

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO  
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

**TEORIA CONSTITUCIONAL**

**PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS**

**SÉRGIO URQUHART DE CADEMARTORI**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria – CONPEDI**

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente **Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente **Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente **Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente **Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

**Representante Discente – FEPODI**

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

**Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

**Secretarias:**

**Relações Institucionais**

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

**Relações Internacionais para o Continente Americano**

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

**Relações Internacionais para os demais Continentes**

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

**Eventos:**

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch UFSM – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho Unifor – Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta Fumec – Minas Gerais

**Comunicação:**

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro UNOESC – Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

T314

Teoria constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Paulo Roberto Barbosa Ramos; Sérgio Urquhart de Cademartori. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-757-1

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



# XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

## TEORIA CONSTITUCIONAL

---

### **Apresentação**

Teoria Constitucional I reuniu no XXVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Porto Alegre, de 15 a 16 de novembro de 2018, interessantes e inovadores artigos os quais abordam questões que dão conta do atual quadro da Teoria Constitucional não somente no contexto nacional como também internacional. Todos os artigos selecionados para integrar a coletânea contribuem para uma adequada reflexão a respeito papel que vem desempenhando o Supremo Tribunal Federal brasileiro, o qual, não raras vezes, tem exorbitado dos poderes a ele conferidos pelo próprio texto constitucional de 1988, colocando em risco, com esse comportamento, a sistemática de equilíbrio delicado que deve haver entre os chamados poderes da República. Por outro lado, há ainda artigos que abordam a questão da tributação e a necessidade de uma reengenharia desse sistema, de modo que o Estado brasileiro tenha sintonia com determinadas transformações ocorridas no sistema tributário não somente no âmbito global, por meio da atuação de agências internacionais de controle, como também em outros países considerados mais desenvolvidos, inclusive pela adoção de sistemas tributários mais equitativos. Não se pode deixar de registrar que integram também a coletânea artigos que trazem experiências passadas, a exemplo da atuação da Suprema Corte americana, a qual, em larga medida, contribuiu para o desenvolvimento da nação considerada ainda a mais poderosa do planeta: EUA, como recentes, como é o caso da elaboração da constituição de cubana. Por fim, há leituras que apontam para contribuições esquecidas pela doutrina tradicional do constitucionalismo, considerando as experiências de autonomia e liberdade dos negros.

Somente a leitura dos textos dará conta da qualidade das pesquisas desenvolvidas.

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos – UFMA

Prof. Dr. Sérgio Urquhart de Cademartori - UNILASALLE

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - [publicacao@conpedi.org.br](mailto:publicacao@conpedi.org.br).

**UMA ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE O CONCEITO DE DISCRICIONARIEDADE DE HART E AS CRÍTICAS DE DWORKIN: ASPECTOS APLICADOS NO CASO DA NOMEAÇÃO PARA O MINISTÉRIO DO TRABALHO DA DEPUTADA CRISTIANE BRASIL**

**A COMPARATIVE ANALYSIS BETWEEN THE CONCEPT OF HART DISCRETIONARITY AND DWORKIN'S CRITICISM: ASPECTS APPLIED IN THE CASE OF APPOINTMENT OF CRISTIANE BRASIL FOR THE MINISTRY OF LABOR**

**João Pedro de Carvalho Portinho <sup>1</sup>**

**Morgana Mezalira Rezer <sup>2</sup>**

**Resumo**

O presente trabalho busca analisar se é possível o poder judiciário, a partir do conceito de discricionariedade de Hart, rever a nomeação da Deputada Federal Cristiane Brasil para Ministra do Trabalho, bem como contextualizar a ideia de discricionariedade em Hart. Ainda, apresentar as críticas de Dworkin à proposta de discricionariedade de Hart, elucidando a resposta de Hart às críticas de Dworkin. Por fim, averiguar se a decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da nomeação extrapola o poder discricionário de Hart, através do estudo de caso e pesquisa bibliográfica das obras de Hart e Dworkin, juntamente com literaturas especializadas.

**Palavras-chave:** Hart, Dworkin, Discricionariedade, Críticas, Constituição federal

**Abstract/Resumen/Résumé**

The present research aims to analyze if it is possible for the judiciary, based on the concept of Hart's criterium, to review the appointment of federal deputy Cristiane Brasil as Ministry of Labor, as well as to contextualize the idea of discretionarity in Hart. In addition, it presents Dworkin's criticism of Hart's proposal for discretionarity, elucidating Hart's response to Dworkin's criticism. Finally, it checks whether the Supreme Court's decision on the appointment goes beyond Hart's discretion through the case study and bibliographic research of the works of Hart and Dworkin along with specialized literatures.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Hart, Dworkin, Discretionarity, Criticism, Federal constitution

---

<sup>1</sup> Mestrando no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito – Mestrado em Direito – da Faculdade IMED. E-mail: portinhoadvogado@bol.com.br - Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5629112793228807>.

<sup>2</sup> Mestranda no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito – Mestrado em Direito – da Faculdade IMED. E-mail: morganamrezer@gmail.com - Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9149029625933211>.

## 1 INTRODUÇÃO

O direito consiste em um conjunto de regras obrigatórias que garante a convivência social, graças ao estabelecimento de limites à ação de cada um de seus membros. Diante disso, foram demonstradas as duas principais facetas do conceito de direito no senso comum: por um lado, trata-se de um conjunto de regras que orientam a conduta das pessoas e que são impostas pelo Estado; por outro lado, trata-se de um elemento necessário para a garantia das necessidades humanas de ordem e justiça.

Na sua obra, Hart defende a ideia de que as normas jurídicas podem ser identificadas mediante uma regra social de reconhecimento. Deste modo, ao juiz caberia tão somente buscar no substrato que lhe é atribuído pelas regras sociais pré-existentes a norma jurídica que melhor atende ao caso particular. Contudo, reconhecia o próprio Hart que se atingiria a um determinado ponto de extremo das regras sociais, em que ao juiz não restaria senão recorrer para a sua subjetividade, desvinculando-se de quaisquer amarras legais, sendo resultado da mesma da proibição do *non liquet* frente à incompletude do ordenamento jurídico. O sistema jurídico Hartiano, seria um sistema bifásico, permitindo que em um segundo momento o criador das normas *post factum*, devido à necessidade de decidir e a incompletude do ordenamento jurídico. (HART, 2012)

Hart reconhece que a exclusão dos princípios e o reconhecimento da discricionariedade fazem prova da incompletude do sistema. Todavia, alega ser tal incompletude precisa para uma maior coerência do sistema, que cairia diante das incongruências provenientes da inserção de valores morais e políticos. (HART, 2012) Esta ideia está defendida por Kelsen na sua teoria pura do direito. Diante disso, o trabalho possui a seguinte problemática: A partir do conceito de poder discricionário de Hart é possível o poder judiciário rever a nomeação da Cristiane Brasil para Ministra do Ministério do Trabalho?

Acredita-se que a resposta para o problema é dúbia diante do fato de que é uma atribuição exclusiva do Presidente da República, motivo pelo qual o poder judiciário não poderia rever a nomeação, mas por outro lado a de se pensar nos princípios jurídicos que dão cerne ao ordenamento jurídico brasileiro.

O presente trabalho tem como objetivo central analisar a teoria de Hart e as críticas de Dworkin e se é possível o poder judiciário, a partir do conceito de discricionariedade de Hart, rever a nomeação para Ministra do Trabalho a Deputada Federal Cristiane Brasil. Ainda, contextualizar a ideia de discricionariedade em Hart, apresentar as críticas de Dworkin à

proposta de discricionabilidade de Hart e elucidar a resposta de Hart às críticas oriundas de Dworkin. Por fim, averiguar se a decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da nomeação da Deputada Federal Cristiane Brasil extrapola ou não o poder discricionário de Hart através do estudo de caso e pesquisa bibliográfica da obra de Hart e literaturas especializadas.

## **2 CONTEXTO DA IDEIA DE DISCRICIONABILIDADE PARA HART**

O conceito de um limite intrínseco à linguagem, na estruturação de um sistema jurídico, faz com que a interpretação do texto normativo seja vulnerável às incertezas, deixando transparecer um enorme ceticismo com relação ao grau de precisão das normas, frente à regulamentação de situações concretas. (HART, 2012)

O problema da incerteza normativa, ainda está ligado à impossibilidade de descrever todas as possíveis situações passíveis de regulamentação perante as condutas futuras e incertas, uma vez que pode ser impossível uma total previsão de acontecimentos improváveis pelo legislador. Sobre isso não haveria na visão de Hart, qualquer possibilidade de idealização de um ordenamento jurídico composto por um número infinito de regras capazes de abranger todas as situações que se mostrassem inéditas em nosso cotidiano. Por essa razão, ele assegura que o direito teria uma textura aberta, que seria uma decorrência da falta de potencialidade das regras em envolver casos concretos inéditos. (PACHECO, 2013)

A insuficiência da linguagem jurídica, como resultado do seu caráter simbólico, causa em decorrência da abstração das regras, uma textura aberta do direito, que se manifesta tanto em relação à lei como em relação ao precedente judicial. De acordo com Hart (2012, p. 166):

(...) Qualquer que seja a estratégia escolhida para a transmissão de padrões de comportamento, seja o precedente ou a legislação, esses padrões, por muito facilmente que funcionem na grande massa de casos comuns, se mostrarão imprecisos em algum ponto, quando sua aplicação for posta em dúvida; terão o que se tem chamado de textura aberta. Até aqui temos apresentado isso, no caso da legislação, como uma característica geral da linguagem humana.

Assim sendo, para Hart os sistemas jurídicos seriam constituídos de uma textura aberta, que ocasionaria a existência de situações concretas não reguladas pelo direito, o que acabaria por abrir possibilidades para que casos sem respostas legais passassem a ser regulamentados pelos aplicadores do direito. (HART, 2012)

O caso é que, determinadas situações que integram o ordenamento jurídico são solucionadas mediante as regras pré-estabelecidas, que são empregadas aos casos concretos previsíveis. Contudo, Hart (2012, p. 179) coloca que “nos pontos em que a textura efetivamente é aberta, os indivíduos podem apenas fazer previsões sobre a conduta dos tribunais e ajustar seu comportamento de acordo com isso”.

Terá dessa maneira uma margem de incerteza do direito, já que uma regra poderá envolver grande parte dos eventos futuros. Analisa-se que a noção de textura aberta do direito introduzida por Hart, abrange questões atinentes a indeterminabilidade do processo de comunicação das regras jurídicas e a necessária complementação no processo de aplicação de tais regras, tendo em vista a área de conduta deixada em aberto pelo legislador.

Esta ideia de incompletude existente no ordenamento jurídico se apresentará como um problema todas as vezes que casos inéditos não acharem solução no direito vigente. Diante da vagueza as regras existentes e a necessidade de se achar uma solução para o direito, a saída seria que o julgador aplicasse seu poder discricionário, de forma a suprir as lacunas normativas, de acordo com Hart (2012, p. 175):

(...) A textura aberta do direito significa que existem, de fato, áreas de comportamento nas quais muita coisa deve ser decidida por autoridades administrativas ou judiciais que busquem obter, em função das circunstâncias, um equilíbrio entre interesses conflitantes, cujo peso varia de caso a caso.

Na concepção de Hart, a textura aberta do direito causaria dentro do ordenamento jurídico um inevitável poder discricionário, que deveria ser exercido de forma equilibrada, pautado nos melhores valores a serem empregados ao caso concreto, tendo como escopo primordial encontrar respostas legais aptas a regulamentares determinadas situações atípicas. Segundo o filósofo (2012, p. 176):

(...) Todo sistema jurídico deixa em aberto um campo vasto e de grande importância para que os tribunais e outras autoridades possam usar sua discricionariedade no sentido de tornar mais precisos os padrões inicialmente vagos, dirimir as incertezas contidas nas leis ou, ainda, ampliar ou restringir a aplicação de normas transmitidas de modo vago pelos precedentes autorizados.

Nesse aspecto, a discricionariedade constituir-se-ia como um procedimento de integração normativa, visto que a própria norma deixa questões em aberto. Ao se deparar com a inexistência de solução jurídica para um caso concreto, Hart não prevê alternativa, exceto a utilização de um poder discricionário por parte do julgador (2012, p. 171):

Nesses casos, a autoridade encarregada de estabelecer as normas deve evidentemente exercer sua discricionariedade, e não há possibilidade de tratar a questão levantada pelos vários casos como se pudesse ser resolvida por uma única solução correta a priori, e não por uma solução que represente um equilíbrio razoável entre diversos interesses conflitantes.

Para Hart, a decisão desses casos inéditos demanda uma interpretação cautelosa, na qual juiz deve utilizar o seu discernimento na escolha da solução mais razoável. Perante a imprecisão normativa, competirá ao ele o juiz indicar a maneira mais acertada dentre as possíveis, criando o direito para aquele caso concreto. (HART, 2012)

A textura aberta do direito, mesmo que se mostre como precursora da discricionariedade judicial, não pode se apresentar como causa determinante para que se possa vislumbrar o ordenamento jurídico como um emaranhado de decisões carentes de qualquer juízo de valor e fundamentadas nas escolhas pessoais dos magistrados. As decisões articuladas pelo julgador são o próprio freio ao livre discernimento pessoal do aplicador do direito, que as vê como um padrão a ser seguido nas novas decisões a serem tomadas. Com relação a essas previsões, a respeito das decisões judiciais, assegura Hart (2012, p. 190):

(...) O fundamento de tal previsão é o conhecimento de que os tribunais consideram as normas jurídicas não como previsões, mas como padrões que devem ser seguidos nas decisões – e como padrões suficientemente precisos, apesar de sua textura aberta, para limitar, embora não para excluir, a discricionariedade do tribunal.

Deste modo, não presume a existência de um poder discricionário desvinculada de qualquer forma interpretativa ligada ao direito. A própria legislação existente no ordenamento jurídico seria um limite importantíssimo a uma ilimitada forma de se criar o direito.

Conforme Hart, o resultado do problema da textura aberta do direito estaria na existência de uma inevitável discricionariedade judicial. Contudo, ao contrário do que muitos críticos garantem, não é o poder discricionário, um mecanismo que permite dar ampla liberdade de legislar ao julgador. Há um limite à discricionariedade do juiz que para Hart, estaria na averiguação das normas jurídicas como padrões a serem seguidos pelos tribunais. (HART, 2012)

A despropósito, Dworkin (2002) ao reativar a questão da discricionariedade judicial, taxa a teoria de Hart como irracional, por ser falha e baseada em decisões pessoais do julgador e não nas decisões do direito.

### 3 CRÍTICAS DE DWORKIN A TESE DA DISCRICIONARIEDADE DE HART

O autor Dworkin é importante crítico do positivismo jurídico e das teorias utilitaristas do direito, e tem ocupado lugar singular na filosofia contemporânea do direito. Nomeada como construtivista, a teoria de Dworkin (2003, p. 63-64) é definida como a “imposição de um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-los os melhores exemplos possíveis da forma ou do gênero aos quais se imaginam que pertençam”. Utiliza de uma ordem principiológica hierarquizada e de testes últimos de validade para verificação do direito, tentando dar cabo ao problema da discricionariedade judicial com a abolição do que ele denomina sistema bifásico do direito. Este sistema é composto por uma fase convencional e outra discricionária e ainda, pela participação do magistrado na construção da decisão judicial conforme políticas e princípios aceitos como válidos pela comunidade. (DWORKIN, 2003)

De tal modo, focado em ideais puramente liberais, esse filósofo procurou apresentar de forma crítica, a existência de uma discordância em relação às teses defendidas por alguns teóricos do direito, taxados comumente como positivistas. Dentro desse grupo, destaca-se a figura de Hart que na sua obra “O Conceito de Direito”, tenha sido o principal alvo das críticas dworkinianas.

Dworkin parte da suposição de que a regra secundária de reconhecimento, estabelecida por Hart como critério último de validade de um ordenamento jurídico, seria um verdadeiro teste de *pedigree*, por meio do qual apenas algumas regras, que se sujeitassem a um processo específico, seriam acolhidas. Assim sendo, para que uma regra pudesse passar a ter o status de jurídica, deveria satisfazer algumas condições impostas pela própria regra de reconhecimento. (DWORKIN, 2003)

De acordo com Dworkin, Hart compreendia que apenas poderiam ser consideradas direito aquelas questões que passassem pelo crivo da regra de reconhecimento, o que, inevitavelmente, teria possibilitado com que fundamentais elementos jurídicos, considerados como padrões destinados a embasar decisões Judiciais, ficassem fora do conceito de direito. (DWORKIN, 2003)

O teste de *pedigree* enunciado pela regra de reconhecimento, evidenciada a sua mecanicidade, seria o responsável por determinar um sistema fechado de regras, que proporcionaria a discricionariedade judicial como consequência lógica do exaurimento da

regra de reconhecimento, ao se deparar com casos inéditos no ordenamento jurídico. (DWORKIN, 2003)

A ideia de um poder discricionário, existente para suprir um problema decorrente da textura aberta do direito, é nomeada por Dworkin como irracional, juridicamente falando sobre esta arbitrariedade a que está exposto o sistema jurídico. Com relação a esse aspecto, o filósofo Dworkin (2002, p. 50-51) faz a seguinte analogia: “tal como um espaço vazio no centro de uma rosca, o poder discricionário não existe a não ser como um espaço vazio, circundado por uma faixa de restrições”.

Dworkin ao reascender na sua obra a questão da discricionariedade judicial apontada por Hart destaca a existência de dois tipos de poder discricionário, sendo um em sentido fraco e outro em sentido forte. Com relação ao primeiro, o filósofo Dworkin (2002, p. 51) divide em dois subtipos, aplicando-se o primeiro subtipo (sentido fraco) “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”.

No que se refere ao segundo subtipo (sentido forte), Dworkin (2002, p. 51) apresenta que este seria utilizado “apenas para dizer que algum funcionário público tem a autoridade para tomar uma decisão em última instância e que esta não pode ser revista e cancelada por nenhum outro funcionário”.

No entanto, ao que tange o segundo tipo (sentido forte), seria este utilizado para abordar em determinados assuntos, por não haver uma ordem apontando a decisão a ser tomada, não haveria limitações sucedidas de qualquer padrão proveniente de uma autoridade, o que daria à autoridade grande possibilidade de escolha. (DWORKIN, 2002)

Na concepção do filósofo ao assinalar a existência de um poder discricionário no ordenamento jurídico, Hart o teria empregado em seu sentido forte, visto que a emissão de Juízos de valores para solucionar o caso concreto, se apresentaria como uma verdadeira prerrogativa dos Juízes. Neste aspecto, os padrões de escolha de um Magistrado, nunca estariam limitados por um direito preexistente. (DWORKIN, 2003)

Dworkin ao garantir que a ideia de uma discricionariedade judicial tenha se infiltrado na comunidade jurídica, se sugere a condenar a existência de um poder discricionário em sentido forte, dentro do ordenamento jurídico. (DWORKIN, 2002)

Além disso, para Dworkin os padrões que motivam uma decisão não poderiam partir de um campo extrajurídico, devendo procurar justificativas dentro do próprio campo do

direito. Há uma ideia de obrigação, apontada por regras e princípios jurídicos, que devem ser levadas em consideração pelos magistrados no ato decisório. (DWORKIN, 2002)

O conceito de inclusão de princípios no ordenamento jurídico se apresenta como a solução encontrada por Dworkin para termina com o problema da discricionariedade judicial. De acordo com o filósofo, a existência de um poder discricionário inerente às autoridades públicas, seria uma consequência do caráter falho da regra de reconhecimento, que ao empregar-se de um teste de *pedigree*, não conseguiria reconhecer os princípios. (DWORKIN, 2003)

#### **4 RESPOSTA DE HART AS CRÍTICAS DE DWORKIN**

Hart respondeu as críticas de Dworkin quando realizou a publicação de seu pós-escrito por Penélope A. Bulloch e Joseph Raz, responsáveis por conduzirem o trabalho que ainda não havia sido finalizado.

No que diz respeito a espécie de réplica desenvolvida por Hart, em razão das críticas proferidas à sua teoria, se fundamenta precipuamente na desconsideração da sua obra como sendo uma espécie de “positivismo factual”, considerando ser a mesma, segundo Hart, uma demonstração de um “positivismo moderado”. Sob esse aspecto, procurando sustentar seus fundamentos argumentativos, ele entra no campo das críticas que citam ser a regra de reconhecimento, um verdadeiro teste de *pedigree*. (HART, 2012)

De acordo com Dworkin, a regra de reconhecimento realizaria no ordenamento jurídico uma interpretação errada da função normativa, visto que constituiria sempre critérios de validade às normas, motivando uma falsa percepção de que todos os casos particulares poderiam ser resolvidos recorrendo-se a um teste de reconhecimento. (DWORKIN, 2002)

No entanto, explica Hart, que nem sempre a regra de reconhecimento funciona como instrumento para elaboração das leis, podendo associar valores morais. Segundo o filósofo (2012, p. 333-334):

(...) a função da norma é apenas definir as condições gerais que devem ser satisfeitas pelas decisões jurídicas corretas nos modernos sistemas jurídicos. Na maior parte dos casos, a norma faz isso oferecendo critérios de validade, que Dworkin denomina questões de *pedigree*, e que se referem não ao conteúdo da lei, mas à forma e ao procedimento da criação ou adoção das leis. Mas, como já afirmei, além dessas questões de *pedigree*, a norma de reconhecimento pode oferecer critérios que se referem não ao conteúdo factual das leis, mas à sua obediência a valores ou princípios morais substantivos.

Apesar de Hart recomendar uma cisão entre direito e moral, ele assume que uma regra de reconhecimento socialmente aprovada possa incorporar padrões morais como critérios de validade jurídica em determinadas situações, sem que para isso, esta moralidade se apresente como um fator necessário. Para o filósofo, Dworkin estaria desconhecendo o fato de que determinadas Regras, ao passarem pelo teste de *pedigree*, condicionante de aprovação normativa em um ordenamento jurídico, também se submetem a alguns princípios substantivos de justiça e a valores morais, o que afastaria a assertiva de que este teste permitiria tão apenas um exame de fatos. (HART, 2012)

Na sua obra “Levando os direitos a sério”, Dworkin (2002) expõe o seu posicionamento de que o ordenamento jurídico, na visão de um positivista, seria composto somente por regras, dado o fato de desconhecer a existência de princípios jurídicos. Entretanto, Hart ao responder tal crítica, fez questão de ressaltar que em sua teoria, nunca restringiu o direito apenas às regras, posto que a regra de reconhecimento, além de abranger os valores morais, também consideraria princípios, que seriam empregados pelo Julgador na resolução dos casos difíceis. (HART, 2012)

Para Hart (2012), os princípios também estariam adequados a serem identificados mediante a regra de reconhecimento. Deste modo, a afirmação de Dworkin, de que o caráter não conclusivo dos princípios impossibilitaria que os mesmos se submetessem ao que ele chama de teste de *pedigree*, se demonstraria infundada perante a realidade comprovada pelos Sistemas Jurídicos. Nesse diapasão, esclarece Hart (2012, p. 341-342):

Alguns princípios jurídicos, inclusive certos princípios básicos da common law – como o que prescreve que ninguém poderá tirar proveito de sua própria torpeza – são também identificados como parte do direito pelo teste do ‘pedigree’, na medida em que tem sido constantemente invocados pelos tribunais em inúmeros casos diferentes como fundamentação para suas decisões, e devem ser levados em consideração ainda que, em certos casos, possam ser sobrepujados por razões que sinalizem em sentido oposto. Diante desses exemplos de princípios jurídicos identificados como critérios de pedigree, torna-se insustentável qualquer argumento genérico no sentido de que a inclusão dos princípios como parte do direito implica o abandono da doutrina da norma de reconhecimento.

Nessa visão, Hart tem como finalidade apontar que na identificação de princípios em um ordenamento jurídico, a norma de reconhecimento desenvolve papel imprescindível, por reconhecer as fontes do direito e propiciar uma adequação principiológica do sistema normativo. (HART, 2012)

As críticas de Dworkin ficam mais intensas quando a textura aberta do direito e o problema do poder discricionário são postos em discussão. Conforme afirma Hart (2012, p. 351-352):

Dworkin rejeita essa imagem do direito como parcialmente indeterminado ou incompleto, e aquela do juiz como alguém que preenche as lacunas do direito ao exercer uma discricionariedade legislativa limitada, afirmando ser essa uma descrição enganosa tanto do direito como do raciocínio judicial. Com efeito, ele argumenta que não é o direito que é incompleto, mas a imagem que dele faz o positivista, e que isso ficará demonstrado por sua própria avaliação 'interpretativa' do direito como algo que inclui, além do direito estabelecido explícito – identificado mediante referência a suas fontes sociais –, princípios jurídicos implícitos, que são aqueles que melhor se adequam ao direito explícito, oferecendo ao mesmo tempo a melhor justificativa moral para este.

Fica comprovado que conforme o viés da teoria de Dworkin, não haveria que se dizer em poder discricionário, devido a impossibilidade do juiz em julgar com base em elementos estranhos ao direito. Sob essa visão, não haveria que se dizer em incompletude do ordenamento jurídico.

Perante essa crítica apontada por Dworkin, Hart se defende garantindo que a margem de criação jurídica atribuída aos juízes se dá de maneira limitada, diante das sujeições às quais se encontram os magistrados. O filósofo deixa claro que o poder de legislar conferido aos juízes se produz em menor escala em relação a aquele dado aos legisladores, visto que estes são os verdadeiros criadores do direito. Conforme Hart (2012), ao julgar um caso difícil, o magistrado estaria legislando não de maneira arbitrária, mas nos moldes de uma interpretação análoga a aquela exposta por Dworkin, recorrendo-se a um princípio geral relevante para colmatar as lacunas da Lei. Conforme exposto na citação a seguir (2012, p. 352):

(...) O poder de criar o direito que atribuo aos juízes, para habilitá-los a regulamentar os casos que o direito deixa parcialmente não regulamentados, é diferente daquele de um poder legislativo: não só os poderes do juiz estão sujeitos a muitas limitações que restringem sua escolha, limitações das quais o poder legislativo pode ser totalmente isento, mas também, como são exercidos apenas para decidir casos específicos, o juiz não pode utilizá-los para introduzir reformas amplas ou novos códigos legais. Assim, seus poderes são intersticiais, além de sujeitos a muitas restrições substantivas. Não obstante, haverá aspectos sobre os quais o direito existente não aponta nenhuma decisão como correta; e para julgar essas causas, o juiz tem de exercer o seu poder de criar o direito.

Este poder discricionário não se apresenta como um exercício arbitrário da faculdade de legislar dos juízes, isso porque estes não podem inserir reformas de larga escala, devendo agir de forma prudente, conforme seus próprios valores.

A visão do direito baseada pela existência de uma textura aberta da linguagem, não cedendo aos ataques de Dworkin, fazendo com que Hart permanecesse a afirmar que diante de casos difíceis, os juízes deveriam praticar a função de legislador, iniciando um processo de criação do direito. Deste modo, Hart permaneceu firme seu posicionamento sobre a inevitabilidade de uma discricionariedade Judicial naquele espaço que ele chama a “zona de penumbra” de um ordenamento jurídico. (HART, 2012)

Além disso, Hart revidou em diversos pontos alvos da peculiar análise proferida por Dworkin ao “Conceito de Direito”. Contudo, a publicação do pós-escrito comprova que o filósofo aquiesceu perante a crítica de que sua teoria permitiria uma aplicação insegura do direito por oferecer uma abertura para que se legislasse *ex post facto*. Ainda assim, ele afirmou que diante dos casos difíceis essa injustiça seria atenuada, pois não haveria que se falar em frustração de expectativas diante de casos não regulamentados pelo direito.

## **5 ASPECTO PRÁTICO SOBRE O DEBATE DA DISCRICIONARIDADE: O CASO DA NOMEAÇÃO DE CRISTIANE BRASIL**

O Brasil não vive o seu melhor momento e estamos em uma ocasião agitada, sem saber o futuro da nossa nação. Os Políticos que ocupam altos cargos são hostilizados em qualquer lugar, pois o povo encontra-se revoltado e almeja mudanças.

Diante deste cenário crítico, houve a indicação da Deputada Federal Cristiane Brasil para o posto de Ministra do Trabalho. Parlamentares com base na instituição que a Constituição lhes conferiu, “avocaram” o poder judiciário para se opor à indicação e ter a chance de discuti-la publicamente. (GRILLO, 2018)

Uma ação popular que foi ajuizada no Rio de Janeiro conseguiu a suspensão da posse da indicada ao Ministério, o Presidente da República insistiu com a indicação da Ministra, mas advogados compreenderam que a indicação não era constitucionalmente aceitável, uma vez que a mesma teria uma vida pregressa insatisfatória para o investimento em tal cargo baseando-se no princípio constitucional da moralidade administrativa. (GRILLO, 2018)

A decisão gerou certa polêmica, mas também contribui para o debate público, onde foi questionado o seguinte: É possível uma Parlamentar condenada pelo judiciário por desrespeitar direitos trabalhistas se tornar Ministra do Trabalho?

O Supremo Tribunal Federal ao verificar potencial violação a Constituição em razão da enumeração, pelo Presidente da República, de uma indicação de nome para o cargo de Ministro de Estado, ou quando demandado a deliberar referente as consequências de um desvio de comportamento das autoridades, com isso o Supremo Tribunal Federal antecipou que esse tipo de escrutínio judicial é excepcional, mas não quer dizer que o Tribunal esteja impedido de atribuir a eficácia ao princípio constitucional da moralidade administrativa conforme art. 37, *caput*, Constituição Federal, diante de casos concretos. (BRASIL, 2018)

Entre os casos concretos podemos citar o Mandado de Segurança 25.579 Pleno, DJe na data de 24/8/2007, o ministro Joaquim Barbosa, relator do caso, assinalou:

Na qualidade de guarda da Constituição, o Supremo Tribunal Federal tem a elevada responsabilidade de decidir acerca da juridicidade da ação dos demais Poderes do Estado. No exercício desse mister, deve a Corte ter sempre em perspectiva a regra de auto-contenção que lhe impede de invadir a esfera reservada à decisão política dos dois outros Poderes, bem como o dever de não se demitir do importantíssimo encargo que a Constituição lhe atribui de garantir o acesso à jurisdição de todos aqueles cujos direitos individuais tenham sido lesados ou se achem ameaçados de lesão.

No caso acima, a Corte determinou que o membro do congresso que se licencia do mandato para investir-se no cargo de Ministro de Estado não perde os laços com o Parlamento segundo o art. 56, I, Constituição Federal, devendo seguir notando as vedações e incompatibilidades inerentes ao Estatuto Constitucional do Congressista, bem como as exigências ético-jurídicas que a Constituição Federal segundo art. 55, § 1º, e o que os regimentos internos das casas legislativas colocam como elementos caracterizadores do decoro parlamentar. (BRASIL, 2018)

O Poder Executivo é exercido pelo Presidente, "auxiliado pelos Ministros de Estado" segundo art. 76 da Constituição Federal. Compete-lhe privativamente: I - nomear e exonerar os Ministros de Estado; II - exercer, "com o auxílio dos Ministros de Estado", a direção superior da administração Federal conforme art. 84, I e II da Constituição Federal. (BRASIL, 2018)

Com relação ao caso da nomeação da Ministra, foi feito o registro quanto à necessária cautela no exame judicial excepcional das indicações do Presidente da República para a chefia de Ministérios, sendo importante no caso que o Supremo Tribunal Federal, pelo seu Colegiado, responda se a condenação de uma parlamentar, pela Justiça do

Trabalho, por violação aos direitos de um trabalhador, a inabilita, à luz da Constituição, a assumir o cargo de Ministra do Trabalho.

O argumento prova que o debate é necessário, pois o art. 21, XXIV da Constituição Federal, prevê competir à União organizar, manter e executar a inspeção do trabalho. Há menos de um ano, numa inspeção, o Ministério do Trabalho flagrou 118 crianças, com idades de 3 a 17 anos, em situações degradantes de trabalho em feiras públicas, no lixão, em ruas e em carvoarias. O exemplo ilustra o papel do Ministério do Trabalho. (BRASIL, 2018)

Por isso, a controvérsia judicial instalada não é mera batalha inconsequente de uma Política de baixa qualidade. O Ministério do Trabalho foi criado em 1930 e o "trabalho" é a base da Constituição Federal de 1988, sendo assim seria importante discutir, por meio da sua Suprema Corte, questões ligadas ao Princípio republicano, à confiança pública no Governo, à moralidade administrativa, ao controle dos atos do Executivo e às condições necessárias, numa democracia contemporânea, para se conseguir uma boa-governança numa pasta das mais relevantes. (BRASIL, 2018)

Deste modo, para Hart (2012) os sistemas jurídicos seriam constituídos de uma textura aberta, que ocasionaria a existência de situações concretas não reguladas pelo direito, o que acabaria por abrir possibilidades para que casos sem respostas legais passassem a ser regulamentados pelos aplicadores do direito como no caso polêmico da indicação da nomeação da Deputada Cristiane Brasil.

Entretanto, o filósofo aponta que as questões em que a textura efetivamente é aberta, os indivíduos podem somente fazer previsões sobre a conduta dos Tribunais e ajustar seu comportamento de acordo com isso, havendo uma margem de incerteza do direito, já que uma regra poderá cobrir grande parte dos eventos futuros, mas não todos. (HART, 2012)

Sendo para Hart, um caso perfeito para se usar os princípios e a busca de elementos fora do Ordenamento Jurídico para uma decisão justa e equitativa para o direito não extrapolando o poder discricionário dos julgadores. (HART, 2012)

Porém, segundo Dworkin (2002), teria que se cumprir unicamente a Lei, ou seja a Constituição Federal o qual no seu artigo 37, deixa claro que seria um ato discricionário do Presidente da República a nomeação de tais membros do ministério não podendo o Poder Judiciário interferir em tal ato pelas diretrizes da separação dos poderes da própria Constituição Federal, sendo tal ato de total extrapolação o poder discricionário do Julgador.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O conflito teórico travado entre Hart e Dworkin é apresentado como um marco hermenêutico da filosofia do direito do século XX, e neste campo discursivo adquire grande importância à análise do ordenamento jurídico sob o viés dos magistrados, proporcionando contornos ao debate sobre a discricionariedade judicial, ao trazer o problema da textura aberta do direito.

Hart (2012) ao propor a existência de um ordenamento jurídico concebido pela união de regras primárias e secundárias, capazes de sobreviverem no espaço e no tempo, mesmo diante de alterações de Governo, demonstra uma nova visão do direito, inerente às sociedades complexas.

O papel fundamental desempenhado pelas regras secundárias, de atribuição de poderes às regras primárias, adquire importância máxima com a aceitação de um sistema jurídico apontado por uma regra secundária de reconhecimento, capaz de executar um teste de validade no direito, ao atuar como um filtro jurídico-normativo. Contudo, Hart (2012) evidencia essa regra de reconhecimento não consegue desempenhar um controle sobre todas as situações concretas apresentadas, posto que o direito tem uma textura aberta decorrente do problema da linguagem. Assim sendo, nesse espaço desprovido de regulamentação, onde existe uma verdadeira zona de penumbra normativa, o aplicador do direito se vê obrigado a utilizar um poder discricionário para que a situação inédita não fique sem regulamentação.

Conforme foi verificado, Dworkin (2003) não aceita as proposições de Hart e, baseado numa teoria construtivista, sugere uma nova forma de se vislumbrar o ordenamento jurídico. Para o filósofo, a regra de reconhecimento, por ser considerada um verdadeiro teste de *pedigree*, não seria capaz de identificar princípios, uma vez que o ordenamento jurídico na visão de um positivista seria composto somente por um conjunto de regras jurídicas, empregadas segundo o critério da subsunção ou seja aplicação do fato a Norma.

As críticas relacionadas ao poder discricionário, contrariando às afirmações de Hart (2012) de que a discricionariedade judicial se apresentaria como fator inerente à textura aberta do direito, induziram Dworkin a buscar meios de se demonstrar que os princípios seriam a solução apropriada à resolução desse problema. No entanto, ao assinalar a existência de princípios como uma maneira de combate ao poder discricionário dos magistrados, Dworkin (2003) não deixou comprovado quais os mecanismos empregados na escolha desses princípios em caso de conflito.

Segundo Hart (2012), a discricionariedade que aparece para o juiz ocorre apenas diante de situações não regulamentadas pela norma de reconhecimento, estando vedado ao juiz agir de maneira arbitrária, devendo acatar os limites impostos por padrões sociais aceitos como válidos.

Por esta razão, fica óbvio não haver na teoria desse positivista qualquer intenção à valorização de uma discricionariedade em sentido forte, pois, do contrário, não teríamos Segurança Jurídica. O fato de o Magistrado legislar *ex post facto* não atribuiu poderes desmedidos na criação do direito.

Por fim, Dworkin (2002) considera como maior erro de Hart possibilitar que decisões pudessem ser baseadas por elementos extrínsecos ao direito. De acordo com o filósofo, uma decisão deve estar conforme o direito sempre baseada na lei, sob pena de se averiguar o exercício de um poder discricionário.

Assim sendo, diante de casos difíceis como o apresentado no presente trabalho, os juízes deveriam buscar respostas nos princípios contidos dentro do próprio ordenamento jurídico, procurando-se a melhor justificativa moral de acordo com o direito preexistente.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACQUAVIVA, Marcus C. **Dicionário Acadêmico de Direito**. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2001.

AGUIAR, Roberto A. R. de. **O que é Justiça**. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Alfa - Ômega, 1987.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 11<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

\_\_\_\_\_. **Dicionário de Política**. Tradutora: Carmen C. Varriale. v. I, 12<sup>a</sup> ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em: 30 jun. 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. MS: 25579 DF, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 19/10/2005, **Tribunal Pleno**, Data de Publicação: DJe-087 DIVULG 23-08-2007 PUBLIC 24-08-2007 DJ 24-08-2007 PP-00055 EMENT VOL-02286-03 PP-00399 RTJ VOL-00203-03 PP-01014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000089584&base=baseAcordaos>> Acesso em: 30 jun. 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. RE: 193503, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO,

Relator(a) p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, **Tribunal Pleno**, julgado em 12/06/2006, DJe-087 DIVULG 23-08-2007 PUBLIC 24-08-2007 DJ 24-08-2007 PP-00056 EMENT VOL-02286-05 PP-00771. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000005659&base=baseAcordaos>> Acesso em: 30 jun. 2018.

COSTA, Alexandre A. **O Conceito de Direito**. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/livros/introducao-ao-direito/o-conceito-de-direito>> Acesso em: 26 jun. 2018.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GRILLO, Brenno. **Posse de nova ministra do Trabalho é suspensa pela Justiça Federal**. CONJUR, 08 de janeiro de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jan-08/posse-ministra-trabalho-suspensa-justica-federal>> Acesso em: 30 jun. 2018.

HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. Pós-escrito editado por Penélope A. Bulloch e Joseph Raz. Trad. de A. Ribeiro Mendes. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

KOZICKI, Katya. PUGLIESE, William. **O Conceito de Direito em Hart**. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/137/edicao-1/o-conceito-de-direito-em-hart>> Acesso em: 26 jun. 2018.

KOSHIBA, Luiz. **História do Brasil**. 7ª ed. São Paulo: Atual, 1996.

PACHECO, Antônio Marcelo. **Formação Humanística**. 2ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional**. 1ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2ª ed. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.

SILVA, Jose Alfonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo: Nos termos da Reforma Constitucional**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.