



## O DEBATE SOBRE A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL À LUZ DOS FUNDAMENTOS DE HERBERT HART E RONALD DWORKIN

Luiza Tuma da Ponte Silva<sup>1</sup> \*  
Dennis Verbicaro<sup>2</sup> \*

**RESUMO:** O presente artigo, feito por pesquisa teórica e pelo método dedutivo, tem como objetivo demonstrar a importância da hermenêutica, como ciência interpretativa, na atualidade, destacando a aplicabilidade da discricionariedade judicial, principalmente, nos casos difíceis, à luz dos fundamentos dos filósofos Herbert Hart e Ronald Dworkin, os quais apresentam diferentes concepções sobre o tema. A discussão entre os filósofos traz à tona a pluralidade das demandas e singularidade dos indivíduos e magistrados, enfatizando, nesse contexto, a importância de diferentes interpretações judiciais no cotidiano dos magistrados.

**Palavras-Chave:** Hermenêutica jurídica; Interpretação; Discricionariedade judicial; Herbert Hart; Ronald Dworkin.

### THE DEBATE ON JUDICIAL DISCRETION BASED ON THE FUNDAMENTALS OF HERBERT HART AND RONALD DWORKIN

**ABSTRACT:** This article, made by theoretical research and by the deductive method, aims to demonstrate the importance of hermeneutics as an interpretive science today, highlighting the applicability of judicial discretion, especially in hard cases, based in the foundations of philosophers Herbert Hart and Ronald Dworkin, who present different conceptions on the subject. The discussion among philosophers brings out the plurality of demands and uniqueness of individuals and magistrates, emphasizing, in this context, the importance of different judicial interpretations in the daily life of magistrates.

**Keywords:** Legal hermeneutics; Interpretation; Judicial discretion; Herbert Hart; Ronald Dworkin.

## 1 INTRODUÇÃO

\* <sup>1</sup> Mestranda em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional do Programa de Pós-Graduação em Direito no Centro Universitário do Pará (PPGD-CESUPA). Especialista em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Advogada. Endereço eletrônico: luizatuma@hotmail.com

\* <sup>2</sup> Doutor em Direito do Consumidor pela Universidade de Salamanca. Mestre em Direito do Consumidor pela Universidade Federal do Pará. Professor da Graduação e dos Programas de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade Federal do Pará-UFPA e do Centro Universitário do Pará-CESUPA. Endereço eletrônico: dennis@gavl.com.br



A hermenêutica possui um papel de grande relevância na transformação da sociedade. Embora a hermenêutica, como ciência da interpretativa, tenha origem grega, associada ao deus grego Hermes, a mesma foi transportada para o direito em função da contínua e premente necessidade de interpretação da legislação e de se aplicar o direito ao caso concreto, especialmente, aqueles denominados de *hard cases*.

A partir da análise da legislação vigente, constata-se que a linguagem jurídica da mesma possui textura aberta, isto é, apresenta lacunas, vagezas, o que dificulta a aplicação do direito nos casos controvertidos, todavia, mesmo diante de casos de tamanha complexidade, o julgador não pode se omitir de julgar, devendo utilizar ferramentas que subsidiem sua motivação no caso concreto, como a discricionariedade judicial.

Assim, o presente texto, feito por meio de pesquisa bibliográfica e pelo método dedutivo, tem por escopo demonstrar o conceito e os sentidos de discricionariedade judicial, e a partir disso, apresentar a discussão travada entre Herbert Hart e Ronald Dworkin sobre a aplicabilidade da mesma, principalmente, nos casos difíceis. Quanto à abordagem, a pesquisa será qualitativa e foi por meio de feita pesquisa bibliográfica, destacando a compreensão e aplicação da discricionariedade judicial no mundo jurídico

Com tal desiderato, o trabalho será desenvolvido em três seções. Inicialmente, será uma abordagem sintética sobre a evolução e importância da hermenêutica nos dias atuais. O segundo tópico tratará do conceito e algumas aplicações da discricionariedade judicial e, o último tópico, versará sobre o debate travado entre os pensadores Herbert Hart e Ronald Dworkin sobre a aplicação da discricionariedade judicial, principalmente, nos *hard cases*.

Por fim, a partir da construção teórica apresentada, serão esposadas as considerações finais pertinentes, acerca da relevância do debate sobre o limite de liberdade dos magistrados quando da motivação das decisões judiciais, à luz da discussão travada entre os filósofos Hart e Dworkin, sobre a discricionariedade judicial.

Ressalte-se que, pelas circunstâncias e dimensões do trabalho, a presente análise não ultrapassará um nível inicial do debate sobre o tema em comento, posto que este é de vasta amplitude e controvérsia na doutrina.

Assim, cumpre ressaltar que tal discussão apenas ratifica o grande papel da hermenêutica nos dias atuais, no sentido de demonstrar a relevância do processo contínuo e ininterrupto da interpretação normativa, bem como, quais são os limites impostos ao



magistrado quando do exercício da atividade judicante, isto é, até que ponto o julgador possui discricionariedade para definir o sentido de uma norma jurídica.

## 2 HERMENÊUTICA: DEFINIÇÃO CONCEITUAL E POSIÇÃO ATUAL

A palavra hermenêutica possui origem grega, podendo ser traduzida a partir do sentido de aclarar ou desentranhar das coisas o seu significado correto. Destaque-se que na visão dos gregos, foi Hermes, figura da mitologia grega, o agente descobridor da linguagem e da escrita, sendo, além de mediador, o encarregado de anunciar as mensagens dos deuses e, ainda, ser intérprete destas.

Sobre a origem e compreensão da palavra hermenêutica, Richard Palmer (1969, p. 24) aprofunda seu estudo sobre o tema:

Assim, levada até à sua raiz grega mais antiga, a origem das actuais palavras “hermenêutica” e “hermenêutico” sugere o processo de “tornar compreensível”, especialmente enquanto tal processo envolve a linguagem, visto ser a linguagem o meio por excelência neste processo. Este processo de “tornar compreensível”, associado a Hermes enquanto ele é mediador e portador de uma mensagem, está implícito nas três vertentes básicas patentes no significado de *hermeneuein* e *hermeneia*, no seu antigo uso. As três orientações, usando a forma verbal (*hermeneuein*) para fins explicativos, significam: 1) exprimir em voz alta, ou seja, “dizer”; 2) explicar, como quando se explica uma situação, e 3) traduzir, como na tradução de uma língua estrangeira (PALMER 1969, p. 24).

Portanto, a hermenêutica, desde a sua raiz grega, revela seu escopo interpretativo, no sentido de tornar a linguagem compreensível e clara, cumprindo ressaltar que a mesma está em constante processo evolutivo, com aprimoramento do seu conceito, aplicação e reflexos de forma constante, desde os séculos passados até os dias atuais, posto que a mesma pode ser visualizada nas mais variadas obras humanas, devido ao seu caráter interdisciplinar.

Quanto à conceituação da hermenêutica, o pensador Palmer (1969, p. 22) afirma que a mesma pode ser definida como o estudo da compreensão das obras humanas, o qual transcende das formas linguísticas de interpretação, destacando que os seus princípios não se restringem às obras escritas, mas podem ser aplicados também às obras de artes. Assim, explana que:



A hermenêutica é fundamental em todas as humanidades – em todas as disciplinas que se ocupam com a interpretação das obras do homem. É mais do que meramente interdisciplinar, porque os seus princípios incluem um fundamento teórico para as humanidades; os seus princípios deviam colocar-se como um estudo essencial para todas as disciplinas humanísticas (PALMER, 1969, p. 22).

Portanto, resta cristalino que a hermenêutica se faz presente em toda humanidade, indo sua aplicação além da leitura de meros textos escritos, posto que a mesma está relacionada justamente a compreensão de textos e das mais variadas obras. Logo, percebe-se que a interpretação se traduz em atividade diária de todos os indivíduos e, as formas de se interpretar algo, têm se apresentado de forma cada vez mais complexa na sociedade contemporânea.

Partindo do caráter interdisciplinar, cumpre enfatizar a hermenêutica no âmbito jurídico, a qual desperta uma gama de discussões sobre a forma correta de se interpretar uma norma jurídica.

Ressalte-se que, na visão de Melo e Dias (2018, p. 82), a hermenêutica jurídica, nos dias atuais, entende que o sentido de um texto não se encontra em seu interior, razão pela qual, não se deve mais buscar de forma incessante o correto significado ou a vontade do legislador, quando da elaboração de determinada legislação. A nova hermenêutica advém, portanto, da compreensão do intérprete a partir da leitura e análise do texto, sendo construído nesse processo, o sentido que será atribuído ao mesmo.

Assim, Ponciano e Lima (2018, p. 49-50) explicam sobre a importância do círculo hermenêutico mencionado por Gadamer, no sentido de que a nova visão da hermenêutica propõe este movimento circular, em que os indivíduos, a partir de seu entendimento subjetivo promoverão um giro e, tal giro, conferirá novas interpretações pelos mais variados agentes.

Nesse sentido, Hans- Georg Gadamer afirma que:

[...] compreender é sempre um mover-se nesse círculo, e por isso é essencial o constante retorno do todo às partes e vice-versa”. Como o conceito do todo é relativo o círculo está em constante ampliação afetando a compreensão do indivíduo. Assim, a revelação quanto à linguagem e ao conteúdo de um texto contemporâneo, só se dá “no vaivém do movimento circular entre o todo e as partes (GADAMER, 1997, p. 298).



Portanto, a preocupação de Gadamer se concentra em demonstrar que este círculo não pode ser vicioso, no sentido de ser engessado nos seus conceitos e preconceitos, pelo contrário, deve possibilitar uma visão dinâmica do intérprete, que a partir da leitura e releitura da obra, se desprende de seus próprios conceitos e de suas leituras de mundo, possibilitando assim, uma nova visão de mundo.

Dentre os agentes legítimos que poderiam interpretar o texto, Guerra (2007, p. 26) elenca a doutrina, os legisladores e os juízes, sendo estes últimos os responsáveis pela denominada interpretação judicial.

Quanto às normas que seriam passíveis de interpretação, cumpre destacar que toda e qualquer norma jurídica deve ser submetida a um processo interpretativo, ainda que dotada de uma clareza evidente, posto que a interpretação não mais significa compreender o contexto em que a norma foi feita ou a intenção do legislador, conforme esposado supra.

A interpretação desejável é aquela em que se busca a reconstrução do seu significado, de modo a atribuir sentido ao texto, vislumbrando-se, conforme explana Streck (2011, p. 114), um caráter produtivo e não meramente reprodutivo do processo hermenêutico.

Assim, cumpre destacar que a hermenêutica jurídica é dotada de peculiaridades próprias e que dever ser levadas em consideração pelo magistrado nas decisões judiciais, como é o caso da textura aberta dos textos jurídicos.

Ressalte-se que a linguagem jurídica é dotada de vagezas, lacunas e ambiguidades, o que exigiria do magistrado uma atuação mais complexa quando da interpretação das normas, especialmente, nos chamados casos difíceis, hipótese em que não se vislumbra de forma clarificada o sentido da norma no caso concreto, porém, o juiz, não pode se esquivar da situação, devendo decidir o caso e fundamentar sua decisão, o que atrai a incidência da denominada discricionariedade judicial, instituto caracterizado pela grande divergência doutrinária e de intensa e relevante aplicação no cotidiano dos juízes.

Portanto, imprescindível que seja feita a análise desta ferramenta quando os magistrados proferem decisões, de modo a se analisar o grau de liberdade que possuem para determinar o sentido de determinada norma jurídica.

### **3A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL.**





A questão da discricionariedade judicial e a margem de liberdade interpretativa dos juízes ganharam importância a partir da crise do modelo dedutivo de atuação judicial, o qual pode ser caracterizado pela existência de uma verdade preexistente a qualquer processo interpretativo, isto é, trata-se de modelo que se restringe a declarar ou aplicar um direito anteriormente concebido. Portanto, tal modelo apresenta a interpretação como atividade meramente descritiva da lei.

Ademais, além da crise do modelo dedutivo, vislumbrou-se o enfraquecimento da máxima de que o juiz deve se limitar a realizar a vontade ou anseio do legislador, o que garantiu uma nova fundamentação à hermenêutica jurídica nos dias atuais e contribuiu intensamente para enfatizar o debate acerca da discricionariedade judicial, posto que veio à tona a necessidade técnica de estudo e aprimoramento sobre as lacunas e incompletudes normativas e dos reduzidos limites de circunscrição do pensamento jurídico.

Nesse passo, importante que seja feita uma análise sobre os distintos usos do termo discricionariedade judicial, por ser polissêmico e de grande debate na filosofia do direito.

Inicialmente, cumpre destacar que quando se trata de discricionariedade judicial, explana Verbicaro (2017, p. 259) que, a convicção do intérprete, seu discernimento, sensatez e juízo, são elementos primordiais para que seja determinada qual das alternativas que se apresentam como possíveis, dentro de certo espaço de jogo, será tida como a melhor e mais justa, especialmente, nos casos imprecisos de vagueza e ambiguidade da linguagem jurídica, uma vez que, ainda que o direito tenha uma resposta para determinado caso, esta nem sempre é nítida.

Logo, tal situação demanda um minucioso processo hermenêutico de vasta complexidade em razão das dificuldades epistêmicas do operador do direito em compreender os padrões normativos vagos e dotados de imprecisão que caracterizam a linguagem jurídica.

A discricionariedade judicial também entra em cena para que seja designada a margem de liberdade do magistrado quando da determinação das escolhas fáticas relacionadas ao caso judicial, posto que o mesmo deve fixar qual versão dos fatos mais se aproxima da realidade, portanto, deve haver sensibilidade judicial para fazer a subsunção do caso concreto à legislação pertinente.

Tais hipóteses retratam a riqueza de sentidos que podem ser atribuídos ao termo discricionariedade judicial dentro do discurso jurídico e despertam a necessidade de análise



desta, pelos critérios de fraqueza e força, isto é, imprescindível a análise das denominadas discricionariedades judicial em sentido forte e fraco.

Quanto à discricionariedade forte, vislumbra-se que a mesma é marcada, conforme explana Verbicaro (2017, p. 260) pela possibilidade de eleição de diferentes cursos de ação igualmente válidos ou admissíveis, devido à falta de padrões normativos unívocos, seja por motivo antinomias normativas, seja pela insuficiência de regras semânticas para fixar um único sentido aos comandos jurídicos, quando não se visualiza uma única resposta correta. Esses seriam os casos controvertidos, onde não se extrai com imediatidade a resposta àquela demanda.

Portanto, a discricionariedade forte nada mais é do que uma margem de autonomia ao magistrado para estabelecer o resultado de uma decisão, o que não elide o seu dever de motivação, posto que discricionariedade, ainda que em sentido forte, não se confunde com arbitrariedade, isto é, com fundamentações espúrias e desmedidas.

Nesse contexto, Vila (1999, p. 33,36) explica que, na direção contrária aos casos que demandariam a discricionariedade, em sentido forte, vislumbra-se os denominados casos fáceis ou incontrovertidos, onde há uma única resposta correta possível e nenhum espaço de autonomia judicial, portanto, trata-se de hipótese em que o magistrado consegue, com maior segurança, precisão e sem maiores dificuldades, julgar o caso concreto, com amparo no ordenamento jurídico existente.

Assim, quanto à aplicabilidade da discricionariedade em suas versões forte e fraca, principalmente, nos denominados casos difíceis, cumpre destacar o relevante debate entre a teoria interpretativa de Ronald Dworkin e o positivismo renovado de Hart, destacando assim importante marco teórico sobre o tema em comento, posto que os pensadores em comento divergem amplamente sobre a utilização do instituto em comento pelos magistrados.

#### **4 O PENSAMENTO DE HERBERT HART E RONALD DWORKIN SOBRE A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL**

Herbert Hart foi um filósofo do direito, sendo um dos principais expoentes do estudo da moral e da filosofia política. O pensador foi precursor de teoria extremamente sofisticada



sobre o positivismo jurídico, destacando, inclusive, os limites do direito, a partir da vagueza e textura aberta das normas jurídica, ante a visível indeterminação da linguagem jurídica.

Nesse sentido, o pensador Herbert Hart dedicou grande parte dos seus estudos aos problemas de cunho semânticos que produzem a indeterminação do direito, conforme se depreende de *O conceito de direito*, obra publicada originalmente em 1961, onde apresentou a indeterminabilidade relativa da linguagem.

A teoria hartiana, portanto, não se coaduna com uma visão formalista, posto que Hart entende que o direito não é um sistema hermeticamente fechado, que oferece resposta automática e mecânica para todos os casos. É errôneo conceber que os termos aplicados no direito seriam sempre rígidos e imutáveis a ponto de desprezarem um esforço interpretativo à luz das particularidades e circunstâncias do caso concreto.

Brian Bix explana: “Hart via linguagem como um limitador do formalismo jurídico e como explicação da inevitabilidade da discricionariedade judicial (BIX, 2003, p. 1).”

Nesse contexto, ressalte-se que as teorias de corte hartiano esclarecem que a discricionariedade forte é instrumento que pode ser utilizado pelo juiz e está vinculado justamente à proibição do *non liquet*, isto é, o magistrado não pode se escusar de julgar na hipótese do direito não prever uma solução clara, bem como, ao fato de não existir uma única resposta correta, ante a vagueza e ambiguidade da linguagem jurídica.

Assim, Hart afirma que não há fundamentos que justifiquem a existência de uma única resposta correta ante ao nítido desacordo acerca da significação das expressões jurídicas, o que traz como consequência uma interpretação aberta e ampla de cada operador do direito, que deve ser devidamente fundamentada, mas se divorcia da alegação de apenas uma única resposta certa, posto que Hart afirma: “Na larga maioria dos casos que preocupam os tribunais, nem as leis, nem os precedentes em que as regras estão alegadamente contidas admitem apenas um resultado. Nos casos mais importantes, há sempre uma escolha (HART, 2007, p. 16,17)”.

O magistrado, portanto, deve optar por um dentre os vários sentidos possíveis que a legislação apresenta. Dessarte, para Hart, em se tratando de indeterminação da linguagem jurídica que remete às hipóteses de vagueza, ambiguidade e à opção por uma das alternativas distintas, trata-se hipótese de recurso à discricionariedade forte, hipótese em que o operador



do direito deve utilizar de mecanismos extrajurídicos pois não pode se esquivar de julgar e, deve, necessariamente, fundamentar seus julgados.

Desse modo, a discricionariedade em sentido forte, conforme explana Verbicaro (2017, p. 168), é uma realidade inafastável das teorias positivistas sofisticadas, bem como, é desejável para *práxis* jurídica por assegurar a textura aberta necessária à complexificação das sociedades atuais, posto que permite a eleição de diferentes cursos interpretativos igualmente possíveis, seja devido à ausência de padrões normativos que direcionem a um único entendimento, seja em razão da insuficiência e/ou vagueza das normas semânticas.

Nesse passo, Verbicaro ensina:

A discricionariedade judicial de Hart não decorre de seu modelo limitado de regras jurídicas que supostamente excluiria a dimensão dos princípios, mas consiste em um subproduto necessário da indeterminação inerente à textura aberta das normas jurídicas. Nesses termos, a discricionariedade judicial é inevitável porque não é possível que as normas sejam capazes de dar conta de tanta complexidade e pluralidade da vivência social e ela envolve, em última instância, reflexões mais profundas sobre a própria natureza do direito (VERBICARO, 2017, p. 284).

Portanto, percebe-se que o processo hermenêutico pautado na linguagem jurídica tem o condão de delimitar sua compreensão, sendo portanto, o conhecimento do direito, uma atribuição eminentemente semântica. Logo, a indeterminação linguística traz como consequência a indeterminação normativa, dando espaço para a atuação discricionária do magistrado em sentido forte.

A discricionariedade forte, explicada por Hart, então, está respaldada no fato de que existe indeterminação do direito, principalmente, nos denominados casos difíceis, para os quais, não existe uma única resposta correta, o que conduz a ideia de que existem proposições jurídicas que são desprovidas de valor de verdade, por não serem verdadeiras e nem falsas, mas simplesmente, indecidíveis.

Assim, o positivismo hartiano entende que quando o jurista está diante de uma de proposição caracterizada por uma indeterminação linguística, a qual carece de instrumentos jurídicos que a solucionem, a mesma não possui valor de verdade, o que implica dizer que a mesma não pode ter sua verdade ou falsidade confirmada e que nenhuma das possibilidades de decisão pode ser tida como a resposta correta e verdadeira.

Nesse contexto, Verbicaro explica a visão Hartiana:



Ao expressarem pautas normativas que podem legitimamente ser interpretadas de maneiras distintas, o sistema jurídico deixa de ser um caminho seguro de ação nos casos de indeterminação do direito, notadamente nas hipóteses de vagueza (casos duvidosos, zona de penumbra) e ambiguidade, nos quais, a um mesmo termo podem ser atribuídos significados diferentes e o contexto linguístico não permite definir o exato sentido apresentado pela norma (VERBICARO, 2017, p. 262).

Por tais razões, se conclui que não existe uma única resposta correta, cabendo ao magistrado, portanto, eleger, uma dentre as demais possibilidades interpretativas aceitáveis, a partir de critérios extrajurídicos, devendo, em alguns casos, o magistrado desempenhar um papel de criativo do direito.

Logo, imperioso destacar que a textura abertas das normas jurídicas implica em vantagem para a comunidade, uma vez que, conforme assinala Brix: “Hart acrescenta que a ‘textura aberta’ das regras jurídicas deve ser considerada uma vantagem mais do que uma desvantagem, uma vez que ela permite que as regras sejam interpretadas razoavelmente quando são aplicadas a situações e tipos de problemas que seus autores previram ou não poderiam ter previsto.”

Logo, em *O conceito de direito*, Hart explana que o direito é permeado por indeterminação relativa resultante tanto da indeterminação da linguagem, como dos limites da cognição humana, porém, tal indeterminação não está relacionada à ausência de aplicabilidade dos princípios ou ao fracasso do positivismo jurídico, mas que pode ser solucionada pela aplicação do poder discricionário forte, o qual é limitado aos casos em que se constata a textura aberta da linguagem.

Assim, para Hart, as hipóteses de vagueza, isto é, casos duvidosos, inseridos em zona de penumbra, poderão ser solucionados a partir de critérios extrajurídicos, extraídos do contexto da comunidade e dos próprios objetivos sociais do ordenamento jurídico, sendo esta, portanto, uma maneira de se assegurar ao magistrado ferramenta para julgar os casos difíceis.

Discordando de tal pensamento, cumpre esposar o entendimento de Ronald Dworkin, defensor da aplicação dos princípios e da teoria do direito como integridade. Frise-se que suas teorias se pulverizaram no pensamento jurídico, dentre outros fatores, por reconhecer a análise moral do direito, formular críticas ao positivismo jurídico, defender a tese da “única resposta correta” a ser proferida pelos magistrados e refutar o uso da discricionariedade judicial, ainda que nos casos difíceis.



Dworkin defende que o desacordo semântico sobre o conteúdo do direito se traduz em discricionariedade fraca, posto que a discricionariedade forte é marcada pela falta de padrão normativo que oriente a decisão judicial, o que afasta as hipóteses de vagueza e ambiguidade. Assim, argui que ainda nos casos de imprecisão da linguagem jurídica, existem padrões que irão nortear para uma única resposta judicial correta e verdadeira.

Portanto, o defensor do direito das minorias, sustenta o uso da discricionariedade judicial apenas em sentido fraco, argumentando que o magistrado, a partir de um juízo de reflexão e discernimento, deve detectar a única resposta correta e verdadeira ao caso concreto, ainda que a norma jurídica não apresente uma resposta nítida e evidente.

A discricionariedade fraca, no entendimento dworkiniano, é caracterizada pela existência de mecanismos jurídicos, como regras e princípios, que são capazes de suprir indeterminações de cunho semântico-epistêmico. Nesses casos, portanto, o intérprete pode utilizar do exame discricionário, pautado em comandos jurídicos, esquivando-se, assim, de mecanismos extrajurídicos que subsidiam a denominada discricionariedade em sentido forte, divergindo do pensamento Hartiano.

Vila (1999, p. 63) explana que ainda na hipótese de que a definição da solução jurídica adequada possa apresentar enclaves e exigir um minucioso e complexo processo argumentativo e um grande esforço intelectual do operador do direito, haveria sempre uma resposta correta ao caso.

Destarte, imperioso que seja compreendida a tese da resposta correta, argumento chave da teoria de Dworkin.

A questão levantada pelo filósofo não é a existência de apenas uma única resposta, porém, ainda que haja outras, somente uma seria juridicamente defensável e correta dentro de um ordenamento jurídico marcado pela coesão e integridade, ou seja, o direito enquanto um sistema de normas, que se bifurca em regras e princípios, não abarcaria a possibilidade para um juízo discricionário forte, haja vista que dispõe de uma história institucional a ser observada e reconstruída pelo intérprete.

Destarte, torna-se nítido que, para Dworkin, o direito é um conceito interpretativo, sendo a prática jurídica, essencialmente, interpretativa, posto que, quando as partes litigantes demandam o juízo, cada uma delas apresenta ao magistrado a interpretação que entendem ser corretas e aplicáveis ao caso concreto.



Nesse sentido, a caráter interpretativo transcende um viés meramente instrumental, o que, justifica, para o pensador, o fato de que o direito vai além do catálogo de princípios e regras, sendo “uma atitude interpretativa e autoreflexiva, dirigida à política no mais amplo sentido (DWORKIN, 2007, p. 492)”.

Para tanto, Dworkin, na obra *Império do Direito*, ratificando a discricionariedade em sentido fraco, traça um processo unitário de interpretação, no intuito de excluir eventual liberdade interpretativa pautada em comandos extrajurídicos e de se alcançar a única resposta escoreita.

A primeira fase é a pré-intepretativa, momento em que o intérprete procede à identificação das normas que fazem parte da prática jurídica e atenta-se aos critérios do conceito de direito que a comunidade compartilha.

A segunda fase, denominada de interpretativa, é marcada pela ocasião em que o intérprete apresenta uma justificação moral e política dos elementos fixados na prática jurídica, com base na fase antecedente. Verbicaro (2017, p. 277), explana que nesta fase incluem-se duas dimensões de interpretação: a consistência, pautada na concordância ou adequação do direito já existente às práticas ou convenções do passado e a outra de justificação em que o operador do direito se afasta das convenções e se detém na análise dos princípios de justiça que fundamentam a prática jurídica. As duas dimensões são concomitantes.

Por fim, adentra-se na fase pós-interpretativa, quando se pretender impor coerência ao sistema. Nesta fase, o intérprete analisa possíveis alterações à prática jurídica preexistente com o escopo de aprimorá-la a partir da melhor justificação moral possível, de modo a se vislumbrar o direito como integridade, a partir da coesão, coerência e consistência da interpretação das normas jurídicas.

Portanto, para Dworkin, é imprescindível no processo interpretativo o equilíbrio entre as tradições preexistentes e convenções com a necessidade de justificação sistemática e global da prática judicial.

Assim, Dworkin, conforme já esposado, deixa cristalina a superação da distinção entre casos fáceis e difíceis, haja vista que seu método adjudicatório do direito como integridade assegura que para decidir qualquer caso, o juiz deve examinar as regras, princípios e precedentes relevantes, recorrendo ao raciocínio que seria utilizado pelo fictício juiz Hércules,



com base na melhor justificativa advindas das normas e instituições sociais. Logo, argumenta que o método de decisão será idêntico para todos os casos, sejam eles fáceis ou difíceis, devendo ser construída, para qualquer deles, a resposta correta que o caso requeira.

Cumprido apresentar as contribuições esboçadas por Streck quanto à aversão de Dworkin a discricionariedade judicial:

Dworkin, em sentido contrário, apresenta objeções à construção hartiana. Primeiramente, o jusfilósofo norte-americano defende que as partes num processo possuem o direito de que a solução jurídica para o caso esteja de acordo com o ordenamento previamente estabelecido. Este, por sua vez, seria o fundamento para todos os casos, fáceis ou difíceis, impedindo tanto a discricionariedade judicial como o poder criativo dos juízes, nos termos propostos por Hart (STRECK, 2013, p. 358).

Portanto, torna-se cristalino antagonismo sobre a aplicabilidade da discricionariedade judicial entre Hart e Dworkin, posto que o primeiro defende a sua aplicação para a resolução dos casos controvertidos, caracterizados pela presença da textura aberta das normas, ao passo que o segundo refuta tal mecanismo, por entender que o próprio ordenamento jurídico possui ferramentas para resolver qualquer caso, seja ele fácil ou difícil.

Nesse sentido, Streck destaca a divergência de entendimento entre Hart e Dworkin acerca da discricionariedade judicial:

Despiciendo lembrar, neste ponto desta discussão, que o positivismo é entendido, neste texto e no restante de minhas obras, a partir de sua principal característica: a discricionariedade, que ocorre a partir da delegação em favor dos juízes para a resolução dos casos difíceis (não abarcados pela regra). A holding da discussão encontra-se nas críticas dirigidas a Herbert Hart por Ronald Dworkin, para quem o juiz não possui discricionariedade para solver os hard cases (STRECK, 2009, p. 76).

Portanto, o ponto de principal dissonância entre Hart e Dworkin se dá, de forma substancial, acerca do uso da discricionariedade nos casos difíceis, pois são justamente nos casos em que os magistrados se deparam com uma situação controversa, em que não haja uma solução pacífica e uniforme.

#### **4.1 A DISCRICIONARIEDADE E OS CASOS DIFÍCEIS NA VISÃO DE HERBERT HART E RONALD DWORKIN**



Assim esposadas as ideias principais veiculadas por Herbert Hart e Ronald Dworkin sobre a discricionariedade judicial, imperioso destacar a visão de ambos, especificamente, quando se trata do julgamento dos denominados casos difíceis.

Hart, conforme esposado, enfatiza os limites da precisão de linguagem, em especial, da linguagem jurídica. Afirma que as palavras da linguagem utilizadas no cotidiano são vagas e abertas, ainda que os interlocutores consigam se comunicar.

Todavia, quando se trata do âmbito jurídico, é necessária maior cautela devido à textura aberta da linguagem, a qual é visivelmente marcada pela generalidade e abstração, não bastando que, simplesmente, se estabeleça uma comunicação, mas que seja conferido ao juiz poder discricionário e até criativo, quando de sua interpretação do caso concreto. Porém, tal raciocínio não se confunde com ideia de poder incondicionado ou ilimitado.

Outro argumento destacado por Hart é de que a textura aberta da linguagem garante também a representação dos avanços sociais, culturais e valorativos de uma sociedade plúrima, permitindo assim, a aplicação de normas a situação não esperadas quando de sua criação, portanto, a textura aberta da linguagem e poder discricionário dos juízes são vantajosos para a comunidade.

Nesse contexto, Verbicaro (2017, p. 300) aduz que, na visão de Hart, devido à textura aberta da norma jurídica, as decisões dos casos difíceis autorizam mais de uma interpretação jurídica: o juiz age de forma discricionária, optando assim pela alternativa que entender mais viável e razoável dentro das margens permitidas pelo direito.

Portanto, nesta hipótese, o magistrado não estaria aplicando o direito, haja vista que as normas jurídicas não lhe apresentam uma solução e não seria possível excluir um exame discricionário. Neste caso, o juiz cria um direito novo para o caso em litígio.

A contrário senso, Dworkin, defensor da tese do direito como integridade, afirma que nem todos os casos difíceis ocorrem devido a textura aberta das normas jurídicas e que as partes litigantes possuem o direito de ter seu caso julgado em consonância com o ordenamento jurídico preexistente.

Nessa linha de raciocínio, o filósofo ratifica a sua tese de obtenção de uma única resposta correta, inclusive nos casos difíceis, posto que, quando devidamente interpretadas, as normas jurídicas direcionam para uma única resposta, baseada na coerência do sistema.



Portanto, Dworkin, ainda nos casos difíceis, rejeita a discricionariedade judicial em sentido forte, posto que o juiz não estaria autorizado a criar o direito e defende que, por mais controversos que sejam os casos, é possível a obtenção de uma melhor justificativa moral, justa e equânime capaz de solucionar adequadamente um conflito jurídico, com respaldo nos padrões morais compartilhados pela sociedade.

Destarte, torna-se cristalina a leitura feita por cada um dos pensadores sobre a discricionariedade judicial, isto é, sobre a margem de liberdade que os juízes teriam para fundamentar os casos difíceis.

Dessa forma, vislumbra-se que a discussão travada pelos dois filósofos é de grande relevância nos dias atuais, haja vista que se faz necessário que os magistrados possuam parâmetros e ferramentas disponíveis para julgar os casos, especialmente, os difíceis.

Outrossim, importante destacar que, ao se analisar a complexidade das demandas atuais, as quais podem envolver um pluralidade de agentes e fatores, sendo o que a doutrina denominada como *hard cases*, imperioso que seja ressaltado a dificuldade de se obter uma única resposta jurídica, como pretende Dworkin.

Os indivíduos e as demandas judiciais são caracterizados por suas respectivas singularidades, característica essa que também é peculiar ao magistrado, que ao deparar com demanda delicada, concatenará suas ideias a partir do ordenamento jurídico e de suas percepções de mundo, o que não se harmoniza com o entendimento que este julgador necessariamente proferirá decisão correta com respaldo nos parâmetros dworkianos, posto que os juízes podem ter interpretações distintas diante de um mesmo caso concreto e poderão se valer da discricionariedade em diferentes graus, forte ou fraco.

Destarte, os argumentos esposados por Hart, que são fundamentados no poder discricionário do juiz, devido ao fato de a linguagem jurídica ser aberta e indeterminada, o que garante inclusive, um poder criador ao juiz, quando necessário, se amolda, de forma mais evidente, a realidade jurídica plúrima vivenciada nos dias atuais, haja vista que tal linha de raciocínio prestigia a individualidade dos magistrados ao julgar o caso concreto e refuta a premissa de que o julgador possa encontrar uma única solução para todos os casos, por mais delicados que sejam, apresenta-se como conjectura não passível de demonstração.

Portanto, a discricionariedade defendida por Hart assegura racionalidade na atuação dos magistrados, posto que ainda que se reconheça os poderes discricionários em sentido forte



do juiz no caso concreto, reafirma que o mesmo não poderá se esquivar dos parâmetros e regras existentes, o que garante e reforça o exercício interpretativo e constante que deve ser inerente ao poder decisório dos magistrados.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou demonstrar a discussão desenvolvida entre Herbert Hart e Ronald Dworkin sobre a aplicação da discricionariedade judicial, em suas versões forte e fraca, pelos magistrados, especialmente, nos casos controvertidos.

Hart, defensor da indeterminabilidade relativa da linguagem, capitaneia a ideia de que a linguagem jurídica é dotada de textura aberta, portanto, vaga, o que assegura ao magistrado, ao julgar casos de grande controvérsia, o uso do poder discricionário, em seu sentido forte, de forma motivada e, jamais, arbitrária.

Assim, a discricionariedade em sentido forte, para Hart, garante que o juiz pudesse utilizar de comandos extrajurídicos, podendo exercer, inclusive, de certa forma, criar o direito. Logo, diante dos diferentes cursos de ação igualmente válidos ou admissíveis, ante a ausência de padrões normativos unívocos, o juiz poderia escolher àquele que melhor se aplicasse ao caso concreto, ressaltando-se que o pensador não se visualiza a existência de uma única resposta correta.

Contrastando com tal pensamento, Ronald Dworkin sustenta que, quaisquer que sejam casos, sejam eles fáceis ou difíceis, ambos possuem uma única solução correta dentro do ordenamento jurídico próprio.

Logo, para ele, não há espaço para utilização da discricionariedade em sentido forte, mas tão somente, em sentido fraco, posto que, ainda que a linguagem jurídica tenha textura aberta, não seria possível conceder poder criativo ao juiz, devendo o mesmo ater-se ao ordenamento jurídico preexistente, com amparo na melhor justificativa moral, justa e equânime capaz de solucionar adequadamente um conflito jurídico.

Portanto, percebe-se que os pensadores divergem sobre a margem de liberdade concedida ao magistrado quando se depara em casos difíceis dotados de imprecisão semântica, isto é, naqueles em que não se extrai, de antemão, a melhor resposta ao caso concreto.



Assim, o diálogo apresentado no presente estudo tem o condão de analisar o grau de liberdade dos magistrados quando preferem uma decisão judicial, ou seja, se podem, a partir de um caso difícil criar um direito novo, tendo amparo na textura aberta da linguagem, o que lhe daria a possibilidade de escolha, dentre todas as possibilidades existentes, de forma fundamentada, nos moldes defendidos por Hart, ou se o juiz deve se ater ao ordenamento jurídico preexistente, o qual é completo e, necessariamente, lhe confere uma única resposta correta.

O debate estabelecido enriquece as formas de se analisar a atuação do magistrado no caso concreto, todavia, é imperioso ressaltar que, nos dias atuais, estar-se-á diante de indiscutível a pluralidade e complexidade das demandas atuais, o que se mostra de difícil conciliação com a tese dworkiniana relativa à existência de uma resposta correta.

Além das especificidades das demandas, da indeterminação do direito, caracterizada pela textura aberta da linguagem jurídica, não se pode olvidar que cada magistrado possui sua percepção sobre o caso que lhe é apresentado, o que não significa que irá se afastar do direito para julgar, mas implica dizer que sua interpretação pode não ser ao idêntica a de outros magistrados, o que contraria a tese da única resposta correta.

Não parece razoável afirmar que uma interpretação é melhor outra, inexistindo assim respostas corretas ou erradas, verdadeiras ou falsas, ou ainda dotadas de superioridade ou inferioridade. O que se vislumbra, na realidade, são apenas respostas diferentes, uma vez que as normas jurídicas, ainda que sejam o ponto central da discussão, são incapazes de predizer, em termos absolutos e precisos, o futuro.

Assim, o debate sobre os limites do poder discricionário do juiz se mostra de grande relevância nos dias atuais e, a hermenêutica, como ciência interpretativa, revela seu caráter de imprescindibilidade diante tal contexto jurídico, posto que a interpretação é, justamente, a ferramenta essencial para a melhor compreensão das normas jurídicas e, repise-se, é carente de objetividade e infalibilidade, o que determina, portanto, que a mesma seja um exercício diário de todos os operadores do direito, especialmente, dos magistrados.

## 6 REFERÊNCIAS





- BIX, Brian. **Law, Language and legal determinacy**. New York: Oxford University. Press, 2002.
- DWORKIN, RONALD. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Vol. I. Petrópolis: Vozes, 1997.
- GUERRA, Sidney. **Hermenêutica, ponderação e colisão de direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- HART, Herbert. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.
- MELO, Brício Luis Da Anunciação; DIAS, Clara Angélica Gonçalves Cavalcanti. **Hermenêutica, Exegese e Ativismo Judicial: A Concretização da Norma Constitucional**. Conpedi. Salvador-BA, 2018. Disponível em: <http://conpedi.daniloir.info/publicacoes/0ds65m46/y0772k9d/u7y7ioW3X8Usvdgd.pdf> Acesso em: 14 jul. 2019.
- PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Edições 70, 1969.
- PONCIANO, Jose Eleomá de Vasconcelos. LIMA, Renata Albuquerque. **Novos direitos: evolução dos fatos sociais e aplicação do círculo hermenêutico**. PORTO ALEGRE – RS, 2018. Disponível em: <http://conpedi.daniloir.info/publicacoes/34q12098/75q1r7sq/S65uU0EnB5DU1uq1.pdf> Acesso em: 19 jul. 2019.
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD). Unisinos, RS, Brasil 2009.
- \_\_\_\_\_, Lenio Luiz. **Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy**. Revista Direito e Práxis [online] 2013, 4. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=350944518017>. Acesso em: 31 de jul de 2019.
- \_\_\_\_\_, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- VERBICARO, Dennis. **Consumo e cidadania: identificando os espaços políticos de atuação qualificada do consumidor**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- VERBICARO, Loiane. **Judicialização da política, ativismo e discricionariedade judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.



VILA, Marisa Iglesias. **El problema de la discrecion judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico.** Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 1999.