

MEDIDA POR MEDIDA: POSITIVISMO JURÍDICO E CRÍTICAS DWORKINIANAS

MEDIDA POR MEDIDA: POSITIVISMO JURÍDICO Y CRÍTICA
DWORKINIANA

MEASURE FOR MEASURE: JURIDICAL POSITIVISM AND DWORKIN'S
CRITICISM

DOI: 10.22481/rbba.v11i01.10730

Joana Silva Oliveira Carmo
Centro Universitário FG, Guanambi, Bahia, Brasil
SerTão - Núcleo Baiano de Direito & Literatura (DGP/CNPq)
ID Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4908986053204620>
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5591-9992>
Endereço eletrônico: joanasocarmo@gmail.com

Resumo

Este trabalho tem por objetivo apresentar a peça shakespeariana Medida por Medida, em especial abordar o papel do juiz Ângelo que atua, em um primeiro momento, como juiz servo da lei, mas posteriormente, de modo a atender seus interesses pessoais, manifesta a sua vontade de decidir arbitrariamente. Ainda, o presente estudo busca compreender a abordagem positivista de tomada de decisão, para então levantar uma crítica ao positivismo jurídico consoante a teoria de Ronald Dworkin. 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.

ISSN 2316-1205	Vit. da Conquista, Bahia, Brasil / Santa Fe, Santa Fe, Argentina	Vol. 11	Num. 1	Jun/2022	p. 237-251
----------------	--	---------	--------	----------	------------

Resumen

Este trabajo tiene como objetivo presentar la obra de Shakespeare Medida por medida, en particular para abordar el papel del juez Ângelo que actúa, al principio, como un juez servidor de la ley, pero luego, para satisfacer sus intereses personales, expresa su voluntad de decidir arbitrariamente. Aún así, el presente estudio busca comprender el enfoque positivista de la toma de decisiones, para luego plantear una crítica al positivismo jurídico según la teoría de Ronald Dworkin. El presente estudio se llevó a cabo a través de un enfoque cualitativo y descriptivo, con investigación bibliográfica en revistas jurídicas, artículos y libros.

Palabras clave: Medida por medida, Positivismo, Ronald Dworkin.

Abstract

This paper aims to present the Shakespearean play Measure for Measure, addressing the role of Judge Ângelo who acts, at first, as a servant of the law, but later, in order to conquer his personal interests, he expresses his will to decide arbitrarily. This work also seeks to comprehend the positivist approach to decision-making and bring up Ronald Dworkin's criticism to the legal positivism. The present study took place through a qualitative and descriptive approach, using a bibliographical research on legal magazines, articles and books.

Keywords: Measure for Measure, Positivism, Ronald Dworkin.

INTRODUÇÃO

A partir desse estudo, pretende-se fazer uma abordagem que liga o Direito à Literatura através da peça Medida por Medida de William Shakespeare, já que é notória a íntima relação de suas obras com o Direito (MOREIRA, 2016, p. 67).

Para tanto, primeiramente será feita uma abordagem sobre os principais aspectos da obra de Shakespeare relacionados ao modo de decidir do juiz Ângelo. Posteriormente, é feita uma abordagem de como a peça conversa com aspectos do positivismo jurídico quando se leva em consideração a maneira pela qual é tomada uma decisão judicial, além de levantar pensamentos como o de Kelsen e Hart.

Por fim, apresenta-se as críticas feitas ao positivismo jurídico por Ronald Dworkin no desenvolvimento de sua teoria da interpretação construtiva do Direito a fim de demonstrar qual

seria, conforme o teórico, o caminho que o magistrado deve trilhar. Sua teoria é de necessária abordagem, pois Dworkin compreende que a prática jurídica é um exercício da interpretação, bem visualizada em sua metáfora do romance em cadeia.

I - DIREITO, LITERATURA E MEDIDA POR MEDIDA

O diálogo entre o Direito e a Literatura é necessário ao trazer o lúdico ao estudo jurídico que por vezes é tão dogmático e preso a metodologias tradicionais (MOREIRA, 2016, p. 67). Também, 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 compreender as lides processuais mais complexas. E a doutrina não deve ser um mero reproduzidor do que diz o tribunal, mas sim exercer uma função reflexiva e, 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, Dworkin sustentou a tese da interpretação construtiva, em que dá especial importância a interpretação artística, a qual é pautada numa interpretação criativa que dá o foco no propósito e não na causa de algo (OMMATI; QUINAUD PEDRON, 2017, p.212) e exige que as práticas sociais sejam tomadas da melhor forma possível (DWORKIN, 1999, p. 62), sendo necessário para compreender as suas críticas ao positivismo jurídico e analisar a obra *Medida por Medida* de William Shakespeare.

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 direito (OLIVO, 2015, pp. 11-12).

Nesse sentido, *Medida por medida* é uma peça publicada em 1604, classificada como “comédia sombria” dentro do período trágico do autor (MOREIRA; SOARES, 2016, p.71). A partir de sua leitura, é possível observar a presença de uma questão de direito que diz respeito a distribuição 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) (MOREIRA; SOARES, 2016, p.71). 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 nos vícios, sendo então necessária uma aplicação da lei de modo mais eficiente e Ângelo é visto como um exemplo de virtude, se mostrando extremamente rígido na aplicação da lei:

Tendo sido minha culpa a de o povo desenfrear-se, fora muita dureza castigá-los pelo que permiti que eles fizesse; 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 fingimento (SHAKESPEARE, 2014, p.9).

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 descumprimento (MOREIRA; SOARES, 2016, p.72), 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 entre a sociedade (PEGORINI, 2012, p. 17). Nesse cenário, a saída que Cláudio possui é a de apelar para que sua irmã, 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! Poupei-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. [...] (SHAKESPEARE, 2014, pp. 19-20).

Mas quando o interesse do juiz é outro, ele é capaz de mudar o contrato que ele possui de aplicação à risca da lei, pois Ângelo se apaixona por Isabella e faz a proposta de liberar o seu irmão desde que ela durma com ele, ou seja, de cometer o mesmo crime que Cláudio havia cometido:

[...]

ÂNGELO - Quem dará crédito ao que disseres, Isabel? Meu nome sem mácula, a austeridade 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.)

[...] (SHAKESPEARE, 2014, pp. 19-20).

Acontece que o passado de Ângelo tem elementos que permitem desmascarar sua exemplaridade (PEGORINI, 2012, p. 22), 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 de Ângelo, enquanto magistrado. Isso porque há dois momentos na obra, com visões diferentes: o de juiz boca da lei, que por vezes até se confunde com a mesma quando exprime “é a lei que pune vosso irmão, não sou eu”, onde parece haver uma barreira entre o direito e a possibilidade dos juízes interpretarem a lei e o do juiz criador da lei, quando propõe em mudar a sentença na intenção de conquistar algo de seu interesse pessoal.

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

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 (STRECK, 2015, p. 137).

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 pode ser fonte de uma crítica ao positivismo jurídico, quando este parte do exegetismo à uma abertura de discricionariedade em vista da constatação de que a lei não é capaz de todos as lides mais complexas.

II - APONTAMENTOS SOBRE O 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 passa a ser a lei (FERNANDES; BICALHO, 2011, p. 106).

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 papel (FERNANDES; BICALHO, 2011, p. 106).

Em vista disso, a interpretação dos juízes passa a ficar “amarrada” à legislação, aos conceitos dos professores e aos precedentes (STRECK, 2017, p. 160) e a partir dessa concepção, o magistrado passa a atuar de uma forma mecânica, mais próxima da ideia de Montesquieu de juiz boca de lei.

Nesse cenário, surge a necessidade de se ter um método que possa assegurar a previsibilidade das decisões judiciais, o qual se denominou “silogismo jurídico” ou método de “subsunção” (MOREIRA; SOARES, 2016, p. 76) em que a validade da legislação é 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 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 Estado (STRECK, 2010, p. 161) até o surgimento de uma inquietação quanto ao sentido do Direito é apresentada por Kelsen quando da sua preocupação com a validade da norma e unidade do sistema. 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 superior (TRINDADE, 2014, p. 1031).

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 injusto (STRECK, 2017, p. 162).

Mas, em um ponto específico, Kelsen “se rende” aos seus adversários: a interpretação do direito é eivada de subjetivismos provenientes de uma razão prática solipsista (STRECK, 2010, p. 161), prática essa visualizada em um segundo momento de Ângelo em Medida por Medida quando 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 juízes (COSTA; LIMA, 2015, p. 132). 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, 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 previsões (PEDRON, 2016, p. 168), afinal o realismo jurídico baseia-se na concepção de que o raciocínio judicial decorre de um processo psicológico (STRECK, 2017, p. 174).

Ainda, diante da questão da insuficiência da norma jurídica, H.L.A 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 direito (TRINDADE, 2014, p. 1035), ainda que defina a lei como uma união de regras primárias e secundárias, necessárias ao bom funcionamento do sistema jurídico (FERRO; FERRO BRAGANÇA, 2020, p. 327).

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, como toda linguagem, a linguagem jurídica não seria capaz de prever e, portanto, de regular todas as possibilidades do seu uso (CATTONI DE OLIVEIRA, 2013, p. 370).

Dessa forma, Hart acaba desenvolvendo a tese do direito como instituição social, como um fenômeno cultural constituído pela linguagem (MOTTA, 2009, p. 57), 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 Ângelo agiu em um segundo momento. Para Dworkin, o juiz deve buscar a resposta correta.

III - RONALD DWORKIN E SUAS CRÍTICAS AO POSITIVISMO JURÍDICO

Em *O Império do Direito*, Dworkin aborda que John Austin compreende que para uma proposição jurídica ser verdadeira, ela deve transmitir corretamente o comando de um soberano (DWORKIN, 1999, p. 41). Austin definiria o soberano como uma pessoa ou um grupo cujas ordens costumam ser obedecidas e que não tenha o costume de obedecer ninguém (HART, 2002, p. 59).

Desse modo, Austin não aceita a regra como elemento central do conceito de direito. Ele reduz o conceito a um fenômeno isento de normatividade que se pode descrever através de critérios puramente factuais como "ordens coercitivas" e "hábitos de obediência" (STRECK, 2018, p. 58). Nesse caso, inexistindo regra expressa, o soberano confere poder aos juízes para que criem normas dentro de uma margem de discricionariedade (PEDRON, 2014, p. 368).

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 um todo, de uma regra mestra fundamental que atribui a pessoas ou grupos específicos a autoridade de criar leis (DWORKIN, 1999, p. 42).

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 jurídico (TRINDADE, 2014 p. 1036).

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 válidas (DWORKIN, 1999, p. 42).

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? Então esse é um modo para compreender o papel dos juízes e um dos caminhos que pode implicar no Julgamento é o Formalismo, no qual não há energia criativa para aplicação das regras, direito é direito e ponto final (FERRO; FERRO BRAGRANÇA, 2020, p. 327). Por outro lado e neste mesmo cenário, está o Realismo, que sustenta que o Direito não existe, lembrando o Justice de Holmes, resulta

apenas daquilo que o juiz tomou em seu café da manhã (OMMATI; QUINAUD PEDRON, 2017, p.211).

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 lei” (HART, 2002, p. 134) 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 Penumbra (HART, 2002, p. 535). Nesses casos, Hart basicamente dá a resposta realista:

Tais casos não são apenas casos difíceis, controvertidos 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 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 discricionário (HART, 2002, p. 314).

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* (COSTA; LIMA, 2015, p.134). Dessa forma, o termo discricionariedade, conforme esclarecido por Dworkin, pode ser apontado em três acepções. A primeira seria quando os padrões que uma autoridade pública deve aplicar não podem ser aplicados mecanicamente, mas exigem o uso da capacidade de julgar (DWORKIN, 2002, p. 51). A segunda seria a autoridade que algum funcionário público teria para tomar uma decisão em última instância e que esta não pode ser revisada e cancelada por nenhum outro funcionário (DWORKIN, 2002, p. 51), sendo essas duas consideradas discricionariedades em sentido fraco.

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

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 questão (DWORKIN, 2002, p.52).

Dworkin, nessa perspectiva, argumenta que a discricionariedade em sentido forte é injusta, haja vista que se decisões políticas genuínas são tiradas do legislativo e entregues aos tribunais, então o poder político dos cidadãos individuais, que elegem legisladores, mas não juízes, é enfraquecido (DWORKIN, 2000, p.30). E contra essas questões levantadas, Dworkin apresenta a concepção do Direito como integridade:

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 normas (DWORKIN, 1999, p. 291).

Ainda, a integridade se apresenta sob a forma de um princípio dúplice, sendo um deles o princípio da integridade na legislação, que irá pedir aos que criam o Direito por legislação que o mantenha coerente quanto aos princípios (PEDRON, 2016, p. 165), e o outro um princípio de integridade no julgamento que pede aos que criam o direito por legislação que o mantenham coerente quanto aos princípios (DWORKIN, 1999, p. 203).

Em Levando os direitos a sério, Dworkin dispõe que há a norma como gênero, e esse gênero se subdivide em espécies, tais como: regras, princípios e políticas (DWORKIN, 2002, p. 36). Ainda, o autor 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 é 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 moralidade (DWORKIN, 2002, p. 36).

Dessa forma, pode-se observar que, enquanto 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 devem ser tomadas a partir de argumentos de princípio (DWORKIN, 2002, p. 132).

Esse raciocínio pode ser assimilado às metáforas do Juiz Hércules e o Romance em Cadeia. A proposta do juiz Hércules diz respeito ao desafio, que consiste no fato de que, além de reconhecer o direito criado por meio de leis, deve-se também seguir as decisões que o próprio Judiciário criou no passado (OMMATI; PEDRON, 2017, p.215).

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 (Sebstsüchtiger) da modernidade, substituí-lo por um sistema ou por uma estrutura (v.g., como fazem Luhmann e Habermas) (STRECK, 2011, p. 12).

Quanto a ideia central do romance em cadeia, cada juiz, assumindo seu papel de “um romancista na corrente” deve ler o que os outros juízes fizeram no passado (MOTTA, 2009, p. 87) e ao mesmo tempo, garantir uma abertura para que o escritor seguinte possa dar continuidade ao empreendimento (OMMATI; PEDRON, 2017, p. 217):

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, etc (TRINDADE, 2015, p. 247).

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 por Ângelo, em Medida por medida e, também, a discricionariedade forte, de decidir conforme seus critérios pessoais, procedimento adotado por Ângelo, em um 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 um caso difícil, pois deve haver coerência e integridade na sua fundamentação, já que todos os indivíduos na comunidade de princípios devem ser tratados com igual consideração e respeito (OMMATI, PEDRON, 2017, p.218).

Portanto, o que Dworkin argumenta como crítica ao positivismo jurídico, especialmente em se tratando da discricionariedade, é que o magistrado não deve ser aquele que cria a lei, mas que ele também não deve ser a boca da lei. Logo, para ele a atividade deve conter uma atitude além de autorreflexiva, interpretativa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A peça Medida por Medida apresenta uma demonstração do mundo jurídico no meio literário no que diz respeito a problemáticas que envolvem o positivismo jurídico, e daí a importância de interligar o Direito à Literatura. Isso porque o juiz Ângelo se mostra apegado à ideia de que “o direito é e ponto final” quando entende que Cláudio deve morrer, mas logo a abandona, visando desfrutar da discricionariedade judicial a partir de seu voluntarismo.

Importante compreender, portanto, 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, o pensamento de Hart, que passou a entender que a lei possui uma textura aberta que permitiria uma função criativa do magistrado, se apresenta como um marco fundamental para a hermenêutica jurídica e a teoria do direito.

Mas o grande debate se concentra nas críticas de Dworkin ao positivismo jurídico, principalmente no que envolve uma discricionariedade forte (ausência de vinculação a padrões previamente determinados), pois ele defende que os argumentos de princípio - e não os de políticas - fazem parte da peça fundamental para a tomada da decisão correta. Portanto, o magistrado deve pautar-se numa atitude que abrace 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.

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, Lionel Adolphus. **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_UM_A_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.

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.