



A crítica ao positivismo jurídico através do Juiz Ângelo da obra Shakespeariana “Medida por Medida”

Criticism of legal positivism through Judge Angelo in the Shakespearean play "Measure for Measure"

DOI: 10.56238/isevmjv2n5-013

Recebimento dos originais: 12/09/2023

Aceitação para publicação: 03/10/2023

Anderson Milhomem Vasconcelos

Doutorando em Direito no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu do Centro Universitário
Estácio de Sá

Mestre em Direito no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu do Centro Universitário FG-
UNIFG

Pós-Graduando em Direito e Processo Penal pela Faculdade Unyleya

Pós-graduado em Perícia Criminal & Ciências Forenses pelo Instituto IPOG

Stefanny de Maria Inácio Parente Aguiar

Graduada em Direito pela Universidade Vale do Acaraú

Pós-Graduada em Direito Público: Constitucional, Administrativo e Tributário pela Pontifícia
Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS

RESUMO

Este trabalho busca através da utilização da ferramenta do Direito e Literatura, explanar às críticas de diversos teóricos ao positivismo jurídico, em especial, os estudos de Ronald Dworkin. Para isto, analisar-se-á a obra elaborada por Shakespeare “Medida por Medida”, a qual demonstrar de forma bem clara todos os apontamentos críticos em que o positivismo jurídico está envolto. Através do seu personagem principal, o juiz Ângelo, se demonstrará quando um juiz age de forma exegética, ou seja, cumpre de forma mecânica os dizeres das leis, e quando estes passam a decidir de uma forma dotada com uma maior discricionariedade, em que muitas vezes agem desta forma para atender à desejos e entendimentos que vislumbram meramente pessoais. Ainda, o presente estudo busca compreender a abordagem positivista de tomada de decisão, para que então sejam demonstradas as críticas que tanto Dworkin, quanto Hart e Kelsen fazem ao tema. O presente estudo se deu por meio de uma abordagem qualitativa e descritiva, com pesquisa bibliográfica em revistas jurídicas, artigos e livros.

Palavras-chave: Medida por Medida, Positivismo, Ronald Dworkin.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo possui como objetivo, apresentar de forma introdutória a intersecção entre o direito e a literatura, para que seja possível assim demonstrar a grande viabilidade do estudo do direito através da literatura, bem como os demais usos para esta ferramenta. Outro objetivo, e de mesma importância, se dá no intuito de estabelecer uma maior comunicabilidade com os leitores em geral, e não apenas com aqueles que possuem o domínio da linguagem técnica jurídica, tendo



em vista que a propagação do conhecimento deve ser almejada por todos àqueles que se debruçam às pesquisas acadêmicas.

Conforme Seeger e Andrade, “a Literatura passa a ter grande importância na disciplina jurídica, uma vez que tem a capacidade de abarcar conhecimentos de diversas áreas existentes”¹.

Assim, este estudo pretende fazer a abordagem do Direito e Literatura através da peça “Medida por Medida” de William Shakespeare, diante da notória e íntima relação de suas obras com o Direito².

Para tanto, primeiramente será feita uma abordagem sobre os principais aspectos da obra de Shakespeare, os quais relacionam de forma ímpar as atitudes e os modos de decidir casos judiciais do personagem principal, o juiz Ângelo, às críticas ao positivismo jurídico feitas por teóricos como Kelsen, Hart e principalmente Dworkin.

Por fim, analisa-se de forma mais profunda tais críticas destes teóricos, dando uma atenção especial aos estudos de Dworkin no que diz ao desenvolvimento de sua teoria da interpretação construtiva do Direito, tendo como objeto o de demonstrar qual seria, conforme o teórico, o caminho que os magistrados devem trilhar.

A abordagem de sua teoria se faz necessária tendo em vista que o mencionado teórico compreende que a prática jurídica é um exercício de interpretação, se encaixando assim perfeitamente em sua metáfora do romance em cadeia.

2 O DIREITO E LITERATURA EM MEDIDA POR MEDIDA

O diálogo entre o Direito e a Literatura se faz necessário ao trazer o lúdico ao estudo jurídico, que por vezes é tão dogmático e preso às metodologias tradicionais. Assim, por meio de palavras com um maior alcance interpretativo, o Direito é absorvido pelos leitores de uma forma sensivelmente mais fácil, do que com a utilização de termos dotados de um maior tecnicismo.

Esta ligação também se dá pelo fato de o discurso jurídico estar presente em textos de épocas diferentes, que passam da Grécia Antiga e chegam até a contemporaneidade. Dessa forma, essa aproximação é importante para o estudo do direito, em especial em relação às decisões tomadas pelos tribunais a fim de se compreender as lides processuais mais complexas.

¹ SEEGER, Luana da Silva; ANDRADE, Edenise. **A Relação Entre Direito e Literatura e Suas Contribuições para a Superação da Crise do Ensino Jurídico e Refundação da Jurisdição**. 2016. XIII Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea. ISSN 2358-3010. p. 5.

² MOREIRA, Nelson Camatta; Soares, Paulo Vitor Lopes Saiter. **Um breve ensaio sobre a relação entre direito e moral na jurisdição constitucional brasileira à luz da obra medida por medida, de William Shakespeare**. Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales. No. 15, año VIII, San Luis Potosí, 2016, p. 67

A doutrina não deve ser visualizada apenas como um mero reprodutor do que diz o tribunal, mas sim com o importante papel de exercer tanto uma função reflexiva, como também crítica.

A exemplo de teóricos como Ronald Dworkin, é possível inferir que há uma relação entre a interpretação jurídica e a interpretação literária. Pois, conforme sustentou Dworkin, na tese da interpretação construtiva, se dá uma especial importância a interpretação artística, a qual é pautada numa interpretação criativa, voltada ao propósito e não à causa de algo³, onde se exige que as práticas sociais sejam tomadas por meio das melhores formas possíveis⁴.

Toda essa análise acima se faz necessária na busca pela compreensão das críticas de Dworkin ao positivismo jurídico, como também para a análise da obra *Medida por Medida* de William Shakespeare.

Tal comparação se justifica pela essência da história versada em *Medida por Medida*, conforme pode-se perceber nas palavras de Olivo:

Um aspecto que pode ser deduzido do problema é que, em seu conjunto, a obra de Shakespeare deixa transparecer a existência de uma noção articulada sobre temas jurídicos – sobretudo os relacionados ao poder, forma de governo e à justiça –, o que possibilitaria sustentar a tese segundo a qual há em Shakespeare uma teoria do Direito que reflete não apenas a sua época, mas anuncia o surgimento do Direito moderno, baseado na predominância da razão humana e do sujeito de direito⁵.

A obra “*Medida por Medida*” é uma peça publicada em 1604, classificada como uma “comédia sombria” dentro do período trágico da vida do autor⁶. A partir de sua leitura, é possível vislumbrar reflexões profundas sobre o Direito, principalmente no tocante à distribuição de forma equânime da justiça.

Os personagens principais são Vicêncio (o Duque), Ângelo (o Juiz), Cláudio (um jovem cavalheiro), Isabella (irmã de Cláudio) e Julieta (por quem Cláudio está apaixonado). A peça inicia com a saída do Duque de Viena da cidade, o qual delega o poder judiciário à Ângelo. Isso porque o Duque percebe que Viena está caindo cada vez mais em vícios, sendo então necessária uma aplicação da lei de modo mais eficiente.

Neste interstício, o personagem Ângelo é visto como um exemplo de virtude, se mostrando extremamente rígido na aplicação da lei:

³ OMMATI, José Emílio Medauar; QUINAUD PEDRON, Flávio Barbosa. **O julgamento da adpf n. 132: prática de um ativismo judicial ou um exercício de uma interpretação construtiva?**. Disponível em https://www.academia.edu/32100201/O_julgamento_da_ADPF_132_pr%C3%A1tica_de_um_ativismo_judicial_ou_exerc%C3%ADcio_de_uma_interpreta%C3%A7%C3%A3o_construtiva.

⁴ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Martins Fontes, São Paulo, 1999, p. 62.

⁵ OLIVO, Luiz Carlos Cancellier de. **O estudo do direito através da literatura**. Stadium, Tubarão, 2005, p. 11- 12.

⁶ MOREIRA. *Ibidem*. p. 71.

Tendo sido minha culpa a de o povo desenfrear-se, fora muita dureza castiga-los pelo que permiti que eles fizessem; sim, que é dar permissão, deixar que as faltas circulem livremente sem que o mesmo se passe com o castigo. Esse o motivo, meu bom padre, de haver delegado o Ângelo meu poder. Acobertado por seu nome, pode ele ser severo sem que o menor descrédito recaia sobre minha pessoa para vê-lo no exercício do cargo é meu desejo, como irmão de vossa ordem, a um só tempo visitar o regente e o povo miúdo. Peço-vos, pois, me concedais um hábito e me certifiqueis de como devo proceder pessoalmente, para monge parecer de verdade. Mais de espaço vos apresentarei novos motivos que justifiquem mais este meu ato. Agora só vos digo que lorde Ângelo é forma e da inveja se resguarda; mal confessa que o sangue nele corre e que o pão lhe é mais grato do que pedra. Vamos ver se o poder perverte o intento dos homens e o que em nós é fingimento⁷.

Dessa forma, Ângelo dá início aos seus trabalhos e manda aprisionar Cláudio, rapaz que estava comprometido com uma jovem, Julieta. Uma das leis que “dormitava” era a Lei da Fornicação, que proibia relações sexuais antes do casamento, com a pena de morte em caso de descumprimento⁸, sendo este o motivo pelo qual fora sentenciado.

E com isso a representação da autoridade de Ângelo é questionada na medida em que tal decisão é sentida como ilegítima para com a sociedade⁹. Nesse cenário, a saída que Cláudio possui é a de apelar para que sua irmã, a noviça Isabella, interceda por sua vida.

Porém, o que ela encontra é uma autoridade defensora absoluta da lei:

[...] ÂNGELO - Vosso irmão se encontra sob a ação da lei; por isso, malgastais as palavras.

ISABELA - Ai de mim! Todas as almas, no passado, estavam condenadas também; mas o que tinha poder para puni-las soube dar-lhes remédio. Onde estaríeis se Ele, acaso, que é o supremo Juiz, fosse julgar-vos pelo que sois apenas? Pensai nisso, e a Clemência da boca há de brotar-vos, como do primeiro homem.

ÂNGELO - Resignai-vos, bela menina, mas é a lei que pune vosso irmão, não sou eu. Fosse ele, embora, meu parente, irmão, filho, pouco importa: morreria amanhã.

ISABELA - Amanhã! Tão depressa! Ele não se acha preparado! Poupai-o! Até nas nossas cozinhas escolhemos a estação para matar as aves. Mostraremos ao céu menos respeito do que à nossa grosseria? Bom lorde, meu bom lorde, refleti, por favor. Quem, até hoje, morreu já por tal crime? No entretanto, muitos o cometeram.

LÚCIO - (*à parte, para Isabela*) - Oh! bem dito.

ÂNGELO - A lei não estava morta, a lei apenas cochilava. Esses muitos não teriam praticado, sem dúvida, o delito, se o primeiro a infringi-la houvesse logo expiado a culpa. Agora está acordada, observa quanto passa e, qual profeta, vê num espelho os crimes do futuro, quer novos, quer gerados por desleixo. E assim, quase no ponto de crescerem, não deixam sucessores, mas esfazem-se antes de terem vida. [...] ¹⁰

Porém, embora o juiz Ângelo tenha mencionado no trecho acima que, “embora, meu parente, irmão, filho, pouco importa: morreria amanhã”, ou seja, que ele aplicaria a lei da forma

⁷ SHAKESPEARE, William. **Medida por Medida**. Tradução de Beatriz-Viéguas-Faria, Porto Alegre, 2014, p. 9.

⁸ MOREIRA. *Ibidem*. p. 72.

⁹ PEGORINI, Fernanda Vecchi. **Quando sou autoridade, não sou autoridade**: Identidade na ambivalência em medida por medida, de Shakespeare. *Anais do I CIDIL*, vol. 1, n.1, Passo Fundo, 2012, p.17

¹⁰ SHAKESPEARE. *Ibidem*. p. 19-20.

mais literal e restrita possível, não importando a quem a mesma atingiria, percebe-se que quando a situação se tornou de interesse do mesmo, sua interpretação mudou, no momento em que propôs à Isabella para que a mesma dormisse com ele, tendo em vista sua paixão pela mesma, e em troca disto, liberaria o seu irmão Cláudio

Mas, caso tal proposta se concretizasse, o juiz Ângelo estaria cometendo assim o mesmo crime que o Cláudio havia cometido, o que violava a Lei da Fornicação.

Tal situação se vislumbra no seguinte trecho da obra:

[...] ÂNGELO - Quem dará crédito ao que disseres, Isabel? Meu nome sem mácula, a austereza do meu modo de viver, a formal contestação a quanto asseverardes, e meu posto dentro do Estado, tanto a vossas queixas hão de prevalecer que heis de asfixiar-vos em vosso próprio conto, só restando de tudo, ao fim, um cheiro de calúnia. Mas já que principiei, vou soltar rédeas ao instinto sensual: consente logo no que requer o meu desejo ardente, pára com essas sutilezas, esses rubores dispensáveis, que só servem para banir o que eles ambicionam; resgata o irmão, cedendo aos meus desejos o corpo; do contrário, não somente vai morrer ele a morte cominada e, ante a recusa tua, ora acrescida de morosa agonia. Amanhã traze-me a resposta; se não, por esta mesma paixão que me domina, eu me transformo para ele num tirano. Quanto a vossas verdades, espalhai-as, que com a minha falsidade irei dar-lhes morte asinha.

(Sai.)

ISABELA - A quem me queixarei? Quem há de crer-me, quando eu contar tudo isto? Oh bocas cheias de perigos, que, com uma língua apenas, tanto podem matar como dar vida, dobrando a lei com tais e tais caprichos, que o justo e o injusto espetam no apetite que os maneja à vontade! Vou ver Cláudio; conquanto a instigação do sangue o tenha feito cair, abriga tal espírito de honra, que se possuísse dez cabeças para estender nos cepos sanguinosos, sacrificá-las-ia antes que o corpo sua irmã abandonasse a tão abjeta profanação. Morre, irmão! Isabel, sê sempre pura! Os irmãos passam, a pureza dura. Mas vou contar-lhe o que Ângelo me disse para que a morte aceite com ledice.

(Sai.) [...] ¹¹

Acontece que o passado de Ângelo tem elementos que permitem desmascarar sua exemplaridade¹², não sendo necessário que Isabella aceite a proposta para salvar a vida do irmão. O juiz havia prometido casamento à Mariana, e então, Isabella parte à sua busca para que juntas mudem todo o andar da decisão.

O necessário à discussão que se faz presente neste trabalho é sobre a reflexão que a peça Medida por Medida apresenta diante do comportamento do magistrado Ângelo. Para facilitar o entendimento desta análise, dividir-se-á as visões dos juízes da obra em duas, a primeira é a de um juiz boca da lei, que por vezes até se confunde com a mesma, principalmente quando o mesmo se expressa na seguinte afirmação, “é a lei que pune vosso irmão, não sou eu”, fazendo assim parecer que há uma barreira entre o direito e a possibilidade de os juízes interpretarem a lei.

¹¹ Idem.

¹² PEGORINI. Ibidem. p.22.



A segunda visão é a do juiz criador da lei, tal situação se vislumbra quando o juiz se propõe em mudar a sentença na intenção de conquistar algo de seu interesse pessoal.

Nesse segundo momento, é evidente que Ângelo atua conforme sua consciência, de modo a atender um interesse pessoal. Nisso, portanto, há um problema de discricionariedade.

Nas palavras de Streck, os juízes devem evitar buscar o amparo de arbitrariedades ou concepções particulares nos momentos de tomadas de decisões, conforme observa-se abaixo:

O juiz, responsável pela complementação produtiva do direito, não pode, ao compreender/aplicar a lei, amparar-se em arbitrariedades, solipsismos, concepções particulares de mundo – em uma palavra “decidir conforme a sua consciência”. Pelo contrário, o julgador, como qualquer outro membro de uma determinada ordem jurídica, encontra-se sujeito à lei e, em razão disso, sua decisão sempre deve ser o resultado de uma compreensão adequada ao sentido do direito projetado por aquela comunidade política.¹³

Portanto, em vista do enredo, pode-se observar que tanto a adoção do próprio sistema positivo, quanto uma possível aplicação de uma lei emanada pelo juiz, se apresentam como insatisfatórias para a resolução do impasse. Logo, a peça se enquadra como um excelente exemplo de crítica ao positivismo jurídico, quando esta abarca entendimentos desde exegetismo do direito à uma abertura de discricionariedade em vista da constatação de que a lei não é capaz de todos as lides mais complexas.

3 APONTAMENTOS AO POSITIVISMO JURÍDICO

O início da idade moderna é marcado pela hegemonia do positivismo jurídico. Isso porque, a sociedade passou a reclamar limites ao poder concentrado e ilimitado do soberano de modo que o principal meio de expressão da soberania popular passou-se a ser a lei¹⁴.

Assim, tal status recém dado à lei pode ser vislumbrado nos seguintes dizeres de Fernandes:

A lei adquire, então, um novo status, nunca visto na história. A sociedade necessitava afastar a abertura do sistema jurídico aos valores jusnaturais, uma vez que muitas atrocidades eram realizadas em nome do Direito e de seus princípios naturais (religiosos ou não). Nesse contexto, buscava-se segurança jurídica e objetividade do sistema, e o Direito positivo cumpriu bem esse papel¹⁵.

¹³ STRECK, Lenio Luiz. **Da epistemologia da Interpretação à Ontologia da Compreensão**: Gadamer e tradição como background para o engajamento do mundo (ou uma crítica ao juiz solipsista tupiniquim). Revista Direito & Práxis. Rio de Janeiro, vol. 06, n. 10, 2015, p. 137.

¹⁴ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. **Do positivismo ao pós-positivismo jurídico**: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. In Revista de informação legislativa, vol. 48, n. 189, Brasília, 2011, p. 106.

¹⁵ Idem.

Em vista disso, a interpretação dos juízes passa a ficar “amarrada” à legislação, aos conceitos dos professores e aos precedentes¹⁶, e a partir dessa concepção, o magistrado passa a atuar de uma forma mais considerada como mecânica, seu conceito aproximou-se ao que Montesquieu apelidou de “juiz boca da lei”.

Nesse cenário, surge a necessidade de se ter um método que possa assegurar a previsibilidade das decisões judiciais, o qual se denominou de “silogismo jurídico” ou método de “subsunção”¹⁷, em que a validade da legislação seria condicionada ao seu mecanismo de criação. Dessa forma, em Medida por Medida, em um primeiro momento, é apresentada a figura de um juiz que acredita firmemente que através da lei se alcançará a estabilidade e segurança jurídica, ainda que isso se distancie de uma concepção de justiça.

As primeiras décadas do século XX viram crescer, de um modo avassalador, o poder regulatório do Estado¹⁸, até o momento em que um novo sentido do Direito é apresentado por Kelsen, em consequência de sua preocupação com a validade da norma e unidade do sistema jurídico.

O teórico parte, então, da premissa de que a norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma apenas poderia ser, em relação a esta, uma norma superior¹⁹.

Em uma análise mais profunda das intenções de Kelsen, Streck resume o pressuposto lógico transcendental nos seus seguintes dizeres:

Para não terminar em um regresso *ad infinitum*, Kelsen apresenta a norma fundamental (*Grundnorm*), isto é, um pressuposto lógico transcendental para dar validade a todo o sistema jurídico (mais tarde Kelsen abandona essa tese kantiana e adere à filosofia “como se” – als ob- de Hans Vahingher: a *Grundnorm* é uma ficção necessariamente útil). Essa norma, na medida em que não contém nenhum conteúdo, admite que qualquer conteúdo seja Direito, inclusive aquele que possa vir a ser considerado injusto²⁰.

Mas, em um ponto específico, Kelsen “se rende” aos seus adversários, assumindo que a interpretação do direito é eivada de subjetivismos provenientes de uma razão prática solipsista²¹, prática essa visualizada em um segundo momento de Ângelo em Medida por Medida, quando este

¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: Quarenta temas fundamentais da teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. Casa do Direito, Belo Horizonte, 2017, p. 160.

¹⁷ MOREIRA. *Ibidem*. p. 76.

¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?** Revista Novos Estudos Jurídicos, vol. 15, n. 1, Itajaí, 2010, p. 161.

¹⁹ TRINDADE, André Karam. **Considerações sobre o problema do fundamento do Direito: Breve análise das teorias de Kelsen, Bobbio, Hart e Dworkin**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós Graduação Stricto-Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, vol. 9, n.2, Itajaí, 2014, p.1031

²⁰ STRECK. 2017. *Ibidem*. p. 162

²¹ STRECK. 2010. *Ibidem*. p. 161.



propõe poupar a vida de Cláudio desde que seu interesse pessoal de dormir com Isabella seja concretizado.

O positivismo, nesse viés, apresenta a discricionariedade como solução diante da incompletude da lei, ou seja, a lei por si só é insuficiente para regular todos os casos, como nos *hard cases*, quando não há uma norma clara a ser aplicada ao caso concreto em particular.

O problema do positivismo normativista, então, não é mais o “juiz boca da lei” (Montesquieu), mas sim, como se decidem os casos, isto é, como se controla o poder discricionário dos juízes²². Pois, nota-se que, a principal preocupação ainda é com a aplicação da lei, e não necessariamente com a efetivação da justiça, por meio de seu conteúdo.

A confirmação dessa discricionariedade do julgador abre portas para entendimentos como o da escola do realismo jurídico, desenvolvida nos Estados Unidos no início do século XX, a qual afirma que o Direito não existe – lembrando o Justice Holmes, resulta apenas daquilo que o juiz tomou em seu café da manhã – sendo apenas diferentes tipos de previsões²³, afinal o realismo jurídico baseia-se na concepção de que o raciocínio judicial decorre de um processo psicológico²⁴.

Ainda, diante da questão da insuficiência da norma jurídica, Hart propõe uma teoria em que se dá um maior destaque a função do intérprete do sistema e conseqüentemente, considerar a abertura no processo de conhecimento do direito²⁵, ainda que defina a lei como uma união de regras primárias e secundárias, necessárias ao bom funcionamento do sistema jurídico²⁶.

De acordo com Cattoni de Oliveira, Hart entendeu que o Direito possuía uma linguagem própria, decorrente das práticas do cotidiano da sociedade, e como toda linguagem, esta não conseguiria abarcar todo o leque de possibilidades existentes, conforme vislumbra-se no dizeres abaixo:

Para Hart, o Direito Possui uma linguagem própria inscrita nas práticas sociais e, como toda linguagem, possui regras sobre o uso e a significação dos seus termos. Todavia,

²² COSTA, Marcelo Cacinotti; LIMA, Vinicius de Melo. **Uma crítica ao positivismo jurídico e à discricionariedade judicial à luz da obra medida por medida de Shakespeare**. Revista de Direito, Arte e Literatura, vol. 1, n.2, Minas Gerais, 2015, p. 132.

²³ PEDRON, Flavio Quinaud. **Apontamentos sobre a interpretação construtiva do direito em Ronald Dworkin**: Um estudo a partir do julgamento da adpf n. 132. Revista de Direito da Faculdade de Guanambi. Ano 2, vol. 2, n.1, Guanambi, 2016, p. 168.

²⁴ STRECK. 2017. *Ibidem*. p. 174.

²⁵ TRINDADE, André Karam. **Considerações sobre o problema do fundamento do Direito**: Breve análise das teorias de Kelsen, Bobbio, Hart e Dworkin. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós Graduação Stricto-Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, vol. 9, n.2, Itajaí, 2014, p.1035.

²⁶ FERRO, Luiz Bruno Lisbôa de Bragança; FERRO, Sandra Regina Oliveira Passos de Bragança. **Análise do positivismo jurídico inclusivo e sua evolução depois de Hebert Hart**: solução para as omissões do Direito. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, 2020, p. 327.

como toda linguagem, a linguagem jurídica não seria capaz de prever e, portanto, de regular todas as possibilidades do seu uso²⁷.

Dessa forma, Hart acaba desenvolvendo a tese do direito como instituição social, como um fenômeno cultural constituído pela linguagem²⁸, o qual é fundamental para o desenvolvimento da hermenêutica jurídica. Logo, a partir do questionamento relacionado a essa função criativa do juiz, é que se iniciará o debate com Dworkin, haja vista que o magistrado não deve ser a boca da lei como Ângelo agiu num primeiro momento, e também não deve criar a lei conforme seus critérios pessoais, como o mesmo agiu em um segundo momento. Para Dworkin, o juiz deve buscar a resposta correta.

4 RONALD DWORKIN E SUAS CRÍTICAS AO POSITIVISMO JURÍDICO

Em “O Império do Direito”, Dworkin aborda que Austin compreende que para uma proposição jurídica ser verdadeira, ela deve transmitir corretamente o comando de um soberano²⁹. Para Austin, a definição de soberano é de uma pessoa ou um grupo cujas ordens costumam ser obedecidas e que, além disso, não tenham o costume de obedecer a ninguém³⁰.

Desse modo, Austin não aceita a regra como elemento central do conceito de direito. Ele reduz o seu conceito a um fenômeno isento de normatividade que se pode descrever através de critérios puramente factuais como "ordens coercitivas" e “hábitos de obediência”³¹.

Nesse caso, quando ocorrer a inexistência de uma regra expressa, o soberano irá conferir poderes aos juízes para que criem normas dentro de uma margem de discricionariedade³².

Dworkin avança expondo que Hart refutava a opinião de Austin de que a autoridade jurídica era um fato puramente físico de comando e obediência habituais. Pois, Hart afirmava que os verdadeiros fundamentos do direito, encontram-se na aceitação, por parte da comunidade como

²⁷ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Dworkin**: De que maneira o direito se assemelha à literatura? Revista Direito e Práxis, vol. 4, n. 7, Rio de Janeiro, 2013, p. 370

²⁸ MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o Direito a sério**: Uma exploração hermenêutica do protagonismo judicial no processo jurisdicional brasileiro. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2009, p. 57.

²⁹ DWORKIN. 1999. *Ibidem*. p. 41.

³⁰ HART, Herbert, L. A. **O conceito de Direito**. São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. 59.

³¹ STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. **Relendo o debate entre Hart e Dworkin**: uma crítica aos positivismos interpretativos. Revista Brasileira de Direito, vol. 14, n. 1, Passo Fundo, 2018, p. 58.

³² PEDRON, Flavio. **A proposta de Ronald Dworkin para uma interpretação construtiva do direito**. Revista CEJ, Brasília, Disponível em http://www.academia.edu/819233/A_PROPOSTA_DE_RONALD_DWORKIN_PARA_UMA_INTERPRETA%C3%87%C3%83O_CONSTRUTIVA_DO_DIREITO?auto=download.

um todo, de uma regra mestra fundamental que atribui a pessoas ou grupos específicos a autoridade de criar leis³³.

Nesse sentido, a teoria de Hart envolve uma regra de reconhecimento (regra mestra fundamental), cuja existência e configuração estão indissociavelmente ligadas ao problema da validade das normas e, conseqüentemente, do ordenamento jurídico³⁴.

Assim, Dworkin afirma que o grande fator que atribui às proposições jurídicas como verdadeiras são as convenções sociais que as aceitam, conforme expresso nos seus seguintes dizeres:

Assim, as proposições jurídicas não são verdadeiras apenas em virtude da autoridade de pessoas que costumam ser obedecidas, mas, fundamentalmente em virtude de convenções sociais que representam a aceitação, pela comunidade, de um sistema de regras que outorga a tais indivíduos ou grupos o poder de criar leis válidas³⁵.

A questão é como isso pode ser traduzido na área do julgamento: há apenas essas regras e o trabalho do julgador é o de formular como elas serão aplicadas?

O Formalismo é um modo para compreender o papel dos juízes e um dos caminhos que pode implicar no Julgamento, no qual não há energia criativa para aplicação das regras, ou seja, o direito é direito e ponto final³⁶. Por outro lado e neste mesmo cenário, está o Realismo, que sustenta que o Direito não existe, lembrando o Justice Holmes, no qual o Direito resulta apenas daquilo que o juiz tomou em seu café da manhã³⁷.

A fim de compreender o que os juízes estão fazendo, Hart está buscando um caminho entre o Formalismo e o Realismo. A maneira pela qual ele faz isso é com a ideia de “textura aberta da lei³⁸” e em vista disso, as regras seriam necessariamente abertas em alguns casos. Esses casos são os chamados *hard cases*, ou casos difíceis. Eles não estão no centro dos casos em que regras naturalmente são aplicadas, mas estão, no que Hart chama, de Penumbra³⁹.

Nesses casos, Hart basicamente dá a resposta realista:

Tais casos não são apenas casos difíceis, controversos no sentido de que juristas razoáveis e inteligentes podem discordar acerca de qual é a resposta que é juridicamente correcta, mas que o direito em tais casos é, no fundamental, incompleto; não fornece qualquer resposta para as questões em causa, em tais situações. Não estão juridicamente

³³ DWORKIN. 1999. Ibidem. p. 42.

³⁴ TRINDADE. 2014. Ibidem. p.1036.

³⁵ DWORKIN. 1999. Ibidem. p. 42.

³⁶ FERRO. 2020. Ibidem. p. 327.

³⁷ OMMATI. Ibidem.

³⁸ HART. 2002. Ibidem. p. 134.

³⁹ HART. 2002. Ibidem. p. 535.

regulados e, para se obter uma decisão nesses casos, os tribunais devem exercer a função restrita de criação do direito que eu designo como poder discricionário⁴⁰.

O problema em torno da discricionariedade judicial é a pedra de toque do debate entre Hart e Dworkin, o que motivou uma série de artigos por parte deste, transformados em livros como *Taking Rights Seriously* e *A Matter of Principle*⁴¹. Dessa forma, o termo discricionariedade, conforme esclarecido por Dworkin, pode ser apontado em três acepções.

A primeira seria nos casos em que uma autoridade pública ao julgá-los, não poderia simplesmente adequar uma regra predeterminada à eles de forma mecânica, e sim através do uso da capacidade de julgar⁴².

A segunda seria a autoridade que um funcionário público teria para tomar uma decisão em última instância e que esta não pode ser revisada e cancelada por nenhum outro funcionário⁴³, sendo essas duas consideradas discricionariedades em sentido fraco.

Ainda, há uma terceira concepção de discricionariedade, a qual seria em sentido forte e o ponto mais reprovável para o teórico, pois é identificada quando há ausência de vinculação legal a padrões determinados previamente:

De acordo com Dworkin:

Às vezes usamos “poder discricionário” não apenas para dizer que um funcionário público deve usar seu discernimento na aplicação dos padrões que foram estabelecidos para ele pela autoridade ou para afirmar que ninguém irá rever aquele exercício de juízo, mas para dizer que, em certos assuntos, ele não está limitado pelos padrões da autoridade em questão⁴⁴.

Nessa perspectiva, Dworkin argumenta que a discricionariedade em sentido forte seria considerada injusta, haja vista que se algumas decisões políticas genuínas são tiradas do legislativo e entregues aos tribunais, então o poder político dos cidadãos individuais, o qual se manifesta no momento em que tais cidadãos elegem os seus representantes no poder legislativo e não os do poder judiciário, será enfraquecido⁴⁵.

E justamente contra essas questões levantadas, que Dworkin apresenta a concepção do Direito como integridade:

⁴⁰ HART. 2002. Ibidem. p. 314.

⁴¹ COSTA. 2015. Ibidem. p. 134.

⁴² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Martins Fontes, São Paulo, 2002, p. 51.

⁴³ Idem.

⁴⁴ Idem, p. 52.

⁴⁵ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Martins Fontes, Trad. Luís Carlos Borges, São Paulo, 2000, p. 30.



O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas⁴⁶.

Ainda, a integridade se apresenta sob a forma de um princípio dúplice, sendo um deles o princípio da integridade na legislação e o outro o princípio da integridade no julgamento:

O autor subdivide a exigência de integridade em dois princípios: integridade na legislação e integridade no julgamento. O primeiro constitui a tarefa imposta ao legislativo de, com a produção de normas jurídicas, tornar o conjunto de leis do Estado coerentes quanto aos princípios. Quanto ao segundo, “impõe aos magistrados que vejam o corpo do direito como um todo, de maneira uniforme, não como uma série de decisões distintas e esparsas em relação as quais são livres para considerar ou emendar, considerando-as apenas com interesse estratégico para o caso concreto”⁴⁷.

Em “Levando os Direitos a Sério”, Dworkin dispõe que as normas conhecidas como um gênero, e esse gênero se subdivide em espécies, tais como: regras, princípios e políticas⁴⁸. O autor ainda dispõe que o termo princípios, de maneira genérica, diz respeito a todo esse conjunto de padrões que não são regras, enquanto que a distinção entre princípios e políticas se faz de forma mais precisa:

Denomino “política” aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade [...] Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado [...] porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão de moralidade⁴⁹.

Dessa forma, pode-se observar que enquanto que as políticas descrevem metas para uma comunidade, os princípios estabelecem um objetivo mais individualizado, de modo que Dworkin entende que principalmente nos casos difíceis, as decisões que vierem como consequência, devem ser tomadas a partir de argumentos de princípios⁵⁰.

Esse raciocínio pode ser assimilado às metáforas do “Juiz Hércules” e a do “Romance em Cadeia”.

⁴⁶ DWORKIN. 1999. Ibidem. p. 291.

⁴⁷ RESCHKE, Daniel. **Apontamentos acerca da teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin**. Jus. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/86433/apontamentos-acerca-da-teoria-do-direito-como-integridade-de-ronald-dworkin>

⁴⁸ DWORKIN. 2002. Ibidem. p. 36.

⁴⁹ Idem.

⁵⁰ DWORKIN. 2002. Ibidem. p.132.

Tendo em vista que a proposta do juiz Hércules diz respeito ao desafio de além de reconhecer o direito criado por meio de leis, o juiz também deve seguir as decisões que o próprio Judiciário criou no passado⁵¹.

Assim, nas palavras de Streck, pode-se perceber que:

Exatamente por superar o esquema sujeito-objeto é que Dworkin não transforma o seu “juiz Hércules” em um juiz solipsista e tampouco em alguém preocupado apenas em elaborar discursos prévios, despreocupados com a aplicação (decisão). Hércules é uma metáfora, demonstrando as possibilidades de se controlar o sujeito da relação de objeto, isto é, com Hércules, Dworkin quer demonstrar que não é necessário, para superar o sujeito solipsista (Sebtsüchtiger) da modernidade, substituí-lo por um sistema ou por uma estrutura (v.g., como fazem Luhmann e Habermas).⁵²

Já no tocante a ideia central do romance em cadeia, cada juiz, deverá assumir o seu papel de “um romancista na corrente”, devendo assim ter o dever de ler o que os outros juízes fizeram no passado⁵³ e ao mesmo tempo, garantir uma abertura para que o escritor seguinte possa dar continuidade ao empreendimento⁵⁴.

A essência da metáfora do romance em cadeia pode ser facilmente absorvida através da análise do seguinte trecho dos escritos de Trindade:

Observa-se, assim, que cada escritor, com exceção do primeiro, tem dupla responsabilidade: de interpretar, visto que à história já escrita deve ser atribuído sentido, e de criar, posto que a história deve prosseguir, com a decisão de quem são os personagens, quais as razões que as movem, qual o tema central até então desenvolvido, quais recursos literários ou figuras são capazes de contribuir para que a história tome uma ou outra direção, etc⁵⁵.

Em face disso, o que se está em contraposição é a noção de uma fórmula mecânica para decidir, como em um primeiro momento foi feito pelo juiz Ângelo em Medida por Medida e, também, a discricionariedade forte de decidir conforme seus critérios pessoais, no segundo momento da referida peça. Isso porque há uma resposta correta quando a decisão é pautada por argumentos de princípio.

Há todo um arcabouço de considerações que o juiz deve levar em consideração no momento de decidir um caso, principalmente quando tratar-se de um caso difícil, pois neste, deverá

⁵¹ OMMATI. *Ibidem*.

⁵² STRECK, Lenio Luiz. **A interpretação do Direito e o dilema acerca de como evitar juristocracias**: a importância de Peter Habermas para a superação dos atributos (eigenschaften) solipsistas do direito. *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Brasília, IDP, ano 4, 2011, p. 12.

⁵³ MOTTA. 2009. *Ibidem*. p. 87.

⁵⁴ OMMATI. *Ibidem*.

⁵⁵ TRINDADE, André Karam. **Hermenêutica e Jurisprudência**: o controle das decisões judiciais e a revolução copernicana no Direito processual brasileiro. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, vol. 7, n. 3, Unisinos, 2015, p.247.

haver coerência e integridade na sua fundamentação, tendo em vista que todos os indivíduos na comunidade de princípios devem ser tratados com igual consideração e respeito⁵⁶.

Portanto, o que Dworkin está argumentando como crítica ao positivismo jurídico, especialmente em se tratando da discricionariedade, é que o magistrado não deve ser aquele que cria a lei, e que muito menos deverá também ser aquele que meramente aplica a lei de forma literal, o chamado juiz boca da lei. Logo, para ele, a atividade deve conter uma atitude autorreflexiva e interpretativa.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme dito no início deste estudo, um dos motivos para a utilização da metodologia de pesquisa e ensino oriunda da junção do Direito e da Literatura se dá pela inteligência desta ferramenta, tendo em vista que com a utilização de textos literários para exemplificar e ajudar a ilustrar o cenário jurídico para os diversos tipos de leitores, tais conceitos que anteriormente ficariam restritos à apenas aqueles que dominam a linguagem técnica jurídica, agora estarão ao alcance de um considerável número da população, e assim, a propagação de conhecimento se tornará vez mais efetiva, sendo assim um degrau da escada de desenvolvimento da humanidade.

Quanto a escolha da peça Medida por Medida, elaborada por Shakespeare, se deu pelo fato desta demonstrar um mundo jurídico que, através do que fora relatado no decorrer deste estudo, deixa claro todas as problemáticas nas quais o positivismo jurídico se envolve.

Quando se parte do ponto em que o juiz Ângelo se mostra apegado a ideia de que “o direito é e ponto final”, quando entende que Cláudio deve morrer, vislumbra-se a vertente do juiz boca da lei, o qual simplesmente repete em suas decisões os dizeres contidos no corpo das normas de forma mecânica.

Porém, logo após informar à Isabella que se a mesma dormisse com ele, seu irmão seria solto, o juiz abandona seu perfil de boca da lei, e passa a se desfrutar da discricionariedade judicial, tendo em vista sua voluntariedade para alterar uma lei previamente determinada.

Se faz neste necessário neste ponto do presente estudo, compreender como o positivismo jurídico perpassou da exegese, se desvinculando de qualquer preocupação em efetivar a justiça a partir do conteúdo da norma até Kelsen, o qual compreende que a lei não é suficiente por si só.

Além disso, e em vista dessas lacunas, que as críticas de Hart e Dworkin se fazem presente, pois os pensamentos do primeiro giram em torno de que as leis possuem uma textura aberta, a qual

⁵⁶ OMMATI. Ibidem.



possibilita que haja um grande exercício de uma função criativa do magistrado, se apresentando assim como um marco fundamental para a hermenêutica jurídica e a teoria do direito.

Enquanto isso, o pensamento de Dworkin se dá principalmente quando se envolve no que ele chama de discricionariedade forte (ausência de vinculação a padrões previamente determinados), pois conforme seu entendimento, a peça fundamental para uma tomada de decisão de forma correta é quando os argumentos que a sustentam, são utilizados com base em princípios e não em políticas.

Assim, no instante em que forem decidir algum caso judicial, os magistrados devem pautar-se em atitudes que envolvam uma prática autorreflexiva e interpretativa.



REFERÊNCIAS

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Dworkin: De que maneira o direito se assemelha à literatura? Revista Direito e Práxis, vol. 4, n. 7, Rio de Janeiro, 2013.

COSTA, Marcelo Cacinotti; LIMA, Vinicius de Melo. Uma crítica ao positivismo jurídico e à discricionariedade judicial à luz da obra medida por medida de Shakespeare. Revista de Direito, Arte e Literatura, vol. 1, n.2, Minas Gerais, 2015.

COSTA, Marcelo Cacinotti; LIMA, Vinicius de Melo. Uma crítica ao positivismo jurídico e à discricionariedade judicial à luz da obra medida por medida de Shakespeare. Revista de Direito, Arte e Literatura, vol. 1, n.2, Minas Gerais, 2015.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Martins Fontes, São Paulo, 2002.

DWORKIN, Ronald. O império do direito. Martins Fontes, São Paulo, 1999.

DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. Martins Fontes, Trad. Luís Carlos Borges, São Paulo, 2000.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. In Revista de informação legislativa, vol. 48, n. 189, Brasília, 2011.

FERRO, Luiz Bruno Lisbôa de Bragança; FERRO, Sandra Regina Oliveira Passos de Bragança. Análise do positivismo jurídico inclusivo e sua evolução depois de Hebert Hart: solução para as omissões do Direito. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, 2020.

HART, Herbert, L. A.O conceito de Direito. São Paulo, Martins Fontes, 2002.

MOREIRA, Nelson Camatta; Soares, Paulo Vitor Lopes Saiter. Um breve ensaio sobre a relação entre direito e moral na jurisdição constitucional brasileira à luz da obra medida por medida, de William Shakespeare. Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales. No. 15, año VIII, San Luis Potosí, 2016.

MOTTA, Francisco José Borges. Levando o Direito a sério: Uma exploração hermenêutica do protagonismo judicial no processo jurisdicional brasileiro. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2009.

OLIVO, Luiz Carlos Cancellier de. O estudo do direito através da literatura. Stadium, Tubarão, 2005.

OMMATI, José Emílio Medauar; QUINAUD PEDRON, Flávio Barbosa. O julgamento da adpf n. 132: prática de um ativismo judicial ou um exercício de uma interpretação construtiva?.

Disponível em

https://www.academia.edu/32100201/O_julgamento_da_ADPF_132_pr%C3%A1tica_de_um_ativismo_judicial_ou_exerc%C3%ADcio_de_uma_interpreta%C3%A7%C3%A3o_construtiva.



PEDRON, Flavio Quinaud. Apontamentos sobre a interpretação construtiva do direito em Ronald Dworkin: Um estudo a partir do julgamento da adpf n. 132. Revista de Direito da Faculdade de Guanambi. Ano 2, vol. 2, n.1, Guanambi, 2016.

PEDRON, Flavio. A proposta de Ronald Dworkin para uma interpretação construtiva do direito. Revista CEJ, Brasília, Disponível em http://www.academia.edu/819233/A_PROPOSTA_DE RONALD_DWORKIN_PARA_UMA_INTERPRETA%C3%87%C3%83O_CONSTRUTIVA_DO_DIREITO?auto=download.

PEGORINI, Fernanda Vecchi. Quando sou autoridade, não sou autoridade: Identidade na ambivalência em medida por medida, de Shakespeare. Anais do I CIDIL, vol. 1, n.1, Passo Fundo, 2012.

RESCHKE, Daniel. Apontamentos acerca da teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin. Jus. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/86433/apontamentos-acerca-da-teoria-do-direito-como-integridade-de-ronald-dworkin>.

SEEGER, Luana da Silva; ANDRADE, Edenise. A Relação Entre Direito e Literatura e Suas Contribuições para a Superação da Crise do Ensino Jurídico e Refundação da Jurisdição. 2016. XIII Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea. ISSN 2358-3010.

SHAKESPEARE, William. Medida por Medida. Tradução de Beatriz-Viégas-Faria, Porto Alegre, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. A interpretação do Direito e o dilema acerca de como evitar juristocracias: a importância de peter haberle para a superação dos atributos (eigenschaften) solipsistas do direito. Observatório da jurisdição constitucional. Brasília, IDP, ano 4, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? Revista Novos Estudos Jurídicos, vol. 15, n. 1, Itajaí, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. Da epistemologia da Interpretação à Ontologia da Compreensão: Gadamer e tradição como background para o engajamento do mundo (ou uma crítica ao juiz solipsista tupiniquim). Revista Direito & Práxis. Rio de Janeiro, vol. 06, n. 10, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. Dicionário de Hermenêutica: Quarenta temas fundamentais da teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Casa do Direito, Belo Horizonte, 2017.

STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. Relendo o debate entre Hart e Dworkin: uma crítica aos positivismos interpretativos. Revista Brasileira de Direito, vol. 14, n. 1, Passo Fundo, 2018.

TRINDADE, André Karam. Considerações sobre o problema do fundamento do Direito: Breve análise das teorias de Kelsen, Bobbio, Hart e Dworkin. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós Graduação Stricto-Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, vol. 9, n.2, Itajaí, 2014.



TRINDADE, André Karam. Hermenêutica e Jurisprudência: o controle das decisões judiciais e a revolução copernicana no Direito processual brasileiro. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, vol. 7, n. 3, Unisinos, 2015.