

## Releitura do dogma da completude sob a ótica da textura aberta do Direito em H. L. A. Hart <sup>1</sup>

*Reinterpretation of the dogma of completeness from the perspective of Law's open texture theory by H. L. A. Hart.*

Elmer da Silva Marques<sup>2</sup>

### Resumo

Por meio da análise da textura aberta do Direito exposta por H. L. A. Hart pretende-se promover uma releitura do dogma da completude e lacuna no Direito, visando à construção de um conceito estendido de lacuna do Direito que envolva tanto seu aspecto formal – ausência de normas – quanto seu aspecto semântico – ausência de sentido preestabelecido.

**Palavras-chave:** completude do Direito; textura aberta do Direito; filosofia da linguagem.

### Abstract

Through the analysis of the open texture of Law expounded by H. L. A. Hart, this article intends to promote a reinterpretation of the doctrine of full Law and the concept of lack of Law, in order to build an extended concept of lack of Law, involving both formal aspect - no rules - and their semantics - no pre-established meaning.

**Key-words:** doctrine of full Law, open texture of Law, philosophy of language.

## 1 Introdução

Dentre as diversas características comumente ligadas ao positivismo jurídico, a crença de que o Direito seria formado por um corpo normativo completo de normas suficientes para regular toda e qualquer situação é uma das características mais eloquentes da concepção positivista.

Mesmo quando seja evidente a ausência de uma norma jurídica abstrata e previamente posta acerca de uma determinada hipótese, o Direito possuiria métodos de integração, aptos e suficientes para se extrair, do próprio ordenamento jurídico, as regras

---

<sup>1</sup> Artigo recebido em 12 de julho de 2013 e aceito em 2 de outubro de 2013.

<sup>2</sup> Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá. Professor concursado do curso de Direito da Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Email: elmer\_adv@yahoo.com.br.

necessárias para a solução de qualquer situação. Dentre os métodos de integração do Direito, os mais comuns e conhecidos são a analogia, os usos e costumes e a aplicação dos princípios gerais do Direito.

Em geral, a noção de completude do Direito está ligada à ausência de lacunas no corpo do ordenamento jurídico, i. e., à presença de todas as normas jurídicas que os tribunais necessitam para promover o julgamento dos casos levados ao Judiciário, ainda que as normas devam ser extraídas da aplicação de métodos de integração.

Pretende-se demonstrar, entretanto, que a noção de completude do Direito não pode ser firmada apenas tendo em vista a existência ou não de normas jurídicas abstratas previamente postas no ordenamento jurídico, mas também que a completude do Direito pode ser atacada por outra “espécie de lacuna”, derivada dos vícios que atingem a linguagem pela qual se manifesta o Direito.

Poder-se-ia, nesse sentido, falar em duas formas de lacunas no ordenamento jurídico: a) lacuna formal, devido à ausência de normas positivadas no corpo do ordenamento jurídico; b) lacuna semântica, devido à ambiguidade e vagueza próprias da utilização da linguagem corrente e da utilização desta pela linguagem técnico-jurídica.

Inicialmente, será exposta a concepção do dogma da completude do Direito e sua função de monopolizar a produção do Direito pelo Estado, demonstrando-se a importância do conceito de completude para a manutenção da unidade da concepção positivista de Direito.

Em seguida, apresentar-se-á a noção de textura aberta do Direito tal qual formulada por H. L. A. Hart e sua vinculação com a teoria da bidimensionalidade da linguagem, exposta principalmente por Kaufmann, particularmente no que se refere ao caráter ideológico de se conceder à linguagem jurídica a característica da univocidade.

Ressalte-se, de antemão, que Hart enquadra-se na corrente que se convencionou denominar de *soft positivism*. Conforme sempre citada lição de Waluchow, o *soft positivism* ou positivismo inclusivo é aquele que considera a possibilidade de se valer de argumentos morais para a determinação do conteúdo legal, isto é, na tentativa de determinar a existência ou o conteúdo de leis válidas. (WALUCHOW, 1994, p. 166) Em seu pós-escrito, ao responder às afirmações de Dworkin, Hart expressamente afirma que em alguns sistemas jurídicos, como o dos Estados Unidos que os critérios últimos de validade jurídica podem incorporar “princípios de justiça ou valores morais substantivos, e estes podem integrar o conteúdo das restrições jurídicas

constitucionais". (HART, 2009, p. 320) Em seguida, ainda em resposta a Dworkin, Hart se inclui entre os adeptos do *soft positivism*:

Em primeiro lugar, ignora minha aceitação explícita de que a norma de reconhecimento pode incorporar, como critérios de validade jurídica, a obediência a princípios morais ou valores substantivos; assim, minha doutrina consiste no que tem sido chamado de "positivismo brando" (*soft positivism*), e não, como quer a versão de Dworkin, num positivismo "dos simples fatos". (HART, 2009, p. 323)

A exposição da teoria da textura aberta do Direito hartiana inevitavelmente força-nos a apresentar, ainda que de forma sumária, as objeções de Dworkin àquela teoria e expor, igualmente de forma sucinta, seu conceito interpretativo de Direito e o de Direito como integridade.

Por fim, pretende-se apresentar uma nova concepção de lacuna do Direito que não diga respeito unicamente à presença ou ausência de normas, mas sim decorrente da textura aberta do ordenamento jurídico.

## 2 O dogma da completude do Direito

A completude do Direito é noção inerente e necessária ao positivismo jurídico, pois mantém a exclusividade do direito positivo (estatal, legislado) como fonte única e exclusiva do Direito. Segurança e certeza jurídica foram os ideais que inspiraram a concepção do sistema positivista do Direito, sendo claro que, para atingir este desiderato, o ordenamento normativo deveria ser amplo, abrangente e completo. (SOUZA, 2005, p. 195)

A completude do Direito é, portanto, característica que possui íntima ligação com o princípio da certeza do direito, exercendo ainda um papel de conciliação com outros dois importantes caracteres do positivismo: "aquele segundo o qual o juiz não pode criar o direito e aquele segundo o qual o juiz não pode jamais recusar-se a resolver uma controvérsia qualquer". (BOBBIO, 1995, p. 207)

Estas características do direito positivo já vinham expressas no art. 4º do Código de Napoleão, que estipulava expressamente que o juiz não poderia recusar-se a julgar sob pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei. Esta disposição legislativa claramente obrigava o juiz a tratar o ordenamento jurídico como um sistema completo, sem lacunas,

coerente, sem antinomias, claro e sem ambiguidades, não dando oportunidade para que surgissem interpretações diversas entre os julgadores. Desta forma, somente diante de um sistema completo “é que o papel do juiz seria conforme à missão que lhe cabe, a de determinar os fatos do processo e daí extrair as consequências jurídicas que se impõem, sem colaborar ele próprio na elaboração da lei”. (PERELMAN, 1998, p. 34-35)

Mas como conciliar o dogma da completude do Direito com claras situações em que o Direito não possui nenhuma regra predisposta a regular o caso? Duas teorias principais surgiram com o objetivo de manter a exclusividade do direito positivo como único direito válido frente às supostas lacunas do ordenamento jurídico.

A primeira teoria, conhecida como teoria do espaço jurídico vazio (Bergbohm, Santi Romano), defende que, se o ordenamento jurídico não regula um fato, é porque ele é juridicamente irrelevante, pertence a um “espaço jurídico vazio”. Não há, assim, lacuna alguma. (BOBBIO, 1995, p. 208)

A segunda teoria, conhecida como teoria da norma geral exclusiva (Zitelmann, Donati), nega a existência de fatos juridicamente irrelevantes, discordando igualmente da existência de lacunas no ordenamento jurídico. Nos casos em que não há uma norma jurídica expressa predisposta a regular a situação, deve-se valer da chamada “norma geral exclusiva”: cada norma jurídica expressa que regula determinados atos está acompanhada de uma segunda norma contida na primeira implicitamente, “a qual exclui da regulamentação da norma particular todos os atos não previstos por esta última e os submete a uma regulamentação jurídica antitética”. (BOBBIO, 1995, p. 209) O ordenamento jurídico estaria, portanto, constituído, além das normas jurídicas expressamente postas e positivadas, também de normas jurídicas secundárias implícitas, que expressam um comando contrário ao da norma primária positivada: “É permitido tudo que não é proibido nem comandado”. Bobbio qualifica esta norma secundária implícita de norma de clausura, “visto que assegura a completude do ordenamento, garantindo a atribuição de uma qualificação jurídica a todos os fatos não previstos pelas outras normas”. (BOBBIO, 1995, p. 209)

A completude do Direito é, portanto, um sustentáculo do positivismo jurídico, porque “admitir que o ordenamento jurídico estatal não era completo significava introduzir um Direito concorrente, quebrar o monopólio da produção jurídica estatal”. (BOBBIO, 1997, p. 121) O dogma da completude do Direito apresenta-se como corolário do desejo de monopolização do Direito por parte do Estado. A maior expressão desse desejo de completude é o movimento de codificação: “a

miragem da codificação é a completude: uma regra para cada caso. O código é para o juiz um prontuário que lhe deve servir infalivelmente e do qual não pode afastar-se". (BOBBIO, 1997, p. 121) De tal forma que "a própria lei já é o todo do Direito e, portanto, esse positivismo primevo irá articular um conceito de Direito que se identifica com a lei". (STRECK, 2010, p. 504)

Ao reservar para si o poder de dizer o Direito, o Estado é capaz de delimitar o Direito do não-Direito, ficando fora do sistema de proteção jurídico aquilo que não lhe interessa: "sorvendo a essência dos fenômenos concretos para configurar, apenas e quando deseja, a *fattispecie*, a característica parasitária do sistema em relação à vida concreta revela-se no proceder de exclusão e de marginalização". (FACCHIN, 2000, p. 213; 215)

A completude do Direito é, desta forma, um conceito fundamental ao positivismo jurídico clássico e de sua função instrumental de assegurar o monopólio da produção jurídica ao Estado e está, classicamente, ligada à percepção de que o ordenamento jurídico possui todas as normas necessárias para a solução judicial de todos os casos levados à solução estatal, ainda que a norma aplicável ao caso concreto tenha de ser construída por intermédio dos métodos de integração previstos pelo próprio ordenamento.

Paradoxalmente, algumas teorias positivistas modernas defendem a existência de lacunas no Direito – como o faz H. L. A. Hart e sua teoria da textura aberta do Direito – enquanto teorias antipositivistas – como a do Direito como integridade e como conceito interpretativo de Dworkin – defendem a completude do Direito, ainda que possa haver uma indeterminação provisória. (ALCALÁ, 2009, p. 132)

### 3. A textura aberta do direito em H. L. A. Hart

A noção de Direito completo, entretanto, não pode ser vista apenas sob a perspectiva da existência ou não de normas jurídicas, pois estas podem até mesmo existir, estando expressamente positivadas no ordenamento jurídico, mas isto não garante que seja capaz, por si só, de regular o caso concreto que demanda sua aplicação.

Nesse sentido, procurar-se-á demonstrar que, mesmo na existência de norma jurídica previamente positivada, abstratamente regulando uma determinada situação, o Direito pode deixar de ser completo devido à ambiguidade, à vagueza ou demais defeitos de linguagem que podem redundar em uma crise de comunicação entre a norma jurídica e seus destinatários.

A questão foi tratada pelo jurista inglês Herbert L. A. Hart identificada pela expressão “textura aberta do direito”. Hart procura descrever o modo como os juristas e as pessoas comuns usam a linguagem do Direito, valendo-se, para tanto, de instrumentos elaborados pela filosofia analítica. Sua concepção jurídica está fundamentada na filosofia da linguagem ordinária de Austin, embora com algumas discordâncias deste. Austin adota a concepção da filosofia da linguagem do segundo Wittgenstein, isto é, concentra seus estudos na análise da linguagem ordinária, e não na linguagem científica ou formalizada. (STOLZ, 2007, p. 102; 115)

Os fundamentos da filosofia da linguagem do segundo Wittgenstein, cujo foco centra-se na análise da linguagem ordinária, é facilmente identificável na exposição de Hart acerca do seu conceito de “textura aberta do Direito”.

Hart considera que o Direito constitui “o principal instrumento de controle social”, pelo qual se transmite “padrões gerais de conduta compreensíveis para multidões de indivíduos”. Conseqüentemente, o direito deve referir-se (preferencialmente, embora não de forma exclusiva), a classes de pessoas, condutas, coisas e circunstâncias, e não a elas de forma individualizada, pois isto seria pouco prático ou possível. Desta forma, o êxito da atuação do Direito sobre “vastas áreas da vida social depende de uma capacidade amplamente difusa de reconhecer certos atos, coisas e circunstâncias como manifestações das classificações gerais feitas pelas leis”. (HART, 2009, p. 161) O Direito deve, portanto, estabelecer termos classificatórios gerais, devido à vastidão da vida social que pretende atingir.

A transmissão dos padrões gerais de conduta pode se valer de duas estratégias principais. A primeira estratégia – a legislação - faz uma aplicação máxima dos termos classificatórios gerais, enquanto a segunda estratégia – o precedente - faz uma aplicação mínima dos termos classificatórios gerais. (HART, 2009, p. 161)

Para exemplificar sua teoria, Hart se vale de um exemplo simples, não-jurídico. Relata o caso de um pai que, ao chegar à igreja com seu filho, emite o seguinte comando: “Ao entrarem na igreja, todos os homens e meninos devem tirar o chapéu”. Um segundo pai, igualmente acompanhado de seu filho ao entrar na igreja, emite o seguinte comando: “Esta é a maneira certa de se comportar em ocasiões como esta”. Ocorre que, tomando por base este exemplo de Hart, ainda quando a transmissão do padrão geral de conduta venha acompanhado de orientações verbais, pode ficar em aberto um amplo leque de possibilidades, como por exemplo, a forma de se retirar o chapéu, se é possível recolocá-lo dentro da igreja etc. (HART, 2009, p. 162)

Hart adverte que, ao contrário do que defendeu grande parte da teoria do direito do século XX, não se poderia afirmar que os exemplos dotados de autoridade (precedentes) possuiriam maior certeza na comunicação que a transmissão de padrões gerais de conduta feita por uma linguagem geral vinculante (legislação), pois em ambos os casos podem surgir incertezas quanto ao tipo de comportamento por elas exigido: “as situações de fato, particulares, não esperam por nós já diferenciadas entre si e rotuladas como exemplos da norma geral cuja aplicação está em pauta; nem a norma geral pode se adiantar para demarcar seus próprios exemplos”. (HART, 2009, p. 163-164)

A imprecisão da linguagem não atingiria apenas a linguagem jurídica. É emblemática a afirmação de Hart de que “não apenas no terreno das normas, mas em todos os campos da existência, há um limite, inerente à natureza da linguagem, para a orientação que a linguagem geral pode oferecer”. (HART, 2009, p. 164)

Hart afirma que, nestes casos, mesmo os chamados “cânones de interpretação” podem não ser suficientes para resolver o problema da imprecisão da linguagem, pois os próprios cânones de interpretação, como “normas gerais para o uso da linguagem” utilizam-se da linguagem que pode necessitar, por sua vez, de interpretação. (HART, 2009, p. 164)

Em seguida, Hart centra-se na questão do contexto para determinar o significado das palavras ao explicar o que entende por caso simples. Nestes, o reconhecimento do significado das palavras se daria de forma “automática”, pois seus termos são familiares, aparecem continuamente em contextos semelhantes, razão pela qual haveria um “juízo consensual quanto à aplicabilidade dos termos classificatórios”. (HART, 2009, p. 164)

Outros casos, entretanto, carecem daquele juízo consensual: são hipóteses em que há uma crise na comunicação. Mesmo seu aparecimento vinculado a um contexto não é suficiente para se determinar seu real significado para a hipótese interpretada, não havendo uma convenção firme ou uma concordância consensual sobre o significado e a extensão dos termos utilizados. Nesta hipótese, Hart apresenta seu ponto de vista que vai se tornar uma das questões mais controversas de sua teoria, amplamente combatida por Dworkin: a de que o juiz, nas hipóteses em que a linguagem jurídica está sujeita à crise na comunicação, não havendo um juízo consensual sobre seus termos, deverá escolher entre as alternativas abertas. (HART, 2009, p. 165) O termo “escolher”, empregado por Hart, constitui um indício de sua conclusão de que, nestes casos, age o juiz discricionariamente ao decidir os casos difíceis.

Para a solução dos casos difíceis, os casos simples assumiriam o papel de fornecer uma “orientação incerta”, não sendo possível utilizar-se do raciocínio silogístico para resolvê-los. A linguagem forneceria ao julgador ampla discricionariedade, de tal forma que, para aplicar a norma em crise de comunicação, aquele exerceria um simples ato de escolha entre os significados possíveis, escolha esta, entretanto, que não será arbitrária ou irracional. (HART, 2009, p. 165)

Assim, tanto o precedente quanto a legislação – ambas como estratégias escolhidas para a transmissão de padrões de comportamento – possuem o que Hart chama de textura aberta. A textura aberta é, igualmente, uma característica geral da linguagem humana: “a incerteza nas zonas limítrofes é o preço a pagar pelo uso de termos classificatórios gerais em qualquer forma de comunicação referente a questões factuais”. (HART, 2009, p. 166)

A textura aberta do direito, consequência natural do uso da linguagem ordinária, é ainda mais acentuada na tentativa humana de normatizar as condutas, à qual se pode adicionar duas desvantagens que aparecem sempre que se pretende regulamentar, antecipadamente, alguma esfera de comportamento por meio de um padrão que possa ser utilizado como orientação geral para condutas específicas futuras: a primeira desvantagem apresentada por Hart é a relativa ignorância sobre os fatos futuros; a segunda desvantagem é a imprecisão do objetivo de regulamentação, pois antecipadamente somente é possível ter-se uma ideia geral e finita das características do mundo, bem como de todas as formas pelas quais os elementos humanos podem se combinar no futuro. (HART, 2009, p. 166)

Desta forma, a linguagem do direito é refém da linguagem corrente, não podendo se libertar da riqueza da realidade: deve, portanto, retratar a riqueza ilimitada da realidade por intermédio de recursos linguísticos limitados. Soma-se a esta circunstância a necessidade de qualificar a descrição da realidade através de valorações. Por tudo isso, afirma Fritjof Haft que a linguagem do direito não pode ser unívoca: deve, ao contrário, ser equívoca, plurívoca. (HAFT, 2002, p. 314)

Embora não fale em discricionariedade judicial, Perelman parece ter um posicionamento semelhante ao de Hart, ao afirmar que os raciocínios jurídicos dotados de controvérsia devem ser resolvidos por intermédio de uma “solução mediante autoridade (autoridade da maioria ou autoridade das instâncias superiores)”. (PERELMAN, 1998, p. 8) Ao contrário do raciocínio lógico-dedutivo, a solução dada à controvérsia do raciocínio jurídico só muito raramente pode ser considerada correta ou incorreta, razão pela qual Perelman afirma que

o raciocínio jurídico é dotado da característica da relatividade. A solução para estes casos jurídicos controversos estaria, na opinião de Perelman, não no “resultado da aplicação indiscutível de uma regra inconteste”, mas sim na “confrontação de opiniões opostas e de uma decisão subsequente, por via de autoridade”. (PERELMAN, 1998, p. 8-9)

No Direito pátrio, Luís Roberto Barroso ataca o que denomina de crença iluminista no poder absoluto da razão, apontando dois grandes abalos àquela crença: o primeiro, advindo do materialismo histórico marxista que apontou ser a razão prisioneira da ideologia, fruto de um conjunto de valores introjetados e imperceptíveis que condicionam o pensamento e a vontade; o segundo advindo do pensamento freudiano, que submete a razão humana ao poder invisível que controla o psiquismo, chamado por Freud de inconsciente. (BARROSO, 2003, p. 6-7) Estes abalos põem por terra o imaginário do conhecimento científico que não é possível ser atingido pelo Direito, imaginário constituído por duas características inafastáveis do verdadeiro conhecimento científico: a neutralidade e a objetividade. E conclui:

A objetividade possível do Direito reside no conjunto de possibilidades interpretativas que o relato da norma oferece. [...] Daí a constatação inafastável de que a aplicação do Direito não é apenas um ato de conhecimento – revelação do sentido de uma norma pré-existente -, mas também um ato de vontade – escolha de uma possibilidade dentre as diversas que se apresentam. (BARROSO, 2003, p. 9)

A tese de Hart sobre a textura aberta do Direito pode ser considerada uma tese de indeterminação moderada da linguagem jurídica (FLORES, 2011, p. 150), pois afirma que nos casos fáceis (*easy cases*), não haveria indeterminação da linguagem, mas apenas nos casos difíceis (*hard cases*). A mesma indeterminação moderada pode ser encontrada em outra perspectiva de Hart: a lei é determinada em seu núcleo (*core*), mas indeterminada em sua penumbra (*penumbra*). (HART, s.d., p. 123) O Direito, portanto, é apenas parcialmente indeterminado ou incompleto para Hart.

Hart reconhece a existência de “áreas de comportamento que se podem controlar com êxito, *ab initio*, por meio de normas que exigem ações específicas e têm apenas uma pequena margem de textura aberta, em vez de um padrão variável”. Como exemplo, Hart aponta a norma que proíbe o ato de matar um ser humano, pois, neste caso, “o ato de matar, por assim dizer, *domina* os outros fatores que possam acompanhá-lo”. (HART, 2009, p. 172-173) São os chamados “casos fáceis” (*easy cases*) que se contrapõem aos casos difíceis (*hard cases*).

Esta contraposição entre “casos fáceis-casos difíceis” e “núcleo-penumbra” permite a Hart posicionar-se em um meio-termo ótimo: concorda que há alguns casos que possuem um núcleo de certeza e de significado estabelecido, ao mesmo tempo em que reconhece a existência de casos que estão em uma penumbra de significação, para os quais não há uma resposta certa pois sua solução depende da escolha de significados feita pelo julgador. Hart posiciona-se, assim, em um meio-termo entre o realismo, qualificado por ele como “pesadelo” (*nightmare*) - ruim demais para ser lembrado (*too bad to remember*) - em clara referência ao realismo jurídico norte-americano que defende a criação do direito pela decisão judicial (Oliver Holmes, Jerome Frank, Karl N. Llewellyn), e o idealismo, corrente para a qual o juiz nunca cria o direito, sempre declara um direito pré-existente (Roscoe Pound, Ronald Dworkin), qualificado por ele como um nobre sonho (*noble dream*) - bom demais para ser verdade (*too good to be true*). (FLORES, 2011, p. 160-161)

Com esta concepção, Hart permite que o Direito cumpra com duas necessidades sociais: uma, referente à necessidade de certas regras, com grau razoável de certeza, que podem ser entendidas e aplicadas pelos próprios cidadãos sem necessidade de intervenção estatal, em clara referência à necessidade de segurança jurídica; outra, a necessidade de se deixar a oportunidade em aberto, para futuro estabelecimento de sentido, por uma escolha oficial dos tribunais, acerca de situações que somente podem ser apreciadas e estabelecidas quando da consideração de um caso concreto. (HART, s. d., p. 130).

Atenta-se, entretanto, que a discricionariedade judicial não pode ser arbitrária ou ilimitada: embora a regra possua uma textura aberta sobre a qual o julgador deve exercer uma escolha, a regra possui também um núcleo de sentido estabelecido do qual o julgador não pode se desviar. (HART, 2009, p. 186) O núcleo de sentido estabelecido das normas fornece aos julgadores padrões de decisão judicial correta, padrões estes que os tribunais não têm liberdade de ignorar no momento de escolha de sentido, tendo sua atividade criadora claramente limitada. (HART, 2009, p. 188)

Ademais, o poder discricionário de escolha somente é exercido pelo judiciário para decidir casos específicos, e não para promover amplas reformas legislativas, de tal forma que “seus poderes são *intersticiais*, além de sujeitos a muitas restrições substantivas”. (HART, 2009, p. 352)

Com estas limitações à arbitrariedade judicial, pensamos não ser correta compreender a discricionariedade judicial hartiana como uma variante do decisionismo schmittiano, que compreende a decisão como um ato de vontade (*act of will*). (SCHMITT, 2004, p. 59)

#### **4. A bidimensionalidade da linguagem: a univocidade como tentativa de monopólio estatal da significação das normas**

A influência da linguagem vai muito além de ser considerada mera expressão do Direito. Além de ser o veículo de expressão do Direito, a linguagem constitui o próprio Direito. O Direito é um mundo específico, particularizado, que é um produto da linguagem, isto é, só se torna mundo através da linguagem. Uma vez que nenhuma pessoa tem a mesma linguagem que a outra, também ninguém tem a mesma concepção de mundo que o outro. Esta constatação se aplica também aos juristas, podendo se falar, portanto, de uma “mundividência dos juristas”. Sendo assim, “nenhum jurista tem a mesma ‘visão’ do Direito que o seu colega, nenhum usa a mesma linguagem, aliás a linguagem é, em quase todos os casos, demasiado imprecisa para que se possa determinar de forma rígida o uso linguístico”. (KAUFMANN, 2004, p. 163).

É oportuna a lembrança da chamada bidimensionalidade da linguagem, ou seja, ao entendimento de que a linguagem movimenta-se em dois planos: um plano horizontal ou linear e um plano vertical ou transcendental. No plano horizontal ou linear da linguagem lida-se com sua dimensão racional-categorial, também entendida como linguagem digital. Neste plano, a linguagem expressa-se de forma unívoca, valendo-se da exatidão lógico-formal que deve ser alcançada através da abstração e das regras linguísticas, utilizando-se, preferencialmente, de linguagens artificiais. Trata-se da conhecida função operativa ou signica da linguagem. Por sua vez, no plano vertical ou transcendental, toma-se a linguagem em sua perspectiva intencional-metafórica, valendo-se então de uma linguagem analógica. Neste plano, lida-se com o sentido lógico-transcendental da linguagem, marcada pela falta de univocidade e de exatidão lógico-formal. A função da linguagem, neste plano, é comunicativa ou simbólica. (KAUFMANN, 2004, p. 170)

Nestes termos, tanto a linguagem corrente quanto a linguagem técnico-jurídica (a linguagem jurídica não seria científica, pois lhe faltaria regras explícitas de sintaxe e semântica), são linguagens bidimensionais nas quais se entrelaçam ambas as dimensões – horizontal e vertical.

Se a linguagem jurídica fosse verticalmente unidimensional, seria “tão plurissignificativa que não se poderia mais designar e compreender com ela” (KAUFMANN, 2004, p. 171); por outro lado, se fosse horizontalmente unidimensional, possuidora de uma univocidade absoluta (própria das linguagens artificiais idealizadas), estaria fadada à separação de toda referência à realidade, faltando-lhe a historicidade e referência ao real imprescindível à linguagem jurídica. (KAUFMANN, 2004, p. 171; 183)

Vislumbra-se, portanto, que a textura aberta do direito a que se refere Hart é própria da dimensão vertical da linguagem pela qual se expressa o Direito. (HART, 2002, p. 315) Entretanto, a textura aberta do direito (ou sua dimensão vertical), não pode, necessariamente, ser considerada uma desvantagem ou defeito da linguagem jurídica: deve-se, na verdade, reconhecer que “a equivocidade da linguagem (corrente) garante a sua flexibilidade, a sua dinâmica, a sua riqueza de nuances, em suma: a sua vitalidade e historicidade”. (KAUFMANN, 2004, p. 174)

Portanto, a dimensão vertical da linguagem, a textura aberta do Direito, a mundividência plural dos juristas não pode ser considerada um defeito ou uma desvantagem da linguagem técnico-jurídica: ao contrário, são estas características que promovem a ligação do texto legal com a realidade, que permite a adaptação daquele às peculiaridades da situação concreta.

O dogma da completude, além de visar ao monopólio do Direito estatal, tem por efeito (talvez inconscientemente desejado), promover a proibição de os juristas discutirem e modificar o sentido da norma legal, adaptá-las segundo a justiça do caso concreto. A completude (seja no sentido de ordenamento jurídico completo, seja no sentido de linguagem jurídica unívoca), tem por consequência a imposição de ideias fixas, sentidos imutáveis proporcionadores de extrema segurança jurídica através da exata determinação do jurídico (BARZOTTO, 2003, p. 138), redundando, em síntese, como meio de obtenção do controle social. No dizer de Warat, “a certeza e a completude são as duas formas mais perversas da castração”. (WARAT, 2000, p. 18)

Essa pretensão positivista de completude, de possuir um método seguro de produção do conhecimento jurídico, é fruto da aposta positivista em uma “racionalidade teórica asfixiante que isolava todo contexto prático de onde as questões jurídicas realmente haviam emergido”. (STRECK, 2010, p. 507)

A adoção-aceitação da textura aberta do direito, o reconhecimento da plurissignificação dos conceitos, a admissão de que a mudança de sentido é inerente à mudança

da realidade e que este vir-a-ser não tem fim, facilita a liberação da castração simbólica, cuja consequência é a “proliferação do plural das significações”. (WARAT, 2000, p. 16)

Além de promover o monopólio do Direito estatal, o dogma da completude (aqui considerado no sentido de negação da textura aberta do Direito), é instrumento do monopolizador jurídico que visa proibir a linguagem que não está prevista e sancionada. Nesse sentido, “o discurso jurídico existe para fazer crer que há menos autoritarismo”. (WARAT, 2000, p. 16)

Hart igualmente vislumbrou essa asfixia da racionalidade teórica, a castração de sentido waratiana, afirmando que o sentido da norma pode ser congelado. Hart afirma existir um vício na teoria do direito que ele denomina de “formalismo” ou “conceptualismo”, que consistiria em uma atitude perante as normas jurídicas “que busca, após a edição da norma geral, simultaneamente disfarçar e minimizar a necessidade de tal escolha”. (HART, 2005, p. 168) Hart está se referindo, aqui, à escolha de sentido realizada de forma discricionária pelo julgador, conforme exposto anteriormente. Esta forma de agir é que promoveria o congelamento do sentido da norma “de tal maneira que seus termos gerais devam ter o mesmo sentido em todos os casos em que esteja em pauta sua aplicação”. (HART, 2005, p. 168) Em consequência,

Isso assegura alguma certeza ou previsibilidade, ainda que à custa de prejudicar cegamente o que fazer numa gama de casos futuros cuja natureza ignoramos. Assim realmente conseguimos resolver antecipadamente, mas no escuro, problemas que só podem ser solucionados de modo razoável quando surgem e são identificados. [...] A consumação desse processo é o ‘paraíso dos conceitos’ do jurista e seria alcançada quando se pudesse atribuir a um termo geral o mesmo sentido, não apenas em todas as aplicações de uma única norma, mas também todas as vezes que o termo surgisse em qualquer norma do sistema jurídico. Nenhum esforço seria então exigido, ou feito, para interpretar o termo à luz das diferentes questões em jogo, em suas várias recorrências. (HART, 2005, p. 168-169)

A virada linguística promovida pela filosofia da linguagem, principalmente por Wittgenstein e Heidegger, tornou claro, no dizer de Streck, que as palavras da lei não são unívocas, mas plurívocas, de forma que “o ‘elo’ (imanência) que ‘vinculava’ significante e significado está irremediavelmente perdido nos confins da viragem linguística ocorrida no campo da filosofia”. (STRECK, 2004, p. 96)

Por esta perspectiva, Streck afirma que sentidos contrários podem ser, ambos, verdadeiros. O sentido dado à norma jurídica é, assim, heterônimo, e não autônomo: o sentido

vem de fora e é atribuído pelo intérprete. (STRECK, 2004, p. 96) Em sentido semelhante ao “paraíso dos conceitos” exposto por Hart é o posicionamento de Streck:

[...] a dogmática jurídica sofre ainda de uma compulsiva lógica da aparência de sentidos, que opera como uma espécie de garantia de obtenção, em forma retroativa, de um significado que já estava na lei desde sua promulgação. [...] há uma constante busca do “correto sentido da norma”, um sentido “dado”, um “sentido-em-si”, enfim, uma espécie de “sentido-primevo-fundante”. (STRECK, 2004, p. 96)

Em síntese provisória, adotar-se-á a textura aberta do Direito exposta por Hart como manifestação do sentido vertical da linguagem (caráter bidimensional), como uma das formas possíveis de lacuna do ordenamento jurídico. Assim como a lacuna formal (ausência de norma predisposta), a textura aberta do Direito é ameaça ao desejo de controle estatal da produção jurídica e que foge ao controle dos métodos de integração do Direito classicamente previstas pelo próprio ordenamento.

## 5. A imprecisão do Direito e a crítica de Dworkin

Tornaram-se célebres as controvérsias teóricas existentes entre Hart e Dworkin sobre várias questões acerca da elaboração de uma teoria geral do Direito. Para o que nos interessa neste trabalho, cabe-nos verificar o entendimento de Dworkin sobre a eventual textura aberta do Direito e sua concepção de Direito como integridade.

Dworkin afirma que está equivocado o entendimento de que do fato de as palavras serem imprecisas decorrerá necessariamente a consequência de que o Direito será indeterminado. Dworkin passa a denominar esse entendimento como “o argumento da imprecisão”. (DWORKIN, 2001, p. 188). Para Dworkin, esta suposição estaria errada, “pois os critérios de um jurista para estabelecer o impacto de uma lei sobre o Direito podem incluir cânones de interpretação ou explicação legal que determinam que força se deve considerar que uma palavra imprecisa tem numa ocasião particular”. (DWORKIN, 2001, p. 189) O impacto que a lei (e, portanto, sua linguagem) tem sobre o Direito poderia ser determinado pela seguinte pergunta: qual, dentre as diferentes possibilidades de sentido que o texto abstrato da lei permite, promoveria melhor o conjunto de princípios e políticas que oferecem a melhor justificativa política para a lei na época em que foi votada? Poder-se-ia considerar, ainda, que na hipótese de uma lei

utilizar-se de uma linguagem imprecisa, haveria apenas o regulamento da situação que se encaixe no sentido incontroverso da linguagem empregada. Estes dois argumentos apresentados por Dworkin seria, segundo ele próprio, a prova de que “a imprecisão na linguagem jurídica consagrada não garante a indeterminação das proposições de Direito”. (DWORKIN, 2001, p. 190)

Afirma ainda Dworkin que do fato de a lei conter termos imprecisos não decorre a consequência de que a questão jurídica a ser resolvida é imprecisa também: a imprecisão da linguagem apenas tornaria mais provável que os juristas discordem quanto ao conteúdo e extensão da norma jurídica que se a norma contivesse apenas termos imprecisos: neste caso, haveria uma discordância, entre os juristas, quanto às técnicas de interpretação e explicação usadas para responder a tais questões. (DWORKIN, 2001, p. 194)

Em seguida, Dworkin analisa como as diversas teorias do positivismo jurídico (dentre as quais a de Hart) analisam as hipóteses em que não há uma regra clara – seja no ordenamento jurídico positivado, seja nos precedentes judiciais – para resolver os casos em que surgem controvérsias sobre a melhor solução a ser apresentada. Para tanto, analisa aquilo que ele chama de “duas defesas típicas do positivismo”. A primeira defesa das teorias positivistas afirma que o verdadeiro argumento sobre o direito deve ser empírico, e não teórico, de modo que, nestes casos, o “direito”, ou melhor, “as instituições jurídicas precedentes”, simplesmente não havia posto nenhuma norma jurídica para resolver a questão. (DWORKIN, 2003, p. 46) A segunda defesa apresentada pelas teorias positivistas afirma que a existência de “casos nebulosos ou limítrofes” deriva do fato de as regras para o uso de palavras não serem precisas e exatas, de tal forma que as pessoas falariam de maneira diferente entre si. Desta forma, os juristas discordariam quanto à solução a ser dada aos casos difíceis devido à divergência quanto ao significado e às regras de uso das palavras. Dworkin afirma que, para este entendimento, a divergência sobre o conteúdo do direito seria, na verdade, uma divergência “puramente verbal”. (DWORKIN, 2003, p. 48-49) Evidentemente, Dworkin está fazendo referência à textura aberta do Direito exposta por Hart.

Dworkin critica radicalmente esta segunda defesa do positivismo, qualificando-a de “pior que um insulto”, pois reduz a discussão jurídica a um simples debate sobre onde a linha divisória sobre o significado de um termo deve ser traçada, quando na verdade a discussão é muito maior que isso, a discussão é sobre o conteúdo do direito, sobre o que o direito realmente é. As discussões divergem “sobre aquilo que torna uma proposição jurídica verdadeira, não somente na superfície, mas em sua essência também”. (DWORKIN, 2003, p. 51-52)

Dworkin rejeita frontalmente o posicionamento de Hart acerca do poder discricionário do julgador em escolher entre um ou outro sentido possível da norma. Dois argumentos principais são utilizados: um argumento democrático, pelo qual o juiz estaria violando a separação de poderes, assumindo a função do legislador; e um argumento liberal, pelo qual não é possível aplicar retroativamente uma regra que somente foi criada na sentença. (DWORKIN, 2001, p. 17 e ss)

Ao contrário de Hart, haveria para Dworkin uma resposta correta (*one right answer*) para todos os casos, inclusive para os casos difíceis (*hard cases*). Para encontrar a resposta correta, Dworkin invoca a aplicação dos princípios (e não apenas das regras, como fariam, sempre na visão de Dworkin, as teorias positivistas). Cabe ao julgador encontrar, em algum “conjunto coerente de princípios” que informa o ordenamento jurídico, “a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade.” (DWORKIN, 2003, p. 305)

Dworkin apresenta o seguinte exemplo: uma comunidade que segue um conjunto de “regras de cortesia”, dentre elas a de que os camponeses devem tirar o chapéu na frente dos nobres. Inicialmente, esse conjunto de regras não é questionado, assumindo uma posição de tabu. Mas aos poucos a comunidade passa a desenvolver uma complexa atitude “interpretativa”, atitude esta composta por dois componentes: a) o primeiro componente seria constituído pelo pressuposto de que “a prática da cortesia não apenas existe, mas tem um valor, serve a algum interesse ou propósito, ou reforça algum princípio – em resumo, tem alguma finalidade”; b) o segundo componente seria constituído pelo pressuposto adicional de que as exigências da cortesia não seriam sempre aquilo que se imaginou que elas fossem: pelo contrário, as exigências de cortesia seriam suscetíveis de mudança frente à sua finalidade, de tal modo que as regras de cortesia devem ser “compreendidas, aplicadas, ampliadas, modificadas, atenuadas ou limitadas segundo essa finalidade”. E arremata Dworkin: “Quando essa atitude interpretativa passa a vigorar, a instituição da cortesia deixa de ser mecânica; [...] As pessoas agora tentam impor um *significado* à instituição – vê-la em sua melhor luz – e, em seguida, reestruturá-la à luz desse significado”. (DWORKIN, 2003, p. 57-58)

Ambos os elementos da atitude interpretativa são independentes um do outro de tal forma que a compreensão de que a prática possui uma finalidade, pode não ter como consequência a modificação daquela prática. Mas com a existência do segundo componente, a interpretação passa a decidir “não apenas por que a cortesia existe, mas também o que,

devidamente compreendida, ela agora requer. Valor e conteúdo se confundem". (DWORKIN, 2003, p. 58)

O Direito, para Dworkin, é um conceito interpretativo, seu conteúdo, como visto no exemplo fictício acima, depende do conteúdo das interpretações realizadas, de tal forma que

quando a atitude interpretativa se desenvolve plenamente, as pessoas começam a exigir, a título de cortesia, formas de deferência anteriormente desconhecidas, ou a desprezar ou rejeitar formas anteriormente reverenciadas, sem nenhum sentido de revolta, afirmando que o verdadeiro respeito é mais bem observado por aquilo que elas fazem que por aquilo que outros fizeram. A interpretação repercute na prática, alterando sua forma, e a nova forma incentiva uma nova reinterpretação. Assim, a prática passa por uma dramática transformação, embora cada etapa do processo seja uma interpretação do que foi conquistado pela etapa imediatamente anterior. (DWORKIN, 2003, p. 59)

Mas o conceito de Direito como integração de Dworkin somente pode ser corretamente compreendido ao se invocar outro aspecto central de sua teoria: a coerência do Direito, que seria obtido através da noção de integridade. Para explicar esse conceito, Dworkin promove uma comparação entre literatura e direito e cria um gênero literário artificial que denomina de romance em cadeia (*chain novel*). (DWORKIN, 2003, p. 275) Neste gênero literário fictício, diversos autores seriam convidados a escrever um romance em série, isto é, cada autor escreveria um capítulo. Os autores subsequentes, para escreverem seu capítulo, deveriam interpretar os capítulos precedentes, de modo que o novo capítulo a ser escrito esteja coerente com os que lhes precedem. (DWORKIN, 2003, p. 275-276)

Assim também aconteceria com o Direito: ao julgar, o juiz deve levar em consideração os princípios que fundamentam a estrutura normativa presente e, ao tomar uma decisão, esta deve estar coerente com a história do Direito, com sua estrutura normativa, mantendo a integridade do Direito como uma prática social coerente. Desta forma, "a verdadeira história política" da comunidade terá o papel de se converter em restrição às convicções políticas do julgador. (DWORKIN, 2003, p. 305) Ao julgar os casos difíceis (*hard cases*), o juiz "deve fazer uma escolha entre as interpretações aceitáveis, perguntando-se qual delas apresenta sua melhor luz, do ponto de vista da moral política, a estrutura das instituições e decisões da comunidade – suas normas públicas como um todo". (DWORKIN, 2003, p. 306)

Tratou-se de uma exposição sumária sobre o conceito de Direito para Dworkin, mas suficiente para os propósitos deste trabalho. A contraposição de sua teoria para com a de Hart é

evidente: há uma total discordância com o conceito de textura aberta do Direito exposta por Hart e a tese segundo a qual o julgador teria o poder discricionário de escolher entre os sentidos possíveis da norma.

A rejeição da concepção hartiana por Dworkin é sustentada pela invocação dos princípios que embasam e permeiam o ordenamento jurídico, que devem ser extraídos pelo julgador da análise da estrutura normativa existente. O julgador estaria irremediavelmente vinculado aos princípios que informam o Direito, estando sujeito a interpretá-los, ao decidir o caso concreto, da forma a melhor efetivar o direito que já existe no ordenamento jurídico, mantendo, assim, a integridade do ordenamento.

## 6. Conclusão

É clássico o entendimento de que o ordenamento jurídico seria completo devido à presença de normas jurídicas aptas e suficientes para solucionar todo e qualquer caso levado ao Judiciário para resolução, ainda que para tanto, tenha de se valer de instrumentos de integração do Direito. O Direito não possuiria lacunas.

Ocorre que não basta a existência de normas jurídicas abstratas previamente estabelecidas para que se possa falar em ordenamento jurídico completo. Isto ocorre porque o Direito é expresso por meio da linguagem. A linguagem utilizada, ainda que técnica, é composta pelos mesmos recursos da linguagem ordinária, sendo inevitavelmente atingida pela falta de univocidade dos signos.

Entretanto, o conceito de lacuna do direito não pode ficar restrito à inexistência de norma jurídica previamente estabelecida: o conceito de lacuna do direito pode ser construído igualmente sob a perspectiva da textura aberta do Direito exposta por Hart.

Constrói-se, aqui, um conceito de lacuna do Direito sob a perspectiva da filosofia da linguagem, amparada na teoria da bidimensionalidade da linguagem e sua inafastável pluralidade de significados.

A dimensão vertical da linguagem, a plurissignificação das normas jurídicas, a falta de univocidade dos sentidos, a mundividência dos juristas, intérpretes do ordenamento jurídico, são

características que, por si só, são capazes de transformar o ordenamento jurídico em um *corpus* lacunoso.

As lacunas podem atingir o ordenamento jurídico não apenas no seu aspecto formal (ausência de norma predisposta), mas também em seu aspecto semântico. Assim como as teorias positivistas clássicas negaram a existência de lacunas (formais) no ordenamento jurídico, também tendem a negar a existência de lacunas semânticas, pois a textura aberta do Direito constituir-se-ia igualmente em ameaça ao desejo de controle estatal da produção jurídica, tal qual as lacunas formais também constituem: “Admitindo-se a estrutura aberta da linguagem, a pretensão de regulação de todas as possíveis condutas por meio de regras abstratas se mostra inviável, cabendo ao sistema jurídico lidar com essa indeterminação diante de sua tarefa inescapável de decidir”. (CARVALHO NETTO, SCOTTI, 2011, p. 48)

Muito embora Dworkin negue a textura aberta do Direito e a concepção de que este seria indeterminado devido à dimensão vertical da linguagem, sua concepção de Direito como conceito interpretativo está irremediavelmente vinculada a uma concepção criativa e construtiva, como afirmado por ele próprio. (DWORKIN, 2003, p. 61-63)

Embora o direito das partes já se encontre no Direito, devendo ser construído interpretativamente pela análise do conjunto dos princípios que fundamentam e estruturam o ordenamento jurídico, entendemos que, se não houvesse lacunas semânticas no ordenamento jurídico, se as normas que constituem o corpo normativo tivessem, para todas as situações levadas ao Judiciário, um sentido determinado, não seria necessária a elaboração de um novo capítulo na cadeia do Direito de Dworkin. O próprio exemplo das “regras de cortesia” apresentado por Dworkin e acima descrito demonstra que as práticas sociais (*in casu*, retirar o chapéu na frente dos nobres) podem sofrer uma nova interpretação e sofrer mudanças com o tempo. Isso demonstra claramente a porosidade e abertura do texto jurídico frente às mudanças sociais, mudanças estas refletidas na nova construção hermenêutica que se fez da norma de conduta.

Não se está aqui defendendo a discricionariedade do juiz na fixação/escolha dos significados, nem muito menos atacando a integridade do Direito concebida por Dworkin: pretende-se, apenas, demonstrar que o Direito, ainda que provisório, possui lacunas, é indeterminado, possui uma plurissignificação que compõe sua textura aberta.

O próprio conceito interpretativo de Direito garante um contínuo vir-a-ser, uma necessidade constante de novas interpretações, mais refinadas e construídas sob uma “melhor

luz”, segundo as palavras de Dworkin, o que demonstra, mais uma vez, o caráter semanticamente lacunoso do Direito.

De acordo com a perspectiva interpretativa de Dworkin, o Direito nunca é incompleto ou indeterminado, porque o Direito explícito estabelecido e identificado segundo as fontes sociais é também constituído pelo Direito implícito, constituído pelos princípios jurídicos, identificados unicamente através da interpretação construtiva da prática social do Direito. A presença dos princípios implícitos impedem a indeterminação ou incompletude do Direito. “Estes princípios são aqueles que se adaptam (concordam ou sintonizam) melhor à história institucional e às práticas do Direito explícito do sistema jurídico e que, ademais, proporcionam, também, sua melhor justificação moral”. (ALCALÁ, 2009, p. 142)

Mas Dworkin escapa dessa aparente contradição na medida em que a estrutura principiológica do Direito, embora indeterminada em abstrato, seria determinável em concreto, ainda que aberta hermeneuticamente à construção intersubjetiva dos sentidos das normas universalistas positivadas enquanto direitos fundamentais. (CARVALHO NETTO, SCOTTI, 2011, p. 59)

Dworkin escapa do caráter decisionista (para alguns existente em Hart) justamente ao reconhecer a normatividade dos princípios, cujo caráter geral e abstrato seria afastado pela densificação promovida pelo intérprete:

A perspectiva decisionista a que chega o positivismo em face da reconhecida indeterminação das regras é rechaçada assim pelo caráter normativo dos princípios jurídicos que, embora muito gerais e abstratos, exigem do intérprete densificação, com especial atenção à história institucional e à sistematicidade do conjunto de princípios reciprocamente vinculados do Direito. (CARVALHO NETTO, SCOTTI, 2011, p. 60)

Entretanto, a textura aberta do Direito evidencia-se, ainda mais fortemente, nos princípios, tão invocados por Dworkin, decorrentes de sua própria natureza de cânones de interpretação e mandados de otimização, possuidores de um elevado grau de generalidade (ALEXY, 2002, p. 83).

Como mandados de otimização, os princípios determinam que algo seja realizado na melhor medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. (ALEXY, 2002, p. 86) Ora, a “melhor medida possível”, a ser realizada de acordo com as “possibilidades”, somente pode

ser determinada quando da análise do caso concreto a ser julgado. Não pode, ou dificilmente poderá ser definida *a priori*. Não pode ter seu exato sentido definido de forma estável, unívoco, a fim de se aplicar a “melhor medida possível” da mesma forma para todos os casos.

Desta forma, acreditamos que o conceito de lacuna do Direito – sob a perspectiva da teoria da bidimensionalidade da linguagem e da filosofia da linguagem - deve ser entendido sob dois aspectos: um aspecto formal, referente à ausência de normas postas pelo Direito; um aspecto semântico, decorrente da dimensão vertical da linguagem ordinária apropriada pela linguagem técnico-jurídica.

Enquanto as lacunas formais podem ser preenchidas por métodos de integração do Direito ou por outros métodos previstos ou aceitos pela comunidade jurídica, as lacunas semânticas somente podem ser preenchidas pelo intérprete. De qualquer maneira, havendo ou não lacuna formal no ordenamento jurídico, a lacuna semântica constitui-se em permanente possibilidade de quebra do domínio monopolizador da produção do Direito. O método hermenêutico correto (seja por intermédio de um ato discricionário do julgador – Hart – seja por meio de uma interpretação criativa-constructiva do Direito – Dworkin), entretanto, é assunto para outro estudo.

## REFERÊNCIAS

ALCALÁ, J. Alberto del Real. Certeza do direito *versus* indeterminação jurídica? O debate entre positivistas e antipositivistas. *Panóptica*: revista eletrônica acadêmica de Direito. Vitória, s. ed. Ano 3, n. 17, novembro de 2009, p. 130-153. Disponível em: [http://www.panoptica.org/novfev2009pdf/07\\_2009\\_2\\_nov\\_fev\\_130\\_153pp.pdf](http://www.panoptica.org/novfev2009pdf/07_2009_2_nov_fev_130_153pp.pdf). Acesso em 18 de julho de 2012.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto. (Org.) *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10<sup>a</sup> ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.
- CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do Direito*: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- FLORES, Imer Benjamin. H. L. A. Hart's moderate indeterminacy thesis reconsidered: in between Scylla and Charybdis? *Problema*: Anuario de Filosofia y Teoría del Derecho. Mexico: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 2011, n. 5, p. 147-173.
- KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.
- HART, Fritjof. Direito e Linguagem. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. (Orgs.) *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- HART, Herbert L. A. *The concept of law*. 2<sup>a</sup> ed. Oxford: University Press, s. d.
- PERELMAN, Chain. *Lógica Jurídica*: nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- SCHMITT, Carl. *On the three types of juristic thoughts*. London: Praeger, 2004.
- SOUZA, Luiz Sergio Fernandes. *O papel da ideologia no preenchimento das lacunas no Direito*. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- STOLZ, Sheila. Um modelo de positivismo jurídico: o pensamento de Herbert Hart. *Revista Direito GV*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, v. 3, n. 11, jan-jun. 2007, p. 101-120.
- STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 5<sup>a</sup> ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.
- STRECK, Lênio Luiz. O direito como um conceito interpretativo. *Pensar*. Fortaleza: Centro de Ciências Jurídicas da Universidade de Fortaleza, jul./dez. 2010, v. 15, n. 2, p. 500 a 513.
- WALUCHOW, Wil J. *Inclusive legal positivism*. Oxford: Clarendon, 1994.

WARAT, Luis Alberto. *A Ciência Jurídica e seus dois maridos*. 2ª ed. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2000.