

## Discricionariedade em Hart e Dworkin: o debate reconsiderado à luz do artigo perdido de H. L. A. Hart

*Rafael Parisi Abdouch*

Universidade de São Paulo (USP), São Paulo/SP, Brasil. E-mail: rafael.abdouch@usp.br.

### Resumo

Este artigo pretende explorar o tema da discricionariedade sob as perspectivas de Hart e Dworkin, tomando-se como paradigma a descoberta de um novo texto de Hart, publicado em 2013 pela Harvard Law Review. Sustentar-se-á que não há a possibilidade genuína de discricionariedade judicial, ao menos quando se toma hipoteticamente a posição do decisor, mesmo sob a perspectiva de Hart.

### Palavras-chave

Discricionariedade; Dworkin; Hart.

### *Discretionary in Hart and Dworkin: the debate reconsidered in the light of the lost article of H. L. A. Hart*

### Abstract

This article aims at exploring the issue of discretion under the perspectives of Hart and Dworkin, taking as paradigm the discovery of a new text by Hart, published in 2013 on the Harvard Law Review. It will be argued that there is no possible way to support genuine possibility of judicial discretion, at least when one takes hypothetically the position of the decision maker, even from Hart's perspective.

### Keywords

Discretion; Dworkin; Hart.

### Sumário

Introdução; 1. Dworkin e a Discricionariedade; 2. A Discricionariedade em Hart: Duas Críticas a Dworkin; 2.1. Esclarecendo possíveis mal-entendidos em Hart; 2.2. A Existência Insuperável de Lacunas a no Ordenamento Jurídico e o Poder Discricionário do Juiz; 3.

Dworkin, os princípios e a integridade do direito; 4. Hart e a Discrecionalidade Revista; Conclusão; Referências.

## Introdução

Muito já foi escrito sobre o debate entre Ronald Dworkin e H. L. A. Hart ao longo das últimas décadas. Não raramente este é o mote inicial nos cursos de filosofia e teoria geral do direito nos Estados Unidos e mesmo no Brasil. Esse debate, no entanto, concentra-se em geral muito particularmente em dois textos: *O Conceito de Direito*, de Hart e *O Modelo de Regras I e O Modelo de Regras II* de Dworkin, posteriormente reunidos no seu *Levando os Direitos a Sério*<sup>1</sup>. Algumas vezes, introduzem-se nessas discussões o pós-escrito de Hart, em que o autor ensaiou uma resposta às críticas feitas por Dworkin, mas nunca chegou a publicar em vida<sup>2</sup>. Recentemente, porém, descobriu-se um novo texto de Hart, intitulado *Discretion*, em que o autor procurou desenvolver o tema da discrecionalidade, por um caminho que não chegou a ser pormenorizado nas suas obras posteriores (CF. LACEY, 2013). Este texto, que foi publicado em 2013 na *Harvard Law Review* tem sido largamente ignorado nas discussões sobre as perspectivas dos dois autores – e mais particularmente no Brasil. Neste ensaio, portanto, não pretendo ter como foco a discussão Hart-Dworkin com base na forma tradicional, ignorando esta nova descoberta. Ao contrário, quero focar-me especificamente no tema da discrecionalidade<sup>3</sup>, explorando este texto particular de Hart e a perspectiva de Dworkin sobre o mesmo tema, principalmente no texto que escreveu especificamente para tratar dele, publicado em 1963 na *The Journal of Philosophy*, que tem como título *Judicial Discretion*.

<sup>1</sup> Para uma apresentação didática da controvérsia entre H. L. A. Hart e Ronald Dworkin, ver Shapiro, 2007.

<sup>2</sup> O pós-escrito foi recuperado e editado por Penelope A. Bullock e Joseph Raz e costuma acompanhar as edições mais recentes de *O Conceito de Direito* (v. Hart, 2011).

<sup>3</sup> Tratarei aqui, principalmente do que Dworkin (2002) chamou de discrecionalidade em sentido forte, embora não faça essa distinção no corpo do artigo, por entender desnecessária para o meu argumento. De qualquer forma, o autor, ao combater a tese positivista da discrecionalidade - “Os positivistas sustentam que quando um caso não é coberto por uma regra clara, o juiz deve exercer seu poder discricionário para decidir mediante a criação de um novo item de legislação” (pp. 49-50) - atenta para o uso da expressão “poder discricionário” em três sentidos. Em um primeiro sentido fraco, a expressão é utilizada “apenas para dizer que, por alguma razão, os padrões que uma autoridade pública deve aplicar não podem ser aplicados mecanicamente, mas exigem o uso da capacidade de julgar” (p. 51). Em um segundo sentido fraco, utilizaríamos a expressão “apenas para dizer que algum funcionário público tem a autoridade para tomar uma decisão em última instância e que esta não pode ser revista por nenhum outro funcionário” (p. 51). Em um sentido forte, porém, usamos a expressão “não apenas para dizer que um funcionário público deve usar seu discernimento na aplicação dos padrões que foram estabelecidos para ele pela autoridade ou para afirmar que ninguém irá rever aquele exercício de juízo, mas para dizer que, em certos assuntos, ele não está limitado pelos padrões da autoridade em questão. [...] Empregamos a expressão nesse sentido não para comentar a respeito da dificuldade ou do caráter vago dos padrões ou sobre as decisões que pretendem controlar” (p. 52). É neste sentido forte que o autor se concentrará.

Para satisfazer esta minha empreitada, procurarei, em primeiro lugar, apresentar sinteticamente a visão de Ronald Dworkin sobre o tema da discricionariedade. Em segundo lugar, explicitar o conceito de discricionariedade tal como desenvolvido por Hart em *Discretion* e os pontos em que seriam incompatíveis com a concepção de Dworkin. Em terceiro lugar, procuro demonstrar como Dworkin poderia responder, a partir de suas obras posteriores, às concepções de Hart. Em quarto lugar - e este é o meu ponto central -, pretendo sustentar que, à luz dessa discussão, não acredito haver a possibilidade genuína de discricionariedade judicial, ao menos quando se toma hipoteticamente a posição do decisor, mesmo sob a perspectiva de Hart. Em quinto lugar, desenvolverei uma conclusão sintetizando os pontos centrais deste artigo.

## 1. Dworkin e a Discricionariedade

Dworkin (1963), ao tratar do tema da discricionariedade em *Judicial Discretion*, traz como ilustração a diferença de perspectiva entre o leigo e o acadêmico do direito. Segundo o autor, para o leigo, um caso judicial é o evento em que o juiz determina a controvérsia pela aplicação de princípios já estabelecidos - e não pela aplicação de novos princípios inventados para aquele caso. É claro que o leigo sabe que pode ser que o juiz falhe nesse ideal de justiça, mas, justamente, é capaz de perceber que quando o juiz falha ele falhou porque não fez o que se espera legitimamente que ele faça. Em outras palavras, essas falhas são anormalidades, aberrações, que demonstram a sua injustiça. Não parece ser essa, porém, a crença compartilhada entre os acadêmicos do direito. Para estes, a opinião do leigo está equivocada e seu erro consiste em não perceber que há casos, nos sistemas jurídicos maduros, em que as regras de direito não ditam resultados. Nesses casos, o juiz teria que *escolher* uma solução<sup>4</sup>, ou, em outras palavras, exercer o que se chama de *discricionariedade judicial*<sup>5</sup>. Haveria juristas que chegariam ao extremo de sustentar que a própria ideia de uma regra jurídica que os juízes poderiam aplicar para alcançar decisões se trataria de um

---

<sup>4</sup> Nos países em que de tradição jurídica romano-germânica, a proibição do juiz de deixar de decidir um caso por haver lacuna ou obscuridade na lei costuma ser referida pela expressão latina *non liquet*. No ordenamento jurídico brasileiro a proibição do *non liquet* está consagrada, por exemplo, no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, que traz a inafastabilidade do controle jurisdicional e mais expressamente no artigo 140 do (novo) Código de Processo Civil, que, no seu *caput*, prescreve que “[o] juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico”. A solução, no ordenamento jurídico brasileiro, nos casos de omissão da lei é trazida pelo artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que estabelece que “[q]uando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

<sup>5</sup> Dworkin (1963, p. 624) relata que, para os acadêmicos do direito, “[t]he belief that judges always find law, and never make it, is a tenet of a dogma called formalism, itself a result of the desire for something old-fashioned, unattainable, and bad, called mechanical jurisprudence”.

mito<sup>6</sup>. A posição que o autor percebe estar em voga - ao menos naquela altura - insistia, porém, que há duas fontes de decisão judicial: (i) a regra e (ii) a discricionariedade. Quem ignora uma dessas fontes, segundo os que adotam essa posição, comete o mesmo erro que o leigo ao não reconhecer a *escolha* - i.e. a discricionariedade - como uma das fontes<sup>7</sup>.

Dworkin surpreende, então, ao argumentar que, dado esse panorama, a opinião do leigo está mais próxima da verdade do que a dos acadêmicos do direito - ou, mais precisamente, do que a ideia em voga entre os acadêmicos do direito<sup>8</sup>. Os participantes do “jogo jurídico” têm direito ao resultado correto em todos os casos, não podendo o juiz decidir conforme quer. Mas qual seria a decisão correta? Para Dworkin, é a que constitui a melhor resolução dos princípios e políticas estabelecidas, abraçadas pelo sistema jurídico. Assim, seria um erro supor que o juiz fosse livre para adotar as suas preferências pessoais como padrões jurídicos, principalmente porque está sujeito ao princípio básico de que dê boas *razões* para a sua decisão - e boas razões dependem de padrões públicos e não de padrões privados - e, portanto, seria um erro dizer-se que ele possa *escolher*<sup>9</sup>.

## 2. A Discricionariedade em Hart: Duas Críticas a Dworkin

Ao contrário de Dworkin, a discricionariedade tem um papel inevitável no direito segundo a teoria de Hart. Nesta seção, fornecerei dois argumentos de Hart que se contrapõem à teoria do direito de Dworkin quanto ao tema específico do poder discricionário do juiz, mas antes procurarei desfazer alguns mal-entendidos quanto à sua teoria. Após esclarecer o ponto de Hart, especialmente a partir da nova luz lançada sobre a sua teoria com a descoberta e publicação de *Discretion*, demonstrarei que Hart argumenta, contrariamente à concepção de Dworkin que (i)

---

<sup>6</sup> Alguns nominalistas, por exemplo, “argumentam que os juízes sempre possuem poder discricionário, mesmo quando o que está em pauta é uma regra clara, pois os juízes são, em última análise, os árbitros definitivos da lei” (Dworkin, 2002, p. 54).

<sup>7</sup> Para Dworkin (1963, p. 624), a percepção da escolha - i.e. da discricionariedade judicial - como uma característica própria do processo jurídico ter-se-ia tornado um verdadeiro *cliché* na escola jurídica: “But the general proposition, that the exercise of judicial choice or discretion within areas circumscribed more or less tightly by rules is not an occasional misfiring but a characteristic feature of the legal process, is today almost a law school cliché”.

<sup>8</sup> Dois principais argumentos surgiram, entre os acadêmicos, para mostrar que a opinião do leigo é equivocada: (i) o *argumento radical*, segundo o qual o leigo estaria errado mesmo se todos os casos *fossem* casos de manual (*textbook cases*); (ii) o *argumento dos casos difíceis*, que afirma que ele está errado porque alguns casos não são casos de manual. Hart, em *O Conceito de Direito*, fornece uma resposta persuasiva ao argumento radical. Segundo este autor, a discricionariedade não está implicada no fato de que a decisão de um oficial deva ser final ou inapelável, nem pelo fato de que possa ser controversa ou errada. (Dworkin, 1963).

<sup>9</sup> Desenvolvi com mais minúcia o tema da discricionariedade e do direito como integridade em Dworkin em Abdouch (2017).

existem lacunas insuperáveis nos sistemas jurídicos e (ii) em casos de lacunas, caberá ao juiz exercer o poder discricionário e, em última análise, criar o direito utilizando-se de suas próprias crenças e valores.

### 2.1. Esclarecendo possíveis mal-entendidos em Hart

Apesar de conceber a possibilidade - e mesmo a inevitabilidade - do uso do poder discricionário do juiz na resolução de casos jurídicos em que as regras são insuficientes, *Discretion* demonstra que Hart não possui uma teoria ingênua da discricionariedade judicial. Mesmo nas zonas de penumbra<sup>10</sup>, em que o juiz teria, inevitavelmente, de utilizar-se de discricionariedade, esta não corresponde, para Hart, a jogar dados ou a uma escolha incondicionada. Pelo contrário, o autor busca um meio termo entre a concepção de uma escolha judicial irrestrita, como a defendida por alguns realistas americanos - o que chamou de “pesadelo” - e, de outro lado, a possibilidade de encontrarem-se sempre respostas corretas no campo do direito, tal como a teoria de Dworkin - a que chamou de “nobre sonho” (HART, 1977). Assim também quanto à discricionariedade, pode-se dizer que o autor procurou um meio-termo entre o pesadelo e o nobre sonho (SHAW, 2013).

Há, em *Discretion*, um esforço de definição da noção de *discricionariedade*, separando-a da noção de *escolha tout court*. Isto porque, diferentemente da escolha, a discricionariedade é o nome de uma virtude intelectual, ocupando o espaço intermediário entre escolhas ditadas por caprichos puramente pessoais ou momentâneos e as que são feitas para dar efeito a métodos claros que alcancem objetivos também claros ou conformar regras cuja aplicação ao caso particular é óbvia. Assim, haverá discricionariedade em casos de penumbra porque se tratará de uma área em que homens razoáveis e honestos, embora bem informados dos fatos particulares, podem diferir em suas soluções. Assim, para agir com discricionariedade, é preciso que, em primeiro lugar, verifique-se que se trata de um caso que torne a jurisdição discricionária inevitável e, em segundo, que em se tratando de um desses casos, a discricionariedade seja exercida em condições ótimas, fazendo o que podemos para obter as melhores condições para a decisão. Assim, à luz do ensaio descoberto, é um erro pensar que o poder discricionário equivalha, para Hart, a decisões arbitrárias, como jogar dados para definir qual é a escolha a ser feita. Não é demais, para o autor, dizer que as decisões que envolvam discricionariedade sejam racionais. Em primeiro lugar, por causa da *maneira* que são tomadas - “maneira” podendo ser aqui entendida de forma a incluir não somente fatores estritamente procedimentais, bem como a exclusão deliberada do interesse privado, do preconceito e do uso da experiência no campo, mas também o esforço determinado

---

<sup>10</sup> Sobre as zonas de penumbra, ver Hart, 2011.

de identificação dos vários valores que deverão ser considerados no curso desse exercício - de discricionariedade - a alguma forma de compromisso ou subordinação (HART, 2013).

## ***2.2. A Existência Insuperável de Lacunas a no Ordenamento***

### ***Jurídico e o Poder Discricionário do Juiz***

Hart sustenta que, nos ordenamentos jurídicos, há situações claras reguladas por regras e cuja solução será derivada diretamente delas, mas também há situações insuscetíveis de aplicação das regras, delas não podendo derivar-se uma solução incontroversa. Haverá sempre situações para as quais as regras não fornecerão uma solução única e, nesses casos, será inevitável que o juiz busque critérios extrajurídicos para as soluções dos casos. Trata-se dos casos de lacuna, em que se abre uma zona de penumbra, que permite - e, em certos termos até obriga - ao juiz criar o direito, já que não há como ditar a decisão correta. Segundo o autor, ainda que os juízes afirmem decidir de acordo com o direito, ou, melhor dizendo, dentro do direito nesses casos, tratar-se-ia de mera retórica comum ao processo judicial. No pós-escrito, Hart, porém, busca afastar-se do “pesadelo” representado pelos realistas americanos (CF. HART, 1977) e também aqui procura afastar a discricionariedade de liberdade total para a solução desses casos. O juiz, nesses casos, não deve exercer seu poder discricionário de forma arbitrária, devendo “sempre ter certas razões gerais para justificar a sua decisão e deve agir como um legislador consciencioso agiria, decidindo de acordo com as suas próprias crenças e valores” (HART, 2011, p. 336). Satisfeitas essas condições, o juiz “tem o direito de observar padrões e razões para a decisão, que não são ditadas pelo direito e podem diferir dos seguidos por outros juízes confrontados com casos difíceis semelhantes” (Hart, 2011, p. 336). Assim para Hart, não basta ao juiz escolher qualquer decisão nos casos em que seja inevitável o exercício da discricionariedade, devendo a sua decisão ser racional, justificável, ainda que possa diferir de outras soluções igualmente possíveis e corretas.

## **3. Dworkin, os princípios e a integridade do direito**

Duas considerações de Dworkin parecem fazer sucumbir a tese da discricionariedade de Hart. Em primeiro lugar, a desconsideração da existência de princípios dentro do campo do direito e, em segundo lugar, a dificuldade de Hart de perceber o direito como um sistema íntegro, abrangendo tais princípios.

Para Dworkin, o direito é uma instituição íntegra que abrange não só regras - normas aplicáveis à maneira do “tudo-ou-nada”, mas também princípios que, não sendo aplicáveis à maneira do “tudo-ou-nada” integram o direito como um “padrão que deve ser observado não

porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade” (DWORKIN, 2002, p. 36)<sup>11</sup>. Há, para os princípios a possibilidade de atribuição de pesos no caso concreto. Como instituição íntegra que é, o juiz, ao analisar um caso concreto qualquer deve partir do pressuposto que todos os direitos e deveres jurídicos foram criados por um único autor - a comunidade personificada - e expressa uma concepção coerente de justiça e equidade (DWORKIN, 2014). Assim, em um caso em que há uma lacuna nas regras, o direito não será abandonado e o juiz obrigado a procurar fora dele a solução. Pelo contrário, deverá, a partir da melhor interpretação possível derivadas dos princípios subjacentes àquela comunidade jurídica encontrar a solução, que será, *in casu*, a solução correta (DWORKIN, 2014). Isto não é raciocinar fora do direito, como quer Hart, mas, pelo contrário, *dentro* do direito.

Num caso difícil, portanto, o juiz não terá discricionariedade propriamente, em primeiro lugar, porque não precisará *sair* do direito para buscar as razões para a sua decisão - e nem deverá fazê-lo - e, em segundo lugar, porque haverá, através da melhor interpretação dos princípios e das práticas que animam a prática jurídica de uma determinada comunidade, uma resposta correta a ser dada para aquele caso. Aliás, o juiz que se utilizar de razões privadas e não públicas para decidir seu caso e, que, portanto, sairá do direito para decidir o caso errará, estará sendo injusto, cometerá uma aberração. Os juízes devem ver-se, nesse processo decisório, como sócios de agentes públicos do passado e do futuro que devem agir conjuntamente no atingimento de uma moralidade jurídica coerente, a satisfazer duas dimensões: a da adequação (*fit*) - a interpretação deve levar em consideração a prática e ser ajustada a ela - e a da justificação - além de adequada, a interpretação deve ser a melhor justificada quando considerados os princípios de moralidade política que animam aquela comunidade - trata-se da interpretação construtiva (DWORKIN, 2008; DWORKIN, 2014). É neste sentido que é útil a analogia feita muitas vezes pelo autor entre o direito e um romance em cadeia. Assim como um romance que deverá ser escrito por vários autores, e em que o autor subsequente, para escrever seu capítulo, deverá levar em consideração os capítulos precedentes e o contexto do enredo, o juiz também, ao decidir um caso deverá levar em consideração o contexto jurídico daquela comunidade e as decisões precedentes e interpretá-los da forma mais coerente possível para não desmanchar a integridade do direito - assim como o autor subsequente do romance em cadeia não deve desmanchar a integridade do romance (DWORKIN, 2005; DWORKIN, 2014).

---

<sup>11</sup> Além de regras e princípios, integrantes do genérico “norma”, Dworkin desenvolve o conceito de “políticas”, que não me interessa propriamente neste artigo. Para o autor, política é o “tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade” (Dworkin, 2002, p. 36)”.

#### 4. Hart e a Discricionariedade Revista

Nas seções anteriores procurei apresentar sucintamente a estrutura geral do pensamento de Ronald Dworkin sobre a questão da discricionariedade, especialmente em seu artigo de 1963, a posição de Hart sobre o tema à luz de seu artigo descoberto e as respostas de Dworkin à posição de Hart a partir da sua teoria do direito desenvolvida em suas obras posteriores. Nesta seção, procurarei demonstrar que se entendermos a discricionariedade como uma virtude intelectual, que depende do afastamento deliberado das vontades e caprichos do julgador, tal como Hart parece indicar em seu *Discretion*, o procedimento mental honesto para a tomada da decisão em um sistema jurídico complexo como o americano e o nosso, não dá espaço para a discricionariedade, nem se entendida de forma temperada, como pretende o autor britânico.

É verdade que pode haver lacunas nas regras, como ocorre nos casos em que o legislador não poderia ter previsto uma situação fática nova a encaixar-se sob o dispositivo normativo ou nos casos em que duas normas parecem aplicar-se simultaneamente, especialmente quando se trata dos princípios, para falar com Dworkin. Ocorre que, mesmo nesses casos, o juiz não terá, se agir conforme as regras do jogo jurídico, a possibilidade lógica de incluir seus valores pessoais para “escolher” uma das soluções que se põem hipoteticamente em causa. Empiricamente, ele pode fazer isto, logicamente não. Se o fizesse, seria uma espécie de “roubo” no jogo jurídico, uma vez que, ao menos nos sistemas jurídicos complexos, há sempre razões públicas e, nos termos de Dworkin, princípios subjacentes ou constitutivos da comunidade jurídica para resolver a controvérsia que se coloca perante o juiz. Se o juiz decidiu a questão a partir de suas razões particulares, desconsiderando a estrutura do jogo que a comunidade jurídica de que participa estará violando uma das regras constitutivas do próprio jogo.

Se, como Hart sugere em seu *Discretion*, discricionariedade diferencia-se de escolha por ser uma virtude intelectual, racional, não ditada por caprichos pessoais e momentâneos e que busque uma forma de exercê-la em condições ótimas para chegarmos à decisão, o juiz, quando depara com um caso difícil exerceria o seguinte procedimento mental: perscrutando o ordenamento jurídico e as razões públicas - a única forma de raciocínio que seria compatível com um Estado de Direito - elencaria uma série de decisões possíveis para se tomar no caso. A “escolha” de uma delas configuraria a discricionariedade. Ocorre, porém, que o processo decisório não costuma acontecer assim, pois ao “escolher” uma das decisões hipoteticamente elencadas, não é razoável pensar que o juiz a escolheria jogando dados. Ao contrário, para “apanhar” uma das decisões elencadas, se agir honestamente, ele terá que ser capaz de dar razões pelas quais entre as decisões possíveis que se abriram para ele, ele escolheu uma delas. Isto também está refletido na prática judiciária



do dia-a-dia. Temos de ser capazes de perguntar ao juiz “por que Vossa Excelência escolheu esta decisão e não aquela” e seria inaceitável que ele dissesse “ambas seriam decisões corretas e, por isso, escrevi-as em pequenos papéis e sorteei, de modo que esta é a decisão que coube ao caso”. Se percebemos o processo decisório em um sistema complexo como é o direito, vemos que, nesses termos, não há verdadeiramente discricionariedade, havendo, genuinamente, uma resposta escolhida, que tem de ser justificada como a melhor resposta e não uma entre várias melhores respostas. Pensar de outro modo seria incompatível com o atual estágio do direito e com as nossas práticas nas sociedades jurídicas complexas.

## Conclusão

Neste artigo procurei de forma muito sucinta adentrar a controvérsia Hart-Dworkin especificamente no que diz respeito à discricionariedade à luz do artigo *Discretion* de Hart, recentemente descoberto e publicado em 2013 pela *Harvard Law Review*. Iniciei expondo a estrutura geral do argumento de Dworkin sobre a discricionariedade, dando ênfase a um artigo em que o autor trata especificamente do tema, denominado *Judicial Discretion* e publicado em 1963. Em seguida, apresentei o que seria incompatível em Hart com a teoria de Dworkin. Então, elenquei possíveis respostas de Dworkin ao Hart revisitado a partir desse novo artigo - ainda que o próprio Dworkin nunca tenha chegado a conhecer o artigo. Ao final, entrei no debate para defender que, à luz desse novo artigo de Hart e considerando a complexidade dos sistemas jurídicos como o americano e o brasileiro, o juiz não teria como, agindo honestamente e seguindo as regras do que chamei de “jogo jurídico”, exercer uma verdadeira discricionariedade, nem nos termos “temperados” proposto por Hart.

## Referências

ABDOUCH, Rafael Parisi. O direito como integridade e a ponderação de Princípios: é possível compatibilizar a teoria do direito de Dworkin com a de Alexy?. *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, v. 23, n. 1, 2017. Disponível em <<http://www.ojs.fdsbc.servicos.ws/ojs/index.php/fdsbc/article/view/882/731>>. Acesso em 19/8/2017.

DWORKIN, Ronald. Judicial Discretion. *The Journal of Philosophy*, v. 60, n. 21, Oct.10, 1963, pp. 624-638.

\_\_\_\_\_. Keynote address. In: Du Bois, F. *The practice of integrity: reflections on Ronald Dworkin and South African law*. Cape Town: JUTA, 2008, pp. 1-17.

\_\_\_\_\_. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. *O império do direito*. Tradução: Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

\_\_\_\_\_. *Uma questão de princípio*. Tradução: Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HART, H. L. A. American jurisprudence through English eyes: the nightmare and the noble dream. *Sibley Lecture Series*, paper 33, 1977. Disponível em:

<[http://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1032&context=lecturespre\\_arch\\_lectures\\_sibley](http://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1032&context=lecturespre_arch_lectures_sibley)>. Acesso em 20/06/2017.

\_\_\_\_\_. Discretion. *Harvard Law Review*, n. 127, December 20, 2013, pp. 652-665. Disponível em: <<https://harvardlawreview.org/2013/12/discretion/>>. Acesso em 20/06/2017.

\_\_\_\_\_. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2011.

LACEY, Nicola. The path not taken: H. L. A. Hart's Harvard Essay on Discretion. *Harvard Law Review*, n. 127, December 20, 2013, pp. 636-651. Disponível em:

<<https://harvardlawreview.org/2013/12/the-path-not-taken-h-l-a-harts-harvard-essay-on-discretion/>>. Acesso em 20/6/2017.

SHAPIRO, Scott J. The "Hart-Dworkin" debate: a short guide for the perplexed. *Public Law and Legal Theory Working Paper Series, Working Paper n. 77*, March 2007. Disponível em:

<[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=968657](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=968657)>. Acesso em 30/5/2017.

SHAW, Geoffrey. H. L. A. Hart's lost essay: *Discretion* and the Legal Process School. *Harvard Law Review*, n. 127, December 20, 2013, pp. 666-727. Disponível em:

<[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=968657](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=968657)>. Acesso em 20/6/2017.

.....

### *Minibiografia do Autor - Rafael Parisi Abdouch*

Mestrando do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Largo de São Francisco).

.....

**Enviado em: 19.08.2017.**

**Aprovado em: 12.08.2018.**