

# A Discrecionariiedade Judicial em Herbert L. Hart e em Hans Kelsen

*Leonardo Gomes Penteado Rosa*

## Resumo

Trata-se de artigo em que procedo à análise do capítulo sete de *O conceito de direito* de H. L. A. Hart e do capítulo nove da *Teoria pura do direito* de Hans Kelsen de modo a produzir comparações entre as concepções dos dois filósofos do direito de matriz positivista acerca do tema da discrecionariiedade judicial. Diferencio duas teses acerca de decisões judiciais, a saber, a da *falibilidade* e a da *definitividade* e procuro mostrar que ambas são aceitas tanto por Kelsen quanto por Hart. Posteriormente, exponho como este último expôs uma terceira tese, a da *degeneração* dos sistemas jurídicos, e como tal entendimento tem suas bases nas duas primeiras. Nestes termos, concluo que não se pode sustentar a existência de diferença *fundamental* entre as concepções de Hans Kelsen e de H. L. A. Hart sobre a discrecionariiedade judicial.

**Palavras-chave:** filosofia do direito, positivismo jurídico, discrecionariiedade judicial, H. L. A. Hart, Hans Kelsen.

## I

Neste pequeno artigo, pretendo discutir alguns pontos referentes à discrecionariiedade judicial nas teorias adotadas por Herbert L. Hart e por Hans Kelsen, dois importantes filósofos do direito de matriz positivista do século XX. Para tanto, trabalho principalmente o capítulo oito da *Teoria Pura do Direito* e o capítulo sete de *O conceito de direito*. Não há dúvida de que minha abordagem é bastante limitada, não só dada sua reduzidíssima extensão, mas também porque trechos de livros não podem ser tratados separadamente sem prejuízo na sua interpretação. Entretanto, estou convencido de que os dois capítulos abrangem temas suficientemente parecidos para que minhas intenções tenham algum valor científico.

Ademais, acredito que Hart e Kelsen adotem idéias substancialmente semelhantes acerca da discrecionariiedade judicial. Neste artigo eu as discuto e tento expor as razões por que penso que são fundamentalmente similares.

Todas as citações de *O conceito de direito* são expressas por TCL (*The concept of law*, com referência às correspondentes páginas da edição portuguesa) e as da *Teoria pura do direito* por TPD. As edições das obras citadas — inclusive das não mencionadas nesta introdução — são indicadas na bibliografia.

## II

Herbert H. L. Hart é conhecido por sua descrição da *textura aberta* das regras e dos precedentes jurídicos. Ele sustenta que padrões jurídicos muitas vezes são incertos, *i.e.*, que não oferecem critérios suficientemente claros para um julgamento baseado neles. Se uma regra estabelece, por exemplo, que nenhum veículo deverá entrar em um parque, não podemos determinar categoricamente quais são os casos vedados porque ela pode ser alvo de controvérsia (ainda que por ventura aceitemos que um carro é um veículo, o que dizer de uma moto, de uma bicicleta e de um triciclo infantil?).

Ainda assim, regras e precedentes têm um *núcleo de significado estabelecido* que é o padrão de correção de uma decisão baseada em tais padrões jurídicos<sup>1</sup>. O fato de que estes por vezes não forneçam critérios claros o suficiente para a produção de um julgamento incontroverso não significa que não forneçam nenhum critério. Não se pode dizer que alguém tem a autorização para dirigir seu carro

---

<sup>1</sup> TCL. Fundação Calouste Gulbekian. p. 144 (p. 158 da edição portuguesa).

dentro de um parque somente porque não é claro se o brinquedo de uma criança é vedado pela regra supracitada.

A abordagem hartiana da *textura aberta* e do *núcleo de significado* estabelecido, que chamarei de *cerne de certeza*, afasta posturas como a do *formalismo* (ou *conceitualismo*) e do *ceticismo das regras*, ambas discutidas no capítulo sete de *O conceito de direito*. A primeira “consiste em uma atitude em relação a regras verbalmente formuladas que procura tanto disfarçar quanto minimizar a necessidade de (...) escolha, uma vez que a regra geral tenha sido estabelecida”<sup>2</sup>. Em outras palavras, tal tese negligencia a discricionariedade judicial, que é produto da incerteza de regras e precedentes.

O ceticismo das regras, na discussão da discricionariedade judicial, é postura diametralmente oposta ao formalismo, pois é abordagem que entende que regras não são mais que mitos<sup>3</sup>. Um cético não suporta a compreensão das regras e dos precedentes como padrões normativos que limitam a discricionariedade judicial uma vez que sustenta que o direito se restringe às decisões judiciais dos tribunais ou à sua predição.

Assim, para Hart, ainda que regras e precedentes não sejam totalmente claros, há limitação da discricionariedade judicial. Ainda há discricionariedade, mas ela é intersticial. Nesses termos, é possível apontar erros na atividade judicial uma vez que há *cerne de certeza*, que funciona como padrão de correção das decisões. Chamarei esta afirmação de *tese da falibilidade* das decisões judiciais.

Apesar disso, decisões judiciais gozam de definitividade (*finality*). Uma decisão que não seja revogada por uma instância superior à do juiz que a proferiu — ou que tenha sido proferida pelo Tribunal Superior — é uma decisão definitiva. Sua validade se mantém intacta ainda que seja verificado, com base

2 TCL. Fundação Calouste Gulbekian. p. 129 (p. 142 ed. port.).

3 *idem. ib.* p. 136 (pp. 149-150 ed. port.).

A descrição que Hart faz do *ceticismo das regras* em *O Conceito de Direito* (publicado pela primeira vez em 1961) deve ser lida com cuidado dadas as críticas que recebeu. Neil MacCormick, por exemplo, afirma que “talvez a maior deficiência de *O conceito de direito* de Hart seja a extensão que deu à perpetuação da caricatura dos ensinamentos e das preocupações realistas” (*H. L. A. Hart*, p. 124, tradução livre; veja também *Argumentação jurídica e teoria do direito*, p. 257, também de MacCormick). Contudo, em 1977, (antes da publicação de *H. L. A. Hart* em 1981 e de *Argumentação jurídica e teoria do direito*, em 1978), Hart publicou *American jurisprudence through English eyes: The nightmare and the noble dream* (II Georgia Law Review, No. 5), em que reconhece não somente as profundas diferenças entre autores do realismo americano como Karl Llewellyn, Oliver Wendell Holmes e Jerome Frank, mas também que suas teorias não alcançam o extremo designado por *ceticismo das regras* em *O conceito de direito*.

no padrão de correção, que o juiz cometeu um erro. A esta afirmação nomearei de *tese da definitividade* das decisões judiciais.

Considero a abordagem de Hart quanto à discrecionalidade judicial bastante similar à de Kelsen. O filósofo austríaco defende a existência de uma moldura, estabelecida pelas normas (o Direito a aplicar), que limita a decisão judicial a algumas opções: “O Direito a aplicar forma (...) uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível”<sup>4</sup>.

A moldura, nesses termos, funciona como o critério de correção de uma decisão baseada nas regras que a formaram da mesma maneira que o cerne de certeza hartiano. Qualquer decisão que desrespeite o Direito a ser aplicado não está em conformidade com o sistema jurídico, ou seja, não é um sentido possível. Tal ato judicial constitui um erro, representa uma decisão judicial falha. Portanto, é possível dizer que Kelsen adere à tese da falibilidade da decisão judicial ainda que Hart a trabalhe com maior clareza e refinamento.

Ademais, assim como Hart afirma que qualquer decisão possui definitividade, Kelsen sustenta que “se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa”<sup>5</sup>. A norma individual (*i.e.*, a sentença judicial, na terminologia kelseniana) continua válida ainda que não seja um dos sentidos possíveis fixados pela moldura. Ainda que se possa identificar, dados os critérios de correção fixados pelo Direito a aplicar, erros na decisão, ela continua válida.

Nesses termos, Kelsen e Hart adotam teorias similares, isto é, teorias que compreendem a existência de um limite estabelecido por padrões jurídicos (regras e precedentes): moldura para Kelsen e cerne de certeza para Hart. Este limite defendido por ambos é o padrão de correção da decisão judicial. Isto, porém, não impede que os dois autores sustentem a característica de definitividade de decisões judiciais. Mesmo quando estas contradizem o restante do sistema jurídico, isto é, quando o juízo que se faz delas à luz do padrão de correção leve à conclusão de que elas contêm um erro, tal decisão, para Hart e para Kelsen, é válida.

Como condição necessária à admissão da tese da definitividade, Hart<sup>6</sup> e Kelsen<sup>7</sup> afirmam que a opinião do participante do sistema jurídico — assim

---

4 TPD, p. 390.

5 *idem. ib.* p. 394.

6 TCL, p. 141 (p. 155 ed. port.).

7 TPD, p. 395.

como a opinião do jogador de críquete na analogia com jogos introduzida por Hart — é irrelevante à decisão final do juiz — ou à do marcador — uma vez que interpretação não-oficial não cria direito. É importante notar que a irrelevância de afirmações não oficiais se dá em relação à definitividade, e não em relação à falibilidade, conforme exporei com mais detalhes longo à frente.

Uma análise da discricionariedade judicial em Hart e em Kelsen talvez conclua que ambos os autores são alvos possíveis de um argumento utilizado por Hart para atacar o ceticismo das regras. Contudo, se percebida a diferença entre as teses da falibilidade e da definitividade, conforme exponho em seguida, a razoabilidade de uma interpretação desta natureza se mostra aparente.

Como argumenta Hart, não é possível sustentar que o direito é o que as cortes decidem — e/ou a predição de tais decisões — se por tal afirmação se entender a visão cética quanto a regras que ignoram a necessidade de atribuição de competência às cortes (na teoria hartiana, por uma regra secundária, o tipo que confere poderes). O ceticismo das regras, conforme descrito por Hart, não fornece critérios claros o suficiente para distinguir proposições jurídicas oficiais das não oficiais (ou autênticas das não autênticas, na terminologia kelseniana). Referirei-me a tal argumento, a partir de agora, como *argumento da incerteza da regra de reconhecimento* em referência ao título da última seção do capítulo sete de *O conceito de direito*.

Ainda que nem Kelsen nem Hart enxerguem os sistemas jurídicos ocidentais como predição ou como mera decisão de cortes, a afirmação de que o Tribunal Superior tem a última palavra sobre o que é ou não o direito de uma comunidade os empurra à área afetada pelo bombardeio do argumento mencionado acima. O esforço de afastar tal argumento — ou seja, de sair de tal área — é imperativo a ambos, pois as teses da textura aberta e da moldura aparentemente não fornecem resposta à seguinte problematização: como compreender que uma corte possa ser competente por fixar o sentido da própria regra que lhe atribui competência?

O direito, como sistema dotado de autoridade, possui um órgão competente para fixar o sentido de regras e de precedentes. Este órgão tem a decisão definitiva sobre o que é ou não direito de uma comunidade, e tal atribuição de definitividade às suas decisões expõe um problema: como é possível que o critério de diferenciação entre proposições dos participantes e das cortes possa ser apreciado com definitividade pelas próprias cortes?

Kelsen não se preocupa com este problema em sua *Teoria pura do direito*. Hart, por sua vez, se vê obrigado a dialogar com o argumento da incerteza da regra de reconhecimento exatamente porque ele é autor do ataque ao ceticismo das regras. Por considerar que o realismo americano, por exemplo, não possui abor-

dagem suficientemente completa do direito, Hart formulou o argumento da incerteza da regra de reconhecimento que, no caso da teoria cética, poderia ser renomeado de argumento da *inexistência* da regra de reconhecimento. O ponto em relevo em qualquer das duas nomeações é a inexistência de critério suficiente — seja por causa da incerteza, seja por causa da inexistência da regra — para que se proceda a um julgamento.

Assim, Hart procura fornecer uma resposta<sup>8</sup> a tal problema em consonância com seu entendimento anteriormente expresso acerca da *textura aberta* das regras e dos precedentes. A última seção do capítulo sete de *O conceito de direito* é dedicada ao problema.

Hart indaga: “Como pode uma constituição conferir autoridade de dizer o que a constituição é?” e responde argumentando que “o paradoxo desaparece se nos lembrarmos que ainda que toda regra possa ser incerta em alguns pontos, é efetivamente condição necessária de um sistema legal existente que nem todas as regras sejam abertas a dúvidas em todos os pontos”<sup>9</sup>.

A resposta, a princípio, parece vazia e pouco significativa.

Contudo, há algo que precisa ser lembrado a respeito da abordagem da discrecionalidade judicial exposta em *O conceito de direito*. Trata-se da afirmação de Hart de que sistemas jurídicos se degeneram se erros judiciais se repetem excessivamente<sup>10</sup>. O cerne de certeza não pode ser desrespeitado à exaustão sem que o direito como o conhecíamos antes dos erros se modifique de tal maneira que não o reconheçamos mais. A esta tese chamarei de *tese da degeneração*.

A condição da aceitação desta tese é a adoção das teses da falibilidade e da definitividade nos exatos termos a que Kelsen e Hart procedem, isto é, na relação de não-exclusão da primeira pela segunda. Se a possibilidade de se afirmar que é possível aferir o erro de uma decisão fosse excluída pela adoção da tese da definitividade, não faria sentido falar em erro judicial. Neste caso, estaríamos frente a uma atitude cética quanto a regras. Direito seria o que as cortes dizem ou a predição de suas decisões uma vez que não haveria limitação à discrecionalidade judicial (*i.e.*, padrão de correção à decisão judicial). De um ponto de vista cético, o juiz, por definição, não erra, pois é de suas decisões que se define o direito.

---

8 Para Neil MacCormick, este problema é um “inextrincável círculo lógico” (*H. L. A. Hart*, pp. 122-3). Veja pp. 121-133 para abordagem e crítica da teoria de Hart acerca da discrecionalidade judicial.

9 TGL. p. 152 (p. 166 ed. port.).

10 *idem. ib.* p. 144 (p. 158 ed. port.). Neste trecho Hart afirma que a degeneração de um jogo como o críquete o transforma no “jogo da discrecionalidade do marcador” de modo que podemos dizer que a degeneração de um sistema jurídico o transformaria no “direito da discrecionalidade dos juízes”.

É importante expor o nervo de diferenciação entre as teses da falibilidade e da definitividade a fim de esclarecer a maneira como se ligam à tese da degeneração. À definitividade é irrelevante a opinião dos participantes do sistema jurídico porque validade — de que cuida tal tese — é questão de autoridade conferida por regra de reconhecimento, segundo Hart, ou por norma superior, segundo Kelsen.

A tese da falibilidade, porém, envolve definição do cerne de certeza. A existência do cerne de certeza não depende da vontade das cortes, pois não há dúvida legítima quanto ao seu significado<sup>11</sup>. Só é possível falar em falibilidade caso o critério de aferição do erro não dependa exclusivamente daquele cuja conduta é avaliada à luz da regra continente do critério. Não faz sentido dizer que há critério de avaliação de uma conduta se o sujeito responsável pelo comportamento tiver competência de avaliar autoritativamente o significado do critério. Um tribunal não pode *constituir* a correção de sua decisão à luz dos critérios em que sua deliberação deve se orientar.

Podemos dizer que o juízo de falibilidade é público se por isso entendermos que quanto a ele as cortes não têm última palavra, pois correção não é questão de autoridade. Podemos dizer que, quanto à definitividade, a decisão judicial é privada se por isso entendermos que sua validade não depende do juízo dos sujeitos envolvidos no sistema jurídico (os participantes).

É evidente que o magistrado pode ter um juízo sobre sua própria conduta (isto é, sua decisão), mas o que torna tal juízo autoritativo é a sua competência, e não a sua (eventual) correção. Como sustenta Kelsen, o ato cognitivo, típico da ciência do direito, não cria direito, e a competência que as cortes têm de criar direito deriva de sua autoridade conferida por uma norma superior (ou por uma norma secundária, para Hart).

É nesse sentido que Hart sustenta que a discricionariedade judicial é intersticial e que Kelsen afirma que a atividade judicial é limitada pela moldura ainda que ambos sustentem a definitividade da decisão judicial, isto é, a incorruptibilidade da validade de uma decisão judicial por sua inadequação ao restante do sistema jurídico.

O que penso ser importante esclarecer é que a base da resposta de Hart ao argumento da incerteza da regra de reconhecimento é exatamente a parte de sua

---

11 Hart, no trecho citado (ver nota 9), deixa claro que as indagações acerca do significado das normas precisam encontrar um fim, pois não podemos regredir infinitamente sob pena de cairmos em um abismo cético que contraria a tese da discricionariedade limitada (*i.e.*, da falibilidade) adotada por Hart e por Kelsen. Quanto ao último, se regras não significam nada, direito não pode ser compreendido como ordem da conduta humana (TPD, p. 33). Não podemos perguntar sem limites sobre o significado de algo que, para existir, precisa ter *algum* significado.

tese que é expressamente compartilhada por Kelsen. As teses da falibilidade e da definitividade, conforme adotadas por Hart e Kelsen, formam a base da tese da degeneração expressamente trabalhada em *O conceito de direito*.

A refinada analogia trabalhada por Hart entre jogos e Direito tem por base a diferenciação entre falibilidade e definitividade<sup>12</sup>. Esta distinção é internalizada por Kelsen quando diz que, dada a moldura, nem todos os sentidos de uma norma são possíveis ainda que o impossível não desconstitua ou não impeça que se constitua a validade da decisão judicial que o contém.

Efetivamente, Hart foi mais longe que Kelsen em sua abordagem do problema da discricionariedade judicial, mas penso que os propósitos do capítulo sete de seu *O conceito de direito* o impeliram a ir mais longe, enquanto as preocupações de Kelsen no capítulo oito de sua *Teoria pura do direito* não o obrigaram a dizer mais do que expressamente afirmou. Hart se dedica a discutir o formalismo e o ceticismo das regras, mas sua atenção se volta majoritariamente à segunda postura. Kelsen, por sua vez, se dedica a mostrar como a jurisprudência dos conceitos, que pode ser tratada como sinônimo próximo de formalismo<sup>13</sup>, está equivocada por ignorar a incerteza das normas jurídicas.

Porque Kelsen precisa apontar a importância de se admitir que normas não têm sentido unívoco, ou seja, uma única interpretação possível, ele não é levado a dialogar com o argumento da incerteza da regra de reconhecimento. Hart formula tal argumento exatamente por seguir o caminho inverso, isto é, por principalmente procurar mostrar que há alguma certeza nas regras e precedentes e, com isso, mostrar por que o ceticismo das regras falha em sua abordagem do Direito. Enquanto Kelsen foca a existência de incerteza delimitada pela moldura, Hart precisa mostrar como há alguma certeza e como, portanto, direito não é nem o que as cortes dizem nem a predição das decisões dos tribunais.

Ambos têm teses semelhantes acerca da discricionariedade judicial, mas o fato de seus interlocutores serem diferentes exigiu mais de Hart. É, afinal, para atacar o ceticismo que Hart formula o argumento da incerteza da regra de reconhecimento. Posteriormente, precisa se defender dele uma vez que sustenta a definitividade da decisão judicial, o que cria certa aparência de ceticismo, logo afastada pela tese baseada na definitividade e na falibilidade das decisões judiciais, isto é, a tese da degeneração.

---

<sup>12</sup> Vide nota 10.

<sup>13</sup> Veja TCL, p. 297, notas ao capítulo VII, especificamente à p. 129 (pp. 280-181 da ed. port.), nota especificamente à p. 142.

Recapitulando, a defesa de Hart ao argumento da incerteza da regra de reconhecimento, como apontado acima, se baseia na distinção entre as teses da falibilidade e da definitividade da decisão judicial. O cerne de certeza, para Hart, e a moldura, para Kelsen, são fixados independentemente da vontade dos tribunais, pois representam aquilo de que não se pode duvidar quanto ao sentido de regras e precedentes. O que fica sob livre apreciação<sup>14</sup> dos tribunais é a textura aberta, a incerteza dos padrões jurídicos. A discricionariedade dos tribunais é limitada ainda que as decisões judiciais sejam definitivas, e ambos os autores dialogam com essa premissa, isto é, com o pressuposto de que a aceitação da tese da definitividade não exclui adoção da tese da falibilidade. Ainda assim, somente Hart adota expressamente a degeneração dos sistemas jurídicos submetidos a sucessivas decisões jurídicas definitivas que contenham erros. Como apontei, a tese da degeneração tem suas bases nas teses da definitividade e da falibilidade, e ambas estas são parte fundamental da abordagem de Hart e de Kelsen ao tema da discricionariedade judicial.

### III

Concluo que, para Hart, a afirmação de que “direito é o que juízes dizem ser” não é totalmente desprovida de procedência se por ela entendermos que as decisões judiciais são dotadas de definitividade. Neste sentido, o direito depende das cortes. Contudo, o juízo de correção das manifestações das cortes baseado no cerne de certeza ou na moldura não é excluído porque se admite que incorreção não vicia a validade de decisões. A tese da definitividade não exclui a tese da falibilidade, e, portanto, Hart não é um alvo do argumento da incerteza da regra de reconhecimento.

Uma vez que Kelsen compartilha a falibilidade e a definitividade da decisão judicial, creio ser possível dizer que, ainda que não trabalhe expressamente a

---

14 Por livre apreciação designa-se aquilo sobre o que não se pode fazer juízo de falibilidade. Kelsen, por exemplo, afirma que à Teoria Pura como ciência positiva do Direito (ou seja, do direito positivo), não existe nenhuma diferença relevante entre as decisões que estão em conformidade com o Direito a aplicar, isto é, com a moldura (TPD, pp. 392-393). A opção entre os sentidos possíveis é uma questão de vontade, e o não-cognitivismo em ética de Kelsen o impede de considerar que a escolha pelas opções em conformidade com a moldura seja objeto da ciência (do Direito ou de qualquer outra) porque não há prova ou evidência possível de qual opção é verdadeira (TCL, p. 302, notas ao capítulo IX, especificamente à p. 185; pp. 287-288 ed. port., notas especificamente à p. 201). Analogamente, penso que dentro da textura aberta não pode haver qualquer juízo de correção de condutas, mas não creio que se possa atribuir a Hart o emotivismo kelseniano quanto à moral.

tese da degeneração dos sistemas jurídicos, a *Teoria pura do direito*, no tema da discrecionariiedade judicial, não diferente fundamentalmente da abordagem apresentada por Hart em *O conceito de direito*.

Penso que uma diferença *fundamental* entre dois autores não pode ser o fato de que o autor H. disse *p*, algo que K. não disse, mas que poderia ter dito, pois, tanto H. quanto K. compartilham teses que formam os pilares de *p*. Por esta razão, penso que Hart e Kelsen apresentam teses bastante similares sobre a discrecionariiedade judicial, de modo que a diferenciação entre os dois, que creio que existe, está em outro nódulo de discussão da teoria do direito.

## Bibliografia Fundamental

HART, H. L. A. *The concept of law*. Oxford: Manzar Khan, Oxford University Press, 2005.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Trad. de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003.

## Bibliografia Subsidiária

HART, H. L. A. "American jurisprudence through English eyes: the nightmare and the noble dream". In: *Essays in jurisprudence and philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2006.

MACCORMICK, Neil. *H. L. A. Hart*. Stanford: Stanford University Press, 1981.



LEONARDO Gomes Penteadro Rosa é graduando em direito pela USP e bolsista pela FAPESP.

E-mail: lgprosa@yahoo.com.br.