

A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E AS CONDIÇÕES DE VERDADE DAS PROPOSIÇÕES JURÍDICAS À LUZ DO DEBATE HART E DWORKIN

THE JUDICIAL DISCRETION AND THE TRUTH CONDITIONS OF LEGAL PROPOSITIONS UNDER THE HART AND DWORKIN'S DEBATE

LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL Y LAS CONDICIONES DE VERDAD DE LAS PROPOSICIONES JURÍDICAS A LA LUZ DEL DEBATE HART Y DWORKIN

LOIANE PRADO VERBICARO

<http://orcid.org/0000-0002-3259-9906> / <http://lattes.cnpq.br/4100200759767576> / loianeverbicaro@uol.com.br

Doutora em Filosofia do Direito pela Universidade de Salamanca-Espanha. Coordenadora do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário do Pará, Professora da Graduação e do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu e Lato Sensu em Direito do Centro Universitário do Pará, Professora da Escola Superior da Magistratura.. Belém, PA, Brasil.

RESUMO

Em um contexto de relativização da cisão entre criação e aplicação do direito, o trabalho tem por objetivo analisar, sob o olhar analítico e conceitual da filosofia, o problema do grau de liberdade interpretativa, a (in) determinabilidade do direito, a (in) existência de resposta correta e a necessidade do uso da discricionariedade judicial, a partir do estudo das condições de verdade das proposições jurídicas e das discussões sobre a possibilidade de juízos interpretativos objetivamente verdadeiros, à luz do realismo e antirrealismo semânticos. A pesquisa bibliográfica de abordagem qualitativa centra-se na análise do positivismo hartiano e do interpretativismo de Ronald Dworkin. Ao contrário da teoria de Dworkin, segundo a qual mesmo nos casos difíceis as proposições jurídicas apresentam um valor de verdade, o pensamento hartiano considera que a existência de casos difíceis conduz à indeterminação do direito e à ideia de que certas proposições carecem do valor de verdade.

Palavras-chave: Condições de Verdade, Discricionariedade; Interpretativismo; Positivismo; Resposta Correta.

ABSTRACT

In a context of relativization the division between creation and application of the law, the article aims to analyze, under the analytical and conceptual perspective of philosophy, the problem of the degree of interpretative freedom, the (in) determination of law, the existence or not of correct answer and the need for judicial discretion in the strong or weak sense, from the study of the truth of legal propositions conditions and discussions about the possibility of objectively true interpretative judgments through realism and semantic anti-realism. The bibliographical research of qualitative approach focuses on the analysis of Hartian positivism and the interpretativism of Ronald Dworkin. Contrary to Dworkin's theory that even in difficult cases legal propositions present a truth value, research is aligned with Hartian thinking, which considers that the existence of difficult cases leads to the indeterminacy of law and to the idea that certain propositions lack the value of truth.

Keywords: Truth Conditions; Discretion; Interpretivism; Positivism; Correct answer.

RESUMEN

En un contexto de relativización de la separación entre creación y aplicación del derecho, el trabajo tiene por objetivo analizar, bajo la mirada analítica y conceptual de la filosofía, el problema del grado de libertad interpretativa, la (in) determinabilidad del derecho, la (in) la existencia de respuesta correcta y la necesidad del uso

de la discrecionalidad judicial, a partir del estudio de las condiciones de verdad de las proposiciones jurídicas y de las discusiones sobre la posibilidad de juicios interpretativos objetivamente verdaderos, a la luz del realismo y antirrealismo semánticos. La investigación es bibliográfica de enfoque cualitativo y se centra en el análisis del positivismo hartiano y del interpretativismo de Ronald Dworkin. A la diferencia de la teoría de Dworkin, según la cual incluso en los casos difíciles las proposiciones jurídicas presentan un valor de verdad, el pensamiento hartiano considera que la existencia de casos difíciles conduce a la indeterminación del derecho y a la idea de que ciertas proposiciones carecen del valor de verdad.

Palabras clave: Condiciones de Verdad, discrecionalidad; Interpretativismo; Positivismo; Respuesta correcta.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 O PROBLEMA DO GRAU DE LIBERDADE INTERPRETATIVA DOS JUÍZES; 2 AS LINHAS CENTRAIS DO DEBATE ENTRE HERBERT HART E RONALD DWORKIN; 3 A DISCRICIONARIEDADE E AS CONDIÇÕES DE VERDADE DAS PROPOSIÇÕES JURÍDICAS; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisa a discricionariedade judicial pelo olhar analítico e conceitual da filosofia, ao refletir, à luz de suas estruturas teóricas, sobre a dimensão criativa da atividade judicial que, no mais das vezes, projeta o intérprete para além da legalidade vigente, acenando ao exercício político de um mister que é - ou pelo menos deveria ser -, por definição, predominantemente jurídico, mesmo que se considere a fluidez da fronteira entre política e direito no mundo contemporâneo, marcado pela crescente constitucionalização de questões políticas.

Para situá-lo, é importante compreender que, nas últimas décadas, com o surgimento do constitucionalismo democrático e a universalização do *judicial review*, verifica-se a força do discurso de proteção dos direitos fundamentais e das virtudes cívicas. Presencia-se uma crescente mobilização por parte de distintos atores sociais em torno à força vinculante dos valores de justiça. Esse movimento impulsionou um crescente protagonismo do Poder Judiciário, ao depositar nele novas expectativas sobre a sua capacidade de resolver conflitos de caráter político e social, o que se evidencia com o crescente movimento de judicialização da política.¹

Outros movimentos e fundamentos contribuíram para essa “expansão global do poder dos juízes”² nas democracias contemporâneas, entre os quais destaca-se a influência do modelo

¹ VERBICARO, Loiane Prado. Um Estudo sobre as Condições Facilitadoras da Judicialização da Política no Brasil. In: *Revista Direito GV*, v. 4, n. 8, jul-dez 2008.

² TATE, Neal & VALLINDER, T. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995, p. 27-36.

político-filosófico liberal, que parte do pressuposto de que os juízes devem ter um papel proeminente na determinação do que exige o direito em cada caso. O órgão judicial atua como instrumento de proteção de direitos individuais frente ao Estado, segundo a premissa de que o direito não depende meramente da vontade legislativa, mas da construção que o intérprete realiza do conteúdo da norma jurídica.

Nesse cenário, em que os juízes assumem o papel de guardião das promessas,³ estabeleceu-se o primado da interpretação judicial sobre a lei, ao se conferir a intervenção valorativa do intérprete judicial no processo decisório em um momento de relativização da cisão entre criação e aplicação do direito. E para analisar essa grandiosa função dos juízes nos marcos da interpretação judicial, o trabalho, por intermédio de pesquisa bibliográfica de abordagem qualitativa, propõe-se a refletir sobre o problema que o grau de liberdade interpretativa dos juízes suscita, bem como sobre os diferentes usos do termo discricionariedade judicial, que é um dos mais polissêmicos da filosofia do direito. Parte-se das linhas centrais do debate entre Herbert Hart e Ronald Dworkin, para se chegar na análise da determinabilidade e indeterminabilidade do direito, na existência ou inexistência de resposta correta nos casos difíceis e na necessidade do uso da discricionariedade judicial em seu sentido forte ou fraco, a partir do estudo das condições de verdade das proposições jurídicas e das discussões sobre a possibilidade de juízos interpretativos objetivamente verdadeiros, à luz do realismo e antirrealismo semântico. As temáticas em questão são estruturantes do debate contemporâneo acerca dos limites institucionais de atuação judicial.

Importante destacar o impacto da teoria de Ronald Dworkin na academia e prática dos tribunais no Brasil. No entanto, por vezes, suas ideias são mal compreendidas e aplicadas. Dworkin construiu uma teoria baseada em um processo de substancialização do direito, no contexto de crítica ao positivismo hartiano e de consolidação do constitucionalismo democrático, que trouxe à lume a importância dos princípios e valores, que fogem à taxatividade e ao rigor das regras, o que gerou dúvidas sobre a possibilidade de se obter segurança interpretativa com normas de conteúdo axiológico, em prejuízo aos direitos e garantias fundamentais, notadamente quando inexistirem critérios adequados de decidibilidade, incorrendo o intérprete judicial em subjetivismo e decisionismo.

³ GARAPON, Antoine. *O Juiz e a Democracia: o Guardião das Promessas*. Rio de Janeiro: Renavan, 2001, p. 23-53.

Dworkin, a despeito da compreensão inadequada de suas ideias e diferentemente da sólida teoria de Herbert Hart, defende uma interpretação construtiva e não discricionária dos juízes, com um tratamento objetivo no que se refere à compreensão dos valores, situados nos marcos do seu liberalismo igualitário, preocupado em garantir os direitos de minorias e conciliar demandas de liberdade com proposições de igualdade. Considerando a repercussão da teoria de Dworkin, o trabalho analisa o debate sobre as condições de verdade das proposições jurídicas e o uso da discricionariedade judicial com um dos seus principais interlocutores, Herbert Hart. Os autores marcaram decisivamente o debate contemporâneo em teoria do direito, com forte repercussão no Brasil.

A delimitação metodológica deste recorte do objeto de pesquisa, com o confronto de ideias e posicionamentos, torna-se fundamental para se discutir os limites de atuação judicial em um contexto em que se desvela o primado da interpretação sobre a lei e a crescente influência valorativa do intérprete no processo decisório, com a relativização da separação do ato de criar e aplicar o direito, em um cenário de grande visibilidade institucional da atuação judicial.

1 O PROBLEMA DO GRAU DE LIBERDADE INTERPRETATIVA DOS JUÍZES

O problema da discricionariedade judicial e do grau de liberdade interpretativa dos juízes ganharam destaque na teoria jusfilosófica contemporânea, especialmente a partir da crise do modelo dedutivo de atuação dos juízes e da perda de influência de algumas máximas do positivismo clássico defensor da ideia de completude e de uma visão formalista dos juízes como seres autômatos capazes de realizar, tão só, a vontade do legislador. As reações a esse modelo suscitaram o interesse pelo processo de decisão judicial e sua relação com a produção normativa, notadamente ao se reconhecer a necessidade técnica da discricionariedade judicial ante a constatação da incompletude e dos estreitos limites de circunscrição do mundo jurídico.

A definição dos marcos de alcance do direito é decisiva para abordar a questão da discricionariedade. Os que rechaçam a atuação discricionária dos juízes assim o fazem porque comumente assumem uma teoria mais abrangente sobre a própria compreensão do fenômeno jurídico, ao conceber uma ampliação do conceito de direito, a partir de uma perspectiva menos

restritiva dos limites de sua atuação judicial, normalmente com a aceitação da incorporação de critérios morais na identificação das normas por parte dos juízes.

Outro foco central da controvérsia refere-se à legitimidade e/ou justificação das decisões discricionárias. Várias são as objeções apresentadas ao poder discricionário dos juízes, especialmente em relação aos seguintes aspectos: conceder poder discricionário aos juízes é autorizar a edição de normas a serem aplicadas retroativamente aos casos concretos, em evidente criação do direito *ex post facto*, o que macula o princípio da legalidade, anterioridade da lei e segurança jurídica; a ausência de legitimidade democrática para a atuação criativa dos juízes, o que os autorizaria apenas a realizar a vontade das instituições eleitas democraticamente. Ir além desse limite seria distorcer a lógica democrática, a soberania do povo e o princípio da separação dos poderes, representando verdadeira instabilidade político-institucional.

Esses óbices conduziram a teoria jurídico-filosófica a refletir acerca das restrições e âmbito de atuação da liberdade criativa dos juízes para se desenhar um marco institucional ao exercício legítimo e justificável da discricionariedade judicial, bem como apontar argumentos favoráveis e justificadores da discricionariedade, notadamente como instrumento adequado para reconhecer direitos individuais implícitos, evitar a rigidez do direito ou sua incapacidade de adaptação imediata às mudanças sociais e obter resultados mais justos à luz das especificidades do caso concreto.

O problema da discricionariedade judicial, durante muitos anos, centrou-se em temas como a determinação do conteúdo da regra de reconhecimento, o papel dos princípios jurídicos, critérios morais na identificação do direito e as obrigações inerentes à atividade judicial. Mas, contemporaneamente, o debate ganhou um novo olhar. Trata-se da análise semântica e epistêmica do problema da discricionariedade judicial e da interpretação jurídica em geral, que incorporou uma base filosófica mais apurada e uma estrutura conceitual própria do âmbito da epistemologia e da teoria da linguagem⁴.

Nesse marco teórico, um dos principais centros de atenção refere-se à teoria interpretativa de Ronald Dworkin dialogada com o positivismo renovado de Herbert Hart. Essa aproximação e diálogo representam verdadeiro ponto de inflexão aos postulados filosóficos sobre

⁴ IGLESIAS VILA, Marisa. *El Problema de la Discrecion Judicial: Una Aproximación al Conocimiento Jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 1999, p. 23.

os quais repousam os modelos interpretativos dominantes, o que despertou a novas formas de conceber e entender o direito e o conhecimento jurídico.

Para compreender de maneira mais detalhada a discussão, necessário analisar os diferentes usos do termo discricionariedade judicial, que é um dos mais polissêmicos da filosofia do direito, bem como analisar as diferentes propostas conceituais e sentidos desenvolvidos no interior da filosofia do direito, para tratar acerca da interpretação, aplicação e limites jurídico-político-institucionais de atuação dos órgãos adjudicatórios, nos marcos de um Estado Democrático de Direito.

Comumente, utiliza-se o termo discricionariedade quando a decisão última sobre o justo no caso concreto é deferida à concepção individual da personalidade chamada a decidir. Isso significa que a convicção pessoal do intérprete, seu discernimento, sensatez e juízo, passam a ser elementos decisivos para determinar qual das várias alternativas que se oferecem como possíveis dentro de certo espaço de jogo será tida como a melhor e a mais justa, notadamente nos casos imprecisos de vagueza e ambiguidade da linguagem jurídica.

Nestas situações, ainda que o direito apresente uma resposta ao caso, sua solução não é óbvia e sua identificação exige um processo intelectual complexo em razão das dificuldades epistêmicas do intérprete em compreender os padrões normativos abstratos ou imprecisos típicos da linguagem do direito. Trata-se de uma discricionariedade fraca, que provoca a necessidade de juízo ou discernimento pessoal para identificar a resposta jurídica correta quando a linguagem do texto normativo não apresenta uma interpretação que seja clara e incontestada.⁵

Utiliza-se também a discricionariedade judicial para designar a margem de liberdade do juiz na determinação das escolhas fáticas relativas ao caso *sub judice*. Esta ideia está relacionada à valoração sobre as evidências da realização de um fato para determinar que versão dos acontecimentos é a mais próxima da realidade, não significando isso, evidentemente, liberdade para que o juiz construa ou invente os elementos fáticos do caso. Comumente, esta noção de discricionariedade está relacionada às dificuldades epistêmicas para definir que fatos correspondem à realidade, dada a falta de informação adequada para qualificar juridicamente a conduta. Entretanto, resolvem-se mediante verificação dos fatos relevantes e integra o sentido fraco de discricionariedade.

⁵ DWORKIN, Ronald. *Justiça para Ouriços*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 51.

Um terceiro sentido indica a insujeição de uma decisão à revisão judicial por outra autoridade julgadora, o que leva à ideia de definitividade, independentemente dos problemas relativos à indeterminação e incompreensão da linguagem jurídica. Nesse sentido, trata-se da questão relativa à competência para, em última instância, declarar o conteúdo do direito, não pressupondo, portanto, dificuldades epistêmicas para a compreensão do direito ou dos acontecimentos fáticos do caso, como nas hipóteses anteriores.

Há ainda o uso da discricionariedade para designar a possibilidade de eleição entre diferentes cursos de ação igualmente válidos e admissíveis, o que acena para a ausência de uma resposta jurídica unívoca, muito embora, ainda assim, se exija a correspondência a critérios de racionalidade e justiça, bem como a necessidade de justificação das razões da decisão, ainda que a decisão contenha algum elemento extrajurídico.⁶ Trata-se do sentido de discricionariedade forte, núcleo fundamental do diálogo contemporâneo sobre o tema.

A literatura jusfilosófica incorporou essas ideias no discurso jurídico, mas com matizes diferentes mediatizados por concepções jurídicas distintas. Daí a necessidade de uma delimitação conceitual prévia dos diversos sentidos utilizados no âmbito da filosofia do direito, com especial referência à análise dos sentidos forte e fraco de discricionariedade, por estabelecerem marcos teóricos para o desenvolvimento de distintas teorias da adjudicação judicial relativas à compreensão e limites da atividade judicial.

2 AS LINHAS CENTRAIS DO DEBATE ENTRE HERBERT HART E RONALD DWORKIN

Alguns autores têm afirmado que, de fato, não há desacordo entre Hart e Dworkin. Afirmam certas correntes do positivismo que, para responder às críticas de Dworkin, bastaria uma adaptação marginal da teoria de Hart e que, conseqüentemente, não havia um enfrentamento substancial entre suas ideias. E isso sucedeu-se notadamente com a inclusão dos princípios no conceito de norma. Segundo sustentam, a teoria de Hart nunca tratou diretamente acerca da existência de princípios. Dessa forma, quando Hart trata de regras, pode-se entender também a inclusão dos princípios.⁷ Da mesma forma, pode-se negar o desacordo afirmando que

⁶ IGLESIAS VILA, Marisa. *Op. cit.*, p. 29.

⁷ HART, Herbert. *O Conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

Hart e Dworkin não divergem, simplesmente porque estão falando de assuntos distintos e de distintas perspectivas de direito, uma descritivo-explicativa, moral e politicamente neutral, a outra descritiva-justificadora ou normativa.

Dessa distinção, cabe esclarecer que, para o pensamento de Dworkin não é possível ao teórico jurídico realizar o seu trabalho sem ter em consideração o contexto social e político em que se desenvolvem as questões jurídicas. Há a necessidade de reconhecer a importante relação entre as instituições jurídicas e o contexto político-social, donde se compreende as interconexões entre a teoria do direito e a teoria política e moral e a ideia de que a moralidade política integra parte substancial dos critérios de validade jurídica.

Em sentido contrário, Hart parte da premissa de autonomia da filosofia jurídica em relação às controvérsias morais e políticas, defendendo a tese segundo a qual a existência do direito, em sua autonomia, não suscita acudir-se de nenhum outro critério de filosofia política, uma vez que seu propósito não é justificativo, mas descritivo e moralmente neutral. Isso significa que o autor distingue o direito que é do direito que deveria ser e defende ser possível um estudo que se limite a descrever o direito que é. Seguramente, aceita que o problema de como deveria ser o direito forma parte da filosofia do direito.

Considerando as diferenças de pressupostos metodológicos, pontos de partida e de objetivos, suas propostas seguem linhas paralelas que, por definição, nunca se cruzam, mas que podem completar-se mutuamente. De fato, não é possível comparar todos os aspectos desenvolvidos nas respectivas teorias. Isso porque algumas reflexões são realizadas apenas por uma teoria, e não por outra. Entretanto, é evidente que há muitos pontos de contato entre elas, com destaque às diferenças atinentes aos tipos de normas jurídicas, à existência de uma regra de reconhecimento e, sobremaneira, ao uso da discricionariedade judicial para a solução dos casos difíceis.⁸

Analisados os sentidos do termo discricionariedade judicial, notadamente em torno de duas das mais debatidas perspectivas teóricas no âmbito da teoria do direito, o positivismo hartiano e a visão interpretativa do direito de Ronald Dworkin, cabe compreender, de maneira mais sistemática e detida, o confronto entre referidas ideias, considerando que elas divergem sobre questões axiais ao direito, com especial destaque à ideia de determinação ou

⁸ RODRIGUEZ, César. *La Decisión Judicial: El debate Hart - Dworkin*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores: Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 1997, p. 46.

indeterminação do direito, a existência ou inexistência de resposta correta nos casos difíceis e à consequente necessidade do uso da discricionariedade judicial em seu sentido forte ou fraco.

Para o positivismo renovado de Hart, a existência de casos difíceis, caracterizados como aqueles em relação aos quais existe considerável controvérsia ou incerteza acerca do valor de verdade de uma proposição jurídica, conduz à indeterminação do direito em alguma medida. Em razão disso, os casos difíceis acenam ao exercício da discricionariedade judicial em seu sentido forte, caracterizado, sobretudo, pela possibilidade de eleição entre alternativas e pelo exercício de uma atividade legislativa que é intersticial, sujeita a restrições.

Segundo Iglesias Vila, a perspectiva positivista dos limites da linguagem estabelece que o direito seja acompanhado de uma determinada postura semântica, ontológica e epistemológica geral que configura uma certa forma de conceber o direito. Suas teses fundamentais podem ser assim apresentadas:⁹

1) O direito é um fenômeno essencialmente comunicacional, e não interpretativo, que consiste na compreensão da linguagem em que se expressa, identificando as condições de verdade das proposições jurídicas.

2) Uma proposição jurídica é verdadeira se está baseada em determinados fatos sociais, como a regra de reconhecimento.

3) Referidos fatos sociais são dependentes de percepções compartilhadas, práticas, convenções linguísticas, sendo o valor de verdade das proposições dependente da capacidade epistêmica para verificá-las, o que afirma a perspectiva do antirrealismo semântico.

4) Na hipótese de inexistência de evidências suficientes para afirmar a verdade de uma proposição, afirma-se então que a proposição carecerá do valor de verdade, produzindo-se um caso difícil.

5) Nos casos fáceis, afirma-se a possibilidade de comunicação por intermédio de pautas normativas que requerem a existência de instâncias não controvertidas de uso dos termos linguísticos de direito.

6) Nesses casos fáceis, é possível o seguimento das regras, uma vez que seu conteúdo encontra-se incontroverso, ensejando uma resposta correta.

7) Em decorrência da existência da textura aberta da linguagem jurídica, exurgem casos difíceis para a identificação clara do conteúdo do direito. Nessa hipótese, não é possível

⁹ IGLESIAS VILA, Marisa. Op. cit., p. 249 e 250.

seguir regras, mas apenas realizar uma interpretação estipulativa de um novo sentido para a norma, o que enseja o uso da discricionariedade judicial em seu sentido forte.

A perspectiva de Dworkin contrasta com o positivismo de Hart, não na caracterização em si dos casos difíceis, mas em relação à indeterminação do direito e acerca das implicações da existência dos casos difíceis no que se refere ao uso da discricionariedade judicial. Dworkin insiste na defesa otimista de existência de uma única resposta correta que o órgão responsável pela adjudicação está obrigado juridicamente a identificar nas razões argumentativas apresentadas.¹⁰

Em todos os casos, os juízes fazem uso de uma discricionariedade fraca, inclusive nos casos fáceis. Essa construção teórica interpretativa da atividade judicial nos casos difíceis repercute em uma teoria geral da fenomenologia jurídica e seu conhecimento. Suas teses fundamentais podem ser assim apresentadas¹¹:

1) O direito é um fenômeno essencialmente interpretativo. Conhecer o direito é poder oferecer a melhor versão interpretativa de sua prática jurídica.

2) A verdade ou falsidade das proposições jurídicas não depende da existência de uma convenção social.

3) Uma proposição jurídica é verdadeira se se ajusta ou é coerente com o conjunto de proposições que oferecem a melhor versão da prática jurídica.

4) A melhor interpretação é aquela que realiza o equilíbrio entre os valores de justiça, equidade e legalidade que satisfaça o valor da integridade.

5) Nos casos fáceis, a decisão acerca do conteúdo do direito não se encontra controvertida.

6) Nos casos difíceis, as interpretações são controvertidas, acenando a diferentes perspectivas acerca do conteúdo do direito.

7) Esses casos difíceis não geram ausência de resposta correta, uma vez que o intérprete pode construir, de forma coerente, suas convicções jurídicas e obter uma conclusão sobre o que o direito determina para o caso concreto.

Nota-se que ambas rechaçam o realismo semântico. A divergência que existe entre elas é que para o positivismo, são as capacidades epistêmicas coletivas que constituem o valor

¹⁰ VERBICARO, Loiane Prado; GALENDE, Yasmim. Uma Crítica ao Nobre Sonho de Dworkin acerca da Tese da Única Resposta Correta. In: BASTOS, Elísio; TUPIASSU-MERLIN, Lise; CICHOVSKI, Patrícia. (coord.). **Constitucionalismo e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Método, Belém: Cesupa, 2014, p. 255-278.

¹¹ IGLESIAS VILA, Marisa. Op. cit., p. 250-252.

de verdade das proposições jurídicas e a existência de interpretações divergentes implica na ausência do valor de verdade das proposições; enquanto que para Dworkin, é a coerência entre proposições no interior de uma estrutura epistêmica que tende a ser convergente em seu nível mais abstrato entre os participantes de uma prática social e mesmo considerando a possibilidade de concepções interpretativas diferentes, isso não conduz à afirmação de que a proposição jurídica esteja indeterminada¹².

3 A DISCRICIONARIEDADE E AS CONDIÇÕES DE VERDADE DAS PROPOSIÇÕES JURÍDICAS

Para compreender de maneira adequada o alcance da discricionariedade judicial nos moldes aqui tratados, convém analisar as condições de verdade das proposições jurídicas e a possibilidade de juízos interpretativos objetivamente verdadeiros, para o positivismo de Hart e o interpretativismo de Dworkin, à luz do realismo e antirrealismo semântico.

Herbert Hart, em oposição ao positivismo simplificado de John Austin, que reduziu a complexidade do fenômeno jurídico a mandamentos do soberano e a hábitos de obediência, desenvolveu uma teoria baseada na aceitação por parte de um corpo de funcionários de certas regras sobre identificação, elaboração e aplicação de regras. Sua teoria pretendeu fazer face à complexa realidade jurídica do século XX, especialmente sob a influência da filosofia analítica, que o conduziu à análise linguística e comunicacional do direito, ao considerar a linguagem jurídica o seu objeto de estudo por excelência. Isso se deu especialmente porque o direito se expressa linguisticamente e sua exata comunicação perpassa pela delimitação, esclarecimento e compreensão da linguagem através da qual se expressa, comumente de teor descritivo, denotativo e empírico e não conotativo ou metafórico, e de seu uso específico nos marcos jurídicos.

O direito, contrariamente ao mundo da natureza, é um fenômeno social, um constructo humano e, portanto, sua existência não pode estar apartada das práticas linguísticas e das concepções compartilhadas intersubjetivamente, o que o afasta, segundo o positivismo de Hart, das teorias referencialistas e da ideia de indexicalidade. Estas são típicas de uma semântica da ordem natural, é dizer, da ideia de que seus termos possam atuar como

¹² IGLESIAS VILA, Marisa. Op. Cit., p. 252.

designadores rígidos para se referir a um mesmo objeto em qualquer mundo e que é possível captar a verdadeira natureza de sua referência.

O critério que determina a atribuição de significado de uma proposição normativa está relacionado com o uso e convenção da linguagem em uma comunidade linguística, notadamente ao se considerar a ontologia jurídica como um constructo social. São as práticas coletivas que fixam o significado dos enunciados, que são vinculados a regras semânticas e, estas, à existência de um acordo ou convenção, a um uso intersubjetivo e público de seus termos¹³.

Conhecer o conteúdo do direito consiste, pois, em captar o significado de certas formulações linguísticas. Conhecer o significado de um termo ou expressão consiste em sua compreensão, na capacidade de usar a língua de forma correta e de especificar suas condições de uso. Se a determinação do significado dos textos normativos depende das práticas linguísticas compartilhadas, o desacordo e a ausência de convenções firmes acenam a um caso difícil. Em relação a ele, o conteúdo do direito está indeterminado e, conseqüentemente, não há regra a seguir.

Nesse sentido, é a linguagem que delimita a compreensão do direito e o conhecimento do direito é uma tarefa semântica. Seguindo esse entendimento, é a indeterminação linguística que produz a indeterminação normativa e, como corolário, a atuação discricionária do intérprete, notadamente porque o direito não está completamente determinado e existem casos para os quais não cabe encontrar uma resposta correta, o que acena à ideia de que existem proposições jurídicas que carecem do valor de verdade, é dizer, não são verdadeiras nem falsas, são indecidíveis.

Essa ideia, especialmente em relação à zona de penumbra e à textura aberta das regras que permitem o uso da discricionariedade judicial, segundo Iglesias Vila, inclui Hart em um antirrealismo semântico acerca da relação entre sentido e verdade em casos específicos. E sobre as condições de verdade das proposições jurídicas, é importante diferenciar, partindo do estudo de Iglesias Vila:¹⁴

1) Realismo semântico ou realismo externo: refere-se àquele que supõe que a verdade de uma proposição depende de sua relação com algum objeto a que se refere. Sob a influência dos estudos de Kripke e Putnam, essa teoria desenvolve quatro teses fundamentais

¹³ IGLESIAS VILA, Marisa. Op. cit., p. 88-96.

¹⁴ Ibidem, p. 77-119.

que consistem em que: a) o mundo é constituído por uma totalidade fixa de objetos independentes da mente do sujeito; b) a verdade comporta uma relação de correspondência entre o mundo e a linguagem; c) a existência de uma única descrição verdadeira do mundo; d) todo enunciado da linguagem é verdadeiro ou falso, e por isso vale o princípio do terceiro excluído, é dizer, a ideia de que na ordem ontológica, entre o ser e o não ser, não pode existir um terceiro termo. Assim, ou A é x ou não é x e não há terceira possibilidade¹⁵.

Seguindo esse entendimento, o significado dos enunciados está vinculado a um estado de coisas cuja existência é independente da capacidade epistêmica para verificá-los. Os objetos são epistêmica e constitutivamente independentes da mente humana. Assim, as proposições que se referem a fatos serão verdadeiras ou falsas em função de que estes se deem ou não na realidade, o que se poderia atribuir ao modo de interpretação e conhecimento típico do modelo dedutivo de atuação judicial.

Em relação ao direito, vincula a verdade de uma proposição a sua correspondência a algum fato, como, por exemplo, o fato de que o Parlamento tenha criado uma norma jurídica em um certo sentido e a averiguação da sua verdade é independente das capacidades epistêmicas do intérprete. Nesse sentido, a compreensão do direito consiste na mera descrição da existência de uma norma que foi formulada em um texto normativo.

Seu conteúdo proposicional depende de fatos como a intenção do emissor da norma jurídica ou do significado próprio do texto em que esta foi expressa. É a referência que determina a verdade ou falsidade das proposições acerca do direito. Trata-se de um objetivismo semântico forte. O significado de um enunciado não depende do que o intérprete individual ou uma comunidade de intérpretes quer significar com esse enunciado.

Comumente, o positivismo jurídico simplificado, caracterizado, de maneira preponderante, por integrar o modelo dedutivo e formalista de atuação judicial, baseia-se em teorias semânticas realistas acerca das condições de verdade das proposições.¹⁶

Nesse sentido, o positivismo, concebido nesses moldes simplistas, considera a discricionariedade do juiz como atividade que se desenvolve completamente fora dos limites do direito, não estando sujeita a quaisquer restrições jurídicas. E tentando afastar-se dessa liberdade irrestrita, referidas teorias acabam por defender, no mais das vezes, a completude do ordenamento jurídico e a onipotência do legislador em resolver todas as demandas exigidas pela

¹⁵ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 981.

¹⁶ IGLESIAS VILA, Marisa. Op. cit., p. 76.

vida em sociedade. Com o reforço a essas ideias, afasta o sistema da liberdade sem critérios proporcionada pela ausência de normas jurídicas expressamente produzidas pela autoridade legítima.

Partindo dessa ideia, os realistas morais, com seu cognitivismo ético, consideram que alguns juízos morais são objetivamente verdadeiros e outros falsos. Isso porque há fatos externos que permitem a afirmação objetiva da verdade ou falsidade de um enunciado moral, fatos esses que são independentes das crenças e sentimentos do intérprete. Os realistas morais comumente criticam os céticos da objetividade moral, uma vez que entendem os juízos morais como uma simples expressão arbitrária de emoções. Desvinculados de qualquer critério independente de verdade e objetividade, os juízos acerca da verdade das proposições morais se convertem em uma mera questão de gosto.¹⁷ E especialmente por não acreditarem na verdade de um juízo moral, não conseguem distinguir entre a mera opinião arbitrária de uma crença bem fundamentada.

2) Antirrealismo semântico: refere-se àquele que, ao contrário, defende que a verdade da proposição depende da sua relação com certa possibilidade de verificação ou teste, sendo o valor de verdade das proposições dependente da capacidade epistêmica para verificá-las. As condições de verdade das proposições jurídicas não são independentes das condições para reconhecer sua verdade, o que se leva a defender a ideia de que há proposições que carecem do valor de verdade. Notadamente em relação à hipótese de textura aberta da linguagem, defende-se que, nesses casos, as proposições jurídicas carecem do valor de verdade, não havendo, portanto, uma resposta correta.

O positivismo jurídico sofisticado, comumente, defende uma teoria semântica antirrealista e, ao contrário do positivismo simplificado, a ideia de que existem restrições jurídicas gerais à atividade discricionária que permitem distingui-las das arbitrárias. Assim, apesar de reconhecer que a textura aberta do direito enseja a necessidade de uma atuação judicial discricionária, esta apresenta limites jurídicos impostos pelo marco de alternativas de ação qualificado como juridicamente razoável ou aceitável.

A diferença entre ambos, realistas e antirrealistas semânticos, fica marcada nas hipóteses nas quais o conteúdo da proposição não é verificável, pois, neste tipo de caso, os realistas insistem em dizer que, se existe um objeto a que a proposição se refere, então, pode-

¹⁷ WALDRON, Jeremy. *Derecho y Desacuerdos*. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2005, p. 201.

se enunciar tal objeto de modo adequado ou não, sendo, portanto, um fato de que a proposição, embora inverificável, é ou verdadeira ou falsa. Nesse sentido, permite que o valor de verdade das proposições esteja sempre determinado, ainda que se tenha dúvida ou se ignore se o fato a que se refere teve lugar.

Já os antirrealistas defendem que, se a premissa é mesmo inverificável, então, não é nem verdadeira nem falsa e, assim, não faz sentido assinalar sua verdade ou falsidade, rompendo, dessa maneira, com a ideia de bivalência (verdade x falsidade) das proposições, ao defender proposições indecidíveis ou inverificáveis, que é o que ocorre nas hipóteses de penumbra ou textura aberta do direito, segundo o pensamento de Hart. Isso porque não se pode afirmar que exista uma regra que inclua ou exclua de seu campo de aplicação o comportamento ou o estado de coisas em questão.

Seguindo esse entendimento, nos casos fáceis, os elementos que contam como uma evidência para afirmar ou negar o valor de verdade de uma proposição, é dizer, suas condições de verdade, se reduzem à correspondência com os fatos. Essa teoria parte da ideia de que há, portanto, casos fáceis em que as proposições jurídicas são verdadeiras ou falsas, não cabendo espaço para dúvidas interpretativas.

Já nos casos difíceis, notadamente na hipótese de regras jurídicas semanticamente indeterminadas, ao contrário, a verdade depende de padrões mais gerais como os princípios jurídicos e os deveres de conformação que acompanham a atividade de adjudicação. Nesse sentido, em razão da textura aberta da linguagem, existirão casos em relação aos quais as proposições jurídicas carecerão do valor de verdade. E para o intérprete chegar a uma decisão, precisará estabelecer um (novo) significado à norma jurídica, mediante alguma reconstrução de seu conteúdo, não sendo, portanto, um mero exercício de subsunção.

Trata-se da tese da indeterminação (apenas) parcial do direito, em contraste com a indeterminação radical, típica do ceticismo ou modelo realista de direito, em que todas as proposições acerca do direito carecem do valor de verdade. Eis aí o caráter discricionário forte da adjudicação, em que os juízes atuam como legisladores intersticiais e não como órgão de aplicação do direito.

Como contraponto a essa ideia, com base nos pressupostos epistemológicos da teoria de Dworkin, o intérprete, longe de ser um legislador intersticial, estabelece um vínculo construtivo. Essa ideia acena a complexas questões de epistemologia moral, tal como o acesso ao conhecimento moral e o estatuto epistêmico dos valores suscetíveis de conhecimento.

Seguindo essa ideia, a teoria de Dworkin afasta a possibilidade do intérprete de, tão só, revelar ou descobrir os princípios de moralidade política e social que estão na base do sistema.

Segundo Pérez Bermejo, a forma idônea de adentrar nesse debate, à luz da teoria de Dworkin, é realizando uma distinção entre dois tipos de juízos morais: entre os juízos internos (como fatos morais), que se referem à correção, justificação ou valoração das condutas; e os juízos externos (como verdades morais), que se identificam com a verdade, objetividade ou realidade dos valores morais¹⁸. Os primeiros referem-se a questões de epistemologia moral, os segundos, a questões ontológicas, relativas ao alcance do conhecimento, às condições de verdade das proposições e à existência de elementos da realidade.

Conforme visto, para uma epistemologia realista ou objetivista (comumente descrita como realismo externo), a função do intérprete consiste em descobrir um mundo moral objetivo, independente da prática, do discurso ou argumentação moral. Trata-se da ideia de que os juízos morais sobre a verdade ou objetividade das convenções morais são aceitáveis porque refletem uma entidade ontológica, perceptível com a mesma clareza e evidência com que se percebem objetos físicos. Nesse sentido, as entidades morais são externas à mente do sujeito e independente das práticas argumentativas.

Sob essa perspectiva, o cético nega a existência de objetividade porque não encontra fatos no mundo que possam garantir a sua existência. Mas, essa visão incide em um erro filosófico, “não porque não seja possível oferecer a ele um critério fático de verdade que ele afirma inexistir, mas sim porque ele exige e busca um critério fático quando não faz sentido exigi-lo ou busca-lo”. Para Hart, sob influência de Wittgenstein, ao contrário da verdade como entidade ontológica, “a exigência fisicalista para a objetividade é um *nonsense*”.

As condições de verdade estão baseadas na existência de um conjunto de regras sociais que são aceitas em “nossa forma de vida”. Dessa maneira, não é a existência de um fundamento metafísico, mas “a perspectiva social das intersubjetividades a única alternativa para a linguagem significativa sobre uma prática social regulada por regras como o direito”. Isso significa que “a concepção absoluta de mundo, inclusive a sua versão cética, deve ser abandonada em nome de uma nova objetividade adequada à gramática de nossas práticas sociais.”¹⁹

¹⁸ PÉREZ BERMEJO, Juan Manuel. *Coherencia y Sistema Jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 188.

¹⁹ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do Xadrez à Cortesia*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 136, 137.

Dworkin nega que o intérprete simplesmente descubra, tal como no realismo semântico ou realismo externo, aquilo que é. Rechaça, portanto, a tese de que os juízos morais e interpretativos correspondam a fatos morais externos ao discurso e à prática jurídica. O intérprete judicial, conseqüentemente, não descobre ou descreve de modo fidedigno um sistema moral previamente existente.

Não obstante, insiste Dworkin na possibilidade de que juízos morais sejam verdadeiros e objetivos. Seu maior desafio, na verdade, consiste em justificar os juízos morais objetivos e verdadeiros, que representam a base de sua teoria contrária à discricionariedade judicial em sentido forte, sem comprometer-se com uma ontologia que atribua aos fatos morais as mesmas características das entidades físicas.

Para Dworkin, os juízos sobre a verdade e a objetividade são implicados na prática e no discurso moral, o que acena à pretensão de que esse juízo seja intersubjetivamente válido. Dworkin não recorre, pois, a uma ordem ontológica *a priori* de valores.²⁰ Nesse sentido, a verdade e a objetividade localizam-se no interior de cada prática, o que alija a ideia de um mundo moral alheio aos raciocínios e argumentações morais. A validação dos predicados de objetividade e verdade dos juízos morais ocorre, pois, no interior dos usos, crenças e conceitos construídos pelas práticas sociais e isso não faz com que a moralidade se reduza às crenças dos agentes de ditas práticas, circunscrevendo-se à contextualidade de seus emissores.

Assim, da mesma forma que inexistente um mundo externo de valores, um sentido que esteja “simplesmente ali” na norma, os juízos morais não são também uma mera convenção ou arbítrio subjetivo. Decorrem de construções sociais capazes de validar os predicados de objetividade e verdade das proposições. A interpretação, segundo essas premissas, não consiste na mera busca por um significado preexistente à norma ou por um sentido anterior que já lhe fora outrora atribuído. Da mesma forma, interpretar uma norma difere-se de inventar um novo sentido, o que seria deveras pernicioso à objetividade que a garantia de direitos requer.

As críticas que são comumente direcionadas a Dworkin, acerca de sua teoria interpretativa, fundamentam-se, segundo sua análise, em uma compreensão ingênua e metafísica acerca do real sentido de seu juízo interpretativo. Segundo o autor, o processo interpretativo, seja de um fato, obra de arte, texto literário ou normativo, não se atém à busca de um significado ontologicamente preexistente, conforme afirmam os seus críticos.

²⁰ PÉREZ BERMEJO, Juan Manuel. Op. cit., p. 192.

O ato interpretativo refere-se à elaboração de afirmações complexas e contextuais que tornam melhor o objeto da interpretação, estando relacionado, necessariamente, a teorias estéticas, jurídicas e políticas. Para construir a sua tese interpretativista, Dworkin demonstra duas outras objeções importantes levantadas em contraposição a sua teoria. São elas²¹:

1) A primeira crítica afirma que a sua interpretação não se diferencia de um processo de criação normativa. Isso porque, na interpretação, o texto deveria exercer limitações sobre o intérprete. Entretanto, para Dworkin, o próprio texto é o produto de julgamentos interpretativos.

2) A segunda crítica preceitua que uma interpretação nos moldes descritos por Dworkin “não pode ser realmente verdadeira nem falsa, boa nem má”, especialmente por ser dependente de teorias jurídicas, políticas ou estéticas, que são carentes de qualquer objetividade. Nessas discussões, a argumentação, opinativa, no mais das vezes, supera qualquer argumentação fática, inexistindo, portanto, justificações objetivas, mas apenas reações subjetivas diferentes, que levam à ideia segundo a qual questões de justiça, virtudes políticas ou decisões judiciais são tão discordantes, que não é possível que um lado possa vencer com algum argumento absoluto, irrefutável e objetivamente válido.

Quanto à primeira objeção, Dworkin distinguiu dois tipos de convicções interpretativas, que mutuamente se restringem e que fazem parte da internalidade dos sistemas de interpretação jurídica: a convicção formal e a de substância. Elas se consolidam na sua tese do romance em cadeia, uma vez que os juízes que realizam atos interpretativos devem se basear na forma e no conteúdo do que fora produzido anteriormente, ao mesmo tempo em que se preocupam em dar a melhor interpretação possível ao direito no momento presente e em fazer com que sua interpretação seja a mais adequada para o futuro, tornando, assim, a prática interpretativa íntegra.

Negar que essas convicções possam ser usadas reciprocamente como formas de controle e restrição da interpretação, em seu sentido formal e substancial, significaria negar um entendimento consolidado da filosofia contemporânea, segundo o qual nenhuma das convicções existentes acerca do mundo e do que está nele, “nos é imposta por uma recalcitrante realidade independente da teoria; de que as opiniões que temos são mera consequência de termos aceitado alguma estrutura teórica em particular”.²²

²¹ DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 253.

²² DWORKIN, Ronald. Op. cit., 2001, p. 254.

Isso significa que as convicções, ainda que teóricas e divergentes, estabelecem limites à interpretação, uma vez que a atuação prática depende da teoria que se referencia como ponto de partida. O conhecimento norteia-se, pois, por uma série de convicções que confrontam a realidade empírica de maneira coerente e que exercem sobre ela uma influência e uma limitação, não havendo paradoxo ou contradição alguma na afirmação segundo a qual os fatos dependem das teorias que os explicam e os restringem. Trata-se, na verdade, de uma imagem do conhecimento como um conjunto de convicções complexas e inter-relacionadas que confrontam a experiência com um todo coerente.

Quanto à segunda objeção, que desconstrói a teoria interpretativa de Dworkin, afirmando que a utilização de argumentos e teorias morais e políticas acaba por tornar o ato interpretativo uma mera questão opinativa, carente de qualquer objetividade e força argumentativa para fundamentar solidamente uma decisão judicial, Dworkin trata com o mínimo de preocupação. Sustenta que são questões apresentadas por um falso ceticismo e que não se fundamentam por estarem intrinsecamente presas a uma argumentação também moral e interpretativa.

Segundo Dworkin, “não tenho nada a favor da objetividade dos julgamentos morais, a não ser julgamentos morais, nada a favor da objetividade dos julgamentos interpretativos, a não ser argumentos interpretativos, e assim por diante”. Parece inimaginável, em sua teoria, justificar argumentos morais com outros argumentos que não sejam morais e o mesmo com os argumentos interpretativos.

Dworkin não pretende, na verdade, apresentar uma defesa plena da objetividade de suas opiniões interpretativas, jurídicas ou morais, porque pensa “que toda a questão da objetividade, que domina tanto a teoria contemporânea nessas áreas, é um tipo de embuste”, considerando que os indivíduos são criaturas com acesso limitado à verdadeira realidade ou com pontos de vista necessariamente limitados e tacanhos. Segundo o autor, isso impossibilita o intérprete de atribuir algum outro sentido “à ideia de que existe alguma outra coisa que poderíamos fazer para decidir se nossos julgamentos são realmente verdadeiros”.²³

Para os teóricos céticos, não há veracidade nos juízos morais ou interpretativos, uma vez que eles não se pautam em bases racionais e objetivas, mas em simples reações afetivas e emocionais. Porém, esse argumento é, segundo Dworkin, inverídico, uma vez que os céticos não tratam, na verdade, os juízos morais e interpretativos como meras reações subjetivas. Isso

²³ Ibidem, p. 257-259.

porque, em seus próprios argumentos, acabam por empreender afirmações que os levam a emitir tais juízos interpretativos e convicções morais.

Se o procedimento para se alcançar uma convicção moral se funda em bases argumentativas morais, não existe argumento cético acerca de juízos morais que não tenha essa mesma natureza valorativa e, assim, “a redefinição de suas convicções morais como reações emocionais é falsa”.²⁴ O fracasso do ceticismo, segundo Dworkin, reside no fato de que as tentativas de destituir objetividade da interpretação sempre terminam, ao fim e ao cabo, em argumentações também morais ou interpretativas.

A questão da objetividade em sua teoria, longe de incluir o pensamento de Dworkin no realismo semântico ou externo, relaciona-se à verdade dentro do jogo, em seu âmbito interno específico. No interior de certa prática, são produzidos argumentos ou convicções de certa espécie. Mas quando se analisa do lado de fora, sabe-se que nenhuma proposição é real ou objetivamente verdadeira. Assim, se julgamentos morais ou interpretativos têm o sentido e a força que têm porque figuram em um empreendimento coletivo, então tais juízos não têm um sentido ontológico, um valor de verdade real que transcenda esse empreendimento ou que constitua um vínculo a um estado de coisas cuja existência seja independente da capacidade epistêmica de verificação.

Para explicar a especificidade do pensamento de Dworkin em relação à objetividade e ao valor de verdade dos seus juízos morais e interpretativos relacionados ao interior da prática jurídica, bem como sua diferença em relação à teoria antirrealista de Hart, Pérez Bermejo interpreta-o como um autor de um realismo interno, ao apostar na verdade e objetividade interna a cada prática, em oposição ao realismo externo.

Há, no entanto, autores como MacCormick²⁵ que enquadram a sua epistemologia no grupo do realismo externo, notadamente por sua defesa à tese da única resposta correta e o conseqüente rechaço ao subjetivismo moral. Para MacCormick, pressupor que o intérprete deverá sempre encontrar a única resposta correta estabelece a incorporação ao discurso jurídico de um juízo ontológico relativo às propriedades inerentes ao sistema jurídico, aderindo, *ipso*

²⁴ DWORKIN, Ronald. Op. cit., 2001, p. 261.

²⁵ MACCORMICK, Neil. Argumentação Jurídica e Teoria do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2006. MACCORMICK, Neil. “Discretion and Rights”. In: **Law and Philosophy: An International Journal for Jurisprudence and Legal Philosophy**. Vol. 08, N. 01, 1989, pp. 23-36.

facto, ao realismo externo ou metafísico ao interpretar o sistema como uma realidade externa a que se recorre descritivamente.²⁶

Contudo, Dworkin afasta a crença em um mundo ontológico de fatos morais ou jurídicos dados *a priori*. Sua oposição ao realismo externo é clara. Em razão da especificidade de seu pensamento, há autores da teoria coerentista que o enquadram em um antirrealismo; outros afirmam que Dworkin amolda-se de maneira mais adequada a um realismo em sentido fraco, é dizer, a um realismo interno, em oposição ao externo, que acena a um compromisso com a objetividade e a verdade dos juízos morais, mesmo que isso não signifique aderir a uma ontologia dos entes morais. Para o realismo interno, nos moldes mencionados, inexistente uma entidade moral ou realidade objetiva prévia como no naturalismo ou no positivismo exegético, que independa das práticas e construções sociais.

Nota-se que o seu pensamento se enquadra em um modelo matizado entre um antirrealismo semântico e um realismo interno, ao defender que a verdade de uma proposição dependa da capacidade epistêmica para verificá-la e não de uma vinculação do significado dos enunciados a um estado de coisas cuja existência seja independente da capacidade epistêmica de verificação. Os objetos são epistêmica e constitutivamente dependentes da mente humana, não possuem, pois, uma existência externa e independente.

Seu sistema de pensamento afasta-se das ideias do realismo externo na medida em que não concebe o mundo como uma totalidade fixa de objetos independentes da mente do sujeito, não postula a verdade como relação de correspondência entre o mundo e a linguagem e postula a inexistência de uma única descrição verdadeira do mundo. Entretanto, ao contrário do que preceitua o antirrealismo, para a sua teoria, não há proposições que carecem do valor de verdade, como sugerido por Hart em relação à hipótese de textura aberta da linguagem. Para Dworkin, mesmo nos casos difíceis, as proposições jurídicas apresentam um valor de verdade, havendo, portanto, uma resposta correta.

Nos moldes da sua teoria, a objetividade e a verdade das proposições se justificam a partir de sua adequação a um esquema amplo de coerência, que inclui inclusive a revisão do direito à luz da moral política do direito como integridade. Assim, emitir juízos sobre a verdade e objetividade de uma proposição pressupõe, antes, a utilização de preceitos de coerência através dos quais alcança-se uma convicção segura sobre a retidão ou correção de certo valor.²⁷

²⁶ PÉREZ BERMEJO, Juan Manuel. *Op. cit.*, p. 192-195, 238, 239.

²⁷ PÉREZ BERMEJO, Juan Manuel. *Coherencia y Sistema Jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 199.

O internalismo de Dworkin,²⁸ no entanto, parece sustentar a objetividade e a verdade dos juízos morais de maneira débil. Segundo Pérez Bermejo, defender a objetividade e verdade de um juízo moral pode conduzir a uma mera repetição do sentido de um juízo moral interno, o que reduziria a sua profundidade. E isso poderia conduzir a um esvaziamento da linguagem moral, convertendo-lhe em um exercício superficial. Ao estabelecer a objetividade e a verdade de uma proposição moral por pura ênfase às construções sociais internas, a moral que propõe o internalismo parece ser, como aponta Bermejo, menos motivadora do que a proposta pelo realismo externo, especialmente porque a imoralidade do realismo externo significa afrontar a realidade das coisas e a conformação objetiva do mundo, e essa ideia é forte o suficiente para atribuir um grande peso aos predicados “objetivo” e “verdadeiro”.

Ademais, o internalismo de Dworkin parece subordinar os juízos morais sobre verdade aos usos particulares de cada jogo linguístico. E dado que o jogo linguístico no contexto explicitado se refere à moral, parece condicionar um debate epistêmico a uma resposta moral. Dworkin, no entanto, não crê estar formulando uma solução moral a um problema epistêmico. Para o autor, sua resposta é uma solução de natureza epistêmica. E segundo sua concepção, a epistemologia deve ser não apenas formal, mas também material e de conteúdo e dado que a justificação epistêmica é dependente dos conteúdos e do âmbito de significados dos referidos conteúdos, resulta que os valores de verdade e objetividade dependem da justificação moral e da convicção alcançada acerca desses conteúdos.

Nesse sentido, introduz-se o discurso moral com a pretensão regulativa de alcançar uma verdade moral objetiva e, nesse sentido, se se defende um princípio justificado, é porque referido princípio é objetivo e o juízo baseado nele é verdadeiro. Os juízos de verdade referidos por Dworkin justificam-se a partir de uma epistemologia internalista submetida às aspirações de uma coerência global.²⁹ Em decorrência dessa perspectiva epistemológica, Dworkin claramente opõe-se à ideia de sistema preordenado e imune à práxis cotidiana, bem como às concepções céticas acerca da interpretação objetiva e da objetividade dos valores morais, defensoras do criacionismo judicial, que acena à ideia de que juízos morais são como expressões da emotividade do intérprete ou uma simples preferência individual subjetiva disfarçada de objetividade.

²⁸ DWORKIN, Ronald. *Justiça para Ouriços*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 105-165.

²⁹ PÉREZ BERMEJO, Juan Manuel. *Coherencia y Sistema Jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 196-198.

Esse ceticismo baseia-se em uma tese epistemológica que nega a existência de fatos ou valores morais, tese essa comumente associada a uma teoria tradicional da verdade como correspondência, segundo a qual, em não havendo uma realidade objetiva para lastrear os juízos morais, seriam eles irracionais e, como corolário, insuscetíveis de reflexão objetiva e verdadeira, prestando-se a cumprir, tão só, a função ideológica de justificação e aceitação. Para as teorias céticas, defender uma interpretação correta seria basear-se em um mundo moral verdadeiro que inexistente.

O que existe para os céticos é, na verdade, a negação da objetividade das interpretações e da validade de valores morais objetivos. Trata-se de uma teoria que se autorrefuta, uma vez que fundamenta a negativa de juízos morais verdadeiros em argumentos não morais, porque crê na inexistência de uma realidade externa de valores. Entretanto, ao defendê-lo, de acordo com Dworkin, já pressupõem uma certa postura moral. A negação da verdade e objetividade normativa exige previamente uma certa concepção valorativa no campo da moral e do direito, o que acena à sua autorrefutação enquanto teoria da interpretação judicial.

Essas ideias, presentes no pensamento de Dworkin, acerca da objetividade e verdade dos juízos morais, afastam a interpretação judicial da ideia de invenção subjetiva, sem recorrer a uma realidade jurídica naturalizada e assentando-se na formulação de juízos no interior da prática jurídica e a partir de um esquema coerentista.³⁰

CONCLUSÃO

Diante de um cenário de relativização da cisão entre criação e aplicação do direito, em que os juízes exercem um papel proeminente na determinação do que afirma o direito no caso concreto, em um contexto de crescente protagonismo judicial nas principais democracias e, de modo destacado, no Brasil, o trabalho analisou o problema do grau de liberdade interpretativa dos juízes a partir das reflexões acerca da discricionariedade judicial presentes no debate entre Herbert Hart e Ronald Dworkin.

Trata-se de perspectivas distintas sobre a determinabilidade do direito, o que impacta na existência ou inexistência de resposta correta nos casos difíceis e na necessidade do

³⁰ PÉREZ BERMEJO, Juan Manuel. Op. cit., p. 196-198.

uso da discricionariedade judicial em seu sentido forte ou fraco. O trabalho realizou um estudo acerca das condições de verdade das proposições jurídicas e sobre a possibilidade de juízos interpretativos objetivamente verdadeiros, à luz do realismo e antirrealismo semântico em ambas as teorias.

Para a teoria de Hart, a existência de casos difíceis, caracterizados como aqueles em relação aos quais existe considerável incerteza acerca do valor de verdade de uma proposição jurídica, conduz à indeterminação do direito. Em razão disso, os casos difíceis acenam ao exercício da discricionariedade judicial em seu sentido forte, caracterizado, sobretudo, pela possibilidade de eleição entre alternativas e pelo exercício de uma atividade legislativa que é intersticial, sujeita a restrições.

Isso porque, em seu pensamento, o critério que determina a atribuição de significado de uma proposição normativa está relacionado com o uso e convenção da linguagem em uma comunidade linguística, notadamente ao se considerar a ontologia jurídica como um constructo social. Nesse sentido, é a linguagem que delimita a compreensão do direito e o conhecimento do direito é uma tarefa semântica. Seguindo esse entendimento, é a indeterminação linguística que produz a indeterminação normativa e, como corolário, a atuação discricionária do intérprete, notadamente porque o direito não está completamente determinado e existem casos para os quais não cabe encontrar uma resposta correta, o que acena à ideia de que existem proposições jurídicas que carecem do valor de verdade. Essa ideia, especialmente em relação à zona de penumbra e à textura aberta das regras que permitem o uso da discricionariedade judicial, inclui Hart em um antirrealismo semântico acerca da relação entre sentido e verdade em casos específicos.

A perspectiva de Dworkin contrasta com o positivismo de Hart, especialmente em relação à indeterminação do direito e acerca das implicações da existência dos casos difíceis no que se refere ao uso da discricionariedade judicial. Dworkin insiste na defesa de uma única resposta correta que o órgão responsável pela adjudicação está obrigado a identificar nas razões argumentativas apresentadas. Em todos os casos, os juízes fazem uso de uma discricionariedade fraca, inclusive nos casos fáceis.

Com base nos pressupostos epistemológicos da teoria de Dworkin, o intérprete, longe de ser um legislador intersticial, como na teoria de Hart, estabelece um vínculo construtivo. Essa ideia acena à complexas questões de epistemologia moral, tal como o acesso ao conhecimento moral e o estatuto epistêmico dos valores suscetíveis de conhecimento. Para

Dworkin, que insiste na possibilidade de que juízos morais sejam verdadeiros e objetivos, a verdade e objetividade dos juízos são implicados na prática e no discurso moral, o que acena à pretensão de que esse juízo seja intersubjetivamente válido. Dworkin não recorre, pois, a uma ordem ontológica *a priori* de valores. Nesse sentido, a verdade e a objetividade localizam-se no interior de cada prática, o que alija a ideia de um mundo moral alheio aos raciocínios e argumentações morais.

A questão da objetividade em sua teoria, longe de incluir o pensamento de Dworkin no realismo semântico ou externo, relaciona-se à verdade dentro do jogo, em seu âmbito interno específico. No interior de certa prática, são produzidos argumentos ou convicções de certa espécie. Mas quando se analisa do lado de fora, sabe-se que nenhuma proposição é real ou objetivamente verdadeira. Nota-se que o seu pensamento enquadra-se em um modelo matizado entre um antirrealismo semântico e um realismo interno, ao defender que a verdade de uma proposição dependa da capacidade epistêmica para verificá-la e não de uma vinculação do significado dos enunciados a um estado de coisas cuja existência seja independente da capacidade epistêmica de verificação. Os objetos são epistêmica e constitutivamente dependentes da mente humana. Não possuem, pois, uma existência externa e independente. Para a sua teoria, ademais, não há proposições que carecem do valor de verdade, como sugerido por Hart em relação à hipótese de textura aberta da linguagem. Para Dworkin, mesmo nos casos difíceis, as proposições jurídicas apresentam um valor de verdade, havendo, portanto, uma resposta correta.

Com essas ideias, substancialmente distintas, relativas à compreensão das condições de verdade das proposições jurídicas, estabelece-se novas luzes ao debate acerca da discricionariedade judicial no debate Hart x Dworkin, notadamente em um contexto de crescente visibilidade política e institucional dos tribunais, que são chamados a decidir sobre questões fundamentais da vida democrática e, ademais, da grande repercussão deste enfrentamento na academia e seus reflexos à práxis judicial.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Justiça para Ouriços*. Coimbra: Almedina, 2012.

- DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001
- GARAPON, Antoine. **O Juiz e a Democracia: o Guardião das Promessas**. Rio de Janeiro: Renavan, 2001.
- HART, Herbert. **O Conceito de Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.
- IGLESIAS VILA, Marisa. **El Problema de la Discrecion Judicial: Una Aproximación al Conocimiento Jurídico**. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 1999.
- MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Do Xadrez à Cortesia**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MACCORMICK, Neil. "Discretion and Rights". In: **Law and Philosophy: An International Journal for Jurisprudence and Legal Philosophy**. Vol. 08, N. 01, 1989.
- PÉREZ BERMEJO, Juan Manuel. **Coherencia y Sistema Jurídico**. Madrid: Marcial Pons, 2006.
- RODRIGUEZ, César. **La Decisión Judicial: El debate Hart - Dworkin**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores: Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 1997.
- TATE, Neal & VALLINDER, T. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995.
- VERBICARO, Loiane Prado; GALENDE, Yasmim. **Uma Crítica ao Nobre Sonho de Dworkin acerca da Tese da Única Resposta Correta**. In: BASTOS, Elísio; TUPIASSU-MERLIN, Lise; CICHOSKI, Patrícia. (coord.). **Constitucionalismo e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Método, Belém: Cesupa, 2014.
- VERBICARO, Loiane Prado. **Um Estudo sobre as Condições Facilitadoras da Judicialização da Política no Brasil**. In: **Revista Direito GV**, v. 4, n. 8, jul-dez 2008.
- WALDRON, Jeremy. **Derecho y Desacuerdos**. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2005.

Recebido em: 19.07.2017 / Revisões requeridas em: 10.10.2017 / Aprovado em: 02.11.2017 / Publicado em: 05.05.2018

COMO FAZER A REFERÊNCIA DO ARTIGO (ABNT):

VERBICARO, Loiane Prado. A discricionariedade judicial e as condições de verdade das proposições jurídicas à luz do debate Hart e Dworkin. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 13, n. 1, p. 133-158, abr. 2018. ISSN 1981-3694. Disponível em: < <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/28192> >. Acesso em: dia mês. ano. doi: <http://dx.doi.org/10.5902/1981369428192> .