

**UMA ANÁLISE ACERCA DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL NO DIREITO MODERNO: DECISÃO, CONTROLE E PODER A PARTIR DE SHAKESPEARE E WEBER**

**AN ANALYSIS OF JUDICIAL DISCRETION IN THE MODERN LAW: DECISION, CONTROL AND POWER FROM SHAKESPEARE AND WEBER**

Milena Cristine Carneiro de Queiroz<sup>1</sup>  
Enoque Feitosa Sobreira Filho<sup>2</sup>

**RESUMO**

O presente artigo científico – amparado na interdisciplinaridade entre o Direito (cuja práxis pode ser tida enquanto arte retórica) e a literatura (da qual um dos ramos mais relevantes é a arte poética) – tem como **objeto** examinar, a partir de um olhar da teoria jurídica, o aspecto da subjetividade da qual reveste-se a atividade judicante no âmbito do Direito Moderno, isto é, e em termos weberianos, como os poderes participantes na criação do direito influenciam o desenvolvimento das qualidades formais desse campo. Neste sentido, a partir das reflexões no que concerne à construção do discurso jurídico ensejadas pela peça *Medida por Medida*, de William Shakespeare, manifesta o seguinte questionamento ora tomado como **problema de pesquisa**: de que maneira deve o operador jurídico ponderar acerca da interferência das convicções morais do intérprete legal nos processos de decidibilidade, analogamente àquela constatada no agir do magistrado Ângelo, personagem da obra shakespeariana? A **hipótese** de pesquisa diz respeito à necessidade de se impulsionarem análises doutrinárias e debates teóricos atrelados à atividade dos juízes e dos tribunais, posto que o costume jurisprudencial, enquanto fonte interpretativa reveladora do Direito, exprime a efetiva práxis jurídicas, para além da interpretação gramatical, pautada na literalidade do texto legal, de restrito exercício hermenêutico. No tocante à **metodologia**, esta norteou-se por pesquisas bibliográficas a partir

<sup>1</sup> Graduanda em Direito. Monitora em Teoria do Direito II, no curso de Direito da UFPB, estudante-pesquisadora no Grupo de Pesquisa do docente coautor do presente artigo, o qual é supervisor de sua monitoria. E-mail: milena.queiroz@academico.ufpb.br.

<sup>2</sup> Graduado, Mestre e Doutor em Direito. Pós-doutorado em Filosofia do Direito. Professor Associado IV, UFPB, Brasil. E-mail: enoque.feitosa@academico.ufpb.br.

da legislação, da doutrina, de artigos científicos e da jurisprudência dos tribunais superiores. Ademais, o referencial teórico situa-se na esfera da Teoria Geral do Direito, com ênfase especial à produção científica de autores pátrios e internacionais que lidam com a categoria do “direito moderno dogmaticamente organizado”.

**Palavras-chave:** direito e Literatura. Costume *contra legem*. Teoria Geral do Direito. Shakespeare.

## **ABSTRACT**

The present paper – supported by the interdisciplinarity between Law (whose praxis can be seen as a rhetorical art) and Literature (of which one of the most relevant branches is poetic art) – aims to examine, from a zetetic point of view the subjectivity of which the adjudicating activity is covered in the scope of Modern Law. In this sense, based on reflections regarding the construction of the legal discourse exposed by Shakespeare work “Measure for Measure”. In this work, he put a question now taken as a research problem: how should the legal operator consider the interference of moral convictions of the legal interpreter in the decision-making processes, similarly to that found in the actions of magistrate Angelo, a character in Shakespeare's work? The research hypothesis concerns the need to boost doctrinal analyzes and theoretical debates linked to the activity of judges and courts, since the jurisprudential custom, as a revealing interpretive source of Law, expresses the effective legal praxis, in addition to grammatical interpretation, based on the literality of the legal text, with a restricted hermeneutic exercise. With regard to methodology, this was guided by bibliographical research based on legislation, doctrine, scientific articles and jurisprudence of higher courts. Furthermore, the theoretical framework is located in the sphere of the General Theory of Law, with emphasis on the scientific production of national and international authors who deal with the category of “dogmatically organized modern law”.

**Keywords:** law and Literature. Custom against *legem*. General Theory of Law. Shakespeare.

## **1 INTRODUÇÃO**

Preliminarmente, cumpre anotar que a literatura, enquanto agente eficaz de

transformação da realidade social, em decorrência não somente de seu poder libertador, dadas as contribuições na constituição do senso crítico individual, mas também na formação humana, cidadã, ética e cultural dos sujeitos de direitos, pode estabelecer – a depender do enfoque que se deseja lhe dar – intrínseca relação com a Ciência Jurídica.

Neste sentido, manifestações literárias – ao revestirem-se da incumbência de difundirem denúncias sociais, para além da mera ficção – potencializam a democratização do saber jurídico, haja vista que este passa a materializar-se, paulatinamente, no ideário popular, ao ser objeto de análises e de debates, a partir do enfoque prático que as narrativas construídas propõem e podem se constituir, não apenas em recurso para uma pedagogia jurídica bem como para uma pedagogia social sobre e do direito.

Portanto, a Ciência do Direito e a literatura firmam uma interface dialógica, da qual afloram múltiplas intersecções possíveis. A arte literária, constatada a sua função social, é compreendida, com efeito, como objeto de estudo do Direito, uma vez que este passa a humanizar-se e a existencializar-se, mormente, pela sensibilização coletiva no que concerne aos direitos e garantias fundamentais tutelados pela ordem positivada, quando da tematização de pautas pertinentes para a estruturação e legitimação do sistema jurídico.

Com isso, apreciam-se questões de interesse coletivo, como a efetivação da justiça, a equidade, a igualdade e a diversidade, de maneira que a literatura, por seu caráter prático, viabiliza uma análise panorâmica do fenômeno jurídico (Streck; Trindade, 2013).

Com fundamento na supramencionada interdisciplinaridade entre Direito e arte, o estudo em tela visa a analisar criticamente, sob o prisma da Teoria Geral do Direito, o elemento subjetivo presente nas decisões judiciais, no âmbito do Direito Moderno – dogmaticamente organizado –, à luz da peça *Medida por Medida*, de autoria de William Shakespeare, uma vez que faz-se mister a compreensão acerca da inegabilidade dos pontos de partida na efetivação do exercício da função jurisdicional, caracterizado pela livre convicção do decisor, sob a égide do império da lei ou princípio da legalidade.

Nesse contexto, Bárbara Heliadora (1997), em “Falando de Shakespeare”, explicita a atemporalidade da obra do bardo de Stratford ao asseverar que o autor, diante de um panorama histórico caracterizado por conturbações sociopolíticas (última quadra do século XVI e as duas primeiras décadas do século XVII), reflete, em sua produção teatral, e de modo recorrente, acerca do fundamento da legitimidade jurídico-política.

Nesse diapasão, Heliadora insere *Medida por Medida* no âmbito das ‘peças-problema’ de Shakespeare, atestado o caráter político do texto, posto que o Bardo tematiza, empenhadamente, o problema da harmonia estatal, do bom ou do mau governo. Por conseguinte, tais apontamentos podem ser objeto de exame quer das categorias da Teoria Geral do Direito, quanto em aspectos de suas teorias especiais, tais como a argumentação jurídica, visto que:

A contrapartida da luta pelo poder é a preocupação com o bom governo, com o bem-estar da comunidade como um todo, presente na obra de Shakespeare desde os estágios iniciais até a última das peças que escreve sozinho. Essa preocupação é o reflexo de, na concepção Tudor do mundo, ainda restar muito da visão medieval de uma hierarquia perfeita em que tudo tem seu lugar e onde há um lugar exato para cada coisa, e na qual tudo é detalhadamente hierarquizado: no mais alto ponto está Deus, abaixo dele seus anjos, abaixo dos anjos o homem, abaixo dos homens os animais (Heliadora, 1997, p. 73).

Na produção teatral de Shakespeare, ao invés de meramente reproduzir, tal como se a arte fosse mero reflexo mecânico da realidade, expõe-se e evidencia-se toda a violência simbólica religiosa e política que sustentava/sustenta os poderes daquela quadra histórica. É esse referencial que norteia a obra shakespeariana “*Medida por Medida*” que, repartida em cinco atos, enfoca o embate entre a ordem jurídica positivada e as práticas consuetudinárias *contra legem*, suscitando-se questionamentos acerca da possibilidade de revogação da norma pelo desuso, bem como a situação adversa decorrente do confronto entre as fontes formais e materiais do Direito.

A partir da reflexão acerca da margem de discricionariedade judicial diante de casos geradores de perplexidade como o que se enfoca na narrativa, atribuir-se-á realce à atividade hermenêutica do magistrado Ângelo, o qual emprega o método gramatical (literal) ao imputar a Cláudio a pena capital, em decorrência da prática de relações sexuais com Julieta, sua noiva, antes da formalização jurídica do matrimônio.

Diante de tal conjuntura, ocorre, no entanto, que a norma jurídica aplicada pelo decisor, embora vigente no ordenamento jurídico de Viena e, por conseguinte, válida, era ineficaz, em virtude de seu descumprimento e inobservância pelos destinatários. Ângelo se autodescreve, inclusive, como ‘a voz da lei escrita’ (p. 63).

Do mesmo modo, também não houve a análise de específicas nuances de tal caso

concreto que seriam passíveis de, então, viabilizar o uso alternativo do Direito, de modo a atenuar-se a penalidade de Cláudio, sem confrontar a ordem jurídica.

Na presente obra, Vicêncio, o Duque de Viena, dissimula seu afastamento da cidade de Viena ao fantasiar-se de frade, delegando a Ângelo, cidadão reconhecidamente íntegro, virtuoso, benévolo e prudente, o exercício da jurisdição. Aquele, para justificar tal procedimento, reconhece a fragilidade do ordenamento jurídico vienense, bem como a falência dos mecanismos jurídicos coercitivos, em virtude da inaplicabilidade dos dispositivos legais vigentes (p. 24): ‘‘Esse o motivo, meu bom padre, de haver eu delegado a Ângelo meu poder; acobertado por seu nome, pode ele ser severo sem que o menor descrédito recaia sobre minha pessoa’’.

Desse modo, também complementa o Duque ao questionar a integridade da autoridade judicial recentemente instituída (p. 25): ‘‘Vamos ver se o poder perverte o intento dos homens e o No âmbito do realismo jurídico, em evidente contraposição ao dogmatismo legal e à subordinação à pretensão do legislador consagrada pela Escola de Exegese, a decisão do intérprete autêntico antecede à fundamentação nas diversas fontes do direito – a exemplo da legislação, costumes, jurisprudência, doutrina – haja vista que seria contraproducente consolidar a perspectiva de que a lei é a única fonte apta a originar as sentenças judiciais.que em nós é fingimento’’.

Mais adiante, Ângelo revela-se, com efeito, como um intérprete legal falível e hipócrita, ao exigir que a casta Isabela, noviça, venha a consumir consigo conjunção carnal, para a concessão da liberdade de Cláudio, irmão desta (p. 64):

ÂNGELO — Admiti que não haja outro recurso para salvar-lhe a vida — não inculco semelhante medida ou qualquer outra; falo em termos gerais — a não ser este: que vós, sua própria irmã, vos encontrásseis requestada de alguém que, por motivo de sua posição, tivesse influência junto do juiz, e a vosso irmão pudesse libertar facilmente das algemas da lei que envolve a todos, e que meio terreno não houvesse de salvá-lo, exceto o de entregardes a mais rica jóia do vosso corpo a essa pessoa. Sem isso, fatal fora a morte dele. Que faríeis?

ISABELA — Por meu irmão, o que por mim faria. Se eu me sentisse acaso na iminência de morrer, aceitara como sendo rubis as marcas todas do chicote, e me despira para entrar na tumba como em um leito há muito cobiçado sem consentir que o corpo me poluísse.

No término da narrativa, porém, devido à lacuna moral do julgador, a condenação de

Cláudio não foi mantida.

Por isso e, em decorrência dos apontamentos supracitados, o presente ensaio propõe-se a perquirir uma resposta para o seguinte questionamento: como o jurista deve analisar a interferência das convicções morais dos intérpretes autênticos no processo de concretização das normas jurídicas? Nossa hipótese diz respeito e aponta para a imprescindibilidade de não se relevar a reflexão acerca do elemento subjetivo presente na atividade judicante, à luz de Cardozo:

O que é que faço quando decido uma causa? A que fontes de informação recorro em busca de orientação? Até que ponto permito que contribuam para o resultado? Até que ponto devem contribuir? Se existe algum precedente que se aplique ao caso, quando devo recusar-me a segui-lo? Se não há precedente aplicável, como chego à decisão de que servirá de precedente no futuro? Se o que busco é a coerência lógica, a simetria da estrutura jurídica, até onde devo prosseguir nessa busca? Em que ponto a busca deve ser interrompida por algum costume discrepante, por alguma consideração relativa ao bem-estar social, por meus próprios critérios ou por critérios comuns de justiça e moral? Todos esses ingredientes participam, em proporções variadas, dessa estranha mistura que se prepara diariamente no caldeirão dos tribunais (Cardozo, 2004, p. 1-2).

E, neste sentido, visando a fornecer o provimento de um desenlace para tal problema de pesquisa, inicialmente, será pertinente rememorar a distinção entre as noções de legalidade e de legitimidade a partir do debate acerca das fontes formais e materiais do Direito, bem como revisar o conceito de costume *contra legem* e a vedação à revogação das normas jurídicas ineficazes pelo desuso.

Por fim, há que não se relevar as características, pressupostos e constrangimentos do Direito Moderno, com relevo ao aspecto da inegabilidade dos pontos de partida, à luz da teoria da moldura kelseniana, da sociologia do direito weberiana e da concepção de Realismo Jurídico, a fim de que não venham a ser concebidas as sentenças *contra legem* enquanto violações deliberadas da ordem jurídica, distintas do conceito – a ser esclarecido – de uso alternativo do Direito.

Posteriormente, atribuir-se-á enfoque à inobservância de Ângelo, em sua práxis jurídica, à atividade dos tribunais, além de verificar-se a necessidade de fundamentação das sentenças judiciais e as contribuições do princípio da boa-fé objetiva na interpretação do

Direito.

## **2 LEGALIDADE E LEGITIMIDADE EM SHAKESPEARE: DA NECESSIDADE DE DIÁLOGO ENTRE AS FONTES FORMAIS E MATERIAIS DO DIREITO**

Antônio Carlos Wolkmer, ao desenvolver o conceito de pluralismo jurídico, sustenta que o aparato estatal não é o único – apesar da pretensão deste – a emanar e a resguardar a hegemonia na produção das normas jurídicas. Efetivamente, o ideário centralizador do qual reveste-se o monismo jurídico constituiu-se como base da formação dos Estados Nacionais e da ascensão social da burguesia. Sob esse prisma, o pluralismo jurídico, pautado, mormente, na ideia de emancipação social, compreende que ocorre a coexistência de diversos ordenamentos jurídicos em sociedade:

Pode-se ainda consignar que sua intenção não está em negar ou minimizar o Direito estatal, mas em reconhecer que este é apenas uma das muitas formas jurídicas que podem existir na sociedade. Desse modo, o pluralismo legal cobre não só práticas independentes e semiautônomas, com relação ao poder estatal, como também práticas normativas oficiais/formais e práticas não oficiais/informais. A pluralidade envolve a coexistência de ordens jurídicas ou sistemas normativos distintos que definem ou não relações entre si. O pluralismo pode ter como meta práticas normativas autônomas e autênticas geradas por diferentes forças sociais ou manifestações legais plurais e complementares, reconhecidas, incorporadas e controladas pelo Estado (Wolkmer, 2015, p. 45).

Em *Medida por Medida*, o magistrado Ângelo, no julgamento de Cláudio, estava acobertado pela legalidade ao exigir uma lei vigente. Não obstante, sob o prisma da soberania popular e da emissão de vontade de coletividade, tal diploma legislativo destoante do direito consuetudinário seria ilegítimo, conjuntura esta agravada pelo desvio de conduta do hermenauta (p. 149):

ESCALO — Dá-me pena, lorde Ângelo, que um homem tão instruído e discreto, como sempre vos mostrastes, houvesse escorregado por modo tão grosseiro; no começo pelo calor do sangue, depois disso por falta de equidade na justiça.

ÂNGELO — Dói-me ver que sou causa dessas dores, e de tal modo se me aperta o peito que prefiro morrer a ser perdoado. E o que eu mereço, sei-o; e é o que procuro.

Diante de tal cenário, o fato de uma norma jurídica materializar-se como válida no ordenamento não a isenta de questionamentos no que concerne à sua pertinência na efetivação do que a sociedade compreende, circunstancialmente, conforme a cultura e o momento histórico, como justo.

No que concerne à legitimidade, é pertinente rememorar que esta é uma qualidade legal atrelada, mormente, à conformidade entre as imposições do aparato estatal e a vontade geral, a qual – no direito moderno, em homenagem ao dogma da segurança jurídica, passou a implicar no respeito aos processos eleitorais, adquirindo, pois, um aspecto quantitativo.

Ademais, com o positivismo nascente, a partir do Código Napoleônico (1804) e do Código Civil Alemão (1896), amplia-se o enfoque direcionado à literalidade do texto legal – inexistente a diferenciação entre significado (norma) e significante (lei), de modo que tal restrição ao exercício hermenêutico seria pressuposto para a concretização das conquistas burguesas e, primordialmente, da segurança jurídica, fato que evidencia uma perspectiva silogística (Adeodato, 2008). Nesse âmbito, cumpre anotar que a interpretação encontrava-se restrita à mera subsunção do fato julgado ao enunciado normativo, o que ilustraria a possibilidade de uma única sentença correta para cada questão judicial. Com efeito, Ângelo adota esse mesmo olhar ao exercer a atividade judicante (p. 51):

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.

Diante desse panorama, a partir da Escola Histórica do Direito, busca-se questionar o reducionismo exegetico e o legalismo desvinculado da realidade social, haja vista que o direito positivo, por ser um retrato formal do fenômeno jurídico – dada a dinamicidade, mutabilidade e historicidade deste – deve estar em convergência com as aspirações coletivas. Para tanto, sob o enfoque da linha de raciocínio do Historicismo Jurídico, faz-se mister a consonância das chamadas fontes formais, as quais revelam o Direito vigente, a exemplo da jurisprudência, da legislação, da Constituição, dos contratos, dos regulamentos, em relação às fontes materiais.



Dessa forma, aquilo que se compreende como fonte material do Direito guarda relação com os atos dos sujeitos e eventos sociais, políticos, culturais, econômicos, geográficos, filosóficos e sociológicos a partir dos quais manifestam-se as relações jurídicas.

Eros Grau (2005), ex-ministro da Suprema Corte brasileira, aduz que o ordenamento jurídico deve estar em consonância com o presente, haja vista que, do contrário, a incongruência entre os aspectos formais e materiais do aparato normativo obstaculiza o progresso social. Logo, o referido autor argumenta que cabe ao hermenauta atualizar tal discrepância à luz dos princípios constitucionais. Com efeito, tal debate guarda semelhança com a discussão travada por Montesquieu em *“L'esprit des lois”*:

As leis devem ser relativas à condição física do país, ao clima gelado, tórrido ou temperado, à qualidade do terreno, à sua situação, à sua dimensão, ao gênero de vida dos povos (agricultores, caçadores ou pastores), ao grau de liberdade, à religião dos habitantes, às suas inclinações, às suas riquezas, ao seu número, ao seu comércio, aos seus costumes, às suas maneiras. Enfim, elas têm relações entre si. Elas o têm com sua origem, com o objetivo do legislador, com a ordem das coisas sobre as quais elas são estabelecidas. É sob todos esses aspectos que é preciso considerá-las. Examinarei todas essas relações: elas formam em conjunto o que se chama o espírito das leis (Montesquieu, 2008, p. 85).

Friedrich Karl von Savigny (1970), teórico do Historicismo Jurídico, preconiza que o Direito – dotado de espontaneidade e como produto de forças interiores – origina-se das aspirações e dos costumes populares, uma vez que os interesses do povo, materializados na chamada consciência coletiva (*volksgeist*), constituem a fonte jurídica primacial. Analogamente, Konrad Hesse, em *“A Força Normativa da Constituição”*, postula:

A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas (Hesse, 1991, p.7).

Diante de tais premissas, consoante a Ronald Dworkin, em *“Levando os Direitos a*

Sério”, o poder discricionário é delegado às autoridades incumbidas de fixar decisões, em conformidade com padrões predeterminados. Logo, o intérprete autêntico está vinculado, obrigatoriamente, à lei. Todavia, falamos na livre convicção do julgador, no que tange à discricionariedade, no sentido de que este goza de um juízo valorativo de oportunidade e, por conseguinte, é autônomo para delimitar o meio pelo qual a norma jurídica será aplicada (Ferraz Júnior, 2023).

A atividade judicante não é um mecanismo automático e, deste modo, não se limita à mera subsunção da norma jurídica a uma pluralidade de casos concretos.

Como bem constata Eros Grau (2005), interpretar implica compreender o direito positivado, complementar a atuação do Poder Legislativo, de forma que é salutar a tomada de consciência acerca da distinção entre norma jurídica (fruto do processo legislativo) e norma de decisão (fixada circunstancialmente pelo intérprete autêntico). Assim, desvendar as normas jurídicas diz respeito à concretização do Direito. Assim, conforme elucida o jurista:

O trabalho jurídico de construção da norma aplicável a cada caso é trabalho artesanal. Cada solução jurídica, para cada caso, será sempre, renovadamente, uma nova solução. Por isso mesmo - e tal deve ser enfatizado - a interpretação do direito se realiza não como mero exercício de leitura de textos normativos, para o que bastaria ao intérprete ser alfabetizado (Grau, 2005, p. 93).

Do mesmo modo, a fundamentação da decisão judicial, na qual “o juiz analisará as questões de fato e de direito”, encontra-se elencada como elemento essencial da sentença, no art. 489 do Código de Processo Civil, inc. II. Para Ferraz Júnior (2023, p. 310), “A decisão, portanto, é ato de comunicação. É ação de alguém para alguém. [...] O fato de decidir juridicamente é um discurso racional, pois dele se exige fundamentação”.

### **3 A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NA ESTRUTURAÇÃO DO DIREITO MODERNO**

Desse modo, o Direito vigente, ao manifestar-se em uma pluralidade de esferas de normatividade, não se esgota na atividade legiferante estatal, embora – desde a modernidade – passou a ser questão decisiva, quer do ponto de vista da legalidade do poder, quanto de sua busca crescente por legitimação, saber “como os poderes participantes na criação do direito

influenciam o desenvolvimento das qualidades formais desse campo”.

Daí se deriva o enorme papel, na forma jurídica como se apresenta contemporaneamente, que joga a argumentação na interpretação e na aplicação do direito, tendo em vista que a organização dogmática do Direito Moderno se configura como um pilar do Estado de Direito. Toda organização estatal, democrática ou não, pressupõe a existência de Direito (em sua acepção técnica), visando à regulação de condutas mediante as normas jurídicas e a dirimir conflitos sociais que não foram passíveis de resolução entre as partes, de modo que se torna imperativa a intervenção de um terceiro.

Acerca dessa premissa, Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2016) assevera, alicerçado no pensamento weberiano, que o Direito é um jogo de poder constituído por três entes: o agente de dominação (Estado-juiz), o paciente e as organizações institucionalizadas, de forma que estas últimas se incumbem da efetivação das normas jurídicas emanadas pelo aparato estatal.

Para elucidar tal dinâmica, é de se atentar que a decisão judicial é, via de regra, resultante de demandas sociais conflitivas, de forma que resolvê-las, ao fim e ao cabo, consiste num processo cujo resultado é a construção de uma solução fundamentada, a qual, por consequência e do ponto de vista da ordem jurídica, o soluciona pela via de um discurso que reduz a complexidade através da decisão.

E é por essa eficácia social que soa ingênuo um exame superficial da forma jurídica que pretenda apontar como vulnerabilidade teórica do direito ser simples retórica vazia e da qual se poderia afirmar que ‘com que conforto se vai passando com as palavras’, como se exatamente essa retórica não cumprisse funções estratégicas.

É um lugar comum pouco elucidativo atribuir-se ao campo da retórica jurídica a resposta de Hamlet, quando indagado por Polônio, acerca do que lia: “palavras, palavras, palavras”. E também, como assinala o próprio Goethe, pela boca do personagem Fausto, na cena no aposento de estudos, na qual menciona o ‘Novo Testamento’, a arte pode nos dar a possibilidade de vislumbrar o papel que exerce o poder através do direito e em pelo quatro de suas dimensões: o discurso (a palavra), a interpretação (o sentido), o poder (a força) e o agir (a ação):

No princípio foi a palavra (...)/Jamais pudera crer o verbo tão poderoso. / Hoje, de modo mais claro, afirmo: No princípio foi o sentido. /Mas é o sentido? /Tudo faz crer que o princípio foi a força! / Mas enquanto escrevo / algo me diz que o princípio foi a ação.

Por isso, o mesmo Tércio Sampaio, anteriormente mencionado, destaca que tais atos decisoriais são pressupostos para a concretização da segurança jurídica, esta expressa num discurso de justificação que confere sentido e alcance para suas regras enquanto manifestações de um poder que regula a ação e se autorregula, configurando-se como úteis ferramentas na pacificação de interesses sociais inicialmente antagônicos, no sentido de viabilizar-se a transformação de determinadas pretensões dissonantes, de maneira *imediata* ou *mediata*, em observância ao princípio constitucional do duplo grau de jurisdição.

Em “Argumentação Jurídica”, ele assinala que:

O decidir juridicamente exige fundamentação. Não deve apenas ser provado, mas comprovado. Essa comprovação não significa necessariamente consenso ou acordo, mas sim que são obedecidas regras sobre a obtenção do consenso que aliás nem precisa ocorrer. Por isso, uma decisão que não conquiste a adesão dos destinatários pode ser, apesar do desacordo, um discurso fundamentante (racional). Da argumentação para a obtenção das decisões segue um procedimento que obedece a um padrão argumentativo tradicional (Ferraz Jr, 2016, p. 24).

Tal raciocínio, cuja matriz comparece na obra mencionada de Weber, sustenta-se na seguinte afirmação, pela qual:

O trabalho jurídico atual, pelo menos naquilo em que alcançou o mais alto grau de racionalidade lógico-metódica, isto é, a forma criada pela jurisprudência do direito comum, parte dos seguintes postulados:

- 1) que toda decisão jurídica concreta seja a "aplicação" de uma disposição jurídica abstrata a uma "constelação de fatos" concreta;
- 2) que para toda constelação de fatos concreta deva ser possível encontrar, com os meios da lógica jurídica, uma decisão a partir das vigentes disposições jurídicas abstratas;
- 3) que, portanto, o direito objetivo vigente deva constituir um sistema "sem lacunas" de disposições jurídicas ou conter tal sistema em estado latente, ou pelo menos ser tratado como tal para os fins da aplicação do direito;
- 4) que aquilo que, do ponto de vista jurídico, não pode ser "construído" de modo racional também não seja relevante para o direito;
- 5) que a ação social das pessoas seja sempre interpretada como "aplicação" ou "execução" ou, ao contrário, como "infração" de

disposições jurídicas, isto porque, de modo correspondente à ausência de lacunas no sistema jurídico, também a "situação jurídica ordenada" seria uma categoria básica de todo acontecer social.

Adeodato (2001) debate sob outra ótica esse mesmo problema, ao apontar as características, pressupostos e constrangimentos norteadores da ordem jurídica moderna, apontando quer as suas características - a inegabilidade dos pontos de partida e a vedação ao *non liquet* -, referindo-se a primeira ao respeito do império da lei, fonte do Direito por excelência e pela qual e através da qual o juiz não poderá abster-se de julgar, além de que, em contraposição ao Direito Antigo, as sentenças não são fundamentadas por critérios extrajurídicos, tais como os religiosos, para ficar num único exemplo.

E, no que concerne aos pressupostos do Direito Moderno, estes dizem respeito à pretensão do monopólio estatal na produção de normas jurídicas (processo legislativo formalizado no art. 59 da Constituição Federal de 1988); à hegemonia das fontes jurídicas emanadas pelo Poder Público em relação às não-estatais, mediante a positivação das normas jurídicas no ordenamento; à parcial autodeterminação do Direito no tocante às demais esferas normativas, a exemplo da religião, da moral e dos costumes.

Por consequência dessas características e pressupostos, o operar da forma jurídica está subsumido a determinados constrangimentos, esses entendidos como deveres de quem opera com tal forma de controle social, quais sejam, a obrigatoriedade de estabelecimento dos textos normativos, à de interpretação dos dispositivos legais com base no próprio ordenamento, à obrigatoriedade de se adotar uma argumentação delimitada por normas jurídicas predeterminadas, à obrigatoriedade de decidir toda e qualquer questão judicial com base nos textos normativos legais e de fundamentação das decisões jurídicas com base nos aludidos textos.

Impõe-se, desta feita, a necessidade de as normas jurídicas estarem legitimadas e protegidas pelo que corresponde à positivação do Direito, de modo que tal concepção de formalidade, além de ser pressuposto para a consubstancialização da segurança jurídica, também denota um ordenamento jurídico hierarquicamente organizado e fundado no princípio da legalidade.

#### **4 A MOLDURA KELSENIANA, O REALISMO JURÍDICO E A INEFICÁCIA DAS NORMAS JURÍDICAS EM “MEDIDA POR MEDIDA”**

No âmbito de sua teoria da moldura, em sentido contrário daquele que a literalidade exegética postula, Kelsen argumenta que as questões judiciais são passíveis de múltiplas decisões, desde que estas estejam submetidas ao império da lei.

Destarte, o Direito é um fenômeno historicamente construído e, por consequência, em virtude de sua mutabilidade, as complexidades sociais superam as teorias da única resposta correta. Diante de tal cenário, o dogmatismo legal e a cultura dos códigos perdem sua hegemonia, ao passo em que é direcionado maior enfoque às distintas circunstâncias de caso concreto.

Nessa linha de raciocínio, os textos legais configuram-se como “molduras” que delineiam essa pluralidade de interpretações e, por conseguinte, seria um contrassenso argumentar que existe apenas uma única decisão correta para cada caso. É empregada, então, uma metodologia dialética, na qual se pressupõe a distinção entre “norma” e “fato”:

Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que - na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar - têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito - no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa - não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral. (Kelsen, 2008, p. 258).

Portanto, é incumbência do intérprete autêntico – revestido de autoridade estatal – mediante seu poder discricionário e diante dos múltiplos caminhos interpretativos, estabelecer condições para uma sentença possível, proferindo, assim, o sentido da norma quando adequada às práticas sociais e às necessidades reais.

No âmbito do realismo jurídico, em evidente contraposição ao dogmatismo legal e à subordinação à pretensão do legislador consagrada pela Escola de Exegese, a decisão do intérprete autêntico antecede à fundamentação nas diversas fontes do direito, haja vista que seria contraproducente consolidar a perspectiva de que a lei é a única fonte apta a originar as sentenças judiciais.

Isso porque nem sempre, mesmo em épocas de grande desenvolvimento intelectual, consegue-se dar forma rigorosa e exata (e nem mesmo imparcial) a uma dada regra jurídica quer pelo fato elementar de que – como lembrara um seu contemporâneo nos estudos do direito – a “imparcialidade é apenas forma, nunca o conteúdo do direito”, como também porque há sempre diferença entre o direito que se expressa enquanto norma posta e o direito como fórmula ideal.

E como assinala Jhering, em “O espírito do direito romano”, essa diferença entre o direito ideal e o positivado é tanto quantitativa como qualitativa, ou nos termos desse notável jurista, tanto extensiva quanto intensiva – ou seja, tanto quanto a definição de alcance quanto do sentido, implicando em vagueza e/ou ambiguidade das normas.

E por isso também, refletindo uma consciência social determinada na apreciação do que seja o direito, o personagem de “Medida por medida”, Ângelo (p. 63) se autointitula como “a voz da lei escrita”, fato que remete, com efeito, à máxima exegética segundo a qual o intérprete legal deve ser “a boca da lei”, em alusão à necessidade de submissão à pretensão legislativa como pressuposto para a concretização da segurança jurídica. Novamente, é mediante o legalismo exegético que se delinea a atuação jurídica do magistrado Ângelo (p. 51):

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.

Ademais, é pertinente sublinhar que, no realismo jurídico, prepondera o raciocínio indutivo, a análise parte de um pressuposto mais específico e, por consequência, individualizado, o qual corresponde ao caso concreto, suas circunstâncias e de que maneira o conflito judicial em questão pode ser mitigado. Entende-se que o fenômeno jurídico está atrelado a uma consciência histórica e às mutáveis dinâmicas políticas, econômicas, culturais e sociais.

Com efeito, a limitação desses processos decisórios efetuados pelas autoridades judiciais reside nas normas jurídicas existentes e no que está implicado no princípio da legalidade/ascensão e anterioridade da lei, na inegabilidade dos pontos de partida e na vedação

ao non-liquet.

A partir de tal panorama, entende-se, não apenas, que o criador da norma concretizada é o intérprete autêntico, mediante a discricionariedade judicial, mas que também lhe cabe, por via reflexa, evitar a ineficácia, garantindo aplicação e cumprimento das regras.

É de salientar, com base na teorização de Kelsen e dos realistas, que não se deixar de dar o devido destaque ao fato de que a norma jurídica deve ser sempre examinada sob o enfoque de quatro atributos decisivos: a validade, a vigência, a eficácia e o vigor. E, sendo oportuno elucidar que uma norma jurídica pode ser válida e, por conseguinte, vigente, em virtude, respectivamente, de sua conformidade com o processo técnico-legislativo e de sua existência no ordenamento, mas ineficaz, quando descumprida por seus destinatários.

A eficácia, deste modo, está atrelada à obediência social, aos efeitos suscitados pela norma jurídica. Assim, para entender tal apontamento, Kelsen doutrina:

Uma norma jurídica é considerada como objetivamente válida apenas quando a conduta humana que ela regula lhe corresponde efetivamente, pelo menos numa certa medida. Uma norma que nunca e em parte alguma é aplicada e respeitada, isto é, uma norma que - como costuma dizer-se - não é eficaz em uma certa medida, não será considerada como norma válida (vigente). Um mínimo de eficácia (como sói dizer-se) é a condição da sua vigência (Kelsen, 2001, p. 19).

Em face do exposto, a norma jurídica que vedava a prática de relações sexuais fora do regime conjugal existia formalmente no ordenamento jurídico de Viena, todavia não era exigida e, conseqüentemente, inobservada pelo corpo social. Tal realidade, com efeito, remete ao conceito doutrinário de costume negativo ou *contra legem*, dotado de antijuridicidade e decorrente da supramencionada ineficácia dos dispositivos legais. O direito costumeiro, enquanto uma frequente prática social adotada pelos sujeitos com convicção de juridicidade, dotada de historicidade e de respaldo nas aspirações destes, cria uma normatividade para além daquela emanada pela máquina administrativa.

No tocante ao ordenamento jurídico brasileiro, embora as complexidades sociais venham a divergir da atividade legiferante estatal, não obstante a natureza política de tal conjuntura, uma lei ineficaz não será revogada por tal razão, seja pelo seu desuso, seja por manifestar um comportamento dissonante do direito positivado.

Nessa linha de raciocínio, prevê expressamente o art. 2º da Lei de Introdução às



Normas do Direito Brasileiro que uma lei apenas será revogada ou modificada por outra de hierarquia equivalente ou superior, total ou parcialmente, de forma tácita ou expressa. Sob esse prisma, a LINDB também reafirma o princípio da legalidade ao estabelecer a inescusabilidade do cumprimento da lei em virtude da alegação de ignorância acerca de seu conteúdo.

Nesse sentido, a discrepância entre a produção jurídica estatal (ao ser repentinamente exigida) e o agir social é evidenciada por Isabela, irmã do sentenciado à morte, no excerto que se segue (p. 52): “Sereis, pois, o primeiro a aplicar esta sentença e ele a cumpri-la. É grande coisa ter de um gigante a força, mas é bárbaro, como gigante, usá-la”.

Consoante ao romanista José Carlos Moreira Alves (p.56), o desuso da norma jurídica, no âmbito do Direito Romano, viabilizava a sua revogação, diversamente do ordenamento brasileiro. O costume *contra legem* – conceito doutrinário analisado na obra em tela –, por sua vez, não suscitava revogação na práxis jurídica romana:

O costume *praeter legem* – que é o que preenche lacuna da lei – era, sem dúvida, obrigatório. Quanto ao costume *contra legem* – o que é contrário à lei –, e que se distingue do desuso (*desuetudo*) – aquele é o comportamento positivo contrário à lei, enquanto este é o comportamento negativo de não observância da lei, sem ser acompanhado de comportamento positivo contrário a ela –, não revogava ele a lei. Já o desuso (*desuetudo*), como transparece do texto de Juliano acima referido, a revogava (Alves, 2021, p. 56).

Na peça sob exame – Medida por medida –, Cláudio, ao lamentar a sua condenação (p. 20), realça tal embate entre a ordem jurídica positivada e a realidade social: “Mas esse novo duque desperta contra mim todas as penas que, como enferrujadas armaduras, pendiam sem proveito há dezenove círculos do zodíaco. Por fama, tão somente, aplica ele o ato esquecido, ora fresco e desperto, contra minha pessoa”.

É sabido que, não obstante a necessidade de efetivação da justiça, da equidade e da consonância entre as normas de direito escrito e os clamores sociais, o intérprete autêntico não deve conceber sentenças judiciais *contra legem*. Nesse âmbito, exprime a dicção do art. 5º da LINDB que “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Com efeito, embora a concessão das sentenças judiciais deva atender-se aos parâmetros supramencionados, estas não devem exteriorizar-se, mediante o ato de vontade do hermeneuta, como violação deliberada da lei. Desta feita, com vistas à efetivação da previsibilidade na atividade judicante, a técnica jurídica vincula-se ao império da lei, em

decorrência da inegabilidade deste ponto de partida.

## 5 DA INOBSERVÂNCIA DE ÂNGELO À PRÁXIS JURÍDICA E AO ‘PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA’ NA INTERPRETAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO FIRMADO ENTRE CLÁUDIO E JULIETA

Em face do exposto, reitera-se que Ângelo, em sua prática jurídica, adotou o método de interpretação gramatical na apreciação da situação fática, restrito à letra fria da lei, sem consideração ao princípio da boa-fé objetiva ao delinear sua atividade hermenêutica (p. 48-49):

ISABELA — Meu irmão se acha à morte condenado; que o seja, vos suplico, a sua falta, não ele.

PREBOSTE (à parte) — O céu permita que consigas abalá-lo!

ÂNGELO — Punir o crime, apenas, sem punir o culpado? Condenadas já estão todas as faltas antes mesmo de cometidas. Meu papel seria simplesmente risível, se tratasse de castigar os crimes cujas penas se acham previstas, mas deixasse impunes os infratores.

ISABELA — Já não tenho irmão, nesse caso. Que o céu guarde Vossa Honra. (Faz menção de retirar-se.)

Nesse diapasão, Ferraz Junior (p. 15), na obra ‘Argumentação Jurídica’ supracitada, caracteriza o princípio da boa-fé como um *standard* que pressupõe a formulação de juízos de oportunidade na realização do exercício hermenêutico, como um ‘princípio de aplicação corretiva da norma como balizamento da concreção que flexibiliza a proibição *contra legem*’, útil na efetivação dos fins sociais na aplicação da lei, em consonância com o art. 5º da LINDB supracitado, de forma que tal princípio de aplicação, como um pressuposto interpretativo, ao ser manejado pelo julgador, viabiliza uma análise contextual diante do aparente confronto da situação fática com o direito positivado.

Sob esse prisma, depreende-se, do excerto que se segue, que estavam pendentes entre os nubentes somente o cumprimento com formalidades oficiais que caracterizam a instituição da sociedade conjugal mediante a celebração do negócio jurídico solene denominado de casamento (p. 20):

CLÁUDIO — Eis minha situação: entrei na posse do leito de Julieta após promessa mui sincera. Sabeis quem ela seja: quase minha mulher. Só carecemos de proclamas e de atos exteriores, o que evitamos tão-somente para ver se uma herança obtínhamos que se

acha ainda em poder dos seus, dos quais queríamos esconder nossa união até que o tempo trabalhasse por nós. Mas acontece que o segredo de nossa intimidade se acha escrito em Julieta em caracteres visíveis por demais.

Do mesmo modo, assinala Bárbara Heliodora:

[...] e podemos perfeitamente admitir que Vincentio entrevê oportunidade excepcional para avaliar o puritanismo de Ângelo quando Cláudio é preso por uma transgressão sexual: com o casamento adiado à espera que se resolva uma questão do dote, Cláudio se considerava casado com Julieta e, estando ela grávida, está inteiramente disposto a fazê-lo formalmente. (Heliodora, 1997, p. 212).

Desta feita, o art. 113 da Lei Civil prevê expressamente que “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. À luz dessa cláusula geral, diretriz para a atividade hermenêutica, Ângelo, sem confrontar a ordem jurídica, poderia empregar uma interpretação teleológica amparada em tal princípio de aplicação corretiva. Para tanto, há de se ter em vista a iminência da formalização do vínculo conjugal entre Julieta e Cláudio.

Ademais, a jovem, quando questionada no que diz respeito a tal ocorrido, explicita a vontade livre e o consentimento de ambas as partes (p. 58).

DUQUE — Ides fazer exame de consciência para eu saber se sois mesmo sincera, ou se o arrependimento é pouco sólido.

JULIETA — Alegrementemente o aceito.

DUQUE — Amais a esse homem que ofensa vos causou?

JULIETA — Do mesmo modo que amo a mulher que ofensa lhe causou.

DUQUE — Parece, pois, que a falta condenável foi praticada de comum acordo?

JULIETA — Sim, de comum acordo.

DUQUE — Nesse caso, vosso pecado é bem maior que o dele.

JULIETA — Sim, meu padre; confesso-o e me arrependo.

Tal debate, com efeito, remete à discussão acerca do uso alternativo do Direito, do qual Ângelo também poderia usufruir para adotar uma interpretação legal mais coerente com as aspirações coletivas. Nesse contexto, o uso alternativo do Direito conceitua-se como um

exercício hermenêutico que propõe, contextualmente, a construção de uma pluralidade de novas perspectivas em relação às normas jurídicas existentes no ordenamento jurídico, sem confrontá-lo.

Cumpra observar, entretanto, que a referida atividade interpretativa não se confunde com o chamado direito alternativo, ligado à ideia de direito natural e caracterizado por ensinar a insegurança jurídica a partir da concessão das chamadas sentenças *contra legem*. Luiz Machado (p.3) bem constatou que “Não cabe ao juiz julgar se uma lei é justa ou injusta, conforme suas próprias virtudes morais, e sim, aplicá-la. Se existe regra de Direito que diz como devem ser supridas as lacunas da lei, vê-se que esta pode ser omissa, mas o Direito não o é”. Assim, os alternativistas preconizam a oposição ao Direito efetivamente existente, sob a justificativa de que o intérprete legal deve empregar uma postura reformadora em sua técnica jurídica, como agentes de transformação da realidade social diante das “leis iníquas”.

Destarte, sem obstaculizar a manutenção da ordem jurídica e a consonância da interpretação legal com a realidade social, seria razoável que Ângelo, à luz da variação contextual da qual revestem-se as circunstâncias do relacionamento entre Julieta e Cláudio, adotasse o uso alternativo do Direito e o diálogo não apenas com outras fontes jurídicas, mas também com os princípios, sobretudo o da boa-fé, para além do apego à letra da lei, embora esta seja ponto de partida inegável e delimite a moldura normativa que pauta as dinâmicas de decidibilidade. Nessa toada, aduz Luiz Machado:

Se a lei a ser aplicada fosse uma elaboração da cabeça dos juízes, como iriam atuar os advogados? Rogando, suplicando, implorando justiça? E esta justiça seria a das convicções pessoais do juiz? A independência entre juízes, advogados e promotores, hoje existente na lei, ficaria abolida, pois todos estariam subordinados às idiossincrasias dos julgadores. "Livre convencimento", "convicção do julgador", "consciência do juiz", significam a interpretação das provas, obedecendo ao direito expresso para prolatar sentença, isto é, o resultado de reflexão profunda, de análise percuciente das provas trazidas a juízo para fundamento dos direitos demandados (Machado, 2002, p. 2).

Em desdobramento ao raciocínio acima posto, é de se notar que as duas grandes tradições jurídicas do Ocidente – *civil law* e *common law* – distinguem-se pelo enfoque destinado às fontes do Direito na efetivação da atividade hermenêutica. Impera, no âmbito do Direito de tradição anglo-saxônica, isto é, no *common law*, o costume jurisprudencial.

Diversamente da tradição romanística, o enfoque da interpretação legal, consubstancializado na primazia do processo legislativo, transmuta-se dos textos normativos advindos da atividade legiferante estatal para os precedentes – concebidos a partir de decisões judiciais anteriores –, estes detêm força vinculante, em virtude de sua *ratio decidendi*, como o fundamento do qual reveste-se o precedente para ensejar o exercício hermenêutico.

Posto isso, é pertinente rememorar a Teoria do Ordenamento Jurídico, de Norberto Bobbio:

A complexidade de um ordenamento jurídico deriva do fato de que a necessidade de regras de conduta numa sociedade é tão grande que não existe nenhum poder (ou órgão) em condições de satisfazê-la sozinho. Para vir ao encontro dessa exigência, o poder supremo recorre geralmente a dois expedientes: 1) a recepção de normas já feitas, produzidas por ordenamentos diversos e precedentes; 2) a delegação do poder de produzir normas jurídicas a poderes ou órgãos inferiores (Bobbio, 1999, p. 38).

No chamado Direito Jurisprudencial, a fonte jurídica por excelência diz respeito à interpretação habitual, à tradição dos juízes e tribunais superiores em relação ao caso julgado. No tocante ao ordenamento jurídico brasileiro, constata-se uma crescente presença dos precedentes na fundamentação das sentenças judiciais, à luz do *common law*, legitimada pelo Código de Processo Civil de 2015.

Nessa senda, a fim de que seja exequível a aplicação do precedente, há de observar-se a conectividade e a pertinência deste ao caso concreto, analisando-se o motivo de sua aplicação (*ratio decidendi*). Quando é incerta a sua aplicabilidade, empregar-se-á a técnica de diferenciação, entre o caso concreto e a decisão judicial anterior, denominada de *distinguishing*.

Nesse mesmo sentido, Weber, em “Economia e Sociedade”, leciona o seguinte:

Logo veremos que a fonte de decisões "judiciais", primeiramente, não está constituída por normas gerais - "normas de decisão" - de qualquer tipo, as quais ele poderia "aplicar" ao caso concreto, ou somente o está quando se trata de certos problemas preliminares formais. Ao contrário, o juiz, ao decretar a garantia coativa num caso concreto e por razões concretas, cria eventualmente a vigência empírica de uma norma geral como "direito objetivo", porque sua máxima ganha importância, que vai além desse caso concreto (Weber, 1999, p. 71).

Ademais, mediante a Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, tal assimilação materializa-se, mormente, a partir da instituição das súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal. Com efeito, a eficácia vinculante (obrigatória) de tais dispositivos tutela a previsibilidade das decisões diante da complexidade da atividade interpretativa, resguardando a segurança no ordenamento jurídico, embora não sejam imutáveis ou inquestionáveis. Por conseguinte, é nítida a significância que resguarda a aproximação do Estado Democrático de Direito nacional com os preceitos do *common law*, visando à efetivação da jurisdição constitucional.

Nessa esteira, cumpre rememorar que ambos os sistemas, *civil law* e *common law*, encontram-se sob o império da lei, distinguem-se pelo prisma a partir do qual empregam-se as fontes jurídicas pelo intérprete autêntico, de maneira que Macêdo (2014) elucida que a norma jurídica proveniente do precedente confunde-se com aquela advinda da atuação legislativa desempenhada pelo aparato estatal.

Posto isso, seria razoável que Ângelo, antes de condenar Cláudio à morte em decorrência da consumação da conduta tipificada como crime, levantasse as seguintes indagações: como os tribunais têm se portado diante de casos semelhantes? Tal dispositivo legal, apesar de sua existência formal, tem sido, efetivamente, aplicado? O costume jurisprudencial preserva o entendimento de que a prática de relações sexuais fora da sociedade conjugal é uma conduta delituosa cuja sanção diz respeito à pena capital?

Assim, o julgador, ao atribuir enfoque à letra fria da lei, negligenciou o necessário diálogo entre a pluralidade de fontes do Direito (p. 32):

ÂNGELO — Mas uma coisa, Escalo, é ser tentado, outra é cair. Não nego que é possível haver no júri, convocado para julgar um criminoso, sobre doze jurados um ou dois ladrões de culpa maior do que a do preso. Só o que é visto é que cai sob a alçada da Justiça. Que sabe a lei das leis que os ladrões fazem para a outros condenar? É muito claro: ao encontrarmos uma jóia, logo nos abaixamos; fora por nós vista. Mas passamos por cima da que os olhos não nos fere, sem nem pensar no fato. Não deveis os delitos atenuar-lhe, alegando meus erros. Dizei-me, antes, que se vier a se dar que eu, que o condeno, cometa crime igual, minha sentença com este julgamento está passada, sem que ninguém se meta de permeio. É preciso, senhor, que ele pereça.

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**



**Vol. 22, nº 2, (2023). Pág. 274 - 300**

Em face das complexidades inerentes aos processos de decidibilidade, infere-se que a atividade dos juízes e dos tribunais se constitui como forma de revelação do Direito vigente. Desta feita, para além do dogmatismo exegético, incumbe ao operador jurídico, inserido em determinada conjuntura histórica, social, cultural e política – e indissociado da subjetividade desta – viabilizar um diálogo possível entre a pluralidade de fontes do Direito ao delinear o sentido da norma na concessão da sentença, ainda que em observância à inegabilidade dos pontos de partida, isto é, à ordem jurídica positivada.

Com efeito, o elemento interdisciplinar do presente ensaio, a partir dos questionamentos acerca do fundamento da autoridade judicial providos pelo Bardo, é uma pertinente ferramenta na explanação a respeito da razão pela qual a discussão teórica e doutrinária acerca da atividade judicante deve ser impulsionada, a fim de que não se persista restrita à análise de dispositivos legais de carácter geral e abstrato. Para tanto, fez-se salutar rememorar conceitos e construções doutrinárias que se manifestam como essencialidades da Teoria Geral do Direito, enquanto base, também, para o entendimento da práxis jurídica e das dinâmicas argumentativas.

## **REFERÊNCIAS**

ADEODATO, João Maurício. **Adeus à separação de poderes?** In: ADEODATO, João Maurício. *A retórica constitucional – sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo*. São Paulo: Saraiva, 2008.

ADEODATO, João Maurício. **Pressupostos e Diferenças de um Direito Dogmaticamente Organizado**. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre*, v. 20, p. 193-211, out. 2001.

ALVES, José Carlos M. **Direito Romano**. São Paulo: Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9786559640645. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640645/>. Acesso em: 24 jul. 2023.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Editora: UnB, 1999.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 26 jul. 2023.

CARDOZO, Benjamin. **A natureza do processo judicial**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 1-2 (primeira conferência).

DE MACÊDO, Lucas Buriel. **Contributo para a definição de ratio decidendi na teoria brasileira dos precedentes judiciais**. Revista de Processo, v. 234, n. 2014, p. 303-327, 2014.

DE PAULA, Jônatas Luiz Moreira; RIBAS, Maristela Silva Fagundes. **A ratio decidendi e a sua adequação ao caso concreto**. Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR, v. 19, n. 1, 2016.

DIÓGENES, Kennedy L. **O desuso revoga a lei?**. Revista UNI-RN, v. 1, n. 2, p. 151-151, 2002.

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

FEITOSA, Enoque. **Uma abordagem filosófica do papel das convicções do julgador no processo de tomada de decisão**. Argumentos: Revista de Filosofia. Fortaleza, ano 10, n. 19, p.94-101, jan.-jun. 2018.

FELISMINO, Lia Cordeiro. **Pluralismo jurídico: um diálogo entre os pensamentos emancipatórios de Boaventura de Sousa Santos e Antônio Carlos Wolkmer**. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI, v. 9, p. 10-11, 2010.

GRAU, Eros R. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.





**Vol. 22, nº 2, (2023). Pág. 274 - 300**

HELIODORA, Bárbara. **Falando de Shakespeare.** (Teatro - Coleção 'Estudos'-  
Dirigida por J. Guinsburg. Prefácio: Gerd Bornheim, vol. 155). São Paulo: Perspectiva;  
Brasília: MEC; Rio de Janeiro: FUNARTE e Cultura Inglesa, 1997.

HESSE, Konrad; MENDES, Gilmar Ferreira. **A força normativa da Constituição.**  
1991.

JR., Tercio Sampaio F. **Argumentação Jurídica.** São Paulo: Editora Manole, 2016.  
*E-book.* ISBN 9788520451267. Disponível em:  
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520451267/>. Acesso em: 23 jul. 2023.

JR., Tercio Sampaio F. **Função social da dogmática jurídica.** São Paulo: Grupo  
GEN, 2015. *E-book.* ISBN 9786559770847. Disponível em:  
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559770847/>. Acesso em: 24 mar. 2023.

JHERING, Rudolf von. ***L'esprit du droit romain.*** 10eme. Edition. Paris: Marescq,  
1953, tome premiere, titre II, chap. 2º, vol. 1, p. 30: Méthode de l'histoire du droit (edição  
facsimilar).

KELSEN, H. **Teoria pura do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2001.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. **O sistema de precedentes vinculantes  
e o incremento da eficiência na prestação jurisdicional:** aplicar a ratio decidendi sem  
rediscuti-la. *In:* Revista de Processo. 2016. p. 341-356.

Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Institui o Código de Processo Civil.** Diário  
Oficial da União, Brasília, DF, 17 março 2015. Disponível em  
[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 27 jul.  
2023.

Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Institui a Lei de Introdução às Normas do**



**Vol. 22, nº 2, (2023). Pág. 274 - 300**

**Direito Brasileiro.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 9 setembro 1942. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm). Acesso em: 05 ago. 2023.

MACHADO, Luiz. **Pode existir direito alternativo?**. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 5, p. 238-244, 2002.

MITIDIERO, D. **Precedentes: da persuasão à vinculação.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MONTESQUIEU, Charles. **O Espírito das Leis.** 9ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. E-book. ISBN 9788502105232. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502105232/>. Acesso em: 25 jul. 2023.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Da vocação de nossa época para a legislação e a ciência do Direito.** Madrid: Aguilar, 1970.

SHAKESPEARE, William. **Measure for measure.** *In: The complete Works.* New York: P. F. Collier and Son Co., s/d, p. 107-137

\_\_\_\_\_. **Medida por medida** (Traducción, prólogo y notas por Maria Enriqueta González Padilla). México (DF): UNAM, 2008.

SHAKESPEARE, William. **Medida por Medida.** Ridendo Castigat Mores. Rio de Janeiro: Ebooks Brasil, 2000. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/medida.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2023.

STRECK, L.; ABOUD, G. **O NCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando?** *In: DIDIER JR., Fredie (coord.) et al. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Vol. 3. Precedentes.* Salvador: Juspodivm, 2015.

STRECK, Lenio L.; TRINDADE, André K. **Os Modelos de Juiz: Ensaio de Direito e Literatura.** São Paulo: Grupo GEN, 2015. *E-book.* ISBN 9788597000207. Disponível em:



**Vol. 22, nº 2, (2023). Pág. 274 - 300**

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597000207/>. Acesso em: 09 ago. 2023.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Brasília: UnB / São Paulo: IOESP, 1999, vol. 2º.

WOLKMER, Antônio C. **Pluralismo Jurídico - Fundamentos de uma nova cultura do direito**, 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. E-book. ISBN 9788502228375. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502228375/>. Acesso em: 02 ago. 2023.