

FABIANE DA MATA ABRENHOSA

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ENTRE DIREITO E MORAL

CURSO DE DIREITO – UniEVANGÉLICA

2018

FABIANE DA MATA ABRENHOSA

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ENTRE DIREITO E MORAL

Monografia apresentada ao Núcleo de Trabalho de Curso da UniEvangélica, como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Francisco Valle Brum.

ANÁPOLIS – 2018
FABIANE DA MATA ABRENHOSA

FABIANE DA MATA ABRENHOSA

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ENTRE DIREITO E MORAL

Anápolis, ____ de _____ de 2018.

Banca Examinadora

RESUMO

A presente monografia tem por objetivo analisar a moral decisória sob o aspecto da discricionariedade em acórdãos do Supremo Tribunal Federal. A metodologia utilizada é a de compilação bibliográfica de teses filosóficas e estudo de posicionamento jurisprudencial da Suprema Corte. Está dividida didaticamente em três capítulos. Inicialmente, apresenta-se o positivismo jurídico, numa visão geral, de modo a compreender seu desenvolvimento histórico e formação dos debates jurídico-filosóficos. O segundo capítulo ocupa-se em analisar a discussão filosófica entre Hebert L. A. Hart e Ronald Dworkin, abordando os princípios e regras para a formação da discricionariedade dos magistrados. Por fim, o terceiro capítulo demonstra a aplicabilidade da discricionariedade judicial na análise dos mandados de segurança coletivos n. 34.070 e n. 34.609, por meio de um teste empírico que aponta os argumentos discricionários utilizados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Positivismo Jurídico; Discricionariedade; Supremo Tribunal Federal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
CAPÍTULO I – O QUE É POSITIVISMO?.	03
1.1 Origem e classificações ..	03
1.2 O positivismo no Brasil	06
1.3 O positivismo jurídico inclusivo	08
1.4 O positivismo jurídico exclusivo	11
CAPÍTULO II – O EMBRIÃO DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL – O DEBATE DWORKIN x HART	13
2.1 Introdução ao debate entre Dworkin e Hart	13
2.2 A influência de Hebert L. A. Hart para a filosofia do Direito	14
2.2.1 As regras para Hebert Hart	16
2.2.2 A discricionariedade para Hart	17
2.3 As objeções de Ronald Dworkin – Princípios como limitadores da discricionariedade	19
2.4 O pós-escrito de Hart	21
CAPÍTULO III – A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL NA PRÁTICA. ANALISANDO A POSTURA DO STF ..	23
3.1 O papel do STF na democracia	23
3.2 A discricionariedade seria um problema?	25
3.3 Análise da decisão – Livre interpretação da lei	25
3.4 Critérios diversos para a mesma situação	28
3.4.1 O uso do mandado de segurança coletivo por partidos políticos	29
3.4.2 O desvio de finalidade	30
3.4.3 O uso do foro privilegiado	32
CONCLUSÃO.	35
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS ..	37

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico possui como intuito analisar a moral decisória sob o aspecto da discricionariedade nos acórdãos e votos de maiores repercussões do Supremo Tribunal Federal.

Enfatizam-se pesquisas realizadas, por meio de compilação bibliográfica, bem como jurisprudências e normas do sistema jurídico brasileiro. Assim sendo, pondera-se que, este trabalho foi sistematizado de forma didática, em três partes.

O primeiro capítulo trata da compreensão do conceito do positivismo, considerando-o como um marco teórico nos estudos do Direito. A vertente escolhida contempla a separação entre Direito e Moral e a evolução doutrinária desenvolvida a partir dessa dualidade, de modo a compreender o contexto histórico e a formação dos debates jurídico-filosóficos.

O segundo capítulo busca capturar a essência da discussão filosófica entre Hebert L. A. Hart e Ronald Dworkin. Inicialmente são apresentados os assuntos básicos responsáveis pela construção da questão central que organiza o debate Hart-Dworkin. São abordados os princípios e as regras para, posteriormente, ser analisada a discricionariedade dos magistrados nos casos difíceis.

Por conseguinte, o terceiro capítulo demonstra a aplicabilidade da discricionariedade judicial sob o aspecto apresentado pelo positivismo jurídico. O órgão julgador escolhido para a análise, é o Supremo Tribunal Federal, devido à sua importância constitucional.

Assim sendo, foram selecionados os Mandados de Segurança Coletivos n. 34.070 e n. 34.609 para passar pelo teste empírico que aponta os argumentos discricionários utilizados pelos ministros da Suprema Corte.

A monografia desenvolvida pretende colaborar para melhorar a compreensão da questão levantada. Ao indicar observações necessárias de fontes secundárias, como teses filosóficas e jurisprudências relevantes, o intuito é demonstrar o confronto judicial do tema com os casos concretos.

CAPÍTULO I – O QUE É POSITIVISMO?

A compreensão do conceito de positivismo se faz necessária por se tratar do marco teórico que orienta o estudo do Direito. No centro de suas diversas abordagens identifica-se a separação entre Direito e Moral, mais especificamente a diferenciação entre juízo de fato e juízo de valor (MEDEIROS, 2009), sobretudo no momento de motivação de criação da norma por parte do legislador e posteriormente na aplicação normativa perante a sociedade.

1.1- Origem e classificações

O histórico evolutivo do positivismo enfrenta uma amplitude de rótulos que classificam as diversas teorias estudadas por seus autores. A primeira classificação necessária é em relação à sua origem conceitual.

Norberto Bobbio (1995) aponta que o pensamento ocidental que predomina o estudo a respeito do Positivismo Jurídico, é guiado pela distinção teórica de Direito Positivo e Direito Natural. Essa dicotomia recebe forma nos modelos doutrinários do Jusnaturalismo, aquele que busca o ideal de justiça pelo conjunto de valores humanos que seguem a vontade divina ou a razão; e pelo Positivismo, que em si, obedece a ordem imposta por meio de lei escrita criada por uma supremacia.

O Direito Natural estabelece suas diretrizes comportamentais de acordo com a evolução do homem na sociedade, sendo as obrigações jurídicas baseadas nos princípios, valores e regras da própria natureza, intitulados como leis naturais. Sob a influência do Direito Natural, a Justiça buscada pelos inconformados foi, por

muitos anos, concebida com a origem divina, ou seja, o Direito era uma instituição social guiada pela vontade divina que influenciava a consciência e a razão do homem. (RODRIGUES, 2007)

Superada a questão teológica com as alterações científicas, econômicas e políticas, a razão humana, sem influências divinas, passa a ser a fonte principal do Direito. Acredita-se que a razão seria a forma adequada para descobrir as regras naturais. Assim, apesar da complexidade adquirida pelo Direito Natural, sua aplicação necessitava de complemento.

Para garantir a Justiça necessária para o convívio social, o Direito Natural precisa da complementação do Direito Positivo, uma vez que este daria a fundamentação imperiosa com um conjunto de normas positivadas necessárias para integrar os valores ditos fundamentais pelos jusnaturalistas. (RODRIGUES, 2007)

O Positivismo Jurídico é derivado do Direito Positivo. Cabe ressaltar que a denominação “jurídico” é apenas uma das classificações do positivismo, tendo em vista os traços distintos que a teoria assume em diversas matérias, como exemplo sua atuação na área da sociologia, assumindo o caráter de Positivismo Sociológico e sua construção na filosofia como Positivismo Lógico.

Nos ensinamentos de Norberto Bobbio (1995, p. 13):

O positivismo jurídico é uma concepção do direito que nasce quando ‘direito positivo’ e ‘direito natural’ não mais são considerados direito no mesmo sentido, mas o direito positivo passa a ser considerado como direito em sentido próprio. Por obra do positivismo jurídico ocorre a redução de todo o direito a direito positivo, e o direito natural é excluído da categoria do direito: o direito positivo é direito e o direito natural não é direito.

Segundo João Ribeiro (2003), com o início do Positivismo, passaram a ser reavaliados as instituições do Estado, tais quais, o sufrágio, os partidos políticos, os poderes do Estado, as garantias pessoais e, até mesmo, o conceito de democracia. A reavaliação desses conceitos sob a visão do Positivismo, buscava a obtenção de um novo conteúdo.

O pensamento daquela época (século XIX) considerava o Positivismo

como método e doutrina (RIBEIRO, 2003). Como método, os fatos adquiridos como experiência serviam de fundamento para a construção teórica; por outro lado, como doutrina, apresentava-se como revelação da própria ciência que mostrava a dinâmica dos fatos.

Em um segundo momento, se faz necessária a análise do contexto histórico em que se inclui o Positivismo Jurídico.

Com a Revolução Francesa e a ascensão da burguesia o sentimento motivador daquele momento era voltado para perpetuação do poder conquistado, uma vez adquirido necessitava de instrumentos jurídicos para sua validação, assim, surge a força da legislação. O Positivismo Jurídico toma proporções nessa busca por segurança normativa. (RODRIGUES, 2007)

A concepção criada após a Revolução era de que todo poder teria competência jurídica, dessa forma, considera-se esse período voltado para o legalismo, surgindo assim, o Positivismo Legalista, desenvolvido pela Escola da Exegese, ainda no cenário Francês. (RODRIGUES, 2007)

Na concepção da Exegese, a interpretação jurídica para ser eficaz deve ser baseada somente na lei codificada. Nesse sentido (Bobbio, 1995, p. 77):

É neste modo de entender o art. 4º que se fundou a escola dos intérpretes do Código Civil, conhecida como “escola da exegese” (école de l'exégèse); esta foi acusada de fetichismo da lei, porque considerava o Código de Napoleão como se tivesse sepultado todo o direito precedente e contivesse em si as normas para todos os possíveis casos futuros, e pretendia fundar a resolução de quaisquer questões na intenção do legislador.

Para análise da Escola da Exegese deve-se considerar o contexto histórico e político, que uma vez ignorados perde-se o sentido maior de aplicabilidade. Entre suas principais características destaca-se a importância dada à letra da lei, de forma a restar para o operador do Direito apenas a interpretação da legislação. No processo de interpretação é predominante a intenção do legislador, ou seja, quando a lei não se apresenta de forma que abrange diretamente o caso

proposto, seria considerada a vontade do legislador na aplicação da norma. (BITENCOURT; SILVA, 2015)

Por outro lado, tem-se o Positivismo Jurídico Analítico, com origem na Inglaterra, tendo como um de seus principais fundadores John Austin.

Segundo Bobbio (1995), no centro de suas pesquisas, Austin estabelece distinções entre direito positivo e moralidade positiva. O direito positivo seria constituído pelos “comandos emanados pelo soberano, numa sociedade política independente”, sendo o termo soberano destinado ao indivíduo ou a uma coletividade que é obedecido e não obedece a ninguém; e a expressão sociedade política independente refere-se a entidade social denominada Estado. Em síntese, os membros do Estado estariam subordinados à um soberano. Quanto à moralidade positiva, possui caráter distinto uma vez que não é instituída por um sujeito com qualidade de soberano. Assim, com a existência dos dois fatores é possível identificar dois tipos de normas, as leis propriamente ditas e as normas de costume social, sendo esta derivada da moralidade positiva e aquela do direito positivo.

Com esse entendimento, a Escola Analítica torna-se uma das principais influências no pensamento jurídico, se preocupando com a coerência do funcionamento dos sistemas jurídicos em relação à interpretação decisória do legislador ou aplicador do direito.

1.2 – O positivismo no Brasil

Mateus Matos Tormin (2015), aponta em seu artigo Positivismo Jurídico no Brasil: pequena história de uma má interpretação, as diversas problemáticas do Positivismo no cenário brasileiro. O primeiro ponto a ser ressaltado cabe à insuficiência de fonte para os estudos do tema, em que pese a quantidade de material de caráter filosófico, escasso são os trabalhos com a temática específica do Positivismo.

Os estudos sobre a teoria do direito no Brasil são escassos sobretudo entre os anos de 1946 a 1990, Bobbio e Kelsen foram os positivistas que mais

influenciaram as pesquisas daquele período. O *artigo Remarks on the philosophy of law in Brasil in the 20th century*, de Ronaldo Porto Macedo Jr. e Carla Piccolo, é o texto que trata com mais especificidade o assunto no século XX (TORMIN, 2015). Seu conteúdo demonstra a disparidade entre os filósofos de direito e os filósofos profissionais, em síntese, dedica-se a comparar a relação conflitiva nas abordagens de um filósofo de cunho geral com o filósofo jurídico.

Iniciando a questão das origens, o movimento positivista chegou na América após tomar proporção na Europa, entretanto, apesar das influências, no Brasil a motivação para sua incorporação se deu de forma direcionada. No Brasil, o foco do Positivismo foi enfático na área política. Enquanto a Europa utilizava da ideologia para justificar atitudes da burguesia, o Brasil preocupa-se com a consciência da realidade nacional na classe média urbana (RIBEIRO, 2003).

O jusnaturalismo foi a primeira influência recebida pelo Brasil na concepção de lei, direito e justiça. Assim como no restante do mundo, o direito natural no Brasil foi superado pelo Positivismo, porém, para chegar a esse ponto, a superação não foi apenas do jusnaturalismo como também de diversas outras ideologias. Por exemplo, o liberalismo, que teve seus fundamentos revisados pelos liberais românticos. Já o romantismo, nos dizeres de João Ribeiro Júnior (2003, p. 29):

O romantismo - com suas cogitações morais, sua religiosidade, sua interpretação do ser individual, sua visão nacionalista -, coincidindo com o momento decisivo da definição da nossa nacionalidade, traduzia as alterações de uma sociedade em que novos fatores surgiam e velhos fatores mudavam de sentido e força.

Entretanto, as aspirações do romantismo não satisfizeram por muito tempo a evolução político-social brasileira. A partir da década de 1850 (RIBEIRO, 2003), houve uma transformação no quadro econômico do país, surgindo crises externas e internas, houve a influência da disputa política entre Partido Liberal e Conservador aumentando o pensamento intelectual na população. Com essas transformações, a sociedade passou a buscar um progresso científico junto à filosofia positivista, surgindo assim as primeiras pretensões ao Positivismo.

1.3 – O positivismo jurídico inclusivo

Em meio às diversas vertentes do Positivismo Jurídico destaca-se a teoria desenvolvida por Herbert Lionel Adolphus Hart na década de 70, o Positivismo Inclusivo. Para maior investigação dessa abordagem é necessário reconhecer que surgiu como um ponto neutro entre as discussões daquela época.

As afirmações realizadas em sua obra “*O Conceito do Direito – 1961*” receberam variadas críticas. Sobretudo dos moralistas daquele período, Hart, por outro lado, deu resposta a várias análises de sua obra, demonstrando os erros de interpretação e modificando aquilo que achava necessário.

O debate mais relevante neste movimento refere-se às respostas de Hart às críticas de Ronald Dworkin. Sheila Stolz (2008) enumerou algumas conquistas deste debate, primeiramente, foram capazes de expor algumas dificuldades do Positivismo Jurídico; o debate revelou a capacidade intelectual de Herbert L. A. Hart para contra argumentar a maioria das críticas destinadas aos seus estudos; por fim, conseguiram ultrapassar as fronteiras do pensamento anglo-saxão que influenciava o Direito, proporcionando novos meios para compreender a modernização na interpretação do Direito (STOLZ, 2008)

Rodrigo de Souza Tavares, em seu artigo, *O Positivismo Inclusivo (2008)*, apontou três posicionamentos identificáveis neste debate jurídico-filosófico. Primeiro, Dworkin acredita que o direito não se refere exclusivamente a fatos sociais, pois os Juízes aplicam sua moral muitas vezes desconsiderando os fatos que levaram os legisladores a produzir a norma. Segundo, com esse pensamento conclui-se que o direito está ligado à moral. Do lado oposto, o Positivismo Exclusivo de Joseph Raz, neste contexto afirma que as normas criadas pelo legislador sempre serão determinadas pelos fatos sociais, excluindo-se o contexto moral, concluindo, assim, a separação do direito e a moral. (TAVARES, 2008)

Terceiro, a corrente do positivismo inclusivista defende o ponto neutro entre os dois extremos, acredita-se que certas situações o direito pode se motivar

em considerações morais, dependendo da regra de reconhecimento do sistema jurídico em uso. Assim, é possível identificar sistemas jurídicos que o direito e a moral estarão separados, “os positivistas inclusivos afirmam que: é possível que em algum sistema jurídico a legalidade de uma norma não dependa de sua adequação moral.” (TAVARES, 2008).

Todo o apontamento é expressamente representado pelas teorias que norteiam o Positivismo Inclusivo. A primeira e mais relevante é a Teoria dos Fatos Sociais, sendo o centro dos estudos positivistas por se tratar de tese aderida por todos os juspositivistas, embora de maneira distinta em cada âmbito. Em síntese, a teoria afirma que o direito é um produto das práticas humanas (TAVARES, 2008), neste sentido, Raz acredita que a tese justifica a denominação “positivismo”, uma vez que o direito é positivado pela vontade humana.

Há uma contraposição com o pensamento central do jusnaturalismo, enquanto este afirma que o direito é derivado de vontade divina, a Teoria dos Fatos Sociais serve de embasamento para os juspositivistas afirmando que o direito posto de determinada sociedade existe em razão das ações de membros. Em síntese, a existência do direito depende das práticas realizadas pelos membros da sociedade em questão (TAVARES, 2008).

A segunda tese a ser tratada no Positivismo Inclusivo refere-se à Teoria do Convencionalismo, o pensamento serve de complemento para a Teoria dos Fatos Sociais no sentido em estabelece critérios para positivação do direito. De acordo com o Convencionalismo, o direito só é válido quando são implantados parâmetros especiais na convenção social da qual emana a norma.

O posicionamento do convencionalismo encontra respaldo na concepção de Hart sobre regra de reconhecimento. Assim, em análise ao conceito hartiano afirma Rodrigo de Souza Tavares (2008 – p. 5):

Conforme defende o autor [14], a validade dessa regra depende de uma convenção social, explicada por ele como a adoção de um ponto de vista interno frente a essa regra. Segundo afirma, a convenção social consistente em considerar a regra de reconhecimento como um padrão comum de identificação das regras

válidas de um sistema jurídico é uma condição de existência do próprio ordenamento jurídico.

Pautando-se na afinidade complementar das duas teses, em primeiro a Teoria dos Fatos Sociais, conclui-se que todas as regras que observam as fontes sociais se tornam válidas por ter como base a regra de reconhecimento. Sobre esse pensamento, o Convencionalismo acrescenta o critério que embora as regras sociais assumam validade pela regra de reconhecimento, esta necessita de uma aceitação por autoridades, que é estabelecida por uma convenção social. (TAVARES, 2008)

Assim, a especificidade dentro do estudo do convencionalismo, em relação aos demais, se encontra no momento em que se identifica a necessidade de uma autoridade para validar as normas estabelecidas por alguma convenção social dentro de um sistema jurídico.

Em síntese, para a Teoria do Convencionalismo, a regra de reconhecimento consiste numa convenção social que reúne os critérios de identificação do direito válido e que pode ser usada pelas autoridades para descobrir e aplicar as demais normas desse sistema jurídico. (TAVARES, 2008)

A Teoria da separabilidade, é a terceira tese inclusivista analisada. A princípio trata-se de tese negativa, uma vez que define que não há necessidade de ligação entre a moral e o direito, sendo qualquer fato que ocorra nesse sentido mera coincidência. A fundamentação para essa afirmação é motivada pela conclusão de que as normas que dependem apenas das práticas sociais não necessitam de correspondência com o ordenamento moral. (TAVARES, 2008)

Conforme aponta Rodrigo de Souza Tavares (2008), é necessária uma interpretação para compreender a motivação da tese da separabilidade estar incluída no pensamento inclusivista, assim:

as duas esferas normativas podem ser conceitualmente separadas através de teorias que explicam a autonomia do sistema jurídico. Porém, positivistas exclusivos defendem que o direito é sempre conceitualmente separado da moral, enquanto isso, positivistas

inclusivos afirmam apenas a possibilidade de uma separação conceitual entre o direito e a moral.

Com a Teoria da Separabilidade os inclusivistas admitem uma possibilidade lógica da separação da moral e o direito, preferindo-se utilizar o termo “separabilidade”. Em síntese, a tese representa a identificação que direito positivado dentro de um sistema jurídico não depende exclusivamente de critérios morais, mas existe a possibilidade de acontecer. (TAVARES, 2008)

1.4 – O positivismo jurídico exclusivo

Jorge Aquino (2013) conceitua o exclusivismo como a corrente radical do positivismo que sustenta a ausência de necessidade da moral no direito, ou seja, que aquele não interfere na definição deste. Sustenta que não há relação, seja no momento de validação da norma ou naquele que exige interpretação do legislador.

Assim como Hebert L. A. Hart foi o precursor do Positivismo Inclusivo, a abordagem exclusivista do Positivismo Jurídico tem como um dos principais expositores da tese, Joseph Raz.

A primeira distinção identificada entre os dois autores é forma como encaram a concepção das regras sociais. Enquanto Hart torna as regras como práticas, Raz interpreta como razões que implicam em uma atitude prática. Para melhor compreensão do seu pensamento, é traçado duas ordens de razão, a primeira ordem seriam motivos para agir, enquanto razões de segunda ordem são motivos para atuar por outra razão. (MEDEIROS, 2009)

Joseph Raz, em sua obra *The Morality of Freedom* (1986), expõe suas ideias políticas e acentuadas a respeito de sua teoria sobre autoridade e obrigação, sendo que a concepção de autoridade é o marco de sua abordagem sobre o positivismo. A construção desse conceito torna-se uma conexão entre a teoria política e a teoria do direito, sua motivação foi a busca “por uma tentativa de justificar moralmente a condição de submissão a uma autoridade por meio de uma análise fundada em um esquema formal de razões práticas”. (GLEZER, 2014)

A autoridade passa a ser interpretada como a única fonte possível para a definição do direito, isso porque se considera que a sociedade obedece às normas porque confia na autoridade exercida por elas, ou até mesmo pela intimidação que a norma causa. A obediência pode ser identificada mesmo quando o membro da coletividade não concorda com o juízo de valor constante na norma positivada. (AQUINO, 2013)

Nesse sentido, Raz estabeleceu duas condições para explicar a aplicação prática da autoridade, sendo elas a confiança na norma emitida pela autoridade e a condição de ser obedecida independente do juízo de valor do daquele que irá executá-la. Essa última situação demonstra a força da autoridade, uma vez que consegue ser mais imperiosa do que as razões do próprio indivíduo que acaba cedendo à norma contra sua vontade. (DIMITRI, 2014)

Para a teoria raziana, a autoridade concede validade ao direito. Assim, a moral não é necessária como critério de avaliação da norma positivada, pois não apresenta relevância no momento de constatação da validade do direito. Isso porque a validade advém da existência de fatos sociais com potência de autoridade e a interpretação, apesar de pouco discutida no cenário exclusivista, compete aos órgãos estatais, sem os limites impostos por exposições morais. (DIMITRI, 2014)

O positivismo jurídico de Raz, aliado com a teoria do direito de Dworkin, foram o marco distintivo de enfrentamento ao positivismo jurídico inclusivo. Embora a discussão sobre a existência de uma resposta única no direito ainda gere diversas teorias, é certo que o exclusivismo consolidava uma posição de negar as considerações inclusivas de conciliação das teses positivistas com a identificação do direito a partir de parâmetros morais (MEDEIROS, 2009).

CAPÍTULO II – O EMBRIÃO DA DISCRICIONARIDADE JUDICIAL – O DEBATE DWORKIN X HART

Capturar a essência de um debate filosófico pode se tornar complicado por inúmeras razões. Assim, o presente capítulo não pretende tomar lados na controvérsia em que as teses de Hart são criticadas por Dworkin. O interesse primário será demonstrar os assuntos básicos de maior importância no debate, sendo a principal preocupação apresentar a questão central em que o debate Hart-Dworkin é organizada, identificando se o debate trata de princípios, bem como de regras, ou até mesmo se o magistrado possui discricionariedade nos casos difíceis (SHAPIRO, 2007).

2.1 – Introdução ao debate entre Dworkin e Hart

O debate entre Hebert L. A. Hart e Ronald Dworkin ressalta como é importante e, por vezes, problemática a reflexão sobre os fundamentos do Direito. Em razão deste debate, é possível uma maior compreensão das discussões encontradas no âmbito do Direito, visto que, mesmo com as diversas teses idealizadas, ainda há divergências a respeito do que é o Direito (HUPPES, 2012).

O tema central da discussão na filosofia do direito é a relação do Direito e da Moral. Isso não se faz diferente na abordagem do positivismo jurídico dentro do debate de Hart e Dworkin. Assim, é necessário situar em que medida a moral faz parte do direito, tanto nos estudos de Hart quanto nas teses de Dworkin.

Inicialmente, é necessário demonstrar os pontos de fundamental importância nos discursos de cada filósofo jurídico. Em síntese, as teses de Hart indicam a compreensão do que é o positivismo jurídico, enquanto Dworkin apresenta sua interpretação construtiva sobre o que deve ser o direito (FONSECA, 2011).

Na concepção de Daniel Huppés (2012, p. 7), a tentativa de Ronald Dworkin é estipular um modelo normativo do Direito em que “apresenta os pressupostos teóricos do Direito buscando estipular o que o Direito deve ser, em vez de se deter na apresentação de como o Direito é”.

Em relação ao pensamento basilar de Hart, Thiago Ferrare Pinto (2014, p. 2) faz o seguinte apontamento:

Superando grande parte das objeções dirigidas às ideias de John Austin, a proposta de Hart focou-se na investigação das condições de existência do fenômeno jurídico, ao mesmo tempo em que proveu uma análise minuciosa das características principais da atividade jurisdicional que se realiza no âmbito de um sistema jurídico desenvolvido.

Publicada no ano de 1961, a obra *O conceito de direito*, de Hart, reformulou as bases do positivismo jurídico, tornou-se leitura obrigatória para os simpatizantes do tema, devido à “profunda e bem estruturada mudança que propunha”. Nesse contexto, no ano de 1963, Ronald Dworkin publicou o *Judicial Discretion*, o ensaio que apresentava as críticas à abordagem de Hart em relação ao procedimento realizado pelos juízes diante de casos difíceis (PINTO, 2014).

Tais discussões teóricas deram origem a um dos assuntos mais importantes da filosofia do direito no século XX: o debate Hart-Dworkin (PINTO, 2014).

2.2 – A influência de Hebert L. A. Hart para a filosofia do Direito

Em uma pequena cidade da Inglaterra chamada Harrogate, no dia 18 de julho de 1907, nasceu Hebert Lionel Adolphus Hart. Referido posteriormente

como H. L. A. Hart, foi professor de Teoria do Direito na Universidade de Oxford, no período de 1952 a 1968. Com toda sua experiência teórica, criou sua obra *O Conceito do Direito*, que se tornou referência no entendimento jurídico do século XX (KOZICKI e PUGLIESE, 2017).

Hart foi um dos principais estudiosos que motivaram a aproximação da filosofia com o Direito, sendo o principal nome responsável pelo Positivismo Jurídico. Seus estudos influenciaram a Teoria do Direito. Isso porque, depois da publicação de sua obra, grande parte dos juristas daquela geração foram influenciados, de forma em que havia aqueles que acolhiam e os que rejeitavam suas ideias, porém sempre as consideravam (KOZICKI e PUGLIESE, 2017).

No primeiro capítulo de *O Conceito do Direito* (1994), Hart levanta a questão da dificuldade e insistência em obter respostas para a pergunta “O que é o Direito?”. Constata que a existência de numerosos conceitos do que poderia ser considerado direito é acometida por equívocos a respeito da formulação de sua natureza essencial (MAGALHÃES, 2009).

Assim, Hebert Hart (1994, p. 5) aponta:

Poucas questões respeitantes à sociedade humana têm sido postas com tanta persistência e têm obtido respostas, por parte dos pensadores sérios, de formas tão numerosas, variadas, estranhas e até paradoxais como a questão ‘O que é o Direito?’. Mesmo se limitarmos a nossa atenção à teoria jurídica dos últimos 150 anos e deixarmos de lado a especulação clássica e medieval acerca da ‘natureza’ do direito, encontraremos uma situação sem paralelo em qualquer outra matéria estudada de forma sistemática como disciplina acadêmica autônoma.

Mesmo confirmando a impossibilidade de se definir uma teoria que demonstre todas as particularidades, Hart se empenha em dominar a integridade do fenômeno jurídico com a intenção de preencher algumas lacunas em certas teorias jurídicas. Em outras palavras, busca “fundamentar a existência e o alcance de todas as espécies de regras existentes e as consequências de sua aplicação” (MAGALHÃES, 2009, p. 72).

Erika Dmitruk (2004, p. 75) demonstra que Hart isolou três questões recorrentes para responder o questionamento sobre o que é Direito, sendo “como

difere o Direito de ordens baseadas em ameaças e como se relaciona com estas? Como difere a obrigação jurídica da obrigação moral e como está relacionada com esta? O que são regras e em que medida é o Direito uma questão de regras?”.

2.2.1 – As regras para Hebert Hart

O ponto inicial a ser explorado acerca dos questionamentos de Hart é a relação das regras com a obrigação de cumpri-las.

A indagação existe devido à observação de Hart quanto à noção de sistema jurídico. Entende que este seria a união de regras primárias e secundárias vinculadas à noção de obrigação jurídica e os aspectos internos e externos ao direito (MEDEIROS, 2009).

Em contribuição à construção de uma teoria do Direito, como visto, Hart relaciona regras primárias e secundárias, partindo da constatação de que, onde há Direito, a conduta humana se condiciona de forma não-facultativa ou obrigatória. Porém, mesmo que haja condutas obrigatórias, não são todas que ocasionam uma sanção em razão do seu descumprimento. Nesse sentido, há a aplicação das regras que estipulam a sanção no caso de descumprimento de condutas humanas obrigatórias (DMITRUK, 2004).

As regras são concebidas quando são procuradas pela comunidade de forma incessante e quando, em sua consequência, existe pressão social em situações em que outros indivíduos se desviam ou pretendem desviar-se (DMITRUK, 2004). Assim, as regras são configuradas conforme se elege uma padronização para uma conduta, isto é, sempre que um indivíduo está sujeito a uma obrigação, é porque atrás daquela conduta existe uma regra (MAGALHÃES, 2009).

A teoria do direito analisa somente o aspecto exterior das regras, o qual passa a ideia de que as ações dos indivíduos são baseadas no receio de represálias caso desviem-se das condutas obrigatórias. Entretanto, desconsidera-se que alguns indivíduos podem não se sentir obrigados a cumprir uma ação, mesmo

que tenham que cumpri-la em razão do regramento social. Por outro lado, o aspecto interno das regras diz respeito ao modo pelo qual o grupo social encara seu posicionamento perante as condutas regradadas que praticam (MAGALHÃES, 2009).

Em que pese a existência das regras primárias e secundárias, Hart compreende que a “regra de conhecimento” é a que mais indica critérios para identificar o direito, se revelando, assim, a mais complexa dentro da multiplicidade de fontes do Direito no sistema jurídico. A regra de reconhecimento não necessita ser expressa, porém, sua essência apresenta-se conforme as regras concretas são identificadas. Hart coloca a regra de reconhecimento acima da Constituição do país, o que se justifica pelo fato de que ela agrupa os critérios necessários para validar todas as outras regras, não necessitando de qualquer outra para conferir validade (DMITRUK, 2004).

A respeito, Hart (1994, p. 121) elucida:

A regra de reconhecimento apenas existe como uma prática complexa, mas normalmente concordante, dos tribunais, dos funcionários e dos particulares, ao identificarem o Direito, por referência a certos critérios. Sua existência é uma questão de fato.

A conclusão a partir da regra de reconhecimento é de que o cidadão comum, ao obedecer ao Direito, leve em consideração as consequências do não cumprimento das regras, assim como as sanções advindas (DMITRUK, 2004).

2.2.2 – A discricionariedade para Hart

Conforme a tese de Hart, “um sistema jurídico possui duas necessidades sociais, que ele identifica com a necessidade de se ter determinadas regras e a necessidade de se deixar determinadas questões em aberto” (HUPPES, 2012, p. 5).

A primeira carência diz respeito à delimitação de alguns padrões gerais. Exemplo disso são os casos simples que são facilmente identificados em um conjunto de precedentes. A segunda necessidade consiste em deixar certas

questões em aberto em razão da limitação humana, uma vez que é impossível a elaboração de previsões detalhadas para todas as lides existentes (HUPPES, 2012).

Assim, determinadas questões ficariam em aberto porque “elas somente podem ser adequadamente apreciadas e resolvidas quando surgem num caso concreto” (HART, 1994, p. 143). Assim, identifica-se a textura aberta na presença de um caso com indeterminabilidade dos padrões que normalmente são exigidos em determinado grupo específico (HUPPES, 2012).

Por vezes, a teoria do Direito encontra-se imersa em incertezas derivadas do uso da linguagem. Hart define que os limites de aplicação do âmbito da regra são de linguagem. Ainda que as normas gerais sejam claras, podem causar imprecisão no momento da aplicação nos casos concretos. Assim, haverá casos em que a textura aberta da linguagem causará interpretações contraditórias. Nesse contexto, surge a questão do julgamento discricionário por parte do juiz (DMITRUK, 2004).

Para Breno Magalhães (2009), Hart conclui que não existe um acordo a respeito das diversas possibilidades de significados que um termo linguístico pode ter. Assim, o intérprete deve fazer uma escolha entre qual significado deseja aplicar, o que resulta no poder discricionário.

Assim, a discricionariedade seria um poder que os juízes detêm para solucionar a insuficiência da linguagem geral, decidindo as circunstâncias específicas que são postas diante deles por meio dos casos difíceis (HUPPES, 2012).

Uma vez que o legislativo se torna incapaz de normatizar regras que se aplicam a casos específicos de forma antecipada, a consequência para essa situação é os casos difíceis, que acabam por representar a textura aberta do legislativo.

Em casos fáceis, o Juiz simplesmente aplica regras que são de fácil reconhecimento. Entretanto, em casos difíceis, não existem precedentes para

auxiliar na resolução. Tal constatação não passou despercebida por Daniel Huppés (2012, p. 6), para quem:

Dado que não se encontra nenhuma lei que se aplique a um caso particular, cabe ao juiz decidir o caso por analogia: ele acaba consultando as fontes sociais do Direito (legislação, decisões judiciais, costumes sociais, etc.) precedentes, tentando enquadrar o caso ao que já foi estabelecido no passado por outros juízes ou leis fazendo uso de seu poder discricionário.

Dessa forma, conclui-se que, para Hart, os juízes poderão fazer uso do poder discricionário quando surgem casos difíceis, entretanto, não é definido o nível do juízo de valor particular aplicado no momento do julgamento.

2.3 – As objeções de Ronald Dworkin – Princípios como limitadores da discricionariedade

Ronald Myles Dworkin nasceu em Massachusetts, no dia 11 de dezembro de 1931, e é considerado um dos mais relevantes filósofos do direito da segunda metade do século XX até os dias atuais. Sua contribuição teórica não se limitou à teoria do direito, uma vez que sua obra atingiu diversos campos da filosofia, como política, moral e até mesmo direito constitucional (MACEDO, 2017).

A abordagem perspicaz de Dworkin assumiu caráter relevante no âmbito do Direito. Em meio às diversas críticas apresentadas nos seus estudos, pode-se dar destaque à ampla produção bibliográfica direcionada à crítica do positivismo jurídico. Para dar embasamento à sua apreciação, Dworkin toma como alvo o principal filósofo dessa doutrina jurídica: Hebert L. A. Hart (HUPPES, 2012).

Apesar de sustentar sua tese com críticas ao pensamento de Hebert Hart, Dworkin não considerava o positivismo hartiano como o mais reprovável. Pelo contrário. Considerava-o a versão mais desenvolvida e de maior influência em meio ao positivismo contemporâneo (MAGALHÃES, 2013).

Após traçar um esqueleto do positivismo jurídico, Dworkin iniciou um ataque ao conceito geral, usando como base a versão hartiana. O núcleo do ataque

está direcionado à questão de o direito não ser composto apenas por regras, como sustentado por outros positivistas, mas, na visão de Dworkin, composto por outros padrões tais como princípios e políticas (MEDEIROS, 2009).

Para fundamentar a relevância dos padrões citados, Dworkin analisa casos julgados nos tribunais americanos, nos quais é identificável que o método utilizado para a resolução do litígio não foi as regras, mas sim princípios (MEDEIROS, 2009).

Um dos casos é conhecido como *Riggs v. Palmer*, o qual tratava-se da anulação de um testamento cujo beneficiário havia matado o avô para receber a herança. Nesse contexto, o tribunal de Nova York decidiu que deveria se aplicar o princípio de que “ninguém pode se beneficiar de sua própria torpeza” para fundamentar a nulidade do testamento, que estaria de acordo com a lei dos testamentos daquele Estado (MACEDO, 2017).

No pensamento de Dworkin, ao se invocar um princípio para, por exemplo, fundamentar a nulidade de uma regra normativa, justifica-se a tese de que os princípios deveriam ser interpretados de forma distintas das regras em sentido estrito. Ademais, Dworkin entende que os casos tratados não são incomuns e, ainda assim, retratam situações básicas em que o magistrado tem obrigação de invocar princípios para fundamentar uma decisão (MACEDO, 2017).

Ronald Dworkin, em sua obra *Levando o Direito a sério (1977)*, conclui o seguinte:

A diferença entre os princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem.

Neste ponto, é possível verificar a presença de duas críticas levantadas por Dworkin frente à teoria de Hart. A primeira delas faz referência à tese dos fatos sociais, a qual, para Dworkin, passa a ser denominada como “tese do *pedigree*”. De acordo com esta teoria, as normas seriam validadas por meio de simples fatos, restando à regra de reconhecimento apenas a complexidade de identificar o Direito tendo como referência critérios específicos (BRUM, 2016).

A segunda crítica trata-se da tese de convencionalidade. O fundamento de validade para a norma jurídica depende, em último caso, de uma regra de reconhecimento que é aceita convencionalmente, ainda que de forma complexa. Entretanto, para Dworkin, é conveniente, para a identificação jurídica, as noções morais, éticas e políticas, e não somente as convencionais, como acredita Hart (BRUM, 2016).

2.4 – O pós-escrito de Hart

O pós-escrito de Hart foi publicado para incentivar o desenvolvimento da Teoria do Direito, que foi impulsionada após a primeira publicação de sua obra. Como afirma o próprio autor, “atingiu uma circulação muito mais ampla e gerou uma vasta literatura subsidiária de comentários críticos” (HART, 1994, p. 299).

Hart utiliza essa publicação para reafirmar parte de suas ideias, também dando espaço para desenvolver novas explicações e argumentos, de forma que a considera mais objetiva do que antes exposto. Há trechos em que admite falhas e omissões na sua tese original, tentando suprimi-las, mantendo, porém, a base argumentativa (MUZZI, 2013).

Em que pese a intenção de contribuir para o desenvolvimento das pesquisas em torno do positivismo, Hart se preocupou em responder as críticas tecidas por Dworkin, considerado “seu sucessor em Oxford” (MUZZI, 2013).

Na introdução do pós-escrito (HART, 1994, p. 300), Hart faz o seguinte apontamento:

Neste pós-escrito cinto-me principalmente às críticas de Dworkin, porque este sustentou não só que quase todas as teses distintivas deste livro estavam radicalmente erradas, mas também pôs em questão toda a concepção de teoria jurídica e daquilo que esta devia fazer, que está implícita na obra.

Ao desenvolver seus pensamentos, Hart argumenta que não existe a incompatibilidade entre o uso dos princípios e a validade da norma de reconhecimento, assim como afirmado por Dworkin. No geral, Hart desenvolve seus argumentos recusando a posição em que Dworkin o colocou. Por um lado, aceita a

qualificação de *soft positivismo*. Em contrapartida, rejeita a crítica que afirma que seu positivismo é sustentado por *simples fatos*, uma vez que admite critérios jurídicos e não somente *simples fatos*. (MUZZI, 2013)

A questão comparativa de princípios e regras é de tamanha relevância que levou Hart a dedicar um dos capítulos do pós-escrito para responder a essas críticas. Para iniciar sua defesa, Hart apresenta a afirmação de Dworkin que, para os princípios serem incluídos em sua teoria, seria necessária a renúncia da tese central hartiana. Entretanto, Hart contrapõe que o que for considerado válido na crítica pode ser conciliado com a sua teoria (HART, 1994).

Ronald Dworkin, em *O Império do Direito* (2007), inicia sua obra declarando que “é importante o modo como os juízes decidem os casos”. Com esta assertiva, inicia-se outro ponto de grande importância no pós-escrito de Hart: a discricionariedade do julgador. Deixando para o último tópico, Hebert Hart (1994, p. 335) orienta seu posicionamento sobre os casos em que os Juízes não possuem regulamento jurídico para decidir:

Se, em tais, casos, o juiz tiver de proferir uma decisão, em vez de, como Betham chegou a advogar em tempos, se declarar privado de jurisdição, ou remeter os pontos não regulados pelo direito existente para a decisão do órgão legislativo, então deve exercer o seu poder discricionário e criar direito para o caso, em vez de aplicar meramente o direito estabelecido preexistente.

Ao atribuir o poder de criação aos juízes em casos não regulados pelo direito, Hart tem consciência de que essa função é diferente do órgão legislativo. Os juízes possuem liberdade para exercer esse poder apenas em casos concretos que surgem sem resolução primária, não devendo introduzir no sistema jurídico reformas de grande proporção, ou até mesmo criarem novos códigos. Ou seja, o juiz não deve criar direito de forma arbitrária, deve sempre usar razões gerais para fundamentar sua decisão e agir conforme um legislador sensato (HART, 1994).

A última defesa às críticas consiste em refutar a afirmação de Dworkin de que a criação judicial é injusta, uma vez que a define como uma criação de direito *ex post facto*, que, em termos gerais, é, de fato, considerada injusta. Porém, ao se deparar com casos não regulados ou disciplinados de forma incompleta, o Juiz não possui um estado conhecido do direito para justificar suas decisões, gerando, assim, o poder discricionário (HART, 1994).

CAPITULO III – A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL NA PRÁTICA. ANALISANDO A POSTURA DO STF

O enfoque do presente capítulo está em demonstrar a aplicabilidade da discricionariedade judicial discutida dentro do positivismo jurídico. Foi escolhido como órgão julgador o Supremo Tribunal Federal, tendo em vista sua importância constitucional. Em meio a tantas decisões proferidas pela Suprema Corte, foram selecionados os Mandados de Segurança coletivos n. 34.070 e n. 34.609 para passar pelo teste empírico que aponta os argumentos discricionários utilizados pelos ministros.

3.1 – O papel do STF na democracia

O ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, em defesa à postura do Supremo Tribunal Federal, fez a seguinte afirmação “todas as instituições democráticas estão sujeitas à crítica pública e devem ter a humildade de levá-la em conta, repensando-se onde couber” (2017, *online*). Nesse sentido, se torna importante ressaltar a função do órgão responsável pela guarda da Carta Magna perante a sociedade.

Em se tratando de atribuições, a colaboração primária do STF junto ao sistema jurídico está voltada para a definição do conceito de interesse público, bem como para determinar os meios necessários para a sua implementação. Ao executar essa contribuição, o tribunal constitucional exerce a função política, pela qual são elaboradas alternativas em temas fundamentais, com o intuito de preservar o Estado e proporcionar o bem comum. Esta função, por vezes, se assemelha à função de legislar (PAIXÃO, 2007).

De acordo com a tese de Leonardo André Paixão (2007, p. 51), os órgãos encarregados de desempenhar a função política, dentre os quais encontra-se o Supremo Tribunal Federal, são constitucionalmente previstos:

extraem sua competência diretamente da Constituição; produzem suas decisões segundo procedimentos constitucionalmente indicados; e, ao deliberar, o fazem respeitando os limites materiais estabelecidos na Carta, embora com grande liberdade para interpretá-la e definir o que seja, em casa conjuntura, o interesse público. Além disso, os órgãos encarregados do exercício da função política não se sujeitam a prazos, pois ainda quando estes são estabelecidos não se comina sanção para o seu descumprimento.

Nos ensinamentos de Gilmar Ferreira Mendes (2015) acerca da atribuição do Supremo Tribunal Federal, a jurisdição constitucional é responsável, democraticamente, pela reflexão e argumentação que produz, desde que conforme a racionalidade das normas e procedimentos. Dessa forma, o que é produzido no Supremo Tribunal se traduz como eco na coletividade e nas instituições democráticas, de forma vinculante ou não.

Em análise à força da coletividade, que assume forma de interesse público perante o Supremo Tribunal Federal, sabe-se que a opinião pública é importante para o direcionamento dos Ministros quanto aos anseios da sociedade, entretanto, tais anseios são interpretados com base nos preceitos constitucionais (CARVALHO E VIEIRA, 2015).

A ampla publicidade dos julgamentos proferidos pelo tribunal constitucional é fator gerador da opinião pública, que se apresenta como exercício de política. Cada grupo dentro da coletividade busca levar ao conhecimento social o seu posicionamento, na tentativa de transformá-lo em uma tendência e conquistar visibilidade no âmbito jurídico (CARVALHO E VIEIRA, 2015).

Assim, apesar de o Supremo Tribunal Federal ter o dever de ouvir o que a coletividade anseia, o interesse público nunca se apresenta de forma unânime. As preocupações e ponderações da sociedade devem ser consideradas, assim, quando o STF decide de forma divergente da consternação popular gera a comoção geral e os, conhecidos popularmente como casos polêmicos (CARVALHO E VIEIRA, 2015).

3.2 – A discricionarietà seria um problema?

O presente capítulo pretende passar pelo teste empírico de algumas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Porém, uma questão deve ser apreciada para justificar os atos decisórios: a discricionarietà (BRUM, 2016).

Como demonstrado, em meio ao desenvolvimento do positivismo jurídico, sobretudo no debate entre Hart e Dworkin, a discricionarietà é predominantemente retratada no exercício decisório do magistrado.

Vale ressaltar que, para Hart, em julgamentos que o juiz encontra normas de textura aberta, que permite a interpretação e se caracterizam pela incerteza, o julgamento deverá apresentar a discricionarietà. Enquanto para Dworkin, nas hipóteses em que o juiz se depara com normas de textura aberta, atingirá a resposta utilizando os princípios (OLIVEIRA, 2013).

Contudo, questiona-se por que a discricionarietà seria um problema dentro do poder judiciário. Em que pese, aparenta-se ser prático deixar o judiciário decidir conforme o seu entender, de forma a simplificar o Direito, sem a burocracia da busca pela legitimidade de suas justificações, tal comportamento é preocupante. O Judiciário se transformaria em uma “juristocracia”. O uso da arbitrariedade para atribuir sentido no texto legal transformaria a Constituição e a lei na vontade do intérprete, o que leva com mais facilidade à incoerência e contradição (BRUM, 2016).

3.3 – Análise da decisão – Livre interpretação da lei

A decisão a ser analisada trata-se do mandado de segurança n. 34.070, impetrado em caráter coletivo por partidos políticos voltados contra o ato de nomeação de Luiz Inácio Lula da Silva para o cargo de Ministro Chefe da Casa Civil.

A fundamentação da ação se resume em relato de que a autoridade impetrada, a Presidente da República, teria nomeado Luiz Inácio para o cargo de Chefe da Casa Civil, atuando como Ministro de Estado, argumentam que tal ato foi praticado com desvio de finalidade.

A medida liminar que suspendeu a eficácia da nomeação do ex Presidente da República deflagrou diversos debates no âmbito jurídico e fora dele, momento em que a população tomou conta do seu poder de voz. O procedimento assumiu visibilidade porque o país se encontrava em um contexto de tormentosa crise política, cujos os efeitos causaram perplexidade da população (CAL, 2017).

O relator responsável pela ação foi o ministro Gilmar Mendes, que analisou preliminarmente a legitimidade de partidos políticos impetrarem mandado de segurança coletivo em razão de tutela de direitos difusos.

Primeiramente, é demonstrado que consta explicitamente no parágrafo único do art. 21, da Lei 12.016/09, responsável por disciplinar o mandado de segurança individual e coletivo, que a ação é voltada para a tutela de direitos coletivos e individuais homogêneos, não encontrando mérito quanto aos direitos difusos.

Art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.

Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser: I - coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica; II - individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.

Embora tenha apresentado a previsão legal, em análise ao MS34.070, o ministro Gilmar Mendes evidenciou uma mudança de entendimento em relação ao que foi julgado no RE 196.184, Rel. Min. Ellen Gracie. Que, em síntese, se tratava da utilização do mandado de segurança coletivo para tutelar o interesse individual homogêneo disponível, em conclusão votaram que não era viável a tutela pela ação de mandado de segurança coletivo manejada por partido político.

O ministro relator, justificou sua mudança de posicionamento da seguinte forma:

Daquela feita, eu mesmo registrei discordância quanto à possibilidade do partido político impetrar segurança em favor de “interesses outros que não os de seus eventuais filiados”.

Percebo que a análise que fiz daquela feita foi excessivamente restritiva. Os partidos políticos têm finalidades institucionais bem diferentes das associações e sindicatos. Representam interesses da sociedade, não apenas dos seus membros. Representam até mesmo aqueles que não lhes destinam voto.

[...]

Os limites do art. 21 da Lei 12.016/09 servem como indicativo, mas certamente não como limite das hipóteses de cabimento da ação. Tratando-se de garantia constitucional, não poderia o legislador restringir seus contornos para além de seu significado.

Conforme disciplinado em doutrina e jurisprudência, quando o órgão julgador está vinculado a um precedente judicial o primeiro ato a seguir é a verificação se o caso em julgamento apresenta semelhança com algum precedente. Em caso positivo, deve analisar a *ratio decidendi* (tese jurídica) formada nas decisões anteriores. (SOUZA, 2017)

O ministro Gilmar Mendes ainda indica o conhecimento do procedimento ao mencionar a tese jurídica anteriormente citada nesse capítulo “Foi essa a *ratio* que guiou o Tribunal no julgamento do RE 196.184, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 27.10.2004.”.

Em seguida, ao identificar a *ratio decidendi* o julgador deve aplicá-lo ou superá-lo, por meio de acertado esforço argumentativo, mediante as técnicas de superação do precedente, denominadas como *overruling* e *overriding* (SOUZA, 2017).

Observa-se que a fundamentação do ministro relator “não apresentou a operacionalização de esforço argumentativo que fundamentasse a devida aplicação das técnicas de superação do precedente” (SOUZA, 2017, p. 5). Baseou seus argumentos em obras do ministro Teori Zavascki e o recente empossado Alexandre de Moraes, dentre outros. Tudo com o intuito de justificar a mudança de entendimento e interpretação da legislação em vigor, fazendo com que o mandado de segurança coletivo também se destinasse à tutela de direitos difusos.

Nesse sentido, observamos uma mudança do paradigma jurisprudencial, exemplo prático do poder discricionário. Ao utilizarem dessa prerrogativa os juízes assumem “padrões extrajurídicos para fazer o que o convencionalismo considera ser um novo direito” (DWORKIN, 2007, p. 145). Ademais, a possibilidade de o magistrado decidir fora do padrão legislativo usando o simples argumento de que é legítimo intérprete passa a constituir a responsabilidade legislativa, atuando como se fosse o próprio legislador (COURA E ZANOTTI, 2014).

É importante analisar a questão da responsabilidade, no viés político do assunto. Cappelletti (1989, p. 18) afirma que “os juízes exercem um poder. Onde há poder deve haver responsabilidade”.

Assim, em uma sociedade organizada, fatores como poder e responsabilidade se ligam diretamente. Dessa forma, o motivo pelo qual o Juiz, que exerce o poder decisório, deve ser uma instância responsável é porque faz parte de um órgão do Estado, ou seja, da sociedade organizada. Assim, a sua atuação configura uma responsabilidade política e social (BRUM, 2016).

3.4 – Critérios diversos para a mesma situação

Conforme ensina Francisco Valle Brum (2016), os casos difíceis não são somente os que não possuem normatividade específica, mas também aqueles que impõe um tratamento peculiar em razão de valores compreendidos como relevantes para o constituinte.

Assim, trataremos o mandado de segurança coletivo n. 34.070, como um caso difícil, como os teorizados no positivismo jurídico.

Como visto, a discricionariedade surge a partir do momento em que o juiz se vê diante de um caso difícil, assim faz uma escolha livre que será criadora de um direito novo. Essa teoria do positivismo jurídico contemporâneo, trata que as decisões não se fazem por mera dedução lógica, mas por um processo que exige escolha e criação. Assim, aos julgadores devem assumir a responsabilidade de suas escolhas, não podendo se eximir da responsabilidade atuando como se não estivessem fazendo uma escolha livre (MAGALHÃES, 2013).

Para Dworkin (2007, p. 147), quando o juiz cria um novo direito “ele escolhe a regra que, segundo acredita, escolheria a legislatura então no poder, ou, não sendo isso possível, a regra que em sua opinião, melhor representa a vontade do povo como um todo”. Assim, sofre desgaste o grau de segurança e coerência que se espera de um ordenamento jurídico (COURA, 2014).

Quanto a essa segurança jurídica, existe um exemplo comparativo de decisões proferidas pelo mesmo órgão judiciário, o Supremo Tribunal Federal. Trata-se do mandado de segurança coletivo n. 34.609, Relator Ministro Celso Mello, e o MS 34.070, que já vem sendo tratado ao longo do capítulo.

Ambos dizem respeito à suspensão da posse em cargo de Ministro Chefe por nomeação do Presidente da República, conseqüentemente tendo direito a foro privilegiado. Assim, ao analisar as decisões, nota-se que foram tomados os mesmos critérios, porém cada ministro inseriu seu entendimento de forma discricionária, utilizando-se de uma moral subjetiva.

Há três aspectos aptos para comparação nas duas decisões proferidas, são eles: a) a utilização do mandado de segurança coletivo por partidos políticos; b) o desvio de finalidade de nomeação do presidente da República para cargo na Alta Administração Pública e c) o uso do foro privilegiado como “blindagem jurídica”. (SOUZA, 2017)

3.4.1 – o uso do mandado de segurança coletivo por partidos políticos

O mandado de segurança julgado pelo ministro Gilmar Mendes foi analisado no tópico relacionado à introdução da ação. Porém, em síntese, cabe ressaltar que o relator registrou que, embora tenha seguido o *ratio decidendi* do julgamento anterior, seu entendimento sofrera alteração no ato decisório desse mandado específico. No dispositivo final ainda faz menção ao fato de não se tratar de uma decisão vinculante

Por fim, registro que os presentes mandados de segurança coletivos impetrados no Supremo Tribunal Federal não têm o condão de suspender o trâmite de ações populares já em curso em outras instâncias ou mesmo de obstar a propositura de nova demanda.

Tratando-se de feitos de competência de instâncias distintas, impossível sua reunião. Tampouco a presente ação impede a análise de tutela de urgência em ações populares, conforme dispõe o art. 1º, § 2º, da Lei 8.437/92.

Em relação ao mandado de segurança coletivo n. 34.609, o ministro Celso Mello, manteve o entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal, baseando-se em diversos julgamentos colegiados, os quais discutem a legislação vigente e a legitimidade ativa dos partidos políticos perante a impetração de mandado de segurança com a referida finalidade (SOUZA, 2017).

Proferiu a seguinte decisão:

Cabe ter presente, no ponto, que o Plenário desta Suprema Corte (RE 196.184/AM, Rel. Min. ELLEN GRACIE), ao examinar a controvérsia constitucional pertinente à amplitude e aos limites da legitimação ativa dos partidos políticos para promoverem, em sede de mandado de segurança coletivo, a proteção de direitos e de interesses transindividuais, reconheceu que as instituições partidárias não dispõem de qualidade para agir, em juízo, na defesa de direitos difusos, pois, além de não existir autorização legal para tanto, o reconhecimento de tal prerrogativa em favor das agremiações partidárias, sem quaisquer restrições, culminaria por conferir a essas entidades a possibilidade de impugnam qualquer ato emanado do Poder Público, independentemente de seu conteúdo material, desvirtuando-se, dessa forma, a finalidade jurídica do remédio constitucional ora utilizado no presente caso [...]

3.4.2 - O desvio de finalidade

Nos ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello (1987), entende-se desvio de finalidade como o uso de um ato para alcançar finalidade diversa da que lhe é devida. Também pode ser denominada como desvio de poder.

E ainda, José Cretella Júnior (1997, p. 31) leciona que “desvio de poder é o uso indevido que a autoridade administrativa competente faz do poder discricionário que lhe é conferido, para atingir finalidade diversa daquela que a lei explícita ou implicitamente preceituara”

Em relação ao tema, no MS 34.070, conforme a análise da legalidade da nomeação de Luiz Inácio Lula da Silva como Ministro de Estado da Casa Civil, o

ministro Gilmar Mendes arrolou a presença de indícios que possuía acesso até aquele momento (CAL, 2017). Sobretudo, as interceptações telefônicas declaradas ilegais pelo ministro Teori Zavascki. O relator suspendeu a posse do ex Presidente sob a argumentação da natureza ilícita do ato de nomeação, ponderando o dolo na conduta do administrador público, conseqüentemente relativizando o princípio da presunção de inocência e da veracidade dos atos da administração pública (SOUZA, 2017). Assim, registrou:

Especificamente nos casos de desvio de finalidade, o que se tem é a adoção de uma conduta que aparenta estar em conformidade com um certa regra que confere poder à autoridade (regra de competência), mas que, ao fim, conduz a resultados absolutamente incompatíveis com o escopo constitucional desse mandamento e, por isso, é tida como ilícita.

Aplicando essas noções ao caso em tela, tem-se que a Presidente da República praticou conduta que, a priori, estaria em conformidade com a atribuição que lhe confere o art. 84, inciso I, da Constituição – nomear Ministros de Estado. Mas, ao fazê-lo, produziu resultado concreto de todo incompatível com a ordem constitucional em vigor: conferir ao investigado foro no Supremo Tribunal Federal.

Não importam os motivos subjetivos de quem pratica o ato ilícito. O vício, o ilícito, tem natureza objetiva. A bem dizer, a comprovação dos motivos subjetivos que impeliram a mandatária à prática, no caso em tela, configura elemento a mais a indicar a presença do vício em questão, isto é, do desvio de finalidade.

Em contrapartida, ao julgar o caso Moreira Franco, o ministro Celso de Mello seguiu a doutrina administrativa majoritária, bem como a jurisprudência consolidada do STF, argumentou que:

Nessa linha de entendimento, incumbe a quem imputa ao administrador público a prática desviante de conduta ilegítima a prova inequívoca de que o agente público, não obstante editando ato revestido de aparente legalidade, ter-se-ia valido desse comportamento administrativo para perseguir fins completamente desvinculados do interesse público.

[...]

Não constitui demasia assinalar, neste ponto, que o decreto presidencial ora impugnado, à semelhança de qualquer outro ato estatal, reveste-se de presunção “juris tantum” de legitimidade, devendo prevalecer, por tal razão, sobre as afirmações em sentido contrário, quando feitas sem qualquer apoio em base documental idônea que possa infirmar aquela presunção jurídica.

[...]

A jurisprudência desta Suprema Corte, por sua vez, tem enfatizado, em sucessivas decisões, que, em decorrência do atributo da presunção de legitimidade e de veracidade que qualifica os atos da

Administração Pública, impõe-se a quem os questiona em juízo o ônus processual de infirmar a veracidade dos fatos que motivaram sua edição, não lhes sendo oponíveis, por insuficientes, meras alegações ou juízos conjecturais deduzidos em sentido contrário.

Transparece do conjunto probatório utilizado pelo ministro Celso Mello que a fundamentação de sua decisão decorreu de elementos fáticos e jurídicos para declarar a legalidade do ato administrativo (CAL, 2017).

3.4.3 - O uso do foro privilegiado

Por fim, o último aspecto se diz respeito ao desvio de finalidade, formando assim a convergência de feixe de indícios que levaram às decisões destoantes.

No caso de Luiz Inácio Lula da Silva, cabe ressaltar que o nomeado estava com procedimentos criminais em seu desfavor perante a Justiça Federal, todas relativas ao seu governo, sendo elas a operação zelotes e a operação lava jato. Ao assumir o cargo de Ministro de Estado, o ex Presidente passaria a ter foro privilegiado, ficando sujeito a processo e julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, conforme a disposição constitucional (CF, art. 102, I, c). Ademais, a instauração de ação penal contra ele estaria sujeita a autorização parlamentar, conforme art. 51, I da Constituição Federal (CAL, 2017).

Em relação à Wellington Moreira Franco, o decano do Supremo Tribunal Federal considerou constitucional a sua nomeação, em que pese o nome do impetrado ser citado 34 vezes na operação Lava Jato. Foi assim permitida a sua posse como ministro da Secretaria Geral da Presidência da República, o que lhe garantiu o foro privilegiado (SOUZA, 2017).

O ministro Gilmar Mendes, ao decidir sobre o caso de Lula, suspendeu o ato administrativo de sua nomeação para a Casa Civil com a argumentação de que ao assumir o cargo e posteriormente possuir foro privilegiado poderia atrasar a análise dos casos investigados e atrapalhar a produção de provas (SOUZA, 2017):

É muito claro o tumulto causado ao progresso das investigações, pela mudança de foro. E “autoevidente” que o deslocamento da competência é forma de obstrução ao progresso das medidas

judiciais. Não se nega que as investigações e as medidas judiciais poderiam ser retomadas perante o STF. Mas a retomada, no entanto, não seria sem atraso e desassossego. O tempo de trâmite para o STF, análise pela PGR, seguida da análise pelo relator e, eventualmente, pela respectiva Turma, poderia ser fatal para a colheita de provas, além de adiar medidas cautelares. Logo, só por esses dados objetivos, seria possível concluir que a posse em cargo público, nas narradas circunstâncias, poderia configurar fraude à Constituição.

De outra forma, Celso Mello, decidindo sobre o caso de Moreira Franco, declarou que a nomeação de um cidadão para um ministério, por si, não causaria obstáculo para uma investigação ou ação penal. Assim, desconsiderou o argumento de que o foro privilegiado funcionaria como uma “blindagem jurídica”:

Assinale-se, neste ponto, desde logo, que a nomeação de alguém para o cargo de Ministro de Estado, desde que preenchidos os requisitos previstos no art. 87 da Constituição da República, não configura, por si só, hipótese de desvio de finalidade (que jamais se presume), eis que a prerrogativa de foro – que traduz consequência natural e necessária decorrente da investidura no cargo de Ministro de Estado (CF, art. 102, I, “c”) – não importa em obstrução e, muito menos, em paralisação dos atos de investigação criminal ou de persecução penal.

E a razão é uma só: a mera outorga da condição político-jurídica de Ministro de Estado não estabelece qualquer círculo de imunidade em torno desse qualificado agente auxiliar do Presidente da República, pois, mesmo investido em mencionado cargo, o Ministro de Estado, ainda que dispondo da prerrogativa de foro “ratione muneris”, nas infrações penais comuns, perante o Supremo Tribunal Federal, não receberá qualquer espécie de tratamento preferencial ou seletivo, uma vez que a prerrogativa de foro não confere qualquer privilégio de ordem pessoal a quem dela seja titular.

Ao que tudo indica, a opção política do ministro Gilmar Mendes prevaleceu em tal decisão. Opção essa discricionária, porquanto não encontra respaldo legal. A utilização de argumentos jurídicos esconde a moral idiossincrática do julgador. Tanto o é que o ministro sempre entendeu de forma contrária ao que decidido neste MS. Ou seja, bastou uma pessoa de um partido contrário à sua opção ideológica, para a discricionariedade judicial aparecer sob um véu de juridicidade.

Como é de conhecimento geral, o ministro Gilmar Mendes foi indicado para a Suprema Corte no ano de 2002, pelo então presidente, Fernando Henrique Cardoso. Sua carreira entrou em ascensão quando atuou como advogado da União

no governo apoiado por partidos centro-direita, como PSDB, PMDB, PPB e PTB. A partir desse cenário ficou evidente a vertente política assumida pelo ministro, em que não se limitava ao proferir opiniões contrárias a partidos opostos, como PT e PPS.

O ministro é conhecido por seus votos com tendências partidárias. A título de exemplo, cabe citar o julgamento da Ação Direta De Inconstitucionalidade 4.650, referente ao financiamento eleitoral. O voto proferido por Gilmar Mendes teve a duração de cinco horas, em que um bloco foi reservado somente para proferir críticas ao partido dos trabalhadores. Demonstrou detalhadamente a investigação feita sob o partido na operação Lava Jato, entretanto não mencionou os demais partidos denunciados. (2015, *online*).

Ao nos depararmos com casos semelhantes que apresentam comportamentos decisórios destoantes por parte de dois ministros experientes da Suprema Corte Constitucional, gera questionamentos sobre diversos fatores que ainda deveriam ter sido problematizados. Ainda assim, ficou demonstrado que mesmo havendo uma fundamentação para as justificativas, o Supremo ainda consegue utilizar conceitos vagos e indeterminados para fundamentar situações de casos difíceis. Por fim, as mudanças de entendimento com déficit de justificção decisória apontam para o disfarce das verdadeiras opções políticas do julgador que são mascaradas com terminologias jurídicas (BRUM, 2016).

CONCLUSÃO

Conforme estudado neste trabalho monográfico, dois pontos assumem relevância nos estudos da Teoria do Direito, sendo eles o Direito e a Moral. Buscando a abordagem de aplicação em decisões judiciais, a discricionariedade surge como o principal ponto discutível em meio a atuação dos magistrados.

No primeiro capítulo, verificamos, a respeito do Positivismo Jurídico, sua origem e classificações, bem como as vertentes assumidas ao decorrer da evolução dos estudos da Teoria do Direito. Podendo ser citadas, o Positivismo Legalista, Analista, Positivismo jurídico Inclusivo e Exclusivo. Também averiguamos sua influência no Brasil, no cenário político e judicial.

No segundo, conhecemos o debate jurídico-filosófico de Hebert L. A. Hart e Ronald Dworkin, suas teses e contradições. Hebert Hart, como o principal responsável pelo Positivismo Jurídico, conclui que os juízes podem fazer uso do poder discricionário quando surgem casos difíceis, mas não define o juízo de valor que pode ser aplicado. Enquanto isso, para Dworkin, ficou demonstrado que é possível utilizar os princípios como limitadores da discricionariedade.

Finalmente, no terceiro capítulo, analisamos a prática da discricionariedade no Supremo Tribunal Federal. Ao julgar o mandado de segurança n. 34.070, o Ministro Gilmar Mendes evidenciou uma mudança de entendimento em relação aos precedentes do Tribunal. Utilizando pouco esforço argumentativo e ignorando técnicas de superação de precedentes, o Ministro decidiu fora dos padrões legislativos restando demonstrada a sua discricionariedade.

No mesmo capítulo foi iniciada uma análise comparativa entre o mandado de segurança n. 34.070, e o de n. 34.609, do Ministro Relator Celso Mello. Por decidirem sobre o mesmo tema, foi possível destacar pontos em que os entendimentos se diferem apesar de comporem o mesmo tribunal. Considerando

que uma decisão suspendeu o ato administrativo de posse, e a outra concedeu, temos que a discricionariedade em questão possuiu viés político.

Sendo assim, pode-se concluir que o Supremo Tribunal Federal, em relação à atuação de seus ministros, por vezes supera o padrão legislativo sob o argumento de que é legítimo intérprete, constituindo assim, uma responsabilidade legislativa atuando como o próprio legislador. Nesse cenário, os Ministros da Suprema Corte, utilizam a discricionariedade judicial como um véu de juridicidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AQUINO, Jorge. **Filosofia jurídica – O Positivismo jurídico**. 2013. Disponível em: <<https://revjorgeaquino.wordpress.com/2013/09/26/filosofia-juridica-aula-12-o-positivismo-juridico/>>. Acesso em: 12.11.2017.

BANDEIRA, Celso Antônio De Mello, **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: RT, 1987.

BARROSO, Luís Roberto. **Nós o Supremo**. 2018. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI275095,41046-Nos+o+Supremo>>. Acesso em 09 mar. 2018.

BITENCOURT, C.M e SILVA, C.L. **Positivismo jurídico e suas classificações**: compreendendo sua importância para a teoria do direito. Disponível em: <<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/viewFile/13078/2219>>. Acesso em: 28.11.2017.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BRUM, Francisco Valle. **Decisão Judicial**: complexidade, justificação e controle. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

CAL, Wanderson Rodrigues. Jurisprudência Comentada. **Revista de Direito**, Viçosa, v.09 n.01, p.253-259, 2017.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes irresponsáveis**. Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1989.

CARMONA, Carlos Alberto e OLIVEIRA, Swari Cervone. **Jurisdição sem lide e discricionariedade judicial**. 1. Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CARVALHO, Priscilla Gabrielle Rodrigues; VIEIRA, Eriton Geraldo Moura. Ensaio sobre a interferência da opinião pública nas decisões do supremo tribunal federal. In: **Congresso Nacional da FEPODI**, 4., 2015, São Paulo, SP. p. 97-107.

COURA, Alexandre de Castro e ZANOTTI, Bruno Taufner. (Pós) Positivismo jurídico e a teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, Ceará, v. 34, n. 2, p. 53-69, 2014.

CRETELLA JÚNIOR, José. **O “desvio de poder” na Administração Pública**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

SOUZA, Rafael Bezerra de. Um Supremo e duas medidas: uma análise comparada dos casos Lula e Moreira Franco. **Teoria Jurídica Contemporânea**, [S.l.], v. 1, n. 2, p. 306-318, jul. 2017. ISSN 2526-0464. Disponível em: <<https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/article/view/11729>>. Acesso em: 26 Abr. 2018.

DIMITRI, Dimoulis. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. 6ª Ed. São Paulo: RT, 2014.

DMITRUK, Erika Juliana. O QUE É O DIREITO? Uma análise a partir de Hart e Dworkin. **Revista Jurídica da UniFil**, ano I – n. 1, p. 71-89, 2004. ISSN 1087-1627. Disponível em: <http://web.unifil.br/docs/juridica/01/Revista%20Juridica_01-indice.pdf>. Acesso em: 29 dez. 2017.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Levando os Direitos a sério**. (Trad. Nelson Boeira). São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FONSECA, Tania Schneider. O debate entre Herbert L. A. Hart e Ronald Dworkin. **Revista Seara Filosófica**. N. 4, Verão, 2011, p. 45-64. ISSN 2177-8698. Disponível em: <<https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/searafilosofica/article/viewFile/541/57>>. Acesso em: 05 dez. 2017.

GLEZER, Rubens Eduardo. **O positivismo de Joseph Raz: autoridade e razão prática sem prática social**. 2015. Tese (Doutorado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. doi:10.11606/T.2.2015.tde-16102015-121052. Acesso em: 2017-11-28.

HART, Hebert. **O Conceito de Direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HUPPES, Daniel. O debate entre Dworkin e Hart sobre a Teoria do Direito. **Controvérsia** - Vol. 8, nº 2, p. 01-16, mai-ago. 2012. ISSN 1808-5253. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/controversia/article/download/5528/2739>>. Acesso em: 29 nov. 2017.

KOZICKI, Katya, PUGLIESE, William. O conceito de direito em Hart. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). **Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/137/edicao-1/o-conceito-de-direito-em-hart>>. Acesso em: 29 nov. 2017.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Ronald Dworkin - Teórico do direito. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). **Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/126/edicao-1/ronald-dworkin---teorico-do-direito>>. Acesso em: 29 nov. 2017

MAGALHÃES, Breno Baía. A concepção de direito em Hart e Dworkin: análise do Atual estágio da discussão entre os autores e impactos na Jurisprudência nacional. Trabalho publicado nos **Anais** do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009. Disponível em: <[https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XVIII+Congresso+Nacional++FMU-C3%A3o+Paulo+\(04%2C+05%2C+06+e+07+de+novembro+de+2009\).pdf](https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XVIII+Congresso+Nacional++FMU-C3%A3o+Paulo+(04%2C+05%2C+06+e+07+de+novembro+de+2009).pdf)>. Acesso em: 29 nov. 2017.

MAGALHÃES, Oscar José Echenique; MAGALHÃES, José Antonio Rego. A primeira crítica de Dworkin ao positivismo jurídico e o debate entre Dworkin, Hart e Raz. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.2, 2º quadrimestre de 2013. ISSN 1980-7791. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica>. Acesso em: 05 dez. 2017.

MEDEIROS, Bernardo de Abreu. **Positivismo Jurídico Inclusivo**: a possibilidade de incorporação de valores morais ao direito nos estados constitucionais contemporâneos. Disponível em: <http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/0710471_09_cap_03.pdf>. Acesso em 18.10.2017.

MENDES, Gilmar Ferreira, 2015. **Supremo Tribunal Federal da República Federativa do Brasil, Estrutura e Atribuições**. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfCooperacaoInternacional/anexo/STF__Brasil__Estrutura_e_Atribuicoes.pdf>. Acesso em: 09 mar. 2018.

MUZZI FILHO, Carlos Victor. Limites do direito e o “Pós-escrito” de Hart: impressões de um advogado. **Revista Meritum** – Belo Horizonte – v. 8 – n. 1 – p. 77-98 – jan./jun. 2013. Disponível em: <<http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/viewFile/1781/1152>>. Acesso em: 15 fev. 2018.

PAIXAO, Leonardo André. **A função política do Supremo Tribunal Federal**. 2007. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. doi:10.11606/T.2.2007.tde-01092007-150125. Acesso em: 14 abr. 2018.

PICCOLO, Carla Henriete Bevilacqua. **A moral e o conceito de direito em H. L. A. Hart**. 2011. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. doi:10.11606/D.2.2011.tde-06062012-091850. Acesso em: 29 dez. 2017.

PINTO, Thiago Ferrare. O positivismo jurídico e as divergências teóricas sobre o direito: reconhecendo a atualidade do debate Hart-Dworkin. **Revista Direito e Democracia Canoas** v.15 n.1 p.150-166 jan./jun. 2014. Disponível em: <<http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/viewFile/2693/1913>>. Acesso em: 05 dez. 2017.

RIBEIRO Jr., João. **O que é positivismo**. São Paulo: Brasiliense, 2003.

RODRIGUES, Francisco Hudson Pereira. **Direito Natural x Direito Positivo**. Disponível em: <<http://bdjur.tjce.jus.br/jspui/bitstream/123456789/276/1/Monografia%20Francisco%20Hudson%20Pereira%20Rodrigues.pdf>>. Acesso em 18.10.2017.

SHAPIRO, Scott J. **The Hart-Dworkin Debate: a short guide for the perplexed** (March 5, 2007). Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=968657>>. Acesso em: 29 dez. 2017.

STOLZ, Sheila. Um modelo de positivismo jurídico: o pensamento de Herbert Hart. **Revista Direito GV**, [S.l.], v. 3, n. 1, p. 101-119, jan. 2007. ISSN 2317-6172. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35200/34002>>.
Acesso em: 27.11.2017.

TAVARES, Rodrigo de Souza. **Neoconstitucionalismo e positivismo inclusivo:** uma análise sobre a reformulação da teoria do positivismo jurídico hartiano. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/15829-15830-1-PB.pdf>>. Acesso em 23.10.2017.

TORMIN, Mateus Matos. **Positivismo jurídico no Brasil:** pequena história de uma má interpretação. Revista do CAAP, v. 21, p. 33-46, 2015.