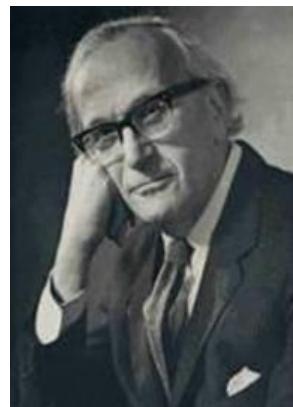


Estas anotações não foram revisadas nem fidedignas às palavras do professor responsável pela disciplina, podendo haver enganos, erros, etc, como quaisquer anotações de caderno.

Principal crítico da teoria da “norma fundamental”:

HERBERT L. A. HART
(1907-1992)



A crítica que Hart faz a Kelsen é peculiar, ela não é feita a partir dos outros modelos teóricos que nós já discutimos. Hart não critica Kelsen como um herdeiro do Austin, o que o Hart desenvolve é uma teoria que concorda com Kelsen, mas nessa concordância ele identifica falhas em Kelsen e a partir dessas falhas ele cria uma nova teoria do Direito.

O livro de Hart foi traduzido para o português ano passado (2009), o livro se chama “The concept of Law”.



Obra principal escrita por Hart:
O conceito de Direito

The Concept of Law
(Oxford, 1961)

Hart concorda com Kelsen:

Hart propõe continuarmos na mesma linha de Kelsen, continuar na linha da validade, mas não da mesma forma. Temos que colocar a validade no plano que Kelsen deixou de lado, o plano da prática.

Em sua teoria, Hart concorda com Kelsen pelo menos em três pontos:

- Crítica à teoria jusnaturalista
- Crítica à teoria dos comandos
- Crítica à teoria realista

Crítica ao jusnaturalismo:

Para Hart o Direito Positivo não tem base na natureza, na natureza racional do ser humano, as leis positivas não são cópias de leis naturais descobertas pela consciência de cada ser humano, o Direito Positivo sempre é um fenômeno social, ele não apenas regula a sociedade como também é um produto da própria sociedade. Essa é a primeira coisa que Kelsen diz, e que Hart concorda.

Crítica à teoria dos comandos:

O Direito Positivo decorre do poder que o estabelece. Esse poder muitas vezes parece ser um fenômeno político; na base do Direito Positivo parece que está a soberania, por isso alguns juristas entendem que as leis positivas correspondem a comandos coercitivos do soberano.

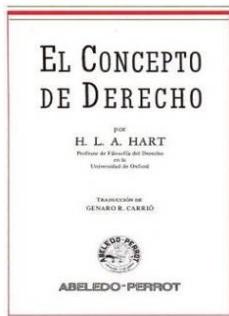
Crítica à teoria realista:

Outros juristas, porém, entendem que o poder que estabelece o Direito Positivo efetivamente não é o abstrato poder do soberano.

Na base do Direito, o poder só pode ser um fenômeno mais concreto do que o simples registro de algumas idéias em textos chamados leis, esse poder concreto parece estar no comportamento dos juízes que determinam o Direito nos casos concretos, por isso esses juristas entendem que o Direito Positivo corresponde realisticamente ao que os tribunais determinam em cada caso, o Direito é um resultado do comportamento dos juízes na decisão dos conflitos sociais. Uma vez afastado o jusnaturalismo é assim que alguns juristas vêem o Direito.

Porém, essas imagens do poder não são adequadas para tratar do Direito com independência e objetividade. Elas misturam, no fundo, Direito com política, psicologia, sociologia, economia, moral, etc, sem levar em consideração que o Direito Positivo já é, em nossa sociedade, um sistema autônomo, organizado a partir de um conceito que lhe é próprio, o conceito de validade.

A teoria dos comandos e a teoria realista não percebem que o Direito Positivo é determinado por um poder jurídico. A verdadeira fonte do Direito Positivo é o próprio Direito Positivo, como já afirmava Kelsen.



- Proposta de uma teoria normativista
- Base: o conceito de validade
- "O Direito Positivo é o conjunto de normas juridicamente válidas"

Em vista disso, Hart entende que a melhor teoria para compreender o Direito Positivo é o normativismo proposto por Kelsen. Somente a teoria normativista de Kelsen ressaltou a verdadeira base para a identificação do Direito, em termos jurídicos, é o conceito de validade.

Para Hart, portanto, o conceito de Direito mais adequado é o conceito já proposto por Kelsen: o Direito Positivo é o conjunto de normas positivas juridicamente válidas.

Assim, a explicação do Direito Positivo só pode estar numa teoria da validade. No entanto, essa teoria da validade não precisa ser uma teoria da norma fundamental, segundo Hart.

Na realidade social dos sistemas jurídicos já existem elementos suficientes para explicar a validade do Direito na prática. Hart parte desta ideia, é ela que guia toda a teoria de Hart.

Críticas de Hart para Kelsen:

Para Hart, a teoria de Kelsen não conseguiu explicar a validade na prática devido, basicamente, a dois problemas:

- A teoria da norma fundamental propõe um “modelo simples de sistema jurídico” (Problema 1)
- Esse modelo não supera a concepção do direito como “ordem coercitiva” (Problema 2)

Problema 1:

Com relação à simplicidade do modelo de Kelsen, esse problema é resultado das próprias opções feitas por Kelsen para explicar cientificamente o Direito.

Em primeiro lugar, Kelsen entende que só é possível explicar o Direito se ele for separado do mundo do ser, ou seja, se ele for separado da realidade social. Com isso o Direito Positivo deixa de ser tratado em suas manifestações concretas, o Direito Positivo se torna, então, somente um conjunto de enunciados abstratos que Kelsen chama de “normas jurídicas”.

Além disso, Kelsen entende que essas normas jurídicas são enunciados lógicos com a estrutura de um dever ser. Portanto, toda norma tem a mesma estrutura: “Se acontecer A, então a consequência B deve ser”. O dever ser corresponde à imputação de sanções, o que deve ser sempre é uma sanção.

Com isso todas as normas no interior do sistema jurídico ganham a mesma definição, todas as normas são enunciados de dever ser que imputam sanções. O que não se encaixa nessa definição é tratado por Kelsen como mero fragmento, não é exatamente uma norma jurídica.

Assim, essa visão do Direito aponta para um sistema que não apenas é abstrato, mas também é homogêneo, algo que não existe em nenhuma realidade social. Ao optar por explicar o Direito deste modo, de um modo abstrato, Kelsen cria uma explicação do Direito que não corresponde a nenhum exemplo de Direito na sociedade.

Problema 2:

Quanto ao segundo problema (o modelo de Kelsen não supera a concepção do Direito como ordem coercitiva), ele significa algo mais grave: ele indica que a definição kelseniana de norma jurídica não leva a uma nova teoria do Direito, pois, se normas são sempre enunciados de dever ser que imputam sanções, o Direito Positivo ainda significa na teoria de Kelsen um conjunto de ordens coercitivas; Kelsen apenas elabora uma visão mais abstrata da teoria dos comandos de Austin. Não há ainda uma teoria completa da validade jurídica, o que existe na teoria da norma fundamental é apenas uma abstração da noção de soberania que troca o poder político pela noção de norma fundamental hipotética, sem mexer nos outros aspectos da teoria de Austin (ordem, comando imperativo, coerção) que Kelsen dizia ter superado. Kelsen, na verdade, teve uma grande intuição do caminho correto.

A teoria da norma fundamental até pode ser uma teoria satisfatória para explicar como os doutrinadores raciocinam sobre a validade do Direito.

Porém a teoria da norma fundamental não é adequada para explicar a validade de um ponto de vista interno ao sistema, ou seja, para explicar a validade do ponto de vista dos práticos do direito (advogados, promotores, juízes e funcionários do sistema jurídico de um modo geral).

A teoria de Kelsen, por ser abstrata (explicar o Direito de modo abstrato), acaba só explicando o Direito do ponto de vista dos doutrinadores (ponto de vista externo ao sistema jurídico), e não do ponto de vista dos práticos do Direito (ponto de vista interno).

Para Hart, a falta de consideração do ponto de vista da prática na teoria de Kelsen, já justifica a necessidade de elaborar uma nova teoria da validade que proponha um modelo mais complexo de sistema jurídico, mais adequado à realidade social dos sistemas atuais.

Para fazer uma nova teoria da validade Hart entende que três idéias são fundamentais:

- **Nem todas as normas jurídicas são ordens.** Na realidade social não existem apenas leis mandando fazer uma coisa ou outra, existem também costumes que surgem espontaneamente, ou seja, não são ordens.
- **Nem todas as normas jurídicas têm coerção.** Na realidade social existem ordens coercitivas, mas existem também outros tipos de normas, como as regras meramente interpretativas, regras que regulam outras regras e regras de competência (que simplesmente definem o poder competente para criar normas que regulam a sociedade). As normas que apenas estabelecem interpretações e competências são as normas secundárias, elas são a condição para a existência das normas primárias de conduta.
- **A distinção entre normas primárias e normas secundárias de Kelsen está equivocada.**



Vista de provas

Vai cair na próxima prova:

A teoria da norma fundamental proposta por Kelsen não tem significado prático. A norma fundamental não é uma norma positiva que existe para resolver problemas práticos. A norma fundamental é uma norma pressuposta hipoteticamente pelos teóricos do Direito para resolver um problema teórico: o problema da explicação coerente da validade objetiva da Constituição.

Com essa hipótese Kelsen indica que o elemento definidor do Direito é a validade, e essa validade só pode ser compreendida a partir do pensamento teórico (a partir da doutrina). A racionalidade do Direito está na doutrina, ela não está na natureza do ser humano como pensavam os jusnaturalistas, não está na política como pensava Austin, nem está no comportamento dos juízes como pensavam os realistas norte-americanos.

Hart concorda com Kelsen sobre o elemento definidor do Direito, esse elemento é a validade. Porém, na visão de Hart, o fundamento da validade de todas as normas do sistema não pode estar numa hipótese da doutrina, isso é muito abstrato e teórico.

Kelsen não explica como os juristas práticos tratam da validade, parece que a racionalidade jurídica está toda na doutrina, como se não houvesse razões práticas para considerar uma lei, uma pena, um contrato, um casamento, etc, como válidos na prática.

Para Hart, essa insuficiência da teoria de Kelsen é resultado de uma visão equivocada do Direito Positivo. Kelsen pensa que o Direito Positivo é apenas um conjunto de normas primárias que estipulam sanções. De acordo com Hart isso é um erro, porque na realidade social contemporânea, o Direito Positivo não é feito de um único tipo de norma com uma única função, nem todas as normas jurídicas são ordens, nem todas as normas jurídicas têm coerção, muitas normas não têm função repressiva, não são ameaças, muitas normas têm função de orientação. Por isso a distinção entre normas primárias e secundárias está equivocada na teoria de Kelsen, o Direito não é feito apenas de normas primárias e as normas secundárias não são meros fragmentos, no sistema jurídico atual, a maior parte das normas são secundárias.

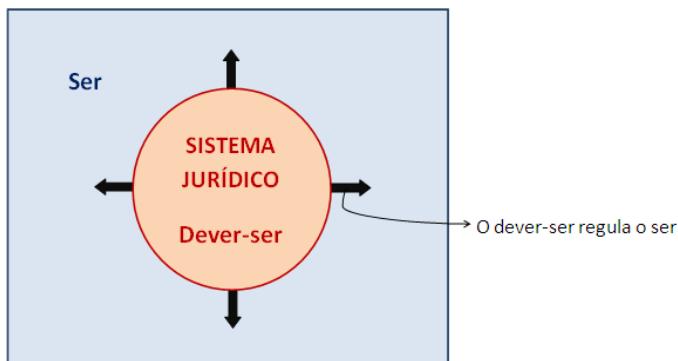
Para Hart, o Direito é união de:

- **Regras primárias** – regras sociais voltadas diretamente para as condutas humanas. Elas regulam o comportamento das pessoas impondo deveres positivos (ações) ou negativos (omissões)
- **Regras secundárias** – regras sociais voltadas para o sistema jurídico. Elas conferem poderes aos particulares ou às autoridades para criar, modificar, extinguir ou determinar o conteúdo e efeitos das regras primárias.

Para Hart, a melhor compreensão do Direito é a idéia de que o sistema jurídico é uma união de normas primárias e secundárias.

Enquanto as regras primárias regulam a sociedade, as regras secundárias regulam as normas primárias (portanto, regulam o próprio sistema jurídico).

Graças às regras secundárias, o sistema jurídico se auto-regula, determinando o que está dentro e o que está fora do sistema, ou seja, o que tem e o que não tem validade; logo, a validade vem do próprio sistema jurídico: das normas secundárias.



As regras primárias são uma parte do Direito que impõe deveres, muitas vezes acompanhadas de sanção.

As regras secundárias são regras voltadas para a regularização do próprio sistema jurídico. Elas conferem poderes para criar, alterar, extinguir regras.

Ao exercer essa função de organização interna do sistema jurídico, as regras secundárias oferecem critérios para saber se as normas têm ou não validade.

Nós não precisamos da noção de norma fundamental. Não precisamos de uma norma hipotética fundamental, a validade do Direito decorre das normas secundárias. O fundamento da validade do Direito não está fora dele (na doutrina), está dentro dele, no próprio ordenamento (nas normas secundárias).

Na prática do Direito, o Direito vem das normas secundárias e não na norma hipotética fundamental.

Com a distinção de normas primárias e secundárias a base do Direito está no próprio Direito.

Classificação das regras secundárias:

As regras secundárias não são todas iguais, existem basicamente três tipos de regras secundárias, cada uma com a sua função:

- 1) **Regras de alteração ou mudança** – determinam os critérios de criação ou alteração de regras primárias.
- 2) **Regras de adjudicação ou jurisdição** – determinam os critérios para decidir se as regras primárias foram ou não violadas.
- 3) **Regra de reconhecimento** – determina o critério de identificação da validade de outras regras, ou seja, o que conta e o que não conta como direito.

1) O tipo mais básico são as **regras de alteração ou mudança**. Elas **determinam os critérios de criação ou alteração de regras primárias**. Dentre os Poderes, em geral, é o Poder Legislativo que realiza essa criação ou alteração. Logo, as regras de alteração correspondem às regras que regulam o Poder Legislativo. Exemplos de regra secundária: as regras constitucionais que tratam do processo legislativo e, a maior parte da LICC.

2) Já as regras secundárias de **adjudicação ou jurisdição** tem outra função. Elas **determinam os critérios para decidir se as regras primárias foram ou não violadas**. Em geral é o Poder Judiciário que desempenha essa função de decidir se uma regra foi ou não violada. Portanto, as regras de adjudicação correspondem às regras que organizam o Poder Judiciário.

3) A **mais importante** das regras secundárias, porém, não organiza diretamente nenhum Poder. Ao invés disso, ela oferece outro tipo de critério para a aplicação do Direito, ela **determina o critério de identificação da validade de outras regras**, ou seja, o que conta e o que não conta como Direito, o que está dentro e o que está fora do sistema jurídico. Hart chama este terceiro tipo de regra secundária de **regra de reconhecimento**. Essa regra varia de acordo com o contexto social, ela varia de acordo com as práticas usadas pelos profissionais do Direito para identificar o que é o Direito dentro daquela sociedade. Na Inglaterra o que funciona como regra de reconhecimento é a máxima “*O rei no parlamento disse*”, é assim que os práticos do Direito na Inglaterra reconhecem o Direito. No sistema brasileiro o que funciona como regra de reconhecimento são as cláusulas pétreas da CF. De certa forma, também é possível dizer que, em sentido geral, a Constituição como um todo é a regra de reconhecimento usada pelos práticos brasileiros para determinar se outras regras têm ou não validade. Portanto, o fundamento da validade do Direito brasileiro está na Constituição Federal. Ninguém precisa de norma fundamental.

Prova: Classifique as regras nesse texto, segundo Hart.

Diferenças básicas entre:

Tanto a teoria da norma fundamental de Kelsen (cujo fundamento do Direito está numa hipótese doutrinária), quanto a teoria da regra de reconhecimento de Hart (cujo fundamento do Direito está dentro da própria prática) tem o mesmo objetivo: explicar a validade do Direito.

Norma fundamental	Regra de reconhecimento
Hipótese	Fato social
Pensada	Usado
Pelas teorias jurídicas	Na prática jurídica
Para afirmar a validade da constituição	Para reconhecer as regras que pertencem ao sistema.

A imagem do Direito para Hart: um jogo



Com esse raciocínio prático a respeito da validade jurídica, Hart não apenas rejeita a teoria da norma fundamental proposta por Kelsen. Na verdade, Hart faz mais do que isso, ele acaba modificando toda a imagem do Direito Positivo. A teoria da regra de reconhecimento permite ver o Direito de um modo novo. No pensamento de Hart, a noção de validade só tem sentido na prática, e não mais na teoria. A imagem piramidal do Direito se torna ultrapassada.



O Direito é um jogo organizado por regras. Dentro desse jogo a regra mais importante é aquela que permite identificar o que é válido ou não. A regra de reconhecimento é o equivalente jurídico da regra de pontuação em outros jogos. Os juristas raciocinam como jogadores de um jogo e não como meros observadores. Para explicar o Direito tem que estar dentro dele! Quem está de fora do jogo e não sabe jogar olha-o simplesmente como uma sequência de movimentos. Hart critica os sociólogos. Para quem está dentro do jogo os comportamentos sociais seguem as regras, não são habituais. Tem que olhar o Direito de dentro. É uma questão de ponto de vista.

- Austin: ponto de vista do súbito
- Realistas: ponto de vista do homem mau
- Kelsen: ponto de vista do cientista

Para Hart o ponto de vista necessário para entender o Direito é o ponto de vista de dentro!

As consequências dessa nova visão do Direito, como jogo organizado por regras primárias e secundárias, é totalmente inédita no debate jurídico.

Problemas da teoria de Hart:

- **Problema da razão jurídica prática: ela não é completa**
- **Problema da linguagem jurídica: “textura aberta”**
- **Esses problemas levam à situação de discretionalidade judicial**



The judge always wore a crown when he made rulings that could only be overturned by the “abuse of discretion” standard to let everyone know... “This is it, baby.”

Kelsen achava que o Direito era um caos, por isso quis organizar com sua teoria científica. Hart não acha que o Direito é um caos, há uma razão para as coisas serem jurídicas na prática. A razão está na regra de reconhecimento.

Hart consegue com a teoria da regra de reconhecimento mostrar que existe alguma razão jurídica prática. O Direito não é um fenômeno irracional como pensavam os realistas e até mesmo Kelsen. A razão está na regra de reconhecimento.

O problema é que essa razão jurídica prática nunca é completa porque toda regra jurídica tem que ser interpretada, mesmo a regra de reconhecimento; isso não é um defeito do sistema jurídico, esse problema faz parte da própria natureza da linguagem jurídica, que segundo Hart apresenta uma “textura aberta”, há várias interpretações, nada escapa disso, mesmo as regras aparentemente mais precisas também tem textura aberta na prática. Impossível elaborar uma teoria da interpretação do Direito porque a linguagem jurídica tem textura aberta.

“Textura aberta” é um termo hartiano. O exemplo de Hart para explicar a textura aberta é a placa na entrada de um parque que diz “proibida a entrada de veículos no parque”. Esta placa refere-se a carros apenas? Ou também não pode entrar com moto, bicicleta, skate, patins, cadeira de rodas, etc?

Nessas situações surge um gravíssimo problema que pode atrapalhar a teoria do Hart, a discretionalidade judicial.

Se a questão da interpretação não for resolvida esta teoria cai novamente no realismo jurídico.

O Direito para Hart é um conjunto de regras primárias e secundárias que funcionam como um jogo. Não há nada que controle a interpretação, é um espaço impossível de se racionalizar. Isso se manifesta especialmente quando o intérprete é um juiz na decisão de um caso concreto. Os juízes na decisão de um caso concreto aplicam regras. Mas ele não aplica automaticamente, ele interpreta. E, dentro da interpretação não há nada que regule este ato.

O Direito é um conjunto de regras, mas na prática toda regra deverá ser interpretada, e não há nada que preencha essa textura aberta.

Há a possibilidade que mesmo havendo regras os juízes julguem baseados em suas discricionariedades, parciais, pois nada regula a interpretação.

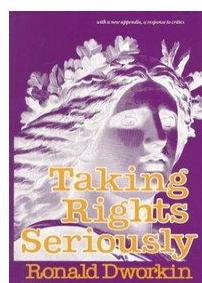
Interpretação é mero ato de vontade.

O principal crítico da teoria da regra de reconhecimento trazida por Hart é o jurista norte-americano Ronald Dworkin.

RONALD DWORKIN
(1931-)



Sua crítica aparece em seu livro “Levando os direitos a sério”, publicada nos EUA em 1977, e no Brasil em 2000.



Obra principal escrita por Dworkin:
Levando os direitos a sério

Taking rights seriously
(EUA, 1977)

As bases da teoria de Dworkin podem ser resumidas em duas idéias principais:

- 1) Por um lado Dworkin rejeita a opinião tradicional de que os juízes nunca deveriam exercer julgamento político por conta própria (rejeita a opinião de que os juízes nunca deveriam agir como agentes políticos). A opinião tradicional é que o juiz não faz Direito, ele apenas aplica a lei. Para Dworkin os juízes decidem politicamente, não é possível negar isso nem impedir isso. Os juízes são agentes políticos que muitas vezes determinam direitos até mesmo contra a lei.
Ex: Casos de anencefalia no Brasil, em que muitos juízes permitiram o aborto, apesar de contra a lei.
- 2) Por outro lado, Dworkin questiona a possibilidade de reduzir o sistema jurídico a um conjunto de regras sociais dentro do qual todo julgamento político feito pelos juízes sempre seria discricionariedade judicial. Dworkin não aceita a compreensão de Hart sobre o Direito Positivo.



Habermas e Dworkin

A concepção de Direito de Habermas foi trazida por Dworkin

Para comprovar que Hart não está certo, Dworkin utiliza decisões judiciais norte-americanas.

O caso que é a principal referência de Dworkin é o caso “Riggs X Palmer”, o caso do herdeiro assassino. O caso envolvia um conflito de princípios, e não de regras. A decisão teria que identificar qual dos princípios tinha maior peso moral no caso concreto: princípio da proibição da torpeza ou do *bis in idem*. Deve-se sopesar os princípios e ver qual te mais sentido ético. O que foi decidido foi o princípio da proibição da torpeza. O precedente neste caso é um precedente de direito comercial.

A sacada do Dworkin é que o Direito não pode ser apenas um conjunto de regras. O Direito é, na prática, um conjunto de regras e princípios.

PROVA → “Esta é uma ótima questão para a prova” → Qual a distinção entre regras e princípios na teoria de Dworkin. O que eles tem de diferente?

Tanto regras como princípios são normas jurídicas, mas com estruturas lógicas diferentes.

As regras são enunciados que estabelecem condições para que ocorram determinadas consequências.

Distinção entre regras princípios na teoria de Dworkin:

Regras pretendem estabelecer condições para que ocorram certas consequências	Princípios pretendem enunciar uma razão para orientar a interpretação e a argumentação
Regras são aplicáveis de modo absoluto (“tudo ou nada”)	Princípios são aplicáveis segundo sua “força relativa”
Regras possuem dimensão de validade em face de outras regras	Princípios possuem dimensão de peso em face do caso concreto

Regra é o enunciado que estabelece uma condição e uma sanção (“Se ‘A’, ‘B’ deve ser”). Regras são aplicáveis de modo absoluto, do modo “ou tudo ou nada”, ou se aplicam no caso concreto ou não. Ou o ato está dentro ou fora da lei, lícito ou ilícito.

Com este modo de aplicação, o modo tudo ou nada, as regras apresentam uma dimensão própria, a dimensão de validade, que é determinada em face de outras normas.

Já os princípios, são enunciados jurídicos totalmente diferentes, são enunciados que apresentam uma razão (e não uma condição com consequência), uma razão para orientar a interpretação e a argumentação.

Como devem ser aplicados os princípios?

Alguns dizem que só aplica princípio em último caso (ex: art. 4º, LICC).

Para Dworkin, princípios são razões que orientam a interpretação, então tem que usar sempre, porque sempre interpretamos, e não somente em último caso.

Na hora de aplicar princípio não aplica do modo “tudo ou nada”.

Princípios se aplicam de acordo com sua força relativa. Princípios se aplicam de um modo “mais ou menos”.

De acordo com Dworkin, na aplicação de princípios o mais importante não é a consideração da validade. O que importa é a ponderação e o peso que o princípio possui para que a decisão seja uma decisão ética, justa. Esta teoria do Direito é chamada por Dworkin de teoria da integridade.

Para justificar um fenômeno como o Direito os práticos do Direito não realizam um jogo, como pensava Hart. Os práticos fazem uma interpretação construtiva que é semelhante a elaboração de um romance.

A teoria de Dworkin: “o Direito como integridade”

Segundo essa teoria, em casos difíceis (*hard cases*), os juízes argumentam politicamente, mas não criam direitos novos: eles apenas interpretam o Direito como um todo, descobrindo os princípios morais gerais já “embutidos” nas regras, isto é, os princípios que melhor justificaria as regras estabelecidas.

Os juízes não criam o direito, eles apenas o interpretam como um todo, descobrindo os princípios morais gerais já embutidos nas regras. É assim que os juízes aplicam o Direito. Aplicam o direito pensando como um todo, olhando-o em sua integralidade.

Quando os juízes utilizam os princípios para decidir, eles continuam dentro do Direito; não fazem igual o juiz do caso do Richarlyson que usou a opinião pessoal dele.

Princípio não é instrumento pra preencher lacunas, é instrumento de controle da interpretação.

Princípios não são instrumentos para preencher lacunas (conforme aparece na LICC). Princípios são instrumentos para interpretar o direito de modo a aproximar-lo da justiça.

A filosofia jurídica não é uma parte da filosofia, e sim do Direito. Uma parte do Direito na qual aparece o debate jurídico.

Este debate, porém, não se resume a jusnaturalistas, positivistas e humanistas. Este debate pode ser dividido entre teorias da coerção, da validade, e da justificação (ver página 53 da apostila).

A teoria de Dworkin é uma teoria da justificação. Segundo Dworkin, para justificar um fenômeno como o Direito os práticos do Direito não realizam um jogo, como pensava Hart. Os práticos fazem uma interpretação construtiva que é semelhante a elaboração de um romance.

A interpretação construtiva como um “romance em cadeia”:

Dworkin diz que, diante de um caso difícil, o juiz é como um escritor de romance que foi solicitado a escrever um novo capítulo para um romance já parcialmente escrito por outras pessoas.

Um juiz não inicia um “novo romance próprio”. Em vez disso, ele elabora e desenvolve temas relacionados com os temas já embutidos no “romance inacabado existente” (que são as decisões anteriores para casos semelhantes).

Esses temas são os princípios e o romance inacabado existente é o próprio Direito.

Hoje a questão da justificação tem Dworkin como maior referência.