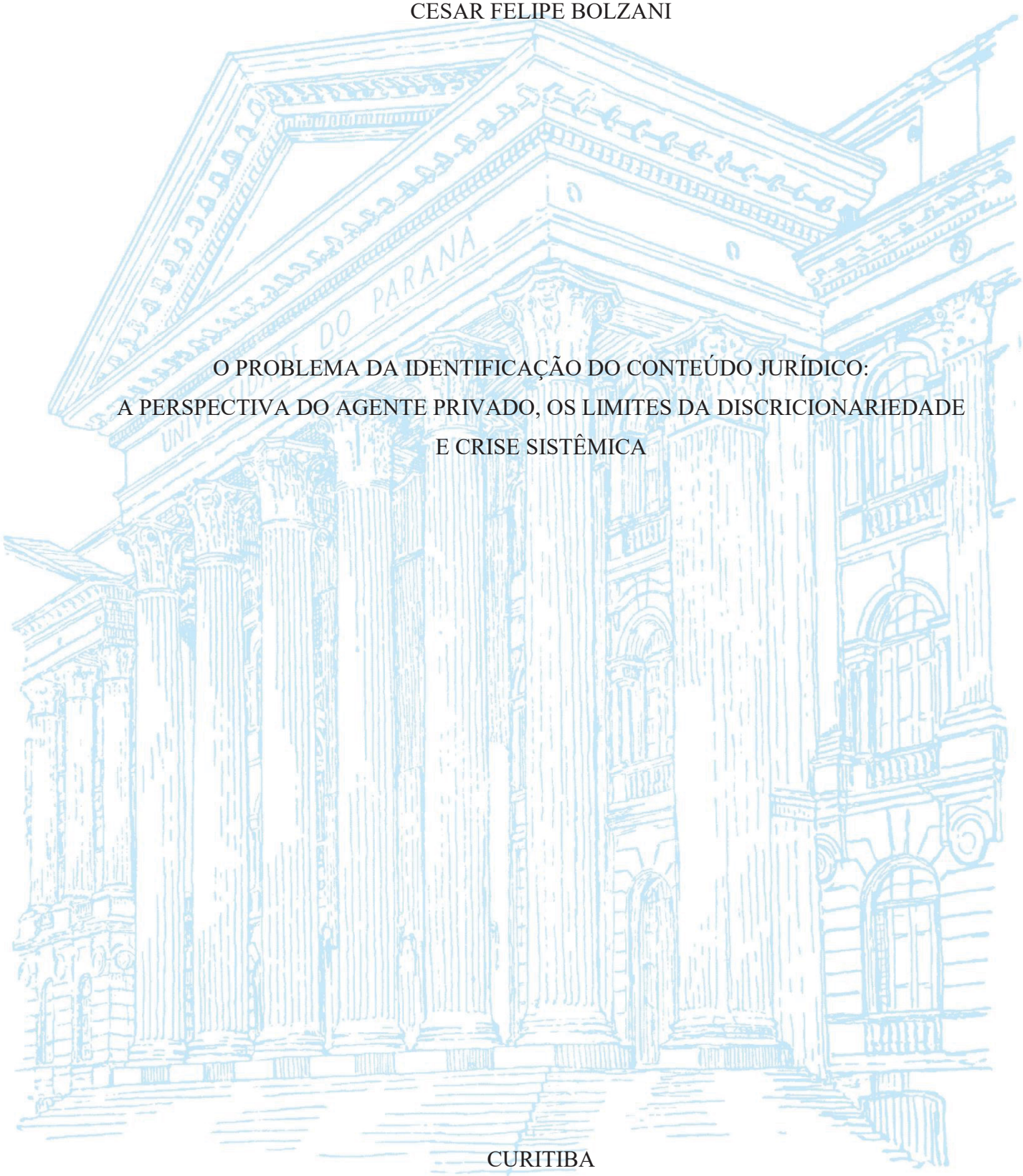
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

CESAR FELIPE BOLZANI



O PROBLEMA DA IDENTIFICAÇÃO DO CONTEÚDO JURÍDICO: A PERSPECTIVA DO AGENTE PRIVADO, OS LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE E CRISE SISTÊMICA

CURITIBA

2025

CESAR FELIPE BOLZANI

O PROBLEMA DA IDENTIFICAÇÃO DO CONTEÚDO JURÍDICO: A PERSPECTIVA DO AGENTE PRIVADO, OS LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE E CRISE SISTÊMICA

Tese apresentado ao curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, para fins de banca de defesa de doutorado.

Orientador: Prof. Dr. Cesar Antonio Serbena

CURITIBA
2025

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SISTEMA DE BIBLIOTECAS – BIBLIOTECA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

Bolzani, Cesar Felipe
O problema da identificação do conteúdo jurídico: a perspectiva do agente privado, os limites da discricionariedade e crise sistêmica / Cesar Felipe Bolzani. – Curitiba, 2025.
1 recurso on-line : PDF.

Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito.
Orientador: Cesar Antonio Serbena.

1. Discricionariedade judicial. 2. Reconhecimento (Direito). 3. Notícias falsas. 4. Raz, Joseph, 1939-2022. 5. Hart, H. L. A. (Herbert Lionel Adolphus), 1907-1992. I. Serbena, Cesar Antonio. II. Título. III. Universidade Federal do Paraná.

Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior – CRB-9/1626

ATA Nº599

ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE DOUTORADO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE DOUTOR EM DIREITO

No dia seis de maio de dois mil e vinte e cinco às 09:30 horas, na sala sala de defesas, 3º andar PPGD Prédio Histórico, foram instaladas as atividades pertinentes ao rito de defesa de tese do doutorando **CESAR FELIPE BOLZANI**, intitulada: **O PROBLEMA DA IDENTIFICAÇÃO DO CONTEÚDO JURÍDICO:**
A PERSPECTIVA DO AGENTE PRIVADO, OS LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE E CRISE SISTÊMICA, sob orientação do Prof. Dr. CÉSAR ANTONIO SERBENA. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: CÉSAR ANTONIO SERBENA (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), OSCAR LUIS SARLO (UNIVERSIDAD DE LA REPUBLICA - URUGUAI), CRISTINA FORONI CONSANI (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), DELAMAR JOSÉ VOLPATO DUTRA (UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA). A presidência iniciou os ritos definidos pelo Colegiado do Programa e, após exarados os pareceres dos membros do comitê examinador e da respectiva contra argumentação, ocorreu a leitura do parecer final da banca examinadora, que decidiu pela APROVAÇÃO. Este resultado deverá ser homologado pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais definidos pelo programa. A outorga de título de doutor está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, CÉSAR ANTONIO SERBENA, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos demais membros da Comissão Examinadora.

CURITIBA, 06 de Maio de 2025.

Assinatura Eletrônica
08/05/2025 12:26:49.0
CÉSAR ANTONIO SERBENA
Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica
08/06/2025 19:10:50.0
OSCAR LUIS SARLO
Avaliador Externo (UNIVERSIDAD DE LA REPUBLICA - URUGUAI)

Assinatura Eletrônica
07/05/2025 15:31:51.0
CRISTINA FORONI CONSANI
Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica
07/05/2025 17:02:34.0
DELAMAR JOSÉ VOLPATO DUTRA
Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA)

Documento assinado eletronicamente de acordo com o disposto na legislação federal Decreto 8539 de 08 de outubro de 2015.
Gerado e autenticado pelo SIGA-UFPR, com a seguinte identificação única: 448865
Para autenticar este documento/assinatura, acesse https://siga.ufpr.br/siga/visitante/autenticacaoassinaturas.jsp e insira o codigo 448865

TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da tese de Doutorado de **CESAR FELIPE BOLZANI**, intitulada: **O PROBLEMA DA IDENTIFICAÇÃO DO CONTEÚDO JURÍDICO:**
A PERSPECTIVA DO AGENTE PRIVADO, OS LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE E CRISE SISTÊMICA, sob orientação do Prof. Dr. CÉSAR ANTONIO SERBENA, que após terem inquirido o aluno e realizada a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua APROVAÇÃO no rito de defesa.
A outorga do título de doutor está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 06 de Maio de 2025.

Assinatura Eletrônica
08/05/2025 12:26:49.0
CÉSAR ANTONIO SERBENA
Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica
08/06/2025 19:10:50.0
OSCAR LUIS SARLO
Avaliador Externo (UNIVERSIDAD DE LA REPUBLICA - URUGUAI)

Assinatura Eletrônica
07/05/2025 15:31:51.0
CRISTINA FORONI CONSANI
Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica
07/05/2025 17:02:34.0
DELAMAR JOSÉ VOLPATO DUTRA
Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA)

Documento assinado eletronicamente de acordo com o disposto na legislação federal Decreto 8539 de 08 de outubro de 2015.
Gerado e autenticado pelo SIGA-UFPR, com a seguinte identificação única: 448865
Para autenticar este documento/assinatura, acesse https://siga.ufpr.br/siga/visitante/autenticacaoassinaturas.jsp e insira o codigo 448865

AGRADECIMENTOS

A jornada de escrita deste trabalho acadêmico dificilmente teria sido concluída sem a vasta rede de apoio que tive a sorte de construir ao longo da vida. Deixo aqui registrado meu agradecimento a algumas das pessoas que "tiveram a coragem de ser meus amigos", mesmo nos meus dias mais temperamentais.

À minha mãe, Sra. Regiane Bolzani, que nutriu meu corpo quando me faltaram forças e apaziguou minha mente quando me faltou clareza. Que me apoiou em toda jornada, de corpo e alma, e que em nenhum momento duvidou de minha capacidade, mesmo quando eu mesmo não tinha esperança.

À Dra. Vanessa, pela sua simpatia sem fim, excelência e competência no exercício de sua profissão, sem as quais este trabalho não teria sido concluído.

Ao meu sócio e grande amigo, Matheus Oliveira Vasconcelos, pelo seu intelecto inigualável, pela amizade e pela parceria diária que compartilhamos nas trincheiras da vida e da advocacia.

Aos irmãos que a vida me deu: Excelentíssimo Me. Guilherme Bonato, Me. João Victor Ruiz Martins, Cristiane Bonat Trevisan e Tharik Hajar, com quem compartilhei os momentos mais singelos e felizes da minha vida adulta.

Ao Prof. Me. César Collin Lavalle pela amizade e pelos inúmeros debates que travamos sobre filosofia do direito.

Ao Prof. Dr. Cesar Antonio Serbena, a quem devo muito do conteúdo deste trabalho. Nossa relação dura mais de uma década e neste tempo fui agraciado com sua grande sabedoria e conhecimento. Sua influência nesta tese foi determinante, e o trabalho seria muito diferente – e muito pior – sem sua orientação. Por extrair de mim o máximo, ao mesmo tempo em que permitiu o exercício de minha liberdade e autonomia na escolha dos temas e problemas a serem pesquisados, meu eterno agradecimento e amizade.

Disillusioned words like bullets bark
As human gods aim for their mark
Made everything from toy guns that spark
To flesh-colored Christs that glow in the dark
It's easy to see without looking too far
That not much is really sacred

And though the rules of the road have been lodged
It's only people's games that you got to dodge

Bob Dylan – *It's alright, ma (I'm only bleeding*)

RESUMO

O presente trabalho utiliza as ferramentas da filosofia analítica do direito e da filosofia da linguagem para estudar a zona de tensão entre direito e política, com o objetivo de compreender as possibilidades e limites disponíveis para o agente privado identificar o conteúdo jurídico de forma preventiva. Defende-se que ao adotar a perspectiva do agente privado, tem-se uma visão privilegiada da formação do conteúdo jurídico. O trabalho utiliza a teoria de Joseph Raz para estudar como o direito é capaz de se constituir como autoridade e as condições necessárias para que o agente privado considere o conteúdo jurídico como razão para agir. Neste trecho serão apresentados os conceitos de tese da autoridade alegada, concepção da autoridade como serviço e tese da preempção. Após, utiliza-se a teoria de Herbert Hart para compreender o processo de formação e criação do conteúdo jurídico, principalmente através da análise da atuação das autoridades. Neste trecho serão apresentados os conceitos de regra de reconhecimento, textura aberta do direito e discricionariedade. Em conjunto, as teorias de Raz e Hart fornecem um quadro teórico adequado para o estudo prático do direito. A possibilidade de uma teoria prática para a análise do direito é importante para a perspectiva proposta pelo trabalho, pois ao tentar agir de forma preventiva, identificando o conteúdo do direito e modulando sua conduta, o agente privado está preocupado com a efetiva experiência do direito, vale dizer: com a forma como o direito será exercido sobre si. Seu objeto é a prática do direito. Isto demonstra a importância de enxergar a formação do conteúdo jurídico para além das fontes tradicionalmente conhecidas como positivadas. A tese defenderá que se o direito possui uma textura aberta, sendo necessária a criação judicial e administrativa de conteúdo jurídico para suprimir suas zonas de incompletude ou incerteza, então o agente privado não encontrará nas fontes positivadas a resposta exaustiva sobre como deverá agir. Para demonstrar este argumento, a tese propõe dois cenários fictícios (Lei de Tóxicos e Lei de Crimes Ambientais) e um cenário real: o contexto sociopolítico brasileiro entre 2019 e 2023, juntamente com o contexto jurídico que levou a abertura do *Inquérito das Fake News*. Veremos que os três cenários contêm exemplos importantes sobre o exercício da discricionariedade e nos permitem distinguir entre discricionariedade legítima e abusiva. Nos permitem também distinguir entre cenários de relativa harmonia sistêmica e cenários de crise sistêmica, onde há o uso generalizado de discricionariedade abusiva nas várias camadas de exercício dos Poderes e órgãos administrativos, ferindo a concepção da autoridade como serviço. Disto decorre o colapso da função e capacidade de coordenação social do direito, podendo resultar em quebra de regime. Ao final, a tese propõe que a capacidade do agente privado de identificar o direito de forma preventiva depende do estado do sistema (harmônico ou em crise) e da análise de fontes sociais (morais, políticas, institucionais etc.) que em muitos casos dificilmente poderiam ser conhecidas *ab initio*.

Palavras-chave: Joseph Raz; Herbert Hart; perspectiva do agente privado; concepção da autoridade como serviço; regra de reconhecimento; discricionariedade; discricionariedade abusiva; Inquérito das *Fake News*.

ABSTRACT

This work uses the tools of analytical philosophy of law and philosophy of language to study the tension zone between law and politics, with the aim of understanding the possibility and limits available for the private agent to identify legal content in a preventive manner. It is argued that by adopting the perspective of the private agent, one gains a privileged view of the formation of legal content. The work draws on Joseph Raz's theory to study how law can constitute itself as an authority and the necessary conditions for the private agent to consider legal content as reason for action. In this section, the concepts of alleged authority thesis, the service conception of authority, and the preemption thesis will be presented. Following that, the work draws upon Herbert Hart's theory to understand the process of the formation and creation of legal content, primarily through the analysis of the authorities' behavior. In this section, the concepts of the rule of recognition, law's open texture, and discretion will be presented. Together, the theories of Raz and Hart provide a suitable theoretical framework for studying the law in practice. The possibility of developing a practical theory for legal analysis is central to the perspective presented in this work. By attempting to act preventively – identifying legal content and adjusting behavior accordingly – the private agent is focused on the real-world experience of law, specifically how it will be applied to them. The object of study is the practice of law itself. This highlights the importance of understanding the formation of legal content beyond the traditionally recognized sources of positivism. The thesis will argue that if law has an open texture, requiring judicial and administrative creation of legal content to address its incompleteness or uncertainties, the private agent will not find exhaustive answers in traditional legal sources about how to act. To demonstrate this argument, the thesis proposes two fictional scenarios (Drug Law and Environmental Crimes Law) and one real scenario: the Brazilian sociopolitical context between 2019 and 2023, along with the legal context that led to the implementation of the Fake News Inquiry. We will see that the three scenarios contain important examples of the exercise of discretion and allow us to distinguish between legitimate and abusive discretion. They also allow us to distinguish between scenarios of relative systemic harmony and scenarios of systemic crisis, where there is widespread use of abusive discretion across various layers of exercise of powers and administrative bodies, which, because of the service conception of authority, leads to the collapse of its function and capacity for social coordination, potentially resulting in a collapse of the regime. In the end, the thesis proposes that the private agent's ability to identify the law in a preventive manner depends on the state of the system (harmonious or in crisis) and on the analysis of social sources (moral, political, institutional etc.) that, in many cases, could hardly be known *ab initio*.

Keywords: Joseph Raz; Herbert Hart; perspective of the private agent; service conception of authority; rule of recognition, discretion; abusive discretion; Fake News Inquiry.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO 11

2. O PROBLEMA DA IDENTIFICAÇÃO DO CONTEÚDO JURÍDICO: CONTEXTUALIZAÇÃO E PREMISSAS TEÓRICAS 16

2.1. A PERSPECTIVA DO AGENTE PRIVADO E DO ADVOGADO CONSULTIVO 35

2.1.1. Primeiro cenário mental 37

2.1.2. Segundo cenário mental 44

3. JOSEPH RAZ E OS FUNDAMENTOS DA AUTORIDADE JURÍDICA 50

3.1. TEORIA PRÁTICA DA AUTORIDADE DO DIREITO 59

3.2. TESE DA AUTORIDADE ALEGADA 66

3.3. CONCEPÇÃO DA AUTORIDADE COMO SERVIÇO 71

3.4. NORMAS JURÍDICAS ENQUANTO RAZÕES PROTEGIDAS PARA AÇÃO 78

3.5. A OBRA DE JOSEPH RAZ E A PERSPECTIVA DO AGENTE PRIVADO 81

4. HEBERT HART E O CONCEITO DE VALIDADE JURÍDICA 83

4.1. TEORIA PRÁTICA DAS REGRAS 88

4.2. REGRA DE RECONHECIMENTO 96

4.2.1. Enunciados externos e internos e a relação entre validade e eficácia 100

4.2.2. Sociologia descritiva e psicologia: o problema do argumento da aceitação (e uma solução) 105

4.2.3. Regra última e hierarquia de critérios 108

4.3. TEXTURA ABERTA DO DIREITO 111

4.4. TESE DA DISCRICIONARIEDADE 117

4.4.1. Conceito e tipos de discricionariedade 126

4.4.2. Abuso de discricionariedade: crise sistêmica e o Inquérito das *Fake News* 132

4.4.2.1. Crise sistêmica: contextualização fática 134

4.4.2.2. Discricionariedade abusiva: o *Inquérito das Fake News* 141

4.4.2.3. Terceiro cenário mental 153

5. O CONTEÚDO JURÍDICO NA PERSPECTIVA DO AGENTE PRIVADO . 157

5.1. TESE DA CONVENCIONALIDADE: A REGRA DE RECONHECIMENTO EM ZONA DE DISPUTA 157

5.2. A REGRA DE RECONHECIMENTO EM CRISE SISTÊMICA 167

5.3. CONTEÚDO E FONTES JURÍDICAS NA PERSPECTIVA DO AGENTE PRIVADO 177
6. CONCLUSÃO 184
7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 195

1. INTRODUÇÃO

Parte do positivismo jurídico contemporâneo, especialmente aquele vinculado a tradição analítica de H. L. A. Hart, adotou um conceito de direito socialmente orientado e um conceito de normas pensadas enquanto razões para agir (enquanto padrões para inferências práticas). Neste sentido, as teorias deste tipo evidenciaram a função prática dos sistemas normativos, e em especial do sistema jurídico, no sentido de auxiliar a tomada de decisões para a condução de nossas vidas. Não por outro motivo a teoria do direito hartiana ficou conhecida pela sua natureza sociológico-descritiva, e este aspecto marcou profundamente a tradição que se seguiu sobre as bases de Hart.

Ao formular sua teoria prática de regras, Hart estabeleceu a maior premissa metodológica e epistemológica de sua corrente de pensamento: a ideia de que o direito é um fenômeno fático-normativo, sendo seus aspectos lógico-formais e fático-sociais indissociáveis para a criação de um conceito de direito capaz de explicar o fenômeno de forma ampla. Nesse sentido, Hart se posiciona a meio caminho entre o normativismo positivista de Hans Kelsen e a sociologia empírica de Max Weber, para defender que os aspectos normativos e fático-sociais do direito manteriam entre si uma relação de interdependência, podendo o conteúdo do direito ser identificado apenas naquela zona de intersecção entre o regime de regras pré-estabelecidas de um sistema jurídico e a forma de atuação crítica das autoridades.

Devemos tomar cuidado em não atribuir como novidade do pensamento hartiano o empiricismo, como muitos autores fizeram. A despeito do foco normativo da teoria de Hans Kelsen, por exemplo, sua teoria não é menos empírica do que aquelas com enfoque sociológico. O objeto de suas pesquisas não é um ser metafísico e sua teoria nasce como uma forma de combate às teorias jusnaturalistas, negando que o conteúdo do direito seria formado ou fundamentado na existência e natureza de alguma entidade sobrenatural. De fato, sua teoria tem como objeto o estudo do ser normativo, que possui base em fontes materiais e, portanto, empíricas. Nesse sentido, essa pequena desambiguação é importante, pois muitos autores de diversas correntes tentaram clamar para suas teorias o título de “empíricas”, negando-lhe às outras, o que visivelmente não é sempre verdade.

O elemento especial e distintivo do pensamento Hartiano não se encontra na sua natureza empírica exatamente, mas na compreensão de que existem mais de um elemento empírico importante para a compreensão do fenômeno. O estudo lógico-formal do sistema normativo não é menos empírico que o estudo dos fatos sociais. E Hart foi importante para a

história do pensamento da teoria do direito não apenas por compreender que estas duas facetas do direito estariam indissociavelmente conectadas, mas por efetivamente enfrentar o problema e oferecer uma análise do direito que assumiria um caráter "bifronte como Jano". Sua pesquisa foi dedicada a utilizar as ferramentas da filosofia analítica e filosofia da linguagem para criar uma teoria unificada dos aspectos normativos e sociais do direito.

A presente pesquisa usa como ponto de partida esta concepção metodológica de H. L. A. Hart, para avançar novas perguntas com base em uma perspectiva específica, diferente daquela adotada por Hart. A teoria do direito de Hart foi pensada para o estudante e teórico do direito[1], principalmente, e buscou elucidar a estrutura geral do fenômeno jurídico a partir de uma perspectiva específica, que será mais bem elucidada à frente, mas que podemos considerar, desde já, como bastante limitada ao comportamento das autoridades.

Nesta pesquisa, temos o objetivo de compreender como e em que sentido um conteúdo pode ser considerado como parte do direito. Esta não é uma questão filosoficamente nova, e de uma forma ou de outra foi o objeto da grande maioria dos teóricos do direito, se não todos. Todavia, o presente trabalho propõe que a adoção de uma perspectiva diferenciada pode oferecer novos problemas e, com isso, novas questões e possivelmente novas respostas sobre a estrutura teórica de Hart e dos autores que lhe sucederem, aprimorando nossa compreensão de suas teorias e seus conceitos. Propõe-se aqui que o problema da identificação do conteúdo do direito seja analisado a partir da perspectiva do agente privado que tenta utilizar as fontes jurídicas para tomar decisões orientadas para a ação e há razões para isso.

Se a teoria do direito hartiana oferece respostas consistentes para a compreensão sistêmica e teórica da natureza prática do fenômeno jurídico, não parece ser verdade, *prima facie*, que esta teoria oferece ferramentas adequadas para a prática do direito em si (ou para a explicação da validade jurídica em termos da experiência do direito, em outras palavras). De início, podemos apontar que conceitos importantíssimos da teoria de Hart, que explicam o fenômeno jurídico de forma profunda, como as noções de regra de reconhecimento, textura

---

[1] "Meu objetivo neste livro foi aprofundar a compreensão do Direito, da coerção e da moral como fenômenos sociais distintos mas relacionados entre si. Embora destinado primordialmente ao estudante da teoria do direito, espero que também possa ser útil àqueles cujos interesses são, em vez do direito, a filosofia moral ou política ou a sociologia. O jurista verá o livro como um ensaio sobre a teoria analítica do direito, já que seu objetivo é elucidar a estrutura geral do pensamento jurídico e não fazer uma crítica do direito ou das políticas legislativas. Além disso, pode-se dizer que levantei, em muitos passos, indagações que podem dizer respeito ao significado das palavras. (...) Apesar de sua preocupação com a análise, o livro pode também ser encarado como um ensaio de sociologia descritiva, pois a ideia de que a investigação sobre os significados das palavras lança luz apenas sobre estas é falsa." (HART, 2009, Prefácio).

aberta e discricionariedade judicial, todos interligados entre si e importantes para a compreensão das ideias de validade e pertencimento jurídico, são indubitavelmente úteis para a análise conceitual do fenômeno jurídico.

Todavia, podemos identificar aspectos de incompletude teórica nestes conceitos quando nossa finalidade é a prática e não a análise do direito. Incompletudes deste tipo são evidenciadas se adotarmos a perspectiva do agente privado ou do advogado consultivo que tentam planejar a melhor forma de ação dentro dos limites legais, de forma preventiva, prevendo o direito aplicável sobre o caso antes de submeter o caso à apreciação dos órgãos administrativos e judiciais. Neste contexto, as respostas conceitualmente coerentes de Hart, que demonstram os mecanismos de integridade de um sistema jurídico inevitavelmente dotado de textura aberta, podem implicar em consequências graves para a capacidade do agente privado de agir preventivamente.

O presente trabalho, portanto, busca analisar em que sentido as regras jurídicas são tidas como razões para agir (como fundamentos em inferências práticas), como é formada sua obrigatoriedade e a possibilidade e limites de um padrão de identificação das fontes jurídicas dotado de funcionalidade prática e não de mera consistência lógica.

No próximo capítulo, será apresentado um tópico de contextualização. Considerando quão vasta é a teoria do direito, mesmo se limitarmos nossa atuação à tradição anglo-saxã, se faz importante posicionar o leitor no debate histórico no qual se pretende adentrar. Com isso, o tópico seguinte fará apontamentos gerais e metodológicos. Destaca-se desta contextualização a demonstração da importância da metodologia hartiana, baseada na fenomenologia da linguagem de John Langshaw Austin. Após esta primeira introdução contextual e de premissas teóricas, o trabalho procede para a demonstração da perspectiva do agente privado e do advogado consultivo e dos problemas que estes ordinariamente enfrentam ao tentar identificar o conteúdo jurídico para a ação preventiva (ou prevenida). Defenderei que esta perspectiva nos coloca em uma posição privilegiada para observar o problema da identificação do conteúdo do direito e que em geral esta posição foi ignorada pela teoria analítica do direito (tal afirmação não é verdadeira no caso do realismo jurídico), em especial por aquela arcaicamente chamada de positivismo jurídico.

Apresentada a contextualização e a perspectiva que se defende como aspecto inovador do trabalho, colocaremos autores selecionados sob as lentes desta perspectiva. De início, importante apontar que dentre os autores que pesquisaram o comportamento do agente privado

em relação ao fenômeno jurídico, Joseph Raz e sua teoria de autoridade ocupam um lugar de proeminência na teoria do direito contemporânea. Este autor foi um dos maiores responsáveis pelo desenvolvimento das bases da teoria hartiana, especificamente construindo uma teoria da autoridade voltada para compreender os fundamentos da normatividade jurídica como orientados e baseados nas práticas e valores dos agentes privados.

Com a exposição desta teoria, teremos ferramentas metodológicas e conceituais adequadas para compreender os conceitos de normas enquanto razões para agir, de obrigatoriedade jurídica e da natureza da autoridade jurídica, sem as quais não faria sentido tratar as normas como razões para ação. Dentre estas ferramentas, demonstrar-se-á importante a tese da autoridade alegada, que nos permitirá compreender a forma fictícia como as autoridades públicas fundamentam suas decisões e orientam seu comportamento, apontando através da análise de sua linguagem e ação a forma como o direito se apresenta como autoridade legitima, ainda que tal apresentação não passe de uma alegação, e o motivo pelo qual utilizamos suas diretivas em inferências práticas (a fonte de obrigatoriedade jurídica).

Alguém poderia questionar a escolha de apresentar a obra póstuma de Joseph Raz antes da apresentação da obra de Herbert Hart, mas tal escolha não se deu por acaso. O presente trabalho não busca ser um trabalho de história da filosofia do direito e, nesse sentido, não há compromisso com a cronologia das obras. Por outro lado, este trabalho assume uma perspectiva específica (a perspectiva do agente privado) para a análise de um problema específico (o problema da identificação do conteúdo jurídico). Nesse sentido, a teoria de Joseph Raz, apesar de representar uma continuidade da escola hartiana, não é um mero aprofundamento de sua teoria. Raz coloca o agente privado no centro da análise da normatividade e autoridade jurídicas, de forma que o quadro conceitual oferecido por este autor cumpre uma função metodológica antecedente àquele que Hart cumprirá no contexto desta pesquisa.

Estabelecidos estes importantes marcos conceituais, diretamente influentes na perspectiva do agente privado, e demonstrada a tese da autoridade alegada, adentraremos na pesquisa a qual efetivamente nos orientamos: a análise do conceito de regra de reconhecimento na obra de H. L. A. Hart, central para sua compreensão da validade jurídica. Para isso, o trabalho iniciará o referido capítulo com uma exposição da teoria prática de regras como pensada por Hart no momento de publicação de sua obra *The Concept of Law* (1961), que fornece os conceitos mínimos necessários para a compreensão do problema da formação do conteúdo jurídico em sistemas complexos, nos termos desta tese.

Após, analisaremos conceitos fundamentais da teoria de Herbert Hart, dedicando especial atenção aos temas do ponto de vista interno, da textura aberta e da discricionariedade judicial. Estes três conceitos formam o eixo central da teoria hartiana sobre o direito com forte influência da filosofia da linguagem que florescia na Europa e em Oxford na época. Veremos que uma compreensão aprofundada do significado de textura aberta e dos limites da discricionariedade serão determinantes para identificar sistemas estáveis e sistemas em crise e que, em conjunto, todos estes elementos serão determinantes na compreensão e proposição de ferramentas úteis ao agente privado na identificação do conteúdo jurídico.

Como forma de demonstrar as diferenças entre sistemas estáveis e sistemas em crise, a tese sai por um momento do campo teórico para analisar o contexto fático-político que transcorreu no Brasil entre o período de 2019 e início de 2023, juntamente com a abertura do Inquérito das *Fake News*. Veremos que neste cenário, conseguimos identificar com clareza diversos casos de uso de discricionariedade que não poderiam ser qualificadas outra forma que não abusivas, não se limitando à decisão de abertura do Inquérito pelo Supremo Tribunal Federal, mas ocorrendo de forma generalizada nas três esferas de Poder e se espalhando pelas autarquias administrativas e para a vida privada que foi fortemente afetada pelas dificuldade sistêmicas de coordenação social que o direito passou a enfrentar. Defenderemos que um sistema deste tipo representa uma quebra da necessária convencionalidade e harmonia habitual do direito e criam situação na qual o sistema passa a correr o risco de sua própria dissolução.

Feita a exposição dos textos, conceitos e análise empírica de forma detalhada e apresentada a interpretação deste trabalho sobre a relação entre os conceitos e a perspectiva do agente privado, a pesquisa deverá ser capaz de apresentar frutos importantes ao considerar o conteúdo jurídico de forma preventiva como fonte em inferências práticas. De início, duas teses devem ser destacadas: (i) a, *prima facie*, importância de avaliações políticas, socioeconômicas e morais contextuais – podendo todas ser agrupadas como avaliações sociais – na identificação preventiva do direito e (ii) que a depender da estabilidade do sistema, o agente privado será obrigado a realizar inferências práticas com base em fontes que serão mais divinadas do que identificadas, e cuja estabilidade é aparentemente muito frágil, podendo variar muito entre sistemas harmônicos e sistemas em crise institucional.

2. O PROBLEMA DA IDENTIFICAÇÃO DO CONTEÚDO JURÍDICO: CONTEXTUALIZAÇÃO E PREMISSAS TEÓRICAS

O fenômeno jurídico pode ser observado através de diferentes perspectivas. Considerando-se apenas os juristas, verificam-se os mais variados métodos e formas de pesquisas. Existem aqueles que se dedicam ao estudo doutrinário: a análise do dever ser normativo e sua interpretação. Existem também aqueles que se dedicam ao estudo do ordenamento normativo: a análise do ser das leis e da natureza de normas que pertencem ao sistema jurídico. Também, desde Max Weber – e alguns autores anteriores, como Georg Jellinek – e atualmente com mais força em correntes positivistas contemporâneas, realistas, pós-positivistas e sócio analíticas do direito, existem aqueles dedicados ao estudo da institucionalidade e convencionalidade social na formação do conteúdo do direito. Também em Weber encontramos estudos sobre a importância de problemas políticos e econômicos e seu peso no processo decisório de validação empírica[2], algo que não foi ignorado pela teoria do direito contemporânea, em especial na obra de Ronald Dworkin, ainda que sua análise não seja compatível com aquela weberiana. Também, problemas típicos da filosofia da linguagem, do uso ordinário da linguagem e da natureza deste fenômeno devem ser trazidos à baila, como o fizeram John Langshaw Austin, Herbert Hart e os seguidores de sua tradição filosófica, por serem questões indissociáveis de qualquer prática social humana.

---

[2] Ensina Max Weber: (...) o desenvolvimento das qualidades formais do direito exibe traços estranhamente contraditórios. O direito, rigorosamente formalista e limitado ao que é manifesto, na medida em que o exige a segurança das relações comerciais, é não-formal no interesse da lealdade comercial, na medida em que é condicionado pela interpretação lógica do sentido da vontade das partes ou dos "bons costumes comerciais", entendidos como um "mínimo ético". Além disso é forçado a tomar um rumo antiformal por todos aqueles poderes que exigem da prática jurídica algo diverso de um meio de luta de interesses pacífica. Atuam nesse sentido as reivindicações materiais de justiça de interesses de classes sociais e as ideologias, a natureza também hoje atuante em determinadas formas de dominação políticas, especialmente autocráticas e democráticas e as ideias sobre a finalidade do direito que lhe são adequadas, e a exigência pelos "leigos" de uma justiça que seja compreensível para eles. Eventualmente também, pressionam nesse sentido, como vimos, as pretensões de poder, ideologicamente fundamentadas, da própria classe dos juristas. Mas, qualquer que seja a forma que assumam o direito e a prática jurídica, sob essas influências, seu destino inevitável, como consequência do desenvolvimento técnico e econômico e a despeito de toda judicatura leiga, será o desconhecimento crescente, por parte dos leigos, de um direito, e a crescente tendência a considerar o direito vigente um aparato técnico com conteúdo desprovido de toda santidade racional e, por isso, modificável a submissão, muitas vezes crescente, por razões gerais, ao direito já existente, mas não há como o direito realmente afastar-se dele. Todas as exposições modernas mencionadas , cientificamente muitas vezes bastante valiosas, de tipos sociológico-jurídico e filosófico-jurídico, somente contribuirão para fortalecer essa impressão, ainda que representem teorias sobre a natureza do direito ou sobre a posição do juiz, qual for seu conteúdo (WEBER, 1999, p. 153).

Dentro e fora das universidades de direito, também, diversas outras perspectivas podem ser assumidas, desde a análise quantitativa de posicionamentos jurisprudenciais, a eficácia de leis promulgadas, a força prática vinculante de precedentes ou até o estudo sobre a relação entre a qualidade do café da manhã do juiz e a leniência de suas sentenças naquele dia, vez que não podemos também negar o caráter humano das autoridades[3]. Ao profissional do direito, dedicado diariamente à operação do sistema jurídico, com certeza algumas destas pesquisas serão preferíveis à outras e surgirão dúvidas e desconfortos ao se deparar com alguns destes estudos acadêmicos, em especial àqueles ligados ao pensamento analítico do direito. O hiper foco de algumas correntes jusfilosóficas na compreensão do direito enquanto sistema normativo e sua natureza lógico-formal invariavelmente causará estranhamento no operador e, não sem motivo, lhe parecerá um campo estéril de pesquisa, como também a Weber parecia[4].

Colocando em pauta o sistema brasileiro, com certeza se utilizarmos a tradicional preocupação com o direito enquanto ordenamento normativo e suas características lógico-formais, encontraremos aspectos de fraqueza e incompletude na explicação do fenômeno. Isto não significa que estas pesquisas são pouco importantes ou que a premissa positivista de que o direito se trata de um fenômeno normativo esteja equivocada. Todavia, o estudo prolífico do fenômeno jurídico deve ir além da lógica normativa formal construída ao longo das décadas e avançar para a natureza prática do direito ou, pelo menos, ir além da relação entre normas e decisões judiciais para compreender como o jurisdicionado experiencia a autoridade jurídica. Para emprestar o famoso exemplo de Herbert Hart e o ainda mais célebre conceito de Ludwig Wittgenstein: o jurisdicionado deve compreender o jogo que está em pauta, do qual não é mero objeto, mas também participante, na operação, aplicação, experiência e *enforcement* do direito.

O trabalho que ora se apresenta busca ser um trabalho de filosofia analítica do direito e nesse sentido, é um trabalho sobre conceitos. Todavia, a pesquisa também é feita por um operador que inegavelmente tem o objetivo de trazer o pensamento metafísico e formal para o dia a dia da prática e experiência do direito, colocando-os em contraponto. O objetivo final do

---

[3] Ver em: PRIEL, Dan. Law is What the Judge Had for Breakfast: a brief history of an unpalatable idea. *In*: Buffalo Law Review. Vol. 68. N. 3. pp. 901-924. York: York University, 2020.

[4] "Na minha opinião, são precisamente as duas últimas observações que melhor revelam um tipo de pensamento que também foi compartilhado por Weber. Neles, nota-se um interesse pelo aspecto empírico do direito, em contraste com o tratamento dogmático-jurídico da Ciência do Direito. Metodologicamente, tanto Jellinek quanto Weber destacaram a existência de uma abordagem empírica do direito, ao lado da estritamente jurídica. No entanto, Weber, em maior medida do que Jellinek, rejeitou fazer um tratamento do direito a partir de um ponto de vista jurídico-dogmático, por considerá-lo excessivamente limitado, e preferiu a sua análise empírica, o que implicava um campo de ação mais amplo e um conhecimento do fenômeno jurídico mais enriquecedor" (DULCE, 1989, p. 63, tradução do autor).

trabalho é aparentemente simples, mas completamente não pacificado na teoria do direito: identificar a possibilidade de um conceito de validade compatível com a experiência prática do jurisdicionado que assume o conteúdo do direito como razão protegida para a ação, seja por considerar o direito legítimo, seja por decisões utilitaristas atreladas à conquista de finalidades diversas livre de sanções. Vale dizer: busca-se verificar a possibilidade de conceito pragmático de validade jurídica (e pragmático no simples sentido no qual o conteúdo do direito é utilizado como razão para agir). Este objetivo aponta os desafios e caminhos metodológicos, teórico-conceituais e empíricos que devem – ou podem – ser assumidos.

Com os novos desafios que se apresentam diante da natureza dinâmica do direito é natural que conceitos precisem ser atualizados ou mais bem compreendidos para poder explicar novas realidades. Os estudos sobre a lógica de normas já há algum tempo não podem ficar limitados ao estudo da legislação vigente promulgada e suas relações internas de hierarquia, se tivermos como objetivo o fornecimento de um conceito de direito satisfatório ao operador e ao jurisdicionado, diariamente confrontados não apenas com questões legislativas, mas com profundos problemas de linguagem, coordenação social e institucionalidade jurídica, bem como com a, *prima facie*, crescente incerteza sobre a validade e estabilidade das fontes jurídicas. A análise doutrinária do dever ser legal é importante, mas para a prática judicial ordinária é o ser sistêmico do direito que, em última instância, interessa, servindo as pesquisas doutrinárias como fundamentos argumentativos para defesas e decisões judiciais, não havendo nenhuma vinculação necessária do operador ou jurisdicionado com este tipo de pensamento, ainda que a relação seja possível e talvez até mesmo desejável.

O operador que optar por uma atuação arcaica, por limitar sua prática ao conteúdo legislativo, ver-se-á derrotado pelo conteúdo convencional que é parte necessária do direito e que, por vezes, mantém uma relação muito distante – ou relação nenhuma – com a legislação teoricamente aplicável ao caso. De fato, a contradição entre leis, precedentes e práticas executivas, comum na realidade social contemporânea, é um exemplo claro desta situação na qual o operador do direito pode ser induzido ao erro profissional na hipótese em que se fundamentar na legislação e ignorar que a normatividade em termos práticos tem fundamento em fontes mais amplas e por vezes bastante incertas. Este é o problema da identificação das fontes, que o conceito de validade jurídica deve responder.

Apresenta-se aqui o primeiro ponto de partida (e o primeiro problema). Na perspectiva de trabalho proposta, estamos trabalhando com a tese amplamente difundida de Herbert Hart

que afirma que o direito é um fenômeno fático-normativo[5] e que estes dois elementos (empírico-pragmáticos e jurídico-formais) são indissociáveis na compreensão do fenômeno jurídico como um todo e em especial na compreensão da validade e autoridade do direito. Também seguindo a linha hartiana, assumimos a tese das fontes como verdadeira, no sentido tradicional do positivismo, segundo o qual a validade de um conteúdo normativo se encontra fundamentada em algum tipo de fonte material convencionalmente validada (fonte social)[6].

Vale também ressaltar desde já que é um erro comum acreditar que a tese das fontes positivista possui um caráter fechado, aceitando como fontes válidas apenas aquelas previstas em legislação positivada. A tese das fontes possui uma textura aberta e a força hierárquica das fontes entre si mantêm uma relação contingente, assim como os tipos de fontes aceitas possuem um caráter contingente, podendo mudar de jurisdição para jurisdição, como bem ensina Herbert Hart:

> Em um sistema jurídico evoluído, as normas de reconhecimento são evidentemente mais complexas: em vez de identificarem as normas exclusivamente pela consulta a um texto ou lista, o fazem por meio da referência a algumas características gerais das normas primárias. Pode ser, por exemplo, o fato de terem sido aprovadas por um órgão específico, ou sua longa prática consuetudinária, ou ainda por sua relação com as decisões judiciais. Além disso, quando mais de uma dessas características gerais são tratadas como critérios de identificação, deve-se admitir a hipótese de um eventual conflito, o que leva as normas a serem classificadas por ordem de primazia, como no caso da habitual subordinação do costume ou do precedente à lei positivada, constituindo esta última uma "fonte hierarquicamente superior" (HART, 2012, p. 123).

Note-se que os exemplos de fontes válidas oferecidas por Hart não são taxativos e que a obediência do precedente à lei é apenas "habitual". Não se pode esquecer, claro, que todo jurista existe em um tempo e uma jurisdição específicas, como explica Neil Maccormick:

> Embora tal obra vise à universalidade de aplicação, supostamente relevante tanto para tradições jurídicas bastante diversas quanto para a do próprio autor, todo jurista tende a refletir as marcas de sua própria localidade histórica e geográfica. A obra de Hart,

---

[5] Ensina Herbert Hart: "A afirmação de que um sistema jurídico existe é, assim, uma declaração bifronte como Jano, que contempla tanto a obediência por parte dos cidadãos comuns quanto a aceitação das normas secundárias pelas autoridades, que encaram tais normas como padrões críticos comuns para o comportamento oficial. (...) onde exista a união de normas primárias e secundárias – que é, como sustentamos, a maneira mais frutífera de conceber um sistema jurídico –, a aceitação das normas como padrões comuns para o grupo pode ser separada da questão relativamente passiva do consentimento individual às normas por meio da obediência em caráter exclusivamente pessoal. Num caso extremo, o ponto de vista interno com seu uso caracteristicamente normativo da linguagem jurídica ("Esta é uma norma válida"), poderia ficar limitado ao mundo oficial. Num tal sistema complexo, só as autoridades aceitariam e utilizariam os critérios de validade jurídica do sistema. Uma sociedade assim poderia ser deploravelmente subserviente e acarneirada, e os carneiros poderiam acabar no matadouro; mas não há motivos para pensarmos que não poderia existir ou para negar-lhe a qualificação de sistema jurídico (HART, 2009, p. 151)".

[6] Ensina Joseph Raz: "o direito é baseado em fontes se sua existência e conteúdo podem ser identificados por referências apenas a fatos sociais, sem utilizar-se de nenhum tipo de argumento valorativo (RAZ, 1985, p. 296)".

> embora não se dirija especificamente às instituições britânicas e apesar de ele afirmar que se aplicava aos sistemas legais de maneira geral, é ainda claramente reconhecível como o trabalho de um advogado inglês do Séc. XX. (MACCORMICK, 2009, p. 9)

MacCormick não está de todo errado e sua afirmação é consistente com a consideração que Hart faz sobre a obediência do precedente a lei, com os exemplos pensados e com a forma como Hart via a separação entre problemas jurídicos e políticos. Todavia, vale ressaltar que Hart manteve fortes discordâncias teóricas com a obra biográfica, avançando críticas a descrição de sua teoria do direito da forma como foi feita, afirmando ser mais positivista do que MacCormick o havia feito parecer[7]. As críticas levaram MacCormick a escrever uma segunda edição de sua obra "H. L. A. Hart", na qual manteve sua interpretação, mas incluiu as críticas de Hart. Em defesa de Hart autor, penso que seu conceito de regra de reconhecimento é suficientemente contingente em suas especificidades e preciso em suas necessidades para se aplicar a quase todas (se não todas) as formas de sistemas jurídicos que possamos imaginar – ao menos se adotarmos a institucionalidade como requisito do caráter jurídico. Isto fica claro com o uso que Hart faz dos termos "habitualidade" e com a exposição não taxativa das possíveis fontes a serem consideradas como válidas em cada sistema.

Assim, a velha resposta positivista de referência às fontes sociais como método de identificação do conteúdo válido do direito, longe de ser uma simples questão de *pedigree*[8] ou uma simples referência ao processo legislativo como real criador do conteúdo jurídico, se encontra desde o começo em uma situação de incerteza e, por vezes, o jurisdicionado e o operador terão de divinar o conteúdo protegido do direito para além das fontes tradicionais, adentrando na própria lógica institucional judicial e administrativa, mergulhada em problemas que não são apenas jurídicos, mas também políticos, socioeconômicos, morais e pessoais. Nas democracias constitucionais modernas, onde a interpretação moral e política de princípios abertos se tornou a regra esta incerteza se encontra em situação ainda mais grave. Torna-se

---

[7] Menciona Maccormick na segunda edição de sua obra "H. L. A. Hart": "In response to a question by Twining about his reaction to the first edition of this book, Hart 'indicated general approval, but said emphatically that he considered himself to be more of a hardened positivist than MacCormick had depicted'. The Postscript certainly underlines this self-conception of Hart's, and indeed Hart once remarked to me that I made him out to be more of a natural lawyer than he wanted to be (MACCORMICK, 2009, p. 16)".

[8] De acordo com Dworkin: "O direito de uma comunidade é um conjunto de regras especiais utilizado direta ou indiretamente pela comunidade com o propósito de determinar qual comportamento será punido ou coagido pelo poder público. Essas regras especiais podem ser identificadas e distinguidas com o auxílio de critérios específicos, de testes que não têm a ver com seu conteúdo, mas com o seu *pedigree* ou com a maneira pela qual foram adotadas ou formuladas. Esses testes de *pedigree* podem ser usados para distinguir regras jurídicas válidas de regras espúrias (regras que advogados e litigantes erroneamente argumentam ser regras de direito) e também de outros tipos de regras sociais (em geral agrupadas como "regras morais") que a comunidade segue, mas não faz cumprir através do poder público (DWORKIN, 2002, p. 29)".

necessário compreender a forma como a fonte se torna jurídica e o como é construído o conteúdo que lhe é atribuído e considerado seu significado vinculante.

Diversas respostas foram oferecidas para o problema, dentre elas, a tese da resposta correta[9] (ou teoria da integridade), desenvolvida pelo proeminente filósofo do direito e herdeiro da cadeira de *jurisprudence* que anteriormente pertencia a Herbert Hart em Oxford, Ronald Dworkin. De acordo com Dworkin, parte do conteúdo dos princípios jurídicos é deduzido através de racionalização e argumentação. Princípios não se tornam parte do direito em razão de seu "*pedigree*" (termo pejorativo utilizado por Dworkin para se referir à sua leitura equivocada da tese das fontes), mas sim por ser uma questão de verdade moral. Em termos dworkinianos: consideradas todas as coisas, dentre elas a necessidade de uma moral liberal, sempre existirá uma resposta principiológica (moral) correta para todo caso.

Neste trabalho, concordaremos com Dworkin que a tese das fontes pode muitas vezes ser derrotada (ou alterada) no processo judicial: juízes nem sempre têm todas as fontes tradicionais necessárias para a solução de um caso, ou ainda, podem possuir diversas fontes contraditórias entre si. Também não há nada fora do mundo ideal que confirme que o magistrado considera a interpretação ordinária da lei promulgada e dos precedentes como razão protegida para a decisão e não é incomum que regras explícitas sejam derrotadas por táticas argumentativas de racionalização sistêmica. Dworkin inteligentemente notou que nestes casos os juízes adotam uma fundamentação principiológica, em sua visão, tentando identificar na moralidade social e na lógica moral do sistema normativo e ordem social alguma solução coerente com a totalidade do sistema, ainda que não expressamente prevista. Todavia, entendo que nesse sentido, o argumento de Dworkin faz pouco além de explicar em detalhes mais específicos o processo que ocorre nos casos em que o juiz é obrigado a utilizar a

---

[9] Dworkin utiliza o exemplo de um romance escrito em cadeia por diferentes autores para explicar que existe uma resposta correta com base no contexto proposto, afirmando que o direito nunca é incompleto, mas deve ser descoberto pela análise contextual: "Suponha que um grupo de romancistas seja contratado para um determinado projeto e que jogue dados para definir a ordem do jogo. O de número mais baixo escreve o capítulo de abertura de um romance, que ele depois manda para o número seguinte, o qual acrescenta um capítulo, com a compreensão de que está acrescentando um capítulo a esse romance, não começando outro, e, depois, manda os dois capítulos para o seguinte, e assim por diante. Ora, cada romancista, a não ser o primeiro tem a dupla responsabilidade de interpretar e criar, pois precisa ler tudo o que foi feito antes para estabelecer, no sentido interpretativista o que é o romance criado até então. Deve decidir como os personagens são realmente, que motivos os orientam, qual é o tema ou o propósito do romance em desenvolvimento, até que ponto algum recurso ou figura literária, consciente ou inconscientemente usado, contribui para estes, e se deve ser ampliado, refinado, aparado ou rejeitado para impelir o romance em uma direção e não em outra. Isso deve ser interpretação em um estilo não subordinado à intenção porque, pelo menos para todos os romancistas após o segundo, não há um único autor cujas intenções qualquer intérprete possa, pelas regras do projeto, considerar como decisivas (DWORKIN, 2005, p. 235-237)".

discricionariedade judicial, diante de contradição ou incompletude sistêmica, como explicada por Herbert Hart:

> A textura aberta do direito significa que existem, de fato, áreas do comportamento nas quais muita coisa deve ser decidida por autoridades administrativas ou judiciais que busquem obter, em função das circunstâncias, um equilíbrio entre interesses conflitantes, cujo peso varia de caso para caso. Entretanto, a vida do direito consiste em grande parte em orientar tanto as autoridades quanto os indivíduos particulares através de normas precisas, que, diversamente das aplicações de padrões variáveis, não lhes exijam uma nova decisão a cada caso. Esse fato evidente da vida social permanece verdadeiro mesmo que possam surgir dúvidas quanto à aplicabilidade de qualquer norma (escrita ou transmitida por precedente) a um caso concreto. Nisso, à margem das normas e nos espaços deixados em aberto pela teoria dos precedentes, os tribunais desempenham uma função normativa que os órgãos administrativos também desempenham nuclearmente, ao elaborar padrões variáveis. Em um sistema no qual o princípio do *stare decisis* seja firmemente reconhecido, essa função dos tribunais se assemelha muito ao exercício, por parte de um órgão administrativo, de poderes normativos delegados. Na Inglaterra esse fato é muitas vezes obscurecido pelo formalismo verbal, pois os tribunais frequentemente desmentem essa função criadora e insistem em que a função adequada da interpretação jurídica e do uso do precedente são, respectivamente, buscar a "intenção do legislador" e fazer referência ao direito já existente (HART, 2012 pp. 175-176).

O argumento de Dworkin nos serve, portanto, na medida em que se propõe como ferramenta para compreender como fundamentam as autoridades. Por outro lado, Dworkin fixou a moralidade liberal como o paradigma necessário a ser adotado na identificação do direito[10]. A forma correta de compreender o argumento é o enxergar como diretamente voltado para o direito dos Estados Unidos da América, no qual, segundo o autor, esta seria a moralidade social identificada como válida naquele contexto social e político, "consideradas todas as coisas", motivo pelo qual deveria ser o paradigma decisório, estando errada qualquer decisão que seja contrária a esse paradigma, ainda que fundamentada em regras dotadas de "*pedigree*".

Podemos discordar de Dworkin em diversos sentidos: a polarização social e a ideologia intolerante de extrema direita vêm crescendo nos Estados Unidos. A democracia americana também é considerada por muitos como a mais estável e antiga em atividade, mas essa consideração só pode ser válida se não considerarmos os direitos dos negros nesta democracia, que apenas obtiveram o sufrágio em 1965. Ademais, a segregação racial no imaginário social não é algo de um passado distante, mas recente e ainda verificável nos inúmeros casos de

---

[10] Andrei Marmor explica este raciocínio: "O princípio geral que forma a melhor justificação moral do corpo de leis relevante é o princípio jurídico que deve ser aplicado no caso específico. Em outras palavras, nós concluímos que um princípio jurídico forma parte do direito por um processo de argumentação. Nós começamos pela observação dos fatos jurídicos relevantes que foram estabelecidos pela lei anterior e então tentamos raciocinar sobre o princípio que forma a melhor justificação moral desse corpo de leis. A conclusão desse raciocínio – que é em parte, mas essencialmente, um raciocínio moral – é o princípio jurídico que forma parte do direito. (MARMOR, 2011, p. 86)

violência policial contra negros, que inclusive geraram protestos de larga escala naquele país ("Black Lives Matter"). O casamento entre pessoas do mesmo sexo não foi autorizado até 2015 e a polarização social sobre o tema dos direitos LGBTQIA+ se encontram em ponto de ebulição (fenômeno que, para ser justo, não é apenas doméstico ao contexto americano).

Dificilmente poderíamos dizer que a moral social correta e predominante naquele país seria o liberalismo moral, consideradas todas as coisas. Ademais, ainda que fosse, como bem argumentou Hart no trecho supracitado não existe nenhum motivo material para imaginar que os juízes estariam vinculados a esta forma de pensamento e existem ainda menos motivos para assumir a fundamentação judicial exposta pelos magistrados como a verdadeira motivação de suas decisões, ou ainda, como a verdadeira identificação de um conteúdo jurídico pressuposto. Apenas um grande otimismo (ou um nobre sonho[11]) em um poder moral transcendental poderia permitir conclusões deste gênero. De fato, seria mesmo inocente construir uma teoria do direito cujo conceito de direito seria definido pela forma como argumentam os juízes.

Andrei Marmor bem explica os pontos aqui levantados em favor e contra a tese da resposta correta de Dworkin:

> Suponha que seja verdade que sempre que juízes se deparam com um caso que pareça não resolvido pelo corpo existente de leis, eles raciocinam para chegar à solução da maneira como Dworkin descreve, ou seja, eles examinam o conjunto relevante de decisões anteriores e tentam descobrir a melhor justificação moral dessas decisões. E uma vez que eles encontram um princípio justificador assim, eles o aplicam para resolver o caso em questão. Até aqui, nada disso mostra que o princípio que os juízes escolheram seja um que tenha sido parte da lei antes da decisão deles. Essa história é igualmente compatível com a visão de que o princípio identificado se torna parte do direito porque, e somente porque, a decisão judicial o aplica. Em outras palavras, a história é compatível com a visão de que Dworkin simplesmente descreveu uma das principais maneiras pelas quais os juízes modificam o direito ou criam novo direito; o princípio relevante se torna parte do direito apenas devido à autoridade que os juízes têm de modificar o direito por suas decisões judiciais (se, e na medida em que, é claro, eles possuem tal autoridade). Antes da decisão judicial que identifica certo princípio como legal, esse princípio na verdade não fazia parte do direito. Ele só se torna direito quando os juízes dizem que é, e somente porque eles assim decidem. E essa interpretação estaria perfeitamente alinhada com a ideia geral de que a lei consiste em diretivas de autoridade[12] (MARMOR, 2011, p. 89).

---

[11] Termo popularizado por H. L. A. Hart em sua palestra publicada na forma de artigo em 1977 pela Georgia Law Review, intitulado. Ver em: HART, H. L. A. American Jurisprudence through English eyes: the nightmare and the noble dream. *In:* Georgia Law Review. Vol. 11. Nº 5. pp. 969-989. Disponível em: https://digitalcommons.law.uga.edu/lectures_pre_arch_lectures_sibley/33.

[12] Tradução do autor: Suppose it is true that whenever judges face a case that would seem to be unsettle by existing body of law, they reason to the solution in the way Dworkin describes, namely, they look at the relevant body of previous decisions and try to figure out the best moral justification of those decisions. And once they come up with such a justifying principle, they apply it to resolve the case at hand. So far, none of this would show that the principle the judges have settled on is one that had been part of the law prior to their decision. This story is equally compatible with the view that the identified principle becomes part of the law because, and only because, of the

Neste sentido, complementa Neil MacCormick:

> Novamente, pode existir uma grande distância entre os conceitos e regras que advogados, juízes e operadores do direito manipulam em seus debates e argumentos, e a forma como eles efetivamente conduzem os negócios que estão autorizados a conduzir. Compreender o sistema jurídico requer que olhemos além da cortina de fumaça conceitual e linguística e descobrir o que realmente acontece sob o nome de "direito", como insistiram os realistas americanos e seus sucessores sociologicamente orientados (MACCORMICK, 2009, p. 12)[13].

Neste trabalho, não temos o objetivo de refutar as teses dworkinianas, e dada a profundidade de sua teoria e o lugar de proeminência que ocupa em todo o pensamento jurídico contemporâneo, seria necessária dedicação exclusiva para esta missão e nosso tema aqui é outro. Ainda assim, o apontamento e a ressalva aqui feitas são importantes, pois parte desta percepção de Dworkin sobre como os juízes operam a discricionariedade judicial e os efeitos desta operação serão de fundamental relevância para este trabalho, da mesma forma como Dworkin foi importante para o desenvolvimento de todo o positivismo contemporâneo, influenciando de uma forma ou de outra quase toda a teoria do direito que lhe procedeu. Devemos também fazer a ressalva que a tese da resposta correta de Dworkin é parte de sua refutação da tese da discricionariedade judicial de Hart, motivo pelo qual foi necessário separar o que nos é útil para este trabalho e o que não é, apontando que seguiremos a tese da discricionariedade como útil para os fins deste trabalho e aceitaremos os argumentos de Dworkin apenas na medida em que auxiliam a compreender o fenômeno discricionário, ou seja, apenas na medida em que explicam como as autoridades fundamentam as suas decisões em casos difíceis.

Seguindo no tema, e na linha hartiana, não é novidade que o poder de interpretação judicial e administrativa é também um poder de criação normativa[14] e o operador do direito deve estar atento à estas nuances para bem executar o seu trabalho. Como dito, a presente

---

judicial decision that applies it. In other words, the story is compatible with the view that Dworkin simply described one main way in which judges modify the law or create new law; the relevant principle becomes part of the law only due to the authority judges have to modify the law by their judicial decisions (if, and to the extent, of course, that they have such an authority). Prior to the judicial decision that identifies a certain principle as a legal one, the principle had not actually formed part of the law. It only becomes law when the judges say that it is, and only because they do so. And this interpretation would be perfectly in line with the general idea that the law consists of authoritative directives.

[13] Tradução do autor: "Again, there may in any event be a gap between the concepts and rules that lawyers, judges and administrators of law manipulate in their debates and arguments, and the way in which they actually conduct the business they are authorized to do. Understanding a legal system requires us, as 'American Realists' and their sociologically minded successors in jurisprudence have insisted, to look behing the linguistic and conceptual smoke screen and find out what really goes on in tha name of 'law'".

[14] Para Dworkin seria um poder de identificação coerente da norma pré-existente, mas adotaremos a terminologia positivista.

pesquisa busca uma conceituação que satisfaça as dificuldades enfrentadas pelo operador do direito e pelo jurisdicionado na identificação do direito válido e eficaz, ou seja, do conteúdo normativo que será efetivamente aplicado no seu caso. Veremos que longe da pureza hierárquica legislativa o operador do direito e o jurisdicionado se encontrarão em uma inevitável situação de incerteza sobre os pesos e mesmo sobre a existência de cada fonte jurídica na forma de vida e trabalho que devem conduzir.

Assim, seguindo a tradição fático-normativa do pensamento hartiano, este é um trabalho sobre conceitos a partir da perspectiva específica da experiência jurídica. Sobre a forma de pensamento que devemos assumir para compreender o que é de nós esperado e exigível para viver uma vida em conformidade com a legalidade, para conduzir os nossos negócios e as nossas vidas em sociedade sem sofrer sanções institucionais. Para viver dentro de nossas permissões, cumprir nossas obrigações e não praticar atos proibidos, falando analiticamente. Temos de responder em quais casos é possível que o indivíduo particular atue de forma racionalmente jurídica e se isso é mesmo possível de qualquer maneira que seja.

Até aqui, seguindo a proposta inicial nos moldes de John L. Austin, explicamos o quê este trabalho se propôs à pesquisar e o motivo pelo qual o problema da validade na perspectiva da experiência do direito é importante: se a filosofia analítica contemporânea está correta em dizer que o direito é composto de diretivas de autoridade com base em uma tese das fontes dotada de textura aberta e que estas diretivas são assumidas como razões protegidas que guiam a tomada de decisões por parte das autoridades e demais jurisdicionados, então buscar um conceito de identificação do conteúdo jurídico pragmaticamente tangível – dotado de funcionalidade prática e não de mera consistência lógico-formal – é uma missão de fundamental importância, e que em verdade é ordinariamente exercida todos os dias por todos que vivem na sombra do direito.

Assim, tendo o objeto e o motivo de sua relevância, nos cabe demonstrar como o problema pode ser estudado. Entendo que, de início, devemos estabelecer uma perspectiva, uma posição da qual observaremos o fenômeno. Devemos identificar o agente social em posição privilegiada para identificar o direito válido em termos de experiência prática jurisdicional.

Em sua grande parte, a tradição da filosofia do direito se dedicou amplamente ao estudo das autoridades do poder judiciário ou legislativo. Entendo que esta perspectiva seja importante, em especial no caso do poder judiciário. O estudo sobre como decidem os juízes é parte fundamental da identificação do direito válido. Todavia, como mencionado, a comum

presunção de verdade motivacional das fundamentações judiciais torna ampla parte dos trabalhos nesta área duvidosos, em especial na tese da resposta correta de Dworkin. De certa forma, o estudo da fundamentação judicial como fonte para a conceituação de conteúdo pré-determinado do direito sofre do mesmo problema que sofreria o pesquisador que tivesse o mesmo objetivo analisando a argumentação da advocacia contenciosa. Ambas estas perspectivas carregam em si, ou podem carregar, interesses privados e por muitas vezes buscarão a instrumentalização do direito em uma abordagem retórica enviesada. E seria empiricamente impossível, ou muito difícil, determinar se este é o caso ou não. Ainda que os indícios falem alto.

Os litigantes tendem a buscar a vitória material, e não jurídica, ao custo de qualquer argumento, vez que seu sustento pode e muitas vezes depende do resultado da demanda, de forma que sua argumentação acaba sofrendo da mesma falta de confiabilidade que aquela fornecida pelos tribunais. Some-se aos interesses privados e preocupações de escala nacional, os problemas de coordenação social, no caso de litigantes do poder público, a inafastável textura aberta da linguagem e suas inevitáveis ambiguidades e inconsistências, e temos que os posicionamentos destes profissionais (autoridades e advogados contenciosos) se encontram em situação demasiada maleável e incerta para que possamos tirar conclusões coerentes de suas práticas.

Retoricamente falando, podemos presumir que litigantes e autoridades jurídicas são confrontados com problemas intensos de coordenação social e não podem ser afastados de suas próprias ideologias e reflexões. Além disso, enfrentarão inevitavelmente casos contraditórios ou não previstos na legislação e demais fontes jurídicas. Ainda, não ajuda a popularização do interpretativismo, mal importado e amplamente divulgado pelo neoconstitucionalismo brasileiro, cada vez mais comum em nossa prática judicial e que abre espaço para uma distância cada vez maior entre as fontes tradicionais e o direito efetivamente aplicado.

Se o interpretativismo principiológico ganhou relevância por se propor a suprir ou, melhor dizendo, negar a existência do problema comum da incompletude ou por permitir maior abertura para a retórica interessada dos advogados e magistrados, não é objeto deste trabalho dizer. Todavia, fato é que, ao menos no cenário nacional, a dificuldade de identificar o direito válido e eficaz apresenta novos desafios todos os dias e os abusos judiciais são cada vez mais comuns e institucionalmente tolerados, uma vez que fundamentados em retórica principiológica em geral coerente, mas muitas vezes completamente desligada do uso ordinário ou técnico da

linguagem. Soma-se a este desligamento e coerência contingente o fato de certas decisões estarem envolvidas em situações de relevantes consequências políticas em nível nacional.

Para este trabalho, optei por analisar um cenário deste tipo, especificamente o período político que se desenrolou no Brasil entre 2019 e 2023. O período é especialmente importante para nossa pesquisa por se demonstrar como um cenário de crise sistêmica generalizada sobre a nossa capacidade de identificação de fontes jurídicas, o que podemos identificar em uma série de contradições nas atuações dos três Poderes. O período foi marcado pela ausência da harmonia tradicional requerida de um sistema jurídico estável, havendo disputa por competência entre os Poderes e incerteza na coordenação social em razão de diretivas de autoridade conflitantes. Também se desenrolou neste período o Inquérito das *Fake News*, cujas consequências oferecem diagnósticos importantes para nossa pesquisa sobre a identificação do conteúdo jurídico.

O caso é bastante recente e envolve a necessidade de algumas análises políticas cuja ciência não é especialidade deste doutorando. Todavia, enfrentar a questão é importante pois o caso é emblemático das dificuldades aqui mencionadas e por isso ganhará espaço para que sobre ele possamos aplicar os conceitos analíticos que serão aqui estudados e verificar sua consistência prática e as consequências da contraposição fática no entendimento dos conceitos. Afinal, se John L. Austin está correto que palavras são ferramentas, então uma compreensão apurada das palavras deve servir para aprimorar a nossa compreensão do fenômeno:

> Em primeiro lugar, palavras são ferramentas e, no mínimo, devemos usar ferramentas limpas: devemos saber o que queremos dizer e o que não queremos e devemos nos armar contra as armadilhas que a linguagem nos impõe. Em segundo lugar, palavras não são (exceto no seu cantinho) fatos ou coisas: nós precisamos, portanto, tirá-las do mundo, para tê-las separadas e contra o mundo, a fim de perceber suas inadequações e sua arbitrariedade para que possamos rever o mundo sem antolhos (AUSTIN, 1956, p. 8)[15].

Seguindo o roteiro proposto, respondemos quais perspectivas não são ideais (do magistrado e do advogado contencioso) e devemos então defender qual agente jurídico-social melhor se adequa ao objetivo da pesquisa, que é a identificação de possibilidade de um conceito de validade jurídica (de uma resposta para o problema da identificação do conteúdo do direito), consistente com a experiência de quem assume o direito como razão protegida para a ação, por

---

[15] Tradução do autor: "First, words are our tools, and, as a minimum, we should use clean tools: we should know what we mean and what we do not, and we must forearm ourselves against the traps that language sets us. Secondly, words are not (except in their own little corner) facts or things: we need therefore to prise them off the world, to hold them apart from and against it, so that we can realise their inadequacies and arbitrarinesses and can re-look at the world without blinkers."

qualquer motivo que seja. Seguindo a base de pensamento de Herbert Hart e de John L. Austin entendo que a experiência ordinária do direito é de extrema relevância para a identificação de um conceito pragmático de validade jurídica. Para emprestar as reflexões de Austin sobre a linguagem: a forma como o jurisdicionado ordinariamente enfrenta os problema da identificação do conteúdo jurídico pode fornecer elementos mais concretos que aqueles imaginados em especulações formais:

> Em terceiro lugar, e com mais esperança, nosso arsenal comum de palavras incorpora todas as distinções que a humanidade considerou importante desenhar, e as conexões que ela considerou importante demarcar, nos tempos de vida de inúmeras gerações: certamente estas considerações são mais numerosas e sólidas, já que sobreviveram ao teste do tempo, bem como mais sutis, ao menos nas questões mais ordinárias e razoavelmente práticas, do que qualquer uma que eu ou você possamos pensar em nossas poltronas durante a tarde – o método alternativo preferido (AUSTIN, 1956, p. 8)[16].

Como segue ensinando John L. Austin, a preocupação com o uso da linguagem nas coisas "razoavelmente práticas" é uma espécie de abordagem fenomenológica, que demonstra ser compatível com o estudo do conceito de direito a partir da perspectiva que será aqui proposta (e será "razoavelmente prática"):

> Em face da prevalência do *slogan* "linguagem ordinária", e de nomes como filosofia "linguística" ou "analítica" ou "análise da linguagem", uma coisa precisa ser especialmente destacada para evitar mal compreendidos. Quando examinamos o que deveríamos dizer, quais palavras deveríamos usar em quais situações, estamos olhando novamente não apenas para palavras (ou "significados", quaisquer que eles sejam) mas também para as realidades que expressamos com nossas palavras: estamos usando uma compreensão afiada das palavras para afiar nossa percepção do fenômeno, ainda que não como árbitro final. Por essa razão, penso que seria melhor, para esta forma de filosofia, um nome menos ambíguo do que aqueles acima – por instância "fenomenologia linguística" ainda que seja um pouco complicado de pronunciar (AUSTIN, 1956, p. 8)[17].

A influência da proposta de uma "fenomenologia linguística" pode ser identificada no trabalho de Herbert Hart. Ninguém poderá negar o caráter altamente analítico da obra hartiana, mas seguindo a linha de pensamento de John L. Austin, existe um caráter fenomenológico em

---

[16] Tradução do autor: "Thirdly, and more hopefully, our common stock of words embodies all the distinctions men have found worth drawing, and the connexions they have found worth marking, in the lifetime of many generations: these surely are likely to be more numerous, more sound, since they have stood up the test of the survival of the fittest, and more subtle, than any that you or I are likely to think up in our armchairs of an afternoon – the most favoured alternative method."

[17] Tradução do autor: "In view of the prevalence of the slogan 'ordinary language', and of such names as 'linguistics' or 'analytic' philosophy or 'the analysis of language', one thing needs to be specially emphasizing to counter misunderstandings. When we examine what we should say when, what words we should use in what situations, we are looking again not *merely* at words (or "meanings", whatever they may be) but also at realities we use the words to talk about: we are using a sharpened awareness of words to sharpen our perception of, though not as the final arbiter, the phenomena. For this reason I think it might be better to use, for this way of doing philosophy, some less misleading name than those given above – for instance, "linguistic phenomenology", only that is rather a mouthful."

sua obra, especialmente na forma como seu conceito de validade jurídica está diretamente vinculado àquilo que Hart denominou como perspectiva do participante.

Para bem exemplificar este problema, podemos utilizar o exemplo de um jogador de xadrez[18] e um observador que nada entende do jogo. O observador que tentar compreender as regras do jogo, analisará os movimentos de cada jogador e de cada peça, e com isso tentará compreender as regras. Desta perspectiva, não apenas o observador pode compreender erroneamente as regras do jogo, acreditando, por exemplo, que os peões podem transitar pelo tabuleiro em diagonais, ao ver um peão consumindo outro ou ficar confuso com o funcionamento da jogada especial conhecida como "roque". Mas será incapaz de identificar quaisquer abusos nas regras do jogo, por ser um mero observador externo.

Todavia, ao assumir a perspectiva do participante, assumimos a perspectiva de alguém que aceita que está jogando um jogo específico, com regras específicas, estabelecidas por uma convencionalidade específica. O participante do jogo de xadrez se submeterá as regras do jogo assumindo um posicionamento crítico a qualquer jogada que desrespeite as regras à qual os jogadores estão vinculados. Poderá dizer ao seu oponente que esta não é uma regra válida do xadrez e exigir dele submissão ao conteúdo normativo do jogo. Este é o aspecto interno das normas: um comportamento crítico em relação aos comportamentos regulados por normas (HART, 2009, p. 75-77).

Pouco interessa aqui se o jogador acredita que as regras definidas para o jogo estão corretas ou se existiriam regras melhores. Ao aceitar participar do jogo, o jogador se torna participante do sistema normativo e aceita que está vinculado às regras e que tem o direito de exigir a mesma vinculação de seu oponente. Nesse sentido, o direito é e não é como o xadrez. Os indivíduos particulares que se investem de autoridade pública adentram no jogo como o jogador de xadrez: aceitam ser parte de uma normatividade crítica.

---

[18] De acordo com Hart: "Esse aspecto interno das normas pode ser ilustrado de maneira simples pela comparação com as regras de um jogo qualquer. Os jogadores de xadrez têm o hábito de mover a rainha da mesma maneira, hábito que um observador externo poderia registrar, sem nada saber sobre a atitude deles diante dos movimentos que fazem. Mas, além disso, esses jogadores têm uma atitude crítica e reflexiva diante desse padrão de comportamento: encaram-no como um padrão para todos os jogadores de xadrez. Cada um deles não apenas move ele próprio a rainha de certa maneira como tem também "um ponto de vista" sobre o quanto é correto e adequado que todos movimentem a rainha daquela maneira. Esses pontos de vista se manifestam em críticas e exigências por parte dos outros. Utiliza-se, na expressão dessas críticas e exigências e desse reconhecimento, uma linguagem 'normativa' abrangente. 'Eu (ou você) não poderia ter movimentado a rainha dessa forma', 'Eu devo (ou você deve) fazer isso', 'isso é correto', 'aquilo é errado', etc. (HART, 2009, p. 75-76)

Todavia, o agente privado sem esse caráter de autoridade, nunca aceitou participar de jogo nenhum, mas nasceu em tal condição que o jogo lhe foi imposto e as alternativas de se recusar a jogar costumam não ser ideais, uma vez que o direito reclama autoridade absoluta e se comporta como tal. Nesse sentido, aceitando as regras do jogo ou não, o participante particular será obrigado a considerar o conteúdo do direito como razão para ação, ainda que não exista nenhuma necessidade lógica de que ele considere essas regras como decisivas na ação escolhida.

Hart não ignorou essa distinção na forma como essas duas figuras encaram a existência e obrigatoriedade do conteúdo jurídico. Exatamente por isto que em sua obra, Hart se preocupou mais com a figura do indivíduo que se reveste de autoridade jurídica. Como bem explicou o autor e será detalhado à frente, a aceitação por parte do jurisdicionado da obrigatoriedade do direito não é uma condição de existência do conteúdo jurídico. Para que o direito possa existir, basta que os jurisdicionados tenham um comportamento habitualmente convergente com as normas jurídicas.

Hart percebeu que a figura importante para a determinação do conteúdo jurídico é a figura da autoridade pública, ainda que o indivíduo particular de fato participe do sistema jurídico e seja obrigado a utilizar suas diretivas para tomar decisões. Isto ocorre porque são as autoridades que são responsáveis pela interpretação, decisão e *enforcement* do que será considerado como conteúdo jurídico. Ainda que o indivíduo particular possa assumir uma posição crítica e exigir que outros se comportem de forma consistente com a autoridade jurídica, em última instância, são as autoridades públicas que efetivamente terão o poder de exercer esse posicionamento crítico e exigir praticamente a submissão do indivíduo ao conteúdo normativo apontado como válido.

Assim, dentro da perspectiva do participante adotada por Hart, verificamos a importância da análise não apenas da natureza normativa do direito, mas também da ação social das autoridades na forma como se engajam criticamente no pensamento, aplicação e criação do direito que será efetivamente praticado. Com isso, podemos compreender que a filosofia hartiana, assim como aquela de John L. Austin, pode ser enquadrada como espécie de fenomenologia analítica, uma vez que voltada para o estudo de fenômenos e conceitos e a relação destes elementos entre si. Não estamos aqui preocupados com classificações de escolas de pensamento, portanto, adotaremos o conceito como proposto por Austin, adaptando-o levemente para ser compatível com Hart e com a faceta predominantemente analítica de ambos os autores.

Retomando nossa busca pela perspectiva, porém, e considerando que não é cabível construir todo um novo conceito de direito toda vez que for necessário revisar a consistência de algum argumento ou avançar um argumento novo, utilizaremos como base o conceito de direito defendido por Herbert Hart e como adequada a "fenomenologia analítica" para os fins a que se propõe. Nosso objetivo aqui não é refutar, nem mesmo reformar o trabalho de Herbert Hart, mas expandir seus horizontes com a aplicação de métodos e problemas atualizados e uma perspectiva altamente similar à sua perspectiva do participante, mas mais voltada para a experiência do jurisdicionado, que, penso, cumprirão nosso objetivo: oferecer uma melhor compreensão do problema da identificação do direito e da natureza da validade jurídica, e com isso, oferecer um conceito compatível com a forma como o jurisdicionado atua como se o direito fosse uma razão protegida para ação e, especificamente, com a forma como o jurisdicionado identifica o direito protegido. Acredito que, ao final da pesquisa, a regra de reconhecimento de Hart permanecerá inalterada em seus elementos essenciais, mas nossa compreensão sobre o seu significado será expandida.

A referida natureza prática do fenômeno é exatamente o que determinará a perspectiva que assumimos aqui. Se Joseph Raz estiver correto e o direito for um mecanismo de poupar esforços na forma de sua tese da autoridade como serviço[19], então a justificativa de sua existência estaria no jurisdicionado e não na autoridade e mesmo a maior parte de seu objeto será o jurisdicionado e não a autoridade. Em termos puros de lógica sistêmica, a norma é uma diretiva que determina como devem agir as autoridades perante os jurisdicionados na aplicação do direito. Todavia, na perspectiva que adotaremos neste trabalho, nos interessa pensar o direito em termos de razão prática, de forma que o direito é assumido como razões para tomada de decisões preventivas por parte do jurisdicionado. Adotamos assim, ao mesmo tempo, a perspectiva do participante de Hart e a tese da autoridade como serviço de Raz.

Nesse sentido, o direito é pensado neste trabalho em termos de razão prática, ou seja, em termos de normas que se propõem como protegidas (preferenciais em relação à outras normas conflitantes) e que atuam no sentido de fornecer razões para ação por parte dos agentes privados e das autoridades. Neste caminho, e assumindo estes pressupostos, entendo que a melhor forma de fornecer um conceito prático de validade jurídica é compreender quais

---

[19] "Authority is a practical concept. This means that questions of who has authority over whom are practical questions: they bear on what one ought to do. In other words statements that some person have authority may serve as premises in practical inferences. The explanation of authority must explain the practical import of the concept. It must explain how it is capable of figuring in practical inferences (RAZ, 2009, p. 10)

mecanismos estão disponíveis para o jurisdicionado – na condição ambígua de objeto, agente e *outsider* na qual está posicionado – na identificação das obrigações, permissões e proibições que se lhe aplicam. Ou seja: é a posição daquele que tenta agir na melhor forma do direito, de forma preventiva, antevendo o conteúdo jurídico aplicável à sua ação. Considerando que em muitos casos o jurisdicionado, na condição de leigo, tem dificuldades para tomar esta decisão, temos também a figura do advogado consultivo, na condição de jurisdicionado com capacitação técnica. Ao longo da tese, trataremos esta posição como a perspectiva do agente privado.

Ao observarmos a validade jurídica a partir dos olhos do advogado consultivo e do agente privado, atuando na previsão da ação regular e prevenção de infrações ou litígios, assumimos uma perspectiva que permite observar a institucionalidade e convencionalidade jurídica de uma posição privilegiada. Aqui, a questão da discricionariedade toma uma forma mais problemática. Se o argumento ajuda a compreender a forma como atuam os juízes, ao mesmo tempo, cria problemas intensos de incerteza para o uso da razão prática por parte do jurisdicionado. Autoridades e jurisdicionados são ambos agentes de razão prática. Mas colocando o problema da discricionariedade em pauta, podemos perceber que as formas como cada agente utiliza esta racionalização são essencialmente distintas. A autoridade teoricamente vinculada a aplicação do direito válido, ao ser confrontada com incompletude ou incerteza, terá poder. Poder para criar a norma válida. Poder para alterar a vida do jurisdicionado de forma que o jurisdicionado, *prima facie*, não poderia prever.

Por outro lado, ao se deparar com incerteza ou incompletude, o indivíduo particular não ganha poder. Não ganha a liberdade de agir da forma como bem entender sem nenhum medo de sanção, vez que não tem o poder de decidir o direito. De fato, em certos casos afastados da liberdade típica do direito civil, onde teoricamente é permitido o que não é proibido, principalmente naquelas áreas consideradas como de interesse público e nacional, como em casos de empreendimentos e licenciamentos ambientais de grande porte. Nestas situações o jurisdicionado estará sob fiscalização intensa de diversas instâncias públicas de autoridades e estará sempre em risco de sofrer consequências negativas decorrentes da textura aberta das fontes e das incertezas típicas da validade jurídica, fenômeno que se amplia no caso do exemplo de licenciamento ambiental em razão da existência de múltiplas instâncias administrativas de interpretação do mesmo conjunto normativo.

Nesse sentido, temos que ao adotar a perspectiva de utilização da validade jurídica em termos de razão para agir, os problemas que enfrentam as autoridades não são os mesmos

enfrentados pelo jurisdicionado, este último considerado para os fins deste trabalho como a justificava da necessidade e o motivo da criação do direito e das autoridades.

Elaborando em termos mais precisos, para o jurisdicionado que assume o direito como razão protegida para ação, não são apenas as decisões dos juízes que importam, nem mesmo o conjunto de fontes positivadas, mas a totalidade do sistema, desde a identificação do direito válido até a concretização fática deste direito. Para o jurisdicionado, o conteúdo do direito que afetará a sua forma de vida, reside além das decisões judiciais e fontes positivadas em sentido arcaico. Reside nas rotinas dos órgãos administrativos, na fiscalização do direito realizada por diversos agentes com opiniões divergentes, como o Ministério Público, as polícias, os técnicos administrativos e até mesmo os agentes de trânsito. Na forma como é praticado o direito por si e sobre si. E esta prática não está restrita aos tribunais e mesmo que estivesse, não está restrita a fontes materiais suficientemente consistentes.

Fora das discussões semânticas das cortes, o conteúdo do direito – enquanto aquilo que efetivamente afeta a vida do jurisdicionado – é muito maior do que a maioria dos estudos dedicados à relação entre normas e decisões judiciais até agora demonstraram. Todavia, a questão não foi ignorada pela teoria do direito e nos utilizaremos aqui de importantes estudos desenvolvidos, em especial por Joseph Raz, sobre a natureza da razão prática, processo que será devidamente tratado à frente e que ilustra a tomada de decisões individuais com base em razões ou normas jurídicas.

Com isso, seguindo o roteiro didático de John L. Austin, apresentamos nosso objeto (o que), nossa motivação (porque vale a pena ser estudado) e como (qual perspectiva adotaremos na abordagem do fenômeno). Delineamos a estrutura hartiana na qual se fundamentará o trabalho e a abordagem prática e ordinária no estudo das coisas, na forma da fenomenologia linguística proposta por Austin e utilizada por Hart. E, por fim, fundamentamos a importância da abordagem prática na perspectiva que adotaremos para observar o direito. As escolhas feitas e demonstradas de forma alguma buscam refutar os amplos estudos desenvolvidos neste campo de pesquisa, muito mais amplos do que este pesquisador poderia conceber em “sua poltrona durante a tarde”. A classificação que se pretende adotar e cuja possibilidade se pretende verificar de um conceito pragmático de validade jurídica não é uma negação dos conceitos que foram desenvolvidos para analisar o problema em perspectivas jurídico-formais ou voltadas para a prática das cortes. Não é escolhida por ser a melhor dentre todas as classificações, mas por ser compatível com o problema e perspectiva que decidimos adotar. Sobre isso, ensina Genaro Carrió:

> As classificações não são verdadeiras, nem falsas, são úteis ou inúteis: suas vantagens e desvantagens estão sujeitas ao interesse que guia a quem as formula e a sua fecundidade para apresentar um campo do conhecimento de uma maneira mais facilmente compreensível, ou mais rica em consequências práticas desejáveis.
>
> Sempre há múltiplas maneiras de agrupar ou classificar um campo de relações ou de fenômenos; o critério para decidir-se por uma delas não está circunscrito senão por considerações de conveniência científica, didática ou prática. Decidir-se por uma classificação não é como preferir por um mapa fiel a outro que não seja. Porque a fidelidade ou infidelidade do mapa tem como teste uma certa realidade geográfica, que serve de tribunal inapelável, com seus rios, cabos e cordilheiras reais, que o bom mapa registra e o mapa ruim esquece. Decidir-se por uma classificação é mais como optar pelo sistema métrico decimal do que pelo sistema de medição britânico. Se o primeiro é preferível ao segundo, não é porque aquele é verdadeiro e este é falso, mas sim porque o primeiro é mais cômodo, mais fácil de manejar e mais apto para satisfazer com menor esforço certas necessidades ou conveniências humanas (CARRIÓ, 1986, p. 99)[20].

Nos próximos capítulos, analisaremos teorias pragmáticas com o objetivo de fundamentar nossa conceituação de uma validade pragmática do direito. Primeiramente analisaremos em maiores detalhes os problemas que a perspectiva do advogado consultivo fornecem, para em seguida analisar aspectos metodológicos compatíveis com o estudo dos problemas. Fornecidas as ferramentas metodológicas adequadas adentraremos na análise do conceito de validade jurídica a partir da análise efetiva da regra de reconhecimento de Herbert Hart, que será a principal ferramenta utilizada para estudar os problemas de identificação do direito por parte do jurisdicionado e do advogado consultivo.

Com o método e os conceitos em mente, voltaremos nossa atenção para casos judiciais emblemáticos dos problemas de identificação do conteúdo do direito, de um lado para analisar o mundo com ferramentas limpas e de outro para testar a consistência dessas ferramentas. Ao final, analisaremos as consequências da pesquisa para uma conceituação pragmática de validade jurídica e para a consistência da regra de reconhecimento de Herbert Hart, bem como os efeitos derivados para teses interconectadas, como a tese das fontes e a tese da convencionalidade.

---

[20] Tradução do autor: “Las clasificaciones no son ni verdaderas ni falsas, son serviciales o inútiles; sus ventajas o desventajas están supeditadas al interés que guía a quien las formula, y su fecundidad para presentar un campo de conocimiento de una manera más fácilmente comprensible o más rica en consecuencias prácticas deseables. Siempre hay múltiples maneras de agrupar o clasificar un campo de relaciones o de fenómenos; el criterio para decidirse por una de ellas no está dado sino por consideraciones de conveniencia científica, didáctica o práctica. Decidirse por una clasificación no es como preferir un mapa fiel a uno que no lo es. Porque la fidelidad o infidelidad del mapa tiene como test una cierta realidad geográfica, que sirve de tribunal inapelable, con sus ríos, cabos y cordilleras reales, que el buen mapa recoge y el mal mapa olvida. Decidirse por una clasificación es más bien como optar por el sistema métrico decimal frente al sistema de medición de los ingleses. Si el primero es preferible al segundo no es porque aquél sea verdadero y éste falso, sino por que el primero es más cómodo, más fácil de manejar y más apto para satisfacer con menor esfuerzo ciertas necesidades o conveniencias humanas.”

2.1. A PERSPECTIVA DO AGENTE PRIVADO E DO ADVOGADO CONSULTIVO

Quando pensamos em validade jurídica pensamos em regras enquanto razões para agir e assim pensamos no que devemos fazer com base em uma norma jurídica. Para que uma norma jurídica exista, ela deve ser uma norma válida. De acordo com Raz, uma regra que não possua validade não é uma regra jurídica: "Uma regra que não é juridicamente válida não é uma regra jurídica. O direito válido é direito, o direito inválido não é. Similarmente, uma regra válida é uma regra e uma regra inválida não é regra nenhuma" (RAZ, 2011, p. 146).

Seguindo o pensamento do autor, porém, vemos que essa concepção de validade jurídica enquanto condição necessária de existência do caráter jurídico de uma regra assume uma forma problemática, isto porque, segundo Raz, o conceito de validade jurídica é mais amplo do que uma mera questão de pertencimento sistêmico. Explica:

> Considerando que a validade segundo o direito é mais ampla do que pertencimento a um sistema jurídico, uma vez que todas as leis são juridicamente válidas, mas nem toda regra juridicamente válida é uma lei, fica claro que a noção de pertencimento ao sistema jurídico não pode explicar validade jurídica. As duas noções relacionadas são parcialmente independentes uma da outra.
>
> O melhor caminho para compreender 'validade jurídica' é prestando atenção ao fato de que o termo é utilizado como intercambiável com "juridicamente vinculante'. A regra válida é uma que possua efeitos normativos. Para evitar mal entendidos, estas proposições devem talvez ser complementadas para ler: uma regra juridicamente válida é aquela que tem os efeitos normativos (em lei) que afirma ter. Se é uma regra jurídica que pretende impor uma obrigação a X, então X está sob essa obrigação porque essa regra é uma regra jurídica. Se é uma regra que pretende conferir um direito ou poder a Y, então Y tem o direito ou poder em virtude do fato de que a regra é uma regra jurídica. (RAZ, 2011, P. 149)[21]

Neste trecho, Raz ressalta a função essencial da eficácia do direito como requisito mínimo de sua validade (tema que será expandido no próximo capítulo) e destaca um ponto importante no qual a validade jurídica não poderia ser identificada como uma mera questão de pertencimento ao sistema jurídico, uma vez que todas as leis são validas, mas nem toda regra válida é uma lei. Com isso Raz introduz sua teses das fontes sociais que, resumidamente,

---

[21] Tradução do autor: "Since validity according to law is broader than membership of the legal system, because though all laws are legally valid, not every legally valid rule is a law, it is clear that the notion of membership in a legal system cannot explain legal validity. The two notions though related are partly independent from each other. The best route to the understanding of 'legally valid' is by attending to the fact that it is used interchangeably with 'legally binding'. A valid rule is one which has normative effects. To avoid misunderstanding, these statements should perhaps be augmented to read: a legally valid rule is one which has the normative effects (in law) which it claims to have. If it is a legal rule purporting to impose an obligation on X then X is under this obligation because this rule is a legal rule. If it is a rule purporting to confer a right or power on Y then Y has the right or power in virtue of the fact that the rule is a legal rule."

assume que o conteúdo do direito está vinculado à uma fonte social verificável através de um raciocínio livre de ponderação de valores. Segundo o autor: "para compreender como o caráter factual e social do direito pode ser reconciliado com a visão de validade como justificação, devemos considerar o sentido no qual o direito é um sistema social. (RAZ, 2011, P. 151)[22]".

De acordo com Raz, que está aqui expandindo as fronteiras da teoria hartiana que afirma que a existência e validade do direito são uma questão de fato, o direito é social no sentido que sua existência depende da existência de um comportamento social habitualmente convergente com o reconhecimento de sua autoridade:

> Há um sentido óbvio em que o direito é social. Um sistema legal pode estar em vigor se for efetivamente seguido, observado e aplicado dentro da comunidade. Não é pertinente ao nosso propósito aqui desenvolver um teste para determinar quando um sistema legal está em vigor em uma determinada comunidade. Basta que todos concordem que estar em vigor é uma questão da eficácia da lei naquela sociedade. Mas, no que diz respeito a essa consideração, o mesmo é verdadeiro para as regras morais. Elas podem ser observadas, seguidas e aplicadas por uma determinada comunidade (e não me refiro à aplicação pelo direito), ou podem ser desconsideradas e violadas na maioria das vezes. O teste preciso para determinar se o direito está em vigor difere daquele pelo qual julgamos se um certo código moral é o código moral de uma comunidade. Por um lado, a moralidade, ao contrário do direito, não depende de instituições legislativas e adjudicativas. Mas, em essência, assim como podemos falar do direito da Inglaterra ou da Alemanha, também podemos falar da moralidade dos ingleses ou dos alemães, e os testes em ambos os casos são testes da eficácia social das regras. (RAZ, 2011, p. 151)[23]

Para que o conceito de eficácia seja satisfeito, afirma Raz, ainda outra característica social e fática do direito deve ser cumprida: as regras jurídicas devem ter fundamento em fontes sociais determináveis de forma objetiva e livre de valoração:

> Há, no entanto, uma segunda maneira pela qual o direito é um fato social: todas as leis têm uma fonte. A validade de todo o direito é condicionada à existência de certos fatos: certos atos do parlamento ou de um ministro ou de um conselho municipal, certas decisões dos tribunais, um padrão geral de comportamento da população geral que corresponde à existência de um costume, etc., esses são fatos que criam o direito. A existência de todo direito também depende da não existência de fatos que o revogam.

---

[22] Tradução do autor: "In order to understand how the social and factual character of the law can be reconciled with the view of validity as justification, we must consider the sense in which law is a social system.

[23] Tradução do autor: "There is one obvious sense in which law is social. A legal system may be in force if it is effectively followed, observed, and enforced within the community. It is not pertinent to our purpose here to work out a test for determining when a legal system is in force in a certain community. Suffice it that all agree that its being in force is a matter of the efficacy of the law in that society. But so far as this consideration goes, the same is true of moral rules. They may be observed, followed, and enforced by a certain community (and I do not mean enforced by law), or they may be disregarded and violated more often than not. The precise test for the law being in force differs from that by which we judge whether a certain moral code is the moral code of a community. For one thing morality, unlike the law, does not rest on legislative and adjudicative institutions. But in essence, just as we can talk of the laws of England or Germany, so we can talk of the morality of English or Germans and the tests in either case are tests of the social efficacy of the rules."

> "O direito regula sua própria criação", disse Kelsen. O próprio direito determina quais fatos criam leis e quais as revogam. (RAZ, 2011, p. 151)[24]

De acordo com Raz, a satisfação destas duas condições é uma condição necessária da existência e eficácia do direito:

> A visão do direito como um fato social, como um método de organização e regulação da vida social, se sustenta ou cai com as duas teses mencionadas. Em seu núcleo estão as teses de que (1) a existência de um sistema legal é uma função de sua eficácia social e de que (2) todo direito tem uma fonte. A óbvia importância da primeira tese não deve obscurecer a igual importância da segunda. Ela é vital para a concepção do direito, pois somente ela pode garantir que o conteúdo do direito possa ser determinado de maneira objetiva e neutra em termos de valores. Como a validade de uma lei depende de sua fonte, e como a fonte é uma ação ou uma série de ações, discussões e dúvidas sobre a validade das leis giram em torno de questões factuais, em questões suscetíveis de determinação objetiva às quais as visões morais ou políticas de alguém são essencialmente irrelevantes. (RAZ, 2011, p. 152)[25]

Como se vê, Raz está ressaltando uma velha premissa positivista de que uma regra juridicamente validade deve existir, e sua existência não é uma questão de legitimidade moral, mas uma questão de fato. A regra jurídica não precisa ser uma lei positivada e de fato existem instâncias em que outras regras jurídicas afastam a aplicabilidade da lei positivada. O que Raz está afirmando desde o começo desta reflexão, é que o direito está fundamentado em diretivas de autoridade que podem ser identificadas em fontes sociais, que são muito mais amplas que a lei positivada. Sobre esta breve introdução temática, apresentaremos alguns dois cenários mentais que auxiliam a compreender a importância de analisar o problema sob a perspectiva do indivíduo particular e/ou do advogado consultivo.

2.1.1. Primeiro cenário mental

---

[24] Tradução do autor: "There is however, a second way in which law is a social fact: all laws have a source. The validity of every law is conditional on the existence of certain facts: certain Acts of Parliament or of a minister or of a town council, certain decisions of the courts, a general pattern of behaviour of the general population amounting to the existence of a custom, etc., these are law-creating facts. The existence of every law depends also on the non-existence of law repealing facts. 'Law regulates its own creation' said Kelsen. The law itself determines which facts create law and which abrogate them."

[25] Tradução do autor: "The view of law as a social fact, as a method of organization and regulation of social life, stands or falls with the two theses mentioned. At its core lie the theses that (1) the existence of a legal system is a function of its social efficacy, and that (2) every law has a source. The obvious importance of the first thesis should not obscure the equal importance of the second. It is vital for the conception of law, since it alone can guarantee that the content of law can be determined in an objective and value-neutral way. Since the validity of a law depends on its source, and since the source is an action or a series of actions, doubts and discussions about the validity of laws revolve on factual questions, on issues susceptible of objective determination to which one's moral or political views are essentially irrelevant."

Tomando o nosso sistema como exemplo, consideramos um conjunto pacificado de precedentes sobre um mesmo tema como fonte jurídica, ainda que esta fonte não tenha nenhum fundamento legal (além daquele que concede poderes aos juízes para decidirem) e possa inclusive ser contraditória com a lei. Tomemos como exemplo o caso do debate sobre a diferença entre usuário e traficante, que vem pautando os noticiários brasileiros em tempos muito recentes.

Já há algum tempo no Brasil os tribunais pacificaram jurisprudência no sentido de que existe uma diferença essencial entre o consumidor de *cannabis* e o traficante de *cannabis* para os efeitos da aplicabilidade da penalidade prevista na lei de tóxicos. Alguém poderia acreditar que este foi um passo técnico importante para a garantia de liberdades pessoais, e de fato isso não é mentira. Mas a forma como a despenalização do uso da maconha foi feita no Brasil, considerando a Lei nº 11.343/2006 (Lei de Tóxicos) – e desconsiderando o recente julgamento do tema de repercussão geral nº 506 do Supremo Tribunal Federal e a Proposta de Emenda Constitucional em trâmite no Congresso Nacional para proibir completamente o porte de qualquer tipo de substância ilícita – ao invés de fornecer uma importante ferramenta técnica de distinção entre as categorias de pessoas que portam *cannabis*, foi tratado de tal forma que ofereceu grande discricionariedade para que o juízo levasse em consideração aspectos contextuais do caso, que inclusive fornecem abertura para graves erros judiciais na identificação da distinção entre usuário e traficante.

Neste sentido, ensina a Associação Brasileira de Jurimetria com seu estudo "Avaliação do Impacto de Critérios Objetivos na Distinção entre Posse para Uso e Posse para Tráfico: um estudo jurimétrico":

> A Nova Lei prevê tratamento diferenciado aos usuários, entendendo o problema na perspectiva da saúde pública. A diferenciação entre usuários e traficantes, nos termos dessa lei deve ser feita pelo juiz, conforme descreve o segundo parágrafo do Art. 28: para se determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente. (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE JURIMETRIA, 2019, p. 21).

Nesse sentido, fica claro que para a perspectiva das autoridades jurídicas o conceito é mais do que suficiente para guiar o seu trabalho, oferecendo parâmetros de análise e pontos de discricionariedade. Mas retomamos aqui o problema apontado no tópico anterior: enquanto o indivíduo revestido de autoridade ganha poder nos casos de discricionariedade, o mesmo não é verdadeiro para o jurisdicionado, a quem as ordens são direcionadas.

Imaginemos o caso de dois indivíduos particulares que são usuário de *cannabis* e que desejam consultar com um advogado quais são os limites de sua ação no porte e consumo da substância. O primeiro usuário faz uso casual e recreativo da substância, compra pequenas quantidades (menos de 10 gramas, por exemplo). O segundo usuário, todavia, faz uso diário da substância, de forma que realizar uma compra pequena seria contraproducente. Imaginemos que este usuário adquira a substância na quantia de 60 gramas, para evitar ter de comprar novamente em pouco tempo.

Nestes casos, seria simples para o advogado consultivo oferecer uma resposta: o usuário casual pode agir de forma relativamente despreocupada, enquanto o usuário diário deveria comprar quantias menores de cada vez, uma vez que 60 gramas poderia ser considerada como uma quantidade muito grande por juízes que nada entendem do assunto e que não basearam suas decisões em estudos de grande porte que levem em consideração a vasta gama de usuários de *cannabis* existentes na sociedade. Neste último caso, um juiz poderia considerar que uma quantidade dessa somente se justificaria no caso em que o usuário tivesse a intenção de revender o produto. Esta situação de completo desconhecimento do assunto não é fictícia e pode ser facilmente identificada no julgamento de tema repetitivo recente no Supremo Tribunal Federal, no qual o Ministro André Mendonça mencionou que 10 gramas de maconha seriam suficientes para fazer 34 cigarros da substância, sendo motivo de piadas de usuários em todo o território nacional[26].

No caso em que um juiz com a mesma mentalidade de André Mendonça fosse responsável pelo processo, com certeza seria incompreensível que um indivíduo sozinho tivesse a intenção de fumar o que o ministro acreditaria se tratar de 204 cigarros de *cannabis*. Este é um dos problemas criados pela vagueza da diretiva de autoridade sobre o tema. O que se verifica é que para um advogado ser capaz de emitir uma consultoria para seu cliente, terá de explicar que “depende do juiz”, proposição comum na prática ordinária do direito, confirmando que o direito prévio é, por vezes, incerto na tomada de decisões.

O caso fica mais complexo se adicionarmos fatores contextuais. Imaginemos que o usuário casual comprou 10 gramas da substância em um local da cidade reconhecido pela polícia como centro de tráfico de drogas. Imaginemos que este usuário é exigente e leva uma balança de alta precisão consigo para pesar e confirmar a quantia de produto adquirida.

---

[26] Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=gZfu5ILvkJI. Acessado em 25/07/2024.

Imaginemos ainda que este usuário tenha comprado duas variedades distintas de *cannabis*, que separou em dois pacotes de 5 gramas cada. Por fim, consideremos que houve uma batida policial no local neste exato momento e que nosso usuário foi apreendido com duas variedades de *cannabis*, em dois pacotes separados, com uma balança de alta precisão na mochila, no local amplamente conhecido por ser um centro de tráfico de drogas.

Caso nosso usuário tivesse consultado o advogado previamente descrevendo a forma como realiza a compra, o advogado ficaria menos despreocupado do que ficou num primeiro momento, uma vez que a separação da substância em pacotes distintos, com variedades distintas e o porte de uma balança de alta precisão, todos apreendidos em local conhecido pelo tráfico, abrem espaço para que a discricionariedade judicial caracterizar o usuário como traficante, em razão da ignorância de parcela majoritária do poder judiciário sobre a cultura do uso da *cannabis* e no completo fracasso legislativo em fornecer regras que levem em consideração a realidade fática.

Consideradas todas as coisas, o advogado consultivo poderia dizer ainda que o caso do usuário casual correria mais riscos de ser qualificado como posse para tráfico do que o caso do usuário diário, portando maior quantidade. A compreensão do advogado sobre o risco de uma ou de outra situação, como apontou Raz acima, levou em consideração fontes previamente estabelecidas, como por exemplo o conteúdo da Lei de Tóxicos e os padrões decisórios pacificados nas cortes jurídicas.

Todavia, consideremos ainda mais fatores contingentes neste exemplo. Consideremos dois usuários casuais que agem ambos da mesma forma descrita acima. Todavia, consideremos que o primeiro usuário casual é branco, de classe alta, vestindo roupas típicas da atividade comercial, como um terno. O segundo usuário, por sua vez, é negro, morador de favela, vestindo roupas compatíveis com sua condição financeira, atualmente empregado com baixa renda.

Segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2024 a população carcerária identificada como negra cresceu de 58,2% em 2005 para 69.3% em 2023, enquanto a população carcerária identificada como branca diminuiu de 39,8% em 2005 para 29,7% em 2023. Os números por si só não são suficientes para que identifiquemos padrões específicos de racismo – muito menos para negar que eles existam, vale ressaltar. Todavia, retoricamente falando, podemos presumir que por razões históricas típicas da forma como foi realizada a abolição da escravidão e a não-integração desta parcela populacional na sociedade civil levaram a uma marginalização da população negra no Brasil. Se os estudos de criminologia crítica estiverem

corretos e a criminalidade tiver uma relação direta e proporcional com problemas econômicos, então podemos afirmar com alguma segurança que é de se esperar o maior envolvimento da população marginalizada com atividades criminosas.

Não podendo negar o caráter humano dos agentes jurídicos, podemos presumir que exista uma predileção policial em abordar pessoas negras do que pessoas brancas e que de alguma forma o imaginário social apreendeu a noção equivocada de associar a cor negra ao crime. O termo técnico para esta prática é "*racial profiling*" ou "*ethnic profiling*". Nesse sentido, um advogado consultivo que fosse 100% honesto, não poderia deixar de avisar ao usuário casual negro e pobre, que o risco de sua conduta é maior do que o risco da conduta do usuário casual branco e rico. Estes são fatores comumente ignorados, mas fundamentais na forma como as instituições jurídicas operam. Fato é que ambos estão agindo da mesma forma, mas um deles tem mais chances de ser abordado pela fiscalização policial do que o outro. Ainda, se permitimos que o juiz se oriente quanto "à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, *às circunstâncias sociais e pessoais*, bem como à conduta e aos antecedentes do agente", então permitimos amplo espaço para a discriminação racial e socioeconômica mesmo em casos nos quais essa não seja a intenção consciente do juiz.

Vale dizer: pode parecer mais coerente para um juízo considerar que uma pessoa rica e que foi apreendida vestindo um terno, estava saindo do trabalho e foi comprar o produto para consumo próprio. Pode inclusive argumentar o juiz que o cidadão não precisa praticar o tráfico de drogas em razão de seu trabalho, caso seja comprovado que o possua, de forma que seria difícil para o Ministério Público comprovar a intenção deste indivíduo de obter lucro com a atividade. O uso da balança se justifica apenas no fato de a substância possuir preços elevados e de o usuário querer garantir que obteve a quantia correta. Em termos contenciosos, estes argumentos com certeza seriam utilizados pelo advogado de defesa, por sua previsão legal e eficácia. Todavia, caso contrário se configura no caso do usuário casual pobre. Pode ser que exista uma tendência (consciente ou não) de considerar o fenótipo do usuário como compatível com o estereótipo do traficante, o que afeta as condições pessoais e sociais relevantes. Ainda, pode ser que o fato de o usuário casual estar vestido de forma similar aos traficantes do local que também foram presos, por exemplo, torne mais difícil distinguir entre ele e os traficantes de fato.

O cenário exposto tem o objetivo de demonstrar que ao tentar prever qual direito será praticado sobre o indivíduo particular, as fontes de forma mais ampla do que aquelas

pertencentes ao ordenamento jurídico tradicional são ferramentas indispensáveis para o advogado consultivo, que deverá enxergar para além da legislação promulgada e por vezes, para além da fundamentação judicial, aspectos políticos e socioeconômicos complexos que possam influenciar no resultado de uma eventual demanda. Como vimos, a experiência da validade jurídica da autoridade pública é muito diferente da experiência da validade jurídica do indivíduo particular, e é isto que o exemplo buscou demonstrar. Alguém poderia argumentar que estes não são problemas jurídicos e que são pouco importantes para o conceito de direito. O exemplo do advogado consultivo busca afastar esta alegação e enxergar o direito na forma como se apresenta para o jurisdicionado (e não meramente na forma como emite instruções para autoridades).

Cabe ainda apontar que o exemplo de que tratamos é um exemplo simples: existe uma regra jurídica que é, de certa forma, clara e esta regra jurídica é claramente válida (ainda que o motivo de sua validade possa variar de teoria para teoria), de forma que não existem dúvidas quanto ao seu pertencimento ao sistema jurídico brasileiro. O problema específico aqui é que os critérios estabelecidos como relevantes para a regra jurídica permitem uma atuação discricionária muito ampla por parte das cortes com base em padrões não apenas indefinidos, mas com fronteiras inexistentes, de forma que seria impossível para o advogado consultivo orientar o seu cliente de forma definitiva e satisfatória, lhe garantindo um curso de ação seguro e jurídico.

De fato, o advogado consultivo se encontra muitas vezes nesta posição de incerteza, tendo de ponderar entre diversos fatores que por vezes não poderiam ser reconhecidos previamente e que por vezes não são nem mesmo jurídicos ou indicados como juridicamente vinculantes em nenhuma fonte antecedente. Em alguns casos, o advogado inclusive seria obrigado a reconhecer que não existe uma resposta prévia para o problema e assim, ao invés de dizer qual é a ação adequada a ser assumida pelo jurisdicionado, fazer uma ponderação entre as fontes disponíveis e oferecer uma resposta meramente parcial, ressaltando que diversos fatos podem ser interpretados de maneira X ou Y, sendo X e Y contraditórios entre si. Se retomarmos a análise ordinária da linguagem, podemos pensar no pressuposto corriqueiro de que a advocacia é uma atividade de meio, e não uma atividade de fim. A proposição é adotada pela prática advocatícia exatamente porque nenhum advogado é capaz de dizer com certeza qual será a solução adotada para o caso concreto. Emblemático deste fato é a previsão do Art. 8º do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil que determina que “o advogado deve informar o cliente, de forma clara e inequívoca, quanto a eventuais riscos da sua

pretensão, e das consequências que poderão advir da demanda" (CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS, 1995).

Existe, na forma ordinária como a advocacia trata de si mesma, uma orientação no sentido de que seria irresponsável o advogado que falasse em "causa ganha" ou "planejamento infalível" em casos consultivos e de que o dever do advogado seria garantir ao cliente a capacidade de tomar uma decisão informada, principalmente "quanto aos eventuais riscos da sua pretensão". Obviamente que não é verdade que todo o direito seja incerto e indeterminado, do contrário seria mesmo difícil que o sistema existisse em primeiro lugar (trataremos deste problema com embasamento teórico nos dois próximos capítulos que se seguem). Herbert Hart já havia mencionado que existem casos nos quais não existem dúvidas sobre a solução jurídica, por exemplo no caso das regras de validade de um contrato. Um contrato assinado no Brasil com firma reconhecida em cartório será um contrato válido, desde é claro, que não sofra de questões previstas como questões de vício de vontade.

Neste sentido, para os tribunais brasileiros e advogados, uma diversidade de casos é de fácil solução e tão suficientemente pacificados nos precedentes que mesmo o advogado poderá numa diversidade de casos oferecer uma grande segurança para seu cliente, de forma honesta, quanto ao êxito da demanda. Neste sentido, existem casos nos quais o advogado poderá assegurar ao seu cliente que, por exemplo, o contrato é definitivamente válido e exequível. Suas ressalvas seriam apenas no sentido de advertir o cliente quanto à problemas operacionais típicos da prática judicial, como por exemplo dificuldades de citação de partes ou inviabilidade de garantir uma dívida em razão da situação financeira do executado. Fazemos este apontamento apenas para não exagerar o problema da incerteza quanto ao conteúdo do direito, uma vez que tal pensamento não seria compatível com a prática judicial ordinária.

Até aqui, vimos que o advogado ao ser consultado sobre qual o melhor curso de ação com base em normas jurídicas, pode enfrentar incertezas quando ao significado da fonte disponível e que isso acontece em razão do fato de que, por vezes, a fonte disponível emite diretivas indeterminadas, dependendo de análise argumentativa. Este é, em resumo, o problema da incerteza e vagueza da linguagem. Este problema pode assumir uma forma colossal em situações específicas, principalmente naquelas que não possuam um único órgão aplicador do direito, como nos casos de litígios no poder judiciário. Nesse sentido, um segundo cenário mental se faz apropriado.

2.1.2. Segundo cenário mental

Imaginemos o caso de um empreendedor que tem o objetivo de obter licenciamento ambiental para uma indústria de grande porte. Sendo um empreendimento de grande porte, deverá se submeter ao licenciamento ambiental completo, iniciando com a elaboração e aprovação de um Estudo de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto ao Meio Ambiente (EIA/RIMA), para depois submeter-se às três etapas de licenciamento (licenciamento trifásico): licenciamento prévio, licenciamento de instalação e licenciamento de operação. Em casos desse tipo, ainda novo fenômeno problemático se apresenta se pensarmos no conteúdo jurídico como baseado em fontes, ao menos no que se refere à capacidade do indivíduo particular de agir com base nas razões jurídicas.

Imaginemos que o empreendedor obteve sucesso na aprovação de seu estudo de impacto ambiental, passando por avaliação da comunidade local e de diversos órgãos governamentais importantes. Em qualquer caso, o empreendimento deverá ser submetido ao órgão ambiental licenciador competente (IBAMA ou órgão estadual). Nesta submissão o processo passará por diversos técnicos com competências distintas, podendo ter interpretações distintas de seus deveres. Na hipótese em que o empreendimento mantenha uma distância específica de uma comunidade indígena, por exemplo, o estudo será submetido ao exame da FUNAI para que avalie os riscos e impactos para a comunidade indígena. Em quase qualquer caso, o estudo terá de ser submetido também para análise do IPHAN, a fim de verificar se não comprometeria o patrimônio ambiental, artístico e histórico brasileiro. A lista continua se ampliando a depender das circunstâncias, podendo envolver entidades executivas como a Marinha Brasileira na hipótese em que o empreendimento se desenvolva na faixa de reserva da marinha, na costa brasileira, ou ainda entidades ambientais especializadas nos casos que envolvam biomas especialmente protegidos.

As múltiplas instâncias de interpretação dos fatos e fontes normativas idênticas ou variadas é um cenário extremo do problema da vagueza e incerteza da linguagem. Ainda, a questão ambiental não está apenas fundamentada numa regra jurídica simples, como no caso do porte para uso previsto na Lei de Tóxicos. No topo do ordenamento legislativo ambiental se encontra um princípio constitucional de caráter aberto, que expande a responsabilidade de todos estes órgãos não apenas de se comprometerem com procedimentos limitados específicos, mas com uma regra geral de garantir o meio ambiente equilibrado:

> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (BRASIL, 1988)

Com o passar dos anos, diversos regulamentos surgiram para regular o *caput* e diversos incisos e parágrafos do artigo constitucional supracitado. Relações de responsabilidade foram estabelecidas, órgãos foram criados e práticas mais ou menos habituais foram adotadas pelos diversos órgãos administrativos responsáveis pelo meio ambiente. Esta é a forma normal como um princípio deve atuar, sendo uma luz na escuridão e apontando os caminhos que devemos trilhar e o direito que devemos construir tendo o princípio como seu fundamento. A legislação ambiental brasileira é ampla e complexa, como não poderia deixar de ser em um país continental marcado pela presença dos mais variados biomas e do bioma mais importante do planeta Terra, a Floresta Amazônica.

Mas em seguindo este princípio, práticas institucionais foram estabelecidas que parecem em alguns momentos ultrapassar a legislação regulamentadora para buscar uma supremacia da proteção absoluta ao meio ambiente. Dentre inúmeras dificuldades que poderíamos identificar, voltaremos nossa atenção para uma delas especificamente. A mencionada vagueza e incompletude da linguagem parece ser o fundamento de todas as dificuldades envolvendo a identificação do conteúdo válido do direito. Todavia, estes problemas não estão limitados a dificuldade do exercício honesto de interpretação do direito, mas também ao espaço que abrem para a argumentação enviesada, com objetivos espúrios àqueles que consideraríamos como exclusivamente jurídicos.

A motivação pode ser moralmente justa e utilizar argumentos jurídicos que a tornem coerente, mas não podemos identificar com certeza que houve o objetivo de interpretar o sentido real da lei ou se houve o objetivo de usar a abertura inevitável do significado da lei para propor uma interpretação orientada. Ainda, diversas proposições contraditórias entre si podem ser consideradas como coerentes com o texto da lei, o que autoriza de forma mais ampla a inserção de agendas pessoais na atuação das autoridades.

Emblemático deste fato são as leis de licenciamento ambiental que concedem aos Ministérios Públicos o poder de fiscalização do licenciamento. Não seria necessário que a lei de licenciamento tomasse este cuidado, uma vez que a fiscalização do direito é a exata função do Ministério Público. Todavia, a inclusão deste poder reforça a preocupação constitucional adotada em relação ao meio ambiente. Dentre os poderes que foram concedidos ao Ministério Público neste procedimento, um se destaca como fonte de possíveis abusos. A lei de crimes ambientais (Lei nº 9.605/1988) dispõe sobre os crimes em procedimentos ambientais da seguinte forma:

> Art. 66. Fazer o funcionário público afirmação falsa ou enganosa, omitir a verdade, sonegar informações ou dados técnico-científicos em procedimentos de autorização ou de licenciamento ambiental:
>
> Pena - reclusão, de um a três anos, e multa.

> Art. 67. Conceder o funcionário público licença, autorização ou permissão em desacordo com as normas ambientais, para as atividades, obras ou serviços cuja realização depende de ato autorizativo do Poder Público:
>
> Pena - detenção, de um a três anos, e multa.
>
> Parágrafo único. Se o crime é culposo, a pena é de três meses a um ano de detenção, sem prejuízo da multa.
>
> Art. 68. Deixar, aquele que tiver o dever legal ou contratual de fazê-lo, de cumprir obrigação de relevante interesse ambiental:
>
> Pena - detenção, de um a três anos, e multa.
>
> Parágrafo único. Se o crime é culposo, a pena é de três meses a um ano, sem prejuízo da multa.
>
> Art. 69. Obstar ou dificultar a ação fiscalizadora do Poder Público no trato de questões ambientais:
>
> Pena - detenção, de um a três anos, e multa.
>
> Art. 69-A. Elaborar ou apresentar, no licenciamento, concessão florestal ou qualquer outro procedimento administrativo, estudo, laudo ou relatório ambiental total ou parcialmente falso ou enganoso, inclusive por omissão: (Incluído pela Lei nº 11.284, de 2006)
>
> Pena - reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 11.284, de 2006)
>
> § 1º Se o crime é culposo: (Incluído pela Lei nº 11.284, de 2006)
>
> Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos. (Incluído pela Lei nº 11.284, de 2006)
>
> § 2º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), se há dano significativo ao meio ambiente, em decorrência do uso da informação falsa, incompleta ou enganosa. (Incluído pela Lei nº 11.284, de 2006)

Verifica-se nesta disposição legal uma questão peculiar. A legislação expõe o técnico administrativo à riscos gravíssimos se levarmos em consideração os artigos 66 e 67 acima expostos. O que se verifica nos *caputs* dos artigos é que não é o órgão ambiental que responde por equívocos, mas o técnico na condição de pessoa física. Coloca o técnico em situação ainda mais problemática o fato de que sua ação não precisa ser dolosa para que seja configurada como crime, como disposto no parágrafo único do Art. 67: "Se o crime é culposo, a pena é de três meses a um ano de detenção, sem prejuízo da multa.".

Poder-se-ia argumentar que a lei de crimes ambientais apenas segue a lógica da legislação ambiental superior que determina a responsabilidade ambiental ter caráter objetivo e assim depender apenas da existência de dano. Todavia, a legislação cria neste momento uma relação de poder desbalanceada entre o técnico administrativo e o promotor. Imaginemos em nosso cenário mental, ainda, que a promotoria ambiental especializada responsável pelo local do empreendimento é ocupada por promotor ou promotora que tem uma posição política forte em relação à necessidade de proteção do meio ambiente. Considerando a velocidade com que

as crises climáticas vêm crescendo no mundo e os diversos alertas já há décadas emitidos pela comunidade científica quanto ao risco de continuidade da raça humana neste planeta em razão do consumo irresponsável de recursos naturais, seria de se imaginar e desejar que não apenas esta promotoria especializada tivesse esta preocupação.

Todavia, o princípio ambiental supramencionado retirado do *caput* do Art. 225 da Constituição Federal, não fala em proteção absoluta do meio ambiente, e sim em meio ambiente equilibrado, visto como "bem de uso comum do povo". Os incisos e parágrafos que acompanham o *caput* demonstram as formas como o meio ambiente pode ser explorado. Todavia, a legislação ambiental é por muitas vezes indeterminada em relação aos requisitos e documentos que devem ser apresentados pelo empreendedor para obter seu licenciamento. Se considerarmos em particular o licenciamento estadual no Paraná, temos que a lista de documentos necessárias para a obtenção do licenciamento ambiental não é exaustiva, na forma do Art. 16 da Resolução CEMA nº 107/2020, que determina que "o órgão ambiental competente poderá solicitar outros documentos e/ou informações complementares do requerente ou de outras instituições envolvidas no licenciamento ambiental em questão, caso haja necessidade".

O que se verifica aqui, é que a legislação deu imenso pode para o técnico administrativo, inclusive para revisar o trabalho dos órgãos auxiliares, como o IPHAN, a FUNAI e demais, podendo pedir documentos complementares quando acreditar que a aprovação emitida por estes órgãos, por exemplo, não for adequada. Se o técnico tem o poder para realizar este requerimento e considerar necessário fazer, será obrigado a fazê-lo sob pena de incorrer em crime ambiental. Agora imaginemos que no entendimento do Ministério Público, as autorizações emitidas pelos órgãos auxiliares estão equivocadas e que por razões morais e políticas o Ministério Público acredita que o rigor deve ser maior que aquele comumente praticado pelos órgãos competentes, de forma que em seu entendimento o técnico administrativo do órgão ambiental que aceitou a aprovação do IPHAN, por exemplo, incorreu em erro e concedeu a licença sem exigir os documentos complementares que deveria ter emitido.

Neste caso, o técnico estará sujeito a persecução penal, sem direito à defesa pela Procuradoria Geral do Estado, uma vez que o crime foi cometido pela pessoa física, nos termos da lei de crimes ambientais supracitada. O caso citado está longe de ser hipotético e faz parte da rotina dos órgãos ambientais brasileiros. Agora, vamos voltar para o caso do nosso empreendedor e como este experiência todos estes fenômenos que estão acontecendo sob o nome de "direito". Imaginemos que o empreendedor deu entrada no pedido de licença prévia,

após ter sido aprovado o seu EIA/RIMA, que inclusive foi encaminhado para análise do Ministério Público previamente, que deixou de se manifestar.

Todavia, ao realizar o pedido de licenciamento prévio, imaginemos que o técnico administrativo responsável recebe uma recomendação administrativa da promotoria especializada em meio ambiente, afirmando que o EIA/RIMA está incompleto, que deixou de levar em consideração diversos elementos importantes e que deve ser refeito, processo que costuma levar em torno de um ano (quando célere). Considerando que o órgão ambiental tem o dever de pedir documentos complementares mesmo que não previstos na legislação quando entender necessário, imaginemos que o Ministério Público crie uma lista destes documentos e conclua sua recomendação alertando o técnico que a emissão de licença sem o cumprimento de todas as exigências legais, inclusive as indeterminadas, é crime ambiental passível de pena de reclusão. O técnico lembrará que terá de contratar advogado para realizar a sua defesa e que terá de pagar o advogado por conta própria. O técnico acostumado com o dia a dia e trânsito de advogados ambientais no órgão, tem alguma noção de que esta é uma área altamente especializada da advocacia e, por isso mesmo, custosa.

Se pensarmos em termos utilitaristas, o técnico nem mesmo tem uma escolha a fazer: seguir a orientação do ministério público é a única decisão economicamente racional, ainda que possa ser juridicamente questionável. Ainda, trabalhando a tanto tempo no órgão ambiental, nosso técnico está ciente de que o Art. 225 da Constituição Federal levou os tribunais brasileiros a criarem uma nova fonte de direito na forma de um princípio chamado de *in dubio pro natura*, que significa que em caso de dúvida, o juiz decidirá em favor do meio ambiente. Todo este conjunto de fatores é determinante para a ação do técnico, mais determinante do que qualquer crença que possa ter na correição do seu trabalho: o licenciamento prévio será negado, pois os custos de seguir o direito que o técnico considera válido são muito altos em face do direito sobre si praticado.

A questão que aqui se apresenta com os exemplos demonstrados é que identificar o direito pode ser uma tarefa árdua. De nossa parte, não adotaremos o ceticismo absoluto e como já defendemos, em geral os casos são de fácil resolução pelos tribunais e suficientes para a orientação adequada do nosso comportamento. A forma como o direito é eficaz em criar inferências práticas para a nossa ação será nosso objeto de estudo no próximo tópico. Neste tópico, analisamos casos que ficam na fronteira do identificável e casos nos quais conflitos pessoais e políticos podem intervir na formação do direito que será aplicado ao jurisdicionado.

O exposto também levanta a questão sobre a forma como devemos compreender o pertencimento de um conteúdo ao direito. A recomendação administrativa do ministério público é uma fonte válida de direito? Ela é ou pode ser determinante? A decisão do técnico de negar o licenciamento prévio com base na manifestação politicamente enviesada do ministério público é uma fonte válida de direito? A decisão do técnico de aceitar a recomendação é uma decisão juridicamente correta? O juízo que não tem competência técnica para compreender os elementos de engenharia ambiental poderá de alguma forma chegar a uma certeza sobre a validade da recomendação do ministério público, ou aplicará o princípio da dúvida? Podemos simplesmente chamar todas estas ações de erros jurídicos, fatos jurídicos isolados que não são o direito, enquanto o jurisdicionado sofre suas consequências? Retomando o raciocínio raziano, parece ser claro que pensarmos a normatividade jurídica apenas em termos de pertencimento sistêmico pode ser problemático e que por vezes devemos reconhecer que o conteúdo do direito se encontra em uma situação mais incerta, mas não menos eficaz, do que imaginamos.

Nos próximos capítulos, tentaremos construir um modelo teórico capaz de explicar o conceito de direito de forma compatível com os problemas que identificamos até aqui. Em primeiro lugar, dos exemplos do empreendedor e do usuário de *cannabis*, tiramos a conclusão de que a função do direito é guiar o comportamento em inferências práticas, pelo menos se adotarmos a perspectiva do jurisdicionado e do advogado consultivo aqui proposta. Neste sentido, precisamos apresentar um modelo teórico que seja capaz de explicar por qual motivo aceitamos a autoridade do direito e de que forma utilizamos suas diretivas para tomar decisões sobre como devemos agir. Para isto, utilizaremos a teoria prática da autoridade de Joseph Raz.

No capítulo seguinte, após compreendermos por qual motivo seguimos o direito e como ele pode atuar em inferências práticas, adentraremos no problema efetivo da identificação do direito, uma vez que não podemos falar em inferências práticas se não formos capazes de identificar o conteúdo jurídico. Iniciaremos nossos estudos com a regra de reconhecimento de Herbert Hart, que é a mais proeminente teoria pragmática sobre a validade jurídica, sendo utilizada pela maioria dos positivistas da tradição de língua inglesa.

3. JOSEPH RAZ E OS FUNDAMENTOS DA AUTORIDADE JURÍDICA

Joseph Raz (1939-2022) foi um dos mais proeminentes, prolíficos e produtivos pensadores da segunda metade Séc. XX e início do Séc. XXI. Vencedor do prêmio Tang em *Rule of Law* (2018), Raz foi orientando de doutorado de Herbert Hart na Universidade de Oxford e dedicou sua obra ao avanço e aprimoramento da tradição hartiana. Raz foi um dos grandes defensores do positivismo jurídico contra as críticas de Ronald Dworkin e operou profundos avanços na teoria de Herbert Hart e do positivismo jurídico em geral, sendo um dos principais representantes da atualização desta escola de pensamento para o mundo contemporâneo.

Tal como Hart[27], Raz desenvolveu pesquisas em filosofia jurídica e política, compreendendo como aquele autor existir uma necessária separação entre os assuntos, alinhado com o mantra positivista de autoria de John Austin de que o direito é uma coisa, o direito ser justo ou injusto é outra coisa (AUSTIN, 1954, p. 184). Para nós, será importante o trabalho de desenvolvimento das bases de Herbert Hart na compreensão da natureza prática do fenômeno jurídico e na nossa concepção do significado de "obrigatoriedade jurídica". Como bem apontou Neil MacCormick, mesmo os maiores trabalhos científicos dificilmente podem clamar perfeição e completude, e a obra de Herbert Hart não é diferente:

> Embora seja grande a distinção de Hart como jurista, maior do que a de qualquer outro jurista britânico do século XX, não se pode afirmar que sua obra seja impecável ou que apresente uma visão completa e integral do direito. Como todo grande trabalho, ele possui lacunas e defeitos, como todo grande trabalho, ele carrega as marcas do lugar e do tempo, e como todo grande trabalho, ele está eminentemente aberto a críticas e deve pelo menos parte de sua importância às críticas que provocou (MACCORMICK, 2009, p. 12)[28].

De fato, a teoria de Herbert Hart, principalmente após a publicação de sua obra *The Concept of Law* (1961) ocupou o centro de um dos debates mais intensos da história da filosofia

---

[27] Hart's work has another side to it, beyond contribution it makes to analytical jurisprudence. His way of drawing the line between issues of law – moral-cum-political questions about the law and its conformity to ideas of freedom and justice – undoubtedly reveals some of the characteristically British assumptions of his own times concerning where that line falls. But he did not restrict himself to one side only of the line. He made powerful contributions to debate upon justice and good law as well as to descriptive analytical jurisprudence. He characterized these contributions as works of "critical morality", aimed at expounding principles for the just and proper uses of law in a civilized society. (MACCORMICK, 2009, p. 12)

[28] Tradução do autor: "Great though Hart's distinction as a jurist is, greater than that of any other twentieth-century British Jurist, one cannot claim for his work that it is flawless or that it presents an entire and complete view of law. Like all great work it has gaps and defects, like all great work it bears the marks of place and time, and like all great work it is eminently open to criticism and owes some at least of its importance to the criticisms it has provoked."

e com certeza o debate mais prolífico na teoria do direito de seu tempo. Como mencionado, isto se deve principalmente às críticas desenvolvidas por Ronald Dworkin. O debate Hart-Dworkin como ficou conhecido criou as bases da teoria analítica do direito contemporânea e, de uma forma ou de outra, tratou de quase todos os temas conceituais importantes para a filosofia do direito:

> Os debates filosóficos são difíceis de caracterizar porque, ao contrário dos debates formais, geralmente não são sobre apenas uma questão. Na filosofia, tudo está, em última análise, conectado a tudo o mais, e, portanto, as controvérsias filosóficas tendem a abranger muitas questões diferentes, embora no final relacionadas. Assim, o debate Hart-Dworkin abrange questões tão díspares como a existência da discricionariedade judicial, o papel da política na adjudicação, os fundamentos ontológicos das regras, a possibilidade da teoria do direito descritiva, a função do direito, a objetividade do valor, a vagueza dos conceitos e a natureza da inferência jurídica (SHAPIRO, 2007, pp. 3-4)[29].

Diferentemente do que o nome do debate poderia indicar, Hart pouco teve a oferecer às críticas de Dworkin, mas manteve com ele relação cordial, inclusive sendo um dos defensores de que Dworkin herdasse sua cadeira como titular de *jurisprudence* em Oxford. A resposta de Hart apenas veio após sua morte, na forma de um Pós-Escrito ao Conceito de Direito, publicado em 1994, trinta e três anos depois da publicação da obra original. O debate Hart-Dworkin, na verdade, envolveu diversas correntes filosóficas e autores e expôs, diferentemente do que se pensava, um profundo desacordo entre os positivistas, que levou à apresentação das mais variadas respostas, tão distintas e contraditórias entre si que geraram espécie de cisão nas teses daquilo que se via como o eixo central do positivismo jurídico.

O debate foi tão prolífico que nos anos que se seguiram, diversas obras e pesquisas foram desenvolvidas com a intenção de classificar as novas correntes de pensamento que surgiram em razão das diferentes formas em que a obra de Hart e Dworkin foram defendidas ou reformadas, por positivistas, não-positivistas, realistas e demais teóricos do direito. De fato, tornou-se difícil identificar exatamente o que seria positivismo, ao menos na teoria do direito contemporânea, de forma que neste trabalho optamos por utilizar o termo filosofia analítica do direito, ainda que a maioria dos autores estudados pertençam à tradição conhecida como positivista.

---

[29] Tradução do autor: "Philosophical debates are hard to characterize because, unlike formal debates, they are not usually about just one issue. In philosophy, everything is ultimately connected to everything else, and hence philosophical controversies tend to range over many different, though in-the-end related, questions. Thus, the Hart-Dworkin debate concerns such disparate issues as the existence of judicial discretion, the role of policy in adjudication, the ontological foundations of rules, the possibility of descriptive jurisprudence, the function of law, the objectivity of value, the vagueness of concepts, and the nature of legal inference".

Se MacCormick estiver correto que podemos medir a proeminência de uma obra em razão das críticas que recebeu, então sem dúvidas devemos colocar Herbert Hart e Ronald Dworkin na posição dos grandes pensadores da filosofia do direito.

Dentre os autores que ocuparam o protagonismo neste debate, encontram-se Jules Coleman e Joseph Raz, que serão ambos objetos de estudo neste trabalho, a fim de compreender em que sentido o direito pode ser usado em termos práticos e em que sentido podemos pensar o conceito de direito da mesma forma. Iniciaremos com a proposta de Joseph Raz que possui a teoria provavelmente mais proeminente sobre a natureza da autoridade e sua função prática na tomada de decisões (em inferências práticas).

O debate Hart-Dworkin ficou conhecido por suas reflexões sobre a relação entre direito e moral, mas como apontado acima, passou por quase todos os temas importantes para a filosofia do direito. Joseph Raz interpretou seu papel no debate e é possivelmente o maior representante da escola que ficou conhecida como positivismo jurídico exclusivo. Este autor dedicou-se principalmente a compreensão da normatividade e sua função em inferências práticas, construindo toda uma teoria do direito e da normatividade voltada para a compreensão da forma como a normatividade está fundamentada na ação racional e para ela:

> O trabalho de Raz é guiado por uma suposição metodológica: o objetivo de grande parte da filosofia, e, em qualquer caso, é elucidar práticas e conceitos como os encontramos e já os entendemos. A complexidade de seu trabalho deve-se às estruturas complexas que ele busca explicar. A tentativa é entendê-las individualmente, mas também como parte de um quadro maior.
>
> Tome como exemplo uma afirmação que reaparece em muitos dos capítulos: razões práticas, que são a pequena moeda da normatividade prática, são, de certo modo, sempre baseadas em valores. Mas essa afirmação precisará ser refinada quando as razões em questão são (por exemplo) razões criadas pelo exercício de um poder normativo, como, por exemplo, razões para manter promessas. Mas então, por que não pelo menos arredondar a explicação e afirmar que toda normatividade, prática ou epistêmica, está fundamentada em valores? Isso faria uma teoria mais limpa. Bem, a razão é simples: porque isso é falso. Para entender razões práticas e sua maneira particular de justificar ações e de nos apresentar opções, precisamos entender que cada razão é baseada em valor. Isso não tem paralelo quando se trata de razões epistêmicas: se segui-las leva ou não, na maioria das vezes, a ter crenças verdadeiras, e se ter crenças verdadeiras é geralmente de valor, é simplesmente falso que cada razão epistêmica é uma razão por que segui-la tem valor. Como consequência, também é falso que existam opções epistêmicas da mesma maneira que existem em relação às razões práticas. Trazer à tona essas diferenças e nuances leva à visão distinta de Raz sobre a normatividade prática, o papel crucial dos valores na explicação das razões e sua explicação dos conflitos práticos que muitas vezes surgem da incomensurabilidade das opções. (HEUER, 2022, pp. 1-2)[30]

---

[30] Tradução do Autor: “Raz’s work is guided by a methodological assumption: the aim of much of philosophy, and, at any rate, is to elucidate practices and concepts as we find and already understand them. The complexity of his work is owed to the complex structures he seeks to explain. The attempt is to understand them individually but

Raz dedicou grande parte de seu trabalho em compreender a normatividade na forma como é experienciada pelo indivíduo particular, motivo pelo qual o seu estudo é imprescindível para o objetivo ao qual se propôs o presente trabalho. Se buscamos compreender a possibilidade de um conceito prático de validade jurídica, então devemos compreender como tomamos decisões com base em razões:

> O principal argumento do artigo busca estabelecer esta afirmação crucial, a afirmação de que a forma como os agentes humanos respondem às razões ao formar uma intenção é sendo guiados pelo valor acreditado da ação pretendida. Isto é frequentemente chamado de Tese do Bom Pretexto (*Guise of Good Thesis*) em relação às intenções A primeira parte do argumento aborda uma série de objeções e supostos contraexemplos à ideia de que a intenção envolve uma crença no valor da ação pretendida. A segunda parte diz respeito a questões sobre a relação entre intenções, motivação e vontade. É (i), o papel fundamental das intenções em nos mover mais perto da ação, o que requer a participação da vontade. Afinal, sempre enfrentamos opções ao considerar o que fazer. Resolver o que fazer é um exercício de vontade. Raz explica que, enquanto resolver conflitos de razões no caso de razões práticas envolve a vontade, no caso epistêmico (o caso de razão para crença), não envolve. A vontade então diz respeito à resolução e talvez à "firmeza", mas, Raz diz que não tem nada a ver com motivação.
>
> As motivações humanas são frequentemente vistas como enraizadas em nosso funcionamento biológico: fome, aversão, frio, desejo sexual, etc. Elas ocasionalmente desencadeiam comportamentos que ignoram a agência racional (por exemplo, nos casos de piscar, respirar ou recuar do calor). Mas sua relação com a ação também pode ser menos direta e pode ser transformada pela forma humana de agência racional. A fome, por exemplo, normalmente leva à agência intencional, que envolve considerar razões para quando e o que comer. Não só isso, mas o conhecimento de que precisamos de comida leva ao planejamento e preparação das refeições de maneira bastante independente do estímulo da fome. Além disso, as razões para nossas refeições raramente dizem respeito à necessidade pura de comida. Em vez disso, são razões de prazer e socialidade, podem envolver preocupações ambientais, religiosas e éticas, etc. Nossas intenções de comer são formadas em resposta a todas essas razões. É desta maneira que a agência racional humana se torna o tipo de agência do qual: (ii), a afirmação de que as intenções refletem as razões para agir (como o agente as vê) é verdadeira (HEUER, 2022, p. 3)[31].

---

also as part of a larger picture. Take a claim which reappears in many of the chapters as an example: practical reasons, which are the small currency of practical normativity, are in some sense always based on values. But this claim will need refinement when the reasons in question are (e.g.) reasons created by the exercise of a normative power, as for instance, reasons for keeping promises. But then, why not at least round the account up, and claim that all normativity is grounded on values, practical and epistemic alike? That would make for a cleaner theory. Well, the reason is simple: because it is false. To understand practical reasons and their particular way of justifying actions and of presenting us with options, we need to understand that each reason is based on value. This has no parallel when it comes to epistemic reasons: whether or not following them leads, for the most part, to having true beliefs, and whether or not having true beliefs is generally of value, it is simply false that each epistemic reason is a reason because following it has value. As a consequence, it is also false that there are epistemic options in the same way as they exist with regard to practical reasons. Bringing out these differences and nuances leads to Raz's distinctive view of practical normativity, the crucial role of values in the explanation of reasons and his account of practical conflicts which often arise from the incommensurability of options".

[31] Tradução do autor: The main argument of the paper seeks to establish this crucial claim, the claim that the way in which human agents are reason-responsive when forming intention is by being guided by the believed value of the intended action. This is what is often called the Guise of Good Thesis regarding intentions. The first part of the argument addresses a number of objections and purported counterexamples to the idea that intention involves a belief in the value of the intended action. The second part concerns questions about the relation of intentions,

Como se vê, Raz é um filósofo no sentido amplo da palavra e seus estudos não se limitaram à filosofia do direito, avançando para diversas áreas de agência humana. Não diferente de outros pensadores, Raz considerou importante compreender a normatividade como um todo, i.e., desde o seu sentido epistêmico no pensamento científico até o dever de cumprir promessas ou planejar através de nossas intenções a satisfação de nossas vontades, ou de racionalizar nossa ação com base em motivações básicas como a necessidade de satisfazer a fome. Como Ulrike Heuer bem aponta, ao permitir que a motivação da fome atue na formação de uma atuação racional e preventiva fundamentada na intenção, diversos fatores serão considerados, além da necessidade de se alimentar, como o que devemos comer, quando comer, etc. A intenção será formada pela sua relação com a motivação ou vontade, em geral, mas não necessariamente, havendo alinhamento entre os conceitos:

> A imagem desenhada aqui é simplificada. Ela sugere que motivação e intenção estão perfeitamente alinhadas, na medida em que suas motivações movem os agentes em direção às suas ações pretendidas, desde que eles estejam motivados a realizá-las. Como se poderia esperar, as relações entre motivação e intenção são frequentemente mais complexas. Aqui estão alguns exemplos: 1) As intenções de realizar uma ação podem persistir enquanto a motivação para a ação muda. 2) Pode haver um intervalo de tempo entre a motivação que se desvanece e o abandono da intenção, em parte porque pode-se não estar ciente da mudança na motivação, em parte porque pode-se estar enganado sobre as próprias motivações (às vezes se pensa que se está motivado para φ[32] porque se deseja estar motivado para φ, etc.). 3)A crença, compartilhada por alguns filósofos, de que uma vez que se pretende φ, não se deve abandonar a intenção, ou que se pode abandoná-la apenas sob condições restritivas, pode em si mesma motivar a manter a intenção. Razões acreditadas podem motivar mesmo quando equivocadas e até mesmo quando irracionais. (...) ter a intenção de φ é estar decidido a φ. Uma implicação de estar decidido a φ é ser guiado para φ, ou φ guiado por essa intenção. Quando φ-emos com a intenção de fazê-lo, a intenção guia a ação, o que significa que ela nos mantém no caminho para a conclusão bem-sucedida da ação (embora isso nem sempre seja alcançado). (RAZ, 2022, pp. 66-68)[33]

---

motivation and will. It is (i), the fundamental role of intentions in moving us closer to action, which requires the participation of will. After all, we always face options when considering what to do. Resolving what to do is an exercise of will. Raz explains that, while resolving conflicts of reasons in the case of practical reasons involves the will, in the epistemic case (the case of reason for belief), it does not. The will then concerns resolve and perhaps "steadfastness", but, Raz says it has nothing to do with motivation. Human motivations are often seen as rooted in our biological functioning: hunger, aversion, cold, desire for sex, etc. They occasionally trigger behaviour which bypasses rational agency (e.g. in the cases of blinking, breathing or recoiling from heat). But their relation to action can also be less direct and can be transformed by the human form of rational agency. Hunger, for instance, typically leads to intentional agency, which involves considering reasons for when and what to eat. Not only that, but the knowledge that we need food leads to planning and preparing meals quite independently of the prompting of hunger. In addition, the reasons for our meals rarely concern the bare need for food. Instead, they are reasons of enjoyment and sociality, they may involve environmental, religious and ethical concerns, etc. Our intentions to eat are formed in response to all those reasons. It is in this way, that rational human agency becomes the kind of agency of which: (ii), the claim that intentions reflect the reasons for acting (as the agent sees them) is true

[32] Tradicionalmente a filosofia analítica de língua inglesa utiliza a letra grega φ (phi) com o significado de ação (fazer algo – *to do something*) e Raz está alinhado com este uso.

[33] Tradução do autor: The picture drawn here is simplified. It suggests that motivation and intention are seamlessly aligned, in that their motivations move agents towards their intended actions so long as they are motivated to

Em termos gerais, para a finalidade desta tese, nos interessa a exata situação descrita por Raz: quando agimos com a intenção de agir para satisfazer uma vontade e utilizamos a intenção para guiar a ação. É claro que nem sempre agimos com base no exercício da racionalidade e mesmo quando o fazemos, podemos errar na identificação da ação adequada com base nas razões que temos em mente. Todavia, não seria razoável ser completamente cético quanto à possibilidade de ação racional, e seria mesmo difícil explicar os avanços tecnológicos, científicos e civilizacionais promovidos pela humanidade sem lhe atribuir a capacidade de raciocínio prático (seria também difícil explicar algumas atrocidades civilizacionais e históricas se formos céticos quanto à capacidade de ação racionalmente orientada). Três conceitos são importantes quando pensamos neste tipo de raciocínio. Motivação ou vontade são o primeiro passo da ação, é aquilo que justifica a ação. Intenção, por outro lado, é a forma como decidimos executar a ação para atingir o objetivo estabelecido pela motivação ou vontade. Intenção, portanto, é uma atividade racional e não é um ato involuntário:

> Raciocinar é algo que fazemos. Leva tempo. Tem um começo e um fim. Cabe a nós decidir se queremos fazer isso ou não. Embora às vezes fiquemos presos em um raciocínio de maneira involuntária e às vezes achemos difícil parar, raciocinar é uma atividade intencional. Assim como outras ações intencionais, embora possam ser intencionais sem serem realizadas por um propósito ou por uma razão, sendo intencionais apenas porque sua condução está sob nosso controle, tipicamente raciocinar é uma atividade em que nos engajamos por uma razão. E tipicamente a razão é encontrar uma resposta para uma pergunta. Mais precisamente, raciocinar é essencialmente uma atividade que visa estabelecer a justificação, o caso a favor, de sua conclusão, empreendida para determinar se a conclusão é uma resposta correta à sua pergunta. (...) Uma 'justificação' nesse contexto é um argumento, ou seja, uma declaração de uma razão ou conjunto de razões dadas em apoio a uma resposta à pergunta sobre a qual o raciocínio se trata. As razões são expressas em proposições e, mais comumente, quando relatamos nosso raciocínio após sua conclusão, expressamos o argumento (ou partes dele) que justifica sua conclusão. Se, como vemos, o raciocínio falhou, comumente relatamos isso declarando qual pergunta tentamos explorar e que tipo de argumento estávamos procurando. Assim, a 'verdadeira' conclusão é uma proposição que é tomada por quem raciocina como uma resposta à pergunta. É a conclusão do argumento que é tomada por quem raciocina para justificar a crença na conclusão (RAZ, 2022, pp. 73-74)[34].

---

perform them. As one would expect the relations of motivation and intention are often more complex. Here are some examples: 1) Intentions to perform an action may persist while the motivation for the action changes. 2) There may be a time lapse between the fading motivation and abandoning the intention partly because one may not be aware of the change in motivation, partly because one may be mistaken about one's motivations (sometimes one thins that one is motivated to φ because one wishes to be motivated to φ, etc.) 3) Belief, shared by some philosophers, that once one intends to φ one should not abandon the intention, or that one may abandon it only under restrictive conditions, may in itself motivate one to keep to the intention. Believed reasons can motivate even when mistaken and even when irrational. (…) Intending to φ is being decided to φ. One implication of being decided to φ is being guided to φ, or φ-ing guided by that intention. When we φ with the intention to do so the intention guides the action, which means that it keeps us on track towards successful completion of the action (though that is not always achieved).

[34] Tradução do autor: Reasoning is something we do. It takes time. It has a beginning and an end. It is up to us whether to do it or not. Even though we sometimes drift into reasoning, and sometimes find it difficult to stop,

Ao trazermos as ideias de Joseph Raz para o pensamento do advogado consultivo, temos um quadro conceitual adequado para pensar em que sentido agimos de forma racional e intencional com base em motivações e vontades. O advogado consultivo ao tentar responder uma pergunta sobre a forma correta de agir com base em razões jurídicas, faz uso da racionalidade nos termos propostos por Joseph Raz. Ao tentar prever o direito, o advogado consultivo e o indivíduo particular vão utilizar o raciocínio para estabelecer uma resposta para perguntas como: qual é o direito que se aplica no presente caso? Como devo agir para evitar penalidades? Como devo agir para atingir meu objetivo?

Como demonstrado, razões para agir são assumidas como tal pelo indivíduo no processo de racionalização de suas intenções e com base na motivação ou vontade que gera sua necessidade. Nesse sentido, o indivíduo que busca agir em conformidade com o direito, será obrigado a considerar o conteúdo jurídico como razão para agir, identificá-lo corretamente de forma fundamentada, e será obrigado a formular uma racionalização nos termos propostos por Raz, com a finalidade de atingir uma resposta válida (adequada) para atingir seu objetivo.

> Quanto suporte este argumento deve fornecer à sua conclusão para ser válido (eu uso 'um argumento válido' para designar que o suporte que ele dá à sua conclusão é adequado)? Ele deve apoiá-lo a um grau que justifique a conclusão, ou seja, que abrace a conclusão do argumento como uma resposta à pergunta que o raciocínio procurava responder. Com isso em mãos, temos o caso de considerar o raciocínio como tendo o objetivo de estabelecer a justificativa de uma resposta a uma pergunta. A pergunta sobre a qual o raciocínio se refere é determinada pelas razões para raciocinar, e a pergunta determina a força do suporte que o argumento deve fornecer para a sua conclusão, pois a força deve ser tal que justifique endossá-la como a resposta à pergunta. Em outras palavras, a força varia com a pergunta e com a razão para de respondê-la. (RAZ, 2022, p. 74-75)[35]

---

reasoning is an intentional activity. As with other intentional actions, while they can be intentional without being engaged in for a purpose, or undertaken for a reason, being intentional merely because their conduct is under our control, typically reasoning is an activity in which we engage for a reason. And typically the reason is to find an answer to a question. More accurately, reasoning is essentially an activity aiming to establish the justification of, the case for, its conclusion, undertaken in order to establish whether the conclusion is a correct answer to its question. (…) A 'justification' in this context is an argument, namely, a statement of a reason or set of reasons given in support of an answer to the question the reasoning is about. The reasons are expressed in propositions and most commonly when we report on our reasoning after it concluded we express the argument (or parts of it) that justifies its conclusion. If, as we see it, the reasoning ended in failure we commonly report on it by stating what question we tried to explore and for what kind of argument we were looking. So, the 'real' conclusion is a proposition that is taken by the reasoner to be an answer to the question. It is the conclusion of the argument that is taken by the reasoner to justify belief in it (RAZ, 2022, pp. 73-74).

[35] Tradução do autor: How much support must this argument lend to its conclusion to be valid (I use 'a valid argument' to designate that the support it gives its conclusion is adequate)? It must support it to a degree that would justify the conclusion, that is embracing the conclusion of the argument as an answer to the question the reasoning sought to answer. With this in hand we have the case for talking reasoning as aiming to establish the justification of an answer to a question. The question the reasoning is about is determined by the reasons for reasoning, and the question determines the strength of support the argument must provide for its conclusion for the strength must be such as to justify endorsing it as the answer to the question. In other words, the strength varies with the question and with the case for answering it.

Esta afirmação de Raz sobre a força de suporte que os argumentos em favor da resposta sobre como devemos agir assume uma forma complexa quando consideramos o direito enquanto razões para ação. Isto porque, o direito fornece razões que, *prima facie*, não possuem a mesma força que outras razões para agir. Em geral, o direito fornece razões que buscam se sobrepor a todas as outras e tende a punir o comportamento divergente, ainda que este seja fundamentado em razões que do ponto de vista moral ou econômico, por exemplo, pareceriam estar suficientemente justificadas.

Com estas páginas, temos uma breve descrição da forma de raciocínio que estamos assumindo como importante para a perspectiva deste trabalho: o raciocínio intencionalmente orientado e planejado para uma finalidade específica. Se retomarmos o exemplo do licenciamento ambiental, podemos pensar nas regras jurídicas, procedimentos e autoridades que estarão envolvidos no processo de licenciamento e seus posicionamentos como razões para agir num ou noutro sentido no planejamento do empreendimento e execução dos atos de licenciamento ambiental, como por exemplo o cumprimento de exigências legais e administrativas de forma preventiva na execução do estudo de impacto ambiental e relatório de impacto ao meio ambiente (EIA/RIMA).

Neste caso, nós teremos uma resposta válida (adequada) para a finalidade de obter o licenciamento de forma legal, obedecendo as exigências jurídicas, se conseguirmos identificar o que será exigido do empreendedor para que o licenciamento seja aprovado (e a capacidade do empreendedor e das condições do local do empreendimento de se enquadrarem nas exigências). Para chegar a esta resposta, devemos analisar nas fontes disponíveis de direito (normas jurídicas, precedentes, discussões principiológicas sobre o direito ao meio ambiente sustentável previsto no Art. 225 da Constituição Federal, etc.) e nos comportamentos habituais assumidos pelas autoridades envolvidas (como técnicos, Ministério Público, eventualmente juízes e etc.).

Assim, se quisermos utilizar o raciocínio prático descrito em termos gerais por Joseph Raz na condução de nossas vidas à sombra do direito, devemos compreender quais são as razões fornecidas pelo direito com clareza, devemos ser capazes de identificar suas normas válidas e compreender a lógica dos procedimentos administrativos aos quais o indivíduo particular estará submetido.

Nas próximas páginas elaboraremos a teoria de Joseph Raz e avançaremos dos comentários gerais sobre razão prática aqui fornecidos, trazendo-os para o âmbito da

argumentação jurídica. Analisaremos quais condições são necessárias para que um sistema jurídico possa se estabelecer como autoridade e o motivo pelo qual tomamos suas diretivas como razões para agir, além do tipo de razão de que se tratam as normas jurídicas, que são de um tipo especial em relação à razões emitidas por autoridades de outro tipo. Para isso, vamos inverter a ordem cronológica dos trabalhos de Raz nos estudos que se seguem.

Um ponto de partida natural para compreender a obra do autor seria iniciar com sua primeira grande obra, que é um verdadeiro marco teórico-conceitual na filosofia analítica, publicada em 1975 e intitulada *Practical Reason and Norms*. Todavia, entendo que nossa compreensão da relação entre razão prática e normas (no sentido em que normas são razões para agir) foi suficientemente demonstrada em termos gerais neste tópico introdutório. Assim, reservaremos esta obra para ser retomada quando formos tratar especificamente da relação entre razão prática e normas efetivamente jurídicas.

Aqui vale a ressalva de que até este ponto tratamos do raciocínio de forma ampla, não nos limitando ao raciocínio jurídico. E isto é normal. Os trabalhos de filosofia analítica do direito, em geral, buscam distinguir normas jurídicas de normas de outro tipo, e sistemas jurídicos de sistemas de outro tipo, como é o caso dos sistemas da moral, da religião, da linguagem ou sistemas normativos de um tipo diferente, como aqueles utilizados em esportes e jogos. A razão prática é uma forma de agência humana utilizada em todos estes contextos, e também é importante compreender que seu funcionamento não será igual em todos eles e que alguns tipos de razões tendem a se sobrepor à outras numa relação de força ou peso. Portanto, uma conceituação geral é importante para compreendermos o tipo de problema do qual estamos tratando e assim, identificar em que sentido o problema específico se distingue da regra geral. Assim, no próximo tópico, se faz importante sair da generalidade e adentrar no problema jurídico especificamente.

Para isso, antes de adentrar na razão prática aplicada às normas jurídicas, devemos começar com uma compreensão do jurídico em si: o que é e o que significa ser o direito? Que tipo de razões o direito fornece e porque devemos nos preocupar com elas? Em que sentido e por que o direito é capaz de fornecer razões e porque as obedecemos? As questões são de fundamental importância, pois se o direito não for capaz de fornecer razões relevantes para a tomada de decisões, não faria sentido tratar o fenômeno como um objeto da razão prática, vez que perderia o caráter prático:

> Uma resposta é que o raciocínio prático é o raciocínio em busca de uma resposta a uma pergunta prática. ‘O que deve ser feito?’ pode ser considerado o protótipo,

> embora as variações abranjam mais do que o tempo (o que deveria ter sido feito? etc.), a modalidade (o que é permitido fazer? Deve fazer? etc.), o agente relevante (o que o governo deve fazer?), ou as circunstâncias (o que deve ser feito se as coisas forem assim e assim?). Raciocínios que visam responder a outras perguntas podem ser classificados junto com os acima. Por exemplo, raciocínios sobre se seria covardia ou deslealdade ou mesquinhez agir de certa maneira, ou ter certos sentimentos. Fazer a classificação do raciocínio como 'raciocínio prático' se basear na questão explorada está alinhado com outras classificações de raciocínio, como econômico, educacional e assim por diante. O raciocínio prático, nesse sentido, não parece ser regido por regras especiais de inferência. É modal e derrogável (não-monotônico), mas assim é grande parte do raciocínio comum. Lida com conceitos como direitos e deveres, que têm suas próprias regras de transformação específicas. É comum que qualquer esfera de discurso ou aprendizado complemente as regras gerais de inferência com regras de transformação específicas de conceitos. Nessa visão, o raciocínio prático é o raciocínio comum sobre uma gama particular de perguntas (RAZ, 2022, p. 84).[36]

Estas são questões que buscaremos responder com análise da obra seguinte de Joseph Raz: *The Authority of Law: essays on law and morality*, publicada em 1979. Ao longo do texto também utilizaremos de forma auxiliar outras obras da maturidade do autor, principalmente a já mencionada *The Roots of Normativity* (2022), além de artigos avulsos que serão devidamente referenciados.

3.1. TEORIA PRÁTICA DA AUTORIDADE DO DIREITO

O direito é uma espécie de autoridade. Esta proposição está provavelmente entre as mais comumente aceitas entre os pensadores do direito e é encontrada no imaginário social ordinário. Ao considerarmos a forma ordinária como as pessoas se referem ao direito na linguagem, verifica-se que este fenômeno é amplamente reconhecido de forma tão enraizada no nosso pensamento, que por vezes nós nos referimos às ações como sendo obrigatórias dando como justificativa apenas a proposição: porque é o direito. Neste sentido, ensina Andrei Marmor:

> No início do verão de 2008, as rodovias da Califórnia estavam repletas de painéis eletrônicos exibindo a seguinte mensagem: "Telefone de mãos livres, 1º de julho, é a

---

[36] Tradução do autor: "One answer is that practical reasoning is reasoning in search of an answer to a practical question. 'What is to be done?' may stand as the prototype though variations range wider than in time (what was to be done? etc.), modality (what is one permitted to do? Must do? etc.), relevant agent (what is the government to do?), or circumstances (what is to be done if things are so and so?). Reasoning aiming to answer some other questions may be classified together with the above. For example, reasoning about whether it would be cowardly or disloyal or mean to act in a certain way, or to have certain feelings. Making the classification of reasoning as 'practical reasoning' turn on the question explored, is in line with other classifications of reasoning, as economic, educational and so on. Practical reasoning in that sense does not seem to be governed by special rules of inference. It is modal and defeasible (non-monotonic) but so is much ordinary reasoning. It deals with concepts such as rights and duties which have their own concept-specific transformation rules. It is common that any sphere of discourse or learning supplements the general rules of inference with concept-specific transformation rules. On this view, practical reasoning is ordinary reasoning regarding a particular range of questions (RAZ, 2022, p. 84)".

> lei!" Os motoristas da Califórnia sabiam exatamente a que os painéis se referiam: no início daquele ano, uma nova lei foi promulgada pela legislatura da Califórnia que proíbe o uso de telefones celulares enquanto se dirige, a menos que se use um dispositivo de mãos livres. Os painéis não eram, claro, a lei. Eles apenas lembravam os motoristas, informavam-nos, por assim dizer, que "é a lei!" Observe que esta é um tipo interessante de informação, pois transmite dois tipos diferentes de conteúdo: descritivo e prescritivo. Em um sentido, a mensagem nos informa sobre algo que aconteceu, alguns eventos que ocorreram em Sacramento no início daquele ano. Mas, em um claro segundo sentido, a mensagem nos lembra que devemos nos comportar de uma certa maneira – isto é, agora somos obrigados a usar um dispositivo de mãos livres se quisermos usar um telefone celular enquanto dirigimos; afinal, agora é a lei. E, claro, esses dois tipos de conteúdo estão causalmente relacionados: a obrigação legal de usar um dispositivo de mãos livres de alguma forma decorre do fato de que certos eventos realmente ocorreram, a saber, que havia algumas pessoas em Sacramento que se reuniram em um determinado lugar, conversaram, levantaram as mãos, assinaram um documento, e assim por diante. (MARMOR, 2011, p. 1)[37]

De fato, existe um comportamento social habitualmente convergente no sentido de considerar o direito como razão para agir, pelo simples fato de ser o direito. Claro que habitualmente não se confunde com sempre, e que, por vezes, o direito pode ser completamente ignorado pelo indivíduo na tomada de decisões. Ainda assim, emblemático neste caso é o exemplo do assassino, que mesmo agindo intencionalmente contra as regras jurídicas, ainda assim às tomará como razões para agir ao tentar ocultar o crime, como é comum que aconteça nesses casos.

Todavia, o caso do assassino e o caso mencionado por Marmor são essencialmente distintos. No caso do assassino, este optou por assumir suas próprias razões como determinantes para agir e ignorou as razões jurídicas que lhe proibiam de realizar aquela ação. A decisão do assassino de ocultar a autoria do crime é uma decisão racional e prática, mas apenas no sentido em que reconhece a força do direito e a sua capacidade de lhe impor punições severas. De acordo com Joseph Raz, o direito não funcionaria como sistema organizado se a sociedade sempre assumisse suas razões particulares como melhores e apenas tentassem evitar as punições jurídicas através da ocultação. Neste caso específico, o assassino age não como se o direito

---

[37] Tradução do autor: In the early summer of 2008, California highways were doted with electronic signposts displaying the following message: "Hands Free Phone, July 1st, It's the law!" California drivers would have known exactly what the signposts referred to: earlier that year, a new law was enacted by the California legislature that prohibits the use of cellular phones while driving unless using a hands-free devive. The signposts were not, of course, the law. They just reminded drivers, informed them, as it were, that "it's the law!" Notice that this is an interesting kind of information, because it conveys two different types of content: descriptive and prescriptive. In one sense, the message informs us about something that happened, some events that took place in Sacramento earlier that year. But in a clear second sense, the message reminds us that we ought to behave in a certain way – that is, we are now obliged to use hands-free device if we want to use a mobile phone while driving; after all it is now *the law*. And of course, these two kinds of content are causally related: The legal obligation to use a hands-free device somehow follows from the fact that certain events had actually taken place, namely, that there were some particular people in Sacramento who gathered in a certain place, talked, raised their hands, signed a document, and so forth.

fosse uma autoridade, mas como se o direito fosse uma força, de tal forma que suas diretivas são razões para agir apenas na medida em que o assassino busca evitar punição:

> (...) uma pessoa precisa de mais do que poder (enquanto influência) para possuir autoridade *de facto*. Ela deve alegar que possui autoridade legitima ou ser vista por outros como se possuísse. Há uma diferença importante entre, por exemplo, o uso de força bruta para impor sua vontade e o mesmo feito com uma alegação de que possui direito. Apenas o último pode ser qualificado como uma autoridade efetiva ou *de facto*. (RAZ, 2011, p. 9)

Para compreender o sentido desta afirmação de Raz de que existe uma diferença entre impor comandos através da força bruta ou fazer a mesma coisa com uma mera alegação de possuir direito de fazê-la, precisamos adentrar na qualificação de conceitos de autoridade legítima e autoridade *de facto* e compreender de que forma o direito se constitui enquanto autoridade. Com o intuito de elucidar estes conceitos e retomando a diferença essencial entre o caso do assassino e do motorista que reconhece o dever de utilizar dispositivos de mãos livres ao dirigir, retomaremos o mais clássico exemplo da teoria raziana: o exemplo do sinaleiro.

Ao vencer o prêmio Tang em *Rule of Law*, o comitê da premiação criou um breve vídeo[38] sobre a vida e obra de Joseph Raz e a primeira imagem que vemos é a de um semáforo de pedestres. A luz vermelha está acesa num primeiro momento e rapidamente se apaga, acendendo a luz verde. Com isso a câmera adota um ângulo mais amplo e passa a demonstrar a faixa de pedestres que antes vazia, agora, com o sinal verde, é preenchida por transeuntes vindos de ambas as direções.

Podemos presumir que estes transeuntes pararam diante do sinal vermelho por uma diversidade de razões: por medo de sofrer coerção social de todos os outros que consideram correto esperar a sinalização adequada para atravessar a rua ou por medo de levar uma multa. Todavia, Raz afirma que o elemento mais importante para configurar uma autoridade é o caráter de legitimidade que ela clama possuir e que é tida pelos indivíduos particulares como se de fato possuísse. De acordo com Raz, o sinaleiro cumpre uma função social importante: organiza o trânsito, estabelecendo regras para a convivência organizada de motoristas e pedestres, reduzindo o risco de acidentes.

Dessa forma, o que Raz está afirmando é que em algum sentido existe uma crença na legitimidade da regra de trânsito, ou seja, uma crença de que é melhor agir de acordo com a regra do que agir com base nas próprias razões particulares, como a pressa. Nesse sentido, é

---

[38] Ver em: https://www.youtube.com/watch?v=HsCMRgPf4jw. Acessado em: 17/07/2024.

como se o indivíduo particular reconhecesse que obedecer a autoridade, abandonando quaisquer convicções que poderia ter para agir em sentido contrário, é a melhor coisa a se fazer. E o direito não é tido nesta posição apenas pelo seu suposto monopólio da força (monopólio que em alguns casos só existe em termos de direito alegado e não de fato), mas também e principalmente porque as razões que o direito fornece são adequadas, facilitam a tomada de decisões e tornam a vida mais fácil. Ou seja: o direito se apresenta em sua melhor forma quando fornece razões para agir que são satisfatoriamente adequadas para afastar razões que o indivíduo particular pudesse ter para agir de outra maneira.

Há quem defenda que o conceito de autoridade seria paradoxal e que seria incompatível com a razão se sujeitar a uma autoridade, de forma que apenas a força explicaria a autoridade jurídica, uma vez que essa sujeição representaria o abandono da razão e não o seu uso, como ensina Raz:

> (...) submissão à uma autoridade seria irracional. Similarmente, o princípio da autonomia requer ação com base no julgamento particular de questões morais. Considerando que autoridade requer que as vezes atuemos em contrariedade com nosso próprio julgamento, ela requer que a autonomia moral particular seja abandonada. Considerando que todas as questões práticas podem envolver considerações morais, toda autoridade prática é uma negação da autonomia moral e, consequentemente, é imoral. (RAZ, 2011, p. 3)[39]

Todavia, o autor responde à provocação com o exemplo de uma situação de emergência em caso de acidente, como um incêndio no interior de um teatro ou de um desabamento em túnel de tráfego urbano. Em situações como essa, não é incomum que alguém acabe assumindo uma posição de liderança e que sua liderança seja aceita pelos demais, uma vez que suas ideias de coordenação do problema parecem adequadas para a situação de emergência. Nesse caso hipotético, as falas desta pessoa serão consideradas como razão para agir e desvios de conduta exercidos pelos demais poderão ser questionados na forma de coerção social.

O caso ainda demonstra um elemento específico da autoridade em geral: não existe nada que exija que uma autoridade tenha como fundamento de seu poder uma regra. Este *insight* de Raz serve como questionamento para as teorias normativas da autoridade jurídica, segundo às quais a força de uma autoridade estaria fundamentada em uma regra que lhe concede poderes.

---

[39] Tradução do autor: "(...) submission to authority is irrational. Similarly, the principle of autonomy entails action on one's own judgement on all moral questions. Since authority sometimes requires action against one's own judgment, it requires abandoning one's moral autonomy. Since all practical questions may involve moral considerations, all practical authority denies moral autonomy and is consequently immoral."

Todavia, a proposição requer esclarecimentos. Estamos aqui preocupados com a autoridade em sentido primário: com a autoridade do fenômeno jurídico e não com, por exemplo, a investidura de um indivíduo particular em cargo de autoridade. Sistemas jurídicos emitem normas que são razões. Normas que conferem poder, por exemplo, são normas que determinam que uma pessoa detém autoridade sobre outras num contexto específico e que suas ordens são razões para que as pessoas façam algo. Todavia, Raz não está tratando de pessoas investidas em poder por uma autoridade pré-constituída, neste momento, e sim da constituição da própria autoridade do direito.

De fato, nem toda autoridade é constituída por regras. Não existe, por exemplo, nenhuma regra que diga que eu devo aceitar as opiniões de um especialista como razão para acreditar. O fato de que aceitamos a opinião do especialista como razão para acreditar, e assim consideramos o especialista como uma autoridade, está vinculado a crença que temos na legitimidade do seu conhecimento e na superioridade do seu domínio sobre o tema em relação ao nosso próprio domínio. Sua autoridade é considerada como tal por razões práticas e pelo valor que atribuímos à sua palavra, não por nenhuma regra:

> A afirmação de que toda autoridade é conferida por regras é, por si só, questionável. É difícil sustentar que, quando um membro do público assume autoridade em uma emergência (por exemplo, um incêndio em um teatro), sua autoridade derive de quaisquer regras. (...) Autoridade é um conceito prático. Isso significa que as questões de quem tem autoridade sobre quem são questões práticas; elas influenciam o que se deve fazer. Em outras palavras, as declarações de que algumas pessoas têm autoridade podem servir como premissas em inferências práticas. A explicação da autoridade deve explicar a importância prática do conceito. Deve explicar como ele é capaz de figurar em inferências práticas. (RAZ, 2011, pp. 9-10)[40]

Assim, a opinião do especialista só terá valor e o especialista apenas ocupará uma posição de autoridade se eu acreditar que tenho motivos suficientes para considerar seu conhecimento como razão para acreditar e se eu acreditar que agirei melhor se agir de acordo com suas razões do que se agir de acordo com as minhas próprias. Nesse sentido é que Raz afirma que a crença em certos valores é de fundamental importância na orientação da ação e das razões que se levam em consideração (RAZ, 2022, pp. 28-29).

---

[40] Tradução do autor: The claim that all authority is conferred by rules is itself debatable. It is difficult to maintain that when a member of the public assumes authority in an emergency (for example, a fire in a theatre) his authority derives from any rules. (…) Authority is a practical concept. This means that questions of who has authority over whom are practical questions; they bear on what one ought to do. In other words statements that some persons have authority may serve as premises in practical inferences. The explanation of authority must explain the practical import of the concept. It must explain how it is capable of figuring in practical inferences.

Em se tratando da autoridade do direito não é diferente. Como vimos, autoridades podem existir nas mais variadas formas: podem surgir de uma situação emergencial por demonstrarem aspectos de liderança, podem ser autoridades intelectuais no sentido de que suas opiniões atuam como razões para acreditar, ou ainda, podem se apresentar como solução para problemas de coordenação de escala regional, nacional ou global. Nos termos da teoria de Raz, em sendo um conceito prático, a autoridade requer atuar no sentido de determinar o que alguém deve fazer (ou acreditar), e deve fazê-lo não meramente com o uso da força bruta, mas com uma alegação de ter direito – pelo superior conhecimento ou pela superioridade técnica na coordenação de problemas complexos, ou seja, com uma alegação de ter legitimidade para fazê-lo.

Assim, para a efetividade (praticidade) de uma autoridade, é necessário que alguns requisitos de legitimidade sejam cumpridos, ou pelo menos, que sejam vistos pelos subordinados como se tivessem sido cumpridos. Neste sentido é que Joseph Raz ensina que se quisermos compreender a natureza das autoridades em geral e especificamente a natureza da autoridade jurídica, devemos primeiramente compreender o que torna uma autoridade legítima, ou seja, quais são os requisitos mínimos (necessários) para existência de legitimidade: "tendo argumentado que a noção de autoridade legítima não pressupõe aquela da autoridade efetiva, pode ser importante apontar que o reverso não é verdadeiro. A noção de autoridade efetiva pressupõe àquela de autoridade legítima. (RAZ, 2011, p. 9)[41]" e explica o autor:

> É uma visão popular que a lei goza de autoridade *de facto* ou autoridade efetiva. Sua análise envolve esses conceitos, mas não necessariamente o de autoridade legítima. Isso é um erro. Sustentar que um governo é um governo *de facto* é admitir que sua reivindicação de ser um governo *de jure* é reconhecida por um número suficiente de pessoas suficientemente poderosas para lhe assegurar o controle sobre uma determinada área. Uma pessoa tem autoridade efetiva ou *de facto* apenas se as pessoas sobre as quais ela tem autoridade a considerarem uma autoridade legítima. Isso geralmente, embora não necessariamente sempre, implica que ela reivindique autoridade legítima. Essa condição pode ter que ser enfraquecida. Pode não ser necessário que a população relevante acredite genuinamente que a pessoa que tem autoridade efetiva é uma autoridade legítima; é suficiente se, por qualquer razão, elas afirmarem tal crença. Além disso, podemos encontrar bem situações em que apenas parte da população reconhece a autoridade da pessoa em questão, desde que sejam suficientemente proeminentes ou poderosas para permitir que ele imponha seu governo sobre os outros. As razões pelas quais a população relevante aceita a autoridade de uma pessoa variam e não pertencem à análise do conceito de uma autoridade *de facto*. (…) Um fator comum em todos os tipos de autoridade efetiva é que envolvem a crença de alguns de que a pessoa em questão tem autoridade legítima.

---

[41] Tradução do autor: "Having argued that the notion of legitimate authority does no presuppose that of effective authority, it may be worth pointing out that the reverse is not true. The notion of legitimate authority is presupposed by that of effective authority."

> Portanto, a explicação da autoridade efetiva pressupõe a da autoridade legítima (RAZ, 2011, pp. 28-29)[42]

Verifica-se que Raz concorda com o posicionamento popular de que o direito necessariamente é uma autoridade efetiva. A inovação de sua teoria se encontra no fato de que, como já vimos, uma autoridade não pode existir apenas enquanto força bruta, mas deve possuir ou ser vista/tratada como se possuísse algum nível de legitimidade para exercer o poder que possui. Em segundo lugar, afirma Raz, autoridade é um conceito prático e apenas existe se tiver um impacto naquilo que seus subordinados devem fazer: "O direito possui autoridade se a existência de uma lei requerendo uma certa ação é uma razão protegida para realizar a ação; i.e. uma lei é dotada de autoridade[43] se sua existência for uma razão para guiar a ação e para excluir considerações conflitantes (RAZ, 2022, p. 29)". E conclui o autor que os conceitos de direito e autoridade estão diretamente interligados, não podendo aquele existir sem constituir-se como antes como autoridade:

> Esses esclarecimentos mostram que faz sentido referir-se à autoridade do direito e que sua análise envolve a noção de autoridade efetiva, e também envolve a de autoridade legítima. Isso pode parecer suficiente para mostrar que a noção de autoridade está inextricavelmente ligada à de direito. De fato, para determinar nossa atitude adequada em relação ao direito, devemos examinar se o direito tem autoridade sobre nós, a qual devemos reconhecer. Mas precisamos usar o conceito de autoridade para explicar a natureza do direito? Esse conceito desempenha um papel não apenas na determinação de nossa obrigação em relação ao direito, mas também em nossa compreensão do fenômeno? A resposta é afirmativa, pois é uma característica essencial do direito que ele reivindique autoridade legítima (RAZ, 2011, p. 30)[44].

---

[42] Tradução do autor: "It is a popular view that the law enjoys *de facto* authority or effective authority. Its analysis involves these concepts but not necessarily that of a legitimate authority. This is a mistake. To hold a government is *de facto* government is to concede that its claim to be government *de jure* is acknowledged by a sufficient number of sufficiently powerful people to assure it of control over a certain area. A person has effective or *de facto* authority only if the people over whom he has authority regard him as a legitimate authority. This would usually, though not necessarily always, imply that he claims legitimate authority. This condition may have to be weakened. It may be unnecessary for the relevant population to genuinely believe that the person having effective authority is a legitimate authority; it is enough if, for whatever reasons, they avow such belief. Furthermore, we could well find situations in which only some of the population acknowledge the authority of the relevant person, provided they are sufficiently prominent or powerful to enable him to impose his rule on the others. The reasons for which the relevant population accepts the authority of a person vary and do not belong to the analysis of the concept of a *de facto* authority. (…) A common factor in all kinds of effective authority is that they involve a belief by some that the person concerned has legitimate authority. Therefore, the explanation of effective authority presupposes that of legitimate authority."

[43] Na obra original em inglês o autor utiliza a palavra "authoritative" no sentido de "dotado de autoridade". A tradução literal do termo poderia causar alguma confusão, uma vez que a palavra "autoritário" no uso ordinário do português brasileiro carrega tons pejorativos, o que não é o objetivo do autor na obra original.

[44] Tradução do autor: "These clarifications show that it makes sense to refer to the authority of the law and that it its analysis involves the notion of effective authority it also involves that of legitimate authority. This may seem sufficient to show that the notion of authority is inextricably tied up with that of law. It is indeed plain to determine our proper attitude to the law we must examine whether the law has authority over us which we should acknowledge. But need we use the concept of authority in explaining the nature of law? Does the concept play a part not only in determining our obligation to the law but also in our understanding of it? The answer is affirmative, for it is an essential feature of law that it claims legitimate authority."

Com isso, temos uma introdução adequada sobre a importância que Raz deu à compreensão do conceito de autoridade para explicar o conceito de direito. Como se vê, Raz considera que o direito é um, tipo específico de autoridade, de forma que a compreensão deste conceito é indispensável para a compreensão daquele. Vimos também, que o autor reconhece a existência de duas espécies de autoridade: autoridade efetiva e autoridade legítima. Sobre estas espécies, introduziu-se aqui duas teses importantes que irão ocupar as próximas páginas: (i) o fato de que o direito reclama para si autoridade legítima, ainda que possa ser meramente uma autoridade efetiva, e (ii) o fato de que o conceito de autoridade efetiva (e dessa forma sua existência) é dependente do conceito de autoridade legítima, de forma que ainda que o direito possa falhar em ser legítimo (em termos morais), não pode falhar completamente (deve satisfazer requisitos mínimos para que possa ser considerado legítimo), sob pena de perder seu status imperioso.

No próximo tópico analisaremos os conceitos de autoridade efetiva e autoridade legítima a fim de compreender a relação apontada por Joseph Raz. Demonstraremos também que estas noções introduzem duas das teses fundamentais do conceito de direito do autor: a Tese da Autoridade Alegada e a Concepção da Autoridade como Serviço, conceitos que, como explicou Ulrike Heuer anteriormente, são o eixo central na compreensão de Raz da natureza prática da normatividade e autoridade jurídicas. Com isso, nas próximas páginas demonstraremos em que sentido o conceito de direito depende do conceito de autoridade e em que sentido ambos os conceitos são práticos. É o que passaremos a discutir.

3.2. TESE DA AUTORIDADE ALEGADA

Como vimos, para Raz, autoridade é uma questão de quem detém poder sobre quem, é uma questão sobre o que alguém deve fazer e por quê. Em sua concepção, autoridade não é resultado de uma regra conferindo poderes, em termos gerais, mas a expressão de uma realidade fática. Neste sentido é que o autor afirma se tratar de um conceito prático. A consequência desta linha de raciocínio é que a autoridade é a projeção de um valor, um valor vigente em uma sociedade sobre a importância do direito, por exemplo. Obviamente que seria inocente imaginar que todos os membros de uma comunidade compartilhariam deste valor, mas seria também plausível imaginar que uma comunidade na qual nenhum dos membros compartilhasse deste valor estaria fadada à mudança ou ruína.

Nesse sentido, conforme demonstrado no tópico anterior, é que Joseph Raz acredita que o direito deve no mínimo ser visto como possuidor de legitimidade por parcela suficientemente grande ou poderosa de uma comunidade para que possa se estabelecer como autoridade. Todavia, que o direito possua legitimidade que justifique a existência de sua obrigatoridade pode ser uma mera ilusão. Retomemos o exemplo de Andrei Marmor sobre a sinalização na rodovia da Califórnia que dizia "É a lei!". Como Marmor ensinou, a afirmação é ao mesmo tempo descritiva e prescritiva: de um lado indica que foi aprovada de forma legítima uma nova regra de conduta a ser seguida pelos indivíduos particulares e de outro reivindica que a regra deve ser seguida, simplesmente porque "é a lei!".

De acordo com Raz, esta é uma característica distintiva da autoridade do direito: ainda que o direito não seja legítimo, age como se fosse e justifica a obrigatoriedade de sua normatividade nesta alegação de ter o direito (a legitimidade) para exigir seu cumprimento. Em linhas gerais, esta é a Tese da Autoridade Alegada de Joseph Raz. Para explicar melhor esta tese, devemos retomar a importância que Joseph Raz atribui aos valores na atribuição de autoridade ao direito. Para o autor, não existe uma "obrigação de obedecer ao direito":

> Uma obrigação de obedecer ao direito implica uma razão para fazer aquilo que o direito exige. Mas o inverso não é verdadeiro. Muitas razões para fazer aquilo que o direito exige não têm nada a ver com uma obrigação de obedecer ao direito. Alguém tem razões para não matar, agredir, estuprar ou aprisionar outras pessoas que não têm conexão com o direito e dependem inteiramente do fato de que tais atos são contra a vontade, os interesses ou os direitos (morais) de outros. No entanto, tais razões são razões para fazer aquilo que a lei exige, pois, a lei exige que nos abstenhamos de assassinato, agressão, estupro e aprisionamento. A obrigação de obedecer ao direito implica que a razão para fazer aquilo que é exigido pelo direito é o próprio fato de que é assim exigido. Pelo menos isso deveria ser parte da razão para obedecer. É fácil encontrar muitos exemplos onde o fato de a lei exigir um ato é uma razão para realizá-lo. Uma pessoa pode ser expulsa da escola ou perder seu emprego se rumores de que ela infringiu a lei chegarem ao conhecimento de seu diretor ou empregador. Seu(s) ato(s) criminoso(s) pode(m) afligir profundamente seus queridos pais ou cônjuge, etc. Tais considerações nem mesmo tendem a mostrar que existe uma obrigação de obedecer a lei. Pois, embora nesses casos a lei (ou seja, o fato de que a lei exige uma ação) seja uma razão para comportamento conformista, é uma razão incidental existente para uma pessoa em particular, aplicável em certas circunstâncias especiais. A obrigação de obedecer ao direito é uma obrigação geral aplicável a todos os sujeitos de direito e a todas as leis em todas as ocasiões a que se aplicam. Procurar uma obrigação de obedecer ao direito de um determinado país é procurar fundamentos que tornem desejável, outras coisas sendo iguais, que se deva sempre fazer o que o direito exige. Esses fundamentos não precisam ser os mesmos para todos ou para todas as ocasiões, mas devem ser de suficiente generalidade para que alguns conjuntos gerais de considerações se apliquem a todos em todas as ocasiões. (RAZ, 2011, pp. 233-234)[45]

---

[45] Tradução do autor: "An obligation to obey the law entails a reason to do that which the law requires. But the converse does not hold. Many reasons to do that which the law requires have nothing to do with an obligation to obey the law. One has reasons not to kill, assault, rape or imprison other people which have no connection with

Com esta exposição, fica claro que o uso ordinário que fazemos da expressão "é a lei!", no sentido prescritivo que atribuímos a proposição, deve, portanto, ser compreendida de outra forma que não "uma obrigação de obedecer ao direito simplesmente por ser o direito". Neste sentido é que Raz retoma sua concepção prática para explicar que não se trata de uma obrigação, mas da capacidade do direito enquanto fenômeno de fornecer razões suficientemente adequadas para obedecer ao direito, podendo estas razões ser morais com base em crenças e valores (RAZ, 2011, pp. 237-242) ou por razões de prudência (RAZ, 2011, pp. 242-244). De acordo com Raz, nem mesmo um sistema jurídico que fosse considerado bom por todos os seus sujeitos conseguiria constituir esta obrigatoriedade (RAZ, 2011, pp. 245-249). A obrigatoriedade do direito existe apenas enquanto alegação e valor. Neste sentido, a obrigatoriedade do direito é um fenômeno empírico sem nenhuma justificação *a priori*. É o que ensina Rubens Glezer:

> Dessa maneira, regras e princípios jurídicos de modo geral não são fontes de obrigação genuína – não são "normas" propriamente ditas – apesar da crença frequente e disseminada em sentido contrário. Essa crença equivocada sobre a normatividade do direito (sua obrigatoriedade) decorre de uma característica essencial ao direito: alegar que suas diretrizes são fontes de obrigação legítima. Nos termos de Raz, a natureza distintiva do direito consiste em necessariamente alegar ter autoridade legítima, o que ele expressa sob a fórmula da Tese da Autoridade Alegada. (...) Na medida em que Raz atrela a normatividade de autoridades práticas à natureza da relação que o indivíduo possui com quem emite as diretrizes, não é possível reconhecer nenhuma normatividade *a priori* nas diretrizes jurídicas, ou seja, o direito não fornece razões para agir somente pelo fato de ser o direito. É por esse motivo que nem mesmo um sistema jurídico com diretrizes plenamente justas forneceria, *a priori*, razões para agir, nos termos da teoria raziana. (...) Mais especificamente, centro esforços em indicar como Raz nega que práticas sociais teriam qualquer normatividade. Constituem-se em um "ser" do qual não pode ser derivado nenhum "dever". Em especial, a ideia de "prática social" é reduzida a uma constatação empírica de algo que é socialmente praticado. (GLEZER, 2014 pp. 12-13)

Uma pequena ressalva deve ser feita ao texto de Rubens Glezer. O último livro publicado por Joseph Raz no ano de sua morte, em 2022, foi intitulado *The Roots of*

---

the law and depend entirely on the fact that such acts are against the will or interests or (moral) rights of others. Yet such reasons are reasons to do that which the law requires, for the law require us to refrain from murder, assault rape, and imprisonment. The obligation to obey the law implies that the reason to do that which is required by law is the very fact that it is so required. At the very least this should be part of the reason to obey. It is easy to find many examples where the fact that the law requires an act is a reason to perform it. A person may be expelled from school or lose his job if rumours that he broke the law become known to his headmaster or employer. His criminal act(s) may greatly aggrieve his much-loved parents or spouse, etc. Such considerations do not even tend to show there is an obligation to obey the law. For although in these cases the law (i.e. the fact that the law requires an action) is a reason for conforming behavior it is an incidental reason existing for a particular person, applying under certain special circumstances. The obligation to obey the law is a general obligation applying to all the law's subjects and to all the laws on all the occasions to which they apply. To look for an obligation to obey the law of a certain country is to look for grounds which make it desirable other things being equal, that one should always do as the law requires. These grounds need not be the same for everyone or for every occasion, but they should be of sufficient generality so that a few general sets of considerations will apply to all on all occasions. (RAZ, 2011, pp. 233-234)".

Normativity. Raz não nega a possibilidade de normatividade, mas utiliza um conceito distinto daquele utilizado por Glezer. Este autor assume normatividade como sinônimo de obrigatoriedade *a priori*, mas na conceituação raziana normatividade, entendo, é usada exatamente como a explicação não da obrigatoriedade do direito, mas da sua capacidade de se apresentar como se fosse obrigatório atuando como autoridade prática fornecendo razões para agir. Ou seja, práticas sociais detêm sim normatividade, mas normatividade significa algo diferente do que foi proposto por Glezer neste trecho. Em defesa do autor, o trecho citado acima foi extraído de sua famosa tese de doutorado publicada em 2014, 8 anos antes da obra *The Roots of Normativity.*

Feita a ressalva, devemos destacar a importante caracterização oferecida por Rubens Glezer que serve para esclarecer o sentido de normatividade em Raz: a inexistência de uma obrigatoriedade *a priori* de seguir o direito implica na necessidade de oferecer outra explicação para a existência de um comportamento habitualmente convergente em seguir o direito. E esta explicação, como bem apontou Glezer, é uma explicação empírica. A normatividade em Joseph Raz não está fundamentada em uma obrigação *a priori*, mas na capacidade do direito de satisfazer certas condições que o tornam desejável e protegido. Para parafrasear Hebert Hart: a autoridade do direito é uma questão de fato.

Se considerarmos a colocação de Raz de que a autoridade do direito está fundamentada em sua capacidade de fornecer razões suficientemente práticas para os contextos individuais em inferências práticas, podemos ter uma ferramenta sofisticada para o estudo de fenômenos geopolíticos complexos no qual o direito falha em exercer essa função. A teoria da autoridade de Raz poderia, por exemplo, ser aplicada para o estudo dos para-estados. No caso específico brasileiro, poderia ser utilizado para explicar as formas como nosso direito fracassa em se constituir como autoridade em locais dominados pelo crime organizado (como comunidades urbanas ou prisões) e a forma como o mero uso da força estatal fracassa em criar razões para a ação que sejam habitualmente determinantes naquele contexto social específico, ainda que sejam desejáveis. Todavia, um estudo deste tipo exigiria ferramentas interdisciplinares que não estão indisponíveis no contexto deste trabalho, de forma que a consideração fica registrada apenas como argumento de verossimilhança e proposta de pesquisa futura.

Também vale ressaltar da teorização em estudo que ao desmistificar a noção de "obrigatoriedade jurídica *a priori*", a teoria de Raz demonstra seu compromisso com as premissas da filosofia analítica em geral e do positivismo hartiano de encontrar as fundamentos materiais e práticos do conceito de direito, identificando a falsidade de fundamentos

transcendentais e com premissas precisas (ferramentas limpas) identificar a forma como o direito se apresenta e como realmente age por trás da cortina de fumaça linguística:

> H. L. A. Hart é herdeiro e portador da tocha de uma grande tradição na filosofia do direito, que é realista e pouco romântica em sua visão. Ela considera a existência e o conteúdo do direito como uma questão de fato social, cuja conexão com valores morais ou quaisquer outros valores é contingente e precária. Sua análise do conceito de direito faz parte do empreendimento de desmistificar o direito, incutindo atitudes críticas e racionais em relação a ele. Desde sua palestra inaugural em Oxford, ele estava ansioso para dissipar a névoa filosófica que encontrou tanto na cultura jurídica quanto na teoria jurídica. (RAZ, 1985, p. 295)[46]

Sobre isso, Herbert Hart mencionou a existência de um ceticismo em relação às normas exatamente pela forma como a linguagem das decisões administrativas e judiciais são apresentadas, demonstrando embrionariamente a tese da autoridade alegada de Raz, assinalando que as decisões judiciais se apresentam como se identificassem um conteúdo jurídico sem nenhum ato criativo do juiz, sendo um mecanismo de alegação de legitimidade:

> (...) a forma de ceticismo que predomina na Inglaterra e nos Estados Unidos nos convida a reconsiderar a ideia de que um sistema jurídico consiste inteiramente, ou mesmo principalmente, em normas. Não há dúvida de que os tribunais formulam suas decisões de modo a dar a impressão de que estas são a consequência necessária de normas predeterminadas cujo significado é fixo e claro. Em casos muito simples isso pode ser verdadeiro, mas, na vasta maioria dos casos que transtornam os tribunais, nem a legislação nem os precedentes nos quais as nomas estão supostamente contidas permitem um resultado único. Na maioria dos casos importantes, há sempre uma escolha. O juiz precisa escolher entre significados alternativos a serem atribuídos às palavras da lei ou entre interpretações conflitantes sobre o que 'significa' um precedente. O que oculta esse fato é tão-somente a tradição de que os juízes 'encontram', e não 'criam' o direito; e sob essa ótica, as decisões deles são vistas como se fossem deduções sem a intromissão da escolha e do arbítrio do julgador (HART, 2009, p. 16)

Assim é que Joseph Raz pode ser utilizado para demonstrar que o uso ordinário que fazemos da expressão "é a lei!", no duplo sentido apontado por Andrei Marmor, demonstra que o direito clama para si ser obrigatório e clama esta obrigatoriedade com fundamento em uma legitimidade alegada, mas não necessariamente existente, não existindo nenhuma obrigatoriedade *a priori,* e sim um fenômeno empírico, desde que o direito seja capaz de fornecer razões (morais ou de conveniência) suficientes para conseguir ser tido por parcela significativa (ou suficiente) da sociedade como legítimo. Este é o conceito de autoridade prática

---

[46] Tradução do autor: "H. L. A. Hart is heir and torch bearer of a great tradition in the philosophy of law which is realist an unromantic in outlook. It regards the existence and contente of the law as a matter of social fact whose connection with moral or any other values is contingent and precarious. His analysis of the concept of law is part of the enterprise of demythologizing the law of instilling rational critical attitudes to it. Right from his inaugural lecture in Oxford he was anxious to dispel the philosophical mist which he found in both legal culture and legal theory." (RAZ, 1985, p. 295)

do direito em Joseph Raz. As condições as quais o direito deve satisfazer para conseguir cumprir sua função de autoridade prática serão nosso tema no próximo tópico.

3.3. CONCEPÇÃO DA AUTORIDADE COMO SERVIÇO

No tópico anterior verificamos que o direito não é capaz de constituir obrigatoriedades *a priori* e que sua natureza obrigatória é uma questão empírica. Por ser uma questão empírica relacionada ao contexto social em que o direito se pretende como dotado de autoridade, então para possuir esta autoridade o direito deve ser capaz de satisfazer requisitos mínimos para que seja tido por parcela suficiente da população como se fosse obrigatório. Caso estas condições não sejam satisfeitas, temos um sistema de força e não de autoridade, provavelmente fadado a não sobreviver ao teste do tempo. Neste sentido ensina Raz em seu artigo "*Authority, Law and Morality*" de 1985:

> Assumirei que necessariamente o direito, todo sistema jurídico que esteja em vigor em qualquer lugar, tem autoridade *de facto*. Isso implica que o direito ou afirma que possui autoridade legítima ou é considerado como possuindo-a, ou ambos. Argumentarei que, embora um sistema jurídico possa não ter autoridade legítima, ou embora sua autoridade legítima possa não ser tão extensa quanto afirma, todo sistema jurídico alega possuir autoridade legítima. Se a alegação de autoridade faz parte da natureza da lei, então, seja o que for a lei, ela deve ser capaz de possuir autoridade. Um sistema jurídico pode não ter autoridade legítima. Se lhe faltam os atributos morais necessários para o dotar de autoridade legítima, então ele não tem nenhuma. Mas deve possuir todas as outras características de autoridade, caso contrário, seria estranho dizer que ele alega autoridade. Para alegar autoridade, deve ser capaz de tê-la, deve ser um sistema do tipo que é capaz, em princípio, de possuir as propriedades morais necessárias para a autoridade. (RAZ, 1985, p. 300)[47]

Nos cabe neste tópico demonstrar quais são estas condições mínimas. No tópico anterior, demonstramos que o conceito de uma autoridade efetiva, na teoria de Raz, pressupõe o conceito de autoridade legítima. Com isso, quer-se dizer que para que uma autoridade seja efetiva ela deve possuir em si o potencial de ser legítima: deve cumprir os mesmos requisitos mínimos que uma autoridade legítima tem de cumprir para poder se constituir como tal, mas

---

[47] Tradução do autor: "I will assume that necessarily law, every legal system which is in force anywhere, has *de facto* authority. That entails that the law either claims that it possesses legitimate authority or is held to posses it, or both. I shall argue that though a legal system may not have legitimate authority, or though its legitimate authority may not be as extensive as it claims, every legal system claims that it possesses legitimate authority. If the claim to authority is part of the nature of law then whatever else the law is it must be capable of possessing authority. A legal system may lack legitimate authority. If it lacks the moral attributes required to endow it with legitimate authority then it has none. But it must posses all the other features of authority, or else it would be odd to say that it claims authority. To claim authority it must be capable of having it, it must be a system of a kind which is capable in principle of possessing the requisite moral properties of authority."

não precisa cumprir todos os requisitos de legitimidade, do contrário não faria sentido se falar em uma autoridade efetiva. O direito pode falhar em ser o melhor mecanismo moralmente justificado e em fornecer as melhores razões moralmente justificadas para a ação. Mas não pode falhar completamente e deve oferecer razões para agir da mesma forma que uma autoridade legítima o faria.

Nas próximas páginas analisaremos as características mínimas que o direito deve satisfazer para poder alegar autoridade de forma eficiente. A teoria que será exibida foi chamada por Joseph Raz de Concepção da Autoridade como Serviço (*service conception of authority*)[48]. Esta concepção é parte fundamental e indissociável do conceito de direito fornecido por Raz, que trabalha com as bases do pensamento de Herbert Hart, mas busca expandir em seus conceitos e explicar em maiores detalhes os fundamentos práticos do direito, questão que pode ser considerada como incompleta na teoria hartiana – que será tratada no próximo capítulo.

Retomando o exemplo anterior de autoridades que se constituem de forma orgânica em contextos emergenciais (no caso de um acidente ou incêndio), lembramos que para Raz a autoridade é constituída com base em uma racionalidade prática: seguimos os comandos do líder no caso emergencial porque é melhor seguir uma coordenação do que cada indivíduo agir como se bem entendesse. Entendemos ser racionalmente desejável seguir uma autoridade, do contrário a autoridade não é autoridade nenhuma. No mesmo sentido, seguimos as opiniões do *expert* e entendemos que ao parar diante do semáforo com a luz vermelha acesa, não o fazemos simplesmente por medo da força do direito, mas por reconhecer que se cada um agisse como bem entendesse no tráfego urbano, seu funcionamento seria muito mais caótico e propício a tragédias.

Nesse sentido, a concepção da autoridade como serviço busca demonstrar a forma como o direito se apresenta como uma solução para problemas, como uma fonte de coordenação social, ou melhor dizendo, como aquilo que Joseph Raz chamou de "mecanismo para poupar esforços" (*labour-saving device*):

> As regras são assim justificadas como mecanismos para economizar tempo e para reduzir o risco de erro quando se decide o que deve ser feito. Podemos acrescentar a essas características a justificativa correlata de regras como mecanismo que economizam trabalho. Uma regra pode ser tranquilamente examinada com base na melhor informação disponível a respeito dos fatores provavelmente presentes nas

---

[48] Alguns autores optaram por traduzir o termo como "Concepção Mediadora da Autoridade". A tradução nestes termos não é incorreta e captura o significado proposto por Raz, como será demonstrado. Todavia, considerando que a tradução literal faz a mesma coisa com a mesma precisão, decidi preservar a literalidade da obra.

> situações a que se aplica. A regra afirma o que deve ser feito nessas situações com base na ponderação entre as razões previsíveis. Quando a situação a que se aplica realmente ocorre, os sujeitos da norma podem confiar na regra, economizando assim muito tempo e trabalho e reduzindo os riscos de um cálculo equivocado daquilo que está em jogo ao examinar novamente cada situação em seu próprio mérito. Essas razões para haver regras determinam a natureza das próprias regras. (RAZ, 2010. p. 54)

Ainda de acordo com o autor:

> A preferência por uma explicação baseada em razões é motivada pela crença de que as razões fornecem a base primordial para a explicação de todos os conceitos práticos, ou seja, que todos devem ser explicados mostrando sua relevância para inferências práticas. A preferência por explicações da autoridade baseadas em razões é uma tentativa de mostrar o papel das declarações de autoridade no raciocínio prático diretamente, em vez de por meio da mediação de outros conceitos (como direitos). (RAZ, 2011, p. 12)[49]

Pensar o direito dessa forma se demonstra compatível com a perspectiva do indivíduo particular e do advogado consultivo quando buscam agir com base em motivações ou vontades de forma intencional para atingir um objetivo específico. Ao tomarmos o direito como uma autoridade que emite razões para ação, temos uma ferramenta teórica eficaz para explicar o uso ordinário que fazemos do direito enquanto jurisdicionados. E ao pensarmos o direito como um mecanismo para poupar esforços, conseguimos começar a entender em que sentido o direito é uma autoridade prática: suas diretivas de autoridade são razões para agir num ou noutro sentido que se sobrepõem às razões particulares que eu teria para agir.

A forma como o direito se apresenta nesta posição protegida para ação é o que a concepção da autoridade como serviço busca responder. Esta concepção na teoria raziana é composta por três teses que representam os requisitos mínimos que toda autoridade legítima satisfaz para que possa satisfazer os requisitos morais de legitimidade. Assim, representa também todas as condições que uma autoridade efetiva deve satisfazer, ainda que não satisfaça os requisitos morais de legitimidade. Estes requisitos são expressos na forma de duas teses: (i) a tese da justificação normal (*normal justification thesis*) e (ii) a tese da dependência (*dependence thesis*), que implicam em uma terceira tese: (iii) a tese da preempção (*preemption thesis*).

Comecemos com a tese da dependência formulada da seguinte forma:

---

[49] Tradução do autor: The preference for a reason-based explanation is motivated by the belief that reasons provide the ultimate basis for the explanation of all practical concepts, namely, that all must be explained by showing their relevance to practical inferences. The preference for reason-based explanations of authority is one for trying to show the role of authority statements in practical reasoning directly rather than through mediation of other concepts (such as rights).

A tese da dependência:

> "Todas as diretivas de autoridade devem se basear, dentre outros fatores, em razões que se aplicam aos sujeitos das diretivas e que se baseiam nas circunstâncias protegidas pelas diretivas. Tais razões, chamarei de razões dependentes. (RAZ, 1985, 299)[50]

Para explicar o conceito de razões dependentes, Raz utiliza o exemplo de um árbitro atuando na função de mediar um conflito. As razões que o árbitro deverá levar em consideração para resolver o conflito não serão novas razões, mas levarão em consideração as próprias razões que geraram o conflito. São, portanto, razões dependentes das razões importantes para os indivíduos particulares e atuam sobre elas:

> Considere o caso de duas pessoas que submetem uma disputa a um árbitro. Ele tem autoridade para resolver a disputa, pois elas concordaram em acatar sua decisão. Duas características se destacam. Primeiramente, a decisão do árbitro é, para os litigantes, uma razão para agir. Eles devem fazer o que ele diz porque ele disse. Mas essa razão está relacionada às outras razões que se aplicam ao caso. Não é apenas mais uma razão a ser adicionada às outras, uma razão que fica ao lado das outras quando se calcula qual caminho é melhor sustentado pela razão. A decisão do árbitro deve ser baseada nas outras razões, resumindo-as e refletindo seu resultado. Ele tem razões para agir de modo que sua decisão reflita as razões que se aplicam aos litigantes. Chamarei de razões dependentes o tipo de razões que se aplicam ao árbitro. Também me referirei à sua decisão como razão dependente para os litigantes. Observe que, neste segundo sentido, uma razão dependente não é aquela que de fato reflete o equilíbrio das razões em que se baseia. É aquela que deve refletir, ou seja, que deveria fazer isso. (RAZ, 1985, p. 297)[51]

A decisão do árbitro, ou seja, a razão para agir que ele emitirá na forma de uma diretiva de autoridade para os litigantes deve se basear nas razões dependentes que deram causa ao conflito. Cada um dos litigantes tem razões para agir num sentido. Imagine o caso das leis de trânsito. As diretivas de autoridade emitidas pelo código de trânsito brasileiro são razões para agir que têm fundamento em razões dependentes: o desejo de organizar o tráfego urbano, o desejo de evitar acidentes e tragédias humanas e danos materiais. Todas essas razões são razões

---

[50] Tradução do autor: "The Dependence Thesis: All authoritative directives should be based, among other factors, on reasons which apply to the subjects of those directives and which bear on the circumstances covered by the directives. Such reasons I shall call dependent reasons".

[51] Tradução do autor: "Consider the case of two people who refer a dispute to an arbitrator. He has authority to settle the dispute, for they agreed to abide his decision. Two features stand out. First the arbitrator's decision is for the disputants a reason for action. They ought to do as he says because he says so. But this reason is related to the other reasons which apply to the case. It is not just another reason to be added to the others, a reason to stand alongside the others when one reckons which way is better supported by reason. The arbitrator's decision is meant to be based on the other reasons, to sum them up and to reflect their outcome. He has reasons to act so that his decision will reflect the reasons which apply to the litigants. I shall call reasons of the kind which apply to the arbitrator dependent reasons. I shall also refer to his decision as dependent reason for litigants. Notice that in this second sense a dependent reason is not one which does in fact reflect the balance of reasons on which it is based. It is one which is meant to, i.e., which should do so."

dependentes sobre as quais a diretiva de autoridade do código de trânsito deve refletir ao emitir suas próprias razões.

De fato, faria pouco sentido imaginar uma diretiva de autoridade que não tenha fundamento em nenhuma razão dependente. Uma diretiva de autoridade deste tipo seria arbitrária e incoerente com a função da autoridade de atuar como um mecanismo de poupar esforços. Uma diretiva que não tivesse como fundamento razões dependentes seria uma diretiva que não teria como fundamento um problema específico, ferindo o senso comum e acertado de que primeiro surge o problema, depois surge o direito sobre o problema. Nesse sentido é que a tese da dependência demonstra que para o direito satisfazer seu caráter de serviço, ele deve se basear nos problemas práticos que os indivíduos particulares enfrentam e deve buscar oferecer diretivas de autoridade que levem em consideração estes problemas práticos e busquem ser uma ferramenta para os resolver.

Em segundo lugar, para que uma autoridade possa cumprir os requisitos mínimos de legitimidade, deve satisfazer a tese da justificação normal, proposta da seguinte forma:

> *A Tese da Justificação Normal:*
>
> A maneira normal e primária de estabelecer que uma pessoa deve ser reconhecida como tendo autoridade sobre outra pessoa envolve demonstrar que o suposto sujeito provavelmente cumprirá as razões que se aplicam a ele (além das diretivas de autoridade alegadas) se ele aceitar as diretivas da suposta autoridade como obrigatórias e tentar segui-las, em vez de tentar seguir as razões que se aplicam a ele diretamente. (RAZ, 1985, p. 299)[52]

A tese da justificação normal, na forma como a vejo, é uma reafirmação do caráter empírico da autoridade. Como vimos anteriormente e como bem apontou Rubens Glezer, não existe uma obrigação *a priori* de obedecer ao direito, mas existem condições nas quais o direito pode clamar autoridade e/ou pode ser tido por parcela suficiente da comunidade como se de fato possuísse tal autoridade. Dessa forma, Raz avança a tese da justificação normal para reforçar a afirmação anteriormente feita de que a questão de quem possui autoridade sobre quem é uma questão de fato, sem relação de causalidade com uma obrigação *a priori*, mas constatada na forma como age uma comunidade.

---

[52] Tradução do autor: "The Normal Justification Thesis: The normal and primary way to establish that a person should be acknowledged to have authority over another person involves showing that the alleged subject is likely to comply with reasons which apply to him (other than the alleged authoritative directives) if he accepts the directives of the alleged authority as authoritatively binding and tries to follow them, than if he tries to follow the reasons which apply to him directly."

Esta tese esta diretamente interligada com a tese da dependência. Se as diretivas de autoridade tiverem como fundamento as razões dependentes que o indivíduo particular teria para agir de uma ou de outra maneira, então teremos configurados os requisitos para que a tese da justificação normal ganhe força: para que o indivíduo consiga agir racionalmente de forma facilitada se ele aceitar as diretivas de autoridade como obrigatórias. Em outras palavras: se a diretiva de autoridade substituir as razões dependentes de forma eficaz, então ao assumir o direito como vinculante, o indivíduo particular estará agindo com base nas razões dependentes relevantes para o caso, uma vez que o próprio direito fundamentou suas diretivas nestas razões. Nesse sentido: "a tese da justificação normal substitui o acordo entre os litigantes que era a base da autoridade do árbitro. Acordo ou consentimento para aceitar a autoridade é vinculante, na maioria das vezes, apenas se condições como àquelas da tese da justificação normal forem obtidas." (RAZ, 1985, p. 299).

A conjunção destas duas teses fornece o conceito de concepção da autoridade como serviço como pensado por Joseph Raz e introduz a (iii) tese das razões protegidas (*preemption thesis*):

> As duas primeiras teses articulam o que chamarei de concepção da autoridade como serviço. Elas consideram as autoridades como mediadoras entre as pessoas e as razões corretas que se aplicam a elas, de modo que a autoridade julga e pronuncia o que elas devem fazer de acordo com a razão correta. As pessoas, por sua vez, seguem a autoridade cujos pronunciamentos substituem para elas a força das razões dependentes. Esta última implicação da concepção de serviço é explicitada na tese das razões protegidas. O papel mediador da autoridade não pode ser exercido se seus sujeitos não orientarem suas ações por suas instruções em vez das razões das quais deveriam depender. Isto não significa uma obediência cega à autoridade. A aceitação da autoridade deve ser justificada, e isso normalmente significa atender às condições estabelecidas na tese de justificação. Isso traz à tona as razões dependentes, pois somente se a conformidade da autoridade com elas for provavelmente melhor do que a de seus sujeitos é que sua reivindicação de legitimidade é justificada. No nível da justificação geral, as razões preteridas têm um papel importante a desempenhar. Mas, uma vez que esse nível tenha sido superado e nos preocupemos com a ação particular, as razões dependentes são substituídas por diretrizes de autoridade. Considerar ambas como razões independentes é ser culpado de contagem dupla. (RAZ, 1985, 299)[53]

---

[53] Tradução do autor: "The first two theses articulate what I shall call the service conception of authority. They regard authorities as *mediating* between people and the right reasons which apply to them, so that the authority judges and pronounces what they ought to do according to right reason. The people on their part take their cue from the authority whose pronouncements replace for them the force of the dependent reasons. This last implication of the service conception is made explicit in the preemption thesis. The mediating role of authority cannot be carried out if its subjects do not guide their actions by its instructions instead of by the reasons on which they are supposed to depend. No blind obedience to authority is here implied. Acceptance of authority has to be justified, and this normally means meeting the conditions set in the justification thesis. This brings into play the dependent reasons, for only if the authority's compliance with them is likely to be better than that of its subjects is its claim to legitimacy justified. At the level of general justification the preempted reasons have an important role to play. But once that level has been passed and we are concerned with particular action, dependent reasons are replaced by authoritative directives. To count both as independent reasons is to be guilty of double counting."

Portanto, para se constituir em autoridade efetiva, o direito deve ser capaz de emitir diretivas de autoridade que sejam tidas como vinculantes pelos indivíduos particulares e autoridades. Para conseguir "ser tido como vinculante", o direito deve satisfazer requisitos de racionalidade prática. Deve ser capaz de fornecer razões para ação compatíveis com o problema em pauta e deve fazê-lo de tal forma que seja mais fácil para o indivíduo particular ou autoridade aceitar a autoridade do direito como vinculante do que utilizar suas próprias razões para agir. Para fornecer razões desse tipo, o direito deve satisfazer à Tese da Dependência e de fato emitir diretivas de autoridade que tenham como fundamento as razões dependentes que se aplicariam ao indivíduo particular. Todavia, uma vez que uma autoridade consiga satisfazer essas condições, as razões que ela emite passam a assumir um caráter privilegiado, ou melhor dizendo, protegido.

Com isso, Raz formula a sua tese da preempção (*preemption thesis*), proposta da seguinte forma:

> *A tese da preempção:*
>
> O fato de que uma autoridade requer a realização de uma ação é uma razão para realizar a ação que não deve ser adicionada às outras razões relevantes quando se analisa o que fazer, mas deve substituir algumas delas. (RAZ, 1985, p. 299)[54]

Com isso, Raz introduz o conceito de razão protegida para ação, que é aquela razão que se sobrepõe a quaisquer outras que o indivíduo particular ou autoridade possa ter ao ponderar como deve agir com base em razões jurídicas. Portanto, podemos definir a concepção da autoridade como serviço, como a junção entre as teses da justificação normal e da dependência. Apenas ao satisfazer ambas as teses, o direito pode ser dito como autoridade, uma vez que satisfez os requisitos mínimos de racionalidade prática das razões que emite.

A tese apresentada aqui esta alinhada com a natureza empírica-social proposta para a pesquisa. Neste ponto, devemos fazer apenas uma ressalva. O leitor desavisado poderia considerar que Joseph Raz não considera que a força desenvolva um papel importante na configuração da "obrigatoriedade *a posteriori*" aqui demonstrada. De fato, a teoria raziana demonstra que um sistema jurídico exclusivamente baseado na força não seria capaz de se constituir como uma autoridade, uma vez que é diferente obrigar alguém a fazer algo com base em uma alegação de direito ou com base no uso da força bruta. O direito deve satisfazer as

---

[54] Tradução do autor: "*The Preemption thesis:* The fact that an authority requires performance of an action is a reason for its performance which is not to be added to all other relevant reasons when assessing what to do, but should replace some of them."

necessidades da razão prática para que possa ser considerado como autoridade. Todavia, Raz é cuidadoso em demonstrar que a força é uma razão auxiliar para o cumprimento de diretivas de autoridade, ainda que não seja a razão completa:

> Na maioria das vezes, quando damos razões, elas não são razões completas. Não vejo motivo para afastarmo-nos dessa prática. Um fato é uma razão apenas se pertence a um fato complexo que é uma razão completa e, no entanto, não apenas a razão completa, mas também seus fatos constituintes são razões. Por definição, duas razões completas são uma razão completa. Podemos definir uma razão completa atômica como sendo uma razão completa que deixaria de ser completa se qualquer de suas partes constitutivas fosse omitida. (RAZ, 2010, p. 17)

Uma vez constituídas as condições mínimas para o direito poder alegar autoridade, como vimos, Joseph Raz notou que é uma característica especial do direito alegar ser uma autoridade legítima, mesmo quando não é. A finalidade desta alegação é legitimar o fato de que o direito se apresentará como obrigatório *a priori*, ainda que não seja. A partir deste momento o direito não apenas emite razões para ação, mas emite razões para ação de um tipo especial, que o direito reclama devem se sobrepor a quaisquer outras que o indivíduo particular tivesse para agir de outra maneira do que aquela determinada pela diretiva de autoridade. Esta é a tese das razões protegidas, razões de um tipo especial emitidas pelas autoridades jurídicas, que analisaremos em maiores detalhes no próximo tópico.

3.4. NORMAS JURÍDICAS ENQUANTO RAZÕES PROTEGIDAS PARA AÇÃO

Até aqui, analisamos que em algum sentido a autoridade apenas existe enquanto houver uma crença ou atitude habitualmente convergente que reconheça sua autoridade, o que é resultado de uma prática social complexa, na qual o direito se posiciona como uma ferramenta adequada para a razão prática de um grupo social suficientemente amplo ou forte para assegurar o caráter obrigatório do direito de forma geral. Vimos que para ser tido desta forma o direito deve funcionar como a prestação de um serviço: deve oferecer diretivas de autoridade racionais, baseadas em razões dependentes relevantes para os problemas sociais de que trata (tese da dependência) e deve fornecer razões suficientes para tornar mais provável que o sujeito aja de acordo com o direito do que com suas próprias razões (tese da justificação normal).

Como vimos, Raz adota um conceito de autoridade baseado em razões para ação e razões podem ser de vários tipos distintos. O que buscamos responder neste tópico é: o direito,

uma vez constituído em autoridade efetiva, satisfazendo as teses da dependência e da justificação normal, emite razões de que tipo? Para responder estas questões retornaremos dos trabalhos mais maduros da teoria da Joseph Raz para sua primeira grande obra, *Practical Reason and Norms*. Este é um importante trabalho da teoria raziana, pois cria as bases de problemas que o autor expandiria no decorrer de sua carreira, e criou o modelo de conceitos de normas enquanto razões para agir que utilizamos até aqui.

De acordo com Raz, a melhor forma de compreender a natureza das razões para ação é analisando os casos em que razões para agir entram em conflito, como no caso do exemplo "ele tinha consciência do conflito entre as razões, mas ponderou que a necessidade de cuidar da criança doente superava todas as outras considerações" (RAZ, 2010, p. 27). De fato, conflitos desse tipo são comuns em nossa experiência cotidiana. Por vezes temos razões para fazer x e razões para fazer y, e fazer x implica em não fazer y e vice-versa. Em situações deste tipo seremos obrigados a decidir quais são as razões determinantes para guiar nossa ação e no uso ordinário que fazemos da linguagem, costumamos justificar nossas escolhas exatamente como no exemplo de Raz.

Se imaginarmos que o conflito de razões se dá entre problemas ordinários, como por exemplo a decisão de um pai entre criar um poupança para guardar dinheiro para situações emergenciais ou gastar todo seu rendimento extra para pagar uma escola de qualidade para seu filho, temos um caso ordinário entre conflito de razões para agir num ou noutro sentido. O pai pode decidir que o desenvolvimento de seu filho vem em primeiro lugar, e que esta razão é determinante na escolha pelo pagamento da escola:

> De acordo com nossa concepção intuitiva dos conflitos práticos, tais conflitos devem ser resolvidos pela avaliação da força ou peso relativo das razões conflitantes e pela determinação sobre o que deveria ser feito após ponderarmos as razões. Dito de outro modo, um indivíduo deveria sempre fazer aquilo para o que tivesse uma razão conclusiva. Ou, o que é outro modo de dizer a mesma coisa, um indivíduo deveria sempre agir a partir da ponderação entre as razões. Esta é a concepção intuitiva de solução de conflitos(...). (RAZ, 2010, p. 28)

Todavia, nem todos os conflitos entre razões são deste tipo. As razões consideradas pelo pai são razões de conveniência e razões morais e aparentemente mantêm entre si uma relação de peso que lhes é atribuída pelos valores que o pai considera mais importantes. Neste caso, será suficiente que o pai aja de acordo com sua intuição sobre o que é melhor. Situação diferente se configura quando tratamos de razões de outro tipo: razões emitidas por autoridades. Imagine o exemplo totalmente diferente de um soldado em período de guerra que é ordenado a realizar um ataque em local de risco para a população civil. O soldado pode ter reservas quanto

a legitimidade da ordem, pode a considerar moralmente equivocada, pode acreditar que o risco de ferir a população civil seria inclusive desinteressante para a vitória militar, sob o risco de gerar reação da comunidade internacional.

Todavia, neste caso, o mero uso da intuição para decidir como agir não será suficiente para que o soldado tome sua própria decisão. No caso, estamos tratando da ordem um oficial militar em período de guerra. Sua autoridade advém da autoridade de um sistema jurídico: existe uma regra lhe concedendo poderes para dizer o que alguém deve fazer em cenário de guerra. Esta regra foi criada satisfazendo as teses mínimas de efetividade: ela foi construída com base em importantes razões dependentes, como por exemplo, a importância da hierarquia militar e disciplina em período de guerra. Um exército seria pouco eficiente e teria desvantagens militares se cada um de seus soldados fosse autorizado a decidir como agir com base em suas próprias razões. Além destes mecanismos de racionalidade, essa regra também é acompanhada de mecanismos que tornem mais provável que o indivíduo aja de forma mais adequada (melhor) se agir de acordo com a ordem, do que se agir de acordo com suas próprias reservas, como por exemplo no caso das razões auxiliares do uso da força na forma de sanção. E como demonstramos no tópico anterior, a própria função da autoridade como serviço seria derrotada se as regras de uma autoridade, após conseguir constituir-se como tal, fossem de cumprimento opcional.

Com base neste problema, Raz identificou já em seu primeiro grande trabalho que nem todas as razões para agir são do mesmo tipo que as outras. No exemplo supracitado do pai e sua decisão entre poupar dinheiro ou investir na educação do filho, não existe nenhuma autoridade emitindo ordens para que o pai aja de um jeito ou de outro. O pai estará sim confrontando sistemas normativos de tipos específicos, como a moral, e avaliando questões de conveniência. Mas não está se submetendo ou submetido à autoridade efetiva nenhuma e não é obrigado a agir de uma maneira ou de outra. Afirma Raz que nesse caso o pai estará considerando o que chamou de razões de primeira ordem, que são regras que criam razões para agir (RAZ, 2010, p. 20-23).

A situação é completamente diferente quando temos em ação regras emitidas por autoridades. Nesse sentido é que Raz formulou sua tese da preempção, acima exposta, segundo a qual: o fato de que uma autoridade requer a realização de uma ação é uma razão para realizar a ação que não deve ser adicionada às outras razões relevantes quando se analisa o que fazer, mas deve substituir algumas delas. A tese foi extraída de seu artigo de 1985, *Authority, Law and Morality* e, combinada com as outras teses que formam a concepção da autoridade como

serviço, demonstram-se em uma fase mais madura da teoria do autor. Mas a noção exposta já estava contida em seu primeiro grande trabalho, *Practical Reason and Norms* de 1975. Nesta obra, Raz introduziu os conceitos de razões de segunda ordem, como define:

> Uma razão de segunda ordem é qualquer razão para abster-se de agir com base em uma razão. Uma razão excludente é uma razão de segunda ordem para abster-se de agir com base em uma razão. (...) Estes conflitos [entre razões] se resolvem não pela força das razões conflitantes, mas por um princípio geral de raciocínio prático que determina que razões excludentes sempre prevalecem, quando em conflito com razão de primeira ordem. Deve-se lembrar que o escopo das razões excludentes pode variar; elas podem excluir todas ou apenas algumas das razões que se aplicam a certos problemas práticos. (...) Além disso, como se explicará abaixo, uma razão excludente pode também conflitar e ser superada por outra razão de segunda ordem. Apenas razões excludentes que não tenham sido sobrepujadas têm o efeito de excluir. Se as razões excludentes são sempre válidas, então este princípio será válido: P2. Não se deve agir com base na ponderação entre as razões se as razões que alteram o equilíbrio forem excluídas por uma razão excludente prevalente. (RAZ, 2011, p. 32)

Trazendo a concepção de Raz sobre razões de primeira e de segunda ordem para o direito, chegamos ao cerne do seu argumento sobre a natureza especial das obrigações jurídicas. De acordo com o autor, "a alegação de autoridade legitima do direito não é uma mera alegação de que regras jurídicas são razões. Ela inclui a alegação que as regras são razões excludentes para desconsiderar razões para não-conformidade" (RAZ, 2009, p. 30)[55]. Em outras palavras, razões emitidas pela autoridade jurídica são razões de primeira ordem protegidas por razões excludentes de segunda ordem. Resumidamente: são ordens de autoridade determinando obrigações, permissões e proibições que devem se sobrepor à outras razões de primeira ordem que o indivíduo particular possa possuir. A partir daqui, e seguindo o conceito que viemos usando desde o início deste trabalho, nos referiremos às regras jurídicas como razões protegidas para ação, no sentido primeiro em que regras jurídicas são razões para agir (razões de primeira ordem) e segundo que são protegidas por razões excludentes (razões de segunda ordem).

3.5. A OBRA DE JOSEPH RAZ E A PERSPECTIVA DO AGENTE PRIVADO

A identificação do direito válido não é uma prática restrita aos tribunais, mas uma prática ordinária, exercida por todos nós em vários momentos de nossas vidas. Em muitos desses casos agimos com uma racionalidade ativa, efetivamente tentando identificar a resposta para um problema e utilizamos o direito como fonte de razões para agir sobre o nosso problema.

---

[55] Tradução do autor: "The law's claim to legitimate authority is not merely a claim that legal rules are reasons. It includes the claim that they are exclusionary reasons for disregarding reasons for non-conformity."

Em outros casos, agimos com uma racionalidade que poderia ser dita “passiva”, tão enraizada em nossos valores, que nem mesmo questionamos a conveniência da diretiva, como por exemplo quando seguimos as leis de trânsito.

A teoria de Raz, da forma como foi exposta, demonstra esta prática em nossas vidas e se demonstra como uma teoria enriquecedora para pensar o direito e sua autoridade a partir da experiência de sua prática, como nos propomos a fazer no começo deste trabalho. Com a teoria da autoridade prática apresentada neste capítulo, temos as ferramentas necessárias para compreender em que sentido o indivíduo particular age com base em razões jurídicas em uma sociedade na qual o direito obteve sucesso em se estabelecer como autoridade efetiva. Este é exatamente o caso que nos propusemos a pesquisar, de forma que a escolha de Raz para oferecer o ponto de partida da perspectiva do advogado consultivo ao orientar seu cliente sobre as inferências práticas que podem ser extraídas do direito se demonstra adequada.

Raz oferece um ponto de vista claramente baseado na obra de Herbert Hart, ao demonstrar que a autoridade do direito é, em algum nível, o produto de crenças ou de ações habitualmente convergentes e a obrigatoriedade do direito não é um fato constituído *a priori* e nem mesmo de forma “autônoma”. Sua análise, porém, expande as fronteiras da teoria hartiana, nos permitindo verificar os requisitos fáticos que devem ser estabelecidos para que o direito “seja tido como obrigatório”.

Ao atribuir a autoridade do direito à crença ou à ação social orientada e convergente, alguém poderia ser tentado a dizer que o argumento raziano é circular: que uma autoridade é uma autoridade porque é. Tal argumento seria falacioso. Para Raz (assim como para Hart), a normatividade do direito não está fundamentada em fatos puramente normativos, mas sim em fatos sociais complexos, envolvendo racionalidade, crenças e ações.

Devemos destacar que para esta tese serão de fundamental importância a tese da autoridade alegada e a tese da preempção apontadas por Joseph Raz, e o problema que estas teses criam fornece a conexão para o próximo capítulo. Para que o direito possa ser uma autoridade prática e assim ser capaz de figurar em inferências práticas, então deve ser possível identificar quais são as razões protegidas emitidas pelo direito e as distinguir de razões de outro tipo, pertencentes a outros tipos de sistemas normativos ou razões ordinárias. O conceito de autoridade prática de Raz seria derrotado na hipótese em que o direito não pudesse ser devidamente identificado.

A discussão da identificação do direito é na filosofia jurídica a discussão sobre a validade jurídica. No próximo capítulo, apresentaremos a teoria de Herbert Hart sobre o conceito de validade jurídica e alguns dos aprimoramentos que foram feitos em sua regra de reconhecimento no decorrer do tempo, inclusive por Joseph Raz, que será também retomado para trabalhar a tese das fontes. Após a exposição do conceito e suas atualizações, analisaremos a regra de reconhecimento enquanto ferramenta da razão prática, com o objetivo de verificar se o conceito é suficiente ou útil para ser usado em inferências práticas.

4. HEBERT HART E O CONCEITO DE VALIDADE JURÍDICA

Até o presente momento, nos valendo da teoria prática da autoridade de Joseph Raz, respondemos importantes questões sobre a natureza do direito, das normas jurídicas e sua função em inferências práticas. O objetivo foi construir um quadro conceitual adequado para compreender a experiência do agente privado diante do fenômeno jurídico e a forma como o direito é capaz de estabelecer sua obrigatoriedade. Com o conceito de normas jurídicas enquanto razões protegidas, temos uma ferramenta adequada para compreender a importância deste tipo privilegiado de norma na tomada de decisões. E com a tese da autoridade alegada temos uma compreensão do caráter distintivo da autoridade do direito, enquanto uma autoridade que clama supremacia absoluta, ainda que não a possua, afastando argumentos de "obrigatoriedade autônoma" ou *a priori* do direito.

Apontamos de forma superficial o conceito de tese das fontes sociais, segundo o qual uma fonte jurídica é identificada a partir de referência a fontes decorrentes do comportamento crítico de autoridades na emissão de diretivas, como por exemplo decisões judiciais e administrativas. Neste capítulo, analisaremos a relação entre a tese das fontes e o conceito de validade jurídica, no sentido apontado por Raz no capítulo anterior de que uma regra inválida não é regra nenhuma e de que a obrigatoriedade do direito é um fenômeno empírico fundamentado em crenças, valores e utilitarismo.

A tese exposta por Joseph Raz no capítulo anterior pode ser vista como um aprofundamento da teoria de Hebert Hart. Em sua introdução ao Conceito de Direito, Hart menciona que existe uma diferença essencial entre, por exemplo, a ordem de um assaltante para que a vítima entregue seus bens sob pena de morte e, por outro lado, a ordem do direito para que seja cumprido. Como ensina Hart:

> Embora as palavras “ordem” e “obediência” estejam associadas à ideia de autoridade e da deferência diante desta, usaremos as expressões “ordens apoiadas por ameaças” e “ordens coercitivas” para nos referirmos a ordens que, como aquela dada pelo assaltante, são apoiadas apenas por ameaças e usaremos os termos “obediência” e “obedecer” para designar aquiescência a essas ordens. Entretanto, pelo menos devido à grande influência que a definição de comando adotada por Austin exerceu sobre os juristas, é importante analisar que a situação simples, na qual se usam apenas ameaças de danos e nada mais para forçar obediência, não é uma conjuntura na qual falaríamos naturalmente de “comandos”. Essa palavra, não muito comum fora do contexto militar, denota fortemente a existência de uma organização hierárquica relativamente estável de homens, como um exército ou grupo de discípulos, na qual o comandante ocupa posição preeminente. Tipicamente, é o general (e não o sargento) quem comanda e profere comandos, embora se usem esses termos para falar de outras formas de preeminência especial, como quando se diz, no Novo Testamento, que Cristo comanda seus discípulos. Um aspecto mais importante – por constituir uma distinção crucial entre diferentes formas de “imperativo” – é não ser necessário, quando se dá um comando, que exista a ameaça latente de dano na hipótese de desobediência. A posição de comando se caracteriza pelo exercício da autoridade sobre homens e não pelo poder de infligir dano; e, embora se possa conjugar à ameaça do dano, o comando é, antes de tudo, não um recurso ao medo, mas uma chamada ao respeito pela autoridade.
>
> É óbvio que a ideia de comando, por ser fortemente ligada à ideia de autoridade, está muito mais próxima da noção de direito que a ordem apoiada por ameaças usada pelo assaltando de nosso modelo, embora aquela seja um exemplo do que Austin equivocadamente denomina comando, ignorando as distinções feitas no último parágrafo. Entretanto, o comando é demasiado semelhante ao direito para que possa servir a nosso objetivo; pois o elemento de autoridade envolvido no direito sempre foi um dos obstáculos para uma explicação fácil do que é essa ciência. (HART, 2009, p. 25-26)

Como se vê, a preocupação com a natureza da autoridade e sua diferença do uso da força bruta não é um problema original de Joseph Raz, mas uma expansão da teoria hartiana. Raz foi aluno de Hart e com ele, supostamente, aprendeu a importância da compreensão da natureza deste fenômeno a que chamamos autoridade: o fenômeno no qual alguém pode fazer uma alegação de ter o direito de dar ordens a outrem. Neste sentido, sobre a natureza da autoridade, continua Hart:

> Mesmo numa sociedade vasta e complexa, como é a de um Estado moderno, há ocasiões em que uma autoridade, face a face com um indivíduo qualquer, lhe ordena que faça alguma coisa. Um policial ordena, por exemplo a um determinado motorista que pare ou a um mendigo que se retire. Mas essas situações simples não são, nem poderiam ser a forma-padrão como o direito opera, no mínimo porque nenhuma sociedade poderia dispor do número de funcionários necessário para assegurar que cada um de seus membros fosse informado oficial e individualmente de cada ato que dele se espera. Em vez disso, essas formas particularizadas de controle ou são excepcionais, ou constituem acompanhamentos ou reforços subsidiários de formas gerais de instruções que não designam indivíduos específicos nem se dirigem a estes, e não especificam um ato em particular a ser praticado. Por isso, até a forma-padrão de uma lei penal escrita (que, entre todas as variedades do direito, é a mais semelhante a uma ordem apoiada por ameaças) é geral em dois sentidos: indica um tipo geral de conduta e se aplica a uma classe geral de pessoas, das quais se espera que estejam conscientes de que se aplica a elas e que a obedeçam. As instruções oficiais individualizadas proferidas face a face têm um papel secundário neste caso: se as instruções gerais principais não forem obedecidas por determinado indivíduo, as autoridades podem chamar sua atenção para elas e exigir sua aquiescência, como faz

> um fiscal de impostos; ou a obediência pode ser oficialmente identificada e registrada, impondo-se por um tribunal a pena que era objeto da ameaça.
>
> Portanto, o controle jurídico consiste principalmente, embora não exclusivamente, no controle exercido por meio de instruções que são gerais nesse sentido duplo. Essa é a primeira característica que precisamos juntar ao modelo simples do assaltante para que este possa reproduzir os traços distintivos do direito. (HART, 2009, pp. 26-27)

Nesta citação de Hart, introduzimos um novo problema ao conceito de autoridade, que ainda não havia sido trabalhado no capítulo anterior. Joseph Raz nos ofereceu anteriormente uma análise geral do conceito de autoridade, apenas adentrando especificamente na autoridade do direito em dois aspectos específicos: (i) que o direito é distintivo por alegar possuir autoridade legítima, mesmo quando não possui, e (ii) que o direito é distintivo por emitir razões protegidas para a ação. Tais alegações são importantes para compreender a natureza do direito enquanto autoridade, mas estão longe de serem exaustivas para a compreensão do fenômeno jurídico em termos gerais.

Hart, diferentemente de Raz, a despeito de seu profundo conhecimento sobre filosofia da linguagem e da forte influência de John Langshaw Austin em seu trabalho, é um jurista no sentido clássico da palavra. Sua pesquisa é diretamente orientada ao direito e suas pesquisas costumam se utilizar de casos não-jurídicos apenas à título didático, diferentemente de Raz, que buscou construir uma teoria geral das normas (jurídicas ou não) com base na sua teoria prática da autoridade, que também é geral e não exclusivamente jurídica. O primeiro ponto importante que temos na caracterização hartiana pode ser extraída do trecho supracitado.

De acordo com o autor, em primeiro lugar, o direito não é, em regra, aplicado caso a caso, mas sua autoridade existe de forma geral sobre um grupo de indivíduos que têm a obrigação de agir de forma habitualmente convergente com as normas jurídicas. Esta afirmação nos permite retomar o exemplo do advogado consultivo: em suas pesquisas para identificar antecipadamente o direito, o advogado consultivo não possui acesso ao cenário "face a face" mencionado por Hart. De fato, o advogado consultivo buscará identificar a regra individualizada que se aplica ao seu cliente no conjunto de instruções gerais que o direito emite. Em alguns casos, se o advogado consultivo for obrigado a buscar a resolução "face a face", terá fracassado em uma das premissas da consultoria: a prevenção do litígio.

Um dos métodos mais comuns utilizados pelo advogado consultivo é identificar se existem julgamentos ou decisões administrativas na forma particularizada que envolveram outros agentes que não o seu cliente, para assim poder tentar identificar quais são os padrões gerais utilizados pelas autoridades na decisão do caso. Mas de fato, este exemplo confirma a

afirmação de Hart de que são os padrões gerais que se buscam identificar. Esta conclusão não afasta o exemplo que utilizamos anteriormente da diferença de instrução que o advogado poderia considerar importante ressaltar no caso de dois agentes com atuações idênticas, mas fenótipos distintos, em um país no qual é possível identificar padrões conscientes e inconscientes de racismo institucional. Ainda que a instrução do advogado seja particularizada, as razões de sua instrução são gerais.

Se considerarmos que o racismo pode ter guiado o julgamento de uma determinada autoridade, ainda que a decisão não tenha consignado nenhum argumento neste sentido, então temos que considerar que a existência de um padrão de racismo em uma determinada sociedade pode ser um elemento relevante sobre o significado do conceito de fontes jurídicas na perspectiva do agente privado.

Se temos um comportamento habitual das autoridades em emitir decisões que utilizem padrões como aqueles propostos pela Lei de Tóxicos para diferenciar o porte para uso e o porte para tráfico, nos quais o juiz é orientado a analisar "o local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente" e se este padrão de discricionariedade puder de alguma forma vulnerabilizar um determinado grupo social em relação ao outro de forma institucionalmente válida, então o advogado consultivo não poderá omitir estes fatores de seu cliente, sob pena de não lhe informar corretamente "quanto aos eventuais riscos de sua pretensão".

Ainda, se aceitarmos o argumento aprofundado de Raz sobre a noção de obrigatoriedade jurídica de Hart, então temos que a autoridade do direito é um fenômeno empírico, antes de ser um fenômeno normativo, o que aparentemente nos obriga a identificar o conteúdo do direito para além das proposições que tradicionalmente chamamos de jurídicas ou melhor dizendo, positivadas, observando a ação social dos agentes relevantes. Este problema (da identificação do direito) é o problema que buscaremos estudar neste tópico. Desde o início do trabalho defendemos a necessidade de analisar este problema a partir da perspectiva do agente racional, que busca agir de forma intencional com base em fontes jurídicas, seja por considerar o direito legítimo, seja por considerar que a atuação ilegal seria mais custosa que a atuação jurídica (nos termos da *tese da justificação normal*: por considerar que é mais fácil agir de acordo com as razões propostas pelo direito do que com base nas próprias razões que o agente poderia ter).

Apontamos que esta perspectiva é importante por se tratar de um exercício ordinário praticado por todos os jurisdicionados em quase todos os dias de suas vidas, ainda que não sempre de forma tão racionalmente orientada como se poderia imaginar, como por exemplo quando aceitamos as leis de trânsito. Ainda, apontamos a importância desta perspectiva com base na própria natureza da autoridade, cujo fundamento se encontra em valores e comportamentos e não no mero uso da força bruta.

Seguindo o modelo teórico empírico e prático que defendemos desde o início deste trabalho, a obra de Herbert Hart se demonstra de fundamental importância para adentrarmos no tema específico desta tese. Este autor possui a teoria mais proeminente na filosofia do direito contemporânea sobre um método sociologicamente orientado de identificação do conteúdo jurídico, através de sua famosamente conhecida regra de reconhecimento. Neste capítulo, apresentaremos a teoria como foi pensada pelo autor no momento da publicação de sua obra "O Conceito de Direito" em 1961 e algumas das teses complementares indispensáveis para sua compreensão, como é o caso da tese da discricionariedade judicial e da textura aberta do direito.

Demonstraremos que a obra foi objeto de diversas críticas e talvez as mais contundentes direcionadas ao conceito de regra de reconhecimento. Como já mencionado, as mais importantes críticas à obra foram realizadas por Ronald Dworkin, que pode ser considerado o maior catalisador da tradição analítica hartiana. As críticas de Dworkin foram majoritariamente vistas como equivocadas em relação à sua compreensão da teoria de Herbert Hart, de forma que seus argumentos críticos foram majoritariamente descartados como uma espécie de falácia do espantalho. Todavia, juntamente com sua crítica da teoria hartiana, Dworkin fez uma série de propostas construtivas para a teoria do direito, e os teóricos do direito como um todo, em especial os analíticos, levaram estas propostas à sério.

Não sendo este um trabalho sobre a importância de Ronald Dworkin para o desenvolvimento do positivismo contemporâneo, trabalharemos suas propostas de forma superficial, fixando nossa atenção à forma como os defensores da teoria hartiana responderam às críticas de Dworkin. Demonstrar estas respostas se faz importante em razão de diversas novas teses terem sido criadas para aprofundar ou melhor explicar o sentido da regra de reconhecimento e do pensamento pragmático de Herbert Hart. Estas teses são hoje indispensáveis para a compreensão da tradição hartiana, e algumas delas foram aceitas pelo próprio Hart, em sua publicação do Pós-Escrito ao Conceito de Direito, em 1994. Entre as teses que analisaremos estão: a tese da convencionalidade, a tese da incorporação e o debate aprofundado sobre a tese das fontes sociais. Sem mais delongas, iniciaremos pelo tema principal

desta tese: o que é a regra de reconhecimento e em que sentido ela pode ser útil para identificar o conteúdo do direito.

4.1. TEORIA PRÁTICA DAS REGRAS

Muitos autores consideraram que a teoria de Herbert Hart realizou uma "virada hermenêutica" na teoria do direito, trazendo o problema da interpretação para o centro do pensamento jurídico. Ainda que se possa concordar que a teoria hartiana possui aspectos inovadores e representa uma virada importante para o pensamento analítico do direito, é possível que não seja neste sentido específico. Os problemas de interpretação não são uma novidade da teoria hartiana, mas já estavam previstas e contempladas pelas obra do austríaco Hans Kelsen na forma como pensou o problema da aplicação do direito ("subsunção do fato à norma"), além de ser problemas comumente pensados por autores realistas. O fator inovador da teoria hartiana, ao menos no interior da teoria do direito, se deu em termos metodológicos e na forma como Hart identificou o fundamento da normatividade, que é o pensamento embrionário da sofisticada teoria prática da autoridade de Raz:

> A terceira característica que distingue as normas sociais dos hábitos está implícita no que já dissemos, mas é tão importante, e tão frequentemente ignorada e mal interpretada na teoria do direito, que vamos analisá-la de forma pormenorizada aqui. Trata-se de uma característica que chamaremos, ao longo deste livro, de aspecto interno das normas. Quando um hábito é generalizado num grupo social, essa generalidade é apenas a constatação de um fato sobre o comportamento observável da maior parte do grupo. Para que tal hábito exista, não é preciso que nenhum membro do grupo pense no comportamento geral, ou mesmo que saiba que o comportamento em questão é geral, e ainda menos que se esforce para ensiná-lo ou pretenda conservá-lo. É suficiente que cada um se comporte, de sua parte, da mesma forma como os outros de fato fazem. Por outro lado, para que exista uma norma social, é preciso que pelo menos algumas pessoas encarem o comportamento em questão como um padrão geral a ser seguido pelo grupo como um todo. Uma norma social tem um aspecto "interno", além do aspecto externo que compartilha com um hábito social e que existe no comportamento costumeiro e uniforme que um observador poderia registrar. (HART, 2009, p. 75)

Ao atribuir a obrigatoriedade do direito à fenômenos empírico-sociais e ao exercício da normatividade crítica de forma conjunta, Hart demonstra seu comprometimento com o processo de desmistificação da autoridade do direito, afastando-se do jusnaturalismo, que identificou a obrigatoriedade do direito como fundamentada na legitimidade moral e, também, do normativismo positivista, em especial aquele de Hans Kelsen[56], segundo o qual o

---

[56] Estou me referindo aqui à questão da norma fundamental de Kelsen como fundamento da obrigatoriedade jurídica. É importante ressaltar que como aponta Cesar Antonio Serbena, Kelsen considerava que sua teoria possuía

fundamento da obrigatoriedade jurídica não poderia ser uma questão fática[57], mas apenas uma questão normativa[58]. Ao analisar o direito e a normatividade enquanto produtos de uma prática social complexa, formada por elementos empíricos de ação social e normativos de engajamento crítico, Hart fornece um método que parece buscar conciliar os problemas típicos da sociologia do direito de Weber com a ciência do direito de Kelsen, respectivamente.

A percepção de Hart da existência da faceta pragmática do direito já havia sido trabalhada em aspectos aprofundados por Max Weber no capítulo "Sociologia do Direito" da obra "Economia e Sociedade", dentre outros. Também Hans Kelsen não ignorou a existência desta faceta, defendendo apenas uma separação metodológica entre a Ciência do Direito e a Sociologia do Direito, ambas ciências válidas em sua visão, a primeira voltada para o estudo do direito enquanto fenômeno normativo e a segunda dedicada ao estudo do direito enquanto fenômeno empírico, sendo contrário ao sincretismo metodológico (KELSEN, 1989, p. 291). A inovação da teoria de Hart, fundamentada na visão de que problemas jurídicos seriam indissociáveis de problemas da prática da linguagem, foi defender que o estudo prolífico do direito não deveria realizar esta separação metodológica, uma vez que o direito é um fenômeno

---

um caráter não menos empírico que aquelas denominadas realistas como a de Alf Ross: "Tomemos por exemplo, a seguinte citação de Kelsen em sua crítica à obra *On Law and Justice* de Alf Ross: 'Una ciencia es 'empírica' em contraposición a 'metafísica' no solamente si describe hechos que suceden em el sentido de ciertos actos humanos. Una teoría del derecho continúa siendo empírica si se limita a describir normas que son el sentido de actos empíricos, realiados en el tiempo y en el espacio, realizados por hombres, sin referirse a normas que emanen de instancias sobrehumanas, tales como Dios o una naturaleza creada por Dios, en tanto que el 'deber ser' de las normas que describe no es el deber ser de una justicia metafísica. Dado que la Teoría Pura del Derecho llena estos requisitos, dado que ella, como casi ninguna otra teoría del derecho lo hace, elimina de su ámbito con la mayor energía todo elemento metafísico, puede reclamar ser considerada como una teoría no menos empírica y en este sentido 'realista', que la teoría 'realista' del derecho sostenida por Ross.'. A Partir dessas afirmações de Kelsen fica claro que ele considerava sua teoria tão empírica e tão antimetafísica quanto a teoria de Ross, e neste sentido sua teoria era tão ou mais 'realista' que a de Ross." (SERBENA, 2022, P. 52)

[57] Segundo Kelsen: "como la pregunta por la causa de un deber ser o ser de una norma puede llevar únicamente a un deber ser o a una norma colocada por sobre la primera, el reconocimiento, que significa un ser fáctico, no pueda dar una respuesta a la pregunta por la causa de validez de la norma legal (KELSEN, 1989, p. 294)

[58] Segundo Kelsen: Como já notamos, a norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, uma norma superior. Mas a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser pressuposta, visto que não pode ser posta por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A sua validação já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento da sua validade já não pode ser posto em questão. Uma tal norma pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental (*Grundnorm*). Já para ela tivemos de remeter a outro propósito. Todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que o seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa (KELSEN, 2009, p. 217).

fático-normativo, não podendo sua análise ficar limitada a apenas um destes aspectos sob pena de apresentarmos uma teoria incompleta ou deficiente sobre o conceito de direito.

> A afirmação de que um sistema jurídico existe é, assim, uma declaração bifronte como Jano, que contempla tanto a obediência por parte dos cidadãos comuns quanto a aceitação das normas secundárias pelas autoridades, que encaram tais normas como padrões críticos comuns para o comportamento oficial. (...) onde exista a união de normas primárias e secundárias – que é, como sustentamos, a maneira mais frutífera de conceber um sistema jurídico –, a aceitação das normas como padrões comuns para o grupo pode ser separada da questão relativamente passiva do consentimento individual às normas por meio da obediência em caráter exclusivamente pessoal. Num caso extremo, o ponto de vista interno com seu uso caracteristicamente normativo da linguagem jurídica ("Esta é uma norma válida"), poderia ficar limitado ao mundo oficial. Num tal sistema complexo, só as autoridades aceitariam e utilizariam os critérios de validade jurídica do sistema. Uma sociedade assim poderia ser deploravelmente subserviente e acarneirada, e os carneiros poderiam acabar no matadouro; mas não há motivos para pensarmos que não poderia existir ou para negar-lhe a qualificação de sistema jurídico (HART, 2009, p. 151).

Nesse sentido, se Hart foi responsável por algum tipo de virada importante de pensamento, foi na conclusão que tirou da relação de dependência entre problemas de linguagem (derivados do exercício crítico da normatividade) e problemas jurídicos, apontando para a necessidade do estudo de fenômenos práticos em conjunto com fenômenos normativos. De fato, a explicação da autoridade do direito nos termos anteriormente propostos por Joseph Raz somente seria possível se considerarmos conjuntamente os elementos empíricos que fundamentam a normatividade, encontrados na forma do comportamento social habitualmente convergente, com base em questões de valores ou conveniência, e na forma crítica que a normatividade assume no uso que fazemos dela na linguagem. Também o reconhecimento da tese da autoridade alegada atua neste sentido desmistificador, demonstrando que o fenômeno jurídico possui um comportamento específico, empiricamente constatável, de alegar e agir como se possuísse autoridade legítima, clamando derivar dessa legitimidade seu direito à supremacia absoluta.

Esta forma empírica com que Hart tratou a normatividade, observando o comportamento crítico e/ou obediente de agentes, ficou famosamente conhecida como teoria prática de regras e foi proeminentemente importante no desenvolvimento da filosofia analítica do direito de língua inglesa, aplicando, como apontamos no primeiro capítulo, premissas da filosofia da linguagem de John Langshaw Austin para observar a prática ordinária do fenômeno, numa espécie de abordagem ao mesmo tempo analítica e fenomenológica. Hart especificou este ponto em seu Pós-Escrito:

> A descrição que fiz destas últimas [normas sociais] se tornou conhecida como a "teoria prática" das normas, pois considera que as normas sociais de um grupo são

> constituídas por uma forma de prática social que compreende tanto padrões de conduta seguidos regularmente pela maioria dos membros do grupo quanto uma atitude normativa específica em relação a esses padrões, que denominei "aceitação". (HART, 2009 p. 329)

Para compreender a teoria prática das regras de Herbert Hart e assim a forma como o direito consiste em uma prática social complexa essencialmente normativa, devemos apresentar sua caracterização do direito como um fenômeno normativo composto pela união de regras primárias e regras secundárias[59]. Em sua teoria, existem sistemas normativos compostos apenas por regras de conduta, ao exemplo das regras de etiqueta: regras que determinam proibições, obrigações e permissões. No caso jurídico, e.g., regras estabelecendo o dever de pagar tributos, regras proibindo o assassinato ou regras permitindo liberdade de contratos comerciais. Regras deste tipo, são o que Hart chama de regras primárias.

Todavia, em sua concepção, os sistemas jurídicos complexos contemporâneos, também possuem regras que não são diretamente voltadas para a conduta dos indivíduos particulares, mas são regras que atuam no sentido de regular o uso e funcionamento das regras primárias. As regras secundárias, na concepção de Hart, são regras sobre regras: são regras sobre métodos para modificação de regras primárias, regras sobre métodos de aplicação e *enforcement* de regras primárias, e regras sobre métodos de identificação de regras primárias.

Sobre regras primárias e secundárias, ensina o autor:

> A causa fundamental do fracasso [da teoria do direito enquanto comandos do soberano de John Austin] é que os elementos a partir dos quais a teoria foi construída – a saber, as ideias de ordens, obediência, hábitos e ameaça – não incluem, e combinados não podem produzir, a ideia de uma norma, sem a qual não teremos a esperança de elucidar nem sequer as formas mais elementares do direito. É verdade que a ideia de norma não é absolutamente uma ideia simples: já vimos, no Capítulo III, a necessidade de discriminar, se quisermos fazer justiça à complexidade de um sistema jurídico, entre dois tipos diferentes de normas, embora relacionados. As normas de um tipo, que pode ser considerado o tipo básico ou primário, exigem que os seres humanos pratiquem ou se abstenham de praticar certos atos, quer queiram, quer não. As normas do outro tipo são, num certo sentido, parasitárias ou secundárias em relação às primeiras pois estipulam que os seres humanos podem, ao fazer ou dizer certas coisas, introduzir novas normas antigas ou determinar de várias formas sua incidência, ou ainda controlar sua aplicação. As normas do primeiro tipo impõem deveres; as do segundo tipo outorgam poderes, sejam estes públicos ou privados. As do primeiro tipo dizem respeito a atos que envolvem movimento físico ou mudanças físicas; as do segundo dispõem sobre as operações que conduzem não apenas a movimentos ou mudanças

---

[59] A tradução da obra de Hart utilizada na presente tese opta por traduzir o termo "*rules*" por "normas", ao invés de "regras". Por este motivo, serão encontradas ao longo deste trabalho referências a tradução na qual termos como *primary rules*, *secondary rules, rules of adjudication, rule of recognition* conterão a expressão "norma" no lugar de "regra". Todavia, na escrita do texto realizei a tradução literal do termo ("regra"). Na terminologia positivista serão encontradas distinções importantes entre normas e regras, de forma que optei por preservar a literalidade da obra do autor. (HART, 1994)

> físicas, mas também à criação ou modificação de deveres ou obrigações (HART, 2009, pp. 105-106).

Para explicar a relação entre os tipos de regras, Hart utiliza o exemplo de uma sociedade baseada apenas em regras primárias (HART, 2009, p. 118). Segundo o autor, um sistema deste tipo sofreria de três problemas distintos:

> Em primeiro lugar, as normas que orientam a vida do grupo não formam um sistema, mas consistem simplesmente num conjunto de padrões isolados, sem nenhuma característica identificadora comum, exceto, é claro, pelo fato de constituírem as normas aceitas por um grupo específico de seres humanos. Sob esse aspecto, lembram nossas normas de etiqueta social. Assim, em caso de dúvida sobre a essência das normas ou sobre o âmbito preciso de aplicação de qualquer uma delas, não existe um procedimento instituído para dirimir essa incerteza, por meio da referência quer a um texto autorizado, quer a uma autoridade cujas declarações sejam vinculantes a esse respeito. Pois, evidentemente, tal procedimento e o reconhecimento de algum texto ou pessoa autorizados supõem a existência de normas de um tipo diferente das normas de obrigação e dever que são, por hipótese, tudo o que o grupo possui. Podemos chamar *incerteza* a este defeito da estrutura social simples que só tem normas primárias. Um segundo defeito é o caráter estático dessas normas. As únicas formas de modificação nas normas desse tipo de sociedade serão o lento processo de crescimento, por meio do qual condutas antes tidas como opcionais se tornam primeiro habituais ou costumeiras e a seguir obrigatórias, e o processo inverso de decadência, quando infrações antes punidas com severidade começam a ser toleradas e, mais tarde, passam despercebidas. Numa sociedade como essa não haverá meios para adaptar deliberadamente as normas à mudança das circunstâncias, seja pela eliminação de normas antigas, seja pela introdução de novas normas; pois como já dissemos, a possibilidade de fazê-lo pressupõe a existência de normas de um tipo diferente das primárias de obrigação, que são, por suposição, as únicas segundo as quais o grupo vive. (...) O terceiro defeito dessa forma simples de vida social é a ineficiência da pressão social difusa pela qual as normas são mantidas. Sempre haverá disputas para saber se uma norma aceita foi ou não violada, disputas que continuarão interminavelmente, exceto nas menores sociedades, se não houver uma instância especialmente encarregada de estabelecer, em termos conclusivos e peremptórios, o fato da violação da norma. (HART, 2009, 119-121)

Na sociedade fictícia de Hart, teríamos uma comunidade que possui um sistema de normas sociais simples, baseado exclusivamente na convergência habitual do comportamento (em regras de conduta). Um sistema deste tipo seria fragilizado pelos problemas apontados: pela dificuldade de identificar as regras que efetivamente compõem o sistema (*problema da incerteza*), pela dificuldade de alterar as regras para refletir as mudanças dos padrões morais e comportamentais daquela sociedade (*problema do caráter estático*), e pela dificuldade de aplicar o direito de forma organizada (*problema da ineficiência*), existindo apenas uma espécie de justiça popular e não um ordenamento normativo-institucional organizado para a interpretação e *enforcement* das regras. Afirma o autor, que a função das regras secundárias é exatamente suprir as dificuldades que um sistema composto exclusivamente por regras primárias poderia ter:

> A solução para cada um desses três defeitos principais dessa forma mais simples de estrutura social consiste em suplementar as normas *primárias* de obrigação com

> normas *secundárias*, que pertencem a uma espécie diferente. A introdução da correção para cada um dos defeitos mencionados poderia ser considerada, em si mesma, uma etapa de transição do mundo pré-jurídico ao jurídico, pois cada recurso corretivo traz consigo muitos dos elementos que permeiam o direito: certamente, combinados, os três recursos bastam para converter o regime de normas primárias em algo que é indiscutivelmente um sistema jurídico. Examinaremos as três soluções uma de cada vez e demonstraremos por que motivo o direito pode ser caracterizado como uma combinação de normas primárias de obrigação com normas secundárias. (...) Assim, pode-se dizer que todas as normas secundárias se situam num nível diferente daquele das normas primárias, pois versam todas *sobre* essas normas; isto é, enquanto as normas primárias dizem respeito a atos que os indivíduos devem ou não devem praticar, todas as normas secundárias se referem às próprias normas primárias. Especificam como as normas primárias podem ser determinadas, introduzidas, eliminadas e alteradas de forma conclusiva, e como estabelecer conclusivamente o fato de terem sido transgredidas. (HART, 2009, p. 122)

Para o problema da incerteza sobre o conteúdo das regras primárias, Hart propõe que a "solução mais simples" é a introdução de uma *regra de reconhecimento*:

> A forma mais simples de solução para a *incerteza* própria do regime de normas primárias é a introdução de algo que chamaremos "normas de reconhecimento". Essa norma especifica as características que, se estiverem presentes numa determinada norma, serão consideradas como indicação conclusiva de que se trata de uma norma do grupo, a ser apoiada pela pressão social que este exerce. A existência dessa norma de reconhecimento pode assumir qualquer uma dentre uma imensa variedade de formas, simples ou complexas. Como nos estágios primitivos do direito de muitas sociedades, pode não passar de uma lista ou texto investido de autoridade que conste de um documento escrito ou esteja gravado em algum monumento público (HART, 2009, p. 122).

Para o problema do caráter estático, a solução que se apresenta é a implementação de *regras de modificação*:

> A solução do caráter *estático* do regime de normas primárias consiste na introdução do que denominaremos "normas de modificação". A forma mais elementar de uma norma desse tipo é a que autoriza algum indivíduo ou grupo de pessoas a introduzir novas normas primárias para orientar a vida do grupo, ou de uma classe dentro dele, e a eliminar normas antigas (HART, 2009, p. 124).

Para o problema da ineficiência, Hart introduz um aspecto de institucionalidade, consistente na criação de um grupo de indivíduos com poder para decidir casos de infração das regras primárias e indivíduos para executar as sanções eventualmente necessárias, na forma daquilo que chamou de *regras de julgamento* (*rules of adjudication*):

> O terceiro suplemento ao regime simples de normas primárias, que visa remediar a ineficiência de sua pressão social difusa, consiste em normas secundárias que capacitem indivíduos a solucionar de forma autorizada o problema de saber se, numa ocasião específica, foi violada uma norma primária. A forma mínima de julgamento consiste nessas determinações, de modo que denominaremos "normas de julgamento" as normas secundárias que outorgam o poder de formulá-las. Além de identificar os indivíduos que deverão julgar, essas normas também definem os procedimentos a serem seguidos (HART, 2009, p. 125).

De forma simplificada, estes são os conceitos de regras de modificação, julgamento e reconhecimento. Importante realizar a ressalva de que esta teoria prática de regras, da forma

didaticamente exposta acima, leva em consideração um cenário de complexidade mínima, na forma de uma comunidade fictícia e nas palavras supracitadas de Hart: em "uma etapa de transição do mundo pré-jurídico ao jurídico". Hart afirmará que os sistemas contemporâneos contêm estes três tipos de regras secundárias, mas que suas relações podem assumir formas excepcionalmente complexas. Sobre sistemas jurídicos complexos, ensina:

> Em um sistema jurídico evoluído, as normas de reconhecimento são evidentemente mais complexas; em vez de identificarem normas exclusivamente pela consulta a um texto ou lista, o fazem por meio de referência a algumas características gerais das normas primárias. Pode ser, por exemplo, o fato de terem sido aprovadas por um órgão específico, ou sua longa prática consuetudinária, ou ainda por sua relação com as decisões judiciais. Além disso, quando mais de uma dessas características gerais são tratadas como critérios de identificação, deve-se admitir a hipótese de um eventual conflito, o que leva as normas a serem classificadas por ordem de primazia, como no caso da habitual subordinação do costume ou do precedente à lei positivada, constituindo esta última uma "fonte hierarquicamente superior" do direito. (...) normas de modificação podem ser muito simples ou muito complexas; os poderes por elas outorgados podem ser irrestritos ou ilimitados de várias formas; e as normas, além de indicar as pessoas encarregadas de legislar, podem definir em termos mais ou menos rígidos os procedimentos a serem observados na atividade legislativa. Haverá, evidentemente, uma ligação muito estreita entre as normas de modificação e as normas de reconhecimento, pois quando existirem as primeiras, as últimas deverão necessariamente incorporar uma referência à atividade legislativa como um traço identificador das normas (...) um sistema que dispõe de normas de julgamento está também inevitavelmente comprometido com uma norma de reconhecimento de caráter elementar e imperfeito. Isso porque, se os tribunais tiverem o poder de determinar peremptoriamente que uma norma foi desrespeitada, seus pronunciamentos não poderão deixar de ser considerados determinações autorizadas sobre a natureza das próprias normas. Assim, a norma que conferir jurisdição será também uma norma de reconhecimento que identificará as normas primárias por meio dos julgamentos dos tribunais, e esses julgamentos se tornarão "fonte" do direito. É verdade que essa espécie de norma de reconhecimento, inseparável da forma mínima de jurisdição, será muito imperfeita. Ao contrário de um texto vinculante ou de uma lei promulgada, as decisões de julgamentos não podem ser vazadas em termos genéricos, e seu uso como orientações vinculantes sobre as normas depende de uma inferência um tanto precária a partir de certas decisões, cuja confiabilidade oscila tanto em função da habilidade do intérprete quanto da coerência dos juízes. (HART, 2009, pp. 123-127)

Optei por apresentar os apontamentos de Hart sobre cenário mental da sociedade fictícia em etapa de passagem do pré-jurídico para o jurídico separadamente dos apontamentos específicos que Hart faz sobre a aplicação deste cenário à análise do direito por razões didáticas. Na descrição do cenário mental, Hart nos fornece os conceitos de regras de reconhecimento, modificação e julgamento em sua forma mais simplificada, ou atomizada. Simplificadamente apresentados, temos os conceitos na forma de ferramentas limpas, antes de serem confrontadas com o fenômeno bastante mais complexo do direito contemporâneo.

Após apontar os conceitos em sua forma atomizada, apresentei conjuntamente as citações que Hart faz especificamente sobre a aplicação dos conceitos de regras secundárias na observação do fenômeno jurídico complexo. Esta separação permite observar com mais clareza

as relações intrínsecas que as regras de reconhecimento, modificação e julgamento mantêm entre si, e a forma "muito imperfeita" que a regra de reconhecimento pode assumir no cenário complexo de um sistema jurídico institucional e judicializado. A relação mantida entre as regras secundárias aponta para um cenário no qual o problema da incerteza parece ser menos "conclusivamente" resolvido do que Hart teria proposto num primeiro momento. De fato, Hart menciona que sistemas jurídicos podem sofrer de "patologias" em razão desta relação:

> Pode ser que, a respeito de certas questões constitucionais, e delas apenas, haja uma divisão no interior do mundo oficial que acabe levando a uma cisão no judiciário. O início de uma cisão desse tipo (sobre os critérios últimos a serem usados para a identificação do direito) ocorreu por ocasião das crises constitucionais na África do Sul, em 1954, levadas a juízo no caso *Harris vs Donges,* Naquele caso, o poder legislativo adotou uma opinião diferente da adotada pelos tribunais a respeito de sua competência e seus poderes e decretou medidas que os tribunais declararam nulas. O legislativo reagiu, criando um "tribunal" especial de recursos para julgar apelações contra decisões dos tribunais comuns que anulavam os decretos do poder legislativo. No devido tempo, esse tribunal julgou tais apelações e reverteu as decisões dos tribunais comuns; estes últimos, por sua vez, declararam inválido o poder legislativo que criou os tribunais especiais, e juridicamente nulas suas decisões. Se esse processo não tivesse sido detido (porque o governo julgou desaconselhável essa forma de impor sua vontade), teríamos tido uma oscilação interminável entre duas interpretações sobre a competência do poder legislativo e, portanto, sobre os critérios de validade do direito. As condições normais de harmonia oficial, e especialmente judicial, em presença das quais é possível identificar a norma de reconhecimento do sistema, teriam sido suspensas. Contudo, a grande maioria das operações jurídicas não relacionadas com essa questão constitucional continuaria como antes. Até que a população ficasse dividida e a "lei e a ordem" entrassem em colapso, seria equivocado dizer que o sistema jurídico original cessara de existir: pois a expressão "o mesmo sistema jurídico" é ampla e elástica o suficiente para que não seja preciso postular que um consenso oficial unificado a respeito de *todos* os critérios originais de validade jurídica é condição necessária para que o sistema jurídico permaneça "o mesmo". Podemos, na verdade, apenas descrever a situação da forma como fizemos e considerá-la um caso anormal, abaixo dos padrões, contendo em si mesmo a ameaça de dissolução do sistema jurídico. (HART, 2009, pp. 157-158)

Ao pensar o direito nestes termos, temos a introdução de teses importantes da teoria de Herbert Hart. A incerteza quanto às fontes, que é intrínseca da relação que a regra de reconhecimento mantém com as regras de modificação e julgamento, apresenta o problema da textura aberta do direito, advinda da vagueza das fontes e da natureza da linguagem. A existência deste problema é comumente resolvida por outro conceito importante da teoria de Herbert Hart: a tese da discricionariedade judicial, segundo a qual, em termos gerais, o juiz utilizará padrões extrajurídicos para decidir casos de conflito ou incompletude das fontes.

O problema e seu remédio são aparentemente necessários em qualquer forma de direito institucional e judicializado contemporâneo, e são partes necessárias do funcionamento prático do direito, decorrente da natureza do uso que fazemos da linguagem. Do ponto de vista estrutural de funcionamento do mecanismo jurídico, a discricionariedade judicial se apresenta como uma ferramenta eficaz para o problema da incerteza, todavia, do ponto de vista do agente

racional, que busca agir de forma preventiva, a questão introduz um ponto problemático no uso das fontes jurídicas em inferências práticas. Ressalta-se aqui a importância de pensar o problema da identificação do direito da perspectiva do indivíduo particular e do advogado consultivo. Propus anteriormente que observar o fenômeno jurídico e as teorias aqui expostas desta perspectiva oferece uma posição privilegiada para enxergar o problema da validade jurídica e dos aspectos institucionais do direito.

Ao adotarmos uma teoria de textura aberta e uma tese de discricionariedade (temas que trabalharemos em mais detalhes afrente), temos ferramentas teóricas eficazes para explicar o fenômeno jurídico e sua consistência sistêmica costumeira. Todavia, não podemos dar por resolvido o problema da identificação das fontes e devemos ver com cautela a proposta de uma regra que responda de forma "conclusiva" sobre as incertezas em relação ao conteúdo do direito, como mencionou Hart, assim como a afirmação de Raz "de que (2) todo direito tem uma fonte (...) vital para a concepção do direito, pois somente ela pode garantir que o conteúdo do direito possa ser determinado de maneira objetiva e neutra em termos de valores" (RAZ, 2011, p. 152). Apontamos que a despeito do uso do termo "conclusivo" em conceituação pura, Hart reconheceu que a realidade jurídica é marcada por contingências inerentes à forma como se desenvolveram os sistemas de forma institucional e judicializada e à relação entre os poderes e seus campos de exercício, além de problemas necessários como a questão da vagueza da linguagem, de forma que "um sistema que dispõe de normas de julgamento está também inevitavelmente comprometido com uma norma de reconhecimento de caráter elementar e imperfeito" (HART, 2009, pp. 123-127).

4.2. REGRA DE RECONHECIMENTO

Demonstramos acima que os conceitos de regra de reconhecimento, regras de modificação e regras de julgamento possuem entre si um relacionamento intrínseco, sendo o conteúdo de cada uma delas influenciado pelo conteúdo das outras. Vimos também que em sistemas jurídicos complexos, a regra de reconhecimento pode possuir uma forma imperfeita, colocando em xeque a função de permitir uma identificação conclusiva do conteúdo jurídico. Além disso, nada impede que a relação entre, por exemplo, regras de julgamento e regra de reconhecimento, atinja níveis tão grandes de desacordo que o sistema possa ser chamado de "patológico", como sugeriu Hart, ainda que este seja um juízo de valor que não necessariamente

se sustenta se demonstrarmos que aquilo que Hart definiu como patológico é muito mais a regra do que a exceção.

Ainda assim, a regra de reconhecimento possui um destaque especial na teoria de Herbert Hart, motivo pelo qual dedicaremos este tópico apenas à sua análise, o que não poderia ser diferente, pois de acordo com o autor a existência de uma regra deste tipo é o que podemos chamar de fundamento necessário de um sistema jurídico:

> Contudo, só podemos apresentar claramente essas verdades e avaliar corretamente sua importância se supusermos um contexto social mais complexo no qual, para a identificação de normas primárias de obrigação, seja aceita e utilizada uma norma secundária de reconhecimento. Se algo merece ser denominado fundamento de um sistema jurídico, trata-se dessa situação. (...) Onde quer que essa norma de reconhecimento seja aceita, tanto os indivíduos quanto as autoridades públicas dispõem de critérios válidos para a identificação das normas primárias de obrigação. Os critérios assim disponibilizados podem, como vimos, assumir qualquer uma, ou mais de uma, dentre diversas formas, incluem-se entre estas a referência a um texto autorizado, a um ato legislativo, à prática consuetudinária; a declarações gerais de pessoas específicas; ou, em casos particulares, a decisões judiciais anteriores sobre casos específicos. Num sistema muito simples, como o mundo de Rex I, descrito no Capítulo IV, no qual apenas o que ele decreta constitui direito e não há limites jurídicos a seu poder de legislar, sejam estes impostos por uma norma consuetudinária ou por um documento constitucional, o único critério para identificar o direito será a simples verificação do fato de ter sido declarado por Rex I. A existência dessa forma simples de norma de reconhecimento estará patente na prática geral, por parte dos indivíduos ou autoridades públicas, de usarem esse critério para identificar as normas. Num sistema jurídico moderno, no qual existem várias "fontes" do direito, a norma de reconhecimento é correspondentemente mais complexa: os critérios para identificar a norma jurídica são múltiplos e geralmente incluem uma constituição escrita, a promulgação pelo legislativo e precedentes judiciais. Na maior parte dos casos, há mecanismos destinados a solucionar possíveis conflitos, hierarquizando-se esses critérios segundo uma ordem de subordinação e primazia relativas (HART. 2009, pp. 129-130).

Considerando este cenário mais complexo, que representa aquele em que vivemos, a identificação do direito válido pode causar perplexidade, pois os mecanismos de solução de conflitos podem não ser tão claros quanto Hart faz parecer e é natural que haja desacordo entre as autoridades sobre qual a interpretação correta de um dispositivo normativo, sobre a competência para analisar o dispositivo ou mesmo sobre a validade do dispositivo dentro de um sistema hierárquico constitucional. Conflitos podem surgir entre duas interpretações distintas e gerar uma avalanche de decisões contraditórios no território nacional, todas eficazes para cada jurisdicionado objeto da decisão judicial. Podem surgir discussões sobre a corte competente para o julgamento da demanda ou mesmo entre as cortes e outros poderes e seus órgãos.

Em verdade, a conceituação atomizada de Herbert Hart para a regra de reconhecimento, quando confrontada com o mundo jurídico e suas contradições intrínsecas, envolvendo problemas de linguagem e socioeconômicos complexos, se demonstra menos útil

e muito menos "conclusiva" do que poderia parecer em um primeiro momento. Parte da razão para isto já explicamos no decorrer deste trabalho e vem do fato de que o conteúdo jurídico não pode ser identificado apenas em fontes legislativas simples, mas se encontra essencialmente (ou de fato) em zona de disputa entre interpretações, poderes e interesses conflitantes, não sendo uma regra escrita, mas identificada na prática destas disputas:

> No cotidiano de um sistema jurídico, é muito raro que sua norma de reconhecimento seja expressamente formulada como norma. Na Inglaterra, os tribunais podem ocasionalmente declarar em termos gerais a posição relativa de um critério jurídico diante de outro, como quando afirma a supremacia das leis aprovadas pelo Parlamento sobre outras fontes ou supostas fontes de direito. Em geral, a norma de reconhecimento não é explicitamente declarada, mas sua existência fica *demonstrada* pela forma como se identificam normas específicas, seja pelos tribunais ou outras autoridades, seja por indivíduos particulares ou seus advogados e assessores jurídicos. Evidentemente há uma diferença entre o uso feito pelos tribunais dos critérios oferecidos pela norma e o uso que os outros fazem desses mesmos critérios; pois quando os tribunais chegam a uma conclusão específica, com base no fato de que certa norma foi corretamente identificada como norma jurídica, aquilo que declaram tem um caráter especial de autoridade imperativa, que lhe é conferido por outras normas (HART, 2009, pp. 131-132).

A primeira conclusão que devemos tirar da afirmação de Hart de que a regra de reconhecimento não é escrita, mas demonstrada pela forma como autoridades públicas, agentes privados e advogados atuam na identificação do conteúdo jurídico é que sua existência é uma prática e, como tal, pode ter um conceito bastante incerto. Ademais, Hart reconhece, como propomos desde o início desta tese, que o uso e as consequências do exercício de identificação do direito possuem caráter e consequências distintas no caso de cada um dos agentes que mencionamos. Com isso, não podemos descartar a existência de conflito de interesses e de interpretação enviesada de cada parte dos termos do conteúdo e validade jurídica.

Ao considerar a realidade brasileira, em estudo recente encomendado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil à Fundação Getúlio Vargas, estimou-se a existência de mais de 1,3 milhão de advogados no Brasil em 2024 (Freitas, 2024)[60], além das estimativas mais antigas de que o Brasil tem o maior número de advogados por habitantes no mundo, contabilizando 1 advogado para cada 164 habitantes em 2022 (ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 2022)[61]. Os números geram preocupação, principalmente para o Poder Judiciário,

---

[60] Ver em: https://www.terra.com.br/noticias/educacao/carreira/censo-da-oab-indica-que-64-dos-advogados-no-brasil-ganham-ate-r-66-mil,e97da48f1ca08bdf4540f721431500affa8xo2om.html. Acessado em 29/01/2025.

[61] Ver em: https://www.oab.org.br/noticia/59992/brasil-tem-1-advogado-a-cada-164-habitantes-cfoab-se-preocupa-com-qualidade-dos-cursos-juridicos. Acessado em 29/01/2025.

que viu no ano de 2023 a tramitação de 84 milhões de processos, nas mãos de 18 mil juízes, conforme números do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2024)[62].

Se por um minuto assumirmos a perspectiva do agente público, podemos presumir a existência de um claro conflito de interesse entre a advocacia e a agência privada, de um lado, em relação às autoridades, de outro. Os números apontados são suficientemente simples para demonstrar que, nas condições atuais, não é possível que o judiciário forneça celeridade e qualidade no atendimento das demandas. Muito menos é possível acreditar na ilusão de que o juiz é capaz de ler todas as decisões de sua competência, contando o judiciário em 2023 com aproximadamente 275mil servidores dedicados aos gabinetes judiciais. Por ocasião da emissão do relatório (BRASIL, 2024), o Ministro Luís Roberto Barroso ofereceu o seguinte diagnóstico:

> Não existe nenhum Judiciário no mundo com o volume de litigiosidade que o Brasil tem. Mas tem um lado positivo nessa questão: se a população recorre ao Judiciário é porque acredita que o Judiciário pode resolver os seus problemas, sinal que desperta confiança. (BRASIL, 2024)[63]

O discurso do Ministro da Suprema Corte é indicativo de um dos primeiros problemas que enfrentamos ao tentar identificar o conteúdo do direito de forma preventiva, utilizando como parâmetro uma regra que não é escrita, mas demonstrada. Em seu diagnóstico, o Min. Barroso sugeriu de forma demagógica que o excesso de processos em trâmite na justiça brasileira é resultado da confiança da população na capacidade do Poder Judiciário em resolver seus problemas. Consideradas todas as coisas, outro diagnóstico se impõe.

Como apontamos nos cenários mentais que analisamos nos casos em que o advogado consultivo é acionado e como ficou claro de nosso estudo do conceito de regra de reconhecimento, a identificação do direito é uma tarefa árdua e nem sempre possível. Não são poucos os casos no judiciário que não possuem entendimento pacificado nem mesmo em nível regional. Retomando o caso do licenciamento ambiental que analisamos anteriormente, podemos verificar um alto nível de incerteza para o empreendedor sobre o que lhe será exigido ao dar abertura ao procedimento de licenciamento.

Diferentes autoridades, com alta capacidade de influência sobre o conteúdo jurídico efetivamente praticado sobre o empresário, terão diferentes opiniões sobre a interpretação da legislação vigente, ainda mais naqueles pontos em que a legislação estabelece deliberadamente

---

[62] Ver em: https://www.cnj.jus.br/justica-em-numeros-2024-barroso-destaca-aumento-de-95-em-novos-processos/. Acessado em 29/01/2025.
[63] Disponível em: https://www.cnj.jus.br/justica-em-numeros-2024-barroso-destaca-aumento-de-95-em-novos-processos/. Acessado em 19/03/2025.

pontos de discricionariedade declarada. O desacordo entre juízes, ministério público e técnicos ambientais apenas poderá ser resolvido com a judicialização da demanda, não em razão da confiança da população no judiciário, mas exatamente pelo contrário: pela incapacidade do agente privado de identificar o direito válido, que o força a recorrer a uma instância de fixação do conteúdo jurídico não identificável ou em zona de disputa.

Ainda que se possa falar em validade jurídica em termos idealistas para além da prática, aquilo que alguns chamam de *law on books*, para o agente privado, o direito é apenas aquilo que sobre si é exercido, e não os diversos textos doutrinários e legislativos em existência. Se o direito é tido para os fins deste trabalho como uma prática, tal qual o é na teoria de Herbert Hart, então não faz sentido tratar de validade de uma legislação jamais aplicada ou contraditória com a regra efetivamente praticada. O apontamento levanta questões sobre os conceitos de validade e eficácia e aponta para a existência de uma relação intrínseca entre os conceitos em uma teoria prática de regras.

4.2.1. Enunciados externos e internos e a relação entre validade e eficácia

A relação entre validade e eficácia, se retirarmos as respostas jusnaturalistas do páreo, se demonstra inevitável. Ainda mais se tivermos como objetivo analisar o conceito de validade jurídica a partir de uma perspectiva pragmática voltada para o agente privado que assume as fontes de direito como razões para agir. Neste cenário, não faz sentido falar em validade sem dar como presumida a eficácia de um sistema de forma geral. Tal questão não foi ignorada por Hart:

> Costuma-se dizer que alguns dos enigmas relacionados com a ideia de validade jurídica dizem respeito à relação entre validade e "eficácia" da lei. Se por "eficácia" devemos entender que uma norma do direito que exige certo comportamento é mais frequentemente obedecida que infringida, fica claro que não existe ligação necessária entre a validade de alguma norma particular e sua eficácia, a menos que a norma de reconhecimento do sistema inclua, entre seus critérios (como ocorre com algumas), a condição (às vezes denominada de norma de dessuetude) de que nenhuma norma seja considerada como pertencente ao sistema se houver deixado de ser eficaz há muito tempo.
>
> Devemos distinguir a ineficácia de uma norma dada, que pode ou não afetar sua validade, de uma desconsideração generalizada pelas normas do sistema. Tal desconsideração pode ser tão total e tão prolongada que nos autorize a dizer que, no caso de um sistema novo, ele nunca chegou a se firmar como sistema jurídico de determinado grupo; e, no caso de um sistema estabelecido há longo tempo, que ele deixou de ser o sistema jurídico do grupo. Em ambos os casos, está ausente o contexto normal ou o plano de fundo para que se possa fazer qualquer enunciado interno em

> termos das normas do sistema. Em tais casos, em geral, não haveria sentido em avaliar os direitos e deveres de pessoas específicas tendo como referência as normas primárias do sistema, ou avaliar a validade de qualquer das normas deste em relação a suas normas de reconhecimento. Insistir em aplicar um sistema de normas que nunca foi realmente eficaz ou foi descartado seria, exceto nas circunstâncias especiais mencionadas abaixo, tão infrutífero quanto avaliar o desenrolar de um jogo por meio de referência a uma regra que nunca foi aceita ou que foi abandonada.
>
> Pode-se dizer que alguém que emite um enunciado interno sobre a validade de uma norma especial de um sistema pressupõe que seja verdadeiro o enunciado factual externo de que, de modo geral, o sistema é eficaz. Pois o emprego normal de enunciados internos ocorre nesse contexto de eficácia geral. Contudo, seria incorreto dizer que os enunciados de validade "significam" que o sistema é, de modo geral, eficaz. Pois embora seja normalmente inútil ou despropositado falar da validade de uma norma de um sistema que nunca se firmou ou que foi abandonado, isso, entretanto, pode ter sentido e nem sempre é inútil. (...) Os Russos Brancos agem implicitamente dessa forma quando ainda reivindicam seu patrimônio, invocando alguma norma de sucessão hereditária que constituía norma válida na Rússia Czarista. (HART, 2009, pp. 133-135)

Como se vê, a teoria de Hart assume que a eficácia – ou a crença na eficácia – de um ordenamento jurídico como um todo e das regras específicas que se julgam lhe pertencer é uma característica presumida por qualquer indivíduo que emite um enunciado interno sobre a validade de uma norma jurídica. Como analisamos anteriormente, uma norma jurídica possui não apenas um aspecto externo, a partir do qual um observador poderia identificar que a maioria dos indivíduos agem de forma habitualmente convergente (emitir um enunciado externo), mas também um aspecto interno, no qual pelo menos alguns jurisdicionados agem não apenas de forma habitualmente convergente, mas agem como se seguissem uma regra em cuja validade acreditam ou pelo menos agem como se acreditassem (emitir um enunciado interno).

O pensamento reflete um posicionamento já bem difundido pela teoria da Hans Kelsen, como ensina Cesar Serbena em comentários e citação direta da obra Teoria Geral do Direito e do Estado daquele autor:

> Kelsen, ao contrário de uma opinião muito difundida, não postulava a validade das normas acima de sua eficácia e, pelo contrário, estabelecia que a eficácia de uma ordem jurídica, como um todo, é condição para a validade do sistema jurídico: 'A afirmação de que uma norma é válida e a afirmação de que é eficaz são, é verdade, duas afirmações diferentes. Mas, apesar de validade e eficácia serem dois conceitos inteiramente diversos, existe, contudo, uma relação muito importante entre os dois. Uma norma é considerada válida apenas com a condição de pertencer a um sistema de normas, a uma ordem que, no todo, é eficaz. Assim, a eficácia é uma condição de validade, uma condição, não a razão da validade. Uma norma não é válida *porque* é eficaz; ela é válida se a ordem à qual pertence é, com um todo, eficaz. A relação entre validade e eficácia é cognoscível, porém, apenas a partir da perspectiva de uma teoria dinâmica do Direito que lide com o problema da razão da validade e o conceito de ordem jurídica. A partir da perspectiva de uma teoria estática, apenas a validade do direito se encontra em questão' (SERBENA, 2022, pp. 75-76).

Tem-se aqui um caso no qual a teoria de Hart assume conclusões similares com aquela de Kelsen. Seria de fato um contrassenso imaginar a validade jurídica de uma norma de um

sistema que perdeu sua eficácia ou mesmo que nunca a teve. Ainda assim, existem casos deste tipo como no exemplo da Rússia após a revolução comunista, ou mesmo do Brasil em relação à Portugal, após a declaração de independência, ou em relação à família real após o fim do período imperial. Em todos estes casos, haverá alegações de validade de normas de um sistema que perdeu sua eficácia por relevantes mudanças políticas, em defesa de que interesses particulares sejam recepcionados pelo novo sistema, em razão de sua validade no sistema anterior.

Colocadas as perspectivas lado a lado, analisando a situação a partir da perspectiva kelseniana, parece simples dizer que um novo regime jurídico apenas aceitará qualquer condição de validade de regras do sistema que deixou de ser eficaz se incorporar estas regras dentro do novo sistema. Do ponto de vista hartiano, outro aspecto importante da norma é alegado ao pensar o problema: enquanto a eficácia de uma norma depende de fatores puramente sociais externamente identificáveis, a validade de uma norma depende, também, de cumprir as condições necessárias para que o indivíduo emita um enunciado interno sobre a norma do tipo "esta é uma norma válida". O aspecto interno das normas, portanto, se demonstra na teoria hartiana como uma condição necessária de validade jurídica, mas não exaustiva, uma vez que a crença de um indivíduo na validade de uma norma em nada influencia a eficácia de um ordenamento, que por sua vez é condição necessária da validade jurídica.

No próximo tópico separaremos algumas páginas para tratar do aspecto interno das normas na teoria de Hart, em especial, no que se refere ao uso feito pelo autor de conceitos como "crença" e "aceitação". Os termos não parecem ser adequados para a metodologia desenvolvida por Hart, com foco em filosofia da linguagem e sociologia descritiva, e parecem invadir o campo de disciplinas alheias à sua ciência do direito, como a psicologia, psiquiatria e neurociência. Desde o início nos propusemos a utilizar as obras, principalmente, de Herbert Hart e Joseph Raz para construir o quadro teórico necessário para pensar o problema da identificação do conteúdo jurídico. Todavia, o trabalho não assume nenhuma obrigação de defender as teorias em sua totalidade e reformas, como a que ora se apresenta, serão necessárias no decorrer do trabalho. Por hora, continuaremos utilizando o conceito na forma proposta por Hart, a fim de expor sua compreensão da relação entre a regra de reconhecimento e a validade jurídica.

Em conclusão, as diferentes questões que os pontos muito similares levantados por Kelsen e Hart sobre a relação entre validade e eficácia apontam para a verossimilhança da tese. Retomando o pensamento hartiano, a reflexão também permite compreender de forma mais

profunda o motivo pelo qual a regra de reconhecimento é considerada como fundamento de um sistema jurídico e o caráter muito sociológico da teoria de Herbert Hart, que nesse ponto abre forte divergência com a ideia de validade kelseniana:

> Em ambos os casos, a razão para propor essa teoria preditiva é igualmente a convicção de que só assim se podem evitar interpretações metafísicas; ou seja, ou a declaração de que uma norma é válida atribui à norma uma propriedade misteriosa, impossível de detectar de modo empírico, ou constitui somente uma previsão a respeito do comportamento futuro das autoridades. Em ambos os casos, a plausibilidade da teoria se deve ao mesmo fato importante: quem quer que aceite as normas e faça um enunciado interno de obrigação ou validade normalmente pressupõe a verdade do enunciado externo, que um observador poderia registrar, de que o sistema é de modo geral eficaz e provavelmente continuará a sê-lo. É certo que os dois enunciados estão intimamente ligados. Finalmente, em ambos os casos, o erro da teoria é o mesmo: consiste em ignorar o caráter especial do enunciado interno e em tratá-lo como um enunciado externo a respeito da atuação das autoridades (HART, 2009, p. 135)

A compreensão do ponto de vista interno, como se pode ver do trecho supracitado, representa o cerne da compreensão da habilidade de um sistema complexo em sustentar conceitos de validade complexos, que não sejam limitados a uma espécie de poder legislativo absoluto, como no caso de um ditador. Neste caso, tendo todo o poder para decidir quais regras são válidas ou não, sem a necessidade de um padrão a ser seguido por outras autoridades que podem ser sobrepujadas pelas decisões do ditador, apenas enunciados externos sobre o comportamento daquela sociedade poderiam ser feitos. Um direito puramente baseado em costumes sofreria do mesmo problema, sendo a eficácia dos costumes de fácil identificação, mas não existindo um órgão oficial responsável por emitir enunciados internos sobre os critérios de validade do sistema.

Sistemas deste tipo teriam “regras de reconhecimento” muito simples, similares ao modelo de ordens do soberano de John Austin. Todavia, sistemas jurídicos complexos, dotados de normas secundárias também complexas, necessitam de algum nível de “aceitação” das normas como válidas de acordo com os critérios de validade do sistema, uma vez que não seu caráter de válido não está limitado ao poder legislativo ilimitado de um ditador ou à enunciados factuais externos sobre o comportamento habitual de uma sociedade primária. Nesse sentido, ensina Hart:

> No sistema simples de normas primárias de obrigação, delineado no último capítulo, a afirmação de que determinada norma existia poderia ser apenas um enunciado factual externo: ou seja, um enunciado que um observador que não aceitasse as normas poderia fazer e confirmar, observando se determinado tipo de comportamento era de fato geralmente aceito como padrão e se fazia acompanhar das características que, como já vimos, distinguem uma norma social dos meros hábitos convergentes. É também assim que devemos agora interpretar e confirmar a afirmação de que existe na Inglaterra uma norma – embora não seja uma norma jurídica – que estipula que devemos descobrir a cabeça ao entrar numa igreja. Se descobrirmos que normas como essa existem na vida real de um grupo social, não será o caso de discutir

> separadamente a questão de sua validade, embora evidentemente se possa questionar seu valor ou se são desejáveis. Uma vez que sua existência tenha sido estabelecida como um fato, apenas confundiríamos as coisas se afirmássemos ou negássemos sua validade, ou dispuséssemos que "presumimos" sua validade, mas não podemos demonstrá-la. Por outro lado, num sistema jurídico amadurecido, onde há um sistema de normas que inclui uma norma de reconhecimento (de tal modo que o *status* de uma norma qualquer como elemento do sistema depende agora de saber se ela atende a certos critérios oferecidos pela norma de reconhecimento), isso traz consigo uma nova acepção da palavra "existir". A afirmação de que uma norma existe pode agora não ser mais o que era no exemplo simples das normas consuetudinárias – um enunciado externo do *fato* de que certo tipo de comportamento é geralmente aceito como um comportamento-padrão. Pode constituir agora um enunciado interno, que aplica uma norma de reconhecimento aceita, mas não explícita, e que não significa (*grosso modo*) nada além de "válida segundo os critérios de validade do sistema". Nesse aspecto, entretanto, como em outros, a norma de reconhecimento é diferente das outras normas do sistema. A afirmação de que existe só pode ser um enunciado factual externo. Pois, enquanto uma norma subordinada de um sistema pode ser válida e, nesse sentido, existir, mesmo que seja geralmente desrespeitada, a norma de reconhecimento só existe como uma prática complexa, embora normalmente harmoniosa e convergente, que envolve a identificação do direito pelos tribunais, autoridades e indivíduos privados por meio da referência a determinados critérios. Sua existência é uma questão de fato (HART, 2009, pp. 141-142).

Pelo exposto, devemos compreender que para Hart a existência de uma regra de reconhecimento só pode ser identificada por um enunciado factual externo, a partir do qual um observador reconhece no padrão de comportamento das autoridades uma convergência habitual no sentido de agir de acordo com uma regra. Todavia, é a existência de um ponto de vista interno que é condição necessária para a existência da regra de reconhecimento: não se pode falar em um padrão de validade de um sistema se não houver, de forma geral, uma aceitação de que tal padrão de validade existe e deve ser aplicado, mesmo que esta aceitação esteja limitada a uma quantia muito pequena de indivíduos em posições de poder.

Com isso, podemos entender com mais clareza a afirmação já feita no decorrer desta tese de que o direito é um fenômeno-fático normativo. A regra de reconhecimento pode causar alguma confusão, podendo ser vista como um fenômeno puramente político ou mesmo "pré-jurídico". Todavia, para Hart, qualificar a regra de reconhecimento como direito permite iluminar sua afirmação de que a existência do conteúdo jurídico é uma afirmação "bifronte como Jano":

> O principal argumento a favor de se denominar "direito" à norma reconhecimento é que podemos conceber a norma que fornece os critérios para a identificação de outras normas do sistema como uma característica que define todo o sistema jurídico, de tal modo que seja, portanto, digna de ser ela própria chamada "direito"; o argumento em favor de chamá-la "fato" é que afirmar que a norma existe equivale, na realidade, a emitir um enunciado externo sobre um fato real a respeito da forma como são identificadas as normas de um sistema "eficaz". Ambos os aspectos merecem atenção, mas não podemos fazer justiça a ambos escolhendo um dos rótulos, "direito" ou "fato". Em vez disso, devemos nos lembrar que a norma última de reconhecimento pode ser encarada de dois pontos de vista: um é expresso no enunciado factual externo de que a norma existe na prática real do sistema; o outro pode ser visto nos enunciados

> internos de validade feitos por aqueles que a usam para identificar o direito (HART, 2009, p. 144).

Com o exposto, temos uma visão das formas como a regra de reconhecimento pode ser identificada em diferentes cenários, e da importância do ponto de vista interno para que se possa falar em validade jurídica, expandindo assim os conceitos que havíamos apresentado no tópico de teoria prática de regras. Apresentamos aqui também uma importante definição da relação mantida entre os conceitos de existência, validade e eficácia, auxiliando a afastar confusões que possam surgir da indeterminação dos conceitos, principalmente aquele de eficácia, que pode ter múltiplas definições.

4.2.2. Sociologia descritiva e psicologia: o problema do argumento da aceitação (e uma solução)

Quando nos referimos à validade jurídica na teoria hartiana, utilizamos sempre a necessidade de que o direito seja visto de um ponto de vista interno como obrigatório. Em resumo, esta é a teoria da aceitação de Herbert Hart. Estudamos que para o autor, não é necessário que toda a sociedade aceite o conteúdo jurídico, mas que exista algum grau de convergência entre as autoridades sobre a aceitação dos padrões de validade. Esta aceitação implica numa forma de agir específica, na qual não apenas o agente acredita na obrigatoriedade do conteúdo da regra de reconhecimento, mas também a utiliza como um padrão normativo para julgar o comportamento de terceiros.

A teoria, porém, parece ultrapassar os limites metodológico-científicos delineados por Herbert Hart. Sua teoria foi considerada por muitos como um trabalho de sociologia descritiva, utilizando as filosofias mais pragmáticas sobre a linguagem para pensar o direito como um todo. Isto decorre da percepção de Hart de que o direito é um fenômeno similar à linguagem, podendo os métodos serem sobrepostos. Todavia, seu argumento da aceitação não é um argumento de análise da prática da linguagem ou de sociologia descritiva, mas um argumento que avança sobre os limites de outras ciências como a psicologia e a neurociência.

Existe aqui uma incompatibilidade entre o método e as conclusões atingidas. Em pesquisa Bolzani e Serbena[64], analisou-se artigo de Hans Kelsen intitulado *acerca de las*

---

[64] BOLZANI, Cesar Felipe; SERBENA, Cesar Antonio. O fundamento psicológico da validade jurídica em Weber e Hart revisitado: a crítica metodológica de Kelsen às teorias do reconhecimento (Manuscrito aprovado para publicação em double blind peer review na Revista de Informação Legislativa do Senado Federal). Grupo de pesquisas Fundamentos do Direito, Universidade Federal do Paraná.

fronteras entre el método jurídico y sociológico, onde o autor faz uma crítica as teorias que adotam o "reconhecimento" como característica necessária da validade jurídica e sua crítica, que antecede O Conceito de Direito em 50 anos, é plenamente aplicável ao problema aqui identificado sobre o conceito de "aceitação".

Nesta fase de sua teoria, Hans Kelsen está ocupado em delimitar o objeto da ciência do direito e os limites entre a ciência jurídica e outras ciências que com ela podem ter alguma ligação, como a sociologia e a psicologia. De acordo com o autor, adotar uma teoria do reconhecimento seria negar a autonomia do direito e delegar para os seus subordinados o reconhecimento de sua autoridade, o que terminaria por minar a possibilidade de um ponto de vista positivista, que é caracterizado principalmente pela adoção de normas jurídicas independentes de normas morais. Nesse sentido, Kelsen utiliza o exemplo da "vontade do Estado", que poderia ser lida como a "vontade convergente das autoridades":

> Ao se ater à realidade dos fatos psicológicos, a saber, a concordância na direção da vontade, então o povo que vive dentro dos limites do Estado deve se desagregar em uma multiplicidade de grupos; e como a formação de uma comunidade cultural não se detém de maneira alguma nos limites jurídicos do Estado, deve poder se formar entre os habitantes de zonas vizinhas pertencentes a dois Estados completamente diferentes, que vivem compartilhando o tráfego econômico e outros, conglomerados de vontade tais como os que se encontram dentro dos limites do Estado; estas fronteiras não servem para nada sob uma perspectiva sociológica, vale dizer, em uma análise que se baseia em uma realidade do ser sociológico e não em uma realidade dirigida a consideração de quaisquer normas, senão em processos espirituais concretos dos homens. Não se requer ser um marxista para ter por fantasma uma vontade geral que une anemicamente todo o povo, tendo em conta todas as profundas contradições de classe que segmentam ao povo que forma juridicamente uma unidade (KELSEN, 1989, p. 298).[65]

O argumento total de Kelsen é bastante complexo e envolve a análise do conceito de fatos sociais e fatos normativos, bem como dos limites da sociologia, do direito e da psicologia. Sobre estes elementos e suas conclusões, em resumo, Kelsen aplica a Lei de Hume (segundo a qual não é possível derivar um dever ser de um ser) para concluir que a vontade no seu sentido sociológico seria incompatível com a vontade no sentido normativo, pertencente a primeira ao mundo do ser e a segunda ao mundo do dever ser.

> Capacidade volitiva e capacidade de ser pessoa, vale dizer, sujeito de imputação jurídica e ética – responsabilidade – são uma só coisa. A vontade da psicologia é um fato comprovável empiricamente por auto-observação, que pertence ao mundo do ser

---

[65] Tradução do autor: "Si uno se atiene a la realidad de los hechos psicológicos, a saber, a la concordancia em dirección de la voluntad, entonces el pueblo que vive dentro de los limites de los limites del Estado debe disgregarse en una multiplicidad de grupos; y como la formación de una comunidad cultural no se detiene de ninguna manera en los límites jurídicos del Estado, debe poder formase asimismo entre los habitantes de zonas aledeñas, pertenecientes a dos Estados completamente diferentes, que viven compartiendo el tráfico económico y otros, conclomerados de voluntad tales como los que se encuentran dentro de los limites del Estado;"

> – a vontade da ética e da teoria do direito é uma construção levada a cabo sob o ponto de vista da norma, do dever ser, que não corresponde a nenhum processo concreto no caminho da alma do homem (KELSEN, 1989, p. 312)[66].

A distinção sobre os dois tipos de vontade na teoria kelseniana aponta para uma incapacidade da filosofia da linguagem e sociologia descritiva de Hart de efetivamente identificar uma "aceitação" por parte das autoridades da regra de reconhecimento. O conceito se torna bastante mais consistente se, ao invés de tratarmos de uma aceitação, que é um ato psicológico talvez auferível apenas por métodos específicos de outras áreas do conhecimento, o tratemos pelo próprio aspecto sociológico no qual a teoria de Hart se apresenta: ao invés de pensar em um exercício volitivo de aceitação por parte das autoridades, o que podemos garantir e auferir com alguma certeza a partir de nossa observação sociológica é a ação social.

Dessa forma, sugerimos que é o fato de que autoridades "agem como se aceitassem a autoridade do direito" que melhor explica o ponto de vista interno e não a mera afirmação de que as autoridades "aceitam" o direito. Logicamente falando, existe algum sentido no qual alguém que age como se aceitasse a autoridade do direito efetivamente aceita esta autoridade em algum sentido, ainda que seja pela mais pura conveniência de evitar sanções, ou por um mero reconhecimento externo de que existe um regime em vigor no qual, estando sob sua jurisdição, estarei implicado em suas consequências.

Todavia, a revisão terminológica afasta confusões e ambiguidades sobre o tipo de aceitação adotado pela autoridade. Com isso, podemos entender com mais clareza, por exemplo, casos nos quais uma autoridade toma uma decisão enviesada, mas fundamenta o ato publico em regras pré-existentes do direito. Neste caso, a decisão e os fundamentos não mantêm entre si uma relação de causalidade na mente da autoridade: não é do direito que decorre a decisão. Ainda assim, a autoridade é obrigada a agir como se aceitasse que sua decisão deva ser derivada do conteúdo jurídico, de forma que é conveniente utilizar o conteúdo jurídico como fundamento, ainda que seja necessária alguma interpretação criativa para isso.

Nesse sentido, apenas podemos utilizar o termo "aceitação", com base nos métodos dos quais dispomos aqui, num sentido muito limitado, mas suficiente para manter funcional o

---

[66] No original: "Capacidad volitive y capacidad de ser persona, es decir, sujeto de la imputación legal y ética – responsabilidad – son una sola cosa. La voluntad de la psicología es un hecho comprobable empíricamente por auto-observación, que pertenece al mundo del ser – la voluntad de la ética y de la jurisprudencia es una construcción llevada a cabo bajo el punto de vista de la norma, del deber ser, que no corresponde por lo tanto a ningún proceso concreto en la via anímica del hombre."

ponto de vista interno proposto por Hart (ainda que com muito menos presunção de boa-fé dos agentes do que sua teoria exige em alguns momentos).

Em conclusão, tratar a aceitação da teoria hartiana como uma ação social de "agir como se aceitasse a autoridade do direito" é tanto mais compatível com a perspectiva do agente privado preocupado com elementos auferíveis, quanto é mais compatível para o método utilizado na própria teoria de Hart, nos permitindo utilizar uma teoria sociológica para tratar de problemas sociológicos, sem a necessidade de presunções sobre problemas de psicologia. Utilizaremos (e utilizamos desde o começo) ao longo da tese, para os efeitos da noção de aceitação, a terminologia revisada.

4.2.3. Regra última e hierarquia de critérios

Por fim, se faz importante destacar brevemente as descrições conceituais que Hart faz sobre a regra de reconhecimento e o enquadramento lógico que essa regra possui em seu quadro teórico, que demonstra inegáveis semelhanças com o pensamento hierárquico-normativo de Hans Kelsen, ainda que mantenha seus aspectos distintivos advindos metodologia sociológica de Herbert Hart. Por razões didáticas, dividimos as explicações de características da regra de reconhecimento em etapas.

Primeiro, demonstramos sua versão atomizada, no cenário fictício de passagem do jurídico para o pré-jurídico, apresentando os conceitos na forma de "ferramentas limpas". Em seguida, fizemos breves apontamentos sobre o caráter "muito imperfeito" da regra de reconhecimento em sistemas jurídicos complexos, em razão dos problemas de interpretação inevitavelmente conectados com as regras de julgamento, que por sua vez mantém uma conexão necessária com a regra de reconhecimento.

No tópico seguinte, apontamos como Hart compreende a relação entre a regra de reconhecimento e os conceitos de validade e eficácia, demonstrando que a eficácia geral de um sistema, auferível pela perspectiva do observador (ponto de vista externo), é um requisito não exaustivo para que se possa falar em validade e que o conceito de validade apenas pode ser compreendido analisando a perspectiva do participante (ponto de vista interno), que "aceita" a regra de reconhecimento como padrão de identificação das regras válidas do sistema.

Com estas exposições, temos os argumentos necessários para compreender com clareza o caráter fático-normativo da regra de reconhecimento, que ao mesmo tempo depende

de um ponto de vista interno de "aceitação" e atua como uma regra seguida por aqueles que a aceitam, ambos elementos auferíveis de uma perspectiva externa, segundo Hart, pela forma como as autoridades fundamentam suas decisões e pelos padrões gerais de conduta de uma sociedade.

Por fim, considerando ser este o conceito central desta tese, a partir do qual pretendemos tirar conclusões sobre suas utilidades e inadequações para a identificação do conteúdo jurídico a partir da perspectiva do agente privado, não devemos dispensar oferecer uma última explicação sobre a função e posição da regra de reconhecimento em um sistema normativo, que mais uma vez auxiliarão na compreensão do fenômeno "bifronte como Jano".

De acordo com Hart, a regra de reconhecimento é uma *regra última* (*ultimate rule*) que possui um critério *supremo* (*supreme rule*) dentre seus possivelmente vários critérios, no seguinte sentido:

> A norma de reconhecimento que estabelece os critérios para avaliar a validade de outras normas do sistema é, num sentido importante, que procuraremos esclarecer, uma norma *última* (*ultimate rule*); e quando, como geralmente ocorre, houver diversos critérios hierarquizados por ordem de subordinação e primazia relativa, um deles será considerado supremo (*supreme*). Essas ideias sobre o caráter último de norma de reconhecimento e a supremacia de um de seus critérios merecem atenção. É importante desembaraçá-las da teoria, que rejeitamos, de que em algum ponto de todo sistema jurídico deve haver, ainda que oculto por detrás das formas jurídicas, um poder legislativo soberano juridicamente ilimitado (HART, 2009, p. 136).

O critério supremo aparenta ser de fácil compreensão: se formos capazes de identificar um critério de validade que se sobrepõe a todos aqueles que possivelmente conflitem com ele, teremos um critério supremo contido na regra de reconhecimento. Não se pode esperar que a regra de reconhecimento, em sistemas complexos, compostos por fontes consuetudinárias, legislativas, constitucionais, administrativas etc. seja ela mesma um critério único e supremo de identificação do direito válido. Conforme mencionado anteriormente, um sistema que contém várias fontes de direito possuirá múltiplos critérios de validade (HART, 2009, p. 130), e o critério supremo seria aquele que prevalece sobre todos os outros:

> Podemos afirmar que um critério é supremo e a norma última, a primeira é a mais fácil de definir. Podemos afirmar que um critério de validade jurídica ou fonte do direito é supremo se as normas identificadas mediante referência a ele são ainda reconhecidas como normas do sistema mesmo que conflitem com outras normas identificadas mediante referência aos outros critérios; enquanto estas últimas não são reconhecidas caso conflitem com as primeiras, identificadas mediante referência ao critério supremo. Podemos dar uma explicação semelhante, em termos comparativos, para as noções de critérios "superiores" e "subordinados" que já utilizamos. É evidente que as noções de um critério superior e de um critério supremo se referem apenas a uma posição *relativa* numa escala e não implicam de modo algum a noção de um poder legislativo juridicamente *ilimitado*. No entanto, "supremo" e "ilimitado" são facilmente confundidos pelo menos na teoria do direito. Uma razão é que, nas

> formas mais simples de um sistema jurídico, as ideias de uma norma última de reconhecimento, critério supremo e poder legislativo juridicamente ilimitado parecem convergir. Pois, onde quer que exista um poder legislativo não sujeito a limitações constitucionais e que seja competente para privar de juridicidade a todas as outras normas de direito que emanem de outras fontes, a norma de reconhecimento daquele sistema dita que a atuação desse poder constitui o critério supremo de validade. Esta é, de acordo com a teoria constitucional, a situação do Reino Unido. Mas mesmo sistemas como o dos Estados Unidos, no qual não existe esse poder legislativo juridicamente ilimitado, podem perfeitamente conter uma norma última de reconhecimento que fornece um conjunto de critérios de validade, um dos quais é supremo. Isso acontecerá onde a competência legislativa do poder legislativo ordinário seja limitada por uma constituição que não prevê o poder de emenda ou que subtrai algumas cláusulas ao alcance desse poder. Nesse caso, não há um poder legislativo juridicamente ilimitado, mesmo na interpretação mais lata da expressão "poder legislativo"; mas, evidentemente, o sistema contém uma norma última de reconhecimento e inclui, nas cláusulas de sua constituição, um critério supremo de validade (HART, 2009, pp. 136-137).

Sobre a regra de reconhecimento constituir uma regra última, somos obrigados a relembrar a hierarquia normativa de Kelsen, segundo o qual a validade de uma regra é identificada por referência a validade de outra regra superior. A grande diferença aqui é aonde chegamos quando devemos cessar as questões sobre a fonte de validade de uma norma. Tanto Kelsen quanto Hart defenderão que a pergunta sobre a validade de uma regra não pode continuar ao infinito. Pelo contrário, haverá uma regra última que é a regra que define a validade de todas as outras regras do sistema.

Para Kelsen, ao menos para o Kelsen que escreveu a Teoria Pura do Direito a "regra última" será a norma hipotética fundamental, que em suas palavras:

> Apenas uma autoridade competente pode estabelecer normas válidas; e uma tal competência somente se pode apoiar sobre uma norma que confira poder para fixar normas. A esta norma encontram-se sujeitos tanto a autoridade dotada de poder legislativo como os indivíduos que devem obediência às normas por ela fixadas. Como notamos, a norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, uma norma superior. Mas a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser *pressuposta,* visto que não pode ser posta por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento da sua validade já não pode ser posto em questão. Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental (*Grundnorm*). Já para ela tivemos de remeter a outro propósito. Todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que o seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa (KELSEN, 2009, pp. 216-217)

Hart, por outro lado, como demonstramos anteriormente, permitiu que sua teoria sobre a validade fosse redutiva, adotando uma relação intrínseca inseparável entre a o caráter normativo e a caráter fático-social do fenômeno jurídico. Sua regra de reconhecimento não é pressuposta, mas identificada (demonstrada) pelo comportamento social das autoridades e jurisdicionados. Ademais, defenderei à frente que o fato de a regra de reconhecimento não ter sido especificamente convencionada ("posta"), não significa que ela não possa ser convencional, e que o seu conteúdo advenha do campo de disputa no qual o conteúdo convencional se encontra.

Como vimos até aqui, o conceito atomizado da regra de reconhecimento parece ser simples o suficiente e suas funções como fundamento de um sistema jurídico, suprindo tanto a função de regra última contendo uma relação hierárquica entre seus critérios, sendo um deles supremo também parecem ser de fácil compreensão. Todavia, vimos também que estes critérios funcionam perfeitamente "em laboratório" ou, para emprestar um verbete da física, "em um objeto esférico no vácuo". A simplicidade da regra começa a desaparecer quando a colocamos em uma sociedade sócio politicamente complexa, formada pela junção de regras primárias e secundárias baseadas numa ordem institucional de larga escala.

Nos próximos tópicos, demonstraremos de forma mais profunda as dificuldades geradas por uma regra que é tida como última, com critérios em disputa cujos fundamentos são fático-sociais e por isso mesmo dependem da interpretação e *enforcement* humanos.

4.3. TEXTURA ABERTA DO DIREITO

Ao apresentar o conceito de textura aberta, adentramos no diagnóstico mais importante para o tema central desta tese. Tanto as dificuldades quanto os abusos jurídicos passam sempre em alguma instância por esta característica distintiva do direito. A ideia de Hart sobre os grandes problemas na identificação do conteúdo jurídico poderia ser muito brevemente resumida como uma união da nossa incapacidade de regular todas as possibilidades do mundo de forma preventiva com a nossa incapacidade de estabelecer critérios suficientemente claros para que deles não surjam ambiguidades.

Assim, de um lado, o direito sempre será incompleto em relação a totalidade dos problemas de coordenação social que podem surgir num determinado contexto e, de outro lado,

nossa apreensão da linguagem e seu significado sempre criará cenários de incerteza sobre a subsunção de um certo fato à uma certa regra. A despeito de sua simplicidade aparente, os problemas merecem maior compreensão devido a posição descritiva que ocupam neste trabalho para responder ao problema da identificação do conteúdo jurídico e colocar sobre ela a perspectiva do agente privado.

Em primeiro lugar, sobre nossa incapacidade de regular todos os cenários relevantes de coordenação social e suas possibilidades de forma preventiva, de acordo com Hart, decorre do simples fato que não somos deuses, mas meros seres humanos. Por isso mesmo, nossa capacidade de prever todos os cenários possíveis é limitada. O direito não é um fato natural, mas uma prática humana, e assim não faz sentido pensar em uma natureza universal do direito. Todavia, sendo uma prática humana, é de se esperar que elementos da natureza (ou melhor dizendo, da condição) humana sejam relevantes para o conceito de direito. Segundo Hart, dois problemas nessas limitações se apresentam na tentativa de criar fontes estáveis:

> É típico da condição humana (e também, portanto, da legislação) que labutemos com duas desvantagens interligadas sempre que procuramos regulamentar, antecipadamente e sem ambiguidade, alguma defesa de comportamento por meio de um padrão geral que possa ser usado sem orientação oficial posterior em ocasiões específicas. A primeira desvantagem é a nossa relativa ignorância dos fatos e a segunda é a relativa imprecisão do nosso objetivo. Se o mundo no qual vivemos tivesse apenas um número finito de características, e estas, juntamente com todas as formas sob as quais podem se combinar fossem conhecidas por nós, poderíamos então prever de antemão todas as possibilidades. Poderíamos criar normas cuja aplicação a casos particulares nunca exigiria uma escolha adicional. Poder-se-ia tudo saber e, como tudo seria conhecido, algo poderia ser feito em relaão a todas as coisas e especificado antecipadamente por uma norma. Esse seria um mundo adequado a uma jurisprudência "mecânica". Esse não é, evidentemente, o nosso mundo (HART, 2009, pp. 165-166)

Para explicar este ponto, Hart utiliza o exemplo ordinário da regulação de veículos poderem ou não transitar dentro de parques. Afirma que na Inglaterra é proibido adentrar nos parques de automóvel, motocicleta ou outros veículos motorizados (fatos regulados) e que essa medida tem por objetivo garantir a segurança e o sossego que são esperados nestes locais (objetivos regulados), dedicados ao lazer e ao contato com a natureza, principalmente em cidades altamente urbanizadas onde este contato é limitado (HART, 2009, p. 164). Todavia, menciona que é do caráter do mundo ter opções ilimitadas, que podem colocar em xeque os nossos objetivos.

Um exemplo seria o um carrinho elétrico de brinquedo. De um lado, com certeza uma criança solta no parque com um carrinho elétrico poderia de alguma forma perturbar a segurança e o sossego que são esperados no parque (e possivelmente todos nós conhecemos

alguma criança cuja falta de adequação com estas convenções sociais representaria problemas deste tipo). De outro lado, porém, nossos objetivos regulados são questionados sobre se o lazer infantil deveria permitir o sacrifício de uma parcela da segurança e sossego esperados nos parques. Com isso, conclui Hart:

> Os legisladores humanos não podem ter o conhecimento de todas as combinações possíveis de circunstâncias que o futuro pode trazer. Essa imprevisibilidade traz consigo uma relativa imprecisão dos objetivos. Quando nos atrevemos a formular alguma norma geral de conduta (por exemplo, a norma segundo a qual nenhum veículo pode entrar no parque), a linguagem usada nesse contexto fixa as condições necessárias a que qualquer coisa deva atender para estar incluída na norma, e certos exemplos claros daquilo que certamente atende a essa condição podem estar presentes em nossas mentes. Trata-se de casos claros, paradigmáticos (o automóvel, o ônibus, a motocicleta), e nosso objetivo ao legislar é, até esse ponto, preciso, pois fizemos determinada escolha. Decidimos inicialmente que a paz e a tranquilidade no parque e aqueles casos que não previmos, ou talvez não pudéssemos inicialmente prever) por exemplo, um carrinho elétrico de brinquedo), nosso objetivo será, nessa mesma medida, indeterminado. Não resolvemos, porque não o previmos, o problema – que será suscitado por um caso não previsto, quando este venha a ocorrer – de decidir se parte da tranquilidade do parque deve ser sacrificada, ou se deve ser defendida contra as crianças cujo interesse ou prazer seja usar esses brinquedos. Quando o caso imprevisto vier efetivamente a ocorrer, confrontaremos o problema em pauta e então poderemos resolvê-lo escolhendo entre os interesses conflitantes da forma que melhor nos satisfazer. Ao fazê-lo, teremos tornado nosso objetivo inicial mais preciso; e teremos ainda, incidentalmente, solucionado uma questão relativa ao sentido de um termo genérico para os efeitos dessa norma (HART, 2009, p. 167).

Ao adentrarmos no problema de indeterminação de fatos e objetivos, adentramos também nas dúvidas que a linguagem nos impõe ao tentar regular o mundo de forma preventiva. Note-se, no caso acima, que parte das dificuldades é definir o exato sentido em que o parque é dedicado ao lazer e o exato significado da palavra "veículo" atrelada à proibição mencionada. Também é parte de nossa condição humana que nossa capacidade de expressar e regular os problemas sociais está também limitada à nossa capacidade de comunicação, à nossa linguagem.

A compreensão destes limites foi um dos grandes focos das ciências humanas e sociais do Séc. XX. O ambiente de filosofia da linguagem já havia atingido o seu auge na tendência intelectual da época em que foi lançado o Conceito de Direito em 1961. Ludwig Wittgenstein lançou seu Tratado Lógico-Filosófico em 1921 e teve suas Investigações Filosóficas publicadas *post-mortem* em 1953. Alf Ross havia anteriormente ao lançamento da obra O Conceito de Direito publicado seu famoso "*Tû-Tû*" pela *Harvard Law Review*, em 1951, analisando os limites da nossa capacidade de acepção de significados de palavras. E em 1962 seria publicada a mais famosa obra de John Langshaw Austin, *How To Do Things With Words,* organizada a partir de uma série de conferências realizadas na Universidade de Oxford na década de 50, época em que Hart já lecionava na universidade.

Nesse contexto, à época da escrita da obra O Conceito de Direito, Hart estava mergulhado em um momento histórico no qual o estudo da filosofia da linguagem era grande tendência e no qual foram feitos diversos avanços, com teorias variando entre a prescrição do formalismo ou pragmatismo e a descrição do ceticismo absoluto. Dada a relação intrínseca entre problemas jurídicos e problemas de linguagem, seria de se esperar que a obra hartiana fosse altamente influenciada pela tendência da filosofia da linguagem que floresceu no pensamento analítico como um todo e especialmente em Oxford, onde lecionava.

Já mencionamos que o aspecto distintivo da teoria hartiana em relação às teorias do direito concorrentes não é, como muitos quiseram, a operação de uma virada hermenêutica na filosofia do direito, mas sim a adoção de uma metodologia específica, voltada para a compreensão do fenômeno jurídico como sendo ao mesmo tempo e indissociavelmente fático e normativo, não limitando seus estudos à um ou outro elemento como sendo o verdadeiro objeto da ciência do direito, mas estudando a relação necessária entre estas características. A conclusão que podemos tirar deste elemento distintivo é que as teorias práticas de Ludwig Wittgenstein (ao menos em suas Investigações Filosóficas) e de John Langshaw Austin tiveram grande influência na forma de pensamento do autor, que rejeitou o ceticismo absoluto e a possibilidade de um formalismo exagerado, reconhecendo no direito as mesmas características identificadas por outros autores na linguagem, qual seja, se tratar de uma prática complexa composta por elementos fático-sociais e normativos.

Importante distinguir que uma abordagem pragmática dos problemas do direito e da linguagem não implica em oferecer soluções "economicamente racionais" para os problemas jurídicos, pois não estamos aqui tratando do pragmatismo jurídico norte-americano. Estamos sim tratando de uma visão, um método, que enxerga estes elementos da vida humana (a linguagem e o direito) como uma prática, tendo que ser seus problemas compreendidos a partir da análise de nossas práticas sobre estes objetos. Em última instância, é o uso que fazemos da linguagem e do direito que definem o seu conteúdo e o seu conceito. Todavia, não somos deuses e trabalhamos com as desvantagens de sermos incapazes de prever todos os cenários possíveis (indeterminação de fato) e de prever todos os objetivos que temos em mente quando temos, por exemplo, o lazer e o sossego como prioridades (indeterminação de objetivo).

Em primeiro lugar, Hart rejeita o ceticismo absoluto em relação à linguagem e ao direito sob o argumento de que, de alguma forma, em nossa prática, somos efetivamente capazes de estabelecer casos-padrão, ou melhor dizendo, conceitos paradigmáticos. Não temos dúvidas quanto à proibição da entrada de carros motorizados no parque se, em nome do sossego, é

proibida a circulação de veículos naquele local. Todavia, podem existir casos afastados dessa regra geral nos quais dúvidas surgirão sobre o que entendemos por sossego e direito ao lazer e sobre o que efetivamente entendemos como veículos.

> A essa altura, a linguagem geral em que a norma se expressa não pode fornecer senão uma orientação incerta, como faria um exemplo igualmente dotado de autoridade. Neste ponto, cai por terra a sensação de que a linguagem da norma nos habilitará a simplesmente identificar exemplos facilmente reconhecíveis. A inclusão de um caso particular dentro de uma norma e a inferência de uma conclusão silogística já não caracterizam a essência do raciocínio envolvido em decidir qual é o procedimento correto. Em vez disso, a linguagem da norma agora parece apenas assinalar um exemplo vinculante, isto é, aquele constituído pelo caso evidente. Este pode ser usado mais ou menos da mesma forma que um precedente, embora a linguagem da norma limite os traços que exigem atenção, e o faça de maneira simultaneamente mais permanente e mais rigorosa que o precedente (HART, 2009, p. 165)

Defendemos desde o começo que para os efeitos desta tese as diferenças entre os sistemas de *common law* e *civil law* seriam de pouca significância para a compreensão da nossa capacidade de identificar o conteúdo jurídico e entendo que o exemplo apresentado por Hart nos oferece uma boa compreensão sobre o caráter universal dos problemas que serão enfrentados na identificação do direito. Pouca diferença faria para este caso se o direito fosse regulado por costumes ou por legislação. Ambas as fontes de direito sofreriam as mesmas dificuldades, a não ser que tivessem desde o início superado a nossa dupla desvantagem de indeterminação de fatos e objetivos. Neste sentido, Hart possui posicionamento similar:

> Boa parte da teoria do direito do século XX consistiu na gradativa compreensão (e algumas vezes no exagero) do fato importante de que a diferença entre as incertezas da comunicação feita por exemplos dotados de autoridade (precedente), de um lado, e as certezas da transmissão feita por uma linguagem geral vinculante (legislação), por outro, é muito menos sólida do que sugere essa contraposição ingênua. Mesmo quando se utilizam normas gerais formuladas verbalmente, podem surgir, em casos concretos específicos, incertezas quanto ao tipo de comportamento por elas exigido. As situações de fato, particulares, não esperam por nós já diferenciadas entre si e rotuladas como exemplos da norma geral cuja aplicação está em pauta; nem a norma geral pode se adiantar para demarcar seus próprios exemplos. (HART, 2009, p. 163)

O problema da indeterminação no caso da formulação verbal fica claro quando pensamos o exemplo da proibição de veículos nos parques. Dito isto, podemos concluir com bastante segurança que o conteúdo do direito é sempre incompleto (seja num sistema predominantemente consuetudinário ou legislativo) e com isso temos um importante diagnóstico sobre as dificuldades enfrentadas pelo agente privado ao tentar agir de forma preventiva utilizando o conteúdo jurídico em inferências práticas. Se o legislador está fadado ao fracasso ao tentar legislar o mundo preventivamente de forma exaustiva, por indução, também o está o agente privado.

Se o direito é indeterminado e se Hart estiver correto em dizer que esta é uma de suas características inevitáveis, então sempre haverá, em todos os sistemas jurídicos, instâncias nas quais o jurisdicionado será obrigado a divinar o conteúdo jurídico. Com isso, a questão que se coloca agora é: podemos estabelecer, pelo menos, parâmetros gerais para auxiliar o agente privado na tomada de decisões? As dificuldades expostas neste tópico constituem o conceito de textura aberta que segundo Hart significa que:

> Qualquer que seja a estratégia escolhida para a transmissão de padrões de comportamento, seja o precedente ou a legislação, esses padrões, por muito facilmente que funcionem na grande massa de casos comuns, se mostrarão imprecisos em algum ponto, quando sua aplicação for posta em dúvida: terão o que se tem chamado de *textura aberta.* (...) A textura aberta do direito significa que existem, de fato, áreas do comportamento nas quais muita coisa deve ser decidida por autoridades administrativas ou judiciais que busquem obter, em função das circunstâncias, um equilíbrio entre interesses conflitantes, cujo peso varia de caso para caso. Entretanto, a vida do direito consiste em grande parte em orientar tanto as autoridades quanto os indivíduos particulares através de normas precisas, que, diversamente das aplicações de padrões variáveis não lhes exijam uma nova decisão a cada caso. Esse fato evidente da vida social permanece verdadeiro mesmo que possam surgir dúvidas quanto à aplicabilidade de qualquer norma (escrita ou transmitida por precedente) a um caso concreto. Nisso, à margem das normas e nos espaços deixados em aberto pela teoria dos precedentes, os tribunais desempenham uma função normativa que os órgãos administrativos também desempenham nuclearmente, ao elaborar padrões variáveis. Em um sistema no qual o princípio do *stare decisis* seja firmemente reconhecido, essa função dos tribunais se assemelha muito ao exercício, por parte de um órgão administrativo, de poderes normativos delegados. Na Inglaterra, esse fato é muitas vezes obscurecido pelo formalismo verbal, pois os tribunais frequentemente desmentem essa função criadora e insistem em que a função adequada da interpretação jurídica e do uso do precedente são, respectivamente, buscar a "intenção do legislador" e fazer referência ao direito já existente (HART, 2009, pp. 166-176)

Com a exposição do conceito de textura aberta do direito, muito do pensamento de Joseph Raz deve ter suas referências um pouco mais esclarecidas. Ambos os autores rejeitam o ceticismo em relação às normas e compreendem a existência do direito como fundamentada em uma capacidade racional humana para efetivamente guiar conduta em uma generalidade de casos. A teoria de Raz leva o argumento de Hart às suas últimas consequências ao estabelecer como elemento necessário da autoridade jurídica (e assim da capacidade do direito de se fazer válido) que seja racional e mais fácil agir de acordo com as regras jurídicas do que com as razões privadas que alguém possua num ou noutro sentido.

Além disso, ambos os autores reconhecem a incompletude do direito e a necessidade de exercício legislativo por parte das autoridades judiciais e administrativas, sendo de fundamental importância a percepção de ambos os autores de inconfiabilidade dos fundamentos das decisões judiciais. O direito é, para ambos, sempre incompleto, sempre dotado de textura aberta. Todavia, ambos reconhecem que as decisões judiciais no *civil law* e no *common law* tendem a negar o aspecto criativo de seus fundamentos. Ambas disfarçam o exercício de seu

poder criativo na forma de argumentos quase místicos, como é o caso da "busca da intenção do legislador". Nesse sentido, concluem como bem apontamos através de Neil Maccormick no começo desta tese, que devemos enxergar através da cortina de fumaça linguística para reconhecer as diferentes instâncias nas quais o direito é identificado ou criado.

No próximo subtópico demonstraremos que existem mecanismos jurídicos teóricos capazes de explicar as ferramentas utilizadas pelos sistemas jurídicos para suprir essas lacunas. Todavia, os mecanismos ainda podem permitir amplitude para novas "patologias", conforme demonstraremos com base na obra de Hart. Estes mecanismos e patologias demonstrarão grande elasticidade para o direito se mover entre o ceticismo e o formalismo normativo e podem colocar em xeque a rigorosa exigência de Raz de que a existência da autoridade jurídica dependa sempre de ser mais fácil agir de acordo com o direito do que com nossas próprias razões. Continuaremos, assim, nossa saga expositiva da teoria hartiana apresentando os mecanismos e patologias identificados por Hart, mas, agora, realizando conexões com os cenários mentais pensados no primeiro capítulo.

4.4. TESE DA DISCRICIONARIEDADE

No primeiro capítulo desta tese definimos as questões que buscaríamos responder e os problemas que justificam estas perguntas. Apresentamos dois casos distintos, na forma de cenários mentais, o primeiro baseado em uma regra simples e suficientemente clara, no caso da distinção entre usuário e traficante com base nas normativas previstas na Lei de Tóxicos. O segundo caso tratava de um cenário bastante mais complexo, baseado em princípio constitucional (que Hart chamaria de "padrões variáveis" antes da publicação do Pós-Escrito ao Conceito de Direito) e princípios advindos de precedentes interpretativos, bem como em alta discricionariedade administrativa e judicial autorizada. Demonstramos que, de alguma forma, ambos os casos apresentariam em algum momento situações limítrofes de incerteza sobre seu exato significado e aplicabilidade. Demonstramos também que em cenários complexos como este último, onde existem múltiplas instâncias de interpretação administrativa, juntamente com a fiscalização do Ministério Público e a possibilidade de revisão judicial, o problema da identificação do conteúdo jurídico se demonstra extremo.

Com base no exposto no tópico anterior, podemos compreender com mais clareza que esta incerteza surge de uma característica necessária de sistemas jurídicos que é a textura aberta.

Nossas fontes jurídicas (costumes, princípios, precedentes ou regras) não são encontradas na natureza, nem mesmo possuem um significado completo que esgote as possibilidades do mundo esperando para ser encontrado por um investigador atento. Elas são produtos de uma prática humana complexa e, como tais, sofrem de defeitos advindos da condição humana, que Hart identificou primariamente como nossa indeterminação de fatos e objetivos, que se refletem na incompletude de nossa linguagem e direito:

> Até aqui temos apresentado isso, no caso da legislação, como uma característica geral da linguagem humana; a incerteza nas zonas limítrofes é o preço a pagar pelo uso de termos classificatórios gerais em qualquer forma de comunicação referente a questões factuais. Usadas dessa forma, as línguas naturais como o inglês, têm uma textura irredutivelmente aberta (HART, 2009, p. 166).

Admitidamente ou não, de acordo com Hart, os sistemas jurídicos em geral foram construídos com o reconhecimento da existência desse problema, ainda que este reconhecimento dificilmente seja encontrado nas decisões judiciais e administrativas emitidas por autoridades. Afirma que o direito existe assim numa condição ambígua, ao mesmo tempo emitindo padrões gerais de comportamento que devem ser seguidos sem a necessidade de intervenção de autoridades (sejam eles consuetudinários, precedentes ou legislativos) e aceitando sua incompletude para deixar em aberto os casos limítrofes ou demasiadamente amplos que apenas poderiam ser decididos mediante consulta ou *ex post facto*:

> Na verdade, todos os sistemas conciliam, de modos diferentes, duas necessidades sociais: a necessidade de certas normas que os indivíduos particulares possam aplicar a si próprios, em grandes áreas do comportamento, sem nova orientação oficial e sem considerar questões sociais; e a de deixar em aberto, para serem posteriormente resolvidos por meio de uma escolha oficial e bem informada, problemas que só podem ser adequadamente avaliados e solucionados quando ocorrem em um caso concreto (HART, 2009, p. 169)

Como vimos, Hart reconhece a textura aberta do direito como uma característica necessária, admitindo assim locais em que o direito será incompleto, intencionalmente ou não. Nestes casos, rejeitando o formalismo normativo que tenta disfarçar e/ou limitar a necessidade de criação do conteúdo jurídico em certos casos, Hart avança seu famoso argumento da discricionariedade judicial. Em seu artigo homônimo (*Discretion*), Hart se propõe a oferecer uma definição do conceito, reconhecendo que pela nossa prática, pode ser difícil oferecer um conceito exato:

> Pode ser, é claro, que o termo discricionariedade seja desesperadamente vago e utilizado por tribunais e escritores jurídicos de maneira totalmente aleatória: se esse fosse o caso, a única observação que poderíamos fazer sobre o significado do termo discricionariedade seria exatamente essa. Mas me parece muito improvável que esse seja, de fato, o caso: se assim fosse, teríamos que concordar em discutir discricionariedade sem qualquer expectativa de que, na verdade, estivéssemos falando sobre um assunto comum. O que é provável em todas as principais noções envolvidas

> no direito é que podemos encontrar um conjunto de características que aparecem juntas nos casos padrão de discricionariedade: isto é, em casos onde todos concordariam que temos o fenômeno da discricionariedade (...) Após as características dos casos centrais e claros do exercício da discricionariedade terem sido distinguidos, podemos então ver que haverá muitos outros casos onde apenas algumas características cardinais presentes no caso claro estão presentes, onde hesitaríamos ou discordaríamos quanto à classificação deles como casos de discricionariedade; também estarão presentes em casos que normalmente não classificaríamos como exercício de discricionariedade algumas características daqueles presentes nos casos centrais. Essa posição, a saber, que somos capazes de distinguir as características principais de um caso claro e, em seguida, casos limítrofes onde algumas, mas não todas, dessas características estão presentes, é característica, me parece, das definições nesse campo. Prefiro essa forma de apresentar a situação semântica do que simplesmente dizer que temos um *continuum* que se estende por uma ampla área e que distinguimos algo que se desvanece gradualmente em outras noções, porque essa metáfora de *continuum* não revela o fato de que, assim como reconhecemos a vagueza na fronteira de noções como discricionariedade, também reconhecemos casos claros ou simples, e se não pudéssemos fazer isso, não conseguiríamos usar o termo em comunicação uns com os outros. Mas há razões mais importantes para focar a atenção nas características presentes naqueles casos em que todos concordaríamos que deveriam ser classificados como casos de discricionariedade: a primeira razão é que muitas dificuldades ou preocupações sobre a discricionariedade, conforme expressas pelos membros do grupo, certamente surgem nos casos claros, e o fato de que existem casos limítrofes que são duvidosos ou podem ser classificados como discricionariedade ou não é irrelevante para muitos desses problemas. Em segundo lugar, temos neste caso, como em casos semelhantes onde uma definição pode ser proveitosa, a situação que realmente estimulou investigações filosóficas desde o início: isto é, que enquanto somos capazes de concordar sobre uma área central de fenômenos como constituindo casos claros de discrição, coexiste com esse acordo sobre o uso do termo ou, se preferir, com sua maestria para os fins da vida cotidiana uma fundamental falta de clareza sobre os princípios que governam nosso uso acordado. A posição é paralela à de uma pessoa que conhece sua cidade de cor, mas não conseguiria desenhar um mapa dela (HART, 2013, pp. 653-654)[67].

---

[67] Tradução do autor: “It might of course be the case that the term discretion is hopelessly vague and used by courts and juristic writers in an entirely haphazard fashion: if this were the case, the only observation which we could make about the meaning of the term discretion would be just this. But it seems to me very unlikely that this is in fact the case: if it were the case, we must agree to discuss discretion without any expectation that we should in fact be talking about a common subject. What is likely to be the case in all the major notions involved in the law, is that we can find a set of characteristics which are found together in the standard case of discretion: that is, in cases where everyone would agree that we have the phenomenon of discretion: that is, in cases where everyone would agree that we have the phenomenon of discretion (e. g. rate-fixing by the ICC, the grant or refusal of specific performance by a court, the exercise of reprieve or pardon by the executive). After the characteristics of the central and clear cases of the exercise of discretion have been distinguished, we can then see that there will be many other cases where only some cardinal features present in the clear case are presented where we would hesitate or disagree as to the classification of them as cases of discretion; there will also be present in cases which we would not normally classify as the exercise of discretion some features of those present in the central cases. This position, namely that we are able to distinguish the leading features of a clear case and then borderline cases where some but not all of those features are present is characteristic, it seems to me, of definition in this field. I prefer this way of putting the semantic situation to just saying that we have a continuum which stretches over a wide area and that we distinguish something which fades gradually into other notions because this metaphor of continuum does not bring out the fact that we do, as well as recognize the vagueness at the boundary of such notions as discretion, also recognize clear or simple cases, and if we could not do this we should not be able to use the term in communication with each other. But there are more important reasons for focusing attention on the characteristics present in those cases where we would all be agreed that they should be classified as cases of discretion: the first reason is that many difficulties or worries about discretion as expressed by membersof the group certainly arise in the clear cases, and the fact that there are borderline cases which are doubtful or may be classified as discretion or not is irrelevant to many of these problems. Secondly, we have in this case, as in similar cases where a definition may

Para compreender o que constituem casos claros para Hart, devemos lembrar da influência de fenomenologia da linguagem de John Langshaw Austin. A linguagem e o direito são fenômenos práticos, os significados de seus conceitos dependem do uso que deles[68] fazemos e de nossa capacidade, em termos gerais, de identificar razoavelmente casos claros e casos limítrofes. Se não formos capazes de identificar um único caso claro em que uma norma deve ser aplicada, então deveríamos aceitar o ceticismo normativo/linguístico e desistir de qualquer tentativa de análise racional do direito. Todavia, este não parece ser o caso. De fato, Hart menciona que possuímos uma grande variedade de técnicas para lidar com esta incompletude e parte destas técnicas utiliza a contraposição entre os casos claros e limítrofes, em geral, fazendo uso de alguma forma de discricionariedade, que pode ser identificada com clareza, como no caso abaixo:

> Às vezes se reconhece desde o início que, na esfera a ser controlada judicialmente, as características dos casos individuais variarão tanto, em aspectos imprevisíveis, mas socialmente relevantes, que o poder legislativo não pode criar antecipadamente e de modo útil normas uniformes a serem aplicadas caso a caso, sem orientação oficial posterior. Consequentemente, aquele poder estabelece, para regulamentar essa esfera, padrões muito gerais, e delega então a um órgão normativo, conhecedor dos vários tipos de casos, a tarefa de formular normas adaptadas as suas necessidades específicas. Assim, o poder legislativo pode exigir que as empresas atuantes em determinado setor da economia respeitem certos padrões – por exemplo, que cobrem apenas *tarifas razoáveis* ou ofereçam *condições seguras de trabalho*. Em vez de permitir que as diferentes empresas apliquem a si próprias esses padrões vagos, correndo o risco de descobrir posteriormente, *ex post facto*, terem sido estes violados, pode-se preferir adiar a aplicação de sanções por infrações à norma até que a entidade administrativa tenha especificado, por meio de regulamentação, aquilo que, para um determinado setor será considerado "tarifa razoável" ou "condições seguras de trabalho". Esse poder normativo só pode ser exercido após algo semelhante a uma averiguação judicial dos fatos relativos àquele setor da economia, após terem sido ouvidos os argumentos pró e contra determinada forma de regulamentação. Evidentemente, mesmo que os padrões sejam muito gerais, haverá exemplos claros indiscutíveis, daquilo que os satisfaz ou não. Alguns casos extremos do que é, ou não é, uma "tarifa razoável" ou uma "condição segura de trabalho" serão identificados *ab initio*. (HART, 2009, p. 170)

Temos aqui um exemplo claro de uma técnica similar àquela utilizada no Brasil na forma do primeiro cenário mental que apresentamos, representado pelas dificuldades de interpretar as normativas contidas na Lei de Tóxicos. No caso que mencionamos, existe uma delegação legislativa para que os tribunais atuem com discricionariedade na classificação do

---

be profitable, the situation which really has stimulated philosophical inquiries ever since philosophy began: this is that while we are able to agree about a central area of phenomena as constituting clear cases of discretion, there coexists with this agreement on the use of the term or, if you like, with its mastery for the purposes of everyday life a fundamental unclarity about the principles which govern our agreed usage. The position is parallel to a person who knows his way about town by rote but could not draw a map of it."

[68] "It seems to me to be vital to make explicit the characteristic features present in the agreed cases of discretion, and this can be done only by some kind of reflective analysis of our actual usage of the term" (HART, 2013, p. 654)

portador de *cannabis* como usuário ou traficante, nos termos do Art. 28, § 2º, da mesma lei: "Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoas, bem como à conduta e os antecedentes do agente" (BRASIL, 2006).

O caso é similar ao mencionado por Hart, no qual o poder legislativo delimita padrões muito gerais, incumbindo ao poder judiciário a tarefa de estabelecer os casos padrão que se encaixam nas definições vagas de "circunstâncias sociais e pessoais", "natureza e quantidade da substância apreendida", "local e condições em que se desenvolveu a ação" e "conduta dos agentes". Uma vez promulgada a legislação e transferida a responsabilidade para o poder judiciário, não foi o caso de que se aguardasse a emissão de padrões prévios de regulamentação. De fato, até que uma mínima pacificação do tema fosse atingida, com o estabelecimento de condutas típicas de tráfico (como por exemplo a separação de grandes quantias de substâncias em pacotes distintos, que evidenciam a divisão para venda), os agentes privados tiveram de desbravar as discussões sobre a distinção entre usuário e traficante *ex post facto*, atribuindo ao usuário todo o risco de suas ações.

Ignorando agora todos os problemas criados pela vagueza deliberada da normativa (como por exemplo a possibilidade de incorporação de padrões de discriminação racial e socioeconômica), temos aqui um caso claro de discricionariedade judicial, ainda mais fácil de ser identificado pois não se construiu nas lacunas não previstas da lei, mas em padrões abertos deliberadamente deixados para serem identificados e delimitados pelas autoridades judiciais. Se com isso conseguimos identificar ao menos um caso padrão de discricionariedade, então devemos rejeitar o ceticismo em relação a uma suposta "vagueza absoluta" do conceito.

Além disso, o crime de tráfico (e em muitos lugares de consumo) de drogas contra o qual os Estados ao redor do globo dedicaram uma imensa quantidade de recursos possui padrões relativamente conhecidos pelas polícias responsáveis pela fiscalização e abertura de inquérito. Quando a legislação ordena que sejam consideradas a quantidade de substância apreendida e as condições nas quais se desenvolveu a ação, temos padrões claros de acordo com nosso conhecimento para estabelecer casos nos quais não exista dúvida sobre a distinção entre o traficante e o usuário. Não haverá dúvidas sobre a existência do crime de tráfico na apreensão de um avião ultraleve, sem itinerário registrado, que estivesse atravessando a Amazônia em direção ao Brasil carregando centenas de quilos de drogas separadas em "tijolos". Também não

haverá dúvidas sobre a condição de usuário nos casos em que o indivíduo seja encontrado na rua portando um único cigarro de *cannabis*.

Todavia, existirão casos limítrofes, conforme mencionamos no primeiro capítulo. Casos nos quais as condições nas quais o usuário foi apreendido podem possuir alguns dos elementos de tráfico, mas não todos eles. Nem todos os casos serão os cenários extremos aqui expostos, talvez nem mesmo a maioria deles sejam estes casos, e podemos retomar os exemplos que definimos no primeiro capítulo como claros exemplos de casos limítrofes.

A *Cannabis* se tornou o epicentro de uma grande discussão global devido ao seu absoluto sucesso cultural, talvez e principalmente após os anos 60, com sua inserção nos contextos artísticos mais diversos, sendo temas de músicas, obras literárias e inclusive invadindo a cultura popular como um todo. Com a legalização da substância em diversos lugares do mundo e regulamento do plantio, técnicas avançadas de agricultura e biotecnologia foram utilizadas para criar uma quantia imensurável de variantes da planta original, de forma que hoje, acessando sites de países europeus que autorizam o plantio, podemos verificar a venda do produto com os mais variados sabores, cheiros, preços e concentrações de princípios ativos como o THC (tetrahidrocanabinol) e o CBD (canabidiol).

A grande popularização da substância que passou a habitar casualmente em quase todos os cenários da vida brasileira inevitavelmente provaria ser insatisfatória a normativa emitida para guiar de forma adequada o trabalho dos tribunais e das polícias, de forma que em 2015, aproximadamente 9 anos após a promulgação da Lei de Tóxicos, o Supremo Tribunal Federal foi obrigado a, através do Tema de Repercussão Geral nº 506, fixar quantia padrão a ser considerada como distintiva para usuários e traficantes. Abaixo destacamos os trechos relevantes da decisão:

> (...) 4. Nos termos do § 2º do artigo 28 da Lei 11.343/2006, será presumido usuário quem, para consumo próprio, adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, até 40 gramas de cannabis sativa ou seis plantas-fêmeas, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito; 5. A presunção do item anterior é relativa, não estando a autoridade policial e seus agentes impedidos de realizar a prisão em flagrante por tráfico de drogas, mesmo para quantidades inferiores ao limite acima estabelecido, quando presentes elementos que indiquem intuito de mercancia, como a forma de acondicionamento da droga, as circunstâncias da apreensão, a variedade de substâncias apreendidas, a apreensão simultânea de instrumentos como balança, registros de operações comerciais e aparelho celular contendo contatos de usuários ou traficantes; 6. Nesses casos, caberá ao Delegado de Polícia consignar, no auto de prisão em flagrante, justificativa minudente para afastamento da presunção do porte para uso pessoal, sendo vedada a alusão a critérios subjetivos arbitrários; 7. Na hipótese de prisão por quantidades inferiores à fixada no item 4, deverá o juiz, na audiência de custódia, avaliar as razões invocadas para o afastamento da presunção de porte para uso próprio; 8. A apreensão de quantidades superiores aos limites ora

> fixados não impede o juiz de concluir que a conduta é atípica, apontando nos autos prova suficiente da condição de usuário. (...) (STF - RE: 635659 SP, Relator.: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 26/06/2024, Tribunal Pleno, Data de Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-s/n, Divulgação: 26-09-2024; Publicação: 27-09-2024)

O tema de repercussão geral é um caso claro daquilo que Hart definiria como uma decisão de discricionariedade delegada, e, ainda que possamos considerar pouco satisfatório o delineamento das quantidades e práticas a serem enquadradas como tráfico, o agente público está aqui agindo exatamente nos limites delegados pela legislação, estabelecendo quantidades, condições (apreensão simultânea de instrumentos como balança, registro de operações etc.), natureza da substância (*cannabis* à exclusão das demais), etc.

Note-se, também, que o poder judiciário delegou para o poder executivo, responsável pela efetiva fiscalização e *enforcement* do direito, o poder para decidir sobre os casos em zonas limítrofes que deveriam ser levados a corte ou não, delimitando os elementos importantes a serem levados em consideração e reconhecendo a maior capacidade técnica, bem como a conveniência operacional, do órgão policial para compreender na zona de incerteza quais casos poderiam ser qualificados como tráfico.

Podemos apontar problemas na decisão do tribunal e admitir que a especificação da norma geral ainda deixa muitos elementos em aberto ou inclui elementos que não são conclusivos daquilo que efetivamente consideramos como tráfico. Se levarmos em consideração a situação dos diferentes tipos de usuários que mencionamos no primeiro capítulo, podemos ter o caso do usuário que faz uso diário da substância e adquire quantidades maiores do que 40g para evitar ter que fazer múltiplas compras em curtos períodos. Pode ser que este usuário decidiu levar duas variedades distintas de plantas, que agora estão separadas em dois pacotes. É possível que o usuário esteja carregando uma balança própria para verificar a pesagem da substância. Para a realidade fática, nenhum destes elementos é capaz de alterar o fato de se tratar de um usuário. Todavia, as presunções jurídicas contidas no tema de repercussão geral podem o colocar em uma situação complicada.

De novo voltamos para o problema da indeterminação de fatos: separar substâncias proibidas distintas em pacotes distintos e carregar balanças de alta precisão são, de fato, clássicas características do traficante de drogas. Mas não lhe são exclusivas e o caso que mencionamos do usuário anteriormente torna esta situação muito clara. Verificamos mais uma vez que algum nível de discricionariedade sempre existirá em problemas jurídicos, e que muitas vezes será até desejável. No caso da decisão do tribunal, houve o reconhecimento expresso

desta indeterminação sendo apenas relativa à presunção de tráfico para apreensões acima de 40g, devendo o delegado instruir o processo com as justificativas que confirmem a presunção. Neste caso, o tribunal buscou evitar um formalismo excessivo na definição dos conceitos, que acabasse por minar a capacidade das cortes de analisar um mundo no qual a indeterminação de fato parece ser um problema inevitável:

> O vício conhecido na teoria do direito como formalismo ou conceptualismo consiste numa atitude perante as normas formuladas verbalmente que busca, após a edição da norma geral, simultaneamente, disfarçar e minimizar a necessidade de tal escolha. Uma forma de agir assim é congelar o sentido da norma de tal maneira que seus termos gerais devam ter o mesmo sentido em todos os casos em que esteja em pauta sua aplicação. Para garantir isso, podemos nos aferrar a certas características presentes no caso mais evidente e insistir em que elas são ao mesmo tempo necessárias e suficientes para situar dentro da norma qualquer coisa que possua tais características, independentemente das consequências sociais desse modo de aplicação da norma. Isso assegura alguma certeza ou previsibilidade, ainda que à custa de prejulgar cegamente o que fazer numa gama de casos futuros cuja natureza ignoramos. Assim realmente conseguimos resolver antecipadamente, mas no escuro, problemas que só podem ser solucionados de modo razoável quando surgem e são identificados. Essa técnica nos forçará a incluir na norma casos que gostaríamos de excluir a fim de alcançar objetivos sociais racionais que os termos de nossa linguagem, dotados de textura aberta, nos teriam permitido excluir se os tivéssemos definido de modo menos rígido. A rigidez de nossas classificações contrariará, assim, os objetivos que visamos ao ter ou conservar a norma (HART, 2009, pp. 168-169).

Neste sentido, podemos concluir que o diagnóstico de Hart é que sempre existirão zonas de incerteza sobre o conteúdo do direito. O prognóstico é que existirão casos que com alguma facilidade as instituições tratarão como paradigmáticos, motivo pelo qual não devemos aceitar o ceticismo sobre nossa capacidade de utilizar e apreender regras. De outro lado, sendo o mundo indeterminado diante da infinitude de suas possibilidades, devemos também evitar o excesso de formalismo, que acabaria por retirar do direito sua capacidade de fazer análises contextuais.

Para o agente privado, temos aqui uma sensação agridoce. Se o Tema de Repercussão Geral nº 506 do Supremo Tribunal Federal tivesse utilizado a técnica formalista, uma diversidade de usuários com hábitos distintos seria presumida como traficantes por satisfazer as condições estabelecidas na decisão. De outro lado, a indefinição do conceito faz com que existam casos em que a ação do agente privado apenas possa ser identificada como ilegal *ex post facto*, uma vez que dependem de interpretação de diversos fatores contextuais. Ademais, se considerarmos que o Brasil é um país que contém em sua moralidade social características

que são evidentemente racistas, não podemos negar que a delegação de discricionariedade com base em padrões abertos facilita a propagação do problema no interior do sistema jurídico. Padrões que com certeza não estavam nos limites dos objetivos das normas criadas:

> É possível que numa determinada sociedade, os juízes sempre cheguem inicialmente a suas decisões de forma intuitiva ou "por palpite" e só depois escolha, num catálogo de normas jurídicas, uma que eles finjam se adequar ao caso em julgamento; poderiam então alegar ser esta a norma que determinou sua decisão, embora nada mais, em suas palavras ou atos, indicasse que a consideravam como vinculante para eles próprios (HART, 2009, p. 182).

Todavia Hart adota uma posição otimista segundo a qual, em geral, existiria um "autêntico esforço de obedecer às normas aceitas conscientemente como padrões". Penso que não são apenas decisões intuitivas ou "por palpite" que possam ser tomadas antes de escolhida a norma a ser aplicada, mas também decisões efetivamente orientadas a um fim específico que não a adequação ao direito. A presunção de boa-fé das autoridades não tem sustentação fática. Temos poucas razões para presumir um autêntico esforço de obedecer às normas e muitos exemplos de absusos, ainda que o argumento de Hart não seja de todo descabido. Como mencionamos, se considerarmos que os agentes "agem como se aceitassem uma norma" ao invés de efetivamente presumir um estado psicológico de aceitação, então temos uma ferramenta mais adequada para as fontes sociais com as quais estamos trabalhando e evidentemente um sistema que de forma generalizada não age como se aceitasse suas próprias regras dificilmente poderia ser definido como tal.

Dessa forma, estamos trabalhando com a ação social e não com as crenças das autoridades. A ação social é um fato auferível e podemos analisar de fato se houve um esforço genuíno de "agir como se aceitássemos uma norma". Isto é verdade mesmo no caso da autoridade que escolhe em um catálogo de normas aquela que melhor justifica sua decisão, tenha ela sido tomada de forma intuitiva ou com claros objetivos que não são jurídicos, como no exemplo que mencionamos dos padrões de racismo. Temos aqui um esforço genuíno de submeter a decisão prévia ao regime que a autoridade finge aceitar.

Estes apontamentos mantêm a teoria de Hart em funcionamento sem a constante necessidade de submeter suas fórmulas a algum tipo de boa fé presumida dos árbitros e autoridades em seus exemplos. Além disso, nesta forma o argumento mantem uma relação mais fiel com a própria metodologia hartiana que demonstramos poder ser considerada como uma espécie de sociologia descritiva e, por fim, apresenta-se como uma versão mais atenta às

características humanas que são indissociáveis da figura da autoridade pública, uma vez que se trata não de um mero objeto de normas que lhe concedem poder, mas também de uma pessoa com história, ideias e agendas próprias.

Com isso, temos uma explicação do conceito geral de discricionariedade e textura aberta e dos problemas que estas características apresentam para o agente privado que busca utilizar o conteúdo jurídico em inferências práticas. Como demonstrado, a compreensão aprofundada destas questões definirá os limites de nossa capacidade de prever o conteúdo jurídico, na medida em que conseguimos compreender e identificar um padrão de comportamento das autoridades públicas. Neste sentido, se trabalhamos nesse tópico com a definição de casos claros de discricionariedade, nos cumpre aprofundar outras técnicas consideradas como discricionárias, no que faremos uso do artigo *Discretion* de Herbert Hart, onde o autor apresenta uma classificação de tipos de discricionariedade e seus conceitos.

Novamente, seu objetivo é demonstrar que de fato existem diversos casos nos quais teríamos poucas dúvidas sobre o exercício da discricionariedade. Casos nos quais, inclusive, a própria legislação pode delegar este poder discricionário na forma de uma ordem para decidir. Todavia, como veremos, ainda outros casos claros de discricionariedade se apresentam quando pensamos na operação do direito. Casos que impõe perguntas sobre sobre o limite dos casos limítrofes: ou seja, a partir de que ponto a criação do direito por órgãos judiciais e administrativos deixa de ser compatível com o conceito de discricionariedade? Existe um limite de coerência para que uma resposta criativa de direito possa ser considerada como completamente equivocada ou o poder criativo é ilimitado?

A resposta para estas perguntas impacta diretamente na perspectiva do agente privado e em sua capacidade de utilizar o direito como fonte de inferências práticas. No próximo tópico tentaremos demonstrar de forma mais detalhada os casos nos quais Hart considera existir o fenômeno da discricionariedade e verificaremos se sua teoria oferece respostas para as perguntas acima.

4.4.1. Conceito e tipos de discricionariedade

Um dos pressupostos com os quais estamos trabalhando desde o começo desta tese é o de que não temos motivos para considerar que as fundamentações jurídicas consignadas nas decisões judiciais representam uma tentativa legítima de “subsunção do fato à norma”.

Enquanto Hart enfatizou diversas presunções de boa-fé para permitir o bom funcionamento do seu argumento da aceitação, optamos por adotar um argumento sociológico aparentemente mais compatível com os aspectos sociológicos do pensamento de Hart: a noção de que as autoridades "agem como se aceitassem as normas".

O maior argumento em favor de que a noção de aceitação de Hart, na forma como a revisamos, é que esta permite explicar o motivo pelo qual raramente as decisões judiciais admitem que o caso em julgamento está em uma zona de discricionariedade na qual é necessária a criação do direito. A técnica mais comum tanto para o agente de boa-fé quanto para o agente de má-fé é o emprego de argumentações principiológicas ou interpretação de zonas limítrofes, que devido a sua natureza conceitual aberta garante uma maior amplitude de conclusões admitidas e razoáveis, permitindo dar roupagens jurídicas para decisões intuitivas ou enviesadas:

> Essas observações características e as características do caso simples discutido destacam que a característica distintiva do caso de discricionariedade é que permanece uma escolha a ser feita pela pessoa a quem a discricionariedade é autorizada, a qual não é determinada por princípios que possam ser formulados previamente, embora os fatores que devemos levar em consideração e ponderar conscientemente possam ser identificáveis (HART, 2013, p. 661).[69]

No tópico anterior, voltamos nossa atenção para a nossa capacidade de emitir regras de conduta com base em legislação, costumes e precedentes. Ou, melhor dizendo, para a nossa capacidade de utilizar estas regras de forma previsível em julgamentos por autoridades ou inferências práticas por agentes privados. Se tornou claro ao longo da pesquisa, que a textura aberta do direito e a necessidade da ferramenta da discricionariedade representam o maior desafio para que possamos pensar o conceito de validade jurídica a partir da perspectiva do agente privado que busca se prevenir em relação ao direito. Dessa forma, uma maior delimitação do conceito é necessária.

De acordo com Hart, para compreender o conceito de discricionariedade devemos primeiro compreender que este conceito não se trata de uma escolha aleatória tomada com base em quaisquer valores que temos em mente. De fato, passamos algum tempo desta tese tentando demonstrar nossa incapacidade de acessar as verdadeiras motivações das autoridades responsáveis por tomar decisões discricionárias e evitando argumentos baseados em presunção

---

[69] Tradução do autor: "Theses characteristic observations and also the features of the simple case discussed bring out that the distinguishing feature of the discretion case is that there remains a choice to be made by the person to whom the discretion is authorized which is not determined by principles which may be formulated beforehand, although the factors which we must take into account and conscientiously weigh may themselves be identifiable".

de boa fé. Isto não muda o fato de que o direito existe por um motivo, que possui uma utilidade, como defendemos utilizando a tese da autoridade de Joseph Raz.

A utilidade determina a forma como praticamos o direito e em sua grande maioria, as democracias constitucionais contemporâneas não foram criadas com o intuito de atribuir poder absoluto de julgamento *ex post facto* por parte das autoridades. Pelo contrário, grande esforço foi feito no sentido de definir os limites do poder de atuação e de criar padrões específicos, gerais e princípios nos quais as autoridades possam se basear quando for necessária a emissão de uma decisão *ex post facto*. Vale dizer: ainda que não sejamos capazes de impedir o exercício de má-fé da discricionariedade por completo, também não somos capazes de desrespeitá-la gratuitamente em toda oportunidade possível. O exercício da discricionariedade não se confunde com o exercício de uma escolha qualquer, mas consiste em uma longa prática, incorporada a uma regra de reconhecimento cujo desvio de conduta tenderá a ter consequências, o que tende a definir os limites da discricionariedade de forma mais ou menos ampla.

Nas palavras de Hart:

> Vale a pena, penso eu, lembrar que discricionariedade é, afinal, o nome de uma virtude intelectual: é quase um sinônimo de sabedoria prática, sagacidade ou prudência; é o poder de discernir ou distinguir o que em diversos campos é apropriado fazer e etimologicamente está ligado à noção de discernimento. Por isso, falamos da idade da discricionariedade, significando não apenas a idade em que um ser humano é capaz de escolher (porque podemos escolher muito antes disso), mas simplesmente a idade em que o julgamento ou discernimento a ser exercido na escolha está maduro. Uma pessoa discreta não é alguém que apenas permanece em silêncio, mas que escolhe ser silenciosa quando o silêncio é necessário. O exposto sugere que há um tipo de escolha que não deveríamos classificar como o exercício da discricionariedade, a saber, aqueles casos em que, ao escolher, meramente nos entregamos ao nosso capricho ou desejo imediato. Você vai querer um martini ou um vinho? Você escolhe um martini, e eu pergunto o porquê: você responde: "Porque gosto mais – é só isso". Aqui, parece-me que seria absurdo falar em discricionariedade sendo exercida (HART, 2013, pp. 656-657).[70]

E prossegue sobre o uso que fazemos da discricionariedade no direito:

> Quando consideramos o uso da discricionariedade no Direito, estamos considerando seu uso por autoridades que ocupam um cargo público responsável. Portanto, entende-se que, se o que as autoridades devem fazer não for rigidamente determinado por

---

[70] Tradução do autor: "It is worthwhile, I think, remembering that discretion is after all the name of an intellectual virtue: it is a near-synonym for practical wisdom or sagacity or prudence; it is the power of discerning or distinguishing what in various fields is appropriate to be done and etymologically connected with the notion of discerning. Hence we speak of years of discretion meaning not merely the age at which a human being is able too choose (because we can choose long before this) but merely the age when the judgement or discernment to be exercised in choice is ripe. A discreet person is not someone who just remains silent but who chooses to be silent when silence is called for. The above suggests that there is one kind of choice which we should not rank as the exercise of discretion, namely those cases where in choosing we merely indulge our personal immediate whim or desire. Will you have a martini or a sherry? You choose a martini, and I ask why: you reply, "Because I like it better – that's all". Here, it seems to me, it would be absurd to talk of a discretion being exercised".

> regras específicas, mas uma escolha for deixada a elas, elas escolherão de forma responsável, levando em consideração seu cargo, e não se entregarão a fantasias ou caprichos, embora, é claro, o sistema possa falhar em fornecer um remédio caso elas se entreguem ao capricho. A posição pode talvez ser esclarecida ao distinguir entre o seguinte par de expressões: (1) a expressão "uma discricionariedade", que significa a autoridade para escolher, dada com a compreensão de que a pessoa assim autorizada exercerá discricionariedade em sua escolha; e (2) a expressão "discricionariedade", que significa um certo tipo de sabedoria ou deliberação que orienta a escolha (HART, 2013, p. 657-658).[71]

Dessa forma, assim como temos exemplos claros de uso de discricionariedade, temos também casos claros nos quais uma escolha não se trata de um exercício de poder discricionário. Analisando o uso que fazemos da palavra, Hart propõe que a discricionariedade é um tipo qualificado de escolha, uma escolha guiada por razões que não são aleatórias ou baseada em desejos pessoais. Especialmente no direito, estamos pensando em autoridades públicas no exercício de uma função pública, sob um regime constitucional. Esperamos que suas escolhas de alguma forma levem em consideração todos estes aspectos e não a mera preferência pessoal da autoridade pública por uma decisão ao invés de outra.

Esta primeira distinção é importante, pois permite compreender de forma mais profunda o significado de discricionariedade em um sistema que é constituído por elementos normativos e não apenas por convergência comportamental. Podemos utilizar este conceito para encontrar casos claros nos quais decisões judiciais ultrapassam os limites daquilo que efetivamente podemos chamar de discricionariedade e casos nos quais decisões contraditórias sobre o mesmo tema possam ser efetivamente compatíveis com os padrões esperados do exercício da discricionariedade. Ainda assim, novamente, não podemos negar que estas características permitem o uso de normas escolhidas de um catálogo para melhor atender à decisão tomada de forma intuitiva ou de má-fé, por uma autoridade.

Uma segunda distinção ainda nos auxiliará a compreender com mais clareza os conceitos dos quais estamos tratando. Hart considerou importante distinguir entre dois tipos específicos: aqueles nos quais se reconhece *ab initio* a necessidade de delegação de poder

---

[71] Tradução do autor: "When we are considering the use of discretion in the Law we are considering its use by officials who are holding a responsible public office. It is therefore understood that if what officials are to do is not rigidly determined by specific rules but a choice is left to them, they will choose responsibly having regard to their office and not indulge fancy or mere whim, though it may of course be that the system fails to provide a remedy if they do indulge their whim. The position may perhaps be clarified by distinguishing between the following pair of expressions: (1) the expression "a discretion", which means the authority to choose given on the understanding that the person so authorized will exercise discretion in his choice; and (2) the expression "discretion", which means a certain kind of wisdom or deliberation guiding choice"

discricionário e aqueles que levantam questões sobre o significado de uma dada regra ou precedente:

> Minha principal divisão é projetada para enfatizar o contraste entre os casos em que a esfera a ser controlada é reconhecida ab initio como uma que demanda controle pelo exercício da discricionariedade (Discricionariedade Declarada) em vez de por regras específicas, mesmo que se espere que regras evoluam ao longo da experiência da autoridade discricionária, e, por outro lado, os casos em que há uma tentativa inicial de regular por uma regra específica, mas estas se mostram, no curso da aplicação prática, incapazes de oferecer uma resposta única nos casos específicos, pois surgem combinações de circunstâncias nas quais a aplicação da regra é questionada, e essas combinações estão fora do alcance das aplicações concretas consideradas no momento da formulação da regra. Essa é a escolha comum de (1) questões discutíveis de interpretação de estatutos ou regras escritas e (2) questões discutíveis sobre o que um precedente "representa" e se um dado caso se enquadra ou não no âmbito de um precedente. A resolução dessas dúvidas exige o exercício da discricionariedade: mas, novamente, os fatores que requerem atenção nesses exercícios de discricionariedade na aplicação das regras podem se revelar diferentes daqueles que exigem atenção nos casos de Discricionariedade Declarada conferida a órgãos por estatutos, com o uso de palavras típicas como "razoável", "conveniente", "justo", "apropriado" (HART, 2013, p. 656).[72]

O primeiro tipo de problema Hart chamará de "discricionariedade declarada" (*Express or Avowed Discretion*). O segundo tipo de problema Hart chamará de "discricionariedade oculta" (*Tacit or Concealed Discretion*). Para explicar cada tipo de problema, podemos retomar alguns dos cenários que trabalhamos no primeiro capítulo.

Ambos os cenários pensados, tanto aquele do licenciamento ambiental, quanto do usuário de *cannabis*, apresentam instâncias de discricionariedade declarada. No caso do licenciamento ambiental, temos o Art. 16 da Resolução CEMA nº 107/2020, que determina que "o órgão ambiental competente poderá solicitar outros documentos e/ou informações complementares do requerente ou de outras instituições envolvidas no licenciamento ambiental em questão, caso haja necessidade".

---

[72] Tradução do autor: My main division is designed to emphasize the contrast between the cases where the sphere to be controlled is recognized ab initio as one demanding control by the exercise of discretion (Avowed Discretion) rather than by specific rules, even if it is hoped that rules will ultimately evolve in the course of the discretionary authority's experience, and on the other hand cases where there is an initial attempt to regulate a specific rule but these are found in the course of actual application not to yield a unique answer in specific cases because combinations of circumstances arise in which the application of the rule is drawn in question and these combinations are outside the range of concrete applications considered at the time of the formulation of the rule. This is the common choice of (1) disputable questions of interpretation of statutes or written rules and (2) disputable questions of what a precedent "amounts to" and whether or not a given case falls within the ambit of a precedent. The resolution of these doubts calls for the exercise of discretion: but again, the factors requiring attention in such exercises of discretion in the application of rules may prove to be different from those requiring attention in the cases of Avowed Discretion conferred on bodies by statutes by the use of typical words "reasonable", "convenient", "just", "proper".

Este é um caso claro no qual houve delegação de poder discricionário para que o órgão ambiental possa analisar as peculiaridades de cada caso. Quanto tratamos de indústria, tratamos não apenas de processos conhecidos, mas também de processos na fronteira de inovação tecnológica e científica. Seria insensato tentar criar uma legislação capaz de prever todas as possibilidades do que pode se fazer importante para análise do órgão ambiental sobre a viabilidade do empreendimento. Diversas questões técnicas e operacionais podem gerar dúvidas não previstas anteriormente, e gerar a necessidade de expansão de algum estudo ou de realização de novos questionamentos aos órgãos envolvidos no licenciamento.

O caso da distinção entre usuário e traficante segue raciocínio similar, tendo primeiramente sido concedido grande discricionariedade para as cortes e depois tendo o Supremo Tribunal Federal limitado o campo da discricionariedade através do Tema de Repercussão Geral nº 506. Todavia, mesmo após a regulamentação judicial, ainda foram deixados campos de discricionariedade para atuação da força policial e interpretação dos magistrados, uma vez que o próprio tribunal reconheceu sua incapacidade de determinar todos os fatos necessários *ab initio*.

Em ambas as situações, podemos imaginar diversos casos limítrofes que causarão dificuldades para a autoridade responsável (como no exemplo dos diferentes tipos de usuários de *cannabis*) pela aplicação da norma e, mais ainda, para o agente privado que busca decidir como agir dentro da legalidade.

O segundo caso da discricionariedade oculta ou tácita, de acordo com Hart, pode ser identificado principalmente quando órgãos administrativos e judiciais são obrigados a fazer uso de precedentes ou interpretação de regras. Fala-se aqui em uma discricionariedade oculta, pois não existe uma previsão normativa de delegação de poder discricionário para o exercício criativo do direito, ao mesmo tempo em que o conteúdo do direito se demonstra incompleto ou contraditório para oferecer uma solução de simples subsunção do fato a norma ou uma decisão única.

Utilizando os exemplos do autor, podemos aqui retomar o problema do carrinho elétrico de brinquedo no parque onde, em nome da preservação do lazer e do sossego, é proibida a entrada de veículos. Aqui, o nosso objetivo de garantir o lazer e o sossego, em primeiro lugar, podem entrar em conflito. Pode ser que consideremos que o lazer infantil, de crianças acompanhadas de seus pais que foram caminhar no parque, seja superior ao nosso interesse em

manter o sossego a qualquer custo. Além disso, como vimos, o próprio conceito de veículo por si só poderia ser objeto de debate e divergência.

Temos aqui um problema no qual duas instâncias de interpretação criativa devem ser consideradas: o conflito entre os objetivos de lazer e sossego e a indeterminação relativa do conceito de veículo. Confrontado com o caso, um árbitro será necessariamente obrigado a tomar decisões sobre qual dos objetivos deve ser preponderante e sobre a inclusão ou não do carrinho elétrico no conceito de veículo para fins de entrada no parque. Os conceitos e objetivos não possuem uma definição absoluta, nem mesmo as leis ou precedentes lhe permitem simplesmente subsumir o fato à norma ou encontrar uma resposta única sem respostas contraditórias que também poderiam ser consideradas razoáveis.

Em ambos os tipos de discricionariedade mencionadas, ao final, teremos o mesmo problema: não somos capazes de efetivamente acessar o pensamento das autoridades para diferenciar entre casos de discricionariedade e casos de escolha aleatória. Todavia, com os conceitos que apresentamos podemos identificar casos claros de abuso de discricionariedade? Penso que sim.

Seguindo a linha argumentativa que estamos utilizando desde o começo, tentando distinguir entre casos claros e casos limítrofes dos conceitos jurídicos sob comento, alguns comentários sobre um evento político-judicial brasileiro merece comentários em razão de conter abusos de discricionariedade em série que colocaram em risco a própria estabilidade do sistema. Falo aqui do inquérito das *fake news*. No próximo tópico vamos analisar parcialmente o evento, especificamente na forma de atuação de alguns dos principais agentes envolvidos. A análise oferecerá não apenas exemplos claros de abuso de discricionariedade, como levantará questões sobre a autoridade do direito como pensada por Raz.

4.4.2. Abuso de discricionariedade: crise sistêmica e o Inquérito das *Fake News*

No segundo capítulo, vimos que Joseph Raz defende a tese da dependência, segundo a qual as diretivas de autoridade devem se basear nas razões que um agente teria para agir de uma ou de outra maneira. Em sua teoria, este é um princípio de racionalidade do direito: regras apenas fazem sentido se agirem sobre as razões que um agente teria para agir de um ou de outro jeito. Se as razões das regras jurídicas não foram voltadas para decisões sobre a minha conduta,

e se não tiverem como base as razões que eu teria para agir de uma ou outra maneira, a regra teria pouco sentido de existir e não possuiria sobre mim nenhuma efetiva autoridade.

Ademais, a tese confirma a grande importância que Raz concede ao exercício da nossa liberdade na sustentação de um sistema dotado de autoridade. Como bem apontamos, para o autor, é diferente dizer que alguém deve fazer algo sob o estalido do chicote de dizer que alguém deve fazer algo com uma alegação de que se possui o direito de fazer tal exigência. E para Raz, ainda que um sistema jurídico possa falhar em ser efetivamente legítimo (moralmente adequado de acordo com algum critério), ele não pode falhar em satisfazer alguns dos requisitos de um sistema que possa ser considerado legítimo.

Com isso, avança sua concepção da autoridade como serviço, segundo a qual a autoridade do direito dependeria da sua capacidade de se apresentar como um serviço cujo custo de resistência seja alto e cuja recompensa de submissão seja a redução dos esforços na tomada de decisões. Todavia, nossos estudos sobre o conceito de regra de reconhecimento e sobre os problemas criados pela característica necessária da textura aberta do direito e da discricionariedade judicial podem colocar em xeque nossa capacidade de fazer amplo uso do direito como fonte de inferências práticas (em redução de esforços).

A situação se torna ainda mais complexa se levarmos em consideração um cenário extremo, no qual não apenas a regra de reconhecimento está em uma zona de disputa, como é sua condição natural, mas no qual a disputa não se limita à um ou outro critério específico, ainda que possa começar dessa forma, mas se propaga de tal forma que se torna uma disputa sobre duas interpretações abusivas da regra de reconhecimento a serem escolhidas pelos [órgãos judiciais e administrativas em cenário que chamarei de crise sistêmica. Um cenário de crise sistêmica coloca em dúvida a existência e autoridade da regra de reconhecimento, fraturando a relativa harmonia advinda da convergência do ponto de vista interno, contendo em si a possibilidade de quebra de regime e/ou de alterações profundas na regra de reconhecimento e tende a ser acompanhada de abusos de forma generalizada, como tentaremos demonstrar.

Recentemente e ainda hoje o Brasil enfrenta situação de crise sistêmica que é resultado de uma série de atos abusivos de discricionariedade (ou melhor dizendo, de não-discricionariedade), que fariam questionar a capacidade de um agente privado de utilizar o conteúdo jurídico para tomar decisões. A situação sociopolítica de que trataremos ocorreu (e ainda não acabou) no Brasil, principalmente desde a prisão do atual presidente Luís Inácio Lula da Silva em 2018, sendo impedido de concorrer às eleições, que foram vencidas pelo ex-

presidente Jair Messias Bolsonaro, em uma campanha marcada pelo advento generalizado das notícias falsas e o uso criminalmente organizado das redes sociais e *internet* para propagar as notícias. Eventualmente estes fatos acarretariam a abertura do Inquérito nº 4781 do Supremo Tribunal Federal, popularmente conhecido como Inquérito das *Fake News*.

Neste subtópico, utilizaremos as ferramentas que estudamos até agora na tentativa de oferecer um diagnóstico sobre este cenário, que qualifico desde já como crise sistêmica, aplicando nossos conceitos, principalmente, da perspectiva do agente privado, dos tipos e limites de discricionariedade e da concepção da autoridade como serviço para uma melhor compreensão deste fenômeno.

Para isso, primeiro faremos um tópico de contextualização política com o objetivo de posicionar o leitor sobre os fatos mais relevantes que levaram à abertura do Inquérito das *Fake News* e suas consequências. Contam em favor de nossos objetivos que os fatos são recentes e foram amplamente noticiados pela mídia. Com isso, conseguiremos apresentar um contextualização fática suficiente para o nosso objetivo principal, que é analisar as decisões de alguns agentes específicos.

Em segundo lugar, analisaremos efetivamente a decisão de abertura do Inquérito das *Fake News* e decisões subsequentes relevantes, qualificando o tipo de discricionariedade utilizada pelo tribunal, que desde já chamarei de discricionariedade abusiva, como tentaremos demonstrar.

4.4.2.1. Crise sistêmica: contextualização fática

O Brasil e o mundo como um todo passaram a enfrentar em tempos recentes o problema da desinformação organizada, propagada de forma massiva através de redes sociais na internet. Informações falsas passaram a ser usadas como armas políticas em todo o mundo, sendo criadas e massivamente disparadas para milhões de pessoas na forma de links de sites de notícias, memes e outros meios de comunicação digitais, tendo influenciado eleições e inclusive tensões geopolíticas ao redor do globo.

Dentre todas as crises políticas enfrentadas no Brasil desde a redemocratização, talvez aquela que mais testou, e continua a testar, a resiliência de nossas instituições foram os eventos que ocorreram antes e após a eleição presidencial de 2022, na qual saiu vitorioso o candidato Luís Inácio Lula da Silva, que havia sido impedido de concorrer à eleição anterior por estar

preso cumprindo pena de forma antecipada, antes do transito em julgado da sentença criminal condenatória, por condenação em crime de corrupção.

Após a eleição de Jair Messias Bolsonaro no pleito de 2018, período em que Lula estava inelegível, o juiz de primeiro grau responsável por sua condenação que foi confirmada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Sérgio Moro, pediu exoneração de seu cargo de magistrado para compor o governo Bolsonaro na condição de Ministro da Justiça. Nesta época, já se levantavam questões quanto a suspeição do então magistrado em relação ao julgamento, principalmente após o vazamento de conversas realizadas entre o juiz e o promotor responsável pela acusação do ex-presidente, Deltan Dallagnol, no qual foi constatado que Sérgio Moro havia instruído a acusação, auxiliando a conduzir o processo para a condenação do ex-presidente (FISHMAN, OLLIVEIRA e COSTA, 2020)[73].

Além disso, a presidência de Jair Messias Bolsonaro foi marcada por turbulência em nível internacional com o início da pandemia de Covid-19 e da guerra na Ucrânia que viria a afetar a economia global. O cenário de crise econômica e isolamento social ia contra a agenda do então presidente da república, que se elegeu com uma proposta liberal de redução do Estado e corte de impostos em um período no qual o Estado se demonstrou de extrema importância para a coordenação do cenário pandêmico. O problema das notícias falsas se intensifica aqui.

Uma grande guerra foi travada nas redes sociais sobre a "verdade" sobre o vírus que afetava o globo e as recomendações dos órgãos internacionais de saúde de adoção de medidas de isolamento social, redução de exposição pública e vacinação em massa representavam gastos e entraves para o presidente que havia se elegido com grandes promessas de cortes de custos governamentais e desenvolvimento econômico brasileiro. Os órgãos do poder executivo demonstraram congelamento, negando a existência de qualquer problema por longo período.

Campanhas de desinformação foram criadas para negar a eficácia de vacinas e o presidente da república agia como se nada estivesse acontecendo, fazendo caso das pessoas enfermas, insinuando que as vacinas estavam sendo distribuídas para realizar experimentos no povo brasileiro (BOLSONARO, 2023)[74], incitando que as pessoas circulassem normalmente sem qualquer precaução, inclusive pedindo que apoiadores invadissem hospitais para verificar

---

[73] Ver mais em: https://www.intercept.com.br/especiais/mensagens-lava-jato/. Acessado em 25/02/2025.
[74] Ver mais em: https://g1.globo.com/politica/noticia/2023/05/03/bolsonaro-alvo-da-pf-relembre-declaracoes-do-ex-presidente-sobre-a-vacina-contra-covid.ghtml. Acessado em 02/03/2025.

se os leitos estavam efetivamente super lotados (BOLSONARO, 2020)[75], recusando-se a utilizar máscaras (ORTIZ, 2021)[76] e, tristemente, posando para a inglória foto no Palácio do Planalto em que oferecia uma caixa de cloroquina para uma das emas que são mantidas no local (BOLSONARO, 2020)[77], propagando a noção falsa de que o medicamento era eficaz no combate do vírus.

O ambiente digital da internet foi massivamente ocupado por notícias falsas que eram espalhadas pelas redes digitais como notícias que a "mídia *mainstream*" supostamente estaria escondendo dos brasileiros. As notícias se espalhavam de forma assustadoramente rápida e tomavam as discussões em todos os locais da vida pública e privada. Se um exemplo da literatura pode ter valor explicativo aqui, é que as notícias sempre achavam "alguns ouvidos que lhe davam atenção e algumas línguas que aumentavam o que tinham ouvido, e suas mentiras passavam de amigo a amigo, como segredos cujo conhecimento provava que quem os contava era sábio" (TOLKIEN, 2019, p. 104).

A divulgação negacionista de informações falsas e a postura negacionista do Poder Executivo foi responsável por várias tragédias evitáveis, como a de Manaus, onde mais de 60 pessoas morreram por falta de oxigênio (GAZEL e CRUZ, 2022)[78] e uma atuação ativa poderia ter evitado mais de 400 mil mortes das mais de 600 mil mortes registradas durante a gestão do ex-presidente Jair Messias Bolsonaro, conforme epidemiologista e pesquisador da Universidade Federal de Pelotas, Pedro Hallal (AGÊNCIA SENADO, 2021)[79].

Em face da paralização e políticas de negação da pandemia por parte do Poder Executivo, medidas tiveram de ser tomadas pelo Poder Judiciário para conter o descontrole do governo federal, sendo ordenada a compra e distribuição de vacinas, dentre diversas outras medidas voltadas para o atendimento das orientações da Organização Mundial da Saúde[80], propagando-se assim uma tensão entre os poderes que se estendia desde antes do período

---

[75] Ver mais em: https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/ansa/2020/06/12/bolsonaro-incentiva-invasao-a-hospitais-para-checar-ocupacao.htm. Acessado em 02/03/2025.
[76] Ver mais em: https://g1.globo.com/sp/santos-regiao/noticia/2021/08/21/sem-mascara-bolsonaro-e-multado-pela-6a-vez-pela-vigilancia-sanitaria-estadual-em-sp.ghtml. Acessado em 02/03/2025.
[77] Ver mais em: https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2020/07/23/bolsonaro-exibe-caixa-de-cloroquina-para-emas-no-palacio-da-alvorada.htm. Acessado em 02/03/2025.
[78] Ver mais em: https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2022/01/14/crise-do-oxigenio-no-amazonas-completa-um-ano-com-impunidade-e-incerteza-causada-pela-omicron.ghtml. Acessado em: 25/02/2025.
[79] Ver mais em: https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/06/24/pesquisas-apontam-que-400-mil-mortes-poderiam-ser-evitadas-governistas-questionam. Acessado em 02/03/2025.
[80] Ver mais em: https://www.brasildefato.com.br/2021/12/08/seis-vezes-em-que-o-stf-obrigou-o-governo-federal-a-agir-durante-a-pandemia-de-covid-19/. Acessado em 25/02/2025.

eleitoral no qual o presidente, mesmo vitorioso, acusou o Tribunal Superior Eleitoral de fraudar as eleições em seu desfavor (REUTERS, 2020)[81].

A interferência do Poder Judiciário com as políticas econômicas do governo Bolsonaro que foi obrigado a realizar gastos no controle da pandemia em razão de decisões do tribunal é um dos grandes pontos de inflexão na crise sistêmica.

A batalha entre os poderes chega no seu auge entre fevereiro e março de 2021, aproximadamente um ano e meio antes da eleição presidencial de 2022. Com a tensão acirrada entre os poderes e a provável anulação das condenações contra o então ex-presidente Lula, previsível após o vazamento das conversas divulgadas pela "Vaza-Jato", uma postura mais agressiva passa a ser adotada pelo partido que exercia o poder e seus aliados.

Depois do governo operacionalmente desastroso no trato com as crises que enfrentou, em especial na pandemia que gerou mais de seiscentos mil mortos no Brasil, à época, e que acumulou uma série de crises econômicas de âmbito local e global, para muitos dos apoiadores do então Presidente, a possibilidade de anulação da condenação de Luís Inácio Lula da Silva foi vista como uma verdadeira afronta e como uma tentativa de influenciar o resultado das eleições de 2022. Da mesma forma, apoiadores do ex-presidente Lula viram na anulação de suas condenações e na divulgação das conversas travadas entre o juiz de primeiro grau, posteriormente Ministro da Justiça do presidente Jair Messias Bolsonaro, e o promotor do caso, o exato mesmo fenômeno de influência de eleições em 2018.

Com isso, o Poder Judiciário também se colocou como protagonista no resultado de duas eleições presidenciais seguidas, o que, sem juízo de valor, pode auxiliar a explicar a grande polarização social deste momento histórico brasileiro.

Crise institucional e polarização social são a regra deste momento no Brasil. Para realizar a escrita deste tópico, foi necessário reanalisar todos as gravações dos eventos mencionados, os discursos públicos dos agentes políticos envolvidos, e reviver as notícias jornalísticas que foram publicadas na época e as decisões judiciais. O objetivo de nossa contextualização neste texto foi demonstrar o clima de instabilidade política, a incerteza sobre a manutenção das nossas instituições e o cenário que Hart chamaria de patológico na relação entre os poderes.

---

[81] Ver mais em: https://www.cnnbrasil.com.br/politica/bolsonaro-diz-que-provara-que-houve-fraude-na-eleicao-de-2018/. Acessado em 25/02/2025.

Para os que viveram o Brasil entre os anos de 2018 e 2023, rememorar estes fatos é relativamente traumático. A polarização social neste momento do Brasil atingia um nível profundo, fraturando amizades e relações familiares. O poder executivo colocou em sua mira todos que defenderam o trato da pandemia de acordo com os órgãos mundiais de proteção da saúde e criou discurso de ódio que se popularizou contra os acadêmicos e cientistas, e contra todas as pessoas que insistiam em usar máscaras nas ruas. Além disso, as incitações violentas contra o Supremo Tribunal Federal colocaram diversos juristas que não puderam se calar depois dos eventos da "Vaza-Jato", bem como com os eventos de gestão da pandemia, no mesmo muro.

Mobilizações sociais em massa em plena pandemia para participar dos eventos políticos organizados pelo então presidente para incitar revolta e insurgência popular contra as instituições que agiram como freios e contrapesos de sua agenda foram organizadas e uma descrença generalizada (não limitada à apenas um lado do espectro político) na capacidade de atuação do Poder Judiciário e na coerência de suas decisões se instalou na sociedade, algo que começou com a prisão do atual presidente Luís Inácio Lula da Silva, que foi impedido de concorrer ao pleito de 2018 e que continua ainda hoje com a inelegibilidade e acusações de organização de trama golpista contra o ex-presidente Jair Messias Bolsonaro.

Havia um sentimento real de que a ruptura da nossa muito jovem democracia fosse uma possibilidade maior do que se considera aceitável. Eventos dos mais escandalosos ocorreram no Brasil no período que levou à eleição de 2022 e à posse de Luís Inácio Lula da Silva em 2023, eventos estes que tiveram início na eleição de 2018, marcada profundamente pelo advento das notícias falsas em massa (o que explica a abertura do inquérito das *fake news* em 2019, ao menos de uma perspectiva política). A título de exemplo, cita-se o bloqueio de rodovias no nordeste brasileiro durante as eleições de 2022, onde Lula manteve historicamente sua mais forte base eleitoral. Houve mais de 500 operações realizadas pela Polícia Rodoviária Federal no Nordeste no dia das eleições, dificultando o trânsito dos eleitores[82].

Quando as notícias das operações chegaram ao conhecimento do Tribunal Superior Eleitoral, decisão foi emitida para que os bloqueios fossem imediatamente encerrados. A

---

[82] Ver mais em: https://piaui.folha.uol.com.br/eleicoes-2022/no-nordeste-barreiras-da-prf-bloqueiam-estradas-e-dificultam-votacao/. Acessado em: 25/02/2025.

veiculação do jornal G1[83] e a forma como foi descrita a notícia é altamente didática da crise institucional brasileira:

> Procuradores no Pará enviaram ofício na tarde desta terça-feira (1º) ao procurador geral da República, Augusto Aras, solicitando que o Supremo Tribunal Federal seja informado que a Polícia Rodoviária Federal (PRF) está descumprindo a ordem do ministro Alexandre de Moraes de desobstrução de rodovias no Estado. (...) No ofício assinado por 20 membros do MPF no Pará, são relatadas as medidas tomadas por procuradores da República no Brasil desde segunda-feira para que a PRF desbloqueasse as rodovias. Porém, segundo o MPF-PA a PRF não cumpriu seus deveres constitucionais e nem as ordens judiciais e não justificou o não avanço das suas ações no Estado. Na noite de segunda-feira (31), Moraes determinou o desbloqueio imediato dos trechos que estivessem com o trânsito interrompido ilicitamente. O ministro do STF também determinou que a PRF adotasse todas as providências necessárias para o cumprimento da decisão (PRF DESCUMPRE, 2025).

A situação só foi resolvida quando o Diretor da Polícia Rodoviária Federal, Silvinei Vasques, foi convocado para comparecer no prédio do Supremo Tribunal Federal, onde teria ouvido do Min. Alexandre de Moraes, segundo relatos da Revista Piauí, que teria 15 minutos para liberar as vias ou receberia voz de prisão em flagrante delito (BILENKY, 2023)[84]. O que se reafirma com essas explicações, é que neste momento do estado brasileiro, as instituições estavam fazendo fila para decidir entre duas forças políticas distintas: uma promovendo a destruição do Estado Democrático de Direito e outra cimentando ilegalidades, num cenário de descrença na harmonia institucional, mas aparentemente tentando manter vivo nosso regime constitucional (e o *status quo* dos poderes do Supremo Tribunal Federal).

Ainda outras questões importunavam o presidente em exercício, anteriormente a este evento, como o possível envolvimento do nome de sua família no caso do assassinato da vereadora da cidade do Rio de Janeiro, Marielle Franco (MINERVINO, 2024)[85], do qual sua família foi inocentada, e a identificação pelo COAF (Conselho de Controle de Atividades Financeiras) de operações suspeitas nas contas do filho do então presidente, Flávio Bolsonaro

---

[83] Ver mais em: https://g1.globo.com/pa/para/noticia/2022/11/01/prf-descumpre-decisao-de-alexandre-de-moraes-e-nao-desbloqueia-rodovias-no-para-diz-mpf-a-augusto-aras.ghtml. Acessado em: 20/03/2025.
[84] Ver mais em: https://open.spotify.com/show/6bzmdanO6TCXgHvxuWqXnb?si=5a431cd530874d4c. Acessado em 25/02/2025.
[85] Ver mais em: https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2024/01/28/bolsonaro-nega-ser-mandante-da-morte-de-marielle-nunca-tive-contato.htm. Acessado em 25/02/2025.

(DE SOUZA, 2021)[86], que à época, aparentemente, fechavam o cerco na família Bolsonaro. Os discursos dos membros do círculo do então presidente se tornam mais agressivos e o apelo por um controle do poder judiciário começa a se tornar mais forte.

Notícias falsas se espalham pelo Brasil sobre os membros do Supremo Tribunal Federal, alterando os termos de suas decisões, criando factoides sobre suas vidas pessoais e, principalmente, incitando a violência contra os membros da corte e negando a segurança das urnas eletrônicas. Ademais, discursos sobre a quebra do estado democrático de direito baseados em justificações falsas se tornam cada vez mais comuns e as autoridades públicas dos mais variados cargos, principalmente aqueles responsáveis pelo controle da força, parecem começar a fazer fila para declarar se apoiarão ou não o resultado das urnas em caso de vitória do então ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva (como no caso do Diretor da Polícia Rodoviária Federal, supracitado).

Eventualmente, uma série de omissões e abusos levaram aos famigerados fatos de 08 de janeiro de 2023, quando a histeria popular finalmente atingiu o seu limite e o planalto central foi invadido e vilipendiado pelos apoiadores do candidato derrotado nas urnas, Jair Messias Bolsonaro que, recentemente, passou a responder denúncia de organização criminosa armada, tentativa de abolição violenta do Estado democrático de direito, golpe de estado, dano qualificado pela violência e grave ameaça contra o patrimônio da União e deterioração de patrimônio tombado, tendo supostamente planejado o assassinato do Presidente da República e Vice-Presidente da República eleitos no pleito de 2022, Luís Inácio Lula da Silva e Geraldo Alckmin, juntamente com o Min. Alexandre de Moraes (ENTENDA, 2025)[87].

O que se expõe aqui busca apenas demonstrar em termos gerais o contexto político no qual as decisões que recortamos para este trabalho se inserem. Com certeza, uma diversidade de fatos importantes foi omitida e opiniões divergentes e mais qualificadas do que a minha sobre a interpretação dos fatos podem existir (HÜBNER MENDES, 2022)[88]. Ainda assim, este quadro geral, por incompleto que seja, é capaz de transmitir com alguma clareza o cenário enfrentado no Brasil nesta época. Para os efeitos desta tese, agora que podemos colocá-la em

---

[86] Ver mais em: https://oglobo.globo.com/politica/rachadinha-stf-anula-maioria-dos-relatorios-do-coaf-mantem-foro-privilegiado-de-flavio-bolsonaro-25299538. Acessado em 25/02/2025.
[87] Ver mais em: https://www.bbc.com/portuguese/articles/cqx0j11p9gzo. Acessado em 25/02/2025.
[88] Ver mais em: https://www1.folha.uol.com.br/colunas/conrado-hubner-mendes/2022/08/corrupcao-bolsonarista-a-serie-sem-fim.shtml. Acessado em 24/02/2025.

contexto, nos cabe demonstrar a decisão de abertura do inquérito das *fake news* e problemas jurídicos que dela se seguem.

4.4.2.2. Discricionariedade abusiva: o *Inquérito das Fake News*

Entre os anos de 2019 e 2023, ocupou a cadeira de Procurador-Geral da República o Dr. Augusto Aras, que teve uma atuação no mínimo controversa. Augusto Aras ficou famoso pela quantidade de arquivamentos de processos contra a família Bolsonaro e contra o próprio então presidente Jair Messias Bolsonaro. Conforme noticiado pelo UOL em julho de 2022:

> No período (entre setembro de 2019 e julho de 2022), Bolsonaro foi alvo de 151 representações no STF, sendo 131 notícias-crime (pedidos de investigação) e 20 interpelações judiciais, em geral cobrando explicações por declarações do presidente. Das 131 notícias-crime que chegaram ao Supremo, 17 foram descartadas pela própria Corte, por causa de inadequações jurídicas. As demais se dividem entre as que Aras mandou arquivar (104) e as que ainda aguardam manifestação da PGR (10). (...) O combate à pandemia e os ataques de Bolsonaro às instituições são temas recorrentes entre os pedidos arquivados, e nesse campo está a maioria das decisões da PGR tidas como questionáveis pelos especialistas. Para eles, houve episódios com margem de discussão sobre um possível crime do presidente, mas em outros o delito ficou claro. (...) Entre os casos arquivados, os especialistas destacam as declarações golpistas de Bolsonaro em 7 de setembro de 2021, nas aglomerações promovidas por ele durante o pico da pandemia, e no pronunciamento feito pelo presidente no Planalto, em junho deste ano, no qual defendeu que os militares fiscalizem as eleições. (NEVES, 2022)[89]

Na ocasião de 7 de setembro de 2021, em evento programado para o Dia da Independência brasileira, o presidente afirmou que não mais acataria as ordens do Supremo Tribunal Federal, tendo ameaçado romper com o estado democrático de direito, ao mesmo tempo em que xingava o Min. Alexandre de Moraes de canalha para uma multidão de apoiadores, durante a pandemia. De acordo com a denúncia recente contra o ex-presidente Jair Messias Bolsonaro, apresentada pela atual Procuradoria-Geral da República: "foi nesse cenário que JAIR BOLSONARO, evidenciando seu receio de derrota nas urnas, apresentou de forma explícita a mensagem autoritária de permanência no poder: 'Só saio preso, morto ou com vitória. Quero dizer aos canalhas que eu nunca serei preso' (MANIFESTAÇÕES, 2025)"[90].

Questionado sobre a fala do presidente, Augusto Aras manifestou-se da seguinte forma: "Ainda que se admita, por mera hipótese, a existência de uma 'ameaça', não foi a mesma

---

[89] Ver mais em: https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2022/07/30/sob-aras-pgr-arquivou-mais-de-80-pedidos-de-investigacao-contra-bolsonaro.htm. Acessado em 24/02/2025.

[90] Ver mais em: https://www.cnnbrasil.com.br/politica/manifestacoes-de-7-de-setembro-foram-primeiros-atos-executorios-diz-pgr/. Acessado em 24 de fevereiro de 2025.

suscetível de ser tomada a sério pelo poder 'ameaçado'. Quando muito, houve um arroubo de retórica de parte do presidente da República (NEVES, 2022)"

Se estudássemos em detalhes cada um destes momentos da política e atuação judicial brasileira, encontraríamos diversos casos nos quais as ferramentas teóricas que até aqui pensamos precisariam se adequar as zonas limítrofes a fim de manter sua consistência teórica. Todavia, interessa aqui analisar casos flagrantes de abusos de discricionariedade. O ponto de partida para os problemas que nos interessam aqui, em primeiro lugar, é compreender os limites da atuação do Procurador Geral da República e demonstrar se sua argumentação é incompatível com nosso conceito de discricionariedade.

O então Procurador Geral da República utiliza sua interpretação fática para afirmar que a fala 'só saio preso, morto ou com vitória. Quero dizer aos canalhas que eu nunca serei preso' não constituiria uma ameaça ao Estado Democrático de Direito. O clima de incitação de violência contra o poder judiciário havia escalonado no ano de 2021, atingindo novas proporções. Ademais, Bolsonaro promoveu aglomerações públicas e foi diretamente responsável por uma série de desinformações sobre a pandemia, tendo sido as questões arquivadas pelo Procurador Geral da República (CHRISTIAN, 2024)[91].

Ao interpretar essas questões e verificar a existência ou não de crimes ou infrações, algum nível de discricionariedade oculta é concedida ao Procurador Geral da República: deverá este verificar se foram desrespeitadas regras de controle da pandemia de acordo com alguma interpretação delas, se constitui crime propagar notícias falsas sobre a doença e se é possível estabelecer um parâmetro razoável de notícias "verdadeiras", e ainda mais, se as notícias são evidentemente falsas e lesivas ou se estão protegidas pela liberdade de expressão. Isso vale para a fala sobre abandonar a presidência apenas preso, morto ou vitorioso, garantindo que a prisão não era uma opção. Se uma fala deste tipo é uma ameaça criminosa ou se está abarcada pela liberdade de expressão está entre as decisões que o Procurador Geral da República deve tomar.

Podemos, porém, chamar a resposta de Augusto Aras de uma decisão discricionária? Ao tratar a fala do então presidente da república que provocou aglomeração em época de pandemia e afirmou que apenas abandonaria o cargo de presidente preso ou morto, tinha o Procurador Geral da República efetivamente discricionariedade para aplicar?

---

[91] Ver mais em: https://www12.senado.leg.br/noticias/audios/2024/03/senadores-vao-a-pgr-por-desarquivamento-de-pedidos-de-inquerito-da-cpi-da-pandemia. Acessado em 25/02/2025.

Discricionariedade é um fenômeno inevitável, mas como vimos, não podemos confundir decisões aleatórias ou enviesadas com decisões discricionárias.

Em um Estado Democrático de Direito, as regras eleitorais e para transição de poder são claras, de forma que a afirmação de um presidente de que apenas abandonaria o cargo preso ou morto, não pode ser vista de outra forma que não como uma afirmação de intenção de desrespeitar o processo eleitoral. Nem mesmo podem ser vistos como normais as declarações do Poder Executivo que não mais respeitaria a jurisdição do Poder Judiciário. Dificilmente poderíamos classificar uma fala do tipo como um "arroubo de retórica", mas sim como uma fala de um presidente em exercício que propõe que o único jeito de ser removido do cargo é através da violência.

Também não podemos abarcar como liberdade de expressão uma fala que é abertamente declarada sobre sua intenção de enfrentar o regime democrático, sob pena de morte, voltada para uma multidão de apoiadores. Há uma diferença entre uma pessoa que, em uma conversa, menciona que acredita que um regime autocrático teria méritos e poderia ser beneficial, para um Presidente da República em exercício inflamar a população a desobedecer ao Poder Judiciário e ao processo eleitoral. O primeiro caso é um caso de liberdade de expressão. O segundo é um ato preparatório para um golpe de estado.

Na hipótese em que um indivíduo sugerisse a organização popular para denegrir a imagem de um determinado grupo social (discriminação religiosa, econômica ou racial) com acusações falsas e incitação da violência, sugerindo também a quebra do direito para permitir tais atrocidades, tem-se um caso claro de discurso não protegido pela liberdade de expressão, uma vez que em nosso ordenamento jurídico são previstas situações na qual o discurso pode ser criminoso, o que é o caso neste exemplo.

Em nosso exemplo hipotético, mencionamos discriminações contra grupo normalmente minoritários, como é o caso dos tipos de discriminação citados, geralmente. O fato de os alvos das ações serem grupos minoritários faz com que seja mais fácil identificar um caso claro de abuso de poder e incitação de violência. Todavia, considerando que o discurso contendo todos os mesmos elementos, foi direcionado contra a mais alta corte do país, temos a tendência de, como Augusto Aras, acreditar que "não seria a mesma suscetível de ser tomada a sério pelo 'ameaçado'", como disse o então Procurador Geral da República sobre as supracitadas ameaças de Bolsonaro no evento de 07 de setembro de 2021.

Novamente, ainda que os grupos minoritários sejam mais vulneráveis e mereçam atenção especial quando histerias populares deste tipo começam a se propagar, não podemos excluir indivíduos da proteção jurídica contra os crimes mencionados simplesmente por considerarmos que a parte possui demasiado poder para se sentir "ameaçada". Possuímos um conceito comum do dever de proteger contra ameaças e a análise de hipossuficiência do ameaçado é um fator contingente e não determinante. Neste sentido, tem-se um primeiro erro no argumento da Procuradoria.

Em segundo lugar, não estamos tratando de uma ameaça de um civil contra um Poder, mas de uma ameaça vinda do Presidente da República, que possuía fortes vínculos com as polícias e forças armadas. O Poder Judiciário deveria ter toda razão para tomar as falas a sério, em um país que apenas em 1988 teve promulgada sua Constituição democrática, depois de mais de 2 décadas de regime ditatorial militar. Com o advento da Constituição Federal de 1988 o Brasil estabeleceu seu regime democrático e um processo eleitoral, garantidos na forma de cláusulas pétreas. Não há espaço aqui para o uso de uma "discricionariedade" que permita afastar as falas do então presidente como meros "arroubos de retórica" e, dentro da legalidade, inquérito deveria ter sido aberto contra o então presidente.

Olhando agora, em 2025, quando foi escancarada a existência de um efetivo possível plano para um golpe contra o Estado Democrático de Direito com planejamento de assassinato do Presidente eleito, Luís Inácio Lula da Silva, Vice-Presidente eleito Geraldo Alckmin e do Ministro do Supremo Tribunal Federal Alexandre de Moraes, temos mais elementos para considerar mais uma vez que uma análise coerente dos fatos ocorridos em 2021 necessitaria de pedido de abertura de inquérito pelo Procurador Geral da República.

O que nos interessa aqui, majoritariamente, é demonstrar com mais clareza que os espaços que exigem interpretação de fatos e normas deixam em aberto algum espaço para uma retórica ser ao mesmo tempo enviesada, eficaz e as vezes coerente com o sistema em funcionamento. Todavia, considerando a contextualização fática feita anteriormente e as interpretações aqui admitidas pelo então Procurador Geral da República, coerência não parece mais ser a regra do sistema, neste momento. Comprova-se esta afirmação com os eventos subsequentes, nos quais o Procurador Geral da República, que deveria ter decisão final sobre o indiciamento de políticos em exercício em nível federal viu seu poder ser usurpado.

De outro lado, pouco antes de Augusto Aras assumir a Procuradoria Geral da República, o Supremo Tribunal Federal havia realizado a abertura do Inquérito das *Fakes News*,

que surgia como uma resposta embrionária à um novo tipo de crime organizado, que consistia no uso da *internet* e redes sociais para divulgar notícias falsas politicamente orientadas, seja para influenciar o resultado de uma eleição, seja para atacar instituições do regime democrático. Através de Portaria do Gabinete da Presidência do Supremo Tribunal Federal nº 69, de 14 de março de 2019, o Min. Dias Toffoli decidiu realizar a abertura do inquérito com o objetivo de combater a profissionalização das notícias falsas contra o tribunal, em período de clara turbulência institucional:

> CONSIDERANDO que velar pela integridade das prerrogativas do Supremo Tribunal Federal e dos seus membros é atribuição regimental do Presidente da Corte (RISTF, art. 31, I);
>
> CONSIDERANDO a existência de notícias fraudulentas (*fake news*), denunciações caluniosas, ameaças e infrações revestidas de *animus calumniandi, diffamandi e injuriandi*, que atingem a honorabilidade e a segurança do Supremo Tribunal Federal, de seus membros e familiares,
>
> RESOLVE, nos termos do art. 43 e seguintes do Regimento Interno, instaurar inquérito para apuração dos fatos e infrações correspondentes em toda a sua dimensão.
>
> Designo para a condução do feito o eminente Ministro Alexandre de Moraes, que poderá requerer à Presidência a estrutura material e de pessoal necessária para a respectiva condução. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019)

A decisão foi tomada como uma reação ao fenômeno das *fake news* que vinham tomando os debates políticos no Brasil desde antes da eleição presidencial de 2018, quando Jair Messias Bolsonaro venceu o segundo turno contra Fernando Haddad. Diante de um novo fenômeno, respostas discricionárias naturalmente seriam necessárias e o Supremo Tribunal Federal assumiu um dos primeiros passos neste caminho, em uma tentativa de proteger seus membros.

Para a comunidade jurídica de forma geral, a decisão foi vista de forma contraditória, havendo certa união sobre a necessidade da medida, mas também questionamentos sobre a sua legalidade. Demonstraremos que a fundamentação da Portaria parece ser um caso claro daquilo que Hart descreveu como a escolha de normas em um catálogo para fundamentar a decisão que havia sido tomada previamente, sem considerar o direito como fonte. A clareza deste abuso de discricionariedade oculta ou tácita advém do fato que não precisamos acessar a mente do julgador para identificar que os termos da decisão não estão dentro do que exige a legalidade, nem mesmo dentro daquilo que qualificaríamos como discricionariedade, conforme conceito exposto anteriormente.

Em primeiro lugar, o Brasil é um país que adota o modelo do sistema acusatório no processo penal, o que significa que em nosso regime a regra é que a acusação seja conduzida

por uma instituição especializada (Ministério Público)[92], havendo uma clara separação entre as funções de acusar e julgar. Não é, geralmente, autorizado em nosso regime jurídico, que o juiz realize a abertura de um inquérito, a coleta de provas, a acusação e o julgamento da mesma demanda, ainda que alguns elementos vestigiais inquisitoriais existam. Explorando um caso muito específico destes elementos vestigiais, foi como o Supremo Tribunal Federal fundamentou sua decisão no Art. 43 e seguintes do Capítulo VIII do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal que trata da Polícia do Tribunal. Eis o capítulo em sua integralidade:

> Capítulo VIII
>
> Da Polícia do Tribunal
>
> Art. 42. O presidente responde pela polícia do Tribunal. No exercício dessa atribuição pode requisitar o auxílio de outras autoridades, quando necessário.
>
> Art. 43. Ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro.
>
> § 1º Nos demais casos, o Presidente poderá proceder na forma deste artigo ou requisitar a instauração de inquérito à autoridade competente.
>
> § 2º O ministro incumbido do inquérito designará escrivão dentre os servidores do Tribunal.
>
> Art. 44. A polícia das sessões e das audiências compete ao seu Presidente.
>
> Art. 45. Os inquéritos administrativos serão realizados consoante as normas próprias. (BRASIL, 1980)

Desconsiderando todos os elementos contextuais que apresentamos, a decisão de abertura do inquérito se demonstraria problemática por impossibilidade de subsunção dos fatos averiguados com a norma posta. A Portaria de abertura do Inquérito menciona o Art. 43 e seguintes. Não é necessário possuir notório saber jurídico para verificar a incompatibilidade entre o objetivo da portaria e os fatos regulados pelo regimento interno. Afinal, a portaria abriu o inquérito com base na "existência de notícias fraudulentas (*fake news*), denunciações caluniosas, ameaças e infrações revestidas de *animus calumniandi, diffamandi e injuriandi*, que atingem a honorabilidade e a segurança do Supremo Tribunal Federal, de seus membros e familiares". Por outro lado, a única exceção para o modelo acusatório brasileiro contida no regimento interno do Supremo Tribunal Federal se refere a "infração à lei penal na sede ou dependência do tribunal".

---

[92] Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; (BRASIL, 1988)

Os crimes efetivamente investigados pelo Supremo Tribunal Federal, porém, não tratavam de fatos ocorridos nas dependências do tribunal, mas sim de crimes cometidos no espaço virtual e nas ruas, principalmente em manifestações políticas. Alguém poderia argumentar que o parágrafo primeiro do Art. 43 autorizaria a abertura de inquéritos para além dos casos ocorridos nas dependências do tribunal: "Nos demais casos, o Presidente poderá proceder na forma deste artigo ou requisitar a instauração de inquérito à autoridade competente". Se esta interpretação estivesse correta, então nenhum caso estaria fora do poder inquisitório do Supremo Tribunal Federal e teríamos de repensar a qualificação de todo o nosso modelo de justiça.

Novamente, devemos lembrar que o exercício da discricionariedade não é um ato aleatório. Efetivamente os Ministros do Supremo Tribunal terão de enfrentar a interpretação do dispositivo e dos conceitos. Mas estes elementos não se encontram flutuando no vazio (não são "objetos esféricos no vácuo"). Encontram-se de fato em um sistema no qual é reconhecido por uma ampla gama de autoridades uma regra de reconhecimento segundo a qual o modelo criminal adotado é o acusatório. Não faria sentido falar em modelo acusatório se o regimento interno de um tribunal lhe dá o poder de agir de forma inquisitória em todos os casos que entender necessários.

O que a norma ressalva é que nem toda infração é criminal, e nestes casos o tribunal poderá conduzir a investigação da infração ocorrida nas suas dependências ou informar a autoridade competente. Além disso, nem todas as pessoas são autoridades ou estão diretamente sujeitas a jurisdição que ali se aplica, motivo pelo qual alguns elementos discricionários sobre a forma de agir devem ser inseridos na regra. Todavia, em nenhum momento o regimento interno do Supremo Tribunal Federal tem o poder de alterar o regime criminal brasileiro, definido por sua Constituição Federal. O fato foi ressaltado por diversos criminalistas, como por exemplo Aury Lopes Júnior:

> Fora aplicado ao caso o parágrafo 1º, que dispõe que "nos demais casos" pode o presidente proceder da mesma forma ou "requisitar a instauração de inquérito à autoridade competente". No entanto, a expressão "demais casos" deveria ser entendida como aqueles que não envolvam autoridade ou pessoa sob jurisdição do STF, mas que ainda assim ocorram nas dependências do tribunal. Entender como hipótese de *contempt of court* e a partir daí considerar legítima a atuação da corte seria romper com a normatividade em nome da conveniência, além de escapar à lógica de aplicação do instituto segundo a dinâmica da *common law*. O Judiciário não pode se defender por si, aliás, a proibição de ser juiz em casos em que se é vítima é um dos pilares do Estado democrático. Logo, fazer subir a investigação não sendo competente

> para conhecer da ação penal é um profundo equívoco. A futura ação penal, se for o caso, não seria da competência para julgamento do STF (LOPES JÚNIOR., 2021).[93]

Temos aqui ainda mais um caso evidente de abuso do poder discricionário oculto na interpretação de uma norma, desta vez praticado pelo Supremo Tribunal Federal. O período de turbulência institucional no Brasil era tamanho e a recusa da Procuradoria Geral da República de atuar nos casos de violência digital, nos casos de abusos da família do Presidente da República e na condução da pandemia eram tão consistentes que houve a quebra de confiança das instituições entre si, não existindo crença no Supremo Tribunal Federal de que as instituições responsáveis fossem agir contra os ataques à democracia e à corte.

Com isso, o Supremo Tribunal Federal testou sua capacidade de elastecer o sistema e introduziu interpretação normativa que, se levada às últimas consequências, altera em certas instâncias o modelo criminal brasileiro de acusatório para inquisitório, uma vez que a interpretação fornecida pelo Min. Dias Toffoli na abertura do inquérito foi no sentido de que todos os casos podem ser investigados diretamente pelo Supremo. O inquérito das *fake news* permanece em atividade, tendo sido prorrogado por mais 180 dias em dezembro de 2024 (PARDAL, 2024)[94].

Assim, temos aproximadamente 5 anos de manutenção de um inquérito (GALF, 2024)[95] que pode abrir precedente para uma série de abusos futuros e que pode ter alterado para sempre a regra de reconhecimento, uma vez que todas as autoridades do sistema aparentemente se submeteram à decisão ilegal do Supremo Tribunal Federal: mantiveram sua ação como se aceitassem a autoridade do tribunal, eventualmente sucumbindo o sistema de forma uniforme às diretivas de autoridade emitidas no âmbito do inquérito das *fake news*. Até que ponto a corda pode ser esticada antes de arrebentar é um exercício de futurologia e das ciências políticas que não faremos aqui. De fato, essa é uma questão que ainda está se desenrolando e que depende de fatores geopolíticos complexos, tanto domésticos quanto internacionais, e não seremos capazes aqui de oferecer qualquer previsão sobre as consequências da crise sistêmica no período mencionado para o futuro. Mas somos capazes de demonstrar que o elastecimento não foi

---

[93] Ver mais em: https://www.conjur.com.br/2021-fev-26/limite-penal-prisao-deputado-daniel-silveira-paradoxos-processuais/. Acessado em 24/02/2025.
[94] Ver mais em: https://noticias.stf.jus.br/postsnoticias/stf-prorroga-inquerito-das-fake-news-por-180-dias/. Acessado em: 24/02/2025.
[95] Ver mais em: https://www1.folha.uol.com.br/poder/2024/03/inquerito-das-fake-news-no-stf-faz-5-anos-com-serie-de-controversias-e-foco-amplo.shtml. Acessado em 03/03/2025.

pequeno, conforme demonstra o próximo caso estudado dentro do inquérito: o caso Daniel Silveira.

O ponto de ebulição sobre a validade do inquérito das *fake news* ocorre em 16 de fevereiro de 2021, quando o deputado federal Daniel Silveira teve ordem de prisão em flagrante delito decretada, no âmbito do inquérito das *fake news*, em razão de vídeo que postou no *youtube* com críticas, ameaças, ofensas e acusações de corrupção aos Ministros do Supremo[96], em especial ao Ministro Luiz Edson Fachin (a quem comicamente chamou para um debate sobre filosofia do direito), então encarregado do julgamento das alegações de nulidade processual da defesa do ex-presidente Lula.

Dentre as diversas acusações, houve acusações sem provas de que o Ministro Alexandre de Moraes seria integrante do PCC – Primeiro Comando da Capital (maior facção de crime organizado e narcotráfico do Brasil), além de acusar outros ministros de vender sentenças para narcotraficantes, defender as atitudes do General Eduardo Dias da Costa Villas Bôas que havia ocupado a mídia em tempos anteriores por proferir ameaças contra o Supremo Tribunal Federal antes do julgamento de *habeas corpus* em benefício do então ex-presidente Lula, bem como com acusações de baixo calão contra a honra de todos os Ministros. Também defendeu os atos da ditadura militar de 1964 como um "contragolpe" ao comunismo que se espalhava no Brasil e insinuou a necessidade de uma nova atitude do gênero, contra os Ministros da Corte.

À época, Daniel Silveira já era investigado por participar de "estruturas e financiamentos destinados à mobilização e incitação da população à subversão da ordem política e social, bem como criando animosidade entre as Forças Armadas e as instituições" (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2021). Diante da completa ausência de confiança em uma atuação da Procuradoria Geral da República, do cenário de ataques institucionais contra o Supremo vindos do Poder Executivo e do Poder Legislativo, o Supremo Tribunal Federal agiu no âmbito do inquérito das *fake news,* para decretar a prisão em flagrante delito do deputado federal:

> A Constituição Federal não permite a propagação de ideias contrárias a ordem constitucional e ao Estado Democrático (CF, artigos 5º, XLIV; 34, III e IV), nem tampouco a realização de manifestações nas redes sociais visando o rompimento do Estado de Direito, com a extinção das cláusulas pétreas constitucionais – Separação de Poderes (CF, artigo 60, §4º), com a consequente, instalação do arbítrio. (...) A

---

[96] Ver mais em: https://noticias.uol.com.br/videos/2021/02/18/as-falas-do-deputado-daniel-silveira-contra-o-stf-que-levaram-a-sua-prisao.htm. Acessado em 24/02/2025.

> reiteração dessas condutas por parte do parlamentar revela-se gravíssima, pois atentatório ao Estado Democrático de Direito brasileiro e suas Instituições republicanas. Não existirá um Estado democrático de direito, sem que haja Poderes de Estado, independentes e harmônicos entre si, bem como previsão de Direitos Fundamentais e instrumentos que possibilitem a fiscalização e a perpetuidade desses requisitos. Todos esses temas são de tal modo interligados, que a derrocada de um, fatalmente, acarretará a supressão dos demais, trazendo como consequência o nefasto manto do arbítrio e da ditadura, como ocorreu com a edição do AI-5, defendido ardorosa, desrespeitosa e vergonhosamente pelo parlamentar. Imprescindível, portanto, medidas enérgicas para impedir a perpetuação da atuação criminosa de parlamentar visando lesar ou expor a perigo de lesão a independência dos Poderes instituídos e ao Estado Democrático de Direito. (...) As condutas criminosas do parlamentar configuram flagrante delito, pois na verifica-se, de maneira clara e evidente, a perpetuação dos delitos acima mencionados, uma vez que o referido vídeo permanece disponível e acessível (...) Diante de todo exposto DETERMINO: a) a IMEDIATA EFETIVAÇÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO, POR CRIME INAFIANÇÁVEL DO DEPUTADO FEDERAL DANIEL SILVEIRA. Nos termos do §2º, do artigo 53 da Constituição Federal, o Presidente da Câmara dos Deputados deverá ser imediatamente oficiado para as providências que entender cabíveis; (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2021)

Peço licença aqui para uma declaração de cunho pessoal: a partir deste momento, apresentarei críticas ao que considero ilegalidades da decisão judicial sob comento. De nenhuma forma e sob nenhum aspecto estas críticas devem ser consideradas como defesa da postura e fala do ex-deputado federal Daniel Silveira, cujo conteúdo repudio veementemente, jurídica e moralmente.

Feita a ressalva, críticas têm de ser feitas à decisão do Supremo Tribunal Federal. A abertura do inquérito das *fake news*, da forma como ocorreu, não pode ser considerada como juridicamente válida, ao menos se considerarmos os critérios da regra de reconhecimento em vigência naquele momento. Ao adotar constitucionalmente o modelo acusatório no processo criminal, o sistema brasileiro convencionou em sua regra de reconhecimento este modelo. A decisão de abertura do Inquérito das *Fake News,* nesse sentido, jamais poderia ser vista como um legítimo exercício de discricionariedade oculta.

Isto ocorre, pois sua interpretação, se levada às últimas consequências e considerada como precedente do sistema, tem o condão de alterar o direito constitucional criminal, para passar a permitir que o Supremo Tribunal Federal realize a abertura e condução de inquéritos contra quaisquer agentes da sociedade, sejam eles públicos ou privados, tendo a infração ocorrido ou não nas dependências do Supremo. Ao interpretar o parágrafo primeiro, do Art. 43 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal da forma como o fez, e ao ter esta alteração

convalidada pelas autoridades do sistema jurídico e político brasileiro, o tribunal promoveu uma efetiva alteração do conteúdo da regra de reconhecimento[97].

Prosseguindo, não apenas a ilegalidade já mencionada figurava de forma gritante no Inquérito das *Fake News*, mas ainda outras foram praticadas a fim de garantir a punição do parlamentar. Em primeiro lugar, como mencionado, a ordem de prisão foi emitida no âmbito do inquérito, de forma que foram usurpadas as competências da Polícia Civil ou Federal na investigação e do Ministério Público (na pessoa do Procurador Geral da República) na decisão. Em segundo lugar, o Min. Alexandre de Moraes, autor da decisão de prisão em flagrante delito, foi uma das vítimas de crime de calúnia e um dos alvos da incitação de violência do então Deputado Federal, de forma que deveria ter se declarado suspeito para julgamento do caso.

Ainda questões como a imunidade parlamentar e outras questões de competência foram levantadas, dentre elas: a posterior acusação da Procuradoria Geral do Estado qualificou os crimes como exercidos fora do exercício das funções de Deputado Federal, o que acarretaria a incompetência do Supremo Tribunal Federal, que deveria encaminhar os autos para a primeira instância, conforme entendimento consolidado na Ação Penal nº 937, de relatoria do Min. Roberto Barroso, que fixou a seguinte tese:

> (i) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e (ii) Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo.[98]

O Supremo Tribunal Federal já estava trabalhando com a noção de que o crime não havia sido cometido *propter officium*, sustentando com base neste mesmo fato que o então Deputado Federal não poderia se beneficiar da imunidade parlamentar prevista no Art. 53 da Constituição Federal segundo a qual: "Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos" (BRASIL, 1988). De toda forma, houve o reconhecimento de inaplicabilidade da imunidade parlamentar, de cometimento de

---

[97] Se o precedente acarretará mudanças importantes no futuro de nossa operação jurídica, ou se será enterrado como um momento de exceção do sistema em cenário de crise institucional, é uma resposta que apenas o tempo poderá dar. Neste momento, em março de 2025, podemos concluir que a regra de reconhecimento que reconhece a ordem democrática e a Constituição de 1988 se mantém vigente, ainda que com alterações significativas de alguns dos seus critérios, o que foi feito com clara discricionariedade abusiva.

[98] Ver mais em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22AP%20937%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acessado em: 03/03/2025.

crime fora do exercício da função pública e a manutenção do processo em competência do Supremo Tribunal Federal sem o cumprimento de seus próprios precedentes com a remessa dos autos para a primeira instância.

Ainda outros eventos relevantes podem ser destacados neste contexto, como a ordem de prisão de outro parlamentar no âmbito do Inquérito das *Fake News*, então Deputado Federal Roberto Jefferson, emblemático do clima de incitação à violência contra as instituições no Brasil, que disparou arma de fogo mais de 50 vezes e lançou 3 granadas de luz e som na direção dos policiais que estavam cumprindo a ordem judicial em sua casa, ferindo levemente dois agentes[99]. Ainda, se quiséssemos oferecer um panorama verdadeiramente completo de todos os eventos que levaram à crise sistêmica sob comento, teríamos de voltar ainda mais no passado, analisando o *impeachment* da ex-presidente Dilma Rousseff e as crises econômicas envolvidas neste processo. Em verdade, poderíamos fazer essa regressão *ad infinito* e pensar inclusive na reabertura democrática apenas algumas décadas no passado como explicações para a subsistência de uma mentalidade antidemocrática e para a reação enérgica do Poder Judiciário contra esta mentalidade. Para a finalidade deste trabalho, porém, que é melhor compreender o problema da identificação do conteúdo jurídico, o recorte apresentado é suficiente.

O que podemos concluir, dentro de nosso recorte, é que existiram abusos políticos advindos do poder executivo, com a suspeita de uma tentativa de quebra da ordem democrática e com a ilegalidade da atuação da Procuradoria Geral da República no exercício abusivo de sua omissão "discricionária" que resultaram em uma crise sistêmica generalizada, com o envolvimento de membros do Congresso Nacional, juntamente com o abuso de poder discricionário por parte do Supremo Tribunal Federal, iniciando-se com a abertura do inquérito das *fake news* e atingindo seu ápice com a prisão de um deputado federal em exercício sob os mesmos fundamentos ilegais que autorizaram a abertura do inquérito, e ainda outros novos.

A fim de não prolongar demasiadamente esta descrição, aceitaremos como suficiente este recorte. Feitos os registros fáticos e as análises de abusos de discricionariedade em cenário de crise sistêmica generalizada, é importante agora retomar a perspectiva do agente privado para pensar sua capacidade de utilizar o direito em inferências práticas com sucesso em cenário como o apresentado. Para isso, utilizaremos um terceiro cenário mental, no qual nos

---

[99] Ver mais em: https://g1.globo.com/rj/sul-do-rio-costa-verde/noticia/2023/05/26/em-depoimento-roberto-jefferson-diz-que-nao-teve-intencao-de-matar-policiais-e-mudou-direcao-dos-tiros.ghtml. Acessado em: 03/03/2025.

colocaremos na posição de advogado consultivo de Daniel Silveira, logo antes da divulgação de suas falas criminosas. O cenário analisado será completamente fictício, ainda que baseado nos fatos aqui expostos.

4.4.2.3. Terceiro cenário mental

Para o primeiro e segundo cenários mentais, que apresentamos no capítulo dois, utilizamos exemplos de indeterminação do conteúdo jurídico em cenários de relativa estabilidade sistêmica, no qual podem existir dúvidas sobre alguns critérios da regra de reconhecimento, mas não sobre a regra de reconhecimento em si. Em nosso terceiro cenário mental, que utilizará um cenário completamente fictício no qual imaginaremos uma conversa entre Daniel Silveira e um advogado consultivo, utilizaremos a conjuntura social real apresentada no tópico anterior. Com isso, diferentemente dos primeiros exemplos, trabalharemos com um cenário no qual não teremos simplesmente dúvidas sobre a delimitação de um ou outro critério da regra de reconhecimento, mas no qual a própria existência de uma regra de reconhecimento única é colocada em questão, com diversas autoridades reclamando para si o poder último de interpretação e aplicação dos critérios de validade do direito.

O cenário é patológico nos termos do exemplo que citamos anteriormente de Herbert Hart, onde na África do Sul houve uma crise entre os Poderes sobre os limites de suas competências. Como vimos, o cenário político enfrentado neste momento do Brasil, é um no qual a polarização social atingiu altos níveis, havendo verdadeiro desacordo social sobre a forma adequada de agir. Disputas sobre a validade das instruções do Presidente da República em oposição às ordens do Supremo Tribunal Federal eram verdadeiras pautas em temas como o uso de máscaras ou aglomerações públicas. A relativa harmonia do sistema estava dilapidada e a regra de reconhecimento se tornou amplamente incerta (retomaremos em mais detalhes este tema no próximo capítulo).

Sendo ou não patológico, imaginemos que Daniel Silveira decide consultar um advogado antes de realizar a divulgação de seu vídeo com falas criminosas. Imaginemos que em primeiro lugar, Daniel Silveira questione sobre a legalidade de suas falas, ao que ouvirá como resposta que várias delas poderiam ser qualificadas como crimes contra a honra, sem necessidade de muita interpretação criativa, além de várias outras poderem ser qualificadas como incitação à violência e à abolição do Estado Democrático de Direito.

Imaginemos então que Daniel Silveira questione seu advogado se sua imunidade parlamentar não o garante a inviolabilidade civil e criminal por quaisquer atos de fala. Seu advogado responderia que suas ações poderiam ser consideradas como falas exercidas fora do espectro da função pública que exerce, de forma que medidas criminais poderiam ser tomadas, sendo prerrogativa da Procuradoria Geral da República apresentar acusação. Ainda, caso houvesse o recebimento da denúncia, a Câmara dos Deputados seria responsável por autorizar a continuidade da demanda.

Neste momento, imaginemos que Daniel Silveira afirme que o Procurador Geral da República, indicado pelo Presidente da República, seria (relembro que os fatos aqui narrados são fictícios) aliado de seu partido e do Presidente e que suas falas eram parte de uma estratégia política importante, de forma que ele não seria acusado. Além disso, ressaltou que seu grupo político mantém ampla maioria no congresso e que suas chances de ter o processo suspenso em caso de ocorrer o pior seriam altas.

O advogado consultivo responderia que nesse caso, ainda que suas ações possam ser qualificadas como crime, se forem verdadeiras as presunções sobre o Procurador Geral da República e sobre a Câmara dos Deputados, então Daniel Silveira não poderia ser criminalmente processado. Imaginemos que Daniel Silveira considerou esta resposta mais do que suficiente e divulgou o seu vídeo, que levou à emissão de ordem de prisão em flagrante delito no Inquérito das *Fake News.*

A pergunta que se faz aqui é: as instruções do advogado consultivo estavam equivocadas? Ele poderia ter previsto a possibilidade de prisão por crime em flagrante delito do Deputado Federal, decretada sem denúncia do Procurador Geral da República, de ofício, em um inquérito inquisitorial do Supremo Tribunal Federal, através de decisão monocrática?

Em defesa do nosso advogado fictício, penso que suas considerações foram adequadas. A prisão no âmbito do Inquérito das *Fake News* de um Deputado Federal em exercício foi algo surpreendente em nível nacional. Considerados os elementos legislativos e fáticos expostos por Daniel Silveira, as ponderações do advogado estavam corretas. Mas incompletas. Afirmamos no início desta tese que o advogado que limitar sua atuação às fontes tradicionais de direito (legislação e precedentes, por exemplo), poderá incorrer em erros.

Os cenários mentais que apresentamos no decorrer desta tese cumpriram a exata função de demonstrar que em muitos momentos o agente privado será obrigado a reconhecer zonas indeterminadas e limítrofes, onde o conteúdo jurídico não poderá ser conhecido *ab initio*,

mas apenas *ex post facto*, o que depois demonstramos ser uma consequência inevitável da textura aberta do direito. Também demonstramos que nem sempre podemos presumir que os agentes públicos estão agindo de boa-fé, buscando sua decisão no direito e não qualquer direito para sua decisão previamente tomada.

Fatores políticos, econômicos, morais, sociais, religiosos e dos mais variados tipos podem ter impacto direto no conteúdo do nosso direito, se considerarmos que a existência de agentes de má-fé deve ser mais comum que as presunções de boa-fé de Hart nos tenham permitido perceber num primeiro momento. Estes impactos podem ser limitados à alguns critérios da regra de reconhecimento, como no caso em que consideramos se o carrinho elétrico infantil deve ser considerado um veículo para fins de entrada em um parque. Mas também podem ser desastrosos, levando à uma crise sistêmica generalizada, à incerteza sobre a efetiva existência de uma única regra de reconhecimento e possivelmente à queda de um regime ou alteração profunda da regra de reconhecimento de forma que poderíamos questionar se ainda estamos no mesmo sistema.

O advogado consultivo que estivesse atento ao cenário de crise sistêmica, que já era evidente à época da prisão do ex-Deputado Estadual, que estivesse ciente da existência do Inquérito das *Fake News* e dos fundamentos de sua abertura, poderia oferecer uma instrução mais cautelosa ao seu cliente, afirmando que, consideradas todas as coisas, seu comportamento estaria adentrando em uma zona de tensão escalada, com diversos interesses divergentes e Poderes envolvidos, de forma que algum agente poderia se aproveitar de abusos de discricionariedade para garantir a punição do parlamentar e assim o utilizar como exemplo para os demais. Certamente que uma decisão deste tipo acirraria a tensão entre os Poderes, mas algum ato de defesa política poderia ser esperado do Supremo Tribunal Federal.

Ressalto que tudo isto é muito fácil de dizer após todos os fatos terem se desenrolado. Ver o futuro e as zonas de risco para abuso discricionário de forma preventiva é uma tarefa hercúlea e talvez impossível em muitos casos, devido a infinitude de interpretações possíveis e às nossas já mencionadas deficiências de indeterminação de fatos e objetivos. Retomamos assim a linguagem ordinária da advocacia, que no seu dia a dia trabalha com o conceito de risco e não de direitos para auxiliar seus clientes. Ao pensar a ação social com base em fontes jurídicas, o conceito de risco é mais apropriado, pois a resposta: “existe baixo risco de processo criminal neste caso” seria mais precisa na instrução de Daniel Silveira, de que “não poderia ser criminalmente processado”.

Obviamente que não é toda situação jurídica que existe nessa zona de incerteza absoluta e existem muitos casos que podem ser resolvidos com facilidade, ao exemplo dos diversos “casos claros” que demonstramos no decorrer desta tese. Mas em muitos casos devemos considerar que o direito que será aplicado sobre o agente privado não será apenas aquele do caso claro e que as fontes de conteúdo a serem investigadas não serão apenas aquelas que tradicionalmente chamamos de estritamente jurídicas. Em muitos casos algum conhecimento de contexto político, moralidade social e opinião pessoal do intérprete (administrativo ou judicial) se farão necessárias para identificar o conteúdo jurídico de interesse do agente privado.

5. O CONTEÚDO JURÍDICO NA PERSPECTIVA DO AGENTE PRIVADO

Neste último capítulo, realizaremos uma análise das teorias e conceitos expostos, bem como dos cenários fáticos reais e fictícios expostos no decorrer da tese, com o objetivo de testar a consistência teórica dos quadros criados com base nas teorias de Joseph Raz e Herbert Hart, buscando encontrar ferramentas que nos auxiliem a responder nossas perguntas iniciais. Testaremos também a capacidade da perspectiva do agente privado em fornecer uma visão privilegiada sobre o significado de fontes e conteúdo jurídico. Em resumo, este é um capítulo de conclusões, que iniciaremos com uma análise da tese da convencionalidade.

5.1. TESE DA CONVENCIONALIDADE: A REGRA DE RECONHECIMENTO EM ZONA DE DISPUTA

No decorrer desta tese, mostramos de forma detalhada o conceito de regra de reconhecimento para Herbert Hart, além de fazer um esforço retórico para demonstrar a natureza prática de sua teoria, altamente influenciada pela forte escola de filosofia da linguagem que floresceu logo antes da publicação da obra O Conceito de Direito, principalmente nas obras de Ludwig Wittgenstein e John Langshaw Austin. A relação entre o argumento da regra de reconhecimento e o caráter prático do pensamento de Hart devem ser aqui ressaltados.

Como vimos, Hart reconheceu que a prática do direito era similar a prática da linguagem e que ambos os fenômenos compartilhavam características comuns importantes, principalmente no caráter fático-normativo de suas práticas. Esta conclusão decorre de diversos apontamentos de autores como Andrei Marmor e Jules Coleman, que nos anos posteriores à publicação da obra O Conceito de Direito em 1961, continuaram desenvolvendo as bases de sua teoria. De acordo com Coleman:

> A posição de Hart, amplamente mal interpretada e criticada de forma equivocada, é a de que o direito se torna possível por uma convergência interdependente de comportamento e atitude: uma espécie de convenção ou prática social que podemos caracterizar como um acordo entre as autoridades sobre os critérios para a inclusão na categoria "direito". A prática social relevante é composta por dois elementos: comportamento convergente e uma atitude crítica e reflexiva em relação ao comportamento – uma aceitação desse comportamento. Em outras palavras, as autoridades agem de maneira consistente com a adoção da mesma regra para validar as leis; e isso reflete um conjunto de compromissos normativos que endossam o comportamento convergente como justificado e que condenariam desvios desse comportamento. Essa atitude reflexiva e crítica é o chamado "ponto de vista interno". Ela se expressa e se manifesta por meio, mas não se reduz, do comportamento de

> oferecer justificativas e condenar a não conformidade (COLEMAN, 2008, pp. 75-76)[100].

E conclui:

> O direito não é possível a menos que as autoridades aceitem a regra de reconhecimento a partir do ponto de vista interno; ou seja, o direito é possível apenas se as autoridades relevantes tratam a regra como sua razão para cumpri-la. Ao definir o ponto de vista interno como inexistente, o reducionista fica sem explicação para a própria possibilidade do direito. Como todo positivista jurídico, mantenho que a possibilidade do direito deve ser explicada em termos de fatos sociais. Como Hart, também mantenho que a possibilidade da autoridade jurídica deve ser explicada em termos de uma prática social convencional, ou seja, a adesão das autoridades a uma regra de reconhecimento que impõe a elas o dever de aplicar todas e apenas aquelas regras válidas sob ela. Esta é a tese da convencionalidade. Ao explicar a possibilidade da autoridade jurídica em termos de uma regra de reconhecimento, a tese da convencionalidade dá conteúdo à ideia de que o direito é uma prática social normativa que, ao satisfazer a tese dos fatos sociais, ainda assim evita reduzir a autoridade jurídica a fatos sociais (COLEMAN, 2008, p. 77). [101]

Com base no pensamento da filosofia da linguagem e com a incorporação do pensamento que posteriormente foi chamado de convencionalista, Hart aplicou no direito uma forma de pensar os conceitos baseada na análise do uso que fazemos deles e de nossa capacidade de encontrar comum acordo: "O que é que designam as palavras desta linguagem? – Como demonstrar o que designam a não ser pelo modo como são usadas?" (WITTGENSTEIN, 2012, p. 19). Ao utilizar este tipo de pensamento e incorporar uma tese convencionalista em sua regra de reconhecimento, Hart demonstra um aspecto importante. A noção de que o comportamento habitual das autoridades de agir como se aceitassem o direito efetivamente constitui uma forma de seguir uma regra:

> O erro está em supor que o conteúdo semântico da regra de reconhecimento é determinado pela gama de comportamentos convergentes. Para as autoridades, trata-

---

[100] Tradução do autor: "Hart's position, widely misunderstood and mistakenly criticized – is that law is made possible by an interdependent convergence of behavior and attitude: a kind of convention or social practice that we might characterize as an agreement among officials on the criteria for membership in the category "law". The relevant social practice is comprised of two elements: convergent behavior and a critical reflective attitude toward behavior – an acceptance of it. In other words, officials behave in a manner that is consistent with their following the same rule for validating laws; and this reflects a ser of normative commitments which endorse the convergent behavior as justified, and which would condemn deviations from it. This reflective, critical attitude is the so-called "internal point of view". It is expressed in and manifested bu, but is not reducible to, the behavior of offering justification and condemning non-compliance."

[101] Tradução do autor: "Law is not possible unless officials accept the rule of recognition from the internal point of view; that is, law is,possible only if the relevant officials treat the rule as their reason for compliance with it. By defining the internal point of view out of existence, the reductionist is left with no way of explaining the very possibility of law. Like every legal positivist, I maintain that the possibility of law is to be explained in terms of social facts. Like Hart, I further maintain that the possibility of legal authority is to be explained in terms of a conventional social practice, namely, the adherence by officials to a tule of recognition that imposes a duty on them to apply all and only those rules valid under it. This is the conventionality thesis. In explaining the possibility of legal authority in terms of a rule of recognition, the conventionality thesis gives content to the idea that law is a normative social practice which, while satisfying the social fact thesis, nevertheless avoid reducing legal authority to social facts."

> se de uma prática de seguir uma regra. Pois deve sempre haver uma lacuna entre a mera descrição do comportamento guiado por regras e o conteúdo da regra que o orienta. Esse ponto é familiar de várias fontes, talvez mais famosa nas Investigações Filosóficas de Wittgenstein. Um padrão de comportamento nunca pode determinar completamente o conteúdo de uma regra, porque qualquer padrão de comportamento é compatível com um número indefinido de regras diferentes, cada uma das quais "abrange" o comportamento passado, mas que resultaria em comportamentos futuros diferentes. Se o comportamento por si só determinasse a regra, então a regra seria tão indeterminada que qualquer curso de comportamento futuro seria consistente com ela – o que significa que não haveria regra nenhuma. O ponto crucial é que, ao dizer que existe uma prática das autoridades de aderir e conformar-se a certos critérios como constitutivos da classe "direito", queremos afirmar mais do que o fato de que o comportamento delas converge na aplicação desses critérios. Para que o comportamento delas constitua uma prática no sentido relevante, ele deve refletir uma compreensão compartilhada da regra que estão aplicando. A prática requer não apenas que o comportamento passado das autoridades tenha concordado com a regra, mas também que elas compartilhem uma compreensão de como "prosseguir" ou "projetar" a regra para abranger comportamentos futuros. Elas devem tender a concordar, em outras palavras, sobre qual comportamento futuro estará de acordo com a regra e qual não estará. Esse compromisso de prosseguir de uma maneira particular é parte do que distingue o comportamento meramente convergente do comportamento de seguir uma regra. (COLEMAN, 2008, p. 80)[102]

Sua regra de reconhecimento apenas pode ser totalmente compreendida, se tivermos em mente esta relação necessária entre a linguagem e o direito, bem como o caráter prático de ambos os fenômenos. Pois a regra de reconhecimento não existe como uma norma escrita (nem isto mudaria os fatos, se fosse o caso), mas como uma prática convergente de reconhecimento e "aceitação" da autoridade de um ordenamento normativo. Vale dizer: a regra é identificada na prática do direito e é tida pelas autoridades de um ponto de vista interno, de acordo com o qual elas agem como se estivessem obrigadas à autoridade do direito e utilizam estes padrões de autoridade para corrigir o comportamento divergente de terceiros.

Podemos imaginar o exemplo muito simples de um juiz recém-aprovado no concurso público e conduzido ao cargo. Antes de adquirir estabilidade profissional, o juiz passará por 2 anos de estágio probatório, no qual sua atuação será fiscalizada pelo Conselho Nacional de

---

[102] The mistake is to suppose that the semantic content of the rule of recognition is determined by the range of convergent behavior. To officials is a practice of following a rule. For there must always be a gap between mere description of rule-guided behavior and the content of the rule that guides it. The point is familiar from a variety of sources, most famously perhaps from Wittgenstein's *Philosophical Investigations.* A pattern of behavior can never fully determine the content of a rule, because any pattern of behavior is consistent with an indefinite number of different rules, each of which "covers" past behavior, yet each of which would result in different future behavior. If the behavior alone determined the rule, then the rule would be so indeterminate that any future course of behavior would be consistent with it – which is to say there would be no rule at all. The crucial point is that in saying that there is a *practice* of officials of adhering and conforming to certain criteria as constitutive of the class "law", we mean to be asserting more than that their behavior converges on applying these criteria. In order for their behavior to constitute a practice in the relevant sense, it must reflect a shared grasp of the rule they are applying. The practice requires not only that official's past behavior has accorded with the rule, but also that they share a grasp of how to "go on" or to "project" the rule to cover future behaviors. They must tend to agree, in other words, on which future behavior will accord with the rule and which will not. This commitment to going on in a particular way is part of what distinguishes merely convergent behavior from rule-following behavior

Justiça e pelo tribunal responsável[103]. Este juiz, ao tomar suas decisões, não apenas buscará seguir o padrão convergente dos magistrados mais velhos na identificação do direito válido, mas será obrigado a agir como se aceitasse a existência de ume regra que o obriga a agir de tal forma, que aqui existe na forma mais clara do estágio probatório. Na hipótese em que o Conselho Nacional de Justiça, os tribunais e o juiz não conseguissem identificar o senso comum de uma regra a ser seguida e não aceitassem sua autoridade, ou a aceitassem de formas inconciliavelmente divergentes, então não teríamos regra nenhuma, apenas um situação casual (e não causal) de convergência habitual de autoridades.

Todavia, somos capazes de identificar este processo acontecendo de forma clara em diversas instâncias. Não temos dúvidas quanto aos critérios de validade de um contrato de mútuo assinado de comum acordo entre as partes, e sobre a validade destes contratos. Na maioria dos casos, haveria acordo entre as autoridades envolvidas no estágio probatório, por exemplo. Também temos poucas dúvidas sobre o que constitui um contrato de mútuo: um contrato sobre empréstimo de coisas fungíveis com dever de restituição. Reconhecemos, por exemplo, que o mútuo também pode ser utilizado para fins econômicos, na forma de empréstimo, caso no qual haverá imposição de juros contratuais ou presumidos por previsão legal (Art. 591, parágrafo único, do Código Civil[104]).

Poderão existir casos limítrofes ou mesmo tentativas de abuso da legislação, como é o caso do uso do contrato de mútuo para disfarçar uma doação. Doações e heranças estão sujeitas à cobrança de Imposto de Transição Causa Mortis e Doação (ITCMD), de forma que uma prática passou a ser utilizada para burlar a cobrança do imposto, com a simulação de contratos de mútuo entre ascendentes e descendentes, com prazo para início de pagamento em 3 ou 4 décadas, tempo em que o ascendente possivelmente terá falecido. A prática de evasão tributária foi reconhecida pelos tribunais, justamente por sua capacidade de reconhecer conceitos claros de doação, mútuo e alguma determinação da finalidade destas normativas (todas contidas no Código Civil), de forma que puderam aplicar efetiva discricionariedade oculta, orientada para as finalidades conhecidas dos institutos jurídicos, para reavaliar a verdadeira natureza do

---

[103] Art. 21. O servidor habilitado em concurso público e empossado em cargo de provimento efetivo adquirirá estabilidade no serviço ao completar 2 (dois) anos de efetivo serviço (BRASIL, 1990).

[104] Art. 591. Destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos juros. Parágrafo único. Se a taxa de juros não for pactuada, aplica-se a taxa legal prevista no art. 406 deste Código (BRASIL, 2002)

contrato, declarando se tratar de doação disfarçada de mútuo e determinando o pagamento do ITCMD[105].

Aqui, ajudou a determinação do objetivo do mútuo financeiro: que é a devolução dos valores e a possível finalidade lucrativa na forma de cobrança de juros. Os contratos elaborados com prazos para pagamento que permitam que a dívida jamais seja paga para o credor ainda enquanto estiver em vida demonstram o desvio de finalidade, com base na convenção que temos que determina a finalidade deste tipo de negócio jurídico. Ademais, comparando os fatos com nosso conceito de doação, previsto no Código Civil, temos ferramentas para perceber que este se trata de um caso de doação dissimulada. Dessa forma, por dominarmos um caso claro de finalidade da doação, podemos qualificar este contrato de mútuo, na verdade, como um contrato de doação e exigir o pagamento de ITCMD.

Também retomando os exemplos que utilizamos no primeiro capítulo, somos capazes de distinguir casos claros de tráfico de drogas (no caso de uma apreensão de quilos de *cannabis* em "tijolos" dentro de um ultraleve que cruzava a fronteira), assim como somos capazes de identificar casos claros nos quais o indivíduo deve ser qualificado como usuário (como no exemplo de quem é pego com um cigarro de *cannabis* no bolso). Os usos que fazemos dos conceitos nos permitem identificar os casos claros e delimitam até certo ponto a discricionariedade permitida, seja ela declarada ou oculta. Aqui também, nosso conhecimento dos casos claros permite delinear os limites da discricionariedade a ser aplicada, ainda que

---

[105] A título de exemplo: Apelação Cível. ITCMD. Doação. Ação declaratória de inexistência de débito. Sentença de procedência que entendeu ter ocorrido contrato de mútuo entre mãe e filho e afastou a incidência do ITCMD. Recurso do demandado. Alegação de que houve efetiva doação e não contrato de mútuo diante das circunstâncias de que o mesmo valor doado ao demandante foi também destinado a outros dois filhos. Arguição de que a genitora já contava com 85 anos quando da celebração do contrato, não sendo crível que receberia a importância no prazo de 10 anos estipulado no contrato. Assertiva de que não há comprovação de que o ato foi oneroso, porque não comprovada a devolução nem mesmo parcial do valor recebido. Teses acolhidas. Anexada retificação da declaração do imposto de renda para corrigir o ato de doação para empréstimo. Juntada de declarações do imposto de renda do demandante em que consta a amortização do valor que lhe teria sido emprestado pela sua genitora. Atos unilaterais que por si só não infirmam a ocorrência do fato gerador do imposto. Contrato de mútuo estabelecido entre o autor e sua mãe que sem a prova da devolução do dinheiro não comprova o efetivo mútuo. Extratos de transferência mensal programada que não servem de prova para a restituição do valor. denominação de "mesada" e ausência de identificação do destinatário. Extratos que se referem a período inferior àquele estabelecido no contrato, cujos valores depositados se mostram ínfimos em relação ao importe que teria sido emprestado. outras evidências, ademais, que revelam o intuito de antecipação da legítima. Doadora que já contava com 85 anos na data do contrato do mútuo. Doação da mesma quantia a outros dois filhos. Atos que revelam a finalidade de mascarar a doação realizada, no intuito do contribuinte esquivar-se de suas obrigações fiscais, com o que o poder judiciário não pode concordar. Sentença reformada. Inversão dos ônus sucumbenciais. Remessa necessária prejudicada ante o exaurimento da matéria no recurso voluntário. Recurso conhecido e provido. (TJSC, Apelação / Remessa Necessária n. 5033277-09.2020 .8.24.0023, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Denise de Souza Luiz Francoski, Quinta Câmara de Direito Público, j . 21-05-2024).

possamos questionar a qualidade fática desta análise no sentido de efetivamente compreender as diferenças entre o usuário e o traficante, no caso do exemplo.

A regra de reconhecimento é uma questão de fato exatamente porque sua existência é como a existência destes casos claros: decorre do uso que nossas autoridades (administrativas, legislativas, executivas e judiciais) fazem das fontes, de forma que somos capazes de identificar as regras consideradas como válidas no sistema, até certo ponto. Até certo ponto, pois se o sentido de nossas fontes e da regra de reconhecimento decorre do uso que fazemos dos conceitos, então podemos prever que onde o sistema falhar em manter uma convergência habitual de comportamento entre as autoridades e uma "aceitação" mais ou menos convergente do significado dos termos importantes, casos podem surgir nos quais o conteúdo da regra de reconhecimento seja colocado em disputa.

Este é o caso da discricionariedade delegada no caso do tráfico de drogas, no qual o Supremo Tribunal Federal deixou para as polícias a primeira instância de interpretação sobre a diferença entre traficantes e usuários, determinando certos elementos fáticos a serem analisados, mas ainda deixando grande espaço discricionário para a atuação policial. Como vimos, existirão tipos de usuário que atuarão na área limítrofe do Tema de Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal, sendo difícil prever *ab initio* como a polícia enquadraria sua conduta (como no caso do usuário que compra 30g de uma variedade de *cannabis*, e mais 30g de outra variedade, e é revistado pela polícia carregando na mala dois pacotes separados, totalizando 60g da substância, e carregando uma balança de precisão que usou para testar o peso na hora da aquisição). Aqui existirá uma zona de disputa sobre os limites da discricionariedade e, portanto, dúvida sobre o conteúdo do direito e sobre os critérios de validade jurídica.

Também se verifica situação similar no segundo cenário que mencionamos, especificamente naquele ponto em que entram em conflito as convicções pessoais dos agentes envolvidos no licenciamento ambiental, o princípio de caráter aberto previsto no Art. 225 da Constituição Federal, os interesses de diferentes forças sociais, como *lobbies* de empresários, trabalhadores e Ministério Público, além da relativa incapacidade técnica do juízo para a matéria. Como demonstramos, em razão da lei de crimes ambientais, promotores do Ministério Público têm o poder de completamente paralisar o avanço operacional de um licenciamento, devido ao seu poder de ameaçar o técnico administrativo com um processo criminal caso suas exigências não sejam acatadas. O processo de exigências e respostas e novas exigências pode ser repetido várias vezes e a capacidade de intervenção do poder judiciário pode ser limitada

em razão de sua proibição de julgar matérias de competência técnica da discricionariedade administrativa.

Assim, um técnico ambiental pode se ver encurralado entre uma ordem judicial para emitir uma decisão no licenciamento e uma recomendação administrativa de que se a decisão administrativa for no sentido de aprovar a licença sem o cumprimento de determinados requisitos enviesados ou não, poderá ser denunciado criminalmente. Temos aqui um ponto no qual diversas autoridades estão envolvidas no licenciamento e não parecem conseguir chegar a um consenso sobre os significados das legislações aplicáveis. É possível que nossa indeterminação de fatos sobre o problema ambiental ainda seja muito elevada e que ainda não disponhamos de ferramentas pacificadas para pensar o desenvolvimento sustentável, de forma que o conteúdo do direito nesta parte ainda está sendo efetivamente convencionado. Por outro lado, não seria também descabido imaginar que a indeterminação de fatos sobre o tema permita a busca determinada de objetivos não exatamente previstos e não necessariamente coerentes com a determinação de objetivos que tínhamos em mente ao regular a matéria, como a tentativa de proibir qualquer tipo de dano ambiental ao custo de qualquer argumento.

O problema aqui, se utilizarmos a terminologia hartiana, se trata de uma patologia sistêmica altamente inoportuna que estrangula o desenvolvimento econômico e dificulta os avanços do empreendedorismo sustentável. O que podemos dizer sobre o conteúdo da regra de reconhecimento neste caso? Devemos incluir elementos fáticos ainda mais complexos em nossa análise para poder prever os riscos de um empreendimento? Considerar o posicionamento político da promotoria especializada do local? Considerar questões de *lawfare* e a posição do técnico ambiental em meio a isso tudo? Devemos judicializar a demanda, mesmo compreendendo o contexto limitado de atuação do juízo no caso? Qual o conteúdo jurídico aqui?

Por tudo que foi exposto, o direito neste caso, aparentemente, não pode ser identificado *ab initio* de forma conclusiva. Tudo que se pode fazer aqui é uma análise de risco e possibilidades, na qual uma compreensão aprofundada da ação social das autoridades na aplicação e interpretação do direito e dos movimentos políticos relevantes envolvidos no assunto sobre o qual se está avaliando o direito aplicável é indispensável para a identificação do conteúdo jurídico. Ou seja: na qual se deve buscar uma compreensão aprofundada da regra de reconhecimento. Isto foi algo mais expressamente reconhecido por Hart em seu Pós-Escrito:

> Meu objetivo neste livro foi apresentar uma teoria do direito que fosse ao mesmo tempo geral e descritiva. É geral no sentido de que não se vincula a nenhum sistema

> jurídico ou cultura jurídica específicos, mas busca fornecer uma descrição explicativa e elucidativa do direito como instituição social e política complexa, dotada de um aspecto regulatório (e, nesse sentido, "normativo) (HART, 2009, p. 309).

E prossegue:

> A norma fundamental de reconhecimento de um sistema jurídico é tratada como uma norma constituída pela prática uniforme dos tribunais, quando a aceitam como orientação para suas operações de aplicação da lei. Argumentando em sentido contrário, Dworkin alega que nos casos difíceis ocorrem frequentes divergências teóricas entre os juízes quanto à identificação do direito que rege determinado tema, e que esses casos mostram ser ilusória a aparência de consenso e aceitação geral. São, evidentemente, inegáveis a frequência e a importância de tais divergências, mas, como argumento contra a possibilidade de se aplicar a teoria prática à norma de reconhecimento, a referência à existência delas se baseia numa interpretação equivocada da função da norma. Presume que esta pretende determinar completamente o resultado jurídico em casos particulares, de modo que qualquer questão jurídica surgida nem qualquer causa possa ser resolvida pelo simples recurso aos critérios ou testes fornecidos pela norma. Mas essa concepção é errônea: a função da norma é apenas definir as condições gerais que devem ser satisfeitas pelas decisões jurídicas corretas nos modernos sistemas jurídicos. Na maior parte dos casos, a norma faz isso oferecendo critérios de validade, que Dworkin denomina questões de *pedrigree*m e que se referem não ao conteúdo da lei, mas à forma e ao procedimento de criação ou adoção das leis. Mas como já afirmei, além dessas questões de *pedigree*, a norma de reconhecimento pode oferecer critérios que se referem não ao conteúdo factual das leis, mas à sua obediência a valores ou princípios morais substantivos. Evidentemente, os juízos podem, em casos específicos, discordar quanto ao fato de tais critérios terem ou não sido satisfeitos, e um teste moral aplicado à norma de reconhecimento não irá resolver tais divergências. Os juízes podem estar de acordo quanto à pertinência desses critérios como algo determinado pela prática jurídica estabelecida, mesmo que discordem sobre aquilo que os critérios exigem em casos particulares (HART, 2009, pp. 333-334).

Com isso, percebemos agora a natureza total do argumento da regra de reconhecimento, se levarmos em consideração a sua natureza convencional. Fica evidente que a regra de reconhecimento existe em uma zona de disputa e que nem sempre haverá harmonia sobre todos os critérios nela contidos. A tendência é que sempre existam casos de incompletude ou incerteza. Este aspecto evidencia a existência de uma relação intrínseca entre a regra de reconhecimento e regras de modificação e de criação, uma vez que alterações de interpretações e atuações discricionárias permitem a alteração das regras reconhecidas como validas pelo sistema, o que, por consequência, implica em uma relação intrínseca entre a identificação do conteúdo jurídico e questões políticas.

Essa alteração, porém, não necessariamente implica numa alteração da regra de reconhecimento, uma vez que ela é a regra que contém os critérios considerados válidos em um sistema, podendo a inovação discricionária e interpretativa ser exercida sem que sejam alterados os critérios de validade do sistema, mas complementando-os. Vale dizer: a modificação judiciária é prevista pela regra de reconhecimento como critério válido de criação de conteúdo jurídico. Se aceitarmos, como Hart expôs acima, que existe um entendimento compartilhado de

que a regra de reconhecimento exige que alguns casos atendam a certos requisitos morais, podemos ter situações na qual exista acordo sobre o que constitui um caso claro de necessidade de avaliação moral, ainda que não tenhamos todos os requisitos morais pré-determinados, o que caberá a discricionariedade do juízo. Novamente, o exercício discricionário não é um exercício de pura criação, mas como Hart apontou, pressupõe a aplicação de uma "sabedoria jurídica", de forma que por indeterminados que sejam os requisitos morais específicos a serem aplicados, seremos capazes de identificar requisitos claramente compatíveis com o sistema jurídico, requisitos limítrofes e requisitos claramente incompatíveis com a regra de reconhecimento.

A conclusão inevitável de nossos breves apontamentos sobre a linguagem, de nossos estudos sobre o direito e do conceito de textura aberta é que a regra de reconhecimento, que é a fonte de validade do sistema, também possui uma textura aberta. É verdade que a regra de reconhecimento na teoria de Hart cumpre o papel de norma última do sistema, mas em razão de seu caráter fático-normativo, esta regra mantém características em comum com precedentes ou textos escritos. Também sofremos de indeterminação de fatos e objetivos em uma regra puramente convencional (com aspectos fáticos e normativos), indeterminação esta que abre espaço não apenas para contradições, como também para o exercício demagógico da discricionariedade. Nesse sentido, ensina Coleman:

> Não deveria ser surpreendente, portanto, se os participantes em uma prática convergente ou convencional – como aquela explicada pela regra de reconhecimento – fornecessem formulações um pouco diferentes da regra que estavam seguindo; especialmente se fossem solicitados a especificá-la em todos os seus detalhes, ou a projetá-la para cobrir uma gama de casos hipotéticos difíceis (aqui a analogia com a adição falha: nem todas as regras têm uma interpretação padrão que não admite variações). No entanto, não devemos exagerar o grau de discordância ou diferença nas formulações permitidas; se a mesma regra está sendo seguida, então os participantes devem compartilhar uma compreensão ou entendimento da regra que se reflete tanto no comportamento convergente quanto em entendimentos amplamente compartilhados da aplicação da regra a uma gama de paradigmas e hipóteses. No mínimo, eles devem compartilhar uma estrutura de interação. Em vez de dizer que o conteúdo da regra é determinado pelo comportamento convergente, poderíamos dizer que o comportamento fixa a regra. Com isso, quero dizer, primeiro, que o comportamento pode nos ajudar a identificar qual regra está sendo praticada; certamente, ele pode eliminar a grande maioria dos candidatos potenciais. Além disso, dado o contexto de uma cultura e linguagem comuns (nas quais as capacidades necessárias para entender a interpretação padrão de uma regra estão incorporadas), a convergência de comportamento pode ser suficiente para permitir que as gerações subsequentes de autoridades adquiram a compreensão necessária de como "prosseguir", permitindo assim que os sistemas jurídicos persistam ao longo do tempo (COLEMAN, 2008, p. 81).[106]

---

[106] Tradução do autor: "It should be unsurprising, therefore, if participants in a convergent or conventional practice – such as that explained by the rule of recognition – were to provide somewhat different formulations of the rule they were following; especially if they were asked to specify it in all its details, or to project it to cover a range of

No trecho anteriormente citado de Hart, vimos que este estava respondendo às críticas de Ronald Dworkin, segundo as quais a existência de divergência sobre o conteúdo dos critérios da regra de reconhecimento seria contraditória com o argumento da convencionalidade. Pelo contrário, a conclusão que podemos tirar é que divergência é a regra do sistema convencional, uma vez que um sistema convencional não pode ser confundido com um sistema ultra formalista no qual todos os termos foram tão bem definidos que nenhum desvio dos padrões seja aceito. Na verdade, como vimos, a convencionalidade é uma prática social complexa. O aspecto normativo da convencionalidade é que as autoridades agem como se considerassem como válidos, de forma mais ou menos convergente, um determinado conjunto de diretivas de autoridade. O aspecto fático é a existência de uma prática habitualmente convergente em termos sociais no sentido de agir de acordo com o ordenamento. O que podemos esperar com alguma segurança é que os critérios da regra de reconhecimento sempre estão em zona de disputa.

Com isso, temos que a tese da convencionalidade combinada com a regra de reconhecimento e suas exigências peculiares, que incluem a tese da discricionariedade judicial, oferecem um conjunto de ferramentas úteis, mas não exaustivas para a identificação do conteúdo jurídico na perspectiva do agente privado. Devemos lembrar que a forma como Herbert Hart descreve a discricionariedade, e com a qual alinhamos este trabalho, demonstra a existência de casos claros e casos limítrofes de aplicação do conteúdo jurídico. Tal afirmação implica na existência de um limite.

Em sistemas relativamente estáveis, o agente pode esperar encontrar respostas, ainda que inconclusivas, sobre seus riscos e melhor maneira de agir de acordo com eles. Isto decorre do fato de que sistemas relativamente estáveis são dotados de uma certa harmonia, que advém da ação social convergente das autoridades que por sua vez permitem uma identificação facilitada, mas nunca exaustiva, do conteúdo jurídico. Neste cenário, podemos prever que existirão mais agentes de boa-fé e que existirão mais decisões discricionárias dentro dos limites

---

difficult hypothetical cases (here the analogy with addition breaks down: not all rules have a standard interpretation which admits no variations). We should not want to overstate the degree of allowable disagreement or difference in formulations, however; if the same rule is being followed, then participants must share a grasp or understanding of the rule that is reflected both in convergent behavior and in broadly shared understandings of the rule's application to a range of paradigms and hypotheticals. At a minimum, they must share a framework of interaction. Instead of saying that the content of the rule is determined by the convergent behavior, we might say that the behavior fixes the rule. By this I mean, first, that the behavior can help us to identify which rule is being practiced; certainly, it can eliminate the vast majority of potential candidates. Moreover, given the background of a common culture and language (in which the capacities needed to grasp the standard interpretation of a rule are embodied) the convergence of behavior can suffice to enable succeeding generations of officials to gain the requisite grasp of how to "go on", thus enabling legal systems to persist over time."

da discricionariedade, do contrário haveria uma tendência de o sistema perder sua harmonia. Neste sentido, a tese da convencionalidade parece cumprir uma dupla função, apenas aparentemente contraditória: ao mesmo tempo em que os critérios da regra de reconhecimento se encontram em uma zona de disputa, a natureza convencional do direito nos permite distinguir entre cenários ordinários de disputa sobre alguns dos critérios da regra de reconhecimento e cenários extremos, no qual a convenção social parece estar fraturada não apenas entre uma mera divergência de critérios, mas sobre a própria autoridade da regra de reconhecimento em atividade.

Com isso, temos uma ferramenta importante de diagnóstico sistêmico, que na perspectiva do agente privado também será uma ferramenta importante para análise de risco. Meras disputas sobre alguns dos critérios da regra de reconhecimento presumem a manutenção da harmonia sistêmica, de forma que o agente privado poderá apenas se conformar em agir dentro dos casos identificados pelos tribunais como claros e, na maioria das vezes, presumir que não haverá surpresas similares a do caso Daniel Silveira. Todavia, como vimos no capítulo anterior, em situação de crise sistêmica, mesmo os casos claros são colocados em disputa, uma vez que a regra de reconhecimento como um todo está sob questionamento. No próximo tópico analisaremos a regra de reconhecimento em cenário de crise sistêmica.

5.2. A REGRA DE RECONHECIMENTO EM CRISE SISTÊMICA

Como vimos, a regra de reconhecimento existe, de certa forma, sempre em um cenário de disputa. Não há nenhuma necessidade de que as dúvidas sobre os critérios contidos na regra de reconhecimento gerem automaticamente algum tipo de crise institucional ou patologia sistêmica. Em condições estáveis, a regra de reconhecimento, aparentemente, obedecerá às exigências impostas por Joseph Raz: atuará no sentido de guiar a conduta de forma normativa, sendo fontes em inferências práticas e atuarão sobre as nossas razões dependentes, apresentando-se como uma razão protegida que, se for seguida, facilita a tomada de decisões por parte do agente privado.

No caso do nosso usuário casual de *cannabis*, o conhecimento dos padrões que distinguem o usuário de traficante pode ser utilizado como forma de planejamento: podem influenciar sua tomada de decisões na aquisição da substância, de forma que nosso personagem fictício fazia aquisições em quantias superiores àquela definida no Tema de Repercussão Geral nº 506 do Supremo Tribunal Federal, deixe de fazê-lo. No caso do licenciamento ambiental, um

conhecimento detalhado do procedimento institucional e dos agentes públicos envolvidos na fiscalização do licenciamento, bem como o conhecimento de elementos normativos como o princípio *in dubio pro societatis*, ou o mero reconhecimento da mentalidade cada vez mais forte de um necessário aumento do rigor no controle da exploração ambiental, também pode o advogado consultivo encontrar formas de ajudar o seu cliente a desentravar um licenciamento.

A técnica mais comum é a realização de acordo com o Ministério Público, que pode envolver o comprometimento com uma série de programas de recuperação e proteção ambiental, como forma de reparação dos danos que serão causados pelo empreendimento. Se o Ministério Público tem poder de processar criminalmente o técnico ambiental e se o poder judiciário se vê proibido de adentrar na discricionariedade técnica para determinar a emissão ou negativa da licença ambiental, então no fim do dia, é o técnico ambiental quem está no controle do procedimento. Todavia, sobre ele, possui imenso poder coercivo o Ministério Público, de forma que, em última instância, a aprovação desta instituição será determinante para a emissão da licença ambiental.

Fazemos estes comentários em fase de conclusão deste trabalho, pois com eles conseguimos demonstrar o valor das teorias de Joseph Raz e de Herbert Hart na pesquisa aqui conduzida. Existe uma maneira na qual o direito deve se comportar como um serviço para seus jurisdicionados e um sistema jurídico não pode falhar completamente neste aspecto. Mesmo sistemas ditatoriais necessitam manter algum nível de racionalidade de suas regras e de compatibilidade entre seus regulamentos e a moralidade e comportamento social. O cumprimento desta exigência, na perspectiva do agente privado, é uma das ferramentas mais importantes para que o direito seja considerado como razão protegida para a ação e provavelmente será um cenário no qual a regra de reconhecimento funcionará como se espera:

> Pois não há dúvida de que, pelo menos em relação a algumas esferas de comportamento, as pessoas realmente manifestam, num Estado moderno, toda uma gama de condutas e atitudes que denominamos ponto de vista interno. As leis atuam em suas vidas não apenas como hábitos ou como instrumentos para que elas possam prever as decisões dos tribunais ou os atos de outras autoridades, mas como padrões jurídicos aceitos de conduta. Isto é, as pessoas não apenas agem com razoável regularidade da forma exigida pelo direito, mas o consideram um padrão de julgamento jurídico de comportamento, referindo-se a ele ao criticar outras pessoas, justificar suas exigências ou aceitar críticas e exigências feitas por outros. Ao usarem as normas jurídicas dessa maneira normativa, as pessoas indubitavelmente presumem que os tribunais e outras autoridades continuarão a proferir decisões e a atuar de forma regular e, portanto, previsível, conforme as normas do sistema; mas é certamente um fato observável da vida social que as pessoas não se limitam ao ponto de vista externo, registrando e prevendo as decisões dos tribunais ou a incidência provável de sanções. Em lugar disso, expressam continuamente, em linguagem normativa, sua aceitação compartilhada do direito (HART, 2009, p. 178).

No caso do licenciamento ambiental, se torna ainda mais importante o pensamento fático-normativo proposto pela regra de reconhecimento. Se levarmos em consideração apenas elementos normativos para decidir como deve ou não ser conduzido o licenciamento ambiental, falharemos em compreender os poderes e interesses que podem ser exercidos pelos agentes. Compreender a função do Ministério Público no licenciamento e a forma como efetivamente age através de emissão de recomendações administrativas com ameaça de denúncia criminal, além de compreender a posição hipossuficiente do técnico ambiental diante desta ameaça, bem como a atuação limitada dos juízos nesta matéria, que é impedido de invadir a responsabilidade discricionária sobre a regulação dos problemas ambientais, são ferramentas indispensáveis para compreender o que é, ao menos na perspectiva do agente privado que busca decidir como agir, o conteúdo jurídico. Se faz necessária que a análise do agente privado seja ao mesmo tempo normativa e fática, analisando aspectos que também são políticos, institucionais, morais e sociais.

Nestes casos, mesmo assumindo que algum dos agentes pode estar agindo de má-fé, somos capazes de utilizar as ferramentas apresentadas nesta tese para, de forma mais ou menos precisa, encontrar uma solução para o problema jurídico que se nos apresenta. No primeiro cenário da *cannabis*, o usuário poderia mudar seu comportamento para se enquadrar nos padrões fictícios criados pelo Supremo Tribunal Federal, e evitar análises discricionárias. Além disso, no caso do direito ambiental, uma compreensão aprofundada da regra de reconhecimento e da convencionalidade jurídica nos permitem perceber a necessidade de avaliar não apenas as fontes tradicionais do direito, mas o comportamento dos agentes envolvidos no licenciamento, bem como os contextos políticos e sociais nos quais a causa está envolvida. Apenas dessa forma o advogado consultivo poderá oferecer uma análise de risco precisa e apenas dessa forma o advogado consultivo poderá identificar o melhor caminho para facilitar os objetivos de seu cliente. Isto não significa, contudo, que sempre serão encontradas respostas conclusivas e novamente ressaltamos a linguagem ordinária da advocacia em trabalhar com o conceito de risco.

De outro lado, em casos de crise sistêmica como o apresentado no capítulo anterior no período entre 2019 e 2023, temos uma situação diferente. Aqui a convencionalidade do direito falhou ou está falhando e o ponto de vista interno não mais pode ser identificado de forma clara, nem mesmo pelas autoridades cuja “aceitação” é necessária. A partir do momento em que diversos poderes e autoridades públicas passam a agir como se aceitassem padrões de validade diferentes, não são os critérios da regra de reconhecimento que estão em disputa, mas a regra

de reconhecimento em si. Quando de um lado, o Presidente da República emite diretivas para que as pessoas circulem normalmente durante a pandemia, que as máscaras são desnecessárias, que as vacinas são experimentais e perigosas e, de outro lado, o Supremo Tribunal de Justiça se vê obrigado a revisar decisões do Presidente da República para determinar a compra de vacinas, a adoção de medidas de distanciamento social e a imposição de regimes de quarentena, temos dois Poderes em claro conflito. O conflito entre estes poderes e as diretivas contraditórias que emitem têm reflexo no comportamento habitualmente convergente social, pois é o fato de as autoridades considerarem uma regra como dotada de autoridade, que implica na necessidade do agente privado de agir de acordo com aquela regra.

Se as autoridades não parecem conseguir chegar a um acordo e passam a se contradizer nas diretivas que emitem, então isso naturalmente terá reflexos no surgimento de um comportamento social divergente, cada parte da população defendendo os critérios de validade de uma ou outra autoridade. O mesmo acontece com as autoridades. O conflito entre um Presidente da República e o Supremo Tribunal Federal e a disputa pela palavra final sobre determinado assunto, no cenário exposto, chegou a tal ponto que as próprias autoridades se viram obrigadas a tomar posição, o que finalmente levou à um sistema completamente fraturado no qual a própria existência de uma regra de reconhecimento estaria em questão.

Nas ruas, discussões foram registradas pelos jornais em todo o Brasil de pessoas utilizando máscara com pessoas que se recusavam a utilizar o equipamento de proteção individual. Houve ampla discussão social sobre a obrigatoriedade das vacinas, com grande parte da população recusando-se a tomar a injeção, seguindo as instruções do Presidente da República, que afirmou não ter tomado durante todo o seu mandato (ainda que tenha se recusado a apresentar sua carteira de vacinação como prova, gerando inclusive suspeitas de fraude no documento – TAVARES, FLOR, CAMARGO, AMATO, SADI, NETTO, FALCÃO, ALVES NETO, 2023[107]). A dificuldade de gerar um comportamento convergente no trato da pandemia foi socialmente tão grande, que invadiu todas as esferas da vida pública e privada, gerando intrigas familiares entre aqueles que morando na mesma casa, se dividiam em pessoas que respeitavam e não respeitavam o isolamento social.

Publicamente, como mencionamos anteriormente, o Presidente da República agia de forma negacionista, inclusive se recusando a acreditar que os hospitais estavam superlotados,

---

[107] Ver mais em: https://g1.globo.com/politica/noticia/2023/05/03/dados-de-vacinacao-de-bolsonaro-foram-inseridos-e-apagados-de-sistema-as-vesperas-de-viagem-aos-eua-diz-pf.ghtml. Acessado em: 04/03/2025.

sugerindo que as pessoas invadissem os locais para filmar e verificar se os leitos estavam ocupados. Tudo isso em meio à uma crise sanitária viral de nível mundial. Ainda outras questões foram objeto de disputa, como a agenda ambiental na qual o Presidente da República havia prometido ao agronegócio a redução de aplicação de multas e mesmo de fiscalização dos órgãos ambientais, fato diretamente relacionado com as queimadas históricas que ocorreram no Brasil em 2019 na Amazônia[108], onde, dentre outros fatores, o fogo foi utilizado para a expansão da fronteira agrícola no bioma protegido. A crise sistêmica se espalhou por diversos aspectos da vida brasileira nesta época, envolvendo os mais variados órgãos administrativos, como órgãos de investigação de crimes financeiros, órgãos ambientais, órgãos de saúde, e as polícias e forças armadas, todos encurralados em uma disputa sobre a autoridade máxima do sistema. Nesse sentido, podemos resgatar a teoria de Hart para nos auxiliar a compreender um fenômeno deste tipo. Sobre o assunto, ensina Coleman:

> A existência do ponto de vista interno é o que marca a diferença entre o comportamento regularizado – ou comportamento no qual as pessoas se engajam "como regra" – e o comportamento regido por regras – comportamento que é regulado por uma regra. Se a maioria daqueles cujo comportamento se convergiu de alguma forma (por exemplo, habitualmente) não compartilha a visão de que seu comportamento na área convergente é regido por uma regra, então não está sendo regido por uma regra social. A capacidade de uma regra social de regular o comportamento depende do fato de que os indivíduos consideram o comportamento convergente de si mesmos e dos outros como guiado pela regra (COLEMAN, 2009, p. 82).

O que acontece, porém, quando as instituições que compõe o sistema estatal perdem a capacidade de chegar à um consenso sobre os critérios da regra de reconhecimento? Se a capacidade da regra de reconhecimento de existir depende do ponto de vista interno e da aceitação (ou da ação social na forma de uma aceitação), então o que acontece quando de forma generalizada as autoridades passam a discordar sobre os limites de exercício de cada poder? O que acontece se o Poder Judiciário discordar do Poder Legislativo sobre quem detém o poder para decidir determinada matéria? E ainda mais, trazendo o cenário exposto do inquérito das *fake news* à discussão: o que acontece se essa indeterminação se tornar tão generalizada que todas as instituições envolvidas na manutenção do Estado sejam obrigadas a tomar partido?

Se Hart estiver correto em afirmar que o motivo para seguir uma convenção social é o fato de que outros à seguem[109] e que a regra de reconhecimento é um fenômeno convencional,

---

[108] Ver mais em: https://www.wwf.org.br/?73282/Amazonia-Cerrado-e-Pantanal-somam-123326-focos-de-queimadas-em-2019. Acessado em 04/03/2025

[109] "As normas são práticas sociais convencionais quando a obediência geral de um grupo a elas está entre as razões que levam os membros individuais do grupo a aceitá-las; em oposição a isso, as práticas meramente convergentes, como a moral partilhada pelo grupo, não são instituídas por convenção, mas pelo fato de que os membros do grupo

então conseguimos explicar o motivo da alta divergência social de comportamento durante a pandemia. Com a fratura da convencionalidade harmônica do sistema e colapso da convergência do ponto de vista interno em relação a regra de reconhecimento, agora dividido entre diversas interpretações abusivas nascidas da relação disfuncional entre os Poderes, as diretivas emitidas pelas autoridades passaram a exigir do agente privado que decidisse qual autoridade seguir, de forma que tanto os agentes privados quanto os órgãos públicos se viram tendo de escolher entre interpretações conflitantes com consequências imprevisíveis sob pressão institucional vinda dos três Poderes.

Este aspecto ainda colabora para a ampla polarização social, pois aqueles que decidirem seguir uma regra, aplicarão a sua atitude o ponto de vista interno, segundo o qual julgarão o comportamento dos outros com base na regra que seguem. Todavia, de outro lado, aqueles que reconhecerem a autoridade do outro lado da disputa, farão o mesmo. E com isso teremos um cenário estranho, similar ao caso em que um jogador de xadrez corrige os movimentos de um jogador de dama com base nas regras do xadrez.

O cenário fático que analisamos, considerados os abusos sistêmicos de discricionariedade e os ataques entre os Poderes, principalmente em relação a disputa por competência para decidir determinadas matérias, é um cenário muito similar ao que apresentamos como exemplo de cenário patológico na terminologia de Herbert Hart. No caso que mencionamos, ocorrido na África do Sul, houve uma disputa entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo sobre a interpretação de um determinado dispositivo jurídico. O Poder Judiciário cassou as decisões do Poder Legislativo que atuavam com base na interpretação considerada ilegal. Como resposta, o Poder Legislativo criou uma espécie de tribunal para cassar as decisões do Poder Judiciário.

A análise de Hart sobre o resultado da continuidade de uma disputa deste tipo se demonstra precisa:

> Se esse processo não tivesse sido detido (porque o governo julgou desaconselhável essa forma de impor sua vontade), teríamos tido uma oscilação interminável entre duas interpretações sobre a competência do poder legislativo e, portanto, sobre os critérios de validade do direito. As condições normais de harmonia oficial, e especialmente judicial, em presença das quais é possível identificar a norma de reconhecimento do sistema, teriam sido suspensas. Contudo, a grande maioria das operações jurídicas não relacionadas com essa questão constitucional continuaria como antes. Até que a população ficasse dividida e a “lei e a ordem” entrassem em

---

têm agido e se comportado de determinadas maneiras e continuam geralmente a fazê-lo pelas mesmas razões, embora de maneira independente. (HART, 2009, p. 330)

> colapso, seria equivocado dizer que o sistema jurídico original cessara de existir: pois a expressão "o mesmo sistema jurídico" é ampla e elástica o suficiente para que não seja preciso postular que um consenso oficial unificado a respeito de *todos* os critérios originais de validade jurídica é condição necessária para que o sistema jurídico permaneça "o mesmo". Podemos, na verdade, apenas descrever a situação da forma como fizemos e considerá-la um caso anormal, abaixo dos padrões, contendo em si mesmo a ameaça de dissolução do sistema jurídico. (HART, 2009, pp. 157-158)

Retomando o argumento de Joseph Raz da concepção da autoridade como serviço, temos um cenário de completo fracasso sistêmico, que se reflete no fim do comportamento habitualmente convergente social, decorrente da falha de convergência do ponto de vista interno por parte das autoridades, que através de suas ações sociais indicam reconhecer diferentes fontes jurídicas e, por isso mesmo, diferentes regras de reconhecimento. Neste cenário, falha por completo a tese da preempção, uma vez que o agente privado perde a capacidade de reconhecer a autoridade de uma diretiva, vez que existem diretivas contraditórias em vigor, sendo impossível identificar qual a razão protegida para ação, ficando para a escolha de cada agente privado qual autoridade seguir.

Cenários deste tipo parecem ser mais comuns do que a teoria do direito até agora demonstrou. Pode-se dizer que, em geral, a filosofia positivista que estudamos aqui foi voltada para a compreensão de sistemas estáveis e para o significado do conteúdo jurídico para as autoridades (na forma do ponto de vista interno de Hart e excluindo a teoria de Raz altamente preocupada com o agente privado) e apenas tangencialmente trataram dos temas que podem levar ao desmantelamento de um sistema jurídico ou à profundas alterações na regra de reconhecimento, de forma que teríamos dificuldade de afirmar se ainda estamos tratando do mesmo sistema.

A estratégia adotada pela tese de apresentar a perspectiva do agente privado e utilizar Joseph Raz para fundamentar filosoficamente a posição deste agente, nos permite ver com mais clareza que a estabilidade dos sistemas, fora das discussões semânticas das cortes, é bem menos rígida do que muitas de nossas pesquisas demonstram. Ademais, a presunção de má-fé dos agentes públicos no exercício da discricionariedade, comumente utilizada nesta tese, entra em conflito com as várias presunções de boa-fé que Hart faz para explicar sua teoria. Isto pode ser um reflexo direto de nossos diferentes contextos sociais e políticos.

A Inglaterra possui um dos sistemas mais antigos e estáveis do mundo. O Brasil, por sua vez, vive neste momento o seu regime político mais longevo desde o fim da República Velha em 1930, tendo comemorado recentemente os 40 anos da redemocratização (CÂMARA

DOS DEPUTADOS, 2025)[110]. A República Velha (1889-1930) foi instaurada após a derrubada militar e civil do império (agosto de 1889). Antes disso o Brasil era um império (1822-1889) e antes disso uma colônia (1500-1822). Depois da República Velha foi uma ditadura (1930-1945), novamente uma democracia (1945-1964), novamente uma ditadura (1964-1885), e agora uma democracia (1985-2025). Quebras de regime não são exceções na história brasileira, mas bastante comuns.

Neste sentido, é relevante o estudo das características de um sistema jurídico em crise, considerando que existem países que vivem em crise jurídica permanente ou intermitente constante. Ademais, importante ressaltar que na cultura brasileira está longe de ser um consenso ou uma crença majoritária a defesa da democracia e ainda existem aqueles que abertamente chamam o golpe militar de 1964 de revolução, sendo ainda celebrado o evento do golpe entre as altas patentes das forças armadas e em todas as faixas socioeconômicas da população (BERGAMO, 2025)[111].

Retomando o cenário no qual se inseriu o Inquérito das *Fake News,* a conclusão que devemos tirar é que novamente a perspectiva de Joseph Raz é importante para compreender a autoridade do direito e em que sentido ela importa para o agente privado. Baseando a autoridade do direito nos valores e na liberdade dos agentes públicos e privados, Raz nos permite ter uma compreensão mais realista sobre os motivos pelos quais consideramos o conteúdo jurídico como razões para agir, naquela área em que consideramos legítima a terceirização de nossa autonomia para decidir.

Ainda, a visão de Raz ajuda a compreender o cenário de crise sistêmica, no qual a identificação da regra de reconhecimento e seus critérios se torna dificultada pelo fraturamento da convencionalidade harmônica exigida para a estabilidade do sistema. Neste cenário, podemos esperar novamente que os agentes privados exerçam sua liberdade no reconhecimento da autoridade e, considerando que dois modelos de critérios distintos se propõem como válidos por uma convencionalidade fraturada, então novamente a autoridade que será considerada como tal dependerá do exercício da liberdade e dos valores do indivíduo.

---

[110] Ver mais em: https://www.camara.leg.br/noticias/1140355-ha-40-anos-brasil-encerrava-ditadura-militar-e-caminhava-para-a-redemocratizacao/. Acessado em 19/03/2025.
[111] Ver mais em: https://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/2025/03/clube-militar-cobra-r-100-por-ingresso-em-almoco-que-celebra-a-ditadura-de-1964.shtml. Acessado em 13/03/2025.

Pois não estamos mais tratando de um sistema harmônico, no qual a delegação de nossa competência para decidir seja um ato moralmente legítimo em razão da facilidade que o direito cria para coordenar questões sociais massivas, dentre outras coisas. Pelo contrário, estamos tratando de um cenário de disputa entre critérios distintos de validade, sem a existência de acordo entre as autoridades, de forma que o ato de seguir o direito se torna difícil ou impossível, se tornando necessário escolher primeiro a autoridade a ser seguida, diante da ausência da necessária harmonia sistêmica. Crise de coordenação social é, aparentemente, o evento que se segue à crise sistêmica institucional e foi o que vimos no Brasil no período entre 2019 e o início de 2023.

Por hora, ao que tudo indica, a crise sistêmica do período foi relativamente superada, ou está temporariamente suspensa, mas não temos nenhum motivo para imaginar que continuará dessa forma. Não pretendo aqui fazer nenhum exercício de futurologia, mas uma previsão sobre um possível problema que teremos que enfrentar como resultado da crise sistêmica descrita pode ser mencionado. Afirmamos no capítulo anterior que no período descrito, aparentemente, havia uma disputa por dois modelos de direito, por dois limites dos Poderes, e assim uma disputa disfuncional que conteria em si mesma a possibilidade de quebra do regime, de imposição ou adoção de uma nova regra de reconhecimento, ou de alterações profundas na regra de reconhecimento vigente.

A primeira planejava, pelo que indicam os fatos, suplantar o Estado Democrático de Direito, reduzir os poderes ou encerrar as atividades do Supremo Tribunal Federal, para poder implantar suas políticas econômicas, ambientais e morais sem a resistência do sistema de freios e contrapesos que fundam nosso sistema democrático. A segunda, era a regra em vigência, cuja manutenção diante do cenário de crise custou caro para o seu conteúdo, tendo sido operadas alterações significativas na regra de reconhecimento original.

A previsão que gostaria de registrar aqui é que ainda não vivemos todas as consequências da abertura do Inquérito das *Fake News***.** Devemos lembrar que, com razão ou não, o Poder Judiciário interferiu diretamente no resultado de duas eleições presidenciais e tudo indica que interferirá novamente nas eleições de 2026. O sistema parece ter se estabilizado e o Inquérito das *Fake News*, juntamente com suas interpretações, conclusões e precedentes foi incorporado ao sistema, havendo convergência do ponto de vista interno das autoridades sobre o assunto, neste momento.

Por quanto tempo essa estabilidade permanecerá, não dispomos de ferramentas para dizer. Todavia, podemos com alguma certeza imaginar que ainda teremos que enfrentar os reflexos da interpretação do Supremo Tribunal Federal. Sua interpretação é um caso claro de abuso de discricionariedade que alterou profundamente o conteúdo do direito e os limites do poder de atuação da Corte. Mesmo aqueles que se posicionaram em favor da abertura do inquérito, apresentam argumentos de natureza mais política que normativa para justificar a sua validade, como é o exemplo de Estefânia Barboza, professora de Direito Constitucional, em entrevista para a BBC:

> Já Estefânia Barboza, professora de Direito Constitucional da Universidade Federal do Paraná (UFPR), avalia que o regimento interno do STF dá margem para a instauração e o avanço do inquérito. Segundo Barboza, há que se considerar as "circunstâncias excepcionais" em jogo. "Dentro de um contexto de normalidade, em que todas as instituições estivessem funcionando, com respeito às decisões de cada instituição, talvez não tivéssemos o STF instaurando o inquérito", afirma. No entanto, diz ela, o Ministério Público Federal não tomou qualquer providência para investigar fake news contra ministros do STF - cenário que, segundo a professora, justifica a ação do tribunal. Barboza diz que tem havido uma disseminação deliberada de mentiras para atacar a honra dos ministros e minar sua legitimidade, o que, segundo ela, põe a democracia brasileira em risco. Ela afirma que os ataques integram uma ofensiva abrangente de caráter "fascista" contra instituições democráticas em vários países. "O regime democrático precisa ter engrenagens de contenção que façam sua defesa. A Constituição não aceita ditadura, nem a desestruturação dos poderes", afirma. (FELLET, 2020)[112]

Conforme explica, o cenário de crise sistêmica, de abusos na atuação da Procuradoria Geral da República e de ataques organizados ao Estado Democrático de Direito justificariam a abertura do inquérito. Como muitos juristas mantenho alguma concordância com a fala da autora e, pelo que demonstramos, na hipótese em que o Supremo Tribunal Federal tivesse permanecido omisso, possivelmente não mais estaríamos vivendo no regime democrático fundado em 1988. Não nos interessa aqui criticar a posição da autora, mas reconhecer em sua posição o fato que estamos defendendo desde o começo desta tese: o conteúdo jurídico não é formado apenas por regras jurídicas, no sentido arcaico do termo, mas por fontes sociais de forma ampla, podendo inclusive uma crise sistêmica criar alterações permanentes na regra de reconhecimento.

Em termos de semântica, poderíamos distinguir entre conteúdo jurídico e regras jurídicas, preservando este termo para as fontes tradicionais de direito e utilizando este último para tratar a forma como o agente privado experiencia o fenômeno em situações práticas. O ponto se torna mais evidente se assumirmos que na perspectiva do agente privado não é o

---

[112] Ver mais em: https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52827790. Acessado em 04/03/2025.

ordenamento jurídico que contém o conteúdo do direito, mas é a forma como o direito é exercido sobre o agente privado que contém este conteúdo. Disso segue a importância de reconhecer zonas de incompletude, de discricionariedade delegada ou oculta e, principalmente, zonas nas quais questões sociais complexas podem estimular abuso de discricionariedade.

Por todo o exposto, devemos concluir que existe uma diferença entre a regra de reconhecimento se encontrar em zona de disputa, que é seu caráter necessário, e a regra de reconhecimento se encontrar em crise sistêmica, que é o cenário no qual não existe certeza sobre a autoridade autorizada para emitir diretivas, gerando fraturamento da convencionalidade harmônica habitual do direito, divergência no comportamento social em razão da incapacidade de identificar as fontes mesmo em casos que seriam claros num sistema estável, alterações profundas na regra de reconhecimento e, possivelmente, a quebra do regime vigente.

5.3. CONTEÚDO E FONTES JURÍDICAS NA PERSPECTIVA DO AGENTE PRIVADO

No início desta tese nos propusemos a tentar responder algumas questões, sendo a principal delas a possibilidade de um conceito de validade jurídica eficaz para o agente privado que busca utilizar as fontes jurídicas em inferências práticas. Para descrever a forma como o agente privado experiencia o direito, utilizamos a teoria da autoridade de Joseph Raz, que oferece os instrumentos teóricos necessários para compreender a ação racional deste tipo de agente. Vimos que a autoridade do direito é meramente alegada e que se faz necessário que esta autoridade obtenha sucesso em se estabelecer como tal, o que apenas pode acontecer se forem cumpridos requisitos mínimos de racionalidade, intimamente conectados com o uso que os agentes privados fazem do direito.

O cenário de crise sistêmica exposto na forma da análise do período político brasileiro entre 2019 e 2023, bem como sua relação com o desenrolar do Inquérito das *Fake News*, confirma de certa forma as análises de Joseph Raz. Ao falhar em estabelecer a autoridade de um direito unificado na atuação relativamente harmônica das autoridades e dos Poderes, houve uma quebra da convencionalidade que reconhece as fontes de autoridade do sistema que, por sua vez, gerou uma crise social generalizada sobre o comportamento adequado a ser assumido. O fato de a crise ter se espalhado pelos diversos órgãos administrativos que tiveram que tomar as mesmas decisões levou à um cenário de diversas diretivas contraditórias, que tornaram o cenário de identificação do conteúdo jurídico amplamente caótico, o que se refletiu em conflito

de coordenação social, como comentado no caso da pandemia. A capacidade do agente privado de realizar inferências práticas se tornou também a necessidade de escolher a autoridade cujas diretivas seriam seguidas. A redução de esforços na tomada de decisões que o direito deve prover fracassou. Num cenário deste tipo, nossa capacidade de identificar o conteúdo jurídico se torna bastante limitada.

Vale lembrar que, em geral, os tribunais continuaram funcionando normalmente nos seus assuntos de forma que grande parte do direito se mantinha em funcionamento regular. Todavia uma série de casos ambientais surgidos dos conflitos entre o Poder Executivo e a legislação ambiental, que obrigaram ação de órgãos judiciais. e surgidos também da dificuldade de coordenação pandêmica, foram enfrentadas pelas cortes que se viram colocadas num cenário de absoluta incerteza sobre os critérios da regra de reconhecimento, uma vez que o próprio reconhecimento das autoridades capazes de emitir diretivas se tornou dificultado, com ilegalidades em ambos os lados.

A ordem de prisão do ex-Deputado Federal Daniel Silveira e o terceiro cenário mental analisado, no qual analisamos uma conversa fictícia entre Daniel Silveira e um advogado consultivo é emblemática desta dificuldade. O Inquérito das *Fake News* foi aberto em clara discricionariedade abusiva, muito fora dos casos limítrofes que poderíamos considerar adequados, uma vez que sua interpretação induz a noção de que o Supremo Tribunal Federal possui poder inquisitorial criminal em qualquer caso que for do seu interesse, ferindo de forma profunda os critérios aceitos como válidos em nosso sistema, um deles sendo a adoção do modelo acusatório criminal como a regra. Tal interpretação já existia quando o inquérito foi aberto, ainda assim seria difícil prever que a Corte emitiria ordem de prisão em flagrante delito contra Deputado Federal.

Como afirmamos no caso do terceiro cenário mental, o advogado consultivo atento ao fato de que o conteúdo jurídico vai muito além das fontes tradicionalmente vistas como jurídicas (leis, precedentes, etc.), seria obrigado a informar que a despeito da prerrogativa da Procuradoria Geral da República para denúncia criminal de um Deputado Federal, o Brasil estava em cenário de crise sistêmica, com o uso generalizado de abuso de discricionariedade por parte das autoridades e total quebra da harmonia sistêmica, além do fato que existia um processo inquisitorial em andamento contra a divulgação de notícias falsas, de forma que existiam riscos previsíveis e imprevisíveis de medidas excepcionais serem tomadas contra Daniel Silveira.

Não podemos, porém, presumir que a dificuldade de identificar fontes está limitada aos cenários de crise sistêmica. O maior diagnóstico teórico contido nesta tese sobre a possibilidade de um conceito prático para identificação do conteúdo jurídico é a textura aberta do direito de Hart. Se sempre haverá zonas de incompletude ou incerteza e se não somos capazes de superar por completo nossas deficiências de indeterminação de fatos e objetivos, então a conclusão necessária é que sempre existirão casos nos quais o conteúdo jurídico não pode ser conhecido *ab initio*, apenas *ex post facto*. Se isto for verdade para as autoridades que buscam aplicar o direito, então também será para os agentes privados que buscam prever o direito.

Os exercícios destas duas funções são amplamente distintos, como defendemos ao apontar a perspectiva do agente privado como privilegiada para compreender o problema da identificação do conteúdo jurídico. De toda forma, ambos estarão reféns da textura aberta do direito. Sobre o assunto ensina Hart:

> Para a pergunta "por quê?", acho que a resposta curta é: porque somos homens, não deuses, e como parte da condição humana, podemos nos ver diante de situações nas quais precisamos escolher o que fazer sob duas limitações. A primeira eu chamo de Ignorância Relativa dos Fatos, e a segunda eu chamarei de Indeterminação Relativa do Objetivo. Esses dois fatores podem nos confrontar em uma esfera específica, sozinhos ou em conjunto: em qualquer esfera na qual queiramos regular antecipadamente por meio de princípios gerais ou regras a serem invocadas em ocasiões particulares sucessivas à medida que surgem, encontramos nossa capacidade limitada por eles. Às vezes, a limitação imposta pelos fatores é tão evidente desde o início que não tentamos estabelecer regras específicas, mas desde o começo conferimos jurisdição discricionária a algum oficial ou autoridade: esses são casos de Discricionariedade Declarada. Em outras esferas onde essas limitações não são tão evidentes, tentamos estabelecer regras, e embora possamos seguir felizes com elas em uma ampla área, surgem casos em que, em face disso, as regras falham e não fornecem uma resposta única em um caso específico: esse é o caso da Discricionariedade Tácita ou Disfarçada (HART, 2013, p. 661).[113]

Analisamos amplamente os tipos de discricionariedade mencionados neste trecho e nossa condição humana marcada por indeterminação de fatos e objetivos. Em um sistema relativamente estável, concluímos que podemos delimitar casos claros de aplicação de regras jurídicas e casos limítrofes nos quais algum tipo de discricionariedade deverá ser utilizado, uma

---

[113] Tradução do autor: “To the question *why*, I think the short answer is: because we are men, not gods, and as part of the human predicament we may find ourselves faced with situations where we have to choose what to do under two handicaps. The first I call Relative Ignorance of Fact, and the second I shall call Relative Indeterminacy of Aim. These two factors may face us in a given sphere alone or jointly: in any sphere in which we may want to regulate in advance by general principles or rules to be invoked in successive particular occasions as they arise, we find our capacity limited by them. Sometimes the limitation imposed by the factors is so patent at the outset that we do not attempt to lay down specific rules but *ab initio* confer discretionary jurisdiction on some official or authority: these are cases of Avowed Discretion. In other spheres where these limitations are not so patent, we do attempt to lay down rules, and though we may proceed happily with them over a wide area, cases arise where in offense the rules break down and supply no unique answer in a given case: this is the case of Tacit or Disguised Discretion”.

vez que existe neste sistema uma "aceitação" mais ou menos harmônica da regra de reconhecimento, havendo dúvidas quanto à alguns de seus critérios, sem que essas dúvidas levem a alteração profunda da regra de reconhecimento, mas apenas à delimitação discricionária de seus critérios.

Defendemos que se existem casos claros e limítrofes de aplicação de uma regra jurídica, pressupõe-se a existência de um limite, e assim de casos nos quais a aplicação de uma regra sob uma determinada interpretação não configura um caso legítimo de discricionariedade, especialmente no caso em que a discricionariedade provocar ruptura da regra de reconhecimento colocando em dúvida a sua existência e autoridade. Se identificar o conteúdo jurídico não é sempre possível, podemos concluir com estas proposições que também não é absolutamente impossível.

Importante destacar aqui que a análise que fizemos da tese da discricionariedade e da diferença entre discricionariedade legítima e não legítima pressupõem a nossa capacidade de chegar a algum consenso sobre o conteúdo jurídico, ainda que na forma muito limitada da "aceitação" por parte das autoridades. Onde sofremos de indeterminação de fatos e objetivos, somos capazes de utilizar a ferramenta da discricionariedade para incluir os infinitos cenários do mundo em nosso sistema e raciocínio jurídico. Não podemos confundir a discricionariedade, porém, com o uso do "bom senso", naquele sentido em que René Descartes menciona o termo na abertura de seu Discurso do Método[114].

Assim como Descartes defendeu e como Hart bem apontou, o exercício da discricionariedade (ou o uso da razão no caso de Descartes) dependem não apenas do bom senso, mas de um método, de uma aplicação adequada da razão. Em situação harmônica, um sistema jurídico deve ser capaz de reconhecer casos claros e limítrofes na aplicação de regras. E deve ser capaz de exercer a discricionariedade sem alterar questões profundamente características do sistema, ou seja, sem colocar em dúvida se ainda estamos tratando do mesmo sistema.

---

[114] "Inexiste no mundo coisa mais bem distribuída que o bom senso, visto que cada indivíduo acredita ser tão bem provido dele que mesmo os mais difíceis de satisfazer em qualquer outro aspecto não costumam desejar possuí-lo mais do que já possuem. E é improvável que todos se enganem a esse respeito; mas isso é antes uma prova de que o poder de julgar de forma correta e discernir entre o verdadeiro e o falso, que é justamento o que é denominado bom senso ou razão, é igual em todos os homens; e assim sendo, de que a diversidade de nossas opiniões não se origina do fato de serem alguns mais racionais do que outros, mas apenas de dirigirmos nossos pensamentos por caminhos diferentes e não considerarmos as mesmas coisas. Pois é insuficiente ter o espírito bom, o mais importante é aplicá-lo bem." (DESCARTES, 2008, p. 37)

Nos casos do licenciamento ambiental e do usuário de *cannabis*, temos claros casos de reconhecimento de casos limítrofes para os quais estabelecer regras exaustivas não seria suficiente. O uso da discricionariedade nestes casos possui um tipo de racionalidade coerente com o sistema jurídico e com a realidade fática. Ao permitir que o técnico ambiental exija estudos além dos previstos em legislação, reconhecemos que não conhecemos todos os fatores que podem estar envolvidos na instalação e operação de um determinado empreendimento. Também ao permitir alguma discricionariedade para as polícias decidirem se quantias superiores ou inferiores a 40g de *cannabis* poderiam configurar crime de tráfico, leva em consideração os mesmos fatores.

As decisões são amplamente compatíveis com o sistema jurídico como um todo, mantendo sua harmonia e aprimorando a regra de reconhecimento, ao invés de provocando sua ruptura. Da perspectiva das autoridades responsáveis pela aplicação do direito, existe toda uma coerência interpretativa nestes dois casos. É claro que respostas contraditórias ou apenas diferentes podem ser consideradas como exercícios legítimos de discricionariedade, na medida em que o sistema possui textura aberta o suficiente para permitir padrões divergentes.

Da perspectiva do agente privado, a situação é mais complicada, pois, como afirmamos anteriormente, este agente não ganha poder para decidir quando há dúvida, mas fica incumbido do dever de prever o direito, o que significa ter que prever as possibilidades de decisões discricionárias, suas divergências e, seja em cenário de crise sistêmica ou harmonia relativa, prever que a textura aberto do direito também permite a atuação de má-fé da autoridade que primeiro toma sua decisão e depois busca num catálogo de normas qualquer justificativa para ela.

Nessa perspectiva, podemos explicar em melhores termos como as fontes são qualificadas como jurídicas ou não na perspectiva do agente privado. Este agente não tem a intenção de identificar o padrão moral mais adequado com o ordenamento quando toma decisões, como teria o agente público de boa-fé, nos casos em que a aplicação de um padrão moral fosse exigida. Sua intenção é compreender qual padrão moral será considerado adequado na tomada de decisões das autoridades. Em sua agência, no exercício de sua razão, nosso agente já decidiu os padrões que guiam sua conduta: um fim específico dentro da legalidade, o que em sua visão significa “com aprovação dos órgãos públicos” e/ou “sem reprovação dos órgãos públicos.

Dessa forma, devemos retomar uma breve distinção semântica feita ao longo desta tese, que podemos diferenciar entre os conceitos de conteúdo jurídico e fontes jurídicas. Como fontes trataríamos aquelas disponíveis para as autoridades *ab initio*, seja na forma de regras conclusivas, seja na delegação de autoridade. Como conteúdo jurídico, poderíamos considerar a forma como o direito efetivamente se exerce sobre o agente privado. Pouco sentido faria em chamar de ilegal uma decisão final que impõe consequências para o agente privado: em sua visão, toda decisão é o direito e toda possibilidade de decisão é conteúdo relevante.

A legalidade na perspectiva do agente privado, em comparação com as autoridades, é bastante ampla e pode englobar todos os aspectos importantes para a tomada de uma decisão. Inclusive aspectos abusivos ocultos, como na possível influência do racismo estrutural brasileiro, que mencionamos no segundo capítulo, na tomada de decisões. Para o juiz, ainda que este possa ser um fundamento de sua decisão, jamais tal fundamento constará do ato público. Para o agente privado, os contexto sociológicos, políticos, religiosos, morais e etc. são relevantes, uma vez que, retomando uma proposta da introdução do trabalho, devemos enxergar através da cortina de fumaça linguística das decisões dos tribunais e autoridade administrativas, para que possamos agir com base em fundamentos mais sólidos que aqueles consignados nas decisões.

Sobre a possibilidade de criar um método prático para a identificação do conteúdo jurídico, nossa resposta deve ser relativamente negativa. Possuímos ferramentas que nos fornecem alguma segurança na tomada de decisões com base no direito e temos a sorte de muitos casos poderem ser qualificados como claros. Nossa capacidade de identificar casos claros e limítrofes nos permite realizar análise de risco da ação pretendida. Além disso, ao considerar que questões sociais complexas podem determinar o resultado de uma decisão administrativa ou judicial, compreender em detalhes o contexto político e institucional no qual se insere a demanda parece ser de fundamental importância. Isto é o que faz o advogado ambiental quando recomenda a seu cliente que faça um acordo com o Ministério Público. Uma análise estrutural do fenômeno jurídico, envolvido em todas as camadas da vida pública e privada, pode nos fornecer as soluções que precisamos para navegar o direito.

Devemos também distinguir entre cenários harmônicos e cenários de crise. Um sistema pode entrar em crise apenas parcialmente, enquanto continua operando normalmente na maior parte dos casos. Identificar os locais de crise sistêmica é uma ferramenta importante para que o agente privado saiba quando deverá exercer prudência diante da possibilidade de medidas

excepcionais. No caso de cenários relativamente harmônicos, onde a convencionalidade habitual do direito não está fraturada, o agente privado terá maior segurança em suas previsões e a estabilidade do sistema tende a prevenir por seus próprios mecanismos os desvios de conduta, uma vez que a regra de reconhecimento está em zona de disputa, que é sua condição necessária, mas não em crise generalizada onde há dúvidas sobre a própria manutenção de sua existência.

Todavia, como Hart e Raz, não me arriscaria aqui a oferecer um método exaustivo para a identificação do conteúdo jurídico, nem mesmo penso tal tarefa ser possível. A tese da convencionalidade implica no fato de que o conteúdo do direito está em permanente disputa e a tese da discricionariedade demonstra a possibilidade de infinitas soluções para um mesmo caso limítrofe, soluções que podem inclusive ser contraditórias entre si, mas coerentes com o sistema de uma forma geral. Se algum método pode ser retirado desta tese será apenas na forma das ferramentas pensadas – com base na fenomenologia da linguagem aplicada por Hart na análise de casos claros e limítrofes, com a previsão do risco de discricionariedade abusiva e a consideração se a matéria se encontra em cenário de relativa harmonia convencional ou embaraçada em crise sistêmica generalizada – e não de uma fórmula exaustiva.

6. CONCLUSÃO

O presente trabalho se propôs a utilizar as ferramentas da filosofia analítica do direito, principalmente com base nas obras de Herbert Hart e Joseph Raz, juntamente com a filosofia da linguagem que baseia as teorias dos autores, para estudar o problema da identificação do conteúdo jurídico. A hipótese proposta para a pesquisa é a de que uma análise do conceito de direito e identificação do conteúdo jurídico que levasse em consideração a experiência fenomenológica do agente privado ofereceria uma perspectiva privilegiada para a análise do problema. Para sustentar a importância do problema da identificação do conteúdo jurídico e a conveniência da perspectiva do agente privado, apresentamos dois cenários fictícios nos quais analisamos a forma como pensam os advogados consultivos e agentes privados que buscam agir de forma preventiva, utilizando as fontes jurídicas para realizar inferências práticas sobre modulação de conduta social.

Vimos que existem muitos casos nos quais a identificação da ação adequada em termos jurídicos pode ser bastante simples, como no caso dos leis de trânsito. Todavia, nos cenários fictícios identificamos a existência de situações problemáticas, nas quais o agente privado terá de identificar o direito que será sobre si praticado com base em fontes que não são exatamente jurídicas. No contexto da Lei de Tóxicos e Tema de Repercussão Geral nº 506 do Supremo Tribunal Federal, percebemos a existência de indeterminação legal sobre os critérios de distinção entre traficantes e usuários, o que severamente limita a capacidade do agente privado de planejar seu comportamento, no caso do usuário de cannabis.

No contexto do licenciamento ambiental, temos cenário ainda mais complexo, no qual a Resolução CEMA nº 107, de 09 de setembro de 2020 também contém elementos de indeterminação, mas no qual toda uma outra série de problemas e entraves podem ser enfrentadas pelo agente privado. Vimos que a Lei de Crimes Ambientais concede ao Ministério Público um poder coercivo especial sobre o técnico ambiental, e que as Cortes estão limitadas em sua capacidade de invasão de áreas de competência técnica administrativa. Neste cenário, a indeterminação normativa permite o surgimento de um cenário de alta divergência entre os diversos agentes públicos, existindo clara relação de poder e hipossuficiência entre as partes.

A análise dos casos permitiu identificar que autoridades públicas e agentes privados possuem uma relação muito distinta com o problema da indeterminação jurídica. Enquanto autoridades ganham poder para decidir, onde o direito é incompleto, o mesmo benefício não é

estendido ao agente privado, naquele cenário específico em que busca identificar o direito de forma preventiva. Este agente agora ganhará um novo ponto de indeterminação: a inserção de elementos extrajurídicos, muitas vezes imprevisíveis na identificação *ab initio* do conteúdo jurídico válido e apenas conhecidas *ex post facto*, uma vez que dependem da efetiva decisão posterior. Além disso, o agente será obrigado a considerar questões sociais complexas.

No caso da Lei de Tóxicos, mencionamos que o racismo estrutural, discriminação econômica e outros elementos conscientes ou inconscientemente enviesados, podem ser determinantes na ocorrência de abordagem policial ou mesmo na classificação a ser imposta pelo tribunal. No caso da Lei de Crimes Ambientais, mencionamos a possibilidade de uso do cargo do Ministério Público para o exercício enviesado de ativismo ambiental ou para a persecução de outros interesses alheios à legislação ambiental. Em ambos os casos podemos verificar que nas áreas de incompletude jurídica o agente privado será obrigado a exercer uma atividade de inferência que beira à "divinação".

O quadro exposto pelos cenários permitiu que o problema da identificação do direito na perspectiva do agente privado fosse apresentado, conectando a hipótese com os motivos de sua relevância, além de ter revelado conclusões importantes sobre o caráter muito amplo das fontes necessárias para que o agente privado tome decisões em casos em que existe divergência, incompletude ou vagueza na linguagem das fontes tradicionais de direito. Ainda, deverá considerar a possibilidade da existência de agentes de má-fé, que primeiro tomam sua decisão com base em valores morais e depois escolhem num catálogo de normas uma fundamentação normativa qualquer para sua decisão.

Apresentada a hipótese e os problemas enfrentados pelo agente privado, a tese passou à construção de um quadro teórico adequado para o estudo da natureza prática da experiência jurídica. A teoria prática da autoridade de Joseph Raz foi de extrema importância para explicar teoricamente os mecanismos de autoridade em prática sobre o indivíduo que é participante de um determinado sistema jurídico. Vimos que, em resumo, a autoridade do direito não deriva de nenhuma regra jurídica, mas está fundamentalmente consubstanciada nas crenças e valores de uma parcela suficientemente significativa de uma população.

De acordo com Raz, a capacidade do direito de ser reconhecido como autoridade dessa maneira, depende de sua capacidade de cumprir testes mínimos de racionalidade e harmonia sistêmica, na forma de sua concepção da autoridade como serviço, composta pelas teses da justificação normal, da dependência e da preempção. O cumprimento destas teses implica no

cumprimento dos requisitos mínimos para que um indivíduo considere ser legítimo abdicar do uso de suas próprias razões para agir para utilizar as razões jurídicas em seu lugar. Isto apenas é possível se o direito for capaz de reduzir os esforços dos agentes na tomada de decisões.

Vimos que um sistema jurídico que obteve sucesso em satisfazer a concepção da autoridade como serviço será capaz de emitir uma razão de um tipo especial, que Raz chamou de razão protegida, ou seja: uma razão que se coloca acima de todas as outras que o indivíduo poderia ter para agir de uma ou outra maneira, preferencialmente substituindo todas. O cumprimento deste critério permite identificar a existência de uma convergência habitual no comportamento social e assim reconhecer que estamos tratando de um efetivo sistema em funcionamento. Ainda assim, a capacidade do direito de se constituir como obrigatório, em última instância, advém de sua capacidade da escolha e valores de um determinado grupo social suficientemente influente, e da capacidade do direito de se fazer útil e garantir que o indivíduo aja de maneira facilitada se agir de acordo com as razões jurídicas protegidas.

A análise permitiu compreender de maneira mais profunda a perspectiva do agente privado e a forma como se relaciona com a autoridade e obrigatoriedade do conteúdo jurídico. Joseph Raz insere no contexto do positivismo jurídico uma análise especialmente voltada para o exercício do direito sobre o indivíduo e sua teoria foi de extrema importância para explicar o fenômeno do uso de inferências práticas sobre o conteúdo jurídico. Construído este quadro teórico sobre as motivações do agente privado e dificuldades de identificação do conteúdo jurídico, se fez necessário construir um quadro teórico sobre a própria formação do conteúdo jurídico, não se limitando a perspectiva do agente privado, mas adentrando em questões institucionais relevantes.

Para isto, utilizamos a teoria prática de regras de Herbert Hart, que introduziu conceitos importantes para compreender o caráter, conceito e formação do conteúdo jurídico. Vimos que o ponto central da teoria de Hart é a adoção de uma metodologia fático-normativa, posicionada na zona de sobreposição da sociologia descritiva e da filosofia da linguagem, com base na forte tradição analítica e da filosofia da linguagem que se desenvolvia em seu ambiente à época da publicação da obra O Conceito de Direito. Introduzimos conceitos importantes, como o conceito de direito enquanto união de normas primárias e secundárias, que nos permitiu reconhecer a existência de uma regra de um tipo especial: uma regra social convencional da qual deriva a validade de um sistema jurídico como um todo, a regra de reconhecimento.

O conceito de regra de reconhecimento aprofunda nossa noção sobre a importância que Joseph Raz concede para o exercício de nossos valores e liberdade na decisão de aceitar a autoridade do direito, pois aqui Hart defende que a existência de uma regra deste tipo depende da existência de um ponto de vista interno, segundo o qual pelo menos as autoridades públicas reconhecem a existência de uma regra convencional e aceitam seus critérios como critérios de correção da própria conduta e da conduta de terceiros. Ainda aprofunda o entendimento da tese de Raz, uma vez que sua existência não é uma questão jurídica e não se baseia na existência de um texto escrito, mas é identificada por uma prática que pode ser mais ou menos convergente por parte das autoridades, que Hart chamou de aceitação.

Defendemos que o argumento da aceitação de Hart pode, por vezes, ser ambíguo quanto aos seus limites metodológicos e que o autor de fato utiliza o conceito, aparentemente, sem notar esta ambiguidade. O termo "aceitação" possui uma diversidade de significados no uso ordinário da linguagem, e Hart parece ter incorporado em seu texto essa diversidade, ao invés de especificar de forma mais delimitada o contexto. Neste sentido, apresentamos uma divergência com seu pensamento e defendemos que o conceito de "aceitação" é muito amplo e muitas vezes invade as áreas de competência da psicologia, neurociência etc.

Assim, faz mais sentido falar que as autoridades agem como se aceitassem o direito, saindo do campo da psicologia e retornando para o campo da sociologia descritiva, onde a teoria de Hart encontra mais fundamentos. Todavia, para que exista uma ação social deste tipo, devemos reconhecer que o termo "aceitação" no sentido psicológico deve sobreviver, mas dessa vez com uma delimitação muito mais precisa do seu significado: para que o indivíduo aja como se aceitasse a autoridade do direito, de alguma forma ele tem que aceitar que deve agir assim, ainda que não tenhamos a menor ideia de suas motivações. Afastam-se assim confusões semânticas como por exemplo a confusão do termo de aceitação de Hart com uma forma de aceitação moral da regra de reconhecimento, que se adotarmos a teoria de Raz, pode ser aceita por mera conveniência prática.

Retornando para a exposição da teoria de Hart, a tese atinge seu diagnóstico mais relevante com a apresentação das teses da textura aberta e da discricionariedade. A textura aberta é uma característica típica da linguagem natural, que infiltra o direito por ser promovido sobre esta mesma plataforma. De acordo com o autor, é do caráter da linguagem possuir zonas de incerteza e incompletude que criarão confusões linguísticas. Ademais, o direito é um fenômeno prático de coordenação social, de forma que suas diretivas são baseadas em fatos e objetivos. Todavia, "somos homens e não deuses" e sofremos de duas deficiências: nossa

indeterminação de fatos e de objetivos. Não somos capazes de prever todas as situações do mundo para regulamentação preventiva e, em muitos casos, temos de repensar os objetivos de nossas normas quando uma situação limítrofe aos nossos conceitos normativos se apresenta.

De acordo com Hart, esta compreensão da incompletude e vagueza do conteúdo jurídico implica na existência necessária da tese da discricionariedade, segundo a qual autoridades públicas são obrigadas a criar o conteúdo jurídico para preencher as lacunas deixadas por nossa indeterminação de fatos e objetivos. De acordo com o autor, a discricionariedade judicial não é uma escolha aleatória dos critérios jurídicos a serem aplicados, não é feita de acordo com o "bom senso" do juiz, mas depende de uma "sabedoria jurídica". É uma escolha racionalmente orientada com base em uma convencionalidade relativamente harmônica. A conclusão que podemos tirar desta explicação é que podemos distinguir entre o uso legítimo da discricionariedade e o uso abusivo da discricionariedade, naquele cenário em que a decisão possui motivações diferentes dos fundamentos consignados na decisão, e no qual a decisão representa uma interpretação incoerente dos critérios da regra de reconhecimento.

Para demonstrar um exemplo de discricionariedade abusiva, além de retomar os cenários mentais da Lei de Tóxicos e da Lei de Crimes Ambientais, a tese se propôs a estudar um cenário extremo de incerteza jurídica e uso generalizado de discricionariedade abusiva: o contexto sociopolítico brasileiro no período entre 2019 e 2023, durante o governo do Presidente Jair Messias Bolsonaro e sua relação com a abertura e andamento do polêmico Inquérito das Fake News. Num primeiro momento, o objetivo da tese foi muito simples: demonstrar a existência de interpretação abusiva na Portaria do Gabinete da Presidência do Supremo Tribunal Federal nº 69, de 14 de março de 2019, assinada pelo Min. Dias Toffoli, que determinou a abertura do Inquérito das Fake News.

Entretanto, com o início da escrita deste tópico, se tornou claro que a decisão não se tratava de um abuso isolado, mas sim de uma relação disfuncional entre os três Poderes e diversos órgãos administrativos brasileiros, juntamente com as polícias e forças armadas. Constatou-se neste momento que a exposição da abertura do Inquérito das Fake News de forma isolada, exclusivamente para o estudo de um ato de discricionariedade abusiva não seria suficiente para explicar o fenômeno de forma geral. Neste sentido, fez-se necessário apresentar o contexto político no qual estava inserida a decisão, pois seria irresponsável atribuir ilegalidade ao Supremo Tribunal Federal sem apontar que a discricionariedade abusiva estava sendo utilizada de forma generalizada por todos os Poderes e que havia um conflito institucional

relevante e patológico, na terminologia hartiana, que continha em si as sementes da destruição do sistema jurídico.

Dessa forma, a tese que tinha a intenção de meramente demonstrar casos nos quais é impossível que o agente privado identifique o conteúdo jurídico *ab initio* acabou recaindo em uma análise não esperada: a análise de um cenário de crise sistêmica generalizada. Um cenário no qual os Poderes estão disputando competência e emitindo diretivas contraditórias que resultaram em grande confusão sobre as diretivas de autoridade efetivamente dotadas de validade jurídica, criando confusão nas mais diversas camadas da operação administrativa brasileira, desde os órgãos de fiscalização de saúde até os órgãos de fiscalização do meio ambiente, com as crises sanitárias e ambientais enfrentadas e amplificadas pelo Poder Executivo.

Demonstramos que naquele cenário em que se propagou o Inquérito das *Fake News*, a crise institucional atingiu pontos insustentáveis e tiveram como resultado o completo fracasso da autoridade jurídica em garantir o comportamento habitualmente convergente dos jurisdicionados. As declarações presidenciais sobre a redução das multas ambientais para o agronegócio e a dissolução do Conselho Nacional do Meio Ambiente, além da redução de recursos para fiscalização de queimadas, são um dos pontos dessa incapacidade de coordenação. As queimadas ocorridas no governo Bolsonaro na Amazônia, mencionadas anteriormente, são demonstração da forma como o comportamento social depende de algum tipo de harmonia convencional sobre os critérios de direito de um sistema.

Situação similar ocorre durante a pandemia de Covid-19. O governo Bolsonaro negou a periculosidade do vírus e ignorou os protocolos sanitários internacionais, promoveu aglomerações públicas para incitar violência contra as instituições do Estado Democrático de Direito, negou a eficácia das vacinas e afirmou a existência de riscos imprevisíveis, enquanto desacreditava os relatórios de seu próprio governo sobre a superlotação dos hospitais e escassez de recursos para o combate a pandemia. O resultado foi, novamente, a quebra da capacidade de coordenação social jurídica, com o surgimento de conflitos dos mais variados tipos na vida pública e privada, com brigas e discussões nas ruas sobre o uso de máscaras ou uso de vacinas, dentre outras questões.

Todos estes pontos foram questões de profundos conflitos entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário e ajudam a explicar a excepcionalidade do Inquérito das *Fake News*. Apenas com a contextualização fática a discricionariedade claramente abusiva do Supremo Tribunal

Federal pode ser compreendida de forma ampla. Este cenário chamei de cenário de crise sistêmica, no qual se torna difícil identificar com clareza os critérios da regra de reconhecimento, mesmo em matérias que consideraríamos claras em um determinado momento anterior. Consideraríamos claro, em qualquer momento da história de nossa Democracia Constitucional, que o Supremo Tribunal Federal não possui poderes para abertura de ofício de inquérito investigativo de qualquer tipo sobre crimes que não ocorreram nas dependências do Supremo Tribunal Federal.

Todavia, a situação sociopolítica estava amplamente fraturada. A prisão do presidente Luís Inácio Lula da Silva em 2018, que o impediu de concorrer ao pleito presidencial no qual foi eleito Jair Messias Bolsonaro é um primeiro ponto de questionamento da legitimidade da autoridade do Poder Judiciário. Após este momento, inicia-se uma crise institucional generalizada promovida pelo Poder Executivo, que utilizou a descrença social no Poder Judiciário para tentar limitar suas competências e impor sua agenda. Este fato levou a Corte a exercer seu poder de controle sobre ações juridicamente abusivas do Poder Executivo e em pouco tempo a sociedade e as autoridades estariam divididas entre duas interpretações abusivas da mesma regra de reconhecimento.

O cenário de crise sistêmica apresentado, expandiu o conteúdo desta tese e apresentou um novo problema não previsto no início da pesquisa. Discricionariedade abusiva pode acontecer mesmo em cenários de relativa harmonia sistêmica. No caso do tráfico citamos a possibilidade de influência do racismo e no caso do licenciamento a possibilidade de influência do ativismo ambiental. Independentemente de nosso julgamento de valor sobre o bem ou o mal destas atitudes, não podemos deixar de classificá-las como abusivas, uma vez que representam incoerência clara com o ordenamento jurídico. Neste sentido específico, a situação é a mesma na abertura do Inquérito das Fake News. O cenário continha em si as sementes de colapso do sistema e é possível que as ações do Tribunal tenham prevenido este colapso.

Mas as ações tiveram seu custo. A regra de reconhecimento brasileira foi profundamente alterada. A interpretação do Supremo Tribunal Federal foi incorporada como conteúdo jurídico válido do sistema e as autoridades como um todo modularam seu comportamento para agirem como se aceitassem a autoridade do entendimento. Como vimos, a autoridade do direito está diretamente fundamentada no comportamento dos indivíduos e autoridades, de forma que não podemos dar a questão por resolvida. Se o entendimento atual é que medidas excepcionais justificam o uso excepcional de discricionariedade abusiva sobre o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal para aplicar o modelo inquisitorial sobre

qualquer indivíduo, então temos precedente para que novamente no futuro tenhamos que discutir o que constitui uma medida excepcional que justifique este tipo de aplicação do direito. O mecanismo pode servir como forma de proteção do sistema ou como forma de validação de abusos judiciais, o que pode ser um anúncio de que a estabilização do sistema é apenas temporária.

Retomando a perspectiva do agente privado, o exemplo da crise sistêmica apontou para uma nova importante ferramenta a ser considerada na utilização do conteúdo jurídico em inferências práticas. Se faz necessário considerar o nível de estabilidade do sistema, antes de identificar o risco de uma ação teoricamente dentro da legislação. Demonstramos que, no caso do ex-Deputado Federal Daniel Silveira, seria difícil ou impossível que seu advogado consultivo fictício fosse capaz de prever que a publicação de seu vídeo com calúnias, injúrias, difamações e ameaças aos Ministros do Supremo Tribunal Federal terminaria em sua prisão. Como mencionamos, o ex-Procurador Geral da República Augusto Aras teve um desempenho típico de "engavetador geral da república", arquivando os processos contra membros extremistas do Congresso Nacional e protegendo a pauta do então presidente Jair Messias Bolsonaro. Todavia, era sua prerrogativa acusar o então Deputado Federal e não existe nenhuma exceção em nosso sistema acusatório criminal para isso.

Todavia, a prisão ocorreu de forma inquisitorial com base em interpretação claramente abusiva de dispositivo legal, ainda ferindo diversos outros institutos jurídicos, como é o caso do juiz natural e inclusive inserindo a vítima do crime, o Min. Alexandre de Moraes, como relator do caso, atuando o Supremo Tribunal Federal em clara suspeição. Como poderia um agente privado prever uma situação deste tipo? A resposta é que muito dificilmente poderia, mas aqui identificamos uma ferramenta importante para auxiliar em nossas inferências e perceber quando o assunto requer cautela.

Mesmo sistemas em vias de dissolução, nem sempre se quebram por completo. No período de crise sistêmica brasileira, as cortes continuavam, via de regra, atuando normalmente. O direito civil permanecia o mesmo, os divórcios e inventários continuavam da mesma forma e em geral o direito criminal continuou operando nas esferas da vida privada de forma ordinária. Dessa forma, crises sistêmicas podem por vezes estar limitadas a certos assuntos e certas esferas da ação social. A possibilidade de quebra do regime continua existindo, e a possibilidade de que toda a sociedade passe por uma transformação completa também. Mas enquanto a crise não se consagra em golpe ou revolução, o indivíduo deverá ser capaz de identificar áreas nas quais a dificuldade de identificar o direito não se dará em razão da sua textura aberta, mas em razão do

fato de que a relativa harmonia necessária para a manutenção da convencionalidade do direito está fraturada na forma de conflito de competência entre Poderes e incerteza sobre a autoridade válida a ser seguida.

Não se pode esquecer também, que neste cenário de crise sistêmica que apresentamos, a contenda tratava de disputa entre os três Poderes, o que significa que existiam três agentes institucionais com capacidade de dar efetividade às suas diretivas através do controle das máquinas públicas ao seu dispor. O Poder Executivo tinha amplos poderes para interferir na atuação de autarquias administrativas, inclusive podendo demitir funcionários comissionados que se recusassem a seguir as instruções do governo, além de possuir o apoio amplo da Polícia Militar e algum apoio cambaleante nas Forças Armadas. O Poder Judiciário dispunha da Polícia Federal para o cumprimento de suas decisões e o Poder Legislativo, dentre os seus muitos poderes, possuía o controle de pauta do Congresso, sempre utilizado como arma na guerra de competência política. Desa forma, a sanção que é um elemento fundamental da norma jurídica válida também se torna difícil de ser identificada, pois a crise sistêmica implica na atuação caótica do Estado, uma vez que foi rompida a tradicional harmonia e convencionalidade saudável do sistema. Cria-se um cenário no qual as fontes tradicionais de direito são colocadas em dúvida. As queimadas para expansão da fronteira agrícola são um caso claro desta ideia: uma vez que os órgãos ambientais estão sendo reduzidos e que os recursos de fiscalização estão sendo cortados, com a promessa presidencial de redução das multas ambientais, a sua experiencia fenomenológica do direito será alterada e, com isso, será alterado aquilo que o agente privado considera com conteúdo jurídico vinculante.

Os casos apresentados levantam a questão que se propôs no começo da tese: o que significa conteúdo jurídico na perspectiva do agente privado? Temos diversos apontados no decorrer do trabalho nos quais o agente privado que buscar a conduta adequada na legislação ou precedentes se colocará em situação de risco. Demonstramos que a experiência fenomenológica do direito é muito diferente da experiência analítica das autoridades que aplicam o direito. Como conclusão, propusemos uma distinção entre os conceitos de fontes jurídicas e conteúdo jurídico. Tal distinção é importante, pois o conceito de fontes jurídicas continua sendo fundamental, principalmente para nossa análise de correição das decisões das autoridades. Se o exercício da discricionariedade é um exercício de “sabedoria jurídica”, então temos que conhecer nossas fontes tradicionais, se quisermos ser capazes de identificar cenários de abuso.

Por outro lado, ao utilizar o direito enquanto razões para agir, o agente privado está menos preocupado com as fontes e mais preocupado com a experiência prática que terá do direito. À autoridade é quem cabe decidir agir de boa-fé ou de má-fé. Ao agente privado não resta outra opção senão identificar a possibilidade de atuação de má-fé, de interpretação política ou moralmente enviesada e tentar agir de forma a contornar a situação. Mencionamos no caso do licenciamento ambiental que é comum que as empresas façam acordos com o Ministério Público para desentravar andamento de projetos, uma vez que este agente possui poder de coerção quase ilimitado sobre o técnico ambiental. Uma compreensão prática e fenomenológica do problema nos permite adotar uma forma de agir mais adequada do que uma compreensão semântica-normativa poderia. Nesse sentido, não seriam fontes jurídicas mas o conteúdo jurídico prático que interessa ao agente privado.

O estudo de todos estes temas planejados, e do cenário de crise sistêmica que não havia sido previsto no início do trabalho, impõe um diagnóstico pouco eficaz sobre a capacidade do agente privado de identificar o direito de forma preventiva. De um lado, o caráter de textura aberta do direito e o exercício regular da discricionariedade possuem elasticidade suficiente para que alguns casos possam comportar inclusive respostas contraditórias entre si. De outro lado, a aplicação da fenomenologia da linguagem num cenário de relativa harmonia sistêmica nos permite identificar casos claros de aplicação jurídica, como no exemplo que citamos do Contrato de Doação dissimulado de Contrato de Mútuo como forma de evasão fiscal do Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação.

Assim, o agente privado é, de certa forma, como um pastor cruzando o pasto sob forte borrasca. Com seu cajado consegue tatear o chão e identificar com clareza o caminho imediatamente a sua volta, mas tem dificuldades de enxergar muito além disso. Verificamos que nos casos limítrofes mais simples, como no caso do usuário de cannabis e da Lei de Tóxicos e Tema de Repercussão Geral nº 506, infinitos cenários poderão surgir no qual existirão grandes dúvidas sobre a qualificação do suspeito. Nossa legislação não é capaz de considerar todos os fatos, de reconhecer todos os tipos de usuário, e mesmo a finalidade de definir a quantia que pode ser carregada por um usuário é uma questão que ainda pode gerar discussão.

Dessa forma, duas conclusões se impõem como resultado da pesquisa apresentada. Em primeiro lugar, nem todos os sistemas jurídicos compartilham da mesma funcionalidade e harmonia entre as autoridades. A formação do conteúdo jurídico está diretamente conectada com a atuação das autoridades e, por isso mesmo, será diretamente influenciada pelo nível de estabilidade do sistema. Sistemas podem ficar apenas parcialmente instáveis, mas podem conter

em si a semente de seu colapso completo. Saber identificar o nível de harmonia e estabilidade da relação entre as autoridades sobre um assunto específico é uma ferramenta indispensável para análise de risco de uma conduta. Em cenários de crise sistêmica generalizada, como nos casos sanitários, ambientais e institucionais do governo Bolsonaro, o agente privado deverá considerar que diversos agentes com capacidade de se fazerem eficazes e com interpretações distintas podem impor penalidades ao agente privado, de forma que alguma prudência passa a ser exigida.

Em segundo lugar e, por fim, nossa indeterminação de fatos e objetivos implica no fato de que o conteúdo do direito está em constante criação e que em muitos casos não seremos capazes de reconhecer o direito *ab initio*. Se o agente privado quiser uma compreensão mais detalhada dos riscos de sua conduta, será obrigado a levar em consideração uma diversidade de elementos que não são, *prima facie*, jurídicos, mas que devem ser observados a partir de uma perspectiva jurídica. Dessa forma, ao adotarmos o conceito de conteúdo jurídico em contraposição ao conceito de fontes jurídicas, para a perspectiva do agente privado, fica evidente que estamos tratando de um agente que não está buscando a melhor interpretação de uma fonte específica para identificar o melhor direito, mas que está buscando a melhor compreensão do comportamento das autoridades como forma de se prevenir do exercício punitivo da jurisdição sobre si. Neste sentido, este agente levará em consideração tudo que a autoridade possa levar ao decidir, sendo obrigado a refletir sobre fontes sociais de forma muito ampla (que podem ser morais, institucionais, políticas, religiosas etc.).

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA SENADO. Pesquisas apontam que 400mil mortes poderiam ser evitadas; governistas questionam. **Senado Notícias**. 24/06/2021. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/06/24/pesquisas-apontam-que-400-mil-mortes-poderiam-ser-evitadas-governistas-questionam. Acessado em: 20/03/2025.

AUSTIN, John. ***The Province of jurisprudence determined***. Londres: *Library of Ideas*, 1954;

AUSTIN, John L. *A plea for excuses: the presidential address*. *In*: **Proceedings of the Aristotelian Society**. New Series. Vol. 57. Oxford: Blackwell Publishing. pp. 1-30. 1956

BOLZANI, Cesar Felipe; SERBENA, Cesar Antonio. **O fundamento psicológico da validade jurídica em Weber e Hart revisitado**: a crítica metodológica de Kelsen às teorias do reconhecimento (Manuscrito aprovado para publicação em *double blind peer review* na Revista de Informação Legislativa do Senado Federal). Grupo de pesquisas Fundamentos do Direito, Universidade Federal do Paraná.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1998**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acessado em 19/03/2025.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números**. Conselho Nacional de Justiça: Brasília, 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em números 2024: Barroso destaca aumento de 9,5% em novos processos. 28.05.2024. **Agência CNJ de Notícias**. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/justica-em-numeros-2024-barroso-destaca-aumento-de-95-em-novos-processos/. Acessado em 20/03/2025.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao trágico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acessado em 19/03/2025.

BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acessado em 19/03/2025.

BRASIL. **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm. Acessado em: 20/03/2025.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acessado em: 20/03/2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário: 635659/SP**. Ministério Público do Estado de São Paulo contra Francisco Benedito de Souza. Rel. Ministro Gilmar Mendes. Acórdão de 26/06/2024. DJe: s/n. Publicado em 27 de setembro de 2024. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145. Acessado em 19/03/2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Portaria do Gabinete da Presidência do Supremo Tribunal Federal nº 69, de 14 de março de 2019**. Ministro Presidente Dias Toffoli. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5651823. Acessado em 19/03/2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito 4.781 do Distrito Federal. Relator Min. Alexandre de Moraes. Autor "sob sigilo" contra Daniel Silveira. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/INQ4781FLAGRANTEDELITODECISAO.pdf. Acessado em: 19/03/2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento interno do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: STF, 1980. Disponível em: https://api-atosnormativosprd.azurewebsites.net/api/normativo/apresentacao/consolidado/1737. Acessado em 19/03/2025.

BILENKY, Thaís. Alexandre. **Trovão Mídia e The Piauí Herald**. 04/07/2023. Disponível em: https://open.spotify.com/show/6bzmdanO6TCXgHvxuWqXnb?si=5a431cd530874d4c. Acessado em: 20/03/2025.

BERGAMO, Mônica. Clube Militar cobra R$ 100 por ingresso em almoço que celebra a ditadura de 1964. 12/03/2025. **Folha de São Paulo**. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/2025/03/clube-militar-cobra-r-100-por-ingresso-em-almoco-que-celebra-a-ditadura-de-1964.shtml. Acessado em 20/03/2025.

BOLSONARO alvo da PF: relembre declarações do ex-presidente sobre a vacina contra Covid. **G1**. 03/05/2023. Disponível em: https://g1.globo.com/politica/noticia/2023/05/03/bolsonaro-alvo-da-pf-relembre-declaracoes-do-ex-presidente-sobre-a-vacina-contra-covid.ghtml. Acessado em: 20/03/2025.

BOLSONARO incentiva invasão a hospitais para checar ocupação. **UOL**. 12/06/2020. Disponível em: https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/ansa/2020/06/12/bolsonaro-incentiva-invasao-a-hospitais-para-checar-ocupacao.htm. Acessado em: 20/03/2025.

CARRIÓ, Genaro. **Notas sobre derecho y lenguaje.** 3ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986.

CHRISTIAN, Hérica. Senadores vão à PGR por desarquivamento de pedidos de inquérito da CPI da Pandemia. 22/03/2024. **Senado Notícias**. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/audios/2024/03/senadores-vao-a-pgr-por-desarquivamento-de-pedidos-de-inquerito-da-cpi-da-pandemia. Acessado em: 20/03/2025.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Código de Ética e Disciplina da OAB, de 1º de março de 1995. Disponível em:

https://www.oab.org.br/content/pdf/legislacaooab/codigodeetica.pdf. Acessado em 20/03/2025.

DE SOUZA, André. 'Rachadinha': STF anula maioria dos relatorios do Coaf e mantém foro privilegiado de Flávio Bolsonaro. **O Globo.** 30/11/2021. Disponível em: https://oglobo.globo.com/politica/rachadinha-stf-anula-maioria-dos-relatorios-do-coaf-mantem-foro-privilegiado-de-flavio-bolsonaro-25299538. Acessado em 20/03/2025.

DESCARTES, René. **Discurso do Método**. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegra: L&PM, 2008.

DULCE, María José Farinãs. **La Sociologia del derecho de Max Weber**. 1ª ed. México: Universidad Nacional Autônoma de México, 1989.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ENTENDA os crimes de que Bolsonaro foi acusado pela PGR. **BBC Brasil**. 19/02/2025. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/articles/cqx0j11p9gzo. Acessado em: 20/03/2025.

ESTADO DO PARANÁ. Conselho Estadual do Meio Ambiente. **Resolução CEMA nº 107, de 09 de setembro de 2020**. Dispõe sobre o licenciamento ambiental, estabelece critérios e procedimentos a serem adotados para as atividades poluidoras, degradadoras e/ou modificadoras do meio ambiente e adota outras providências. Disponível em: https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=401593. Acessado em: 19/03/2025.

FELLET, João. Operação da PF contra bolsonaristas acirra debate jurídico sobre validade do inquérito das fake news. 27/05/2020. **BBC Brasil**. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52827790. Acessado em: 20/03/2025.

FREITAS, Clayton. 'Censo' da OAB indica que 64% dos advogados no Brasil ganham até R$ 6,6MIL. **Terra**. 09/05/2024. Educação e Carreira. Disponível em: https://www.terra.com.br/noticias/educacao/carreira/censo-da-oab-indica-que-64-dos-advogados-no-brasil-ganham-ate-r-66-mil,e97da48f1ca08bdf4540f721431500affa8xo2om.html. Acessado em 20/03/2025.

FISHMAN, Andrew; OLLIVEIRA, Cecília; COSTA, Flávio V. M. As mensagens secretas da Lava Jato. **The Intercept**. 20/01/2020. Disponível em: https://www.intercept.com.br/especiais/mensagens-lava-jato/. Acessado em: 20/03/2025.

GALF, Renata. Inquérito das fake news no STF faz 5 anos com série de controvérsias e foco amplo. 13/03/2024. **Folha de São Paulo**. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/poder/2024/03/inquerito-das-fake-news-no-stf-faz-5-anos-com-serie-de-controversias-e-foco-amplo.shtml. Disponível: 20/03/2025.

GAZEL, Ayrtona Senna; CRUZ, Victor. Crise do oxigênio no Amazonas completa um ano com impunidade e incerteza causada pela ômicron. G1. 14/01/2022. Disponível em:

https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2022/01/14/crise-do-oxigenio-no-amazonas-completa-um-ano-com-impunidade-e-incerteza-causada-pela-omicron.ghtml. Acessado em: 20/03/2025.

HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. Tradução: Antônio de Oliveira Sette-Câmara. 1ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

HART, Herbert L. A. *American Jurisprudence through English eyes: the nightmare and the noble dream*. In: ***Georgia Law Review***. Vol. 11. Nº 5. pp. 969-989. Disponível em: https://digitalcommons.law.uga.edu/lectures_pre_arch_lectures_sibley/33.

HART, Herbert L. A. *Discretion*. *In:* ***Harvard Law Review.*** pp. 652-665. Vol. 127. Nº 2. Disponível em: https://harvardlawreview.org/print/vol-127/discretion/.

HEUER, Ulrich. *Introduction*. *In:* RAZ, Joseph. ***The Roots of Normativity***. Oxford: Oxford University Press, 2022. pp. 1-17.

HÜBNER MENDES, Conrado. Corrupção bolsonarista, a série sem fim. 17/08/2022. **Folha de São Paulo**. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/colunas/conrado-hubner-mendes/2022/08/corrupcao-bolsonarista-a-serie-sem-fim.shtml. Acessado em: 20/03/2025.

KELSEN, Hans. *Acerca de las fronteras entre el método jurídico y el sociológico*. *In*: ***Él otro Kelsen***. pp. 283-318. México: Universidad Nacional Autônoma de México, 1989.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

LOPES JÚNIOR, Aury. A prisão do deputado Daniel Silveira e os Paradoxos Processuais. *In:* **Consultor Jurídico**. Fevereiro de 2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-fev-26/limite-penal-prisao-deputado-daniel-silveira-paradoxos-processuais/. Acessado em 19/03/2025.

MACCORMICK, Neil. **H. L. A. Hart**. 2ª ed. Stanford: Stanford University Press.

MANIFESTAÇÕES de 7 de setembro foram os "primeiros atos executórios", diz PGR. 19/02/2025. **CNN Brasil**. Disponível em: https://www.cnnbrasil.com.br/politica/manifestacoes-de-7-de-setembro-foram-primeiros-atos-executorios-diz-pgr/. Acessado em: 20/03/2025.

MARMOR, Andrei. ***Philosophy of Law***. New Jersey: Princeton University Press, 2011.

NEVES, Maria. Há 40 anos, Brasil encerrava ditadura militar e caminhava para a redemocratização. 14/03/2025. **Câmara dos Deputados**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/noticias/1140355-ha-40-anos-brasil-encerrava-ditadura-militar-e-caminhava-para-a-redemocratizacao/. Acessado em: 2025.

MINERVINO, Tiago. Bolsonaro nega ser 'mandante' da morte de Marielle: 'Nunca tive contato'. **UOL**. 28/01/2024. Disponível em: https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2024/01/28/bolsonaro-nega-ser-mandante-da-morte-de-marielle-nunca-tive-contato.htm. Acessado em 20/03/2025.

OLIVEIRA, Caroline. Seis vezes em que o STF obrigou o governo federal a agir durante a pandemia de covid-19. **Brasil de Fato**. 08/10/2021. Disponível em: https://www.brasildefato.com.br/2021/12/08/seis-vezes-em-que-o-stf-obrigou-o-governo-federal-a-agir-durante-a-pandemia-de-covid-19/. Acessado em: 20/03/2025.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Brasil tem 1 advogado a cada 164 habitantes; CFOAB se preocupa com qualidade dos cursos jurídicos. 02/08/2022. Disponível em: https://www.oab.org.br/noticia/59992/brasil-tem-1-advogado-a-cada-164-habitantes-cfoab-se-preocupa-com-qualidade-dos-cursos-juridicos. Acessado em: 20/03/2025.

ORTIZ, Vanessa; ARCOVERDE, Léo. Sem mascara, Bolsonaro é multado pela 6ª vez pela Vigilância Sanitária estadual de SP. G1. 21/08/2021. Disponível em: https://g1.globo.com/sp/santos-regiao/noticia/2021/08/21/sem-mascara-bolsonaro-e-multado-pela-6a-vez-pela-vigilancia-sanitaria-estadual-em-sp.ghtml. Acessado em: 20/03/2025.

PARDAL, Virgínia. STF prorroga inquérito das fake news por 180 dias. 16/12/2024. **Supremo Tribunal Federal**. Notícias. Disponível em: https://noticias.stf.jus.br/postsnoticias/stf-prorroga-inquerito-das-fake-news-por-180-dias/. Acessado em: 20/03/2025.

PILAR, Vitória; VIEIRA, Maria Júlia. No Nordeste, barreiras da PF bloqueiam estradas e dificultam votação. **The Piauí Herald**. 30/10/2022. Disponível em: https://piaui.folha.uol.com.br/eleicoes-2022/no-nordeste-barreiras-da-prf-bloqueiam-estradas-e-dificultam-votacao/. Acessado em: 20/03/2025.

PRF DESCUMPRE decisão de Alexandre de Moraes e não desbloqueia rodovias no Pará, diz MPF a Augusto Aras. **G1**. 01/11/2022. Disponível em: https://g1.globo.com/pa/para/noticia/2022/11/01/prf-descumpre-decisao-de-alexandre-de-moraes-e-nao-desbloqueia-rodovias-no-para-diz-mpf-a-augusto-aras.ghtml. Acessado em: 20/03/2025.

RAZ, Joseph. ***The Authority of Law***: *Essays on Law and Morality*. 2a ed. New York: Oxford University Press, 2011.

RAZ, Joseph. *Autorithy, Law and Morality. In:* ***Monist***, v. 68, 1985, pp. 295-315.

RAZ, Joseph. **Razão Prática e Normas**. Tradução: José Garcez Ghirardi. Rio de Janeiro: Elsevier: 2010.

RAZ, Joseph. ***The Roots of Normativity***. Oxford: Oxford University Press, 2022.

REUTERS. Bolsonaro diz que provará que houve fraude na eleição de 2018. **CNN Brasil**. 09/03/2020. Disponível em: https://www.cnnbrasil.com.br/politica/bolsonaro-diz-que-provara-que-houve-fraude-na-eleicao-de-2018/. Acessado em: 20/03/2025.

SERBENA, Cesar Antonio. **Novas Perspectivas do Realismo Jurídico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

SHAPIRO, Scott. ***The "Hart-Dworkin" Debate***: A Short Guide for the Perplexed. University of Michigan, Public Law Working Paper No. 77. Disponível em: http://ssrn.com/abstract=968657.

TAVARES, Bruno; FLOR, Ana; CAMARGO, Isabela; AMATO, Fábio; SADI, Andréia; NETTO, Vladimir; FALCÃO, Márcio; ALVES NETO, Pedro. Dados de vacinação de Bolsonaro foram inseridos e apagados de sistema às vésperas de viagem aos EUA, diz PF. 03/05/2023. **TV Globo, GloboNews, G1**. Disponível em: https://g1.globo.com/politica/noticia/2023/05/03/dados-de-vacinacao-de-bolsonaro-foram-inseridos-e-apagados-de-sistema-as-vesperas-de-viagem-aos-eua-diz-pf.ghtml. Acessado em: 20/03/2025.

TOLKIEN, John Ronald Reuel. **O Silmarillion**. Editado por Cristopher Tolkien. Tradução de Reinaldo José Lopes. 1ª ed. Rio de Janeiro: Harper Collins, 2019.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Volume 2. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 1ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. 7ª ed. Tradução de Marcos G. Montagnoli. Petrópolis: Editora Vozes. São Paulo: Editora Universitária São Francisco. 2012.