

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

FILOSOFIA DO DIREITO II

FERNANDO DE BRITO ALVES

LEONEL SEVERO ROCHA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

F488

Filosofia do direito II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Fernando De Brito Alves, Leonel Severo Rocha – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-368-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Filosofia do Direito. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

FILOSOFIA DO DIREITO II

Apresentação

Integram esse livro os artigos apresentados no Grupo de Trabalho Filosofia do Direito II do XXV Congresso do CONPEDI, que se realizou no mês de dezembro de 2016, na cidade de Curitiba – Estado do Paraná.

Os trabalhos indicam a higidez da pesquisa em filosofia do direito no país, e são representativos da produção acadêmica nacional, visto que seus autores estão ou foram vinculados à Programas de Pós-graduação em Direito da UFPA e CESUPA – Pará, FDV – Espírito Santo, UFRJ e UERJ – Rio de Janeiro, UNIVALI – Santa Catarina, UFPR – Paraná, UFPB – Paraíba, UNISINOS – Rio Grande do Sul, ESDHC – Minas Gerais, e UNIVEM – São Paulo.

Sem a pretensão de comentar especificamente todos os textos, mas com o objetivo de apresentar este livro, organizamos algumas breves considerações.

Constatamos que alguns dos autores fundamentaram suas pesquisas na filosofia francesa contemporânea. Foucault é o principal referencial utilizado para discutir a categorização sexual do direito e problematizar questões de biopolítica. Derrida e a sua filosofia da desconstrução é uma categoria de análise importante para a compreensão crítica do fenômeno jurídico contemporâneo. A ato de benzer como patrimônio cultural imaterial pode ser descrito a partir da filosofia de Paul Ricoeur.

Outras tradições filosóficas contemporâneas também estiveram presentes nos textos, já que houve autores que trabalharam aspectos da filosofia pragmática de Richard A. Posner, o problema da discricionariedade em Herbert Hart e Ronald Dworkin. Além de questões relacionadas à moral, análise econômica do direito, entre outros. Houve quem explorasse as divergências entre Kelsen e Cossio, e não faltou referência aos clássicos na discussão sobre a moralidade em Homero.

Por fim, ressaltamos que os textos, além de apresentarem discussões filosóficas densas, sobre categorias de análise, conceitos e modelos epistêmicos, também se preocuparam com os aspectos mais concretos da nossa vida cotidiana que podem auxiliar na compreensão de fenômenos complexos como a justiça e a exclusão social. Nesse contexto foram abordadas questões envolvendo os refugiados e o “rolezinho”.

A diversidade do livro que apresentamos é indiciária da inesgotabilidade temática da pesquisa em filosofia do direito no Brasil, de modo que recomendamos a todos interessados na área, a leitura deste livro.

Coordenadores do GT Filosofia do Direito II

Prof. Dr. Leonel Severo Rocha – UNISINOS

Prof. Dr. Fernando de Brito Alves – UENP

**O DEBATE HART-DWORKIN E O PROBLEMA DA DISCRICIONARIEDADE:
SOBRE OS LIMITES DA OBJETIVIDADE JURÍDICA**

**THE DEBATE HART-DWORKIN AND THE PROBLEM OF JUDICIAL
DISCRETION: ABOUT THE LIMITS OF LEGAL OBJECTIVITY**

Daniel Ortiz Matos ¹

Resumo

Este artigo tem como objeto de análise o célebre debate Hart-Dworkin e o problema da discricionariedade judicial. O objetivo é demonstrar que por detrás de todo embate argumentativo encontra-se o problema da objetividade jurídica, o que impôs caminhos teóricos distintos para ambos os juristas. Hart compartilhando dos aportes da Filosofia da Linguagem Ordinária desenvolveu uma teoria descritivista que apresentava as condições de possibilidade para a prática jurídica. Todavia, recaiu na tese da discricionariedade judicial diante dos limites de cognoscibilidade do direito. Diferentemente, Dworkin formulou uma teoria interpretativista, Direito como Integridade, demonstrando que respostas corretas são possíveis, inclusive nos casos difíceis.

Palavras-chave: Hart, Dworkin, Objetividade, Discricionariedade judicial

Abstract/Resumen/Résumé

This article analyzes the famous Hart-Dworkin debate and the problem of judicial discretion. The objective is to show that behind all argumentative encounter is the problem of legal objectivity, which imposed different theoretical paths for both jurists. Hart, sharing the contributions of the Philosophy of Ordinary Language, developed a descriptivist theory of the conditions of possibility for legal practice. However, fell in the thesis of judicial discretion on the limits of knowability of law. Unlike, Dworkin formulated an interpretive theory, Law as Integrity, demonstrating that correct answers are possible, even in hard cases.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Hart, Dworkin, Objectivity, Judicial discretion

¹ Mestre e Doutorando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, sob a orientação do professor Dr. Lenio Streck. Bolsita CAPES/PROEX. Email: danielortizmatos@gmail.com

1. Primeiras palavras

Pode-se afirmar que o modo como se concebe o real têm repercussões diretas em como se enuncia o mundo. Já dizia Wittgenstein no *Tractatus Logicus-Philosophicus*, que “sobre aquilo de que não se pode falar, deve-se calar” (WITTGENSTEIN, 1968, p.129). Ou seja, uma determinada compreensão da realidade delimita os contornos daquilo que se considera como conhecimento “objetivo”, sobre o qual se acredita haver certa segurança.

Obviamente, isto também se projeta para o Direito e se relaciona, sobretudo, com a questão da discricionariedade judicial. Se os únicos termos cognoscíveis da linguagem “comum” são aqueles que representam algo no mundo físico, todas as expressões legais que não preencham este requisito não seriam objetivas e, por consequência, nada poderiam informar ao intérprete. Por esta razão o Realismo Jurídico Escandinavo defendia a existência de expressões jurídicas que não passariam de ficções, ainda que úteis e necessárias.

As relações entre o Direito e a Linguagem, no modo em que concebemos a objetividade, apontam para um *jus dicere* mais ou menos subjetivo, afeito ou não a discricionariedade. Assim, tendo como centro de análise o célebre debate Hart-Dworkin, esta breve exposição abordará as (re)significações da objetividade (jurídica) operadas por ambos e como isto repercutiu no antagonismo a respeito do juízo discricionário.

O texto se subdivide, basicamente, em duas partes. A primeira será destinada a Hebert Hart e ao modo como desenvolveu o *Conceito de Direito* em contraposição ao Fisicalismo a partir dos influxos da filosofia da linguagem ordinária. Já a segunda abordará o empreendimento teórico de Ronald Dworkin como crítica ao pensamento hartiano, e o modo como neste foi (re)pensada a objetividade jurídica.

2. Herbert Hart e sua abertura hermenêutica (inicial): Uma objetividade (jurídica) não fisicalista

Na obra *O Conceito de Direito* percebe-se que Hart assume uma postura cognitivista¹ a respeito dos enunciados jurídicos². Rompendo com a concepção Fisicalista³ de mundo, o

¹ O termo cognitivismo aqui é tomado num sentido lato, para expressar a postura de Hart em reconhecer conteúdo cognitivo aos enunciados jurídicos mesmo sendo formados por termos que não designam nenhum estado de coisas na realidade. Ou seja, o termo não usado em seu sentido metaético, mas sim epistêmico.

² Nesse sentido Claudio Michelin Jr. afirma que: “Podemos identificar claramente dois momentos do pensamento de Hart sobre o conteúdo dos enunciados jurídicos: em um primeiro momento Hart nega que estes enunciados possuam valor descritivo; a partir do final da década de 50, culminando com o *Concept of Law*, Hart atribui aos enunciados jurídicos conteúdo cognitivo”. (MICHELON JR, 2004, p.140).

jurista inglês compreende a necessidade de outra objetividade para a compreensão do Direito enquanto um fenômeno sociolinguístico.

Para o Fisicalismo a objetividade seria independente da perspectiva humana, sendo baseada apenas em fatos brutos. Estes estariam circunscritos àquilo que seria passível de ser mensurado, quantificado ou redutível ao universo matemático. Como resultado ter-se-iam apenas conceitos extensionais, que não necessitariam de um compartilhamento de formas de vida para o seu conhecimento. Isto é, ao afirmar que água ferve a cem graus celsius este enunciado seria objetivamente válido e verdadeiro em qualquer lugar mesmo diante das idiosincrasias culturais.

Uma das limitações desta concepção é que ela não conseguiria dar conta de toda a atividade conceitual humana, pois, juntamente com os conceitos extensionais, apresentavam-se também os conceitos intencionais. Estes, todavia, detentores de sentido mesmo não sendo circunscritos a uma racionalidade matematizante. Quando se afirma sobre direitos e obrigações não há uma referência a fatos brutos. Ainda que um conceito extensional enumere as circunstâncias (antecedente-consequente) em que esta afirmação se dá, ainda assim, existiria sempre algo que lhe escapa, nada dizendo, especificamente, a respeito dos direitos e obrigações. Conclui-se, portanto, que isto somente é possível porque de maneira prévia já haveria uma compreensão do que seriam estas categorias. Deste modo, os conceitos intencionais existiriam a partir de um ponto de vista compartilhado e não a partir de lugar nenhum (concepção fisicalista).

Este era um dos pontos que Hart criticava o Realismo Jurídico Escandinavo, defendendo, portanto, a necessidade que a teoria jurídica tivesse uma abordagem hermenêutica⁴. Esta seria necessária diante da insuficiência das metodologias das ciências empíricas ante as especificidades do fenômeno jurídico. Compreendendo o Direito enquanto uma forma de estrutura social normativa o jurista entendia a necessidade de

(...) um método “hermenêutico” que envolva a descrição do comportamento regulado por regras como ele se apresenta a seus participantes, que avaliam se ele se conforma ou não a certos padrões compartilhados. Minha explicação para esta distinção, que chamo aqui de crucial, se dá em termos da ideia de “aceitação” de padrões de conduta preferidos como orientações e padrões para a crítica e, desta

³ Por fisicalismo entendemos a concepção proveniente da Física enquanto uma ciência que pretende descrever o mundo independente de nossa experiência. Discorrendo sobre a influência desta concepção no direito Michelon Jr. declara: De um lado, tanto realistas quanto Kelsen ligam a objetividade (o que pode ser descrito) a um “mundo físico”, a um “mundo do tempo e do espaço” etc. e, dessa forma, pretendem privilegiar a ciência que se tornou o padrão para o conhecimento “absoluto” (independentemente de nossa perspectiva): a física. (MICHELON JR, 2004, pp.116-117).

⁴ O próprio Hart (2010, p.15) admite que, de forma geral, sua obra *The Concept of Law* foi reconhecida com este aporte.

forma, de uma atitude que desenvolve o “ponto de vista interno” (HART, 2010, p.15).

No ensaio *Realismo Escandinavo* Hart (2010, pp. 181-191) aponta que dentro desta perspectiva as noções comumente aceitas como partes integrantes do sistema jurídico como “direitos”, “deveres”, “obrigações” e “validade”, seriam apenas “mitos”, ficções, “ilusões”, “mágica”, ainda que úteis e necessárias⁵. Para Realismo, o Direito deveria ser compreendido em termos de “fatos sociais” e para sua análise deveria ser utilizada uma metodologia empírica que expurgasse conceitos metafísicos, admitindo somente fatos concretos⁶ (*hard facts*), que seriam racionalmente verificáveis.

Hart compartilhando dos avanços da Filosofia da Linguagem Comum⁷, que intentava superar o (neo)positivismo lógico⁸, abriu o conhecimento jurídico para termos outrora lançados para o espaço do irracional, do desconhecido. Deste modo, rejeitando as premissas do Realismo Jurídico, o jurista afirmava que:

É vital, portanto, se desejamos entender as normas sociais e os usos normativos da linguagem que são parte inseparável desse complexo fenômeno da vida social, que não aceitemos o dilema de Ross: ‘Ou interpretá-las como previsões de comportamento e sentimentos judiciais ou como assertivas metafísicas a respeito de entidades não observáveis acima do mundo dos fatos’. As dimensões da linguagem jurídica são muito mais complexas do que este dilema permite (HART, 2010, p.191).

⁵ Sobre isto Alberto Warat escreve que: Alf Ross, por sua vez, sugere para o direito a existência de outro uso ou função da linguagem, denominado de *fabulation*. que consiste na apresentação de termos ou enunciados com o único objetivo de fazer em determinadas situações inexistentes. Mais do que uma falsidade, deve-se falar agora de uma ficção (WARAT, 1995. p.68).

⁶ Nesse sentido é paradigmática a seguinte afirmação de Axel Hägerström um dos teóricos/filósofos de base do realismo escandinavo: *praeterea censeo metaphysicam esse delendam (Moreover, I think that metaphysics is to be destroyed* – Livre tradução: Além disso, eu acho que esta metafísica é para ser destruída). Esta destruição seria decorrente de uma objetividade limitada aos fatos brutos (BJARUP, 1978. p. 16).

⁷ Em linhas gerais, a Filosofia da Linguagem Ordinária (*Ordinary Language Philosophy*), também denominada de Filosofia da Linguagem Comum ou Cotidiana, desenvolveu-se em meados do séc. XX, principalmente em Oxford com Austin, Ryle e Strawson, e em Cambridge com Wittgenstein. Enquanto o Positivismo Lógico buscava afastar-se da linguagem natural eivada de ambiguidades e expressões metafísicas que eram consideradas vazias de sentido e um entrave à um saber rigoroso – por isso a ênfase em metalinguagens e/ou linguagens artificiais –, a Filosofia da Linguagem Comum caracteriza-se por centrar a análise “linguística” para seu uso prático, concreto e cotidiano, donde seria possível conceber as significações.

⁸ O Neopositivismo lógico, em resumo, constiu em um movimento formado por filósofos e cientistas de várias áreas do saber, que se reuniam em Viena na primeira metade do séc.XIX para discutir os problemas dos fundamentos do conhecimento científico. No primado de uma razão teórica tentou produzir um conhecimento científico rigoroso e exato, livre das ambiguidades e conceitos vazios de sentido encontrados na linguagem comum. Dessa forma, dava-se prevalência as análises sintáticas (relação dos signos com os signos) e semânticas (relação dos signos com os objetos que representam) em detrimento da pragmática (relação do signo com o emissor e receptor da mensagem). Dentre os membros proeminentes do Círculo de Viena citamos: Moritz Schlick, Rudolf Carnap, Otto Neurath, Herbert Feigl, Philipp Frank, Friedrich Waissman, Hans Hahn. Cunpre destacar muitos pensadores visitaram o círculo ocasionalmente dentre eles: Hans Reichenbach, Kurt Gödel, Carl Hempel, Alfred Tarski, W. V. Quine, e A. J. Ayer (que popularizou a obra deles na Inglaterra) e Hans Kelsen que foi profundamente influenciado por este modelo científico, e tentou aplicá-lo ao direito enquanto ciência.

Assim, para Hart a objetividade jurídica dependeria, em certa medida, de nós mesmos, mas não num sentido idealista. Os conceitos dependeriam da nossa experiência. Até mesmo as certezas matemáticas, necessitariam daquilo que Wittgenstein denominou de convenção e depois de formas de vida⁹. Se existe uma aceitação de que o quadrado de 4 é 16, é porque compartilham-se determinadas regras. No âmbito jurídico isto se daria de forma análoga. Quando se afirma a existência de direitos subjetivos isto somente faria sentido por que haveria um compartilhamento de uma mesma forma de vida estruturada por regras¹⁰.

Portanto, os enunciados jurídicos não seriam conceitos atemporais, supra-históricos (Jusnaturalismo) e/ou independente do olhar humano (Fisicalismo). Tampouco, seriam enunciados metafísicos, sem sentido, sobre os quais nada se poderia dizer. Ao revés, seriam conhecidos a partir e tão somente do/no contexto social (de uso) onde os participantes compartilham um modo de vida que lhes permite reconhecer e aceitar¹¹ o Direito.

Dentro deste horizonte, Hart distingue as duas perspectivas das quais o fenômeno jurídico pode ser descrito: o ponto de vista interno e o ponto de vista externo¹². Os dois pontos

⁹ O conceito de “formas de vida” (Lebensform), apesar de muito importante na segunda filosofia de Wittgenstein, aparece poucas vezes nas Investigações Filosóficas e uma vez em Sobre a Certeza. Ainda que relacionadas aos jogos de linguagem, as formas de vida assumem um caráter mais geral e elementar, como um padrão injustificado da atividade humana e que, arraigado culturalmente, manifesta-se com um dado. É o locus em que a linguagem se constitui, sendo seu “fundamento” último (CONDÉ, 1998, pp. 101-105).

¹⁰ Sobre o tema Michelon Jr. declara que: A justificação da objetividade do estado de coisas representado pela afirmação “Gaio tem um direito” sempre vai apelar ao final para uma regra aceita que determina o que é objetivo e o que não é objetivo (MICHELON JR, 2004, p.137).

¹¹ A aceitação para Hart não é simplesmente observar um padrão de comportamento, pois a simples adequação do agir não diferencia as regras dos hábitos. Tampouco aceitar significa aprovar o padrão no sentido ético-político ou ter um sentimento qualquer em relação à conduta de alguém, inclusive sobre a própria conduta. Claudio Michelon Jr. sintetiza que (...) aceitar um padrão de conduta significa utilizar este padrão para estabelecer críticas e justificar críticas a um determinado comportamento que não esteja adequado ao padrão. Para fazer estas críticas e justificações utilizamos um vocabulário específico que envolve termos como “dever”, “direito”, “certo” e “errado”. É importante ressaltar que aceitar não é um ato que vêm antes da crítica, mas é o próprio ato de criticar e de justificar a crítica com base no padrão, ou seja, é usar o padrão.” (MICHELON JR, 2004, p.149).

¹² Hart sustenta que: Quando um grupo social tem certas regras de conduta, este fato confere uma oportunidade a muitos tipos de asserção intimamente relacionados, embora diferentes; por que é possível estar preocupado com as regras, quer apenas como um observador que não as aceita ele próprio, quer como membro de um grupo que as aceita e usa como guias de conduta. Podemos chamar-lhes os “pontos de vista” “interno” e “externo” (HART, 1994, p. 98). A partir desta distinção Hart também soluciona uma limitação do “modelo simples” da Jurisprudência Analítica de Bentham e Austin em que as normas jurídicas seriam ordens de um soberano respaldadas por ameaças e habitualmente obedecidas. O modo de resolver foi distinguindo os hábitos sociais, capturados pelo ponto de vista externo, das regras sociais, perceptíveis a partir do ponto de vista interno. O jurista inglês demonstra com a ilustração da sucessão monárquica que a explicação da obediência às normas editadas pelo novo rei não poderia ser o hábito social, já que até aquele momento ele não existia enquanto soberano, mas, sim por intermédio de uma regra social que regularia esta sucessão. Do mesmo modo como compreender a persistência das ordens de um soberano que teria morrido? A continuidade da autoridade legislativa somente faria sentido a partir da ideia de regras sociais e não de hábitos sociais como propunha a Jurisprudência Analítica, que foi uma tentativa de reduzir a ciência do direito a fatos brutos. Regras e hábitos se aproximariam na regularidade de comportamento, todavia, esta é apenas condição necessária para as regras,

de vista se distinguiriam, fundamentalmente, pela relação/atitude que o observador possuiria com aquilo que estaria sendo observado. Quando se observa o comportamento estruturado por regras que não partilha em seu uso, que não as aceita - no sentido de serem pautas de conduta utilizadas em seus juízos críticos destinados a si mesmo e aos outros - o faz a partir de um ponto externo. Doutra lado, aquele que fala de regras que servem como *standarts* de comportamento para criticar e/ou justificar a adequação do agir das pessoas, incluindo o seu próprio - o faz a partir do ponto de vista interno.

A diferença também se denotaria no modo como a linguagem seria utilizada e os tipos de descrição em cada perspectiva. O ponto de vista externo estaria centrado nas regularidades do comportamento em relação às regras, apenas nos hábitos sociais. Hart (1994, pp. 99-100) diz esta observação é semelhante àquela que faz um observador que ao deparar-se com um sinal de trânsito e verificar as ocorrências regulares, pode concluir, probabilisticamente, que com o sinal vermelho os carros param. Por isso, as descrições seriam: “ele estava obrigado a...”; “é provável que ocorra isto se...”; ou “isto será feito se...”.

Todavia, existiria algo da dimensão da vida social que não seria contemplado neste olhar, que seria a relação daquele que é observado com as regras. Enquanto, externamente, a luz vermelha é apenas um sinal, para aquele que compartilha daquela prática social é uma regra, uma obrigação, uma ordem de parar. Por isso, no âmbito interno utilizam-se expressões como “tenho a obrigação de” ou “tens a obrigação de”, não como algo provável, mas como imperativo de conduta que serve como parâmetro para avaliar a conformidade ou não dos comportamentos. Deste modo, o jurista inglês conclui:

O que o ponto de vista externo, que se limita a regularidades observáveis de comportamento, não pode reproduzir é o modo pelo qual as regras funcionam como regras relativamente às vidas daqueles que são normalmente a maioria da sociedade (HART, 1994, p.100).

Ainda sobre a diferença entre os enunciados internos e externos, Michelon Jr. (2004, p.158) entende que esta é de natureza lógica, porque possuiriam condições de verdade diferentes, como consequência eles jamais descreveriam o mesmo fato. Enquanto externamente estas condições seriam eventos físicos, internamente, para além destes haveria

enquanto para os hábitos seria uma condição necessária e suficiente. Para regras ainda seria necessário a “atitude crítica reflexiva” do grupo social em que comportamento ocorre (“aceitação”). Nesta direção Michelon Jr., sobre a teoria jurídica de Hart, afirma: O que está nas entrelinhas do texto é: se a explicação do Direito oferecida pela jurisprudência analítica está equivocada, devemos necessariamente explicar o direito a partir da noção de regra e noção de regra não pode ser reduzida a um mero hábito social (é, portanto, necessário distinguir hábitos e regras quando tratamos de explicar o direito). (MICHELON JR, 2004, p.145).

um elemento não físico que seria a regra que está relacionada à ideia de fatos institucionais¹³ (Searle).

O cognitivismo de Hart e a sua abertura hermenêutica decorrem do fato que as descrições feitas desde o ponto de vista interno, donde radicam os enunciados jurídicos¹⁴, são consideradas objetivas e estas dependem, inexoravelmente, do contexto social, dos participantes da práxis jurídica¹⁵.

Contudo, não obstante esta abertura hermenêutica (inicial), que possibilitou a teoria hartiana dar conta da compreensão do jurídico enquanto um fato institucional e por isso, não limitado a uma objetividade fisicalista, o jurista inglês encontra-se em aporia acerca do que fazer quando houvesse divergências interpretativas a respeito da significação dos termos legais, sobretudo, quando os textos jurídicos apresentassem uma textura aberta (*open texture*).

Dito de outro modo, Hart consegue explicar por que existe conteúdo cognitivo no enunciado jurídico que enuncia um estado de coisas inexistente na natureza, quando, porém faltassem critérios públicos (objetivos) para a sua definição, ou estes forem dúbios, estaria o intérprete na zona de penumbra normativa em que a discricionariedade seria inevitável. Ressalta-se que no entendimento do jurista esta discricionariedade não seria uma “carta branca” para o julgador decidir como bem entender. Diferentemente, a decisão discricionária não seria uma escolha, que não demanda justificação, mas sim um exercício de discernimento, de sabedoria prática¹⁶. Todavia, esta virtude seria exercida num ambiente de indeterminação, onde critérios públicos se mostram frágeis ou mesmo ausentes.

¹³ Searle desenvolveu uma importante distinção entre os fatos brutos e fatos institucionais. O filósofo compreende que determinadas práticas humanas somente fazem sentido por que são mediadas por instituições, sendo sempre insuficiente para estas uma explicação que reduza o olhar apenas para os fatos brutos. Deste modo, diante de afirmações como “alguém contraiu o matrimônio” ou o “Parlamento aprovou uma lei”, Searle entende que : (...) no existe un conjunto simple de enunciados sobre propiedades físicas o psicológicas de estado de cosas al que sean reducibles los enunciados sobre hechos de ese tipo. Los eventos físicos y las sensaciones brutas cuentan solamente como parte de tales eventos, dadas otras determinadas condiciones y en contraste con un transfondo de ciertos géneros de instituciones (SEARLE, 1990, p.59). Os fatos brutos seriam ontologicamente objetivos, isto é, sua existência não dependeria de um sistema de regras institucionalizadas. Do outro lado, os fatos institucionais seriam compostos necessariamente por regras constitutivas. Deste modo, os atos de fala também estariam sob a regência destas regras que repousariam em convenções, acordos ou entendimentos prévios que são constituídos socialmente.

¹⁴ Nessa linha Michelin: “Enunciados ‘jurídicos’ ou enunciados ‘internos’ são aqueles que utilizamos (nós, os participantes de sistemas jurídicos) para dar conta de fatos jurídicos” (MICHELON JR, 2004, p.155).

¹⁵ Michelin Jr. salienta que a objetividade jurídica seria dependente dos sujeitos, entretanto, estes não poderiam dispor desta regra ou do conceito de objetividade. Seguindo a proposta de Wittgenstein esta estaria mais próxima de uma congruência de subjetividades do que um padrão “independente desta perspectiva” (MICHELON JR, 2004, p.138).

¹⁶ Nas palavras de Hart : I think that the first point which we learn from consideration of the use of the term outside the Law is that it would be mistaken to identify the notion of discretion with the notion of choice (tout court). These are different though related notions. It is worthwhile, I think, remembering that discretion is after all the name of an intellectual virtue: it is a near-synonym for practical wisdom or sagacity or prudence; it is the

A Filosofia da Linguagem Ordinária que foi condição de possibilidade para a resignificação da objetividade jurídica também trouxe algumas limitações. O Direito entendido como um jogo de linguagem é analisado enquanto uma estrutura comunicacional de sentido, mas que pouco, ou nada diz, a respeito de sua justificação. Ou seja, a partir desta abordagem tem-se uma resposta formal/estrutural do que venha a ser o Direito, porém não contenedora/justificatória, que estaria além de suas possibilidades de análise. O próprio Wittgenstein entendia que a filosofia apenas deveria descrever a prática, mas não a justificá-la¹⁷.

Dentro da “forma vida” compreender-se-ia (apenas) a gramática que possibilita as significações, todavia, os juízos de valor sobre quais seriam as mais adequadas num sentido moral careceriam de objetividade, e portanto, sobre estes nada poderia ser dito. Por isso, quando a interpretação fosse unívoca, casos fáceis, não haveria espaço para discricionariedade judicial, porém, diante de uma pluralidade de interpretações esta se tornaria inevitável. Diante desta limitação Dworkin inicia sua empreitada teórica operando mais uma resignificação na objetividade jurídica.

3. Dworkin e uma incursão hermenêutica: Uma objetividade (jurídica) interpretativista

Após a publicação do *Conceito de Direito* a proposta hartiana de (re)formulação do Positivismo Jurídico gerou um amplo debate. Desde logo se dividiram defensores e opositores, estando Dworkin entre estes últimos. Isto pode ser observado em seu posicionamento num simpósio sobre a discricionariedade judicial realizado no ano de 1963. Deste se originou um dos primeiros escritos de Dworkin intitulado Judicial Discretion. Ali o filósofo americano já afirmava que seria um equívoco afirmar que os juízes possuíam discricionariedade ou poderes, ainda que excepcionalmente, para a criação de normas jurídicas, pois as partes teriam o direito de uma resposta judicial baseada no Direito preexistente. Isto é, basear-se em razões públicas e não em preferências individuais¹⁸.

power of discerning or distinguishing what in various fields is appropriate to be done and etymologically connected with the notion of discerning (2013, p.656).

¹⁷ Neste trilhar Wittgenstein afirma nas *Investigações Filosóficas*: § 124. A filosofia não deve, de modo algum, tocar no uso efetivo da linguagem; em último caso pode apenas, descrevê-lo. Pois também não pode fundamentá-lo. A filosofia deixa tudo como está. (...) § 126. A filosofia simplesmente coloca as coisas, não elucida nada e não conclui nada. – Como tudo fica em aberto, não há nada a elucidar. Pois o que está oculto não nos interessa (WITTGENSTEIN,1999,p.67)

¹⁸ Nesta linha afirma: If the judge were free to adopt his personal preferences as legal standards, then indeed his decisions would be chosen. But he is not (p.634). He is subject to the overriding principle that good reasons for judicial decision must be public standards rather than private prejudice. And he is subject to principles

Noutro aspecto, também anunciava que os casos difíceis não seriam originados apenas da vagueza linguística dos termos das regras jurídicas, ao contrário haveria outras hipóteses, tais como: 1) a existência de mais de uma norma aplicada ao caso; 2) a ausência de regra aplicável; 3) a existência de somente uma regra aplicável, contudo, sua aplicação seria injusta ou socialmente prejudicial.

Estes foram os apontamentos críticos introdutórios que seriam desenvolvidos com maior abrangência numa série de artigos subsequentes publicados em conjunto na obra *Taking Right Seriously* (1977). Destes destaca-se¹⁹ o *Modelo de regras I*, denominado inicialmente como *Modelo de regras (Model of Rules)* e também conhecido com o sugestivo título *É o direito um sistema de Regras?* (BONORINO, 2002, p.28).

Neste artigo Dworkin faz uma síntese das principais teses juspositivistas que procurava contrapor, estas representariam uma espécie de esqueleto daquilo que ele entendia como o Positivismo Jurídico. A primeira referia-se a ideia do Direito como um conjunto de regras usadas com o propósito de determinar os comportamentos que seriam punidos e/ou proibidos. Estas regras seriam identificadas por testes e critérios formais, não-conteudísticos, relacionadas à sua origem – pedigree – ou ao modo de sua adoção ou formulação. Por intermédio destes testes seria possível distinguir as regras jurídicas daquelas que pretensamente teriam esta qualidade, como também das demais regras sociais, como as morais, que não exigiram a observância pelo poder público.

A segunda crítica estaria relacionada com a crença que o Direito seria um sistema formado exclusivamente por estas regras (secundárias e primárias). Logo, nos casos em que inexistissem regras jurídicas ou diante de vaguezas e/ou indeterminações o juiz não poderia aplicar o Direito, devendo então, utilizando-se da discricionariedade, criar uma nova regra ou suplementar uma existente.

O terceiro ponto apresentado refere-se ao fato de que nos casos em que fosse utilizada a discricionariedade judicial não seria possível falar em uma “obrigação jurídica”. Esta conclusão seria uma decorrência da ideia de que a *obligatio* pressupõe a aplicação de uma regra jurídica válida e existente à época da ocorrência do fato juridicamente relevante e não de uma criada *ex post facto*.

stipulating how such standards shall be established and what judicial use shall be made of them (DWORKIN, 1963, pp.634-63).

¹⁹ A respeito da importância deste escrito Ronaldo Porto Macedo Junior afirma: O artigo seminal “O Modelo de Regras I” talvez seja um dos textos de teoria do direito mais lidos e discutidos no final do séc. XX. o seu impacto foi tão grande que se tornou material de leitura obrigatória em quase todos os cursos de direito no mundo anglo-americano (MACEDO, 2013, p.159).

Dworkin contrapõe cada uma destas teses básicas demonstrando como a prática jurídica não as subsidia, ao contrário, as refuta, principalmente, quando os princípios são aplicados. Não obstante, o debate com Hart estar delineado em linhas gerais no *Modelo de Regras*, este foi se sofisticando com o passar do tempo.

Com a publicação do *Império do direito* em 1986 há um inegável amadurecimento na construção teórica do jusfilósofo norte-americano, delineando-se com maior precisão uma fase mais construtiva de seu pensamento em relação à primeira, de matiz mais crítico²⁰. Conseqüentemente, este refinamento também atingiu sua dissonância ao Positivismo Jurídico, que passou a ter mais profundidade, espessura.

O equívoco filosófico do Positivismo Jurídico estaria em sua limitação em tentar desenvolver um conceito (meramente) semântico de Direito, baseado no uso, de modo a criar um impedimento, uma barreira para a compreensão adequada dos diversos tipos de desacordos presentes na prática jurídica.

A este entrave Dworkin denomina de “agulhão semântico²¹” (*semantic sting*). Esta tentativa de conceituar o Direito, ainda que partir do seu uso, seria problemática, pois, o

²⁰ Neste sentido Alfonso García Figuerola: El pensamiento dworkiniano parece evolucionar desde una crítica al positivismo jurídico (aún que no solo a él) fundamentalmente em *Los derechos em serio*, hacia la construcción, afirmativamente, de una teoría del derecho (“el derecho como integridad”) en *El imperio de la justicia* (...). Es posible, por tanto, analizar con cierta independencia la *pars destruens* y la *pars construens* de la obra de Dworkin (...). (GARCÍA FIGUEROA, 1998, p.239). Importante registrar que este modo de subdividir a obra de Dworkin sem uma fase de transição pode ser resultado da proximidade temporal entre as publicações de *Uma questão de Princípio* (1985) e o *Império do Direito* (1986). Isto, em virtude desta última obra ter monopolizado os estudos acadêmicos deixando a anterior sem uma análise mais pormenorizada. Dessa forma, há certa aparência que houve um salto da crítica para aquela de maior formulação teórica, uma vez que em *A Matter of Principle*, já é perceptível este encaminhamento (BONORINO, 2002, p.37).

²¹ Dworkin afirma que: Chamarei de agulhão semântico o argumento que descrevi há pouco, e que tem causado tantos problemas à filosofia do direito. Suas vítimas são as pessoas que têm uma certa imagem do que é a divergência e de quando ela é possível. Elas pensam que podemos discutir sensatamente se (mas apenas se) todos aceitarmos e seguirmos os mesmos critérios para decidir quando nossas posições são bem fundadas, mesmo que não possamos afirmar com exatidão, como seria de esperar de um filósofo, que critérios são esses. Eu e você só poderemos discutir sensatamente quantos livros tenho em minha estante, por exemplo, se ambos estivermos de acordo, pelo menos em linhas gerais, quanto ao que é um livro. Podemos divergir sobre os casos limítrofes: posso chamar de livrinho aquilo que para você seria um panfleto. Mas não podemos divergir sobre aquilo que chamei de casos centrais. Se para você meu exemplar de *Moby Dick* não é um livro, pois em sua opinião romances não são livros, qualquer divergência será necessariamente absurda. Se essa imagem simples das circunstâncias em que a verdadeira divergência é possível esgota todas as possibilidades, ela deve aplicar-se aos conceitos jurídicos, inclusive ao conceito de direito. É então que se coloca o dilema que exponho a seguir. Ou os advogados, apesar das aparências, realmente aceitam, em linhas gerais, os mesmos critérios para decidir quando uma afirmação sobre o direito é verdadeira, ou não pode existir absolutamente nenhum verdadeiro acordo ou desacordo sobre o que é o direito, mas apenas a estupidez de pessoas pensando que divergem porque atribuem significados diferentes ao mesmo som. O segundo termo desse dilema parece absurdo. Portanto, os filósofos do direito adotam o primeiro e tentam identificar as regras fundamentais ocultas que devem estar contidas, mas não reconhecidas, na prática jurídica. Eles produzem e discutem as teorias semânticas do direito. Infelizmente, para essas teorias, a imagem do que se torna a divergência possível ajusta-se mal aos tipos de divergência que os advogados realmente têm. Ela é coerente quando os advogados e juízes divergem sobre os fatos históricos ou sociais, sobre que palavras devem ser encontradas no texto de alguma lei, ou quais eram os fatos em alguma decisão judicial anterior. Em direito, porém, grande parte das divergências é teórica, não

fenômeno jurídico, mais do que uma questão de fato, seria uma prática interpretativa. Os conceitos interpretativos²² – como o Direito - exigiriam dos participantes uma reflexão sobre o que constitui a própria prática, bem como um questionamento a respeito deste construto. Ou seja, a possibilidade de um diálogo dentro do jogo de linguagem Direito não poderia necessariamente pressupor que os falantes estejam de acordo sobre o que ele é e qual seria seu sentido para uma determinada ação específica.

Uma teoria semântica, como o Juspositivismo, sustenta que, “a menos que os advogados e juízes compartilhem de critérios fatuais sobre os fundamentos do direito, não poderá haver nenhuma ideia ou debate significativos sobre o que é direito” (DWORKIN, 2003, p.54). Assim, acreditariam que a mera existência da discussão jurídica revelaria que há um compartilhamento e uma aceitação do que venha a ser o Direito. Como resultado os desacordos jurídicos seriam tão somente empíricos.

Entretanto, Dworkin, analisando também a cotidianidade das práticas jurídicas, observa que parcela significativa das divergências jurídicas é teórica, ou seja, tangenciam os fundamentos (*grounds*) do direito. As partes no processo não debateriam por uma resposta judicial que esteja (apenas) formalmente adequada dentro de um marco institucional, mas, sobretudo, que represente o melhor direito possível ao caso (*the best it can be*), exigindo uma justificação, que não é simples exercício categorial.

Como o “agulhão semântico” impediria uma explicação razoável acerca dos desacordos teóricos, Dworkin entende que as teorias semânticas devem ser abandonadas e substituídas por uma perspectiva que considere o Direito como um conceito interpretativo. Sendo este um pressuposto basilar de sua teoria jurídica.

Como decorrência Dworkin apresenta outra crítica ao Juspositivismo, esta concernente a (im)possibilidade de uma teoria puramente descritiva do Direito. Conforme já abordado, Hart tinha como intento descrever o fenômeno jurídico e não justificá-lo. Destarte, apresenta a “estrutura” do direito, constituída pela união de regras secundárias e primárias, de

empírica. Os filósofos do direito em cuja opinião devem existir regras comuns tentam subestimar a divergência teórica por meio de explicações. Dizem que os advogados e juízes apenas fingem, ou que só divergem porque o caso que têm em mãos se situa numa zona cinzenta ou periféricas das regras comuns. Em ambos os casos (dizem eles), o melhor a fazer é ignorar os termos usados pelos juízes e tratá-los como se divergissem quanto à fidelidade ou reforma do direito, e não quanto ao direito. Aí está o agulhão: estamos marcados como seu alvo por uma imagem demasiado tosca do que deve ser a divergência. (DWORKIN, 2003, p. 55-56).

²² Sobre os conceitos interpretativos Dworkin apresenta exemplarmente o conceito de vencer um assalto no boxe. Este conceito é compartilhado mesmo com divergências a respeito de quem venceu um determinado assalto ou acerca dos critérios usados para decidir tal questão. As respostas para estes questionamentos dependeriam da melhor interpretação das regras, convenções e expectativas, assim como de outros fenômenos do boxe, resultando numa decisão específica de acordo com este todo. (DWORKIN, 2010, p.17).

modo que, a juridicidade dos enunciados jurídicos seria aferida por esta filtragem “estrutural” e não por expressarem a melhor interpretação desta prática.

Neste horizonte, Dworkin propõe uma teoria descritiva/prescritiva/justificatória em que o dualismo entre uma proposição descritiva ou valorativa tão estimado nas correntes analíticas²³ – que distingue juízos de fato de juízos de valor, as descrições das prescrições – perde força uma vez que sendo disposições interpretativas não seriam nem uma nem outra, mas uma simbiose de ambas²⁴. Sobre isto, Stephen Guest explica que o jusfilósofo norte-americano:

Não tem como intento dispensar essas ideias de descritividade e normatividade. Em vez disto, ele quer que aceitemos a ideia de que, por sua natureza alguns conceitos, não são plenamente entendidos a não ser de maneira interpretativa. São conceitos que precisam ser investidos de algum significado que uma simples descrição não pode fornecer (GUEST, 2010, p.28).

O Direito como uma práxis interpretativa/argumentativa exigiria uma teoria diferente daquela formulada pelo Juspositivismo, que limitada pelo “agulhão semântico” não daria conta dos diversos desacordos característicos da prática jurídica. Ademais, enquanto um conceito interpretativo seria inadequada uma postura meramente descritiva quando a própria “natureza” do fenômeno é a divergência e exige sempre uma justificação.

Na obra *Justice in Robes* (Justiça de Toga) Dworkin publicou um artigo intitulado *Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy* escrito anos antes para o NYU Colloquium in Legal, Moral and Political Philosophy. Neste texto procurou contrapor algumas das respostas centrais de Hart expressas no Pós-escrito do *Conceito de Direito*, tais como caráter descritivo da teoria da jurídica.

Hart sustentava que o filósofo do direito faria uma análise desde fora, descrevendo as condições de possibilidade para a prática. Dworkin argumenta que esta metateoria seria semelhante à metaética na Filosofia Moral. Nesta perspectiva, por exemplo, os juízos de valor, como “torturar crianças é errado”, seriam avaliados não em seu conteúdo “substancial”, mas em suas condições de inteligibilidade. Deste modo, alguns diriam que seriam verdadeiros ou falsos se descrevessem um fato moral independente do olhar do observador. Doutro lado, outros sustentariam que estes juízos não podem ser verificados quanto a sua veracidade ou falsidade, pois, são expressões subjetivas de preferências, emoções, ou meras recomendações.

²³ Nesse sentido Andrei Marmor afirma: “Hay que señalar que esto equivale a un ataque frontal contra la teoría analítica del derecho; Dworkin desafía su presuposición básica, esto es, que el concepto de derecho y la justificación de sus requerimientos particulares sean cuestiones separadas (MARMOR, 1992, p.55).

²⁴ Acerca da proposições jurídicas em Dworkin, Bonorino declara que: Pertencen a un género intermedio que comparte elementos de ambos tipos de proposiciones, pero que no puede identificarse exclusivamente con ninguno de los dos. Esta necesidad es la que no lleva a explorar una concepción de la interpretación capaz de entenderla como una forma específica de conocimiento (BONORINO, 2002, p.39).

Nesta linha, Hart argumentaria que os dois projetos são paralelos e não antagônicos, uma vez que ele faria uma descrição neutra do conceito de Direito em sua estrutura singular, e Dworkin uma teoria voltada para os conteúdos concretos do direito nas decisões judiciais. Ou seja, Hart, focado em questões de segunda ordem²⁵, diria que um determinado enunciado é jurídico, se preenchidos determinados requisitos, já Dworkin, centrado em questões de primeira ordem, avaliaria se este revela (ou não) o melhor direito ao caso.

O jusfilósofo norte-americano discorda desta alegação de uma possível complementaridade teórica, já que o empreendimento hartiano falha em não reconhecer que o “argumento jurídico é um argumento típico e completamente moral” (DWORKIN, 2010, p.205). Deste modo, meras descrições neutras seriam inadequadas quando o que se está em jogo num processo é “qual desses conjuntos de princípios concorrentes oferece a melhor justificação da prática jurídica como um todo, isto é, que seja mais peremptória em termos morais” (DWORKIN, 2010, p.205).

O problema partiria de uma compreensão de base a respeito do tipo de conceito que o Direito se insere. Conforme afirmado anteriormente, Dworkin (2010) entende que o Direito é um conceito interpretativo e não um conceito baseado em critérios - aqueles que existem a partir do compartilhamento de uma definição, aproximada ou precisa, que estabelece critérios de aplicação - ou de espécies naturais - aqueles que são exemplificados a partir de uma estrutura física ou biológica natural. Ademais, seria também um conceito político uma vez que as argumentações jurídicas referem-se a proibições, permissões, exigências e fundamentos do Direito de um determinado local, dentro de uma imensa prática social. Sendo o direito um conceito interpretativo e político não seria possível uma teoria neutra. Deste modo Dworkin (2010) afirma:

(...) a concepção de Hart não é neutra na argumentação: ela toma partido. Na verdade, em toda controvérsia jurídica difícil, ela toma partido em favor daqueles que insistem que os direitos jurídicos das partes devem ser totalmente estabelecidos mediante a consulta as fontes tradicionais do direito (DWORKIN, 2010, p.233).

Noutro passo, Hart sustentou que um juiz ou tribunal poderia utilizar-se de critérios morais em sua decisão se o Direito identificado pelas fontes sociais os tivesse incorporado. Dworkin refuta esta ideia uma vez que constantemente casos novos emergem, de forma que qualquer antecipação, nestes termos, sempre os deixaria sem uma resposta jurídica adequada. Além disso, analisando vários casos (difíceis) o jusfilósofo percebe que os juízes e tribunais já

²⁵ Em linhas gerais, as questões de primeira ordem estariam relacionadas aos conteúdos concretos dos enunciados jurídicos, já as questões de segunda ordem referem-se ao estatuto semântico, ontológico e/ou metafísico desse conteúdo.

desenvolvem esta argumentação moral independentemente deste reconhecimento (prévio) realizado pelas fontes sociais.

Em Dworkin a objetividade jurídica passa a ser interpretativa, transcendendo uma perspectiva estrutural do Direito (Hart). A objetividade torna-se decorrente da interpretação de uma prática coletiva em constante movimento. Deste modo, como um romance em cadeia, as novas decisões vão se ajustando a uma narrativa histórica escrita por uma coletividade e não por um só indivíduo, como aconteceria em decisões discricionárias. Ao invés da discricionariedade judicial que não se coadunaria com a Democracia, o Direito (sempre) teria respostas (certas) para os casos, sejam fáceis e/ou difíceis. Estas emergiram de um processo argumentativo-interpretativo de (re)construção do sistema jurídico em sua história institucional, e que se perfaz nos imperativos de coerência e integridade. Este exercício demandaria juízos eminentemente valorativos. A questão não mais seria o que é Direito, mas qual o melhor Direito.

4. Palavras finais

Em Hart a objetividade jurídica volta-se ao contexto sócio-prático de uso, com isto torna-se possível vislumbrar uma abertura hermenêutica (inicial) em seu empreendimento teórico. A cognoscibilidade do Direito dependeria de um horizonte de sentidos compartilhados. Há, portanto, uma ruptura com uma objetividade fiscalista. Todavia, a partir dos influxos da Filosofia da Linguagem Comum a tarefa hartiana limitou-se em compreender as condições de possibilidade do discurso jurídico sem problematizar a sua legitimidade, sobretudo, em seus conteúdos concretos quando divergentes ou imprecisos.

Dworkin opera outra resignificação na objetividade jurídica, que passa a ser interpretativa. O conteúdo dos enunciados jurídicos é verificado dentro de um sistema que é a todo tempo (re)construído interpretativamente, tendo como finalidade alcançar o melhor Direito possível, a resposta certa. Não seria um exercício categorial, mas sim valorativo/moral.

Enquanto para Hart a discricionariedade seria uma espécie de “mal- necessário”, um ônus democrático que decorre da ausência de critérios públicos de verificabilidade, para Dworkin isto seria um equívoco, uma vez que o sistema (sempre) possibilitaria fundamentos suficientes para uma resposta judicial que se fundamente em boas razões públicas. Como exemplo, apresenta decisões baseadas em princípios jurídicos.

Esta dissonância também pode ser compreendida em relação à posição de ambos acerca da objetividade dos juízos morais. Hart não é exposto nesse sentido, porém em sua contra-argumentação à Dworkin, é possível inferir sua proximidade com o não cognitivismo moral. Isto, sobretudo, ao vincular o êxito da teoria dworkiniana à existência de fatos morais²⁶. Como, ao seu entender, estes não existiriam não haveria balizas objetivas para a decisão jurídica, logo a discricionariedade seria inexorável. Este ponto pode ser visto de outro modo, como Hart defendia a separação conceitual entre o Direito e a Moral, ainda que fosse um cognitivista moral – o que seria difícil dentro dos aportes filosóficos que operava a época – ainda assim um juízo moral objetivo não vincularia o universo jurídico, vez que seriam sistemas independentes e autônomos.

Em sentido diverso, Dworkin, manifestamente um cognitivista moral, observa que o Direito se constitui como uma prática em que os participantes a todo tempo lhe atribuem “peso”, valor, importância, num exercício de moralidade (política). A questão não seria simplesmente saber o que é Direito distinguindo-o dos demais sistemas normativos, mas sim encontrar a legitimação para o melhor Direito possível, o que somente ocorreria numa imbricação entre Direito e Moral.

Por certo prisma, pode-se entender que Hart, ao resignificar a objetividade no Direito suplantando a concepção fiscalista, isto é, vinculando-a aos observadores, sejam internos ou externos, abriu um caminho de exploração para Dworkin, que o aprofundou com seu interpretativismo e possibilitou a formação de outra concepção teórica. Dessa forma, mais que um embate de ideias, Hart e Dworkin protagonizaram (também) um diálogo com algumas concordâncias e rupturas que uma leitura meramente conflituosa e que se limita a superfície dos argumentos não seria capaz de reconhecer.

5. Referências Bibliográficas

BJARUP, Jes. *Skandinavischer realismus*. München: Karl Alber, 1978.

BONORINO, Pablo Raúl. *Objetividad y Verdad en Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

²⁶ Esta linha de raciocínio foi desenvolvida por Hart numa conferência que proferiu na Universidade Autônoma de Madrid com o título *El nuevo desafío del positivismo jurídico* (1979). HART, Herbert Lionel Adolphus. *El nuevo desafío del positivismo jurídico*. Tradução de Liborio Hierro, Francisco Laporta e Juan Ramón Páramo. Original inédito. *Sistema*, n. 36, p. 3-18, mai. 1980.

CONDÉ, Mauro Lúcio Leitão. *Wittgenstein: linguagem e mundo*. São Paulo: Annablume, 1998.

DWORKIN, Ronald. *Império do direito*. 1º. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *A justiça de toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. Judicial Discretion. *The Journal of Philosophy*, Vol. 60, No. 21, American Philosophical Association, Eastern Division, Sixtieth Annual Meeting (Oct. 10, 1963) Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2023557> Acesso em: 30/08/2016

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Principios y positivismo jurídico: el no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

_____. *Ensaio sobre teoria do direito e filosofia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

_____. El nuevo desafío del positivismo jurídico. Tradução de Liborio Hierro, Francisco Laporta e Juan Ramón Páramo. Original inédito. *Sistema*, n. 36, p. 3-18, mai. 1980.

HART. H.L.A. Discretion. *Harvard Law Review*. Cambridge, n.º 127, pp. 652-665. 20 de Dez. 2013; Disponível em: http://www.harvardlawreview.org/wp-content/uploads/pdfs/vol127_hart.pdf. Acesso em: 30/08/2016

MARMOR, Andrei. *Interpretación y teoría del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1992.

MACEDO, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a Teoria do Direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MICHELON JR, Cláudio Fortunato. *Aceitação e objetividade: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito*. São Paulo: R. dos Tribunais, 2004.

SEARLE, John R. *Actos de habla: ensayo de filosofía del lenguaje*. 3. ed. Madrid: Cátedra, 1990, p.59.

WARAT, Luís Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1995.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. São Paulo: Nacional, 1968.

_____. *Investigações Filosóficas*. Trad. José Carlos Bruni. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda, 1999.