocorresse. Apesar disso, a Corte de Apelação de Nova York decidiu que deveria haver a anulação do testamento, sob o argumento de que a “ninguém será permitido lucrar com a sua própria fraude, beneficiar-se com os seus próprios atos ilícitos, basear qualquer reivindicação na sua própria iniquidade de seu próprio crime.”

⁹¹ Em outras palavras, o tribunal aportou sua decisão em um padrão de comportamento que não estava insculpido na legislação aplicável ao caso.

Quanto ao segundo exemplo citado por Dworkin, *Henningsen vs Bloomfield Motors* (1969), fora reconhecida, pela Suprema Corte do Estado de Nova Jersey, a responsabilidade da fabricante de automóveis pelas despesas médicas decorrentes de defeitos em um veículo, mesmo com previsão contratual isentando-a, visto que a garantia se limitava apenas a manutenção das peças defeituosas. O argumento utilizado pela Corte fora um conjunto de princípios — liberdade contratual e a utilização de um tribunal e seu instrumentos para se perpetrar injustiças e iniquidades — e políticas — como a redução de acidentes automobilísticos — que mitigou a máxima da liberdade contratual, atribuindo à manufatureira obrigação que não estava prevista no instrumento contratual.

À luz desses exemplos, Dworkin defende que existem padrões que vinculam os juízes e são utilizados como fontes de obrigações jurídicas em casos em que as regras são insuficientes para dirimi-los — isto é, os *hard cases* de Herbert Hart. Dessa forma, afirma que esses padrões, os princípios e as políticas, devem ser considerados como argumentos jurídicos, mas não de mesma natureza das regras, tanto em sua essência, como em sua aplicação.

Mas o que são essas políticas e princípios? Segundo Dworkin uma política é um padrão “que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral, uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam

⁹¹ DWORKIN, Ronald. *op. cit.*, 2010, pág. 37;

negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas).”⁹² Por outro lado, denomina que um princípio se distingue dessa projeção para o futuro que é característica de uma política, pois é “*uma exigência de justiça ou equidade ou outra dimensão da moralidade.*”⁹³ Portanto, se no segundo caso foi almejado a redução de acidentes automobilísticos, a Corte se valeu de uma política. Contudo, no primeiro julgado se observa que a vedação de se beneficiar da própria torpeza foi um chamado a justiça, já que, se contrário fosse, o assassino receberia a herança de sua vítima, beneficiando-se de sua atividade criminosa.⁹⁴

Dworkin não para por aí em sua distinção, afirma que a forma de aplicação dessas duas categorias de normas também se diferencia. As regras se caracterizam pela aplicação do tudo ou nada, ou seja, elas se encaixam ou não aos fatos que lhes são apresentados. Não existe um meio-termo, uma zona para sopesar; é a aplicação pura, simples e necessária⁹⁵ — pois, se é possível a incidência, é dever do julgador aplicá-la ao caso que julga.⁹⁶

Os princípios e as políticas se portam, hermeneuticamente, de forma distinta, pois não

⁹² DWORKIN, Ronald. *op. cit.*, 2010, pág. 36;

⁹³ DWORKIN, Ronald. *op. cit.*, 2010, pág. 36;

⁹⁴ Ao explicar essa conceituação do direito, não se ouvida das críticas de Dworkin direcionadas ao pragmatismo jurídico que estipula programas instrumentais que almejam o futuro. Conforme se verá adiante, segundo o autor, “*as afirmações jurídicas são opiniões que, (...), combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento*” — DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 3ª ed. São Paulo/SP: Martins Fontes, 2014, pág. 271;

⁹⁵ Como apresenta Shapiro, “In Dworkin’s terminology, rules are “all or nothing” standards. When a valid rule applies in a given case, it is conclusive or, as a lawyer would say, “dispositive.” Because valid rules are conclusive reasons for action, they cannot conflict. If two rules conflict, then one of them cannot be a valid rule.” — SHAPIRO, Scott J. **The Hart-Dworkin Debate: A Short Guide for the Perplexed**. 2007. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=968657>> Acesso em: 2 de jul. 2019, pág. 9;

⁹⁶ Segundo Hart, se considerarmos a distinção de princípios e regras como uma questão de grau, considerandos não-conclusivos, pois têm um grande alcance, apresentam-se com uma razão para as normas, sendo justificativas para elas, essa distinção hermenêutica que Dworkin apresenta cairá por terra. O filósofo inglês sustenta isso argumentando que, com as regras, é possível realizar a ponderação e o sopesamento da mesma forma e com os princípios, sendo essa uma evidência de que leitura de sua teoria por Dworkin está equivocada: “Não vejo motivo para aceitar seja esse violento contraste entre os princípios e as normas jurídicas, seja a opinião segundo a qual, se uma norma válida for aplicável a determinado caso, ela deverá, ao contrário de um princípio, determinar invariavelmente o desenlace da causa. Não há razão alguma pela qual um sistema jurídico não possa reconhecer que uma norma válida defina um resultado nos casos aos quais se aplica, exceto quando outra norma, julgada mais importante, for também aplicável ao mesmo caso. Assim, uma norma, vencida num determinado caso ao conflitar com outra mais importante, pode, como um princípio, sobreviver e continuar vigente, de modo que determine o desenlace em outros casos onde for considerada mais importante que outra norma concorrente. (...) a existência de competição entre eles (princípios e regras) evidentemente demonstra que as normas não têm o caráter de “tudo ou nada”, pois podem conflitar com princípios capazes de sobrepujá-las.” — HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**. 1ª ed. São Paulo/SP: Martins Fontes, 2009, pág. 338 —;

têm a pretensão “[nem mesmo] estabelece(m) condições que torne(m) a sua aplicação necessária. Ao contrário, enuncia(m) uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas [ainda sim] necessita(m) de uma decisão particular.”⁹⁷ Destarte, sob essas características, é possível concluir que essas máximas nem mesmo se assemelham a regras, porque a sua análise não é se encaixam no caso, mas, sim, qual é o seu peso e importância, sobretudo em situações em que mais de um princípio ou política se apresentam. Inclusive, é assim que dirimem seus conflitos. Por outro lado, quando entram em colisão, as regras suplantam uma a outra, utilizando-se de critérios de especialidade, hierarquia e tempo.⁹⁸ Essa distinção ocorre porque os “*principles do not dispose of the cases to which they apply. They lend justificatory support to various courses of actions, but they are not necessarily conclusive.*”⁹⁹

Agora, uma vez estabelecido que os princípios e políticas desempenham um papel importante no direito, integrando-o, é preciso enfrentar o problema de sua obrigatoriedade. A esse respeito o autor americano estabelece duas propostas, a positivista e a sua: a) os princípios e políticas são argumentos extrajurídicos e são utilizados quando as regras não se mostram suficientes. Contudo, não são obrigatórios, ficando ao encargo do julgador escolher quando aplicá-los — postulado da tese da discricionariedade de Herbert Hart, segundo a leitura de Dworkin —; e b) os princípios e políticas devem ser tratados da mesma forma que as regras; sendo, pois, vinculantes e portadores de um selo de juridicidade. Logo, em relação a esse quesito, são tratados da mesma forma que as regras.

É importante se ter em mente que, quando Dworkin apresenta essa tese, em especial a primeira, refere-se apenas ao positivismo do Conceito de Direito de Hart, embora esse tenha corrigido sua teoria quanto a isso¹⁰⁰ — ignorando-se as possíveis contradições —, porquanto é sabido que autores anteriores como Bobbio, por exemplo, defendiam que os “princípios gerais do direito” são normas, ou seja, assumem uma juridicidade e são utilizados exatamente nos

⁹⁷ DWORKIN, Ronald. *op. cit.*, 2010, pág. 41;

⁹⁸ “se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida” — DWORKIN, Ronald. *op. cit.*, 2010, pág. 43;

⁹⁹ “princípios não dispõem de casos para os quais eles se aplicam. Eles emprestam um suporte justificatório a vários cursos de ações, mas eles não são necessariamente conclusivos” — SHAPIRO, Scott J. **The Hart-Dworkin Debate: A Short Guide for the Perplexed**. 2007. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=968657>> Acesso em: 2 de jul. 2019, pág. 9;

¹⁰⁰ Pós-escrito do livro Conceito de Direito — HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**. 1ª ed. São Paulo/SP: Martins Fontes, 2009, pág. 335-340 —;

casos difíceis, como instrumentos de auto-integração da norma.¹⁰¹ Contudo, a sua origem é diferente, pois Bobbio, como outros de sua época, defendia que os princípios emanam do ordenamento jurídico e não de uma moralidade coletiva — como defende Dworkin —, sendo “*normas generalíssimas, formuladas pelo intérprete, que busca colher, comparando normas aparentemente diversas entre si, aquilo a que comumente se chama o espírito do sistema.*”¹⁰²

Essa visão positivista dos princípios segue aquela tese inicialmente trabalhada aqui, isto é, a de uma única fonte do direito. Portanto, não existe nenhuma abertura moral para o direito, inclusive nessa textura principiológica, pois os princípios são nada mais do que o resultado interpretativo das regras do ordenamento vigente. Contudo, voltando-se para Dworkin, sua intenção é combater a separação entre direito e moral promovida pelo positivismo. Em outros termos, o autor americano “*busca demonstrar que, no funcionamento dos princípios, o “point moral do direito” fica particularmente evidenciado.*”¹⁰³

Por isso, argumentar que os positivistas, em geral, ignoram a normatividade dos princípios — tônica que se espalhou pelos cursos de direito no Brasil e por algumas instâncias do judiciário — é um ponto falacioso. A diferença entre as posições é, na realidade, se os princípios são postulados morais ou simplesmente máximas extraídas da ordem jurídica posta. Aliás, Hart não ignora que é possível “*que a norma de reconhecimento pode incorporar, como critério de validade jurídica, a obediência a princípios morais ou valores morais substantivos,*”¹⁰⁴ mas, uma vez que integram, são parte do sistema normativo e gozam de autoridade legislativa ou institucional, a depender da organização jurídica. Ao contrário, Dworkin defende que “*a origem dos princípios não se encontra na decisão particular de um poder legislativo, mas na compreensão do que é apropriado, desenvolvida pelos membros da profissão e pelo público ao longo do tempo.*”¹⁰⁵

¹⁰¹ “Os princípios gerais são apenas, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. (...) E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não regulamentado; mas então servem ao mesmo escopo a que servem as normas expressas.” — BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6ª ed. Brasília/DF: Editora UNB, 1995, pág. 158-159;

¹⁰² BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, 1995, pág. 159;

¹⁰³ MACEDO JR, Ronaldo Pôrto. **Do Xadrez À Cortesia: Dworkin e a Teoria do Direito Contemporânea**. São Paulo/SP: 2013, edição *Kindle*;

¹⁰⁴ Posição que ficou mais clara em seu pós-escrito — HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**. 1ª ed. São Paulo/SP: Martins Fontes, 2009, pág. 323;

¹⁰⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 3ª ed. São Paulo/SP: WMF Martins Fontes, 2010, pág. 64;

Na verdade, o autor americano, diferente dos positivistas, se vale de uma moral coletiva que pode entrar em conflito com a moral particular. Todavia, essa valoração coletiva se mostra como o extrato mínimo de consenso em determinados assuntos. Como mencionado, esse extrato moral se reflete nos princípios e políticas. Assim, quando uma concepção do que é apropriado se transforma, também ocorre a mudança das máximas que dela derivam. Aliás, esta é mais uma distinção dos princípios e regras promovida por Dworkin. Essas, quando alteradas, se utilizam de regras secundárias de modificação que revogam ou anulam dispositivos legais. Os princípios e políticas se valem apenas de uma mudança de entendimento e concepção.¹⁰⁶

Então, voltando às duas teses, se os princípios e políticas são ou não obrigatórios, a discricionariedade defendida por Hart, vista da forma como Dworkin a propõe, fica limitada, pois está inserida em sua primeira tese. Para melhor compreensão, se um princípio ou política não são argumentos jurídicos, mas uma metodologia externa que está à disposição do exercício de uma racionalidade aceitável pelo juiz¹⁰⁷, a obrigação e o dever jurídico nascem apenas após a escolha, pelo julgador, do padrão a ser seguido no caso concreto, ou seja, ele cria o direito no ato de julgar — ponto que se torna mais relevante se contraposto a teoria dos precedentes da *common law*, porquanto se definida a obrigação através da discricionariedade, ela vira regra para casos futuros. Em outras palavras, é uma obrigação *ex post facto* e não anterior a ele, contrariando a lógica positivista.

Todavia, se um princípio e uma política são considerados elementos integrantes do ordenamento jurídico, a obrigação de observá-los já existe antes mesmo do fato. Logo, a “liberdade” de escolher entre os padrões racionais que se apresentam quando o método declarativo¹⁰⁸ é insuficiente, fica mitigada — e não extinta, até porque, no modelo de regras II, Dworkin deixa claro que a sua tese não exclui a discricionariedade, pois existirão casos em

¹⁰⁶ “A continuidade de seu poder depende da manutenção do que é apropriado e pelo público a longo prazo. (...) (Na verdade, não tem sentido falar de anulação ou revogação de princípios (...). Quando entram em declínio eles sofrem uma erosão, eles não são torpedeados.)” — DWORKIN, Ronald. *op. cit.*, 2010, pág. 64;

¹⁰⁷ Nesse sentido, André Portugal assevera que, dentro da teoria da discricionariedade de Hart, é necessário utilizar-se de virtudes “a partir das quais seria possível chegar a uma decisão racionalmente aceitável. Seriam elas: neutralidade e imparcialidade no exame das alternativas abertas, consideração dos interesses de todos os potencialmente afetados pela decisão e preocupação com o estabelecimento de um princípio geral aceitável, onde, especificamente, essa base racional da decisão seria encontrada.” — PORTUGAL, André. **Decisão Judicial e Racionalidade**: Crítica a Ronald Dworkin. 1ª ed. Porto Alegre/RS: Sergio Antonio Frabis Editor, 2017, pág. 22;

¹⁰⁸ Ver o título 2.3.4;

que ela terá a sua utilidade. Porém, a sua amplitude fica consideravelmente reduzida e a utilização de argumentos extrajurídicos na resolução de *hard cases* fica mitigada.¹⁰⁹ Desse modo, utilizando-se dos princípios e políticas como direito, abre-se “*a possibilidade de que uma obrigação jurídica possa ser imposta por uma constelação de princípios, bem como por uma regra estabelecida.*”¹¹⁰

Nota-se que atribuir aos princípios força normativa é uma nítida intenção de limitar o poder discricionário do julgador diante de casos em que o padrão a ser aplicado não está claro. Ademais, lendo-se o modelo de *regas I* observa-se uma série de conceitos incipientes ao que Dworkin veio a construir depois em sua obra. Frisa-se, nesta oportunidade, que essa tese dos princípios e políticas como normas jurídicas é apenas o embrião da Teoria do Direito Como Integridade e é o fruto do seu debate com autores positivistas. Contudo, as suas críticas não se retiveram a essa sua primeira fase, mas, em obras posteriores, vemos novas formulações, que implicarão na essência do direito, defendendo-o não como autoridade, mas como uma ciência hermenêutica e interpretativa.

3.1.2. O Aguilhão Semântico

Outro ponto questionado por Dworkin, em relação aos positivistas, são as divergências quanto ao direito. Nesse sentido, afirma que, diuturnamente, em discussões depreendidas em processos judiciais, pelo menos três questões são manifestas: as de fato, de direito e de cunho moral. Em relação às questões de fato, sustenta que, se há dissenso nessa seara, não se tem dificuldades para identificar qual prova ou evidência resolveria o conflito. Também, para o autor, inexistente problema irresolúvel quando há uma divergência moral diante de um Tribunal, pois as pessoas divergem o tempo todo sobre o que é certo e errado; isso geralmente não é um enigma para os juízes. Aliás, quando as partes se digladiam em processo, é porque ambas, sob perspectivas morais distintas, entendem estarem certas e pedem que o Estado lhes socorra com a justiça.

Todavia, no que toca à segunda questão, é indiscutível que os intérpretes do direito sempre estão divergindo a seu respeito. Não se cuida de uma divergência puramente textual,

¹⁰⁹ DWORKIN, Ronald. *op. cit.*, 2010;

¹¹⁰ DWORKIN, Ronald. *op. cit.*, 2010, pág. 71;

isto é, sobre o que a lei ou precedente está dizendo, porque pode haver concordância sobre o que essas fontes do direito estão a proclamar. O desacordo, nesse sentido, denominado por Dworkin por divergência empírica, não é misterioso e, em certa medida, é de simples resolução, haja vista não atacar a essência do direito, mas simplesmente a sua aplicação. Os juristas geralmente tentam solucionar essa questão com o emprego de técnicas de argumentação jurídica, apresentando possibilidades interpretativas.¹¹¹ A dificuldade, nessa seara, apontada pelo americano, é sobre o que de fato as leis e os precedentes são, ou seja, a diferença de opinião dos intérpretes sobre o que são os *grounds of law*.¹¹²

Essa divergência teórica recai sobre a substância do direito e está dentro da teoria do direito propriamente dita. A questão é que, se as pessoas discordam sobre o que é o direito, a ideia de que há uma estipulação de critérios gerais — norma de reconhecimento — que permitem identificar se determinada norma é jurídica é irreal. Para Dworkin, diferente dos positivistas, o principal dissenso dos aplicadores do direito não são as divergências empíricas, mas, sim, as teóricas.

Se tomarmos esse ponto como verdadeiro, todas as proposições de validade jurídica construídas pelos positivistas, perdem o seu sentido, pois, para eles,

o direito de uma comunidade é constituído por um conjunto de “standards” reconhecidos como válidos exclusivamente em função de sua origem numa autoridade (o seu caráter autoritativo, i.e., dotado de autoridade).¹¹³

O que essas correntes teóricas realizam, para Dworkin, é uma evasiva, porque sustentam que a divergência teórica é um devaneio e que, de fato, os advogados e juízes estão de acordo com os *grounds of law*, porém, divergem quanto à aplicação as normas. Em outras palavras, os juristas apenas têm divergências empíricas. O direito é, para essa corrente, o que Dworkin chama de uma simples questão de fato, pois se sustenta apenas naquilo que as instituições produziram no passado como padrões normativos¹¹⁴ e, por isso, afirma que se

¹¹¹ CASALMIGLIA, Albert. **O Conceito de Integridade em Dworkin**. Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 12 (1992), pp. 155-176. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2001;

¹¹² DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 3ª ed. São Paulo/SP: Martins Fontes, 2014;

¹¹³ MACEDO JR, Ronaldo Pôrto. **Ronaldo Dworkin: Teórico do Direito**. in CAMPILONGO, Celson Fernandes; GONZAGA, Álvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz. **Enciclopédia Jurídica da PUCSP: Teoria Geral e Filosofia do Direito**. Tomo 1. São Paulo/SP: PUCSP, 2017, pág. 5;

¹¹⁴ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 3ª ed. São Paulo/SP: Martins Fontes, 2014;

cuida de uma teoria semântica, porquanto o seu significado depende de critérios específicos.

115

Segundo a orientação dworkiana, Hart foi incapaz de explicar a causa das divergências teóricas e, além disso, se apega a essa estipulação de critérios identificadores de normas — *grounds of law* —, o que lhe impossibilita de ver a verdadeira natureza do direito. O que Dworkin procura demonstrar é que, para autores positivistas como Hart, uma discussão sobre o direito é apenas possível se todos os envolvidos no debate estiverem de acordo como os fundamentos do direito.¹¹⁶ É o que denomina de agulhão semântico.¹¹⁷ Isso se dá, segundo Dworkin, porque Hart apresenta apenas uma descrição do direito ignorando aspectos importantes que lhes são essenciais.¹¹⁸

Por outro lado, Dworkin sustenta para se interpretar e discutir o direito — que é um conceito interpretativo — não é necessário identificar critérios comuns para dar início a discussão. O que há de comum e que permite perspectivas identificadoras distintas é que os objetos e eventos que estão sendo interpretados são os mesmos,¹¹⁹ e os seus significados são descobertos através de uma prática interpretativa que lhes busca atribuir o melhor significado possível.

Assim, a diferença entre a perspectiva hartiana e a dworkiana é, sem dúvida, a abordagem metodológica e a forma como enxergam o direito. Como já dito nesta dissertação, os positivistas entendem, em sua maioria, o direito como autoridade ou o reconhecimento dela, atribuída por uma instituição ou por um conjunto delas, de forma direta ou delegada a

¹¹⁵ Hart rebate essa afirmação argumentando que Dworkin “parece confundir o significado de “direito” com o de proposições de direito. (...) Isso só aconteceria se os critérios oferecidos pela norma de reconhecimento de um sistema, e a necessidade de tal norma, fossem derivados do significado da palavra “direito”. Mas não há traço de tal doutrina em minha obra. (...) minha teoria não é uma teoria dos simples fatos, já que admite valores entre os critérios do direito, e não apenas “simples” fatos” — HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**. 1ª ed. São Paulo/SP: Martins Fontes, 2009, pág. 319;

¹¹⁶ DWORKIN, Ronald. *op. cit.*, 2014;

¹¹⁷ “podemos discutir sensatamente se (mas apenas se) todos aceitarmos e seguirmos os mesmos critérios para decidir quando nossas posições são bem fundadas. (...) Aí está o agulhão: estamos marcados como seu alvo por uma imagem demasiadamente toca do que deve ser a divergência” — DWORKIN, Ronald. *op. cit.*, 2014, pág. 55-56;

¹¹⁸ Segundo Dworkin, esse é uma característica da interpretação jurídica positivista: “Os positivistas jurídicos acreditam que as proposições do direito são, na verdade, inteiramente descritivas: são descrições da história. Uma proposição jurídica, a seu ver, somente é verdadeira caso tenha corrido algum evento de natureza legislativa de tipo citado; caso contrário, não é.” — DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. 1ª ed. São Paulo/SP: Martins Fontes, 2000, pág. 218;

¹¹⁹ DWORKIN, Ronald. *op. cit.*, 2014;

padrões de comportamentos previamente estabelecidos.¹²⁰ Ocorre que, para Dworkin, esse aspecto é irrelevante, pois o direito é uma prática argumentativa.¹²¹ Por isso, a teoria do direito não pode ser tida apenas como uma descrição, mas também deve se preocupar com a justificação do direito, sendo um erro metodológico essa abordagem.¹²² A propósito, cite-se:

Todos os envolvidos nessa prática compreendem que aquilo que ela permite ou exige depende da verdade de certas proposições que só adquirem sentido através e no âmbito dela mesma; a prática consiste, em grande parte, em mobilizar e discutir essas proposições. Os povos que dispõem de um direito criam e discutem reivindicações sobre o que o direito permite ou proíbe, as quais seriam impossíveis — porque sem sentido — sem o direito, e boa parte daquilo que seu direito revela sobre eles só podem ser descoberta mediante a observação de como eles fundamentam e defendem essas reivindicações.¹²³

Nessa senda, Dworkin busca valorizar o participante da discussão jurídica. Segundo Stephen R. Perry, sob uma orientação dworkiana, Hart se olvidou da importância de um ponto de vista interno que, segundo o autor, significa justificar-lhe. Ocorre, consoante esse ponto de vista, que no ato de justificar o direito, é que entendemos como ordenamento jurídico de uma determinada sociedade funciona.¹²⁴ Desse modo, Dworkin já começa a esboçar o aspecto discursivo e dialógico de sua teoria; colocando, então, no centro da sua teoria do direito a interpretação jurídica, como elemento essencial a sua existência, tal como a sua prática.¹²⁵

É sob esse aspecto justificatório que a teoria de Dworkin se desenvolve, sobretudo na prática judicial, onde para se aplicar o direito, inclusive as suas mutações, é preciso apresentar

¹²⁰ “Os textos jurídicos são tentativas das autoridades de comunicar as determinações do que deve ser feito àqueles que governam” — ALEXANDER, Larry. **Tudo ou nada?** As intenções das autoridades e autoridade das intenções. In MARMOR, Andrei. **Direito e Interpretação: Ensaio de Filosofia do Direito**. 1ª ed. São Paulo/SP: 2000, pág. 537-608;

¹²¹ “O direito é, sem dúvida, um fenômeno social. Mas a sua complexidade, função e consequências dependem de uma característica especial de sua estrutura. Ao contrário de muitos outros fenômenos sociais, a prática do direito é *argumentativa*.” — DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 3ª ed. São Paulo/SP: Martins Fontes, 2014, pág. 17;

¹²² Segundo Ronaldo Pôrto Macedo Jr, para Dworkin “a pretensão de se colar acima do campo de batalha substantivo e valorativo, dos juízos de correção moral, constitui-se num erro metodológico” — MACEDO JR, Ronaldo Pôrto. **Do Xadrez À Cortesia: Dworkin e a Teoria do Direito Contemporânea**. São Paulo/SP: 2013, edição *Kindle*;

¹²³ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 3ª ed. São Paulo/SP: Martins Fontes, 2014, pág. 17;

¹²⁴ PERRY, Stephen. **Hart’s Methodological Positivism**. in R. GLEZER, Rubens Eduardo. *Heremênutica e Realidade: O Debate Metodológico entre Hart, Dworkin e Raz*. FIDES, Natal, Vol. 1, n.º 2. Pág. 259-270;

¹²⁵ “Controvérsias sobre o sentido do direito (*meaning of law*) são significativas só porque as vertentes que constituem o conceito de direito são difíceis de isolar e requerem julgamento para sua aplicação (*require judgment to apply*).” — DWORKIN, Ronald in MACEDO JR, Ronaldo Pôrto. **Do Xadrez À Cortesia: Dworkin e a Teoria do Direito Contemporânea**. São Paulo/SP: 2013, edição *Kindle*;

uma fundamentação coerente com o que os juristas e demais participantes do sistema jurídico têm discutido e produzido ao seu respeito. Portanto, o direito se emancipa de uma visão que lhe atribui a essência de comandos sustentados em uma autoridade delegada e passa a ser tratado como a atividade de ser justificado através de argumentos que sustentam as suas máximas e que busca a sua melhor interpretação possível.

3.2. A Interpretação Em Dworkin

Como mencionado na última sessão, Dworkin refuta as teorias semânticas e insere, no escopo jurídico, a divergência teórica, sendo essa a atribuição de diferentes essências ao mesmo objeto sob análise, ou seja, a utilização de critérios distintos pelos intérpretes. Nesse sentido, o autor afirma que *“a divergência é genuína mesmo que as pessoas usem critérios diferentes para dar formas a essas interpretações; é genuína porque as interpretações conflitantes voltam-se para os mesmos objetos ou eventos a interpretar.”*¹²⁶

Com isso, Dworkin conduz os seus argumentos ao exercício de uma prática argumentativa. Para tanto, como lhe é de praxe, utiliza o exemplo de uma sociedade hipotética, com um conjunto de regras de cortesia. Dentre essas diretrizes sociais, extrai-se a regra de que os camponeses, quando se encontrarem com um nobre, devem retirar o chapéu.

Em um primeiro momento, esse padrão comportamental é cumprindo mecanicamente. Todavia, com o desenvolvimento social e a renovação da geração onde a regra se instalou, uma atitude complexa e reflexiva é desenvolvida. Então, chega-se à conclusão de que a prática da cortesia, além de existir, tem um valor e passa a servir *“a algum propósito, ou reforça algum princípio — em resumo, tem alguma finalidade — que pode ser afirmado, independentemente da mera descrição das regras que consistem a prática.”*¹²⁷ Também se percebe que essas práticas estão atreladas a uma atitude reflexiva, estando sujeitas a uma finalidade e, em prol desse desígnio, devem os padrões ser interpretados, aplicados ou alterados.

Logo, deixa de ser mecânico o emprego dessas práticas sociais, assumindo o intérprete uma postura crítica que motiva a exigência de novas formas de cortesia que não foram

¹²⁶ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 3ª ed. São Paulo/SP: Martins Fontes, 2014, pág. 57;

¹²⁷ DWORKIN, Ronald. Op. cit., 2014, pág. 57;

imaginadas pelos seus criadores, sustentando ser esse o verdadeiro respeito a elas e não aquilo que já fora praticado antes; é uma interpretação que modifica a realidade e o âmbito de aplicação das normas. Observa-se que se cuida de uma interpretação construtiva que dramaticamente transforma a prática, sendo que a cada etapa do processo é um estágio alcançado na etapa anterior.¹²⁸

Aprofundando um pouco mais, a teoria da interpretação pretendida por Dworkin não se confunde com a científica que trabalha com o recolhimento inicial de dados, interpretando-os posteriormente. Também deixa claro que não se vele de uma interpretação conversacional que é intencional, porém corriqueira, atribuindo sentido ao que está sendo dito em uma conversa, através de percepções ou preocupações que são observadas no interlocutor.

O que defende, é que a interpretação de uma prática social é como a artística, pois os *“críticos interpretam poemas, peças e pinturas, a fim de justificar algum ponto de vista acerca do seu significado, tema ou propósito (...). Ambas pretendem interpretar algo criado pelas pessoas como uma entidade distinta delas e não o que as pessoas dizem.”*¹²⁹ Em outras colocações, a preocupação desse trabalho interpretativo se olvida da intenção daquele que produziu o seu objeto ao criá-lo e se volta para a finalidade que é empregada pelo intérprete, os adequando a realidade presente,¹³⁰ ainda que a discussão envolva a intensão do autor.

Não restam dúvidas de que o direito é uma prática social, todos os dias, juristas ou não, envolvemo-nos em discussões a respeito do direito, ainda que inconscientemente, quando batemos o carro ou discutimos a lisura de um tributo. Debatermos, ainda, que limites a lei nos inflige ao negociarmos na vida civil, etc. Essas são situações que permeiam o agir e que, em numerosos casos, não se dão de forma automática ou mecânica, pois esse transcurso natural da prática acaba por ser conturbado por divergências entre os interlocutores desta prática social. Nessas situações, que são comuns, é que se evidencia o caráter dialógico e argumentativo do direito, pois cada participante dessa prática, buscando valores e propósitos

¹²⁸ A propósito, cite-se: “uma teoria da interpretação é uma interpretação da prática dominante de usar conceitos interpretativos” — DWORKIN, Ronald. Op. cit., 2014, pág. 60;

¹²⁹ DWORKIN, Ronald. Op. cit., 2014, pág. 61;

¹³⁰ Conforme defende o autor: “a interpretação das obras de arte e das práticas sociais, como demonstrei, na verdade, se preocupa essencialmente como propósito não com a causa. Mas os propósitos que estão em jogo não são os de algum autor, mas os do intérprete” — DWORKIN, Ronald. Op. cit., 2014, pág. 61;

nela, constrói a sua defesa do que é o certo e o mais adequado a ser feito.¹³¹ É nesse contexto, segundo Vera Karam Chueiri, que o direito deve ser analisado, pois só assim se compreenderá “o caráter argumentativo da prática jurídica para desvelar o sentido do direito como dimensão simbólica da equidade; da justiça (em termos abstratos).”¹³²

Para mais, se o direito se trata de uma prática social, a sua interpretação não é contingente a uma situação em particular, fundada em uma convenção de critérios identificadores, mas, sim, é a verificação da sua adequação sob uma perspectiva comunitária. Colocando de outra forma, a melhor concepção de direito é a que melhor lhe interpreta como uma prática social, devendo, necessariamente, manter a conformidade mais precisa a um complexo de práticas compartilhadas pela comunidade e que servem de padrão de comportamento.¹³³

Essa concepção de interpretação, embora não seja a defendida pelos positivistas em geral, não se trata de uma inovação dworkiana. Ao contrário, se analisarmos a forma de aplicação da constituição norte-americana pela Suprema Corte Americana vemos um exercício interpretativo semelhante ou, senão, igual.

O mencionado diploma é composto de sete artigos e vinte e sete emendas, sendo um documento conciso e objetivo. Nele está estabelecida a organização do Estado sob o critério do federalismo, dividido em três poderes, isto é, executivo, legislativo e judiciário, além da garantia de outros direitos aos seus cidadãos.

Embora seja formalmente rígido, teve poucas alterações nesses dois séculos de vigência e se mostrou bastante adaptável. Como ensina Tomi Fine, por estar inserida na tradição da *common law*, a constituição norte-americana tem a característica de “*possuir abrangentes provisões, deixando às cortes a missão de desenvolver o significado preciso dos*

¹³¹ Dworkin já apresentava essa concepção no livro “Uma Questão de Princípio”, ao defender que a sua proposta de interpretação construtiva não é a de criar uma nova obra de arte ou um novo texto legal a partir dela, mas mostrá-la como a melhor versão de si mesma. A interpretação deve revelar aquele de que melhor o texto pode ser dentro de um contexto social e cultural. — DWOKRIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. 1ª ed. São Paulo/SP: Martins Fontes, 2000;

¹³² CHUEIRI, Vera Karam. **A Filosofia Jurídica de Ronald Dworkin Como Possibilidade de Um Discurso Instituinte de Direitos**. Florianópolis/SC: UFSC, 1993, pág. 99;

¹³³ MACEDO JR, Ronaldo Pôrto. **Do Xadrez À Cortesia: Dworkin e a Teoria do Direito Contemporânea**. São Paulo/SP: 2013, edição Kindle;

seus termos por meio do case law (precedente)".¹³⁴

Logo, partindo de um método de interpretação construtivista, a Suprema Corte Americana foi capaz de adaptar o texto aos mais variados contextos sociais, tornando-o atemporal. Constituiu-se, ao longo da história, como uma ponte para o reencontro das previsões constitucionais, que foram estabelecidas a mais 200 anos, com a sociedade, mantendo a carta de fundação dos Estados Unidos da América conectada com a geração presente, bem como manteve a representatividade como a vontade dos seus destinatários.¹³⁵ É perfeitamente possível, nesse sentido, realizar-se um panorama com o exemplo das regras de cortesia.

Um exemplo interessante é o que se refere à aplicação da primeira emenda e o exercício do direito de liberdade de expressão, o qual, em alguns momentos da história constitucional americana, foi aplicado de forma radical, sem ou com limitações mínimas, ou, ainda, de forma bastante reduzida, a depender do contexto histórico vivenciado (como no auge da guerra fria).¹³⁶ Entretanto, a despeito de qual posição é a mais adequada, entre essas mudanças de aplicação, não houve nenhuma alteração na redação da primeira emenda. Ademais, é importante destacar que, como no exemplo da regra de cortesia, a mudança de postura sempre ocorreu de acordo com a justificativa (argumentação) da prática social defendida.

A interpretação construtiva proposta pela Suprema Corte entende que, embora seja necessário ver, em uma perspectiva lógica, a Constituição Americana como um texto inteiro e indissociável, também é importante, fazendo uma análise teleológica, que suas funções sempre se adaptem as questões que lhes são apresentadas. Existe, então, uma ductilidade e volubilidade em seu texto. Nesse sentido, Story afirma que a interpretação *“pressupõe a existência de uma perpétua mutabilidade em suas funções, relativas àqueles que lhes estão sujeitos, e a uma perpétua flexibilidade no adaptar-se às suas necessidades, hábitos,*

¹³⁴ FINE, Toni M. **Introdução ao Sistema Jurídico Norte Americano**. 1ª ed. São Paulo/SP: Martins Fontes, 2011, pág. 6;

¹³⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª ed. São Paulo/SP: Malheiros, 2004;

¹³⁶ FISS, Owen M. **A Ironia da Liberdade de Expressão: Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública**. 1ª ed. Rio de Janeiro/RJ: Renovar, 2005;

ocupações e fraquezas.”¹³⁷

Assim, é importante que a sua redação seja concisa e constituída por enunciados principiológicos, pois lhe permitem a fácil identificação e adaptabilidade de seu conteúdo material. Se contrário fosse, assumiria as características de um código que dificultaria delimitar o seu conteúdo substantivo, além de ser dificilmente compreendida pelos seus destinatários, porquanto estaria repleta de minudências que, olhando a experiência constitucional brasileira, é complexa até para os que estão acostumados a interpretá-la.¹³⁸

O interessante é que, por meio desta natureza aberta, se permite a adequação, por parte dos executores de seus objetivos — Executivos, Legislativo e Judiciário —, dos preceitos do texto ao exercício de suas atribuições constitucionais — Teoria dos Poderes Implícitos. Para mais, essa tese assevera que “*na interpretação de um poder, todos os meios ordinários e apropriados a executá-lo são considerados parte do próprio poder.*”¹³⁹ Contudo, o modo de operar uma competência é temporal, pois, uma vez que é útil e pertinente em um determinado tempo e contexto, pode ser descabido sob outras circunstâncias, não sendo estático, mas mutável.

É por esse motivo que constitucionalistas como Paulo Bonavides¹⁴⁰ afirmam que a história do direito constitucional norte-americano se confunde com a história da Suprema Corte Americana, pois são inúmeros os casos emblemáticos em que, interpretando a constituição, adequou um direito que era arcaico (ou inadequado) a realidade social atual.

É nessa senda que devemos voltar a questão do *stare decisis*, trabalhada em capítulos anteriores. Como já mencionado, esse instituto determina que, uma vez decidido o caso, deve-se esse ser mantido, no que concerne o precedente propriamente dito, não se alterando as questões já definidas pela corte que o formulou. Porém, na teoria das fontes do direito norte-americano, existe uma flexibilização dessa regra, havendo a possibilidade de se reverter um

¹³⁷ STORY, Joseph *in* BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª ed. São Paulo/SP: Malheiros, 2004, pág. 469;

¹³⁸ MARSHALL, Thurgood *in* BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª ed. São Paulo/SP: Malheiros, 2004;

¹³⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª ed. São Paulo/SP: Malheiros, 2004, pág. 473;

¹⁴⁰ BONAVIDES, Paulo. *op. cit.*, 2004, pág. 473;

precedente com uma facilidade maior que no direito inglês ¹⁴¹, pois, “*o Supremo Tribunal dos Estados Unidos e os tribunais dos diferentes Estados não estão vinculados às suas próprias decisões e podem desviar-se da sua jurisprudência.*” ¹⁴² Isso permite que as cortes possam, com maior liberdade, adequar a sua jurisprudência a realidade, dando movimento ao direito, permitindo que esse caminhe junto a sociedade e não para longe dela.

Observa-se, então, que a interpretação construtiva é uma característica do direito constitucional americano. Talvez possa-se apontar como um brilhantismo de Dworkin vislumbrar esse movimento do direito e reduzi-lo a uma teoria do direito que, ante a esse contexto, o explique de forma mais ajustada.

Essa interpretação construtiva, segundo Dworkin, é realizada em três etapas: “pré-interpretativa”, interpretativa e pós-interpretativa.

A primeira fase, a “pré-interpretativa”, identifica-se uma prática amplamente aceita, isto é, as regras e padrões que, a princípio, são aplicáveis ao caso. Apesar de ser uma fase anterior a interpretação propriamente dita, não é um momento isento de um esforço hermenêutico “*porque, mesmo nessa etapa, algum tipo de interpretação se faz necessário. As regras sociais não vêm com rótulos que as identifiquem.*” ¹⁴³ É importante, também, nesse momento, que haja um grau elevado de consenso do que são esses instrumentos normativos.

144

Realizada a identificação a prática (padrão) que deve ser seguido, o intérprete se volta para a sua justificativa geral, a qual se constitui como a sustentação da adoção do padrão em seus moldes atuais. É importante que a motivação adotada se ajuste aos elementos da prática, de modo que o intérprete se veja dessa forma e não como o fundador de uma nova prática social. Como ensina Vidal, está etapa intenciona identificar qual é o sentido da prática social. Em se tratando do direito

¹⁴¹ Não se ouvida que existem regras para o *overruling*, contudo elas são menos rígidas que as aplicadas no direito inglês;

¹⁴² DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. 2ª ed. São Paulo/SP: Martins Fontes, 1993, pág. 391;

¹⁴³ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 3ª ed. São Paulo/SP: Martins Fontes, 2014, pág. 81;

¹⁴⁴ Segundo Dworkin esse consenso é primordial para as demais etapas e não só para elas, pois “talvez uma comunidade interpretativa seja bem definida como necessitando de consenso nessa etapa.” — DWORKIN, Ronald. Op. cit., 2014, pág. 81 —;

este “sentido” viene configurado fundamentalmente por los principios que son los que permiten ver a la práctica como una unidad que sirve a ciertos valores y propósitos. A partir de aquí, ya puede entrar a operar la idea de integridad, en el sentido de que todos los materiales jurídicos deben verse como una unidad que viene conformada por el conjunto de los principios por el que haya optado cada interpretación. En este sentido el intérprete debe operar como si el derecho fuera fruto de “una” voluntad y esos principios representaran “sus” intenciones.¹⁴⁵

Contudo, é esperado que hajam divergências, considerando que as normas geralmente não têm em seu escopo apenas um objetivo, mas vários, o que pode gerar conflitos entre os princípios que concorrem para incidir no caso.¹⁴⁶ Assim, o intérprete disporá de teorias que buscam ser a melhor justificativa aos insumos jurídicos colhidos na fase pré-interpretativa, utilizando-se de alguns princípios em detrimento de outros (ponderação. Vide sessão 3.1.1).¹⁴⁷ Ocorre um trabalho de demonstração das mais variadas interpretações que podem ser aplicadas às regras selecionadas na primeira etapa.¹⁴⁸ Nessa fase é o momento em que ideia de adequação se acentua, pois nela se busca o ajustamento entre o sentido revelado por meio do esforço hermenêutico e os insumos jurídicos da etapa pré-interpretativa.¹⁴⁹

Em terceiro lugar, tem-se a etapa da pós-interpretação ou reformuladora. Neste momento o trabalho do intérprete onde ajusta a sua ideia àquilo que “*a prática realmente requer para melhor servir à justificativa que ele aceita na fase interpretativa.*”¹⁵⁰ Para tanto, deve o intérprete escolher uma dentre às teorias anteriormente desenvolvidas, de modo a tornar a prática, que está sob exame, a melhor possível, considerando o gênero a que faz parte (tese da única resposta correta). A este respeito Isabel Lifante Vidal afirma que

El concepto clave aquí es el de *soundness*; se trata de una pretensión que se debe predicar de las distintas teorías o interpretaciones que pretenden dar cuenta de un determinado Derecho. Una de las tesis principales de la teoría de Dworkin consiste precisamente en sostener que siempre podrá llegarse a una interpretación (una

¹⁴⁵ VIDAL, Isabel Lifante. **La Interpretación en La Teoría Del Derecho Contemporánea**. 1ª ed. Alicante: Univertat d’Alacant, 1997, pág. 420;

¹⁴⁶ VIDAL, Isabel Lifante. Op. cit., 1997;

¹⁴⁷ VIDAL, Isabel Lifante. Op. cit., 1997;

¹⁴⁸ VIDAL, Isabel Lifante. Op. cit., 1997;

¹⁴⁹ Segundo Vidal, “En esta segunda etapa el concepto clave es el de adecuación [*fit*] entre el sentido descubierto a través de cada interpretación, y los materiales previamente identificados como jurídicos en la etapa pre interpretativa. El papel que desempeña el concepto de adecuación en la teoría dworkiana resulta, sin embargo, bastante más complejo que lo que esto sugiere. Dworkin lo utiliza no sólo como “test” que deben pasar las distintas teorías que quieren entrar en esta etapa interpretativa, sino que además en ocasiones parece concederle a este concepto una vertiente valorativa, que lo hace difícilmente distinguible de otras dimensiones de su teoría, como puede ser la *soundness* — VIDAL, Isabel Lifante. Op. cit., 1997, pág. 421;

¹⁵⁰ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 3ª ed. São Paulo/SP: Martins Fontes, 2014, pág. 82;

teoría) que muestre al objeto interpretado como el mejor caso posible del género al que se considera que pertenece. Como hemos dicho, en el caso del derecho el género al que pertenece son las prácticas sociales, y los valores que deben servir para juzgar a las mismas son valores de naturaleza moral.

O termo *soundness* refere-se à integridade e mira a construção de uma interpretação que leva a uma única resposta correta, observando as mais variadas discussões que envolvem o direito aplicável ao caso sob a análise do intérprete¹⁵¹. Isso não significa que Dworkin constrói uma teoria engessada que, uma vez definida o que seria a única resposta correta, não mais passível de mudança estaria. Pelo contrário, o autor considera que o direito está sempre em mudança e que esta única resposta correta, ante ao contexto social, pode se modificar, sendo uma história longa e sem fim, cujo enredo se adequa aos mais diferentes propósitos e finalidade que os seus autores e críticos enxertaram em seu transcurso.

3.2.1. O romance Em Cadeia e o Juiz Hércules

Um aspecto interessante da obra de Dworkin são as suas analogias e metáforas. A todo tempo, como um bom contador de histórias, utiliza-se de exemplos para poder demonstrar a sua teoria de uma forma mais clara aos seus leitores, seja com *cases* ou com estórias, como a mencionada no último título, isto é, as regras de cortesia. Uma dessas metáforas, talvez umas das mais conhecidas entre os que lhe estudam, é a do romance em cadeia.

Essa translação é empregada, na Obra o *Império do Direito*, para ilustrar o que o autor entende por interpretação construtiva (ou criativa), valendo-se de sua influência recebida do movimento direito e literatura (vide sessão 2.3). Como esposado, esse método hermenêutico, através de reinterpretções da história legislativa e jurisprudencial, busca a melhor adequação de uma prática social, tal como o direito é, de forma que ela seja a melhor conduta a ser seguida naquele momento, passando por três fases interpretativas (pré-interpretativa, interpretativa e pós-interpretativa).

Frisa-se que esse processo de interpretação não é a criação de uma nova prática, existe um lastro histórico nesse trabalho, ou seja, é mantido o liame entre a interpretação tradicional e a nova que é proposta. Ocorre, pois, a reformulação, ampliação ou restrição da prática social de modo que, nas circunstâncias de um caso ou em um momento histórico, esta prática seja a única resposta aplicável à controvérsia.

¹⁵¹ Considerando os objetivos desse trabalho, não se abordará se é possível ou não a existência de uma única resposta correta a um caso concreto. Todavia, é importante destacar que é um ponto central na teoria dworkiana.

Um belo exemplo disso são as alterações de posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto ao princípio da presunção de inocência — art. 5.º, LVII, da CR/88 ¹⁵².

Analisando o histórico de decisões, observa-se desde a promulgação da constituição de 1988, já em julgados proferidos entre os anos 1991 a 1997,¹⁵³ que a Corte deliberou pela possibilidade de execução da pena, após a confirmação de condenação, por unanimidade, em órgão colegiado de segunda instância, considerando a ausência de efeito suspensivo nos recursos especial e extraordinário. Contudo, à luz do mesmo princípio constitucional, conjugando-o as outras normas infraconstitucionais — Lei de n.º 8.038/90, Lei n.º 7.960/89 e pela Lei n.º 8.072/90 —, foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal, no ano de 2009, que é inviável o início do cumprimento de pena antes do trânsito em julgado, considerando violar a presunção de inocência posicionamento judicial em contrário. ¹⁵⁴

Porém, mais uma vez, em 2016, houve o *overruling* do precedente, onde o mesmo Tribunal se posicionou pela possibilidade da prisão em segunda instância, argumentando que, julgada a apelação, é inviável o exame dos fatos e provas do processo, visto que a matéria levada aos tribunais superiores é apenas de Direito. Sendo assim, estando inalteráveis os fatos demonstrados no processo, não haveria dúvida quanto à existência de conduta típica cometida pelo réu e, por consequência, torna-se possível o cumprimento antecipado de pena. ¹⁵⁵

A despeito das opiniões conflitantes a respeito do tema, observa-se que um mesmo dispositivo constitucional, de conteúdo aberto, assumiu significações diferentes a depender do contexto, onde magistrados diferentes apontaram o que consideravam a melhor prática do princípio da presunção de inocência.

Para ilustrar isso, Dworkin propõe um exercício literário que é o romance em cadeia, onde defende que o trabalho dos juízes é semelhante ao de autores e críticos literários. Nesse ínterim, imagina uma situação hipotética onde vários autores escrevem uma mesma história, sendo cada um responsável por um capítulo. Neste trabalho, não basta a elaboração de uma

¹⁵² “Art. 5º. (...). LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” — BRASIL. Constituição Federal de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, 05 de outubro de 1988;

¹⁵³ HC 68726, de relatoria do Min. Néri da Silveira e HC 74983, de relatoria do Min. Carlos Veloso, ambos do Tribunal Pleno;

¹⁵⁴ HC 84078, de Relatoria do Min. Eros Grau, proferida no Tribunal Pleno;

¹⁵⁵ HC 126292/SP, de Relatoria do Min. Teori Zavascki, proferida no Tribunal Pleno;

parte da história de forma esparsa. Entre a produção dos autores deve haver uma coerência, de modo que ela seja íntegra, tal como sejam uma continuidade entre as contribuições para o romance.

Nessa senda, Dworkin aponta que,

em tal projeto um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade.¹⁵⁶

Para mais, ao receber o romance, o autor tem a liberdade de avaliá-lo, o que lhe possibilita definir os pontos que serão continuados, considerando, ainda, os caminhos que o texto poderá seguir.¹⁵⁷ Como afirma Chueiri, no romance em cadeia, o direito existe como um trabalho de interpretação construtiva guiado pelos propósitos do intérprete, ainda que nasça das intenções do autor que lhe antecede.¹⁵⁸ Nessa avaliação, a propósito, é permitido ao autor realizar críticas aos pontos da história que anteriormente foram estabelecidos, mantendo, é claro, a integridade do texto.

Retornando-se à discussão a respeito do sistema de *common law*, que é o vigente no Direito Norte-Americano, nota-se que uma de suas características é a historicidade. Como apontado no capítulo 2, esse sistema jurídico remete aos costumes imemoriais do povo inglês e, por consequência, em se tratando dos Estados Unidos, os usos mais antigos de sua gente. Consigna-se, também, que esses hábitos são sobretudo os dos Tribunais, pois, estabelecidos em julgamentos, assumem o caráter de precedentes, estando revestidos pela regra do *stare decisis*, ou seja, as questões já postas pelos Tribunais devem ser mantidas em decisões posteriores. Porém, como são definidos em casos particulares, circundam questões restritas àquele processo, cabendo aos magistrados dos casos futuros definir o seu alcance e limite em casos futuros.

¹⁵⁶ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 3ª ed. São Paulo/SP: Martins Fontes, 2014, pág. 276;

¹⁵⁷ Cite-se o autor: “Deve adotar um ponto vista sobre o romance que se vai formando aos poucos, alguma teoria que lhe permita trabalhar elementos como personagens, trama, gênero, tema e objetivo, para decidir o que considerar como continuidade e não como um novo começo.” — DWORKIN, Ronald. *op. cit.*, 2014, pág. 277 —;

¹⁵⁸ CHUEIRI, Vera Karam. **A Filosofia Jurídica de Ronald Dworkin Como Possibilidade de Um Discurso Instituinte de Direitos**. Florianópolis/SC: UFSC, 1993;

Assim, ao juiz que está diante de um caso, não lhe é permitido dizer que o precedente está errado. Entretanto, ante às circunstâncias do caso concreto no qual se avoca um precedente, observando

um elemento particular que não existia, ou que não fora considerado nos casos precedentes e que, se não lhe permite descartar a regra precedentemente estabelecida, pelo menos lhe possibilita precisá-la, completá-la, reformulá-la, de maneira que dê ao litígio a solução razoável que ele requer.¹⁵⁹

Em outras palavras, no *common law* o juiz realiza o mesmo exercício que o autor no romance em cadeia, pois, ao utilizar o precedente, valendo-se dos propósitos que inflige a ele, adéqua-o ao caso e, havendo a necessidade, modifica-o, completa-o ou reformula-o — vide sessão anterior.¹⁶⁰ Contudo, não pode o magistrado realizar essa tarefa de maneira livre, sob tom de seu arbítrio. Esse caminhar do direito deve ser coeso e íntegro como se uma unidade fosse, pois, em todo ordenamento jurídico, existe uma história institucional; as práticas jurídicas não nascem do nada, haja vista serem construídas por um lento processo social que já fora descrito acima.

Ressalta-se, então, que existe uma forte ligação entre a teoria dworkiana e o sistema do *common law*, sobretudo na forma como é tratada a figura do magistrado. Portanto, a princípio, não nos parece arriscado apontar que a teoria dworkiana está intrinsecamente ligada a esse sistema jurídico.

Ademais, é interessante notar, contrastando a teoria de Dworkin com o sistema em que foi gestada, que o autor não construiu de forma clara uma teoria das fontes, embora a discuta profundamente em seu debate com Hart. Para além disso, nota-se que as suas colocações a esse respeito serviram de trampolim para sua apresentação do papel que o magistrado exerce ao interpretar os precedentes (regras) que já foram construídos, em conjunto a outras normas que existem no sistema (princípios), de modo que, ainda que sejam normas criadas em um

¹⁵⁹ DAVID, René. **O Direito Inglês**. 1º ed. São Paulo/SP: Martins Fontes, 1997, pág. 14;

¹⁶⁰ Segundo Becattini, para Dworkin “os juízes não descobrem nem inventam o direito, mas apenas o interpretam, identificando, assim direitos e deveres legais” — BECATTINI, Sérgio Rubens Birchal. **Dilemas da Atuação do Poder Judiciário: Ativismo Judicial sob a Ótica do Pensamento de Ronald Dworkin**. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2013, edição *Kindle*;

contexto social distinto do atual, podem se manter atuais.¹⁶¹ Em outras palavras, para Dworkin, o que está em jogo é a forma como magistrado interage com essas fontes do direito estabelecidas pelo autor e, por consequência, a maneira que esse personagem as interpreta, considerando que o direito precisará de uma atuação precisa e coerente do magistrado, ao utilizar as suas fontes, para lhe manter atual e aplicável.

Logo, sob essa perspectiva, é importante que o direito tenha em seu bojo uma teoria da interpretação que seja capaz de lhe manter atual, sem, contudo, tirar-lhe a segurança jurídica e democrática, isto é, sem dar ao juiz um “cheque em branco” para preenchê-lo como quiser. É necessário, pois, que haja equidade e justiça na aplicação das normas aos jurisdicionados.¹⁶²

Nesse viés, Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, argumenta que, ao se aplicar o direito, é necessário considerar-se a visão hermenêutica que lhe encampa, a qual está sustentada “*em princípios publicamente justificados, e não em valores individuais, aceitos sem a necessária abertura para o outro.*”¹⁶³ Assim, não seria permitida a aplicação isolada dos princípios e outros elementos que compõem o ordenamento jurídico. Busca-se que o trabalho de magistrado, aquele a quem é incumbida a interpretação da lei em casos difíceis, seja o reflexo de um sistema único e coerente, que expresse uma concepção moral única e comunitária,¹⁶⁴ através dos princípios¹⁶⁵ que lhe compõem.

Essa coerência é denominada por Dworkin de integridade. Nesse sentido, ele sustenta que “*a integridade, mais que qualquer superstição de elegância, é vida do direito tal qual o conhecemos.*”¹⁶⁶ Assim, como comentado acima, essa visão íntegra do direito busca, dentre outras coisas, desbaratar a tese da discricionariedade cunhada pelo positivismo, porquanto,

¹⁶¹ Hudson Couto Ferreira de Freitas, sustenta que, nesse viés, os “juizes não decidirão discricionariamente, tampouco criarão direito novo, mas, por meio de argumentos de princípio, aplicarão direito preexistente, ou seja, aplicarão princípios jurídicos desenvolvidos/descobertos no interior do próprio direito” — FREITAS, Hudson Couto Ferreira de. **Teoria (s) do Direito: do Jusnaturalismo ao Pós-positivismo**. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2014, edição *Kindle*;

¹⁶² DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 3ª ed. São Paulo/SP: Martins Fontes, 2014;

¹⁶³ PEDRUZZI, Maria Cristina Irigoyen. **O princípio da dignidade da pessoa humana na perspectiva do direito com integridade**. Brasília/DF: UnB, 2009, pág. 76;

¹⁶⁴ Becattini sustenta que Dworkin “se serve de um conceito de moral comunitária e constitucional que pode entrar em conflito com a moralidade dos membros que a compõem” — BECATTINI, Sérgio Rubens Birchal. **Dilemas da Atuação do Poder Judiciário: Ativismo Judicial sob a Ótica do Pensamento de Ronald Dworkin**. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2013, edição *Kindle*;

¹⁶⁵ Que como já argumentado nesta dissertação, são, para Dworkin, o “*point*” moral do direito;

¹⁶⁶ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 3ª ed. São Paulo/SP: Martins Fontes, 2014, pág. 203;

uma vez que o direito é um sistema coeso de regras e princípios, não há que se falar em lacunas, isto é, o desafio que se impõe a generalidade, que é a característica da regra, as quais justificariam a discricionariedade.

Nessa senda, ante à aplicação dos princípios, como mencionado na sessão 3.1.1, acha-se a solução dentro do próprio sistema e não a utilização de um método extrajurídico, com defendido por Hart. Logo, o direito é a resposta para o próprio direito.

Contudo, voltando-se para a figura que aplicará o direito, ou seja, o magistrado, é importante que esse tenha uma visão holística do sistema. Assim, Dworkin, outra vez utilizando de metáforas, realiza um constructo filosófico para apontar a postura de um juiz, denominando-o de Hércules. Aliás, colaciona-se:

Podemos, portanto, examinar de que modo um juiz filosófico poderia desenvolver, nos casos apropriados, teorias sobre aquele que a intenção legislativa e os princípios jurídicos requerem. Descobriremos que ele formula essas teorias da mesma maneira que um árbitro filosófico construiria as características de um jogo. Para esse fim, eu inventei um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, a quem chamarei de Hércules. Eu suponho que Hércules seja juiz de alguma jurisdição norte-americana representativa. Considero que ele aceita as principais regras não controversas que constituem e regem o direito em sua jurisdição. Em outras palavras ele aceita que as leis têm o poder geral de criar e extinguir direitos jurídicos, e que os juizes têm o poder geral de criar e extinguir direitos jurídicos, e que os juizes têm o dever geral de seguir decisões anteriores de seu tribunal ou dos tribunais superiores cujo fundamento racional (*rationale*), como dizem os juristas, aplica-se ao caso em juízo.¹⁶⁷

É sob essa figura que o autor coloca a missão de manter o direito íntegro ao aplicar, haja vista que um dos princípios da integridade é a sua realização no julgamento, de modo a pedir “*aos responsáveis por decidir o que é a lei, que a vejam e façam cumprir como sendo coerente (...)*.”¹⁶⁸ Por outro lado, a coerência do sistema, se sustenta em outra máxima, isto é, a “*da integridade na legislação, que pede aos que criam o direito por legislação que o mantenham coerente quanto aos princípios.*”¹⁶⁹

Sendo assim, o juiz Hércules, realizando um trabalho sobre-humano, considerará, ao julgar, todo o sistema e os princípios que incidirão no caso, portando-se como um dos autores do mencionado romance em cadeia. Por isso, a sua atuação estará limitada pela integridade do

¹⁶⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 3ª ed. São Paulo/SP: WMF Martins Fontes, 2010, pág. 165;

¹⁶⁸ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 3ª ed. São Paulo/SP: Martins Fontes, 2014, pág. 203;

¹⁶⁹ DWORKIN, Ronald. Op. cit., 2014, pág. 203;

sistema, que deve ser visto como único e indivisível.

Nota-se que o conceito de integridade, em Dworkin, é elevado ao patamar de uma virtude política, equiparando-o a ideia de justiça e equidade, porquanto, como esses preceitos, torna-se uma garantia do cidadão, devendo ser aplicado a todos os que recorrem ao direito. Além disso, circunda um viés comunitário, sob a ideia que é regida e mantida por uma comunidade de princípios, ou seja, princípios que serão aceitos por todos os seus membros de uma sociedade.¹⁷⁰

Assim, fazendo um panorama de todos os conceitos criados por Dworkin — a normatividade dos princípios, o agulhão semântico, a interpretação construtiva e suas fases, o romance em cadeia o juiz Hércules e a comunidade de princípios —, observa-se que o fio condutor de sua teoria, para o qual todos os esses constructos teóricos trabalham, é a ideia de integridade e que constitui o cerne de sua teoria.

Portanto, à lume disso, coloca-se a seguinte questão, é possível a aplicação dessa teoria em no sistema jurídico brasileiro? É o que se busca responder a partir de agora.

4. O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Antes de se buscar uma resposta ao problema da aplicação da Teoria de Ronald Dworkin ao sistema jurídico Brasileiro, é preciso, primeiro, analisá-lo realizando um pequeno e sucinto retrospecto. Ademais, como o foco central de Dworkin, considerando o sistema da *common law*, é a atuação do magistrado, neste capítulo, também se dará maior atenção a essa figura pública no sistema *Civil Law*, contrastando-o com o juiz de um ordenamento consuetudinário.

Passa-se, então, a apresentação da leitura do presente autor a respeito do sistema jurídico brasileiro, tal como aos devidos comentários, realizando-se, primeiro, um retrospecto histórico das origens do sistema.

4.1. Pressupostos históricos: A Família do *Civil Law*

A tradição do *civil law*, também conhecida como tradição romano-germânica,

¹⁷⁰ EISENBERG, José; POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo, Direito e Política.** in Revista Novos Estudos, n. 62. São Paulo/SP: CEBRAP, 2002, pág 107-121;

igualmente ao direito inglês, remonta as suas origens a longínquo passado, mais precisamente ao direito romano, o qual, com o auge do Império romano, se espalhou por boa parte do continente europeu, sendo hegemônico por onde se instalou.

A despeito disso, embora o brilhantismo dos latinos seja perceptível em seu sistema jurídico, que passou por várias fases,¹⁷¹ com a queda do Império — 476 d.C. —, sucumbiu as invasões dos germanos, ocorrendo a inserção desses povos¹⁷² nesse contexto social. Esse evento, aliás, fez com que povos de diferentes origens vivessem lado a lado, seguindo cada um a sua lei.¹⁷³

Destaca-se, a título de construção de um panorama histórico, que, com a queda do Império Romano surgiu um vácuo no poder civil no ocidente. Isso permitiu que uma série de pequenos núcleos políticos e sociais surgissem — feudos — e que, acrescidos à preponderância da religião cristã, fez com que a ideia de direito, como conhecida pelos romanos, se perdesse. Nesse sentido, René David afirma que

Para que serve conhecer e precisar as regras do direito, quando o sucesso de uma das partes depende de meios tais como o juízo de Deus, o juramento das partes ou a

¹⁷¹ Segundo o que afirma Brito e de Oliveira, o direito romano passou pelas seguintes fases: “a) realza, que vai desde a fundação de Roma (754 a.C.) até a expulsão dos reis (510 a.C.); b) república, que perdura até a instauração do Principado, por Otaviano Augusto (27 a.C.); c) alto império, que vai desde Augusto até o imperador Diocleciano (284 d.C.); d) monarquia absoluta, que compreende o período entre a ascensão de Diocleciano até a morte de Justiniano (565 d.C.)” — BRITO, Jaime Domingos; OLIVEIRA, Flávio Luís. **A Convergência do Sistema da *Civil Law* ao da *Common Law* e a Concretização dos Direitos**. Disponível em: <http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwiQ6aDDqoHIAhV2KrkGHRt9CakQFjAAegQIABAC&url=http%3A%2F%2Fintertemas.toledoprudente.edu.br%2Findex.php%2FINTERTEMAS%2Farticle%2Fdownload%2F2616%2F2405&usg=AOvVaw2siGc5kDX8ksfrPIxrYDn5>. Acesso em: 03 de outubro de 2019 —;

¹⁷² Esses povos, segundo Mário Losano, tinham cada um o seu sistema jurídico. Contudo, é possível traçar entre eles um linhas gerais que os identificam: a) a natureza autônoma do direito, que não era ditado nem por um rei nem por um Deus, mas nascia do costume, do comportamento popular: daí deriva a lenda política da liberdade dos germanos; b) o direito não era escrito, e por isso era transmitido oralmente por "enunciadores do direito", que por esse motivo deviam utilizar fórmulas fáceis de memorizar; c) o grupo de várias famílias (tribo, Sippe) era organizado em uma comunidade (que usava comunitariamente os terrenos, os bosques, as águas etc., mas era também uma comunidade jurídica e militar); a família, por sua vez, era organizada hierarquicamente; sob a autoridade paterna; d) ao menos na origem, prevalecia a relação consanguínea por parte de mãe, atestada já por Tácito: esse elemento de "sangue" como fator unificador acabará assumindo um valor fabuloso na identificação da especificidade germânica, e degenerará em tragédia. — LOSANO, Mário G. **Os Grandes Sistemas Jurídicos** 1ª ed. São Paulo/SP: Editora Martins Fontes, 2007, pág. 38/39 —;

¹⁷³ DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. 2ª ed. São Paulo/SP: Martins Fontes, 1993;

prova dos ordálios¹⁷⁴? Para que serve um julgamento, se nenhuma autoridade, dispondo de força, está obrigada, ou preparada, para pôr esta força à disposição do vencedor?

Nas trevas da Alta Idade Média a Sociedade voltou a um estado mais primitivo. Pode existir ainda um direito: a existência de instituições creias para afirmar o direito (as *rachimourgs* francas, as *laghman* escandinavas, as *eôsagari* islandesas, as *brehons* irlandesas, as *witham* anglo-saxônicas), e até mesmo o simples fato da redação de leis bárbaras tende a convenceremos disso. **Mas o império do direito cessou.** — grifei.¹⁷⁵

Então, com o domínio de uma cosmovisão cristã e a descentralização do poder político, a necessidade do direito sumiu do imaginário social, fazendo com que os litígios fossem dirimidos sob o pálio de um poder eclesiástico — corolário de 1 Coríntios 6. Logo, ocorreu a sacralização da vida civil.

Contudo, entre os séculos XII e XIII, surge o que conhecemos hoje por família romano-germânica. Nesta época, com o levante da renascença, reapareceu o comércio e, por decorrência, as cidades, tornando-se cada vez mais complexas as relações econômicas. Em anexo a esse movimento, houve por parte da sociedade a busca por separar o sacro do secular, principalmente com a descoberta dos clássicos e retomada do estudo de seus escritos.

Logo, a vida civil, que outrora mergulhada estava numa cosmovisão altamente religiosa, gradativamente emancipa-se, fazendo-se necessária a utilização de normas que se adequassem a essa nova percepção de mundo, sendo capazes de reger nova e emergente roupagem de relações sociais. É assim que a ideia de direito volta a vida no continente europeu.¹⁷⁶

Por outro lado, ainda havia o problema da descentralização do poder; não existindo, pois, um monarca ou legislador-geral que fosse a fonte positiva desse direito que reemerge. Situação distinta do direito inglês, cujo desenvolvimento reflete o fortalecimento do poder real, através da centralização da jurisdição nos tribunais da coroa. O sistema romano-germânico, ao contrário, decorre de uma unidade de cultura dos povos (de origem latina e

¹⁷⁴ Cuida-se de uma prova judiciária, comumente utilizada na idade média, utilizando-se de elementos da natureza e cujo resultado era lido como um juízo de Deus (*judicium Dei*); sendo, pois, inquestionável. Para mais, remonta tempos anteriores ao próprio cristianismo. Um exemplo é a averiguação do adultério cometido por uma mulher, prescrita em Números 5:27: “E, havendo-lhe dado a beber aquela água, será que, se ela se tiver contaminado, e contra seu marido tiver transgredido, a água amaldiçoante entrará nela para amargura, e o seu ventre se inchará, e consumirá a sua coxa; e aquela mulher será por maldição no meio do seu povo.” — Números 5:27, ACF —;

¹⁷⁵ DAVID, René. *Op. cit.*, 1993, pág. 30;

¹⁷⁶ “Filósofos e juristas exigem que as relações sociais se baseiem no direito e que se ponha termo ao regime de arquiava e de arbítrio que reina há séculos. Querem um direito novo fundado sobre a justiça, que a razão permite conhecer.” — DAVID, René. *Op. cit.*, 1993, pág. 31;

germânica) do continente europeu e não de uma aspiração política, porquanto surgiu e continuou a existir alheio a essa pretensão.¹⁷⁷

Ademais, é importante ressaltar-se o desenvolvimento do direito germânico nesse período, o qual foi paralelo à manutenção do direito romano pelos povos de origem latina. Inicialmente, tratava-se de um direito oral, pautado nos costumes e tradições dos povos invasores e, ainda que proveniente de vários povos distintos, tinha em seu escopo um veio comum a todos eles (vide nota de rodapé de n.º 172), de modo a ser possível identifica-los nessa estirpe. Porém, à medida que os germânicos, em suas variadas tribos, foram se estabelecendo nos antigos territórios do Império Romano, simultaneamente ao direito latino, foram se compilando as suas normatizações em diplomas — *Codex Euricianus*, de 475 e o *Liber Papiensis*, do século 11, por exemplo.¹⁷⁸

A esses fatores, isto é, a ausência de uma unidade política e o desenvolvimento do direito germânico ao lado do direito romano, deve ser adicionado o surgimento das universidades no continente europeu,¹⁷⁹ o que sistematizou o estudo do direito no velho mundo. Todavia, levanta-se a seguinte questão qual direito fora estudado?

Segundo René David, deve-se considerar que o estudo das práticas jurídicas locais nunca esteve em pauta, pois a relevância dessas novas instituições de ensino estaria comprometida pelo contingenciamento que esse currículo traria.¹⁸⁰ Então, para que os estudos jurídicos se desenvolvessem, era necessário a utilização de um direito que poderia ser universalizado.

Dessa feita, a opção foi o direito romano que, por vários fatores, foi o escolhido, quais sejam: era de fácil acesso, pois existiam uma série de compilações — oriundas tanto do império do ocidente, quanto do oriente — e, além disso, era disposto em uma língua amplamente utilizada pela Igreja e pelos sábios daquele tempo, isto é, o latim.¹⁸¹ Todas essas

¹⁷⁷ DAVID, René. *Op. cit.*, 1993;

¹⁷⁸ LOSANO, Mário G. **Os Grandes Sistemas Jurídicos** 1ª ed. São Paulo/SP: Editora Martins Fontes, 2007;

¹⁷⁹ Como afirma Karine Salgado, “Ao lado do ensino primário e secundário, se estabelecem as escolas superiores, cuja pretensão era um ensino enciclopédico” — SALGADO, Karine. **O Direito Tardo Medieval: Entre o *Ius Commune* e o *Ius Proprium***. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 56, p. 243-264, jan./jun. 2010 —;

¹⁸⁰ DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. 2ª ed. São Paulo/SP: Martins Fontes, 1993;

¹⁸¹ DAVID, René. *Op. cit.*, 1993;

características colocadas juntas, incluindo a possibilidade de compatibilização do conhecimento secular com o sacro, demonstrado pela filosofia tomista, abriram espaço para o desenvolvimento do direito romano pelas universidades.

Destaca-se que o desenvolvimento mercantil foi decisivo nesta escolha, pois as relações econômicas emergentes, pela sua capacidade de se espalharem a todo continente, envolviam a necessitavam de um regramento estável, universalizável e uniforme, que pudessem ser aplicados aonde os comerciantes se dirigissem.

Entretanto, com maestria, Mário Losano¹⁸² aponta que esse movimento não ficou restrito ao direito romano, pois universidades como a de Pávia, por exemplo, utilizavam o *Liber papiensis* — uma compilação de leis germânicas — o que, posteriormente, foi adotado pela Universidade de Bolonha.¹⁸³ Isso, sem dúvida, aproximou as duas tradições jurídicas, porém, o direito romano, ao lado do direito canônico, é que foi predominante no ambiente acadêmico.¹⁸⁴

A propósito, ressalta-se que essa sistematização emergente possibilitou uma unidade no estudo do direito, surgindo, assim, o *ius commune*. Por óbvio, ainda que não houvesse um poder centralizado, existiam normatizações locais, como os costumes, os estatutos das comunas e os corporativos (isto é, das associações) — *ius proprium*, que, por causa da influência bárbara, refletia em muitos aspectos o direito germânico. Todavia, como afirma Karine Salgado, “o direito comum traz, então, na sua essência uma autoridade que lhe permite encabeçar a estrutura hierárquica que irá sistematizar toda a pluralidade do direito medieval.”¹⁸⁵ Além disso, não gozava de imperatividade, porquanto era somente persuasivo e flexível, de modo a ser melhor aplicado à realidade local.¹⁸⁶

Nessa senda, lembra-nos Mário Losano que,

¹⁸² LOSANO, Mário G. **Os Grandes Sistemas Jurídicos** 1ª ed. São Paulo/SP: Editora Martins Fontes, 2007;

¹⁸³ Esse é corroborado por Karine Salgado. A autora afirma que, ao lado do direito romano — o *Digesto*, as *Institutas* e as *Novelas* —, estudava-se, também, o direito germânico através de uma compilação lombarda denominada *Liber feudorum*. — SALGADO, Karine. **O Direito Tardo Medieval: Entre o *Ius Commune* e o *Ius Proprium***. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 56, p. 243-264, jan./jun. 2010 —;

¹⁸⁴ “Vale dizer que nas Universidades, o direito canônico era estudado ao lado do direito romano, concedendo-se o título de *Doctor Utriusque Iuris*. Entretanto, na França, só se estudava direito canônico. Os reis da França temiam que o estudo do direito romano significasse subordinação deles ao Sacro Imperio.” — SALGADO, Karine. *Op. cit.* 2010, pág. 248 —;

¹⁸⁵ SALGADO, Karine. *Op. cit.* 2010, pág. 255;

¹⁸⁶ DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. 2ª ed. São Paulo/SP: Martins Fontes, 1993;

por volta do ano mil, o centro da vida econômica passa dos campos às cidades, transformadas em prósperos centros de atividades comerciais. No plano político, o Império Romano-Germânico e a Igreja Católica representavam dois fatores de unificação sobrepostos aos fragmentários ordenamentos locais. Assim, acima das leis de cada monarca, dos estatutos das cidades, dos costumes locais e feudais (denominados *jura propria*), situavam-se o direito da Igreja e o do império. Ambos constituíam a base jurídica comum a todos e, por isso, eram chamados de *jus commune*.¹⁸⁷

Essa situação perdurou até o advento da modernidade — séculos XVI e XVII —, porquanto o poder, que outrora era difuso, começa se centralizar, o que exige uma “*máquina estatal mais complexa, com uma burocracia maior que muda a relação do estado com a população.*”¹⁸⁸ Surge, então, a figura do monarca absolutista, o qual concentra a função de governante, legislador e juiz, acumulando em sua pessoa todo o poder estatal.

Aponta-se, ainda, que, nessa época, a Igreja ainda gozava de um poder regulador, pois regia uma série de áreas que a ela estavam subordinadas — clero, cruzados, estudantes, família, sacramentos, etc.¹⁸⁹ Porém, aos poucos a sua função legisladora foi-se diminuindo, à medida que o Estado foi-se agigantando.

Já no final do século XVII e todo o século XVIII, a burguesia, saturada dos abusos dos monarcas, insurgiu-se. Inicia-se, então, o período das revoluções burguesas, destacando-se a revolução francesa, porquanto dela decorreu o movimento das codificações.

Nesse importante curso histórico, com a ascensão de Napoleão I ao poder, em 1804, foi por ele promulgado o Código Civil — Código de Napoleão —, precursor de muitos outros que lhe seguiram — o que retirou, inclusive, parcela considerável da jurisdição da Igreja sobre a vida civil. O mencionado diploma é fruto das ideias iluministas cultivadas na revolução francesa, sendo para alguns a maior obra política de Napoleão Bonaparte. Aliás, Bobbio, mencionando o historiador Albert Sorel, aduz que o próprio imperador tinha essa visão a respeito do Código, evidenciado que, reiteradamente, dizia que, dentro de sua atuação política, a codificação era o evento que seria perpetuado na história.¹⁹⁰

¹⁸⁷ LOSANO, Mário G. **Os Grandes Sistemas Jurídicos** 1ª ed. São Paulo/SP: Editora Martins Fontes, 2007, pág. 51;

¹⁸⁸ OLIVEIRA, Mariana Kuhn de. **O Fenômeno Histórico da Codificação.** In Revista Científica Dos Estudantes de Direito na UFRGS, v.1, n.º 1. Porto Alegre/RS: 2009, pág. 118;

¹⁸⁹ OLIVEIRA, Mariana Kuhn de. *Op. cit.* 2009;

¹⁹⁰ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito.** Tradução de Marco Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Editora Ícone, 2006;

Outro ponto a se destacar, por óbvio, é a influência do Código no pensamento jurídico, não só da época, mas das gerações que seguiram a sua promulgação, porquanto, até então, não se concebia a ideia de um Direito reduzido a codificação, embora já existisse, a pelo menos a dez anos, o Código Prussiano — 1794. Isso se conclui pelo fato de o Direito hoje, por parcela considerável dos juristas pertencentes a família romano-germânica, como afirma Bobbio,¹⁹¹ ser pensado em termos de codificação, a ponto de se partir do pressuposto de que esse deveria se resumir a esta condição, percepção que foi amplamente disseminada pela Escola da Exegese.

Ainda é necessário ressaltar que o contexto político, filosófico e social da época, motivou sobremaneira o estabelecimento de uma legislação codificada. A esse respeito, Paulo Nader¹⁹² ensina que não havia na França, em meados do século XVIII, um direito uniforme, aplicável em todo o país, porquanto no Norte verificava-se um direito consuetudinário e no Sul um sistema jurídico *jus scriptum*, com bases no direito romano. Por seu turno, Miguel Reale acrescenta que, além desse direito local, havia “*o direito de classes, um para a plebe e outro para a nobreza, com revoltantes desigualdades.*”¹⁹³

Somando-se a esse fato, ao se estudar as forças histórico-políticas que envolveram a revolução francesa, observa-se que os juristas da época, motivados pelo pensamento racionalista, tinham a visão de que uma legislação universal que promovesse um Direito unitário e ao mesmo tempo simples, facilitaria a sua aplicação¹⁹⁴. Norberto Bobbio, nesse sentido, ensina que, para os pensadores da revolução, uma inflação legislativa representava uma calamidade pública, pois se mostrava apenas como caprichos da monarquia e da nobreza, os quais materializavam seus interesses e vontades na criação de leis.¹⁹⁵ Continua, o citado autor, afirmando que os iluministas tinham a certeza de que o direito histórico que fora

¹⁹¹ BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, 2006;

¹⁹² NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 24ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017, edição *Kindle*;

¹⁹³ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 25º ed. São Paulo/SP: Saraiva, 2001, pág. 143;

¹⁹⁴ “A ciência do Direito encontrou, assim, base para poder atingir notável grau de sistematização. Não mais o comentário ocasional, para atender a circunstâncias locais, mas um sistema que distribuía a matéria segundo uma ordenação lógica, permitindo a interpretação, a construção e a compreensão unitária das regras vigentes, segundo princípios.” — REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 25º ed. São Paulo/SP: Saraiva, 2001, pág. 144 —;

¹⁹⁵ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. Tradução de Marco Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Editora Ícone, 2006;

estipulado até então, “constituído por uma selva de normas complicadas e arbitrárias, era apenas uma espécie de direito “fenomênico” e que além dele, fundado na natureza das coisas cognoscíveis pela razão humana, existia o verdadeiro direito.”¹⁹⁶

É neste direito verdadeiro e cognoscível pela razão humana, que mora a ideia de um direito seguro e imutável, que acaba por marcar o pensamento positivista que se segue a esse evento. Nota-se que, embora o positivismo jurídico negasse, a princípio, ou até mesmo relegasse a irrelevância qualquer concepção que remetesse ao Direito Natural, tem, dentro da lógica epistemológica de Thomas Kuhn¹⁹⁷, conceitos e institutos do jusnaturalismo moderno, que acabaram por marcar a criação e aplicação do direito codificado. Ademais, ressalta-se que neste período não se vive, ainda, uma atuação positivista. Contudo, pode-se notar uma fase de transição.

Nesta senda, Cláudio de Cicco argumenta que a promulgação do Código não se cuidou do nascimento do positivismo, até porque o seu fundamento “é o direito natural, desde Grotius considerado sobretudo como racional, consagrado na “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão” de agosto de 1789.”¹⁹⁸

O que deveras fora significativo para se dizer que houve a instauração de um movimento positivista na França, foi a atuação da Escola da Exegese. Essa, mergulhada nestas correntes influenciadoras, somadas à crença de que um legislador universal seria capaz de abarcar na lei todas as situações possíveis que poderiam ser apresentadas, acrescidas a filosofia política proposta por Montesquieu, no qual o poder legislativo tem certa proeminência em relação aos demais, por ser a manifestação da vontade popular — princípio da supremacia popular —, buscou uma interpretação restritiva da lei, esvaindo-se de qualquer outra fonte, até então trabalhada e utilizada no Direito.

Os seus adeptos defendiam que o Direito se resumia a letra da lei. Portanto, promoviam a interpretação literal, isto é, aplicação gramatical e sistemática das disposições do Código Civil ao caso concreto apresentado — *mens legis e mens legislatoris*. “Numa concepção mais radical, pode-se dizer, inclusive, que a Escola da Exegese não

¹⁹⁶ BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, 2006, pág. 63;

¹⁹⁷ KUNH, Tomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 5ª ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 1998;

¹⁹⁸ CICCIO, Cláudio de. **História do Pensamento Jurídico e da Filosofia do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, pág. 213;

interpretava.”¹⁹⁹ A propósito, recebeu esse nome em virtude da técnica utilizada por seus primeiros expoentes.

Da referida escola, Bobbio²⁰⁰ destaca algumas características, todas elas ligadas a ideia de preponderância da lei e do legislador, na interpretação do Direito:

a) a inversão da relação histórica entre Direito Natural e Positivo, que, em posições mais moderadas, não negava a existência de um Direito Natural, entretanto, defendia que esse não era importante para o jurista, seja pelo fato dos preceitos do Direito Natural serem vagos e incertos ou porque poderiam ser incluídas no Direito Posto. Aqui, por oportuno, pode-se inferir que o Direito Natural não mais serve de fundamento de validade ao Direito Posto;

b) a concepção de que a única fonte do Direito é o próprio Estado, isto é, toda a construção jurídica é formulada por ele e tão somente por ele — abandona-se, inclusive, a interferência da Igreja na regulação da vida civil. Essa ideia decorre do princípio da onipotência do legislador, que não se resume a negação genérica do Direito natural, mas, também, a todo o tipo de Direito positivo que não seja produzido pela atuação estatal. Assim, os costumes, por exemplo, não teriam caráter normativo;

c) também é característica desta escola a interpretação histórica e teleológica da lei. Nesse aspecto, ressaltar-se que se a lei é a única fonte do Direito, as eventuais omissões do legislador, ou seja, lacunas, devem ser preenchidas por ela mesma. A primeira técnica de interpretação remete a busca da vontade do legislador ante a lacuna, voltando-se aos motivos que levaram à criação do diploma; havendo, deste modo, uma interpretação estática do texto legal, de cunho subjetivista. Por outro lado, tem-se a interpretação sociológica ou teleológica, na qual “*analisa-se a finalidade da norma jurídica, ou seja, o fim a que se pretende alcançar. (...)*”.²⁰¹ Nessa senda, Bobbio²⁰² assevera que, na interpretação sociológica, se permite uma interpretação progressiva e evolutiva, porquanto não se prende ao momento da edição da lei, mas as necessidades sociais do tempo que se situa o julgador;

¹⁹⁹ SANTOS, Eduardo Rodrigues dos. **O Pós-Positivismo Jurídico e a Normatividade dos Princípios**. 1º ed. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2014, edição *Kindle*;

²⁰⁰ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. Tradução de Marco Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Editora Ícone, 2006;

²⁰¹ GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. **Introdução ao Estudo do Direito: Teoria Geral do Direito**, Didática Diferenciada. 3ª ed. São Paulo: Editora Método, 2015, edição *Kindle*;

²⁰² BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. Tradução de Marco Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Editora Ícone, 2006;

d) a veneração ou culto a lei, no qual o aplicador do Direito deve se submeter, sem exceções, ao que está disciplinado na lei;

e) por fim, ressalta-se o respeito ao princípio da autoridade, que nas proposições exegéticas buscava depositar no legislador a fé de que as leis por ele criadas eram justas ou verdadeiras, devendo prevalecer a sua vontade na interpretação da lei, não se questionado em momento algum o conteúdo da norma. Nessa linha, são interessantíssimos os comentários de Bonnecase a aplicação do código pelo juiz, os quais nitidamente demonstram a submissão ao princípio em comento: *“um bom magistrado humilha a sua razão diante da razão da lei: pois ele é instituído para julgar segundo ela e não para julgá-la.”*²⁰³

Desse modo, observa-se que o sistema jurídico implantado pela Escola da Exegese circunda à lei e a autoridade que lhe é conferida pelos seus aplicadores, resumindo, estritamente, o Direito ao texto legal. Taxa aquilo que extrapola a lei de não jurídico ou, melhor dizendo, de irrelevante para a aplicação da lei pelo jurista. É sob essa base que a família em comento continua seu desenvolvimento, sobretudo no Brasil que, já na metade do século XIX, com o Código Comercial de 1850, adotou a sistemática.²⁰⁴

Como mencionado anteriormente, foi com a atuação da Escola da Exegese que se iniciou o positivismo legalista francês, porquanto as bases filosóficas do Código Civil de Napoleão são jusnaturalistas.²⁰⁵ O principal campo de atuação da escola em comento está na forma de interpretação do Direito, assim, por óbvia consequência, essa análise perpassa pela atuação do juiz. Esse, dentro desta sistemática, deveria aplicar tão somente a lei e nada mais do que isto. Portanto, nesse sentido, Lacombe aduz que *“na busca de seu significado, privilegia-se, então, os métodos de interpretação gramatical, e sistemático”*²⁰⁶.

Observa-se, então, um fetichismo pela lei por parte dos defensores desta escola, o que foi significativo para que a lei, dentro desse sistema, fosse a sua principal fonte. Ademais, esta visão é anterior a escola em comento, porquanto, conforme dito acima, já era defendida por

²⁰³ BOCANNESE, Joseph Julien in BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, 2006, pág. 86;

²⁰⁴ Arrisca-se dizer que já na Constituição de 1824 esse modelo foi adotado, considerando tratar-se de texto prolixo e possuidor de dispositivos de eficácia limitada. Aliá, o mais importante é que instituiu a divisão de poderes, tal como um processo legislativo que permitiu a adoção de um sistema legal de raiz francesa.

²⁰⁵ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. Tradução de Marco Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Editora Ícone, 2006;

²⁰⁶ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação**: Uma Contribuição ao Estudo do Direito. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003, pág. 66;

Montesquieu, ao sustentar a divisão dos poderes, aduzindo que o juiz é apenas a boca da lei. No entanto, apenas houve uma radicalização desse posicionamento pelos exegetas, pois, analisando-se o anteprojeto do Código, nota-se que em casos de lacuna na lei o juiz deveria se valer da ordem natural para supri-las — art. 9º, que fora suprimido na edição final, combinado com o art. 4º, ambos do Código Civil Francês —, entendimento que foi modificado pelos primeiros intérpretes do Código.²⁰⁷

Segundo Bobbio,²⁰⁸ se analisarmos o art. 4º, do Código Civil de Napoleão, não pode o julgador nos casos de lacuna se valer do *non liquet* para não julgar o caso. Embora o sentido que o Legislador, conforme já aduzido, deu ao artigo 4º seja totalmente distinto do que foi aplicado pela Escola da Exegese, pois aquele tinha o intuito de legitimar a aplicação do Direito Natural, quando houvesse lacuna na lei, essa, com a crença de um legislador universal que fosse capaz de abarcar todos as hipóteses possíveis no presente e no futuro, interpretava o dispositivo “*no sentido de que se deveria sempre deduzir da própria lei a norma para resolver quaisquer controvérsias.*”²⁰⁹ É o que se chama de integração da norma, na qual mesmo não havendo lei específica para solucionar determinado litígio, o aplicador da lei deve buscar nessa a resposta para a lide.

Assim, o juiz se valia de algumas técnicas para tanto, como a interpretação extensiva, que é utilizada quando a norma diz menos do que o seu real alcance e a analogia, “*que consiste em aplicar a caso não previsto a norma legal concernente a uma hipótese análoga prevista e, por isso mesmo, tipificada.*”²¹⁰

Dessa feita, nota-se que a atuação do juiz, dentro da Escola da Exegese, sempre será realizada nos limites da lei, até mesmo nos casos que essa não for tão clara e objetiva ou quando for silente, cabendo-lhe somente um papel descritivo, isto é, declarar qual norma é aplicável ao caso e nada mais do que isto.

Sem muita dificuldade, é possível observar que esse sistema de integração da norma

²⁰⁷ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito.** Tradução de Marco Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Editora Ícone, 2006;

²⁰⁸ BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, 2006;

²⁰⁹ BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, 2006, pág. 77;

²¹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto Gonçalves. **Direito Civil Brasileiro: Parte Geral**, vol. 1. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, edição *Kindle*;

também foi adotada pelo direito brasileiro,²¹¹ vigente no Brasil, sobretudo quando se analisa o Decreto-Lei de n.º 4657/42, em seu art. 4º, *in verbis*: “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”²¹² — o que a doutrina chama hoje de fonte formal, direta ou imediata, sendo a primeira a fonte imediata primária e as demais a fonte imediata secundária.²¹³

Vislumbra-se, pois, que, em um primeiro momento, em uma sociedade com pouca complexidade e transformação paulatina, essa forma de atuação hermenêutica se manteve. Contudo, François Géný, após uma análise empírica da atuação dos magistrados na França, no final do século XIX e início do XX, verificou uma grande quantidade de lacunas que se deparavam os julgadores ao decidir, levando-se a entender que a existência de um legislador onisciente não mais se sustentava.²¹⁴ Percebe-se, então, que a atuação engessada do intérprete já não é mais possível, em virtude de a lei não abarcar todas as situações que as relações sociais ocasionam.

A solução apontada por Géný estava na livre investigação científica, que buscava identificar, desvincilhada de qualquer autoridade, a resposta para o caso fora dos confins da lei, quando essa não estivesse inserida no sistema positivo. A propósito, cite-se o autor em comentário:

De maneira que, na esfera de livre pesquisa, onde nós o consideramos agora, o método jurídico de ter como preocupação dominante descobrir, ele mesmo, em prejuízo do auxílio de fontes formais, os *elementos objetivos* que determinarão todas as soluções requisitadas pelo direito positivo.²¹⁵

Esta investigação, para Géný, estaria voltada para uma análise sociológica, com o intuito de identificar critérios para obter-se soluções para as lacunas no sistema positivo.

²¹¹ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral**, vol. 1. 12ª ed. São Paulo: Editora Forense, 2015;

²¹² BRASIL. Decreto-Lei de n.º 4657, de 04 de setembro de 1942. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 09 de setembro de 1942;

²¹³ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral**, vol. 1. 12ª ed. São Paulo: Editora Forense, 2015;

²¹⁴ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação: Uma Contribuição ao Estudo do Direito**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003;

²¹⁵ GÉNY, François, *in* CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação: Uma Contribuição ao Estudo do Direito**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003;

Nota-se, aqui, algo muito interessante: o Direito não mais é considerado apenas o que está contido na lei, sendo essa apenas a sua fonte primária, reconhecendo-se outras fontes do Direito, como os costumes (práticas reiteradas de uma sociedade), a tradição (ensinamentos ou práticas de mestres que obtiveram êxito no passado), a autoridade (opinião de pessoas com reconhecida competência no ramo jurídico) e a investigação científica (busca por outras fontes de um Direito dinâmico e vivo como defendia François Géný).²¹⁶ Estes três últimos estão dentro do que denominamos hoje de doutrina do Direito (fontes não formais, indiretas ou mediatas), que serão utilizadas como aportes hermenêuticos pelo juiz.

Mesmo assim, havendo o reconhecimento de outras fontes do Direito, nota-se que a cultura legalista ainda se mantém predominante no pensamento jurídico decorrente do *civil law*, havendo, contudo, apenas uma flexibilização do rigor na aplicação da lei. A propósito, como se verá adiante, em título próprio, as fontes no sistema em comento, embora tenham ampliado o seu leque, giram em torno de sua fonte primária, isto é, a lei, completando-a ou direcionando a sua interpretação quando necessário.

Portanto, à vista do que aqui foi dito, conclui-se que, se na *common law* o desenvolvimento dos tribunais, como reflexo do poder real, contribuiu para a construção de um sistema de fontes majoritariamente jurisprudencial, a construção histórica e cultural do *civil law* colocou a lei em preponderância as demais fontes o direito. Nessa senda, Miguel Reale ensina que “*a prevalência desta ou daquela fonte depende exclusivamente de circunstâncias sociais e históricas*”²¹⁷ e, no caso dos dois sistemas do mundo ocidental, eles “*correspondem a duas experiências culturais distintas, resultantes de múltiplos fatores, sobretudo de ordem histórica.*”²¹⁸

Por isso, antes de prosseguirmos, é importante dedicarmos algumas páginas à teoria das fontes adotada pelo *Civil Law*, com o fito de evidenciar de forma mais clara as distinções existentes entre os sistemas trabalhados nesta dissertação. Ademais, essas observações a respeito das fontes são importantes para os propósitos desse trabalho, pois, conforme demonstrado nos capítulos anteriores, os elementos e instrumentos da Teoria do Direito como

²¹⁶ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito.** Tradução de Marco Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Editora Ícone, 2006;

²¹⁷ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** 25º ed. São Paulo/SP: Saraiva, 2001, pág. 131;

²¹⁸ REALE, Miguel. *Op. cit.*, 2001, pág. 132;

Integridade se amoldam à ideia de um sistema *common law* e, em certa medida, como desenvolver de suas fontes.

4.2. A Teoria das Fontes no Civil Law e no Direito brasileiro

Em um sentido amplo, as fontes do direito são os meios de produção de normas jurídicas vigentes e eficazes de qualquer natureza.²¹⁹ Cuida-se, então, do estudo da nomogênese,²²⁰ levando-se a crer que as fontes do direito se confundem com os seus processos de formação.

Ademais, esse desenvolvimento nomogênico, para atingir a sua finalidade, isto é, a organização social e, portanto, a obrigatoriedade da observância das normas que resulta, pressupõe uma estrutura de poder que é reconhecida pelos seus destinatários. Assim, seguindo esse raciocínio, são quatro as formas de fontes, pois correspondem a quatro formas de poder: *"o processo legislativo, expressão do Poder Legislativo; a jurisdição, que corresponde ao Poder Judiciário; os usos e costumes jurídicos, que exprimem o poder social anônimo do povo e, finalmente, a fonte negocial, expressão do poder negociador da autonomia da vontade."*²²¹

Como mencionado no título anterior, por uma questão cultural e histórica adotou-se no *civil law* a lei como a sua fonte primária (ou principal), sendo as demais fontes secundárias (ou acessórias). Em uma leitura mais acurada, ressalta-se que a lei em si não é a fonte do direito, mas o resultado dela, considerando essa (a fonte) como um processo produtivo. Portanto, é a atividade legiferante que assume esse papel de manancial da norma escrita. Nesse sentido, ensina o professor Carlos Roberto Gonçalves que

a legislação é o processo de criação das normas jurídicas escritas, de observância geral e, portanto, a fontes jurídica por excelência (...) A lei, em sentido estrito, não seria propriamente fonte de direito, mas o sim o produto da legislação.²²²

²¹⁹ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 25º ed. São Paulo/SP: Saraiva, 2001;

²²⁰ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 25º ed. São Paulo/SP: Saraiva, 2001;

²²¹ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 25º ed. São Paulo/SP: Saraiva, 2001;

²²² GONÇALVES, Carlo Roberto. **Direito Civil Brasileiro, Vol 1: Parte Geral**. 15ª ed. São Paulo/SP: Saraiva, 2017, edição *Kindle*;

Por este motivo, no *civil law* se destaca uma estrutura de poder distinta, no que se refere a produção normativa, daquela existente no *commom law*. No primeiro, por ter como fonte principal o processo legislativo, o poder que se destaca é o legislativo, enquanto, no segundo, pelo fato do precedente decorrer da interpretação judicial, o poder que se destaca é o judiciário.²²³

A lei pode ser conceituada, dentro desse sistema, como o mandamento revestido de obrigatoriedade (imperatividade), voltado à organização social, criado pelo Estado através de seu Poder Legislativo. Em sua natureza está a certeza, pois nasce em um momento certo no tempo, tal como a predeterminação, sendo sempre previamente emanada de um órgão com competência para legislar.²²⁴

Ademais, de forma geral a lei também é marcada pela sua permanência no tempo, ou seja, não se esgota em apenas uma aplicação. A sua vigência permanece até que outra lei a revogue explicita ou tacitamente, não sendo possível a existência desse fenômeno produzido por outro ato que não seja decorrente de um processo legislativo.

Caracteriza-se, ainda, pela indeterminação intencional, ou seja, pela generalidade, permitindo que abarque em seu campo de incidência o maior número possível de casos. Por consequência, o método racional para a sua aplicação circunda o "*pensamento abstrato e dedutivo, que estabelece premissas (normativas) e obtém conclusões por processos lógicos*".²²⁵

Aqui é importante se relembrar que a lei no *common law* se porta de modo distinto — vide capítulo dois. Como não tem a preponderância como fonte, cedendo lugar ao precedente, busca um conteúdo demasiadamente analítico, explicitando ao máximo as hipóteses de sua aplicação. Em outros termos, a sua característica é a especialidade e não a generalidade.

Como se pode imaginar, como já foi mencionado no panorama histórico que se precedeu, a lei não é a única fonte do direito presente no *civil law*. Nessa senda, isto é, na generalidade, que se inserem as demais fontes secundárias ou acessórias, sendo irrelevante a discussão sobre a hierarquia delas, pois ajudam, em um caso concreto, a delinear os contornos

²²³ Realiza-se essa afirmação tomando-se como pressuposto a existência de uma divisão de poderes na organização do Estado, não se olvidando, é claro, que na Inglaterra inexistente tal ordem estatal;

²²⁴ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 25º ed. São Paulo/SP: Saraiva, 2001;

²²⁵ TAVARES, André Ramos in TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral**, vol. 1. 12ª ed. São Paulo: Editora Forense, 2015, pág. 3;

da aplicação da lei. Destarte, não trabalham de forma autônoma, mas em função da fonte principal do sistema.

A primeira fonte secundária que se destaca é o costume. Diferente da lei e da jurisprudência, pode se originar de uma fonte não estatal ou, melhor dizendo, do poder social, como o contrário é verdadeiro, e nascer espontaneamente, como as práticas comerciais, no primeiro caso ou uma praxe administrativa no segundo. Essa, embora a doutrina administrativista não a inclua na espécie costume,²²⁶ crê-se que seria um bom exemplo, porquanto *"ela se desenvolve através do emprego de medidas e ações que se portam como uma solução para a Administração (...)"*²²⁷, se construindo e desenvolvendo-se com a rotina de trabalho de uma repartição pública podendo ou não vir a ser incluída no ordenamento jurídico pelo processo legislativo.

O ponto é que, na ausência da clareza da lei, essa fonte pode portar-se como uma fonte interpretativa. Nesse sentido, como exemplo cita-se um trecho de voto proferido por este autor enquanto Presidente da Comissão Disciplinar Permanente da Controladoria-Geral do Município e Gestão da Integridade, da Prefeitura Municipal de Santa Bárbara:

Embora não haja no ordenamento jurídico municipal, até o ano de 2018, previsão específica de que os enfermeiros são coordenadores das Unidades de Saúde Básica, observa-se que, ao longo da última década, criou-se a praxe administrativa desses servidores assumirem essa função.

A praxe administrativa é “adotada por uma conveniência procedimental de entes e órgãos da Administração Pública” (...). Ela se desenvolve através do emprego de medidas e ações que se portam como uma solução para a Administração. Nesse sentido, (...) a praxe administrativa pode vir a ser ratificada por um ato normativo ou pela própria lei, integrando, para além de uma conveniência administrativa, o ornamento jurídico.

É o que aconteceu com essa atribuição dos enfermeiros, pois, já em 2018, por meio do Decreto Municipal de n.º 3696/18, foi incluída no Decreto Municipal de n.º 2575/13, que trata das atribuições dos cargos dos servidores públicos e, neste ano de 2019, ratificada pela Lei Municipal de n.º 1919/2019.

Logo, uma vez que é atividade do enfermeiro a coordenação da Unidade de Saúde Básica, não restam dúvidas de que a enfermeira (nome suprimido) é a chefe imediata da sindicada. Portanto, como coordenadora, era o seu dever fiscalizar o cumprimento da jornada de trabalho da médica. ²²⁸

Consigna-se que, no caso apresentado, à época dos fatos investigados não havia lei no

²²⁶ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Curso de Direito Administrativo**: Parte Introdutória, Parte Geral e Parte Especial. 16ª ed. São Paulo/SP: Forense, 2014, edição Kindle;

²²⁷ Voto Emitido pelo autor, Relatório Final da Sindicância de n.º 011/2018, enquanto presidente da Comissão Disciplinar Permanente da Controladoria-Geral do Município e Gestão da Integridade, da Prefeitura Municipal de Santa Bárbara;

²²⁸ *op. cit.*;

Município de Santa Bárbara que definia como atribuição do cargo de enfermeiro a coordenação de uma Unidade Básica de Saúde. Contudo, como há mais de uma década era uma prática presente na Administração Municipal e essa prática (costume) foi utilizada para atribuir responsabilidade, essa prevista em lei, à enfermeira que coordenava a unidade de saúde em que ocorreu o cometimento de falta disciplinar de um dos médicos que compunha o quadro da Secretaria de Saúde daquela cidade. Sendo assim, nota-se que o costume se portou como uma fonte interpretativa para completar e aclarar o âmbito de incidência da lei municipal.²²⁹ Assim, faz todo sentido o que afirma o comparatista René David: “*a lei tem, muitas vezes, a necessidade do suplemento introduzido pelo costume para ser compreendida (...).*”²³⁰

Da mesma forma funciona a Doutrina — ignorando o fato de alguns autores na a considerarem como fonte²³¹ — a qual para esse sistema é realmente importante, pois ao longo dos séculos XIII e XIX foi a fonte fundamental do direito romano-germânico, sendo, posteriormente, substituída pela lei. Contudo, hoje como fonte secundária assumiu o papel de estabelecer os métodos pelos quais a lei será interpretada e o direito será desvelado.²³²

Flávio Tartuce,²³³ a propósito, assevera que, no *civil law*, além da doutrina acresce-se às fontes secundárias a jurisprudência.²³⁴ Essa constitui a interpretação da lei formulada pelos órgãos do poder judiciário e não se confunde com o precedente no direito inglês. O precedente é fonte formal primária e não é, na maioria esmagadora das vezes, uma interpretação da lei. Então, conclui-se que, “*enquanto no primeiro sistema a lei é a principal expressão do jus positum, figurando a jurisprudência como fonte de interpretação, no*

²²⁹ A respeito são interessantes os comentários de Paulo Nader: “No direito brasileiro, o costume é fonte supletiva da Lei. A oportunidade de sua aplicação ocorre quando a lei é omissa em determinada matéria e não oferece também uma hipótese fundamentalmente semelhante a que se tem em pauta, ou seja, não apresenta analogia.” — NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil, Vol. 1:** Parte Geral. 10ª ed. Rio de Janeiro/RJ: Editora Forense, 2016, edição *Kindle* —;

²³⁰ DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo.** 2ª ed. São Paulo/SP: Martins Fontes, 1993, pág. 114;

²³¹ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** 25ª ed. São Paulo/SP: Saraiva, 2001;

²³² DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo.** 2ª ed. São Paulo/SP: Martins Fontes, 1993, pág. 114;

²³³ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil:** Lei de Introdução e Parte Geral, vol. 1. 12ª ed. São Paulo: Editora Forense, 2015;

²³⁴ TARTUCE, Flávio. *Op. cit.*, 2015;

*commom law o Direito se define a partir das decisões judiciais.”*²³⁵

Ademais, em relação ao direito brasileiro, é importante mencionar que, embora tenha instituído uma sistemática de precedentes vinculantes, analisando a sua história, nota-se que a existência de precedentes obrigatórios ocorrem na esteira do conceito de jurisprudência aqui mencionado, isso é, cuida-se de uma definição de interpretação da lei e que, por força desta, será unificada e imposta ao Tribunal que a estipulou em casos semelhantes que no futuro lhe aparecerem.

Afirma-se isso após uma profunda análise em uma série de instrumentos normativos que compuseram e compõem o nosso ordenamento jurídico. Aqui podemos mencionar o art. 59 e posteriormente o art. 60, da Constituição Federal de 1891 (Emenda Constitucional 3), na qual se menciona que,

Nos casos em que houver de aplicar leis dos Estados, a justiça federal consultará a jurisprudencia dos tribunaes locaes, e, vice-versa, as justiças dos Estados consultarão a jurisprudencia dos tribunaes federaes, quando houverem de interpretar leis da União.²³⁶

Também se menciona o art. 76, da Constituição Federal de 1934:

A Corte Suprema compete: (...) julgar: (...) quando ocorrer **diversidade de interpretação definitiva da lei federal entre Cortes de Apelação de Estados diferentes**, inclusive do Distrito Federal ou dos Territórios, ou entre um destes Tribunais e a Corte Suprema, ou outro Tribunal federal.²³⁷

Cita-se, ainda, o art. 861, do Código de Processo Civil de 1939 — que foi mantido pelo art. 476, do CPC/73 — que definia o pronunciamento prévio com vistas a uniformização da interpretação do Tribunal:

A requerimento de qualquer de seus juízes, a Câmara, ou turma julgadora, poderá promover o pronunciamento prévio das Câmaras reunidas sobre a interpretação de

²³⁵ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil, Vol. 1: Parte Geral**. 10ª ed. Rio de Janeiro/RJ: Editora Forense, 2016, edição *Kindle*;

²³⁶ BRASIL. Constituição de 1891, de 24 de fevereiro de 1891. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 24 de fevereiro de 1891;

²³⁷ BRASIL. Constituição de 1934, de 16 de julho de 1934. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 16 de julho de 1934;

qualquer norma jurídica, se reconhecer que sobre ela ocorre, ou poderá ocorrer, divergência de interpretação entre Câmaras ou turmas.²³⁸

Observa-se, então, que o precedente no direito brasileiro é na realidade a uniformização da interpretação da lei pelos Tribunais. Ao contrário do que alguns afirmam, o direito brasileiro não está caminhando para o direito costumeiro, sobretudo com a promulgação do Código de Processo Civil de 2015, exatamente pelas forças históricas que recaem sobre ele. O que ocorreu foi o desenvolvimento de um sistema de uniformização da interpretação da lei. Contudo, não se deu ao precedente o status de fonte formal primária, mas, sim, de fonte formal secundária, haja vista o tratamento específico que a lei lhe dispensou. Por outro lado, afirma-se que não se olvida a possibilidade destas decisões criarem direito, porém, essa função se restringe a complementar as lacunas existentes na fonte principal do sistema *civil law*. Sendo assim, assumem um papel interpretativo satélite.

Assim, diferente da *common law*, uma mudança paradigmática legítima dentro desse sistema, não parte do Poder Judiciário, porquanto o sistema não lhe conferiu tal competência, mas, sim, da alteração do próprio paradigma primário, que é a própria lei. Um exemplo claro disso são as várias Constituições que o Brasil teve nesses últimos duzentos anos, que, uma vez que se buscou uma mudança paradigmática profunda, utilizou-se da promulgação de um novo Texto Constitucional, ao contrário do Estados Unidos, onde os precedentes da Suprema Corte, por serem fontes primárias do sistema, é que realizaram a atualização da sua Constituição, sem, contudo, alterarem significativamente o seu texto — vide sessão 3.2.

Por fim, cumpre-se, nesse tópico, mencionar os princípios jurídicos ou princípios gerais do direito. Lendo-se o art. 4º, da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro, nota-se que, junto às demais fontes assessórias, esses foram inseridos com o intuito de suprimir as lacunas do direito. Alguns autores afirmam que os princípios assumem um papel diretivo da lei, dando-lhe uma definição teleológica, condicionando, aliás, a atividade hermenêutica.²³⁹ Portanto, reveste-se, sobre essa visão, de um papel orientativo, não gozando de obrigatoriedade.

Entretanto, como já citado no tópico 3.1.1, autores como Bobbio e outros que esse cita

²³⁸ BRASIL. Decreto-Lei de n.º 1608 de 18 de setembro de 1939. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 de dezembro de 1939;

²³⁹ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil, Vol. 1: Parte Geral**. 10ª ed. Rio de Janeiro/RJ: Editora Forense, 2016, edição *Kindle*;

em seu livro *Teoria do Ordenamento Jurídico*, já sustentavam que os princípios jurídicos não são meros enunciados orientativos, mas que, por emanarem do ordenamento jurídico, isto é, da norma positivada, assumem um caráter normativo e, por consequência, impositivo.

Aliás, aqui, propositadamente, se esquivava do problema dos princípios colocado por Dworkin, até porque já o enfrentamos em capítulo próprio, pois, como já dito, esse não inovou ao atribuir a esse tipo de enunciado o selo de norma. Por outro lado, os princípios assumem um papel, que é uma marca das teorias pós-positivistas, da inserção de uma moral coletiva no ordenamento jurídico, orientada por um conceito comunitário de justiça, o que é esquecido por muitos autores e juízes ao utilizarem o autor americano em suas teses e fundamentações.

Na verdade, o que importa é o fato inegável do papel normativo dos princípios na prática jurídica. Esses, por si só, não apresentam um conteúdo imperativo, como a lei, embora imponham obrigações. Seus enunciados são demasiadamente abstratos e dependem, como afirma Humberto Ávila, do princípio da concretude. Em outros termos: somente no caso concreto é que se pode extrair a obrigação que um princípio impõe.²⁴⁰ É sobre essa função que inúmeros julgadores constroem as suas fundamentações e, por óbvio, interpretam o direito.

Em arremate, pode-se observar que, a forma como as fontes do *civil law* e do *common law* se desenvolveram, é o que os tornam esses sistemas distintos, causando implicações em todos os aspectos dos seus respectivos ordenamentos jurídicos. Entretanto, antes de esposarmos a tese principal dessa dissertação é preciso apresentar uma outra distinção importante, no que concerne o pressuposto positivista no direito brasileiro.

4.3. Pressupostos Teóricos

Igualmente importante na história do direito brasileiro, sobretudo no século XX, é o pensamento de Hans Kelsen, o qual influenciou o direito de maneira tão impactante, sendo considerado um dos maiores teóricos do direito no século passado.

A sua contribuição para o positivismo jurídico consubstancia em sua Teoria Pura do Direito, a qual foi inicialmente exposta no livro “Problemas Capitais da Teoria do Direito

²⁴⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed. São Paulo/SP: Malheiro Editores, 2005;

Estatual”, publicado em 1911. Após, no ano de 1934, com a sua tese mais desenvolvida e robusta, publicou o livro “Teoria Pura do Direito”, sendo, em 1960, trazidas algumas inovações na segunda edição do livro. Além destas obras, Kelsen escreveu outros livros, nos quais refina o seu pensamento, como a Teoria Geral do Direito e do Estado (1945) e Teoria Geral das Normas, esse publicado após a sua morte, em 1979.

Para se entender a Teoria Pura do Direito, faz-se necessário compreender uma das primeiras proposições de Kelsen, a qual reside na dicotomia entre direito e ciência do direito, porquanto separa a expressão fática daquele, à exemplo, os fenômenos sociais, da concepção científica que se pode obter disso.²⁴¹ Logo, em uma análise sumária, nota-se que o direito e a ciência jurídica, dentro da perspectiva do austríaco, não são sinônimos, como comumente é referido e trabalhado por inúmeros autores.

No mundo dos fatos, no qual reside o direito, nota-se uma série de fenômenos que emanam do contexto social e que, por certo, acabam por influenciá-lo, *verbi gratia*, a forma como os juízes julgam ou como a sua atuação é influenciada por questões sociais, políticas, filosóficas ou até mesmo interesses pessoais, os logros dos advogados e testemunhas que não depõem conforme a verdade.²⁴² A consolidação do direito como ciência, ou melhor dizendo, a construção de uma ciência jurídica, dentro do pensamento kelseniano, não reside em questões como essas, pois, se os juízes proferem decisões, é porque o Estado, através de uma norma, conferiu-lhes essa atribuição, o mesmo pode-se dizer de uma testemunha que apenas está nesta condição em virtude regras processuais.²⁴³

Desse modo, se estes fatos mencionados são jurídicos ou, em outras palavras, são relevantes para o direito por decorrência da norma, o objeto de estudo da ciência jurídica, para Kelsen, deve se desvincular do mundo fatos e aproximar-se dessa, com o fito de que seu estudo possa lhe conferir objetividade e segurança. Assim, por consequência, o objetivo principal da Teoria Pura do Direito é construir uma ciência desvencilhada de influências externas, buscando a sua fundamentação e seu objeto em si mesma, realizando, para esse intento, uma limpeza metodológica centrando os seus estudos na normatividade estatal. A propósito, nesse sentido, cite-se o próprio idealizador da teoria em comentário:

²⁴¹ MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito**. 5ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2016, edição *kindle*;

²⁴² MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito**. 5ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2016, edição *kindle*;

²⁴³ MASCARO, Alysson Leandro. *Op. cit.* 2016, edição *kindle*;

Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito.²⁴⁴

Esse isolamento do método jurídico, tem por escopo livrar a influência que outros ramos do conhecimento (política, filosofia e as ciências naturais) exerceram sobre o direito, questão que sempre existiu historicamente. Para tanto, fixa os seus estudos na norma, a qual, segundo Kelsen, seria um objeto sólido e seguro para o firmamento de uma ciência jurídica. Entretanto, a contrário senso, caso o objeto de estudo da ciência jurídica fosse o direito, propriamente dito, essa estaria fadada, nessa perspectiva, a incerteza e falta de objetividade em sua pesquisa, porque o direito, para o austríaco, está inserido em questões sociais e submetido a vontade de seus intérpretes. A respeito disto Alysson Leandro Mascaro sustenta que

É importante que se faça a distinção entre direito e ciência do Direito para entender que Kelsen não apregoa, como vulgo imagina, que o direito seja puro, somente normativo. Pelo contrário, o direito é contraditório, haurido imediatamente das contradições sociais e de seus operadores. A postulação de Kelsen é menor que isso: a ciência do direito é que deve ser atendida como pura.²⁴⁵

Logo, uma inferência que se pode fazer, é que Kelsen não ignora o fato do direito ser um resultado social, quer dizer, uma construção que emana de um complexo de relações sociais. Todavia, apenas considera que é impossível a existência de uma ciência do direito, que, conseqüentemente, deve arrogar para si preceitos tão conclamados pelo positivismo jurídico como a objetividade e segurança, de questões tão incertas como as relações que emanam do contexto social. Portanto, o que importa para a Teoria Pura do Direito é o dever-ser (norma) e não o ser (mundo dos fatos).

Ademais, pauta-se, como Nader²⁴⁶ afirma, a teoria pura veio em um momento crítico da História do direito, pois a comunidade científica, em especial os humanistas, não lhe atribuía o status de ciência, pelo fato de sua variabilidade, ao logo dos anais da história,

²⁴⁴ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1999, pág. 1;

²⁴⁵ MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito**. 5ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2016, edição *kindle*;

²⁴⁶ NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 24ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017, edição *Kindle*;

tolher-lhe a universalidade e demais elementos que são necessários para a aquisição da qualidade de ciência. À essas questões via-se a solução na Teoria Pura do Direito, que, como já exaustivamente mencionado, desvencilhou o objeto da Ciência do Jurídica de qualquer elemento que o tornasse cambiante.

Construído o conceito de Ciência Jurídica para Kelsen, é necessário trabalhar a ideia de ordenamento jurídico para ele, isto é, o sistema no qual se debruça o trabalho do cientista do direito, na busca da análise de validade da norma, pedra de esquina da teoria em voga. De antemão, pode-se dizer que essa avaliação é totalmente formal, sendo coerente com a limpeza metodológica e conceitual que propõe Kelsen. Então, o que se verifica, quando da entrada de uma norma no ordenamento jurídico — conceito que será melhor lapidado nos parágrafos que se seguem —, é se o procedimento legislativo previsto nesse (ordenamento jurídico), fora devidamente respeitado e, caso isso ocorra, imaculado estará o seu resultado.

Bittar e Almeida, complementam este raciocínio, evidenciando que

Ser válida não significa o mesmo que ser verdadeira ou falsa, mas estar de acordo com procedimentos formais de criação normativa previstos por determinado ordenamento jurídico. A validade não submete a norma ao juízo do certo ou errado, mas ao juízo jurídico, propriamente dito, ou seja, ao juízo da existência ou não (pertinência a um sistema formal) para determinado ordenamento jurídico.²⁴⁷

É neste contexto que se nota a importância do conceito de ordenamento jurídico, criado por Kelsen, pois este prega uma unidade das normas que se trata de uma unidade material, ou seja, relativa ao teor das normas, mas, sim, uma unidade formal, referente ao jeito que as normas são postas.²⁴⁸ Essas, dentro dessa lógica, são colocadas hierarquicamente em um caráter de subordinação, existindo, no topo desse sistema, uma fonte única de autoridade que atribui direta ou indiretamente juridicidade a todo o conjunto.

Hans Kelsen visualiza esse sistema como uma pirâmide, que, em seu topo, está a norma fundamental, outro conceito importante para esta proposição, a esse respeito Bittar e Almeida ensinam que o sistema jurídico kelseniano funciona em relações de validade entre as normas, onde a que está em um patamar mais baixo retira sua validade da norma que é hierarquicamente superior e, assim, sucessivamente, até chegar no fundamento último de

²⁴⁷ ALMEIDA, Guilherme Assis de; BITTAR, Eduardo C.B. **Curso de Filosofia do Direito**. 12ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2016, edição *kindle*;

²⁴⁸ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. Tradução de Marco Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Editora Ícone, 2006;

validade de todo o sistema, que é a norma fundamental.²⁴⁹ A esse respeito, cite-se:

numa estrutura escalonada de normas, onde a última aparece como norma fundamental, ápice de uma pirâmide de relações normativas. Onde há hierarquia, há interdependência de normas, onde há interdependência, a validade da norma inferior é extraída da norma superior, e assim até uma última norma, a norma fundamental.
250

Destarte, o ordenamento jurídico é esse sistema escalonado de normas, que, através do fundamento último de validade — norma fundamental —, apresenta uma coesão totalmente formalista. Ademais, impende ressaltar que este vértice da pirâmide não é, necessariamente, uma norma constitucional, mas um pressuposto lógico do sistema, simplesmente o último pilar de validade do ordenamento de normas. É nessa disposição que se insere o conceito de Estado em Kelsen.

Importante destacar, nesse ponto, que o modelo de ordenamento jurídico proposto por Kelsen está presente no sistema brasileiro. A propósito, observa-se isso com maior clareza quando realizado estudo dos casos de antinomia da norma, essas relações de validade entre os postos mais elevados e mais baixos do ordenamento é levada em consideração, em especial no critério da hierarquia e especialidade. No primeiro se avalia qual norma se porta como fundamento de validade para outra, quando em patamares hierárquicos distintos e, o segundo critério, nas situações em que as normas estão na mesma condição hierárquica, observando, então, aquela que está mais relacionada ao tema em exame (sendo uma lei específica).

Ademais, para o autor em comento todo Estado é um ordenamento jurídico, haja vista a sua estrutura estar descrita e disposta nele. Assim, pode-se aduzir que, se um juiz profere uma manifestação estatal na resolução de um conflito, é porque a organização do Estado, disposta na ordem jurídica — aqui é importante destacar que, para Kelsen, tão somente um sistema jurídico centralizado em uma norma fundamental pode ser chamado de Estado —, atribui a ele essa função, o mesmo pode-se dizer de um promotor, um procurador do Estado, enfim, todo cargo ou função pública.

Outro aspecto interessante é a forma que está pressuposto no trabalho de Kelsen um sistema *civil law*, haja vista o estudo normativo que propõe não se volta para a atividade

²⁴⁹ ALMEIDA, Guilherme Assis de; BITTAR, Eduardo C.B. **Curso de Filosofia do Direito**. 12ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2016, edição *kindle*;

²⁵⁰ ALMEIDA, Guilherme Assis de; BITTAR, Eduardo C.B. *Op. cit.*, 2016, edição *kindle*;

judicante, mas, ao contrário, centra seus esforços na observação da atividade legislativa, criando para ela uma teoria do dever-ser a respeito dos aspectos de validade formal.

Para mais, esses aspectos até hoje estão presentes em nosso sistema jurídico. Um exemplo disso são vícios formais de constitucionalidade, em outros termos, ocasiões onde o legislador não observou bem o procedimento estabelecido em lei para criação de uma norma ou, ainda, quando um juiz conduz um processo sem a devida observância do procedimento legal lá estabelecido.

Desse modo, a mesma lógica de validade formal se aplica a essa questão, pois aqui não se analisa o conteúdo dos atos praticados por estas autoridades, mas somente se estes realmente estão investidos deste poder, conforme dispõe o sistema jurídico.

Portanto, em Kelsen, por causa dessa neutralidade no conteúdo, o juiz tem uma gama de possibilidades de aplicação da norma, isto é, não existe apenas uma interpretação para a lei, mas várias. A Teoria Pura do Direito apresenta essa variação de aplicações da norma, argumentando, em um aspecto geral, uma relativa indeterminação dessa.

Nesse sentido, argumenta Kelsen que existe uma relação de vinculação ou subordinação entre normas do ordenamento jurídico, isto é, um sistema escalonado de regras em que a lei retira sua validade ou fundamentação da norma que hierarquicamente é superior a ela. Contudo, assevera que esta *“determinação nunca é, porém, completa. A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada,”*²⁵¹ até porque, quanto maior o escalão da norma, mais genérica ela é, sendo verdadeira a proporção inversa, no que se refere a norma de escalação inferior. Assim, a norma superior estabelece várias possibilidades de aplicações — ou como Kelsen denomina, uma moldura —, no tocante o ato de execução da norma que a reduz ao caso concreto, possibilitando uma livre atuação do intérprete.

Dentro das possibilidades de aplicação da norma, o austríaco estabelece que pode haver uma indeterminação intencional do ato de aplicação do direito, ou seja, estipulada propositalmente pela própria norma. Um exemplo seria o disposto no artigo 301, do Código de Processo Civil, sancionado em 2015, no qual a tutela de urgência cautelar *“pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra*

²⁵¹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1999, pág. 246;

alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguaração do direito.”²⁵². Nota-se que, mediante a necessidade do caso concreto, o juiz pode aplicar à medida que achar necessária e mais eficaz, abrindo-se novamente um leque de opções para a aplicação do direito. Portanto, há uma margem de discricionariedade conferida pela própria lei ao juiz.

A indeterminação não intencional, por seu turno, ocorre quando o dispositivo legal, em virtude da polissemia de uma palavra ou uma frase que estão expressos na norma, permite uma série de interpretações possíveis (ambiguidade) ou, em outra hipótese, como afirma Daniela Mendonça de Melo,²⁵³ há uma disparidade entre o que está contido na lei e a vontade do legislador, o que se chama de discrepância normativa. Nesse caso, a discrepância pode ser parcial ou total.

Para mais, infere-se que pode correr a indeterminação não intencional quando houver antinomia de normas, ou seja, uma nítida contradição de duas leis que são aplicáveis ao caso, o que se denomina de contradições normativas.

Diante disto, Hans Kelsen insere a metáfora da moldura, na qual estão contidas esta variabilidade de aplicações do Direito, sendo conforme este o ato de execução da norma que estiver dentro desta moldura. A propósito, cite-se:

O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível. ²⁵⁴

O que na verdade o autor austríaco aponta é a inexistência de um método de interpretação que seja capaz de definir apenas uma solução possível, o que, dentro do positivismo kelseniano, seria ilógico, pois, se contrário fosse, estaria a se propor uma análise material da norma, indo totalmente contra as proposições de validade da norma estipuladas por Kelsen:

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

²⁵² BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 de março de 2017;

²⁵³ MELO, Daniela Mendonça. **A Interpretação Jurídica em Kelsen**. Âmbito Jurídico, 2017. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6957>. Acesso em 03 de novembro de 2017;

²⁵⁴ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1999, pág. 247;

positivo, sobre um e o mesmo plano. É um esforço inútil querer fundamentar “juridicamente” uma, com exclusão da outra.²⁵⁵

Anota-se, ainda, que o ato de aplicação da norma, é sempre um ato livre do intérprete, que não se resume a fixação da moldura — identificação do leque de possibilidades de aplicação —, na qual o ato pode se manter, mas, também, é passível de uma atividade de cognição do órgão ao aplicar o direito. Esse ato de vontade, realizado exclusivamente pela autoridade constituída pelo sistema escalonado de normas, diferencia-se das demais atividades interpretativas, pois, segundo a sistemática do positivismo formalista, a aplicação realizada por este é sempre autêntica.

Nesse ponto, Kelsen sustenta que, por ser um órgão legitimado pelo ordenamento jurídico a aplicar o Direito, não está vinculado a decidir ou executar a norma apenas dentro da moldura —, porquanto pode, outrossim, decidir, no caso do juiz, fora desta, criando uma norma específica para o caso concreto. Na verdade, ele não só aplica, mas também cria Direito, desde que não seja mais passível de anulação este ato, o que no caso de uma sentença, em regra, se daria no trânsito em julgado — o que geralmente ocorre nos tribunais de última instância.

Desse modo, nota-se que o juiz, por ter uma competência atribuída pela Constituição, como ocorre no Brasil, independentemente do conteúdo de suas decisões ou a motivações destas, tem como autênticos os atos que pratica na aplicação do Direito, podendo até decidir fora das possibilidades que emanam da lei. Nota-se, pois, uma função criadora do juiz, produzindo uma norma para o caso concreto.

Resta, ainda, pautar que a interpretação científica, para Kelsen, é não autêntica, isto é, não tem uma função criadora, tendo no máximo o escopo de identificar as possibilidades de aplicação que emanam da lei, pois, como esses juízos não emanam de um órgão estatal, não teriam a capacidade criar Direito, haja vista, para o positivismo kelseniano, o Estado ser a única fonte do Direito.

Portanto, dentro desse paradigma não há a possibilidade de criação do direito por um particular (cientista do Direito) que não esteja no exercício de uma função pública, que lhe confira atribuições para tanto. Nesse sentido, Melo argumenta que a interpretação não

²⁵⁵ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1999, pág. 247;

autêntica não vincula o órgão criador, podendo este decidir de forma totalmente distinta,²⁵⁶ situação distinta da *common law*, que, pela regra do *stare decisis*, uma decisão judicial vincula o órgão julgador e os que estão hierarquicamente abaixo deles.

Assim, observa-se que noção de validade defendida por Kelsen não restringe a organização legal, mas, também, a aplicação do direito pelos juízes, se mostrando como a característica principal do sistema idealizado pelo autor austríaco. Essa visão, a propósito, foi tradicionalmente, nas faculdades de direito no Brasil, junto à Escola da Exegese, trabalhada como um modelo e pressuposto teórico de nosso sistema. Contudo, mais recentemente, com a chegada de teorias como a Dworkin e Alexy é que esses paradigmas começaram a ser questionados, mas não abandonados por completo.

Por outro lado, em especial a Dworkin, nota-se que o fundamento teórico e positivista do ordenamento jurídico brasileiro é distinto da *common law*, pois as suas bases se encontram em Austin e, principalmente, em Hart, os quais de fato também são positivistas. Todavia, é inquestionável as profundas diferenças entre o pensamento desses autores, pelo influxo jurídico-cultural que estiveram imersos, em relação às escolas positivistas que tradicionalmente imperaram no sistema do *civil law*.

Ressalta-se, ainda, que não se busca responder à pergunta de qual é o mais adequado desses modelos ao direito brasileiro ou que não mereçam críticas pelas consequências práticas de sua aplicação. Aliás, nem se quer se defende que a aplicação da Teoria Pura do Direito não seja receptível as críticas do agulhão semântico, mas que os pressupostos positivistas de nosso ordenamento jurídico são diferentes daqueles que Ronald Dworkin debateu, embora algumas de suas críticas possam ser direcionadas a elas. O que se busca demonstrar, além do que já foi dito na sessão anterior, no que se refere às fontes, é que essa característica do sistema brasileiro aprofunda os abismos existentes entre os sistemas do *civil law* e *common law*, pois agrega ao ordenamento jurídico pátrio uma noção de validade jurídica que é amplamente aplicada hoje pelos nosso julgadores e que se restringe ao primeiro sistema, o qual lhe é inerente.

Embora tenha semelhanças com o sistema proposto por Hart, em relação às regras secundárias, o pensamento kelseniano constituiu um modelo próprio que analisa as relações

²⁵⁶ MELO, Daniela Mendonça. **A Interpretação Jurídica em Kelsen**. Âmbito Jurídico, 2017. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6957>. Acesso em 03 de novembro de 2017;

de validade, autoridade e submissão entre as regras existente em um sistema romano-germânico e que, se analisado com a devida atenção, é bastante distinto do pensamento positivista desenvolvido na *commom law*. São essas diferenças que, ao ver desse autor, podem ocasionar uma aplicação altamente restrita e limitada da teoria de Ronald Dworkin em nosso direito, conforme se verificará no próximo capítulo.

Portanto, à vista do que até aqui foi trabalhado e germinado nesta dissertação, será analisada a viabilidade da aplicação da Teoria do Direito como Integridade no direito brasileiro, levando-se em conta as distinções que foram apresentadas.

5. A LOCALIDADE DA TEORIA DE RONALD DWORKIN

Todos somos feitos pelo contexto em que estamos inseridos. No convívio social adquirimos costumes e práticas que nos identificam como membros de uma determinada sociedade. Essa internalização do ambiente social ocorre ao longo de toda uma experiência social, a qual cada indivíduo agrega a si moldando a sua cosmovisão, isto é, moldando o *“conjunto de pressuposições (...) que sustentamos (consciente ou inconscientemente, consistente ou inconsistentemente) sobre a formação básica do nosso mundo.”*²⁵⁷

Ademais, não restam dúvidas que o direito recebe influxos desse complexo de pressuposições que nos orientam, considerando que visa a organização social, regulando boa parte, senão toda, das nossas vidas. Dito de outra maneira, a forma como pensamos o direito reflete à nossa concepção ao seu respeito, que está encharcada com as experiências que dele tivemos e conhecemos, sem excluir, é claro, as individualidades envolvidas nesse processo.

Nesse ciclo, se observa que, como regulação social, o direito se mistura a essa dialética ontológica (sociedade-ser) moldando e desenvolvendo o pensamento jurídico dominante, obviamente através de seus usuários. Porém, esse desenvolvimento decorre com base nas referências empíricas que os seus intérpretes receberam em sua atividade comunitária, conjugando a sua forma de pensar com o ambiente social em que estão imersos.

Com Dworkin não foi diferente, em se tratando do direito e a forma como ele o interpreta. No capítulo três foi dito, no início da exposição de sua teoria, que parte de sua vida se dedicou à atuação prática do direito, seja como causídico ou como assessor de magistrados.

²⁵⁷ SIRE, James W. in FERREIRA, Franklin; MYATT, Alan. **Teologia Sistemática: Uma análise histórica, bíblica e apologética para o contexto atual.** 1ª ed. São Paulo/SP: Editora Vida, 2007, pág. 6;

Sendo assim, não restam dúvidas, consoante ao raciocínio que fora apresentado, que essa atuação influenciou o pensamento dworkiano.

Analisando, sobretudo os aspectos interpretativos de sua teoria, como o romance em cadeia e às três fases da interpretação, podemos ver uma interação dessas ferramentas e processos hermenêuticos — sendo o primeiro um panorama ilustrativo, em um movimento histórico-interpretativo de práticas sociais realizado por vários intérpretes ao longo da história, e, o segundo, o processo interpretativo de uma prática social em um caso concreto — com a teoria das fontes que predomina no sistema *common law*, o qual, sabidamente, se inseriu a vida do autor.

Como dito, a fonte principal do direito no *common law* é o precedente e, em específico, pressupondo a fonte como um processo produtivo de normas, o julgamento que o definiu; sendo, pois, essa prática a principal atividade criativa dentro do sistema. Portanto, cabe aos juízes promoverem a estipulação de normas casuísticas com base naquilo que os tribunais já produziram no passado. Existe, então, uma busca, na história das instituições responsáveis por julgarem essas categorias de conflitos, das respostas (precedentes) a serem aplicadas aos novos casos. Uma vez escolhido o precedente, dentre as possibilidades que existem no ordenamento jurídico, os julgadores analisam a sua aplicação, estipulando limites, seja para restringi-lo ou ampliá-lo, de modo a se chegar, no caso em exame, à melhor resposta possível à demanda apresentada.

Comparando essa atividade interpretativa ao pensamento de Ronald Dworkin, a sua analogia do romance em cadeia se aplica bem a esse processo, pois os precedentes que regulam uma prática social, estipulados em decisões anteriores, marcadas por contextos distintos e construídas por outros julgadores, são utilizadas pelos juízes presentes adaptando-os aos novos casos. Então, uma prática social que começou a ser “escrita” por um determinado julgador em um “capítulo” da história institucional daquele tribunal, futuramente será desenvolvida em um novo julgamento (capítulo), onde de forma coerente com o que já foi decidido (regra do *stare decisis*) irá desenvolver essa prática social de acordo com o novo contexto que permeia o novo caso.

Igualmente é possível a comparação com as fases da interpretação, porquanto, ao julgar, o magistrado, no *common law*, identifica uma série de precedentes que seriam aplicáveis ao caso (fase da pré-interpretação). Dentre eles, já na fase da interpretação, o juiz

escolhe o que considera mais adequado ao caso, justificando os motivos que impõem a sua aplicação (regra da analogia dos casos — vide capítulo 2.2). Entretanto, como o precedente é estipulado em um caso concreto, não tem pretensões genéricas. Assim, cabe ao julgador adequá-lo as peculiaridades do novo caso — utilizando princípios jurídicos quando necessário —, o que, por consequência, acaba por evoluir a prática que regula de acordo com o novo contexto social que está por de trás do caso em análise (fase da pós-interpretação).

Com esses dois exemplos, ao contrário do que Casalmiglia²⁵⁸ leciona, nota-se que o brilhantismo de Dworkin está na forma como lê o sistema jurídico em que atuou e que estava imerso, apresentando, em parte, a sua interpretação dos processos produtivos desse direito, interagindo a teoria das fontes do *common law* com a sua visão de uma teoria do direito interpretativa. Outrossim, como defende Casalmiglia, de fato Dworkin não se debruça em expor o que considera as fontes do direito. Todavia, creio que essa suposta deficiência de sua teoria parte de um pressuposto implícito na obra, qual seja: a análise de um ordenamento jurídico de *common law*.

Digo isso, pois, em várias ocasiões, de modo a demonstrar e justificar os seus argumentos e teses, o autor apresenta vários precedentes de casos emblemáticos que foram julgados pelas cortes norte-americanas, o que demonstra que o público que almejava é aquele que vivência essa ordem jurídica. Ademais, como demonstra Joseph Raz em *Dworkin: A New Link in the Chain*, o debate travado entre Dworkin e Hart permeia, essencialmente, uma discussão sobre as fontes do direito norte-americano, mais precisamente no fato de ser possível ou não considerar os princípios inclusos nesse bojo.²⁵⁹

Talvez um belo exemplo do que se está a dizer esteja nas expressões regionais, as quais, para aqueles que as utilizam rotineiramente, a explicação é totalmente desnecessária e, por consequência, os seus interlocutores não desperdiçam tempo em esclarecê-las àqueles que já as dominam. Contudo, quando um forasteiro ou estrangeiro entra em contato com essa cultura, precisa ser esclarecido do que se trata e introduzido nela, ainda que de forma rasa; possibilitando a sua compreensão.

O mesmo acontece na cultura jurídica, pois, quando juristas se comunicam, seja por

²⁵⁸ CASALMIGLIA, Albert. O Conceito de Integridade em Dworkin. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 12 (1992), pp. 155-176. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2001;

²⁵⁹ RAZ, Joseph. Dworkin: A new link in the chain. *Calif. L. Rev.*, v. 74, 1986;

decisões, petições, trabalhos acadêmicos, dentre outros, existe um conhecimento implícito, o qual esses interlocutores não se dedicam a elucidar, porquanto pressupõem que todos os participantes desta comunidade já o dominam.

Logo, o fato de Dworkin não trabalhar de forma explícita uma teoria das fontes, é porque, para ele, era mais do que claro que o seu pensamento estava direcionado ao *common law* norte-americano e que os debates que travava eram com os autores que também compartilhavam esse contexto. Para nós que vivemos em um contexto romano-germânico, em um primeiro olhar, isso não fica claro, pois, como dito, interpretamos o direito a partir das nossas referências e da cosmovisão que possuímos. Todavia, comparando a teoria em comento com os traços do direito consuetudinário vigente nos Estados Unidos e Inglaterra, essas questões ficam mais claras.

Esse fato, a propósito, suscita a ideia de que existe uma localidade na teoria dworkiana, ou seja, é possível que as pretensões do autor não fossem voltadas a uma universalidade de aplicação de sua doutrina, estendendo-se a um sistema que não é de *common law*. A esse respeito, como suporte aos comentários que se seguirão, destaca-se como o essencialismo raziano apresenta explicações interessantes para essa característica da teoria de Ronald Dworkin.

Como apresenta Mathieu Carpentier, desde muito cedo, em sua carreira acadêmica, Joseph Raz sustentou a ideia de que a principal tarefa do direito é determinar as propriedades essenciais que seriam comuns a todos os sistemas legais existentes.²⁶⁰ A propósito, Raz afirma que esse empreendimento utiliza-se de dois critérios, quais sejam: construir proposições verdadeiras a respeito do direito e que essas proposições, indispensavelmente, expliquem o que ele é.²⁶¹ Contudo, apesar das aparências, esses critérios não se confundem, mas se complementam, pois a intenção dessa proposta é delimitar os traços essenciais do direito,

²⁶⁰ Joseph Raz a très tôt exprimé l'opinion selon laquelle la philosophie du droit avait pour tâche de déterminer les propriétés « nécessaires » ou « essentielles » du droit. Ainsi, dans son article de 1975, « The Institutional Nature of Law », fait-il reposer sur ce point la distinction entre la philosophie et la sociologie du droit — CARPENTIER, M. Controverses sur la “nature” du droit : Enjeux théoriques et méthodologiques, **Droit & Philosophie**, n° 9-2 : *Joseph Raz*, 2018, pág. 100. Disponível em <http://www.droitphilosophie.com/article/lecture/controverses-sur-la-nature-du-droit-enjeux-theoriques-et-methodologiques-226>], acesso em 30 de novembro de 2019 —;

²⁶¹ RAZ, Joseph, Can There Be a Theory of Law? **Blackwell Guide to Philosophy of Law And Legal Theory**, Martin Golding, William Edmundson, eds., Blackwell, 2004. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1010287>. Acesso em 25 de novembro de 2019;

sendo possível que, embora verdadeiras, as proposições não sejam essenciais.²⁶²

Nesse sentido, ao esclarecer a sua posição no artigo “É Possível Existir uma Teoria do Direito?”, Raz argumenta que representamos o mundo cognoscível por conceitos, sendo esses expressos através de frases, isto é, por complexo de outros conceitos.²⁶³ Aduz, ainda, a respeito do uso do conceito, que “*some writers exaggerate their proximity to words and phrases and identify them with word — or phrase meaning. Others associate them closely with the nature of their objects, the nature what they are concepts of.*”²⁶⁴ O autor acrescenta que, para muitos filósofos não existe uma explicação razoável para a existência da diferença entre essas correntes. Pelo contrário, alguns até afirmariam que não há conflito entre elas.²⁶⁵ Portanto, a visão que Raz propõe é a possibilidade desses conceitos viverem em harmonia. Senão, vejamos:

The view I will advance allows that there is some truth in both approaches. But both are mistaken and misleading. Concepts are how we conceive aspects of the world, and lie between words and their meanings, in which they are expressed, on the one side, and the nature of things to which they apply, on the other.²⁶⁶

Apesar dessas considerações, Joseph Raz não apresenta uma exposição mais aprofundada do que considera como conceito. Por outro lado, afirma que saber um conceito não é dominar o significado de uma palavra que lhe corresponde, pois a sua explicação, apenas pela linguagem, é limitada. O que se espera de fato é que, ao comunicar a mensagem,

²⁶² CARPENTIER, M. Controverses sur la “nature” du droit : Enjeux théoriques et méthodologiques, **Droit & Philosophie**, nº 9-2 : *Joseph Raz*, 2018, pág. 100. Disponível em <http://www.droitphilosophie.com/article/lecture/controverses-sur-la-nature-du-droit-enjeux-theoriques-et-methodologiques-226>], acesso em 30 de novembro de 2019;

²⁶³ RAZ, Joseph. **Entre la Autoridad y la Interpretación: Sobre la Teoria Del Derecho y la Razón Práctica**. Madrid: Marcial Pons, 2013;

²⁶⁴ “Alguns autores exageram a proximidade das palavras e frases e os identificam com a palavra — ou frase que o significa. Outros os associam intimamente a natureza dos objetos, isto é, a natureza do que os conceitos são (tradução do autor)” — RAZ, Joseph, *Can There Be a Theory of Law?* **Blackwell Guide to Philosophy of Law And Legal Theory**, Martin Golding, William Edmundson, eds., Blackwell, 2004. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1010287>. Acesso em 25 de novembro de 2019

²⁶⁵ RAZ, Joseph. *Op. cit.*, 2004;

²⁶⁶ “A visão que eu avanço concorda que existe verdade nas duas abordagens. Porém, ambas têm erros e enganos. Conceitos são como concebemos aspectos do mundo e estão entre palavras e significados, nos quais eles são expressos, por um lado, e a natureza das coisas as quais eles se aplicam de outro lado (tradução do autor) — RAZ, Joseph. *Op. cit.*, 2004, pág. 04;

o interlocutor saiba total ou parcialmente o conceito que representa.²⁶⁷ Essa capacidade de compreensão decorre do fato que, para que se entenda e domine um conceito, é necessário conhecer as propriedades essenciais dele, sendo possível, assim, a perfeita compreensão do que está a se dizer.

Nessa senda, em se tratando do direito, o papel do jusfilósofo, segundo Raz, constitui-se na identificação dessas propriedades essenciais, sem as quais é impossível ter-se o conceito de direito. Sustenta que um ótimo exemplo é a abordagem metodológica de Herbert Hart, pois, em seu livro *The Concept of Law*, o autor não busca apresentar o significado de direito, mas, sim, apresentar as características essenciais que permitem identificá-lo como tal e sem as quais não haveria direito.

De modo a se aclarar o defendido pelo autor israelense, ressalta-se que o uso filosófico do conceito é distinto do uso não filosófico, pois esse último é a forma como as pessoas concebem os objetos ou fenômenos que veem, apresentando apenas um pensamento, ideia ou até mesmo uma opinião. O conceito filosófico, por seu turno, objetiva o conhecimento do objeto, avançando a sua compreensão, extraindo características essenciais e indispensáveis a sua existência; formulando, então, o seu conceito.²⁶⁸

Outrossim, se o uso filosófico do conceito contém, em seu escopo, traços essenciais, é também verdadeiro a existência de traços não essenciais. Penso que, ao trabalhar essa ideia, ainda que não terminologicamente, Raz propõe a existência de duas categorias de conceitos. O primeiro, cujas bases estão na natureza do objeto, isto é, em seus traços essenciais, seria um conceito universalizável ou, no mínimo, com essa pretensão. O segundo, constitui-se de um conceito particular que se pauta em uma compreensão limitada do objeto, trabalhada dentro de um contexto reduzido e pautada na descrição de elementos não essenciais do objeto. Por isso, é possível que essa concepção se altere com muita facilidade e que, nesse segundo sentido, haja vários conceitos de um mesmo objeto.

Transpondo esse uso filosófico à conceituação do direito, tem-se que se agregar à discussão outro ponto importante, qual seja, o direito se tratar de uma instituição social e não de um objeto natural, como, por exemplo, a gravidade, cujos aspectos de sua natureza não

²⁶⁷RAZ, Joseph in CARPENTIER, M. Controverses sur la “nature” du droit : Enjeux théoriques et méthodologiques, *Droit & Philosophie*, nº 9-2 : *Joseph Raz*, 2018, pág. 100. Disponível em: <http://www.droitphilosophie.com/article/lecture/controverses-sur-la-nature-du-droit-enjeux-theoriques-et-methodologiques-226>], acesso em 30 de novembro de 2019;

²⁶⁸ CARPENTIER, M. op. cit., 2018;

dependem da sua compreensão pelas pessoas. Assim, como o direito é uma prática social, a identificação de suas propriedades essenciais surge de uma autocompreensão social. A propósito, cite-se o autor:

En gran medida lo que estudiamos cuando estudiamos la naturaleza del derecho es la naturaleza de nuestra propia autocomprensión. La identificación de cierta institución social como derecho no es introducida por sociólogos, politólogos u otros académicos como parte de su estudio de la sociedad. Es parte de la autoconsciencia, del modo que concebimos y comprendemos nuestra sociedad. Ciertas instituciones son consideradas como instituciones jurídicas. Esa consciencia es parte de lo que estudiamos cuando nos preguntamos por la naturaleza del derecho.²⁶⁹

Então, voltando-se à ideia da existência de dois tipos de conceito de direito, pode-se haver o nosso conceito de direito, isto é, particular a nossa cultura jurídica e um conceito universalizável que permite ao filósofo do direito a inserção desses conceitos em uma formulação mais genérica, voltada à natureza do direito.

Por isso, interpretando Raz, pode-se concluir que esse conceito de direito é local (*parochial*), porquanto, uma vez que se sustenta em propriedades não essenciais, torna-se cambiável e se alterna nos mais variados contextos sociais, vinculando-se à autocompreensão da sociedade que o criou.²⁷⁰ Destarte, conclui-se que o conceito particular de direito é arraigado aos aspectos de sociedade que lhe deu origem:

Ya que he admitido que el concepto derecho (i. e. nuestro concepto de derecho) es local y que no todas las sociedades que tuvieron derecho tuvieron además nuestro concepto de derecho, se sigue que no todas ellas tuvieron instituciones reconocidas como derecho por nuestro concepto. Una teoría del derecho que se propone explicar la naturaleza de las instituciones y prácticas que nuestro concepto de derecho reconoce como derecho es por tanto universal sólo nominalmente. Se aplica a todo lo que nuestro concepto reconoce como derecho, pero nuestro concepto fracasa en reconocer como derecho muchos sistemas jurídicos por la razón de que no tuvieron nuestro concepto de derecho, y no hay derecho sin el concepto de derecho.²⁷¹

Por outro lado, se o critério de reconhecimento for um conceito universalizável de direito, formulado a partir das propriedades essenciais, ou seja, da natureza do direito, é possível reconhecer o direito dessas sociedades, mesmo que essas instituições de regulação social não sejam reconhecidas pelo nosso conceito de direito. Então, uma teoria do direito,

²⁶⁹ RAZ, Joseph. **Entre la Autoridad y la Interpretación:** Sobre la Teoría Del Derecho y la Razón Práctica. Madrid: Marcial Pons, 2013, pág. 44-45;

²⁷⁰ RAZ, Joseph. *Op. cit.*, 2013;

²⁷¹ RAZ, Joseph. *Op. cit.*, 2013, pág. 50-51;

segundo defende Raz, é aquela que tem pretensões universais e se sustenta nos traços essenciais do direito e não nas propriedades não essenciais desse objeto.

Consigna-se que Raz, ao se referir a uma natureza universalizável do direito, deixa claro que se refere apenas as sociedades modernas e ocidentais, sendo que a visão de um conceito universal (uma natureza do direito universalizável) é também restrita:

Let us accept that what we are really studying is the nature of institutions of the type designated by the concept of law. These institutions are to be found not only in our society, but in others as well. While the concept of law is parochial, i.e., not all societies have it, our inquiry is universal in that it explores the nature of law, wherever it is to be found. Even so the charge of parochialism is liable to reappear in a new form. Is it not the case that the institution of law is to be found only in societies which have the concept of law (i.e. our concept of law)? Since it has been allowed earlier that the concept of law as we know it has developed in the West in modern times, and is certainly far from a universal feature of human civilization, a theory of law which concentrates on the nature of law, in the sense explained above, is relevant to modern Western societies only. It may be universal in a formal sense.²⁷²

À vista disso, retornando à discussão inicialmente levantada, observa-se que a Teoria do Direito como Integridade utiliza e se porta como uma leitura dos elementos e fontes do sistema do *common law*. Nessa senda, a preocupação principal de Ronald Dworkin é, na verdade, dentro de uma concepção raziana, apresentar um conceito de direito próprio da sociedade americana e inglesa.²⁷³

Sustenta-se isso, pois, como já se afirmou anteriormente nesta dissertação e neste capítulo, a teoria dworkiana sustenta-se nas propriedades não essenciais do direito, estando ligada aos aspectos da cultura jurídica anglo-saxônica. Sendo assim, ante às suas características, constitui um conceito particular de direito vinculado ao sistema *common law*.

Então, à vista disso, seria possível a aplicação dessa teoria em outros ordenamentos

²⁷² “Deixo-nos aceitar que realmente estamos estudando a natureza de instituições do tipo designado como o conceito de direito. Essas instituições podem ser encontradas não somente em nossa sociedade, mas em outras também. Enquanto o conceito de direito é paroquial, isto é, nem todas as sociedades o tem, nossa investigação é universal na medida que explora a natureza do direito, onde quer que seja encontrado. Mesmo assim, a acusação de paroquialismo pode reaparecer de uma nova forma. Não é o caso de a instituição da lei ser encontrada apenas em sociedades que possuem o conceito de direito (ou seja, nosso conceito de direito)? Já admitis antes que o conceito de direito como o conhecemos se desenvolveu no Ocidente nos tempos modernos, e certamente está longe de ser uma característica universal da civilização humana, uma teoria do direito que se concentra na natureza do direito. O sentido explicado acima é relevante apenas para as sociedades ocidentais modernas. Pode ser universal em um sentido formal — RAZ, Joseph, Can There Be a Theory of Law? **Blackwell Guide to Philosophy of Law And Legal Theory**, Martin Golding, William Edmundson, eds., Blackwell, 2004. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1010287>. Acesso em 25 de novembro de 2019;

²⁷³ DAHAS, Debora Caetano; OLIVEIRA, Davi Soares de. Sobre a Aplicabilidade da Teoria de Ronald Dworkin no Sistema Jurídico Brasileiro. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, v. 12, n. 1, 26 set. 2019;

jurídicos? O fato de apenas ser um conceito particular não impede a aplicação da teoria de Ronald Dworkin a outra sociedade. No entanto, a chave para o sucesso desse empreendimento se encontra na aplicação desse conceito de direito a uma cultura jurídica no mínimo semelhante, podendo se extrair dela as mesmas propriedades não essenciais, parecidas ou iguais àquelas que lhe deram origem.

Para os propósitos desse trabalho, resta saber se o contexto jurídico-social brasileiro comporta esse conceito de direito, haja vista se sustentar em uma tradição vinculada ao *civil law*. Desse modo, é interessante destacarmos algumas distinções importantes entre a *common law* e a *civil law*, as quais, nessa esteira, recaem sobre as propriedades não essenciais de cada tradição jurídica, sendo peculiares a cada uma dessas tradições jurídicas.

5.1. Diferenças entre o *Common Law* e o *Civil Law*: A incompatibilidade dos sistemas

O primeiro aspecto distintivo que se destaca entre os sistemas é que o *common law* não tem um vínculo direto com direito romano (fonte histórica predominante do sistema *civil law*), embora a *equity*, junto às fontes do direito natural, o utilizasse como base para suas decisões. Como visto, essa tradição se construiu através dos costumes locais ratificados pelas práticas dos tribunais ao decidirem os casos que lhes são apresentados. Nesse ínterim, surge outra distinção importante em relação às fontes formais primárias dos sistemas, sendo a principal distinção entre eles, porquanto no *common law*, em virtude dessa marca jurisprudencial e consuetudinária, surgiu a figura processual do precedente. De outro lado, o *civil law* tem como fonte formal primária a lei, funcionando as demais fontes como aportes hermenêuticos na complementação de suas omissões ou de sua interpretação.

Também se destaca a diferença que existe quanto ao papel do precedente nos dois sistemas. No *common law* esse instituto se trata de questões de direito definidas em casos particulares, sendo revestidas pela regra do *stare decisis*, as quais os juízes, diante de um caso concreto, *ponderam*, através da analogia, o seu grau de incidência, definindo os seus limites de aplicação.

Portanto, em um primeiro lugar, o magistrado não procura a lei aplicável ao caso, mas, sim, o precedente que poderá ser semelhante e útil em sua resolução. Isso se dá, pois, nesse sistema, diferente da tradição romano-germânica, não há o estabelecimento de códigos e estatutos legais, os quais são a principal referência do magistrado nesse tipo de direito. Então,

os parâmetros do juiz consuetudinário são as soluções casuísticas, específicas e difusas que foram definidas em outros momentos da história institucional daquele Tribunal ou dos Tribunais Superiores.

No *civil law*, sobretudo no Brasil, principalmente na vigência do novo CPC, o *holding* se constitui de teses, na forma de enunciados genéricos, formuladas para aclarar e definir uma interpretação uniforme da lei pelos tribunais, sendo instrumentos do sistema de integração da norma. Cita-se como exemplo o precedente do Superior Tribunal de Justiça, julgado em sede Recurso Especial Representativo de Controvérsia de n.º 1.614.874/SC,²⁷⁴ seguindo o procedimento do art. 1.036, do Código de Processo Civil. Nele discutiu-se a possibilidade de o Poder Judiciário alterar o índice de correção monetária, isto é, a Taxa Referencial, estipulado para as contas do Fundo de Garantia pela Lei Federal de n.º 8.036/90, em conjunto à Lei, também Federal, de n.º 8.660/93, haja vista ter ficado abaixo da inflação por vários anos. Devido à relevância e o número de brasileiros afetados, uma grande quantidade de ações inundou o Poder Judiciário ao longo dos últimos cinco anos para discutir-se essa matéria.

O mencionado artigo 1.036, do diploma processual civil, define que sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais onde o fundamento é a mesma questão de direito, pelo Presidente do Tribunal será escolhido, dentre eles, dois ou mais recursos representativos da controvérsia e, em julgamento, definida uma tese genérica em acórdão paradigma, cujo objeto é uma interpretação modelo a ser obrigatoriamente utilizada nos demais casos semelhantes.

Logo, utilizando-se desse sistema, após a análise de toda sistemática legal aplicável ao caso, o STJ definiu a seguinte tese: “*A remuneração das contas vinculadas ao FGTS tem disciplina própria, ditada por lei, que estabelece a TR como forma de atualização monetária, sendo vedado, portanto, ao Poder Judiciário substituir o mencionado índice.*”²⁷⁵

Sendo assim, nessa situação se observa que o precedente foi a definição de uma interpretação da aplicação do complexo legal que rege o Fundo de Garantia, devendo ser observada como modelo impositivo de interpretação da lei em casos futuros, ou seja, ocorreu a definição de modelo silogístico a ser adotado pelos magistrados em situações futuras,

²⁷⁴ REsp 1.614.874/SC, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/04/2018, DJe 15/05/2018;

²⁷⁵ Idem;

fundado na sistemática legal que rege o caso.

Sistema muito parecido é o das súmulas, as quais surgem após uma série de decisões, em mesmo sentido, proferidas em casos semelhantes, fixando uma tese interpretativa para uniformizar a atuação do tribunal. Nessa esteira, cita-se a doutrina de Gustavo Marinho de Carvalho:

As súmulas (vinculantes ou não), como sabemos, nada mais são do que enunciados normativos dotados de generalidade e abstração, extraídos de casos concretos, emitidos pelos Tribunais brasileiros, com o propósito de uniformizar a interpretação sobre determinado assunto, a partir de uma ou de reiteradas decisões. Representam a síntese de uma orientação — tese jurídica.²⁷⁶

Em virtude dessas peculiaridades, é importante considerar que o método de interpretação utilizado nos sistemas é conseqüentemente distinto. No *civil law* o trabalho do juiz na aplicação da lei é silogístico, mesmo quando aplica os precedentes — haja vista gozarem das mesmas características da lei, ou seja, generalidade e abstração —, pois, utilizando-os como premissas maiores e valendo-se dos fatos como premissas menores, chegam às conclusões de seu julgamento. Assim, depreende-se que “*In a civil law system, the judge’s role is to establish the facts of the case and to apply the provisions of the applicable code.*”²⁷⁷

Na *common law*, por outro lado, o método de interpretação é a analogia. Nesse caminho hermenêutico o magistrado debruça-se sobre os fatos dos casos precedentes selecionados, analisando em qual medida eles são análogos aos fatos do caso em exame. Contudo, se uma das partes postula a aplicação de um determinado precedente e através dessa análise fática o juiz entender que não existe semelhança entre eles, se decidirá pela distinção (*distinguish*).

Existem, ainda, algumas situações em que há a analogia nos fatos do caso precedente e do que está sob análise, mas o juiz entende que as questões postas nos precedentes anteriores não são devidamente adequadas, estipulando uma nova prática ou desenvolvendo-a na forma que considera mais ajustada ao caso. Sendo assim, aplica a técnica do *overruling*, isto é,

²⁷⁶ CARVALHO, Gustavo Marinho. **Os Precedentes Administrativos no Direito Brasileiro**. 1ª ed. São Paulo/SP: Contracorrente, 2016.

²⁷⁷ “em um sistema *civil law*, o papel do juiz é estabelecer os fatos do caso e aplicar as previsões do código aplicável” (Tradução do Autor) — LAW, C. (n.d.) *The common law and civil law traditions*. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/54f2/129c3b1f10ebaaa1b087a74200e6b01874c7.pdf>. Acesso em 25 de novembro de 2019.

supera-se a tese firmada no precedente anterior, mesmo havendo situação análoga.

Ademais, a força do precedente nesse sistema se intensifica se observada a sua construção histórica, pois é marcada pela formação paulatina de práticas sociais revestidas de juridicidades, as quais se desenvolveram e se desenvolvem a cada nova decisão de um tribunal, o que permite uma rápida e constante adequação do direito à realidade social. Essa característica também está presente no *Civil law*, porém a sua amplitude fica comprometida pela estaticidade da lei, fazendo que atuação do Poder Legislativo se torne a principal forma de adequabilidade do direito. Portanto, “*The judge’s decision is consequently less crucial in shaping civil law than the decisions of legislators and legal scholars who draft and interpret the codes.*”²⁷⁸

Consigna-se, ainda, que nem todos os ordenamentos integrantes da família *common law* tem Constituições — como o direito inglês, por exemplo²⁷⁹ —, o que não acontece no *civil law*. Contudo, nos países que possuem esse diploma, observa-se que a forma como as constituições são elaboradas tem íntima relação com a dinamicidade de seu sistema, pois geralmente são compostas por enunciados principiológicos, como a Constituição americana, ficando ao encargo dos Tribunais adequá-los aos casos concretos — uma consequência natural do precedente como fonte primária. Isso, sem dúvida, permite uma grande mutabilidade do texto ao longo tempo, sem que haja uma substancial reforma através do processo legislativo.

O mesmo não ocorre no *civil law*, cujas Constituições são geralmente rígidas, dependendo da intervenção da decisão legislativa para grandes alterações em seu conteúdo e sentido de suas disposições. Além disso, como no caso do Brasil, alguns desses diplomas são portadores de cláusulas que não comportam modificações — cláusulas pétreas. Destaca-se, ainda, que, embora contenham conteúdo principiológico, em seu texto tem um grande número de regras, ou seja, não são compostas unicamente por princípios como a Constituição Americana.

Logo, como o sistema de fontes é completamente diferente, observa-se que disso

²⁷⁸ “A decisão judicial é consequentemente menos crucial na formação do *civil law* do que as decisões dos legisladores e das escolas legais, as quais rascunham e interpretam os códigos” (Tradução do Autor) — LAW, C. (n.d.) *The common law and civil law traditions*. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/54f2/129c3b1f10ebaaa1b087a74200e6b01874c7.pdf>. Acesso em 25 de novembro de 2019.

²⁷⁹ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**. 1ª ed. São Paulo/SP: Martins Fontes, 2009;

decorrem uma série de implicações na atividade interpretativa de cada um deles, percorrendo caminhos diferentes para aplicação do direito ao caso concreto.

Outra distinção igualmente importante se encontra nas bases positivistas que são fundamento para a tradição jurídica brasileira e a *common law* americana e inglesa.

Como apresenta Dimitri Dimoulis²⁸⁰ e Ricardo Marcelo Fonseca²⁸¹ não existe uma única forma de positivismo, seja ele jurídico ou nas outras manifestações que surgiram em outros campos de estudo. Dentro do direito, essa corrente filosófica se apresentou de formas distintas e, como é importante destacar, se amoldou de acordo com a concepção de sistema que os autores que às criaram estavam vinculados.

Como mencionado no capítulo anterior, o principal fundamento positivista brasileiro se encontra em Kelsen, não se diminuindo a importância de outros autores. A abordagem desse autor é a construção de um sistema puro, não maculado pela moral, política ou outros campos do conhecimento, dando autonomia científica ao direito. Além disso, fixou a ideia de um formato de validade jurídica que, embora tenha semelhanças com o modelo positivista de Hart, fundou-se um sistema jurídico distinto desse autor.

Nesse sentido, cite-se os professores cearenses Alex Silva Gonçalves e Regio Hermilton Ribeiro Quirino:

Acaba sendo muito importante a diferença de realidades jurídicas nos quais cada autor estava inserido. Na tradição romano-germânica, cognominada civil law, contexto de Kelsen, a produção normativa é baseada em tipos normativos abstratos veiculados pelos poderes estatais (especialmente, o poder competente para criar as leis como atos mais abstratos). Para a tradição na qual está inserto Herbert Hart, a chamada common law, a produção normativa tem por base a fixação de standards por meio das decisões judiciais posteriores a fatos submetidos aos órgãos judicantes. Apesar de a teoria de Kelsen ter influenciado o pensamento de Hart, o contexto jurídico dos dois autores era diferente. O modo de produção, de valoração e de reconhecimento do fenômeno do Direito, bem como seu arcabouço prático e teórico eram diferentes. (...)

Os pensamentos de Kelsen e Hart, apesar de alinhados ao positivismo e às mesmas preocupações epistemológicas e científicas, desenvolvem-se em um solo diferente: para Hart, a experiência, as práticas sociais, os fatos, têm relevância para a teoria do

²⁸⁰ DIMOULIS, Dimitri. Positivismo jurídico: significado e correntes. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/84/edicao-1/positivismo-juridico:-significado-e-correntes;>

²⁸¹ FONSECA, Ricardo Marcelo. O POSITIVISMO, “HISTORIOGRAFIA POSITIVISTA” E HISTÓRIA DO DIREITO. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 10, p. 143-166, fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/131>>. Acesso em: 04 dez. 2019. doi: <http://dx.doi.org/10.35356/argumenta.v10i10.131>.

Direito; para Kelsen, o apriorismo normativo é a tônica principal.²⁸²

Essa diferença foi tão acentuada ao ponto de fazer Hart rejeitar “o programa de Kelsen de uma teoria “pura” do Direito; (...).”²⁸³

Outrossim, é notório que as críticas feitas por Dworkin se dirigem à Hart. A propósito, nas palavras do próprio autor:

A versão do positivismo oferecida por Hart é mais complexa do que a de Austin e o seu teste para verificar a validade das regras de direito é mais sofisticado. Em um aspecto, porém, os dois modelos são muito similares.

(...)

Quero lançar um ataque geral contra o positivismo e usarei a versão H. L. A. Hart com alvo, quando um alvo específico se fizer necessário.²⁸⁴

Consigna-se que não está a se negar que o autor americano, ao criticar Hart, pretende atingir toda a classe dos positivistas, dedicando-se tempo, inclusive, em *Levando os Direitos a Sério*, a estabelecer uma espinha dorsal desse amplo, multiforme e complexo pensamento. Por outro lado, o que se pretende dizer é que, a despeito disso, o debate de Ronald Dworkin se deu especificamente com esse autor e seus adeptos e essas visões, como se vê ao longo dos demais capítulos do livro.

Portanto, ainda que inclusas no positivismo jurídico, as visões kelseniana e hartiana não são semelhantes em suas bases e, por isso, defende-se que as críticas que lhes são aplicáveis não são necessariamente as mesmas. Assim, uma crítica que é direcionada a um autor não deve ser automaticamente extensível ao outro, sem que haja uma profunda reflexão que considere essas peculiaridades. Então, considera-se ser mais uma característica do contexto jurídico brasileiro, que acentua a disparidade entre os sistemas em análise.

Outro ponto que é dispare entre os sistemas é o papel do juiz no processo. Segundo Geoffrey, o *common law* adota o sistema de adversários, sendo que esse modelo processual define as atuações dos magistrados e advogados de forma bastante similar nos mais diferentes

²⁸² GONÇALVES, Alex Silva; QUIRINO, Regio Hermilton Ribeiro. A norma hipotética fundamental de Hans Kelsen e a regra de reconhecimento de Herbert Hart: semelhanças e diferenças entre os critérios de validade do sistema jurídico. **Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 39, n. 78, p. 91-118, jun. 2018. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2018v39n78p91>>. Acesso em: 04 dez. 2019. doi: <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2018v39n78p91>;

²⁸³ MACCORMICK, Niel in GONÇALVES, Alex Silva; QUIRINO, Regio Hermilton Ribeiro. Op. cit., 2018;

²⁸⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 3ª ed. São Paulo/SP: WMF Martins Fontes, 2010, pág. 35;

países pertencentes a essa tradição.²⁸⁵ As regras desse tipo de procedimento definem que “*the role of the judge is to decide between competing presentations of evidence and law that are tendered by the advocates.*”²⁸⁶ Isso significa que o magistrado não é o responsável pela produção probatória e tampouco responsável por descobrir a verdade no processo, mas apenas decidir qual versão da história apresentada pelas partes é mais convincente, estando vinculado e limitado às sustentações orais dos procuradores.²⁸⁷

A situação não é a mesma no *civil law*. Nessa tradição a função e responsabilidade do juiz no processo é julgar o caso de acordo com a verdade (real ou processual). Isso que implica que “*The judge decides both fact and law because there is no jury or anything like it. It is assumed that the truth of the matter will be revealed by relevant evidence.*”²⁸⁸ O juiz, então, é responsável por eleger a evidência crucial para decidir o caso.

De outro lado, como os advogados não estão onerados em construir os fatos mais convincentes, como no *common law*, a sua função se reduz a assistir às partes ao longo do processo, fornecendo “*comment and suggestions to the judge, with a deference which varies from one civil law jurisdiction to another.*”²⁸⁹

À vista desses apontamentos, nota-se que o *common law* e o *civil law* são incompatíveis em vários de pontos. Em uma visão raziana, isso demonstra que as propriedades não essenciais desses sistemas são completamente diferentes, por uma série de razões culturais que já foram mencionadas nessa dissertação. Desse modo, resta saber se essas diferenças são impeditivas de uma aplicação da Teoria do Direito como Integridade ao Brasil.

5.2 É possível a aplicação de Dworkin no Brasil?

Como dito no início deste capítulo, Joseph Raz defende a ideia que, para a construção

²⁸⁵ GEOFFREY, C. Hazard. Discovery and the Role of the Judge in **Civil Law Jurisdictions**, 73 **Notre Dame L. Rev.** 1017 (1998). Available at: <http://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol73/iss4/4>

²⁸⁶ “O papel do juiz é decidir entre a apresentação concorrente de evidências e direito que são propostas pelos advogados.” (tradução do autor) — GEOFFREY, C. Hazard. Op. cit., 1998, pág. 1019;

²⁸⁷ GEOFFREY, C. Hazard. Op. cit., 1998;

²⁸⁸ “o juiz decide os fatos e o direito, porque lá não há júri ou qualquer coisa como isso. É assumido que a verdade da questão será revelada por uma evidência relevante.” (tradução do autor) — GEOFFREY, C. Hazard. Op. cit., 1998, pág. 1019;

²⁸⁹ “prover comentários e sugestões para o juiz, com uma deferência que varia de uma jurisdição para outra” (tradução do autor) — GEOFFREY, C. Hazard. Op. cit., 1998, pág. 1019;

de um conceito — em seu uso filosófico — universalizável, é preciso estabelecer qual é a natureza do objeto que representa. Essa segundo o autor, constitui-se das propriedades essenciais desse objeto, que, no caso de uma ciência social como o direito, são identificadas pela autocompreensão social.

Também se apresentou que é possível a existência de conceitos particulares, formados por propriedades não essenciais de um objeto e que, no caso do direito, seriam um conceito de direito particular a uma determinada cultura. Portanto, na primeira sessão se concluiu argumentando que, ante à vinculação da Teoria de Dworkin ao direito americano e inglês, formulando uma visão de sua atividade interpretativa, o mencionado autor criou um conceito particular de direito, próprio desses ordenamentos jurídicos.

A princípio, se esclarece que o simples fato da teoria de Ronald Dworkin ser um conceito particular, não impede a sua aplicação a outras culturas jurídicas. Todavia, para que essa adequação seja bem-sucedida, argumenta-se que é preciso que a cultura jurídica, que se candidata a essas pretensões, tenha traços e elementos que se encaixem de forma compatível com as propriedades que lhes serviram de fundamento, porque o pensamento dworkiano é fundado em características não essenciais do direito, isto é, particularidades do sistema *common law*, sobretudo em sua teoria das fontes, como já dito anteriormente.

Assim, olhando para a tradição jurídica vigente no Brasil, o *civil law*, em especial para as suas propriedades não essenciais, se notam mais incompatibilidades do que similitudes, o que impossibilita, ao ver desse autor, a aplicação de Ronald Dworkin à realidade brasileira. Aliás, examinando as tentativas, depreende-se uma visão totalmente distorcida do pós-positivismo, pois, ao contrário do que Dworkin defende, os magistrados brasileiros têm a compreensão de que esse novo paradigma na filosofia do direito lhes confere maior liberdade, desvinculando-os da necessária aplicação da lei (que, a despeito das limitações, é um instrumento democrático), sob o pretexto de estarem aplicando princípios jurídicos.

Nesse sentido, Michelin comenta:

A expressão “princípio jurídico” tem sido uma presença frequente em decisões judiciais e na doutrina brasileira. A expressão foi popularizada entre os profissionais e teóricos do direito no Brasil a partir de uma leitura direta ou, frequentemente, indireta de autores como Ronald Dworkin e Robert Alexy. Ironicamente, um conceito que foi originalmente elaborado como uma forma de estabelecer critérios de racionalidade que limitam a discricionariedade judicial é mais comumente associado no Brasil a um instrumento que permite ao juiz mais liberdade em relação a lei e ao direito posto. De fato, os princípios são muitas vezes utilizados por tribunais e doutrinadores como uma forma de eliminar dificuldades postas por regras

complexas e/ou que destoam da concepção de justiça do juiz ou escritor.²⁹⁰

Um exemplo do que cita Michelin é o julgamento da apelação de n.º 0101321-24.2010.8.19.0002²⁹¹, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no qual manteve sentença em desfavor do Município de Niterói, o compelindo a implantar política pública, qual seja, ampliar o serviço de assistência ao idoso em situação risco, determinando o que se segue:

ISTO POSTO, julgo PROCEDENTE, EM PARTE, o pedido, nos termos do art. 269, I, do CPC, para condenar o MUNICÍPIO DE NITERÓI:

I) a implantar uma instituição de Longa Permanência para idosos (abrigo público), no prazo máximo de um ano, com capacidade mínima para 75 pessoas, devendo tal serviço contar, no mínimo, com um profissional médico, um profissional de Serviço Social, um profissional de Psicologia, quatro auxiliares de enfermagem, uma linha telefônica (tradicional ou móvel) e uma viatura, em boas condições de uso, com motorista e combustível, funcionando em local de fácil acesso, com ampla divulgação à população, além de equipamento de escritório, de higiene e tudo o mais que se fizer necessários ao bom funcionamento do local, sob pena de multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), que será revertida ao Fundo Municipal de Assistência Social (Lei Municipal n.º 1.549/96 - Decreto Municipal n.º 10.555/09), ficando a verba vinculada ao atendimento aos idosos;

II) alternativamente e, por um período máximo de um ano, a firmar convenio, no prazo de 60 dias, com instituições particulares voltadas para o abrigamento de pessoas idosas (casas geriátricas e afins), até que se crie, instale e aparelhe uma instituição de Longa Permanência para idosos (abrigo público), nos moldes da Lei Municipal n.º 12.270/96, bem como na forma da Lei Municipal que autorizou o Município de São Gonçalo a firmar convenio com o Abrigo Cristo Redentor, sob pena de multa diária no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), que será revertida ao Fundo Municipal de Assistência Social (Lei Municipal n.º 1.549/96 - Decreto Municipal n.º 10.555/09), ficando a verba vinculada ao atendimento aos idosos;

III) a disponibilizar o serviço 24 horas de atendimento social de emergência aos idosos, sem restrição de horário, tal como acontece com a criança e o adolescente, devendo tal serviço contar, no mínimo com um profissional médico, um profissional de Serviço Social, um profissional de Psicologia, uma linha telefônica (tradicional ou móvel) e uma viatura, em boas condições de uso, com motorista e combustível, funcionando em local de fácil acesso, com ampla divulgação à população, no prazo de 60 dias, sob pena de multa diária no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), que será revertida ao Fundo Municipal de Assistência Social (Lei Municipal n.º 1.549/96 - Decreto Municipal n.º 10.555/09), ficando a verba vinculada ao atendimento aos idosos;

IV) a inserir, no projeto de Lei Orçamentária Anual, a previsão de gastos para o incremento da rede de proteção ao idoso em situação de risco físico ou social de Niterói, nas quais se inclui a chamada "população de rua", sob pena de multa a ser arbitrada em sede de execução, no caso de descumprimento do ora determinado.

É consabido que a implantação de política pública depende exclusivamente do Poder Executivo ou Legislativo quando da definição dos instrumentos do ciclo orçamentário —

²⁹⁰ MICHELON JUNIOR, Cláudio. **Princípios e Coerência na Argumentação Jurídica**. Edinburgh: University of Edinburgh, School of Law, 2009, pág. 1;

²⁹¹ TJRJ - Acórdão Apelação 0101321-24.2010.8.19.0002, Relator(a): Des. Edson Aguiar de Vasconcelos, data de julgamento: 09/03/2016, data de publicação: 09/03/2016, 17ª Câmara Cível;

Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Leis Orçamentárias —, os quais são de iniciativa do primeiro poder — art. 165, da CR/88 —, podendo o segundo alterá-lo em sede de processo legislativo. Desse modo, considerando que a implantação da medida determinada pelo Tribunal tem nítidas implicações orçamentárias, pois demanda ampliação de política pública permanente — as quais devem estar previstas nesses instrumentos orçamentários —, vê-se que, em uma interpretação tradicional da Constituição, é inviável o Poder Judiciário intervir nessa seara pela separação dos poderes e, também, pelas regras que envolvem a elaboração do orçamento.

Como fundamento para sustentar a manutenção da sentença, o relator argumentou:

Da mesma forma, não prosperam as alegações de afronta ao princípio da autonomia municipal e violação ao princípio da separação de poderes, visto que a Constituição confere ao Judiciário a sua ingerência em políticas públicas, ante a omissão do Poder Público Municipal na defesa dos direitos fundamentais do cidadão.

Esse fato justamente possibilita a intervenção do Poder Judiciário, não havendo falar em violação a princípio da separação dos poderes, porque decorre do próprio sistema constitucional de freios e contrapesos – “checks and balances”, quando verificada inércia de outro poder no exercício de suas competências.

Ademais, aplica-se ao caso a solução dimensional sugerida por Dworkin, no sentido de que os princípios têm uma dimensão de peso, mas não de validade, e, por isso, em caso de conflito com outro princípio de maior peso, um princípio pode ser afastado, não logrando determinar uma decisão, mas, não obstante, sobreviverá intacto para ser utilizado em outros casos em que possa prevalecer, em concorrência com qualquer outro princípio de peso menor. ²⁹² — Grifo do Autor.

Considerou-se, ainda, como fundamento, que *“A proteção à pessoa idosa integra o direito fundamental à vida e à dignidade da pessoa humana, prevalecendo sobre o interesse financeiro e secundário do Estado.”* ²⁹³

Situação semelhante é a encontrada em sentença recentemente proferida na comarca de Pedro Leopoldo, do Estado de Minas Gerais, onde o magistrado determinou a implantação de um Parque Linear às margens do Ribeirão da Mata. Ademais, em sua sentença, consignou que *“Para evitar discussão sobre a falta de recursos, as despesas devem ser incluídas nos orçamentos dos próximos 3 anos (2021, 2022 e 2023).”* ²⁹⁴

Da mesma forma que o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, argumentou que *“entende-se que o princípio federativo e a separação dos poderes deve ser interpretada não*

²⁹² Idem;

²⁹³ Idem;

²⁹⁴ Processo de n.º 0044379-48.2017.8.13.0210, Comarca de Pedro Leopoldo;

apenas no contexto da legalidade estrita, mas também dentro do contexto das normas e princípios estabelecidos na norma constitucional.”²⁹⁵ Apontou como fundamento para esse raciocínio, a teoria de Ronald Dworkin, citando-o através de J. J. Gomes Canotilho.

Logo, depreende-se nesses casos que o pensamento dworkiano, ao invés de limitar a atuação do juiz, no uso de seu poder discricionário, foi utilizado para ampliar os seus poderes, inclusive, para decidir contrariando ao que, expressamente, prevê a Constituição no tocante a intervenção do judiciário nas atividades e programas — em sentido financeiro — do Poder Executivo Municipal.

Assim, observa-se uma verdadeira desvirtuação do defendido pelo autor, pois Dworkin não condena as regras, muito pelo contrário, ele defende que, além delas, como um fundamento jurídico e não através de uma racionalidade extrajurídica, como defendia Hart, é possível a extração de uma solução nos princípios jurídicos, onde as regras, tão somente, não conseguem dar a resposta. Então, limita a discricionariedade do julgador, não ampliando a sua liberdade ao julgar.

Aliás, a normatividade dos princípios é uma pequena ponta do *iceberg* do que é de fato a Teoria do Direito como Integridade, pois, guiado por esse complexo normativo — regras e princípios —, o juiz, no *common law*, utilizando-se de uma interpretação construtiva e coerente, irá adequar (*fit*) os *standards* das práticas sociais segundo os contextos social e jurídico que permeiam o momento da decisão (tese da única resposta correta). Esse contexto, com o caminhar da sociedade, naturalmente se alterará e, por conseguinte, demandará novamente a aplicação desse processo hermenêutico, sendo cíclica essa atividade.

Esse trabalho interpretativo, como visto em capítulo próprio, recai sobre um magistrado cujas capacidades são sobre-humanas, ante a dificuldade de se conquistar essa coerência ao decidir, sobretudo na *common law* onde os padrões normativos estão esparsos numa infinidade de precedentes que foram proferidos ao longo da história institucional do direito, além do complexo de princípios e outras regras que podem influir na decisão.²⁹⁶

Portanto, ao utilizar esse método hermenêutico como aparato da discricionariedade e fundamento para uma espécie de ativismo judicial, o julgador está corrompendo a função para o qual foi criado e não o aplicando de fato.

²⁹⁵ Idem;

²⁹⁶ Não se olvida que o próprio Dworkin apresente Hércules como uma ficção. Contudo, ele representa a força que o julgador (intérprete) tem na condução do direito em sociedade cujo direito é base *common law*;

A causa para o problema, além de um estudo deficitário de direito comparado, é a incompatibilidade do conceito de direito, construído por Dworkin, com o direito brasileiro, porquanto o autor não pretendeu a criação de uma teoria universal, mas, sim, de uma que explicasse o funcionamento do direito local em que estava inserido.

Por outro lado, deve-se concordar que a visão de Ronald Dworkin a respeito das lacunas no direito pode ter uma grande relevância para a resolução desse problema que é tão recorrente na tradição do *civil law*. Entretanto, utilizar esse aspecto sem considerar que os princípios jurídicos na teoria de Ronald Dworkin são apenas uma ferramenta para a completude da Teoria do Direito como Integridade, é aplicar Dworkin sem aplicá-lo de fato.

Além do mais, como mencionado no capítulo três, os princípios jurídicos e sua obrigatoriedade não são uma novidade de Dworkin. Como Norberto Bobbio, os positivistas já defendiam a sua imperatividade e aplicação pelo magistrado. O ineditismo da proposta de americano é incluir no direito, através dos princípios jurídicos, preceitos morais coletivos, o que, em uma simples leitura do texto constitucional brasileiro, já se observa presente. Nele existem uma série de preceitos abstratos que emanam de uma moralidade, como a ideia de liberdade, isonomia, garantia a direitos humanos, dentre outros, os quais foram reconhecidos pelo legislador ao incluí-los na constituição e na lei (em seus variados diplomas).

Todavia, renovo que esse aspecto da teoria dworkiana é apenas um instrumento do seu conceito de direito, que tem uma significação totalmente distinta do que é aplicado no Brasil, quando conjugado com as demais ferramentas construídas por Dworkin. Em outros termos, ainda que seja interessante, a sua aplicação em nosso direito tomou significado distinto do idealizado pelo americano, pois foi gestado para um contexto jurídico diferente do nosso.

O mesmo pode-se afirmar sobre o romance em cadeia, que, na verdade, é uma ilustração do processo evolutivo do *common law*, através da criação e reinterpretção de novos precedentes, ou seja, a interpretação construtiva de Ronald Dworkin é pensada e planejada para o *common law* e sua dinâmica. O transporte dessa sistemática ao *civil law*, da forma como fora idealizada, talvez seja impossível.

Desse modo, o que se conclui é que a teoria do direito de Ronald Dworkin, na verdade, é um conceito particular de direito, ligado aos Estados Unidos e Inglaterra²⁹⁷ e que

²⁹⁷ Algunos teóricos consideran al localismo con calma y le permiten moldear sus teorías. El ejemplo más destacado de una teoría del derecho de este tipo es la teoría de R. M. Dworkin. Desde el comienzo vio a su teoría como una teoría del derecho de los Estados Unidos y el Reino Unido — RAZ, Joseph. **Entre la Autoridad y la Interpretación: Sobre la Teoría Del Derecho y la Razón Práctica**. Madrid: Marcial Pons, 2013, pág. 47;

não pretendeu uma aplicação universal. Outrossim, como foi pensado para um sistema de *common law*, a sua aplicação no Brasil perde o seu significado inicial e, também, todas as suas potencialidades, sendo impossível aplicá-la, em nosso país, como idealizou o seu criador, em virtude da incompatibilidade cultural que foi apresentada na última sessão.

6. CONCLUSÃO

A importância de Ronald Dworkin é inquestionável na teoria do direito e o seu pensamento foi um divisor de águas na cultura anglo-saxônica, conseguindo muitos adeptos e, também, críticos. Todavia, por mais interessante que o autor seja, é preciso pensarmos os seus reflexos na prática jurídica, em especial no Brasil, onde vários juízes o têm aplicado, principalmente, no que se refere à sua tese da normatividade dos princípios.

Como visto neste trabalho, a doutrina de Dworkin, isto é, o Direito como Integridade, é permeada por um complexo de fatores sociais ligados a uma tradição jurídica típica da *commonwealth*, ou seja, caracteriza-se pela sua vinculação ao sistema *common law*. De outro lado, em terras brasileiras, decorrente de nossa herança colonial, o sistema que é base para o ordenamento jurídico nacional é o modelo romano-germânico, cognominado *civil law*.

As diferenças entre esses sistemas são inúmeras, mas todas elas decorrem, em minha opinião, da teoria das fontes que reina em cada um deles. Essas fontes, a propósito, são os processos produtivos de normas jurídicas, recaindo, sobre eles, a principal diferença entre o *common law* e o *civil law*, preponderando-se, no primeiro, como fonte primária do direito, o precedente e, no segundo, a lei. As demais dessemelhanças, como mencionado, decorrem desse quadro, pois esse reflete diretamente na atividade interpretativa dos seus atores. Assim, como Dworkin trabalha e vê o direito como uma prática interpretativa, essas implicações são de suma importância, pois são definidoras dos limites de sua aplicação.

Comparando-se o modelo interpretativo do americano ao *common law*, é possível vislumbrar a sua apropriação do trabalho interpretativo do juiz consuetudinário, que, no que lhe concerne, é marcado pelo precedente como fonte primária e as demais inferências hermenêuticas que se podem extrair desse fato. Logo, como esse sistema consuetudinário é totalmente distinto do *civil law*, é natural se concluir que não existe uma compatibilidade da teoria de Ronald Dworkin com a tradição romano-germânica.

Ademais, as críticas de Joseph Raz são riquíssimas nesse sentido, pois a sua

diferenciação entre conceitos universais e particulares demonstram que a teoria do direito, formulada por Ronald Dworkin, insere-se nessa última espécie, porque não se funda na natureza do direito, mas em suas propriedades não essenciais; sendo, portanto, limitada ao contexto jurídico e social em que foi gestada.

Acrescenta-se, ainda, que o simples fato ser um conceito particular não impede que o autor seja aplicado em outras sociedades que não a americana e a inglesa. Entretanto, é preciso que haja semelhança nas propriedades não essenciais entre o contexto social candidato e o que se formou o conceito de direito de Dworkin.

Olhando para a atividade jurídica brasileira, não se observa essa similitude, demonstrando, ao contrário, que, a teoria em comento, é incompatível com o nosso país. Aliás, as tentativas de aplicá-la expressam uma má compreensão de seu sentido, utilizando-se de um pequeno aspecto do pensamento dworkiano, isto é, a normatividade dos princípios jurídicos, como pretexto para ampliar os poderes do juiz, mesmo sendo essa tese criada para reduzir o poder discricionário do julgador.

Repito: são interessantíssimas as colocações e o pensamento de Ronald Dworkin. Contudo, a sua teoria não é compatível com o sistema jurídico que vige no Brasil, servindo muitas vezes de pretexto, e não modelo, para os magistrados decidirem os processos de forma desvinculada ao ordenamento jurídico, fato que é estranho a Teoria do Direito como Integridade. Sendo assim, à vista de todos esses argumentos, conclui-se que a citada teoria é inadequada a atividade jurídica brasileira, não se amoldando às suas peculiaridades e características.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABDOUCH, Rafael Parisi. **Discricionariedade em Hart e Dworkin**: o debate reconsiderado à luz do artigo perdido de H. L. A. Hart *in Revista Publicum*. Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, 2018, p. 73-82;

ALEXANDER, Larry. **Tudo ou nada?** As intenções das autoridades e autoridade das intenções. *In* MARMOR, Andrei. **Direito e Interpretação**: Ensaios de Filosofia do Direito. 1ª ed. São Paulo/SP: 2000, pág. 537-608;

ALMEIDA, Guilherme Assis de; BITTAR, Eduardo C.B. **Curso de Filosofia do Direito**. 12ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2016, edição *kindle*;

ASHTON, Peter Walter. **Revista do Ministério Público do Rio Grande Sul**. N.º 64. Porto Alegre/RS: 2009;

BECATTINI, Sérgio Rubens Birchal. **Dilemas da Atuação do Poder Judiciário: Ativismo Judicial sob a Ótica do Pensamento de Ronald Dworkin**. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2013, edição *Kindle*;

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6ª ed. Brasília/DF: Editora UNB, 1995,

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo/SP: Ícone, 2006;

BOCANNESE, Joseph Julien *in* BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo/SP: Ícone, 2006;

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª ed. São Paulo/SP: Malheiros, 2004;

BUENO, Ricardo. **Revista de Informação Legislativa**. a. 47. n.º 186. Brasília: Senado, 2010;

BRASIL. Constituição de 1891, de 24 de fevereiro de 1891. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 24 de fevereiro de 1891;

BRASIL. Constituição de 1934, de 16 de julho de 1934. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 16 de julho de 1934;

BRASIL. Decreto-Lei de n.º 1608 de 18 de setembro de 1939. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 de dezembro de 1939;

BRASIL. Decreto-Lei de n.º 4657, de 04 de setembro de 1942. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 09 de setembro de 1942;

BRASIL. Constituição Federal de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, 05 de outubro de 1988;

BRITO, Jaime Domingos; OLIVEIRA, Flávio Luís. **A Convergência do Sistema da Civil Law ao da Common Law e a Concretização dos Direitos**. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKewiQ6aDDqoHIAhV2KrkGHRt9CakQFjAAegQIABAC&url=http%3A%2F%2Fintertemas.toledoprudente.edu.br%2Findex.php%2FINTERTEMAS%2Farticle%2Fdownload%2F2616%2F2405&usq=AOvVaw2siGc5kDX8ksfrPIxrYDn5>. Acesso em: 03 de outubro de 2019;

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação: Uma Contribuição ao Estudo do Direito**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003;

CARPENTIER, M. Controverses sur la “nature” du droit : Enjeux théoriques et méthodologiques, **Droit & Philosophie**, nº 9-2 : *Joseph Raz*, 2018, pág. 100. Disponível em: <http://www.droitphilosophie.com/article/lecture/controverses-sur-la-nature-du-droit-enjeux-theoriques-et-methodologiques-226>], acesso em 30 de novembro de 2019

CARVALHO NETO, Pythagoras Lopes de. John Austin. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, pág. 8. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/43/edicao-1/john-austin>, acesso em 15 de março de 2019;

CASALMIGLIA, Albert. **O Conceito de Integridade em Dworkin**. Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 12 (1992), pp. 155-176. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2001;

CHAGAS, Afonso Maria. **O Direito Contado: Entre Narrativas e Metáforas uma Ponte à Hermenêutica Jurídica**. In **Direito, arte e literatura**. Coords. MADEIRA FILHO, Wilson; GALUPPO, Marcelo Campos. Florianópolis/SC: FUNJAB, 2012;

CHUEIRI, Vera Karam. **A Filosofia Jurídica de Ronald Dworkin Como Possibilidade de Um Discurso Instituinte de Direitos**. Florianópolis/SC: UFSC, 1993;

CICCO, Cláudio de. **História do Pensamento Jurídico e da Filosofia do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012;

COLOTONIO, Carlos Ogawa. **A questão da racionalidade jurídica em Hart e em Dworkin**. São Paulo/SP: Universidade de São Paulo, 2011;

DAHAS, Debora Caetano; OLIVEIRA, Davi Soares de. Sobre a Aplicabilidade da Teoria de Ronald Dworkin no Sistema Jurídico Brasileiro. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, v. 12, n. 1, 26 set. 2019;

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. 2ª ed. São Paulo/SP: Martins Fontes, 1993

DAVID, René. **O Direito Inglês**. 1º ed. São Paulo/SP: Martins Fontes, 1997;

DIDIER JR.;; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória**. Vol. 2. 10ª ed. Editora Juspodivm, 2015;

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. 1ª ed. São Paulo/SP: Martins Fontes, 2000;

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 3ª ed. São Paulo/SP: WMF Martins Fontes, 2010;

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 3ª ed. São Paulo/SP: Martins Fontes, 2014;

EISENBERG, José; POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo, Direito e Política**. in Revista Novos Estudos, n. 62. São Paulo/SP: CEBRAP, 2002, pág 107-121;

FINE, Toni M. **Introdução ao Sistema Jurídico Norte Americano**. 1ª ed. São Paulo/SP: Martins Fontes, 2011;

FREITAS, Hudson Couto Ferreira de. **Teoria (s) do Direito: do Jusnaturalismo ao Pós-positivismo**. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2014, edição *Kindle*;

FISS, Owen M. **A Ironia da Liberdade de Expressão: Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública**. 1ª ed. Rio de Janeiro/RJ: Renovar, 2005;

FONSECA, Tania Schneider da. **O Debate entre Herbert L. A. Hat e Ronald Dworkin**. in **Seara Filosófica**. N. 4, Verão, 2011;

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. **Introdução ao Estudo do Direito: Teoria Geral do Direito, Didática Diferenciada**. 3ª ed. São Paulo: Editora Método, 2015, edição *Kindle*;

GÉNY, François, in CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação: Uma Contribuição ao Estudo do Direito**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003;

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito e Literatura. Os Pais Fundadores: John Henry Wigmore, Benjamin Nathan Cardozo e Lon Fuller**. In: TRINDADE, André Karam; SCHWARTZ (Coords). **Direito e Literatura: o encontro entre Themis e Apolo**. Curitiba: Juruá. p. 29-33;

GEOFFREY, C. Hazard. Discovery and the Role of the Judge in **Civil Law Jurisdictions**, 73 **Notre Dame L. Rev.** 1017 (1998). Available at: <http://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol73/iss4/4>;

GONÇALVES, Alex Silva; QUIRINO, Regio Hermilton Ribeiro. A norma hipotética fundamental de Hans Kelsen e a regra de reconhecimento de Herbert Hart: semelhanças e diferenças entre os critérios de validade do sistema jurídico. **Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 39, n. 78, p. 91-118, jun. 2018. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2018v39n78p91>>. Acesso em: 04 dez. 2019. doi: <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2018v39n78p91>;

GONÇALVES, Carlos Roberto Gonçalves. **Direito Civil Brasileiro: Parte Geral**, vol. 1. 15^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017, edição *Kindle*;

GLEZER, Rubens Eduardo. **O Positivismo de Joseph Raz: Autoridade e Razão Prática Sem Prática Social**. São Paulo/SP: USP, 2014;

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**. 1^a ed. São Paulo/SP: Martins Fontes, 2009;

KOZICKI, Katya, PUGLIESE, William. O conceito de direito em Hart. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/137/edicao-1/o-conceito-de-direito-em-hart>, acesso em 13 de março de 2019;

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6^a ed. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1999 [*e-book*];

KUNH, Tomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 5^a ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 1998;

LOSANO, Mario G. **Os Grandes Sistemas Jurídicos** 1^a ed. São Paulo/SP: Editora Martins Fontes, 2007;

MACEDO JR, Ronaldo Pôrto. **Do Xadrez À Cortesia: Dworkin e a Teoria do Direito Contemporânea**. São Paulo/SP: 2013, edição *Kindle*;

MACEDO JR, Ronaldo Pôrto. **Ronaldo Dworkin: Teórico do Direito**. in CAMPILONGO, Celson Fernandes; GONZAGA, Álvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz. **Enciclopédia Jurídica da PUCSP: Teoria Geral e Filosofia do Direito**. Tomo 1. São Paulo/SP: PUCSP, 2017;

MACINTYRE, Alasdair. **Depois da Virtude: Um Estudo em Teoria Moral**. 2^a ed. Bauru/SP: Editora da Universidade do Sagrado Coração, 2001

MALVASIO, Daniela Ruschel. **Direito e Literatura: As Narrativas e a Hermenêutica Jurídica** in RECSA – Revista Eletrônica de Ciências Sociais Aplicadas. V. 5, n.º 1. Faculdade FISUL, Garibaldi, RS, Brasil, 2017;

MARSHALL, Thurgood in BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15^a ed. São Paulo/SP: Malheiros, 2004;

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito**. 5^a ed. São Paulo: Editora Atlas, 2016, edição *kindle*;

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: Da Persuasão à Vinculação**. 2ª ed. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais. 2017;

MICHELON JUNIOR, Cláudio Fortunato. **Aceitação e objetividade: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004;

MICHELON JUNIOR, Cláudio. **Princípios e Coerência na Argumentação Jurídica**. Edinburgh: University of Edinburgh, School of Law, 2009;

NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 24ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017, edição *Kindle*;

OLIVEIRA, Mariana Kuhn de. **O Fenômeno Histórico da Codificação**. In Revista Científica Dos Estudantes de Direito na UFRGS, v.1, n.º 1. Porto Alegre/RS: 2009;

PEDRUZZI, Maria Cristina Irigoyen. **O princípio da dignidade da pessoa humana na perspectiva do direito com integridade**. Brasília/DF: UnB, 2009;

PERRY, Stephen. **Hart's Methodological Positivism**. in R. GLEZER, Rubens Eduardo. *Hermenêutica e Realidade: O Debate Metodológico entre Hart, Dworkin e Raz*. FIDES, Natal, Vol. 1, n.º 2. Pág. 259-270;

PORTUGAL, André. **Decisão Judicial e Racionalidade: Crítica a Ronald Dworkin**. 1ª ed. Porto Alegre/RS: Sergio Antonio Frabis Editor, 2017;

PLUCKNETT, Theodore F. T. **A Consise History of The Common Law**. 5ª ed. New Jersey: The Lawbook Exchange Ltd., 1956;

RAZ, Joseph, Can There Be a Theory of Law?. **Blackwell Guide To Philosophy Of Law And Legal Theory**, Martin Golding, William Edmundson, eds., Blackwell, 2004. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1010287>. Acesso em 25 de novembro de 2019

RAZ, Joseph. **Entre la Autoridad y la Interpretación: Sobre la Teoria Del Derecho y la Razón Práctica**. Madrid: Marcial Pons, 2013;

SALGADO, Karine. **O Direito Tardo Medieval: Entre o *Ius Commune* e o *Ius Proprium***. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 56, p. 243-264, jan./jun. 2010;

SANTOS, Eduardo Rodrigues dos. **O Pós-Positivismo Jurídico e a Normatividade dos Princípios**. 1º ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2014, edição *Kindle*;

SEEGER, Luana da Silva; ANDRADE, Edenize. **A Relação Entre Direito e Literatura e Suas Contribuições para a Superação da Crise do Ensino Jurídico e Refundação da**

Jurisdição in Revista do XIII Seminário Internacional de Demandas Sociais e Política Públicas na Sociedade Contemporânea. Santa Cruz do Sul/RS: UNISC, 2016;

SHAKESPEARE, William. **Medida por medida**. Disponível em <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/medida.pdf>, acesso em 15 de janeiro de 2019;

SHAPIRO, Scott J. **The Hart-Dworkin Debate: A Short Guide for the Perplexed**. 2007. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=968657>> Acesso em: 2 de jul. 2019;

STOLZ, Sheila. **Um Modelo de Positivismo Jurídico: O Pensamento de Herbert Hart** in **Revista de Direito GV**, v. 3, n. 1, pag. 101-120, jan. - jun. de 2007;

STORY, Joseph in BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª ed. São Paulo/SP: Malheiros, 2004;

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral**, vol. 1. 12ª ed. São Paulo: Editora Forense, 2015;

TRINDADE, André Karam; BERNSTIS, Luísa Giuliani. **O Estudo do Direito e Literatura no Brasil: Surgimento, Evolução e Expansão** in **Anamorphosis – Revista Internacional de Direito e Literatura**. V. 3, n.º 1, janeiro - junho de 2017;

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 25º ed. São Paulo/SP: Saraiva, 2001;

VIDAL, Isabel Lifante. **La Interpretación en La Teoría Del Derecho Contemporánea**. 1ª ed. Alicante: Univertat d'Alacant, 1997;