

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS (UNISINOS)
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL DOUTORADO

JAYME CAMARGO DA SILVA

HERBERT HART E A “GRAMÁTICA DAS REGRAS JURÍDICAS”:
um giro linguístico na Teoria do Direito

SÃO LEOPOLDO
2025

JAYME CAMARGO DA SILVA

**HERBERT HART E A “GRAMÁTICA DAS REGRAS JURÍDICAS”:
um giro linguístico na Teoria do Direito**

Tese apresentada como requisito parcial
para a obtenção do título de Doutor em
Direito Público, pelo Programa de Pós-
Graduação em Direito da Universidade do
Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS

Orientador: Prof. Dr. Gerson Neves Pinto

Coorientador: Prof. Dr. Ziel Ferreira Lopes

São Leopoldo

2025

S586h Silva, Jayme Camargo da
Herbert Hart e a “Gramática das Regras Jurídicas”: um giro
linguístico na Teoria do Direito. / Jayme Camargo da Silva. --
2025.
252 f. ; 30cm.

Tese (Doutorado em Direito) -- Universidade do Vale do Rio
dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2025.

Orientador: Prof. Dr. Gerson Neves Pinto. Coorientador:
Prof. Dr. Ziel Ferreira Lopes.

1. Teoria do direito. 2. Filosofia do direito. 3. Herbert Hart.
4. Método linguístico. 5. Critério metodológico. 6. Regra
jurídica. I. Título. II. Pinto, Gerson Neves. III. Lopes, Ziel
Ferreira.


CDU 340.12

Jayme Camargo da
Silva

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL DOUTORADO

A tese intitulada: “HERBERT HART E A “GRAMÁTICA DAS REGRAS JURÍDICAS”:
um giro linguístico na Teoria do Direito” elaborada pelo doutorando Jayme
Camargo da Silva, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da
Banca Examinadora para a obtenção do título de DOUTOR EM DIREITO.

São Leopoldo, 23 de junho de 2025.


Prof. Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira,
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Gerson Neves Pinto_____	<i>Participação por Webconferência</i>
Membro externo: Dr. Ziel Lopes_____	<i>Participação por Webconferência</i>
Membro externo: Dr. Denis Coitinho_____	<i>Participação por Webconferência</i>
Membro: Dr. Leonel Severo Rocha_____	<i>Participação por Webconferência</i>
Membro: Dr. José Rodrigo Rodriguez_____	<i>Participação por Webconferência</i>

AGRADECIMENTO À CAPES

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001.

Para Marianinha, luz da minha vida
(até mesmo nas horas mais escuras).

AGRADECIMENTOS

À minha família, pelo inmensurável apoio de sempre, sobretudo nos difíceis “tempos do cólera” (que pareciam não ter fim). Especialmente à minha mãe, por ter ensinado-me o valor dos livros e da linguagem desde o princípio, além de ter fornecido as condições materiais para que eu pudesse desenvolver meu intelecto. À “vovó” Bia e ao “vovô” Niltom, pelo amor incondicional, apoio constante e imensa capacidade de serem afetuosos e acolhedores. À tia Iarinha, por ser uma bênção em minha vida. À Marcelle de la Puerta Chitão, pela bonita família de pais separados que aprendemos a construir em meio a esta tese.

Ao meu orientador, professor Gerson Neves Pinto, pela competente e acolhedora orientação neste trabalho. Sou extremamente grato pela compreensão do professor com as minhas dificuldades de saúde. Certamente, eu só cheguei até aqui porque ele nunca desistiu de mim, mesmo nos momentos em que até eu próprio estava desistindo. Serei eternamente grato ao professor Gerson.

Ao meu coorientador, professor Ziel Ferreira Lopes, pela leitura atenta do meu trabalho, pelas preciosas sugestões e por ter compartilhado comigo uma parte do vasto conhecimento que possui.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, pela sólida formação que proporcionam aos seus alunos.

À coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, especialmente na figura de seu coordenador, professor Anderson Vichinkeski Teixeira, pela paciência e compreensão com minhas dificuldades, por em momento algum me pressionar e por não ter desistido de minha pesquisa.

Ao professor Lenio Streck, cujas aulas foram decisivas para a escolha do tema desta tese.

À professora Ísis Boll de Araujo Bastos, por ter acreditado em meu potencial acadêmico e ter me possibilitado a primeira chance na docência (sem ela, provavelmente, esta tese não existiria). Em tempo: pelo carinho e amizade bonitos que construímos.

Aos meus queridos e maravilhosos amigos e amigas, simbolizados nas figuras de Felipe G. Pimentel e João F. Rodrigues, pelo amor maravilhoso com que me brindam constantemente.

*“A linguagem é a casa do ser.”
Martin Heidegger*

RESUMO

A existência de um giro linguístico na teoria do Direito de Hart (especificamente, em “The Concept of Law”), estruturado a partir de duas noções fundamentais de seu método linguístico, isto é, a de “critério metodológico” e a de “regra”, foi o tema desenvolvido. O objetivo geral foi delinear a via que manifestasse o vínculo entre método linguístico e giro linguístico por meio da análise da noção de seguimento das regras. Essa via foi denominada como “gramática das regras jurídicas”. Essa expressão assume um duplo sentido: i) seguimento de regras sociais incidindo na formulação do critério metodológico de Hart (sentido amplo); ii) regras como critérios explicativos da lógica de funcionamento do conceito de Direito (sentido estrito). Os objetivos específicos desdobram-se em: i) partir do giro linguístico na filosofia até o seguimento das regras sociais; ii) analisar a teoria das regras de Hart à luz do critério metodológico do autor; iii) distinguir as noções de método e regras em Hart e Kelsen e sedimentar a introdução da perspectiva do participante em Hart. Para tanto, foram utilizados o Método Analítico-Descritivo e o Histórico-Exegético. A ideia de “critério metodológico” aponta para a distinção entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na consideração sobre regras. A noção de “regra” indica o uso de padrões compartilhados para crítica das condutas. A problemática central do estudo, portanto, foi verificar se a “gramática das regras jurídicas” estrutura-se como um instrumento adequado para estabelecer a passagem entre método e giro linguístico na teoria do Direito de Hart. Estabeleceu-se um caminho conceitual que partiu da virada linguística, enquanto assunção da linguagem como núcleo da reflexão filosófica, até a exposição da gramática filosófica das regras da linguagem, conforme os termos do denominado segundo Wittgenstein. Demarcou-se a influência da ideia de “seguimento de regras sociais” (“Investigações Filosóficas”) sobre a referida obra de Hart, ao explicitar as regras jurídicas desde o seu critério metodológico, portanto, a partir da prática social do seguimento de regras. Analisou-se a noção de regra jurídica enquanto regra social e enquanto regras primárias e regras secundárias, visando a esclarecer de que modo os seus aspectos colaboram à lógica de funcionamento do conceito de Direito. Assentada a gramática das regras hartiana, contrastou-se tal teoria com o modelo kelseniano acerca das regras jurídicas. Concluiu-se destacando, junto a Brian Bix, a relevância da introdução da noção de perspectiva interna na teoria do Direito, fixando, assim, alguns conceitos trabalhados anteriormente. Desse modo, a “gramática das regras jurídicas” demonstrou-se um recurso teórico capaz de manifestar, desde o método linguístico, a verificação de um giro linguístico na teoria do Direito de Hart.

Palavras-chave: Herbert Hart; método linguístico; critério metodológico; regra; giro linguístico.

ABSTRACT

The existence of a linguistic turn in Hart's theory of Law (specifically, in "The Concept of Law"), structured from two fundamental notions of his linguistic method, that is, the "methodological criterion" and the "rule", was the topic developed. The general objective was to outline the path that manifests the link between the linguistic method and the linguistic turn through the analysis of the notion of rule-following. This path was called "grammar of legal rules". This expression has a double meaning: i) following social rules affecting the formulation of Hart's methodological criterion (broad sense); and ii) rules as explanatory criteria of the logic of functioning of the concept of Law (strict sense). The specific objectives unfold as follows: i) going from the linguistic turn in philosophy to the following of social rules; ii) analyzing Hart's theory of rules in light of the author's methodological criterion; and iii) to distinguish the notions of method and rules in Hart and Kelsen and to establish the introduction of the participant's perspective in Hart. To this end, the Analytical-Descriptive and Historical-Exegetical Methods were used. The idea of "methodological criteria" points to the distinction between internal and external points of view in the consideration of rules. The notion of "rule" indicates the use of shared standards for the criticism of conduct. The central problem of the study, therefore, was to verify whether the "grammar of legal rules" is structured as an adequate instrument to establish the transition between method and linguistic turn in Hart's theory of Law. A conceptual path was established that started from the linguistic turn, as the assumption of language as the core of philosophical reflection, to the exposition of the philosophical grammar of the rules of language, according to the terms of the so-called second Wittgenstein. The influence of the idea of "following social rules" ("Philosophical Investigations") on Hart's aforementioned work was highlighted, by explaining legal rules from their methodological criteria, therefore, from the social practice of following rules. The notion of legal rule was analyzed as a social rule, and as primary rules and secondary rules. The aim was to clarify how its aspects contribute to the logic of the functioning of the concept of Law. Having established Hart's grammar of rules, it was contrasted with Kelsen's model of legal rules. The study concluded, with reference to Brian Bix, by emphasising the significance of the internal point of view in legal theory, thereby reaffirming several concepts developed earlier. In this way, the "grammar of

legal rules” proved to be a theoretical resource capable of expressing, through the linguistic method, the identification of a linguistic turn in Hart’s theory of law.

Keywords: Herbert Hart; linguistic method; methodological criteria; rules; linguistic turn.

RESUMEN

La existencia de un giro lingüístico en la teoría del Derecho de Hart (específicamente, en "The Concept of Law"), estructurado a partir de dos nociones fundamentales de su método lingüístico, es decir, la de "criterio metodológico" y la de "regla", fue el tema desarrollado. El objetivo general fue delinear la ruta que manifestara el vínculo entre el método lingüístico y el giro lingüístico a través del análisis de la noción de seguimiento de reglas. Este camino se denominó "gramática de las normas jurídicas". Esta expresión tiene un doble significado: i) seguir reglas sociales que afectan la formulación del criterio metodológico de Hart (sentido amplio); y ii) las reglas como criterios explicativos de la lógica del funcionamiento del concepto de Derecho (sentido estricto). Los objetivos específicos se dividen en: i) pasar del giro lingüístico en la filosofía al seguimiento de reglas sociales; ii) analizar la teoría de reglas de Hart a la luz de los criterios metodológicos del autor; y iii) distinguir las nociones de método y reglas en Hart y Kelsen y consolidar la introducción de la perspectiva del participante en Hart. Para tal efecto se utilizaron los métodos Analítico-Descriptivo e Histórico-Exegético. La idea de "criterio metodológico" apunta a la distinción entre puntos de vista internos y externos a la hora de considerar las reglas. La noción de "regla" indica el uso de estándares compartidos para criticar el comportamiento. El problema central del estudio, por tanto, fue verificar si la "gramática de las reglas jurídicas" se estructura como un instrumento adecuado para establecer la transición entre método y giro lingüístico en la teoría del Derecho de Hart. Se estableció un camino conceptual que comenzó con el giro lingüístico, como asunción del lenguaje como núcleo de la reflexión filosófica, hasta la exposición de la gramática filosófica de las reglas del lenguaje, de acuerdo con los términos del llamado segundo Wittgenstein. Se destacó la influencia de la idea de "seguir reglas sociales" ("Investigaciones filosóficas") en la obra antes mencionada de Hart, al explicar las reglas jurídicas desde sus criterios metodológicos, por tanto, desde la práctica social de seguir reglas. Se analizó la noción de norma jurídica como norma social, y como normas primarias y normas secundarias. Con el objetivo de aclarar cómo sus aspectos contribuyen a la lógica del funcionamiento del concepto de Derecho. Una vez presentada la gramática de las reglas hartianas, se contrastó con el modelo kelseniano respecto a las reglas jurídicas. Se concluye destacando, en sintonía con Brian Bix, la relevancia de

introducir la noción de perspectiva interna en la teoría jurídica; fijando así algunos conceptos trabajados anteriormente. De este modo, la “gramática de las reglas jurídicas” resultó ser un recurso teórico capaz de demostrar, a partir del método lingüístico, la verificación de un giro lingüístico en la teoría del derecho de Hart.

Palabras clave: Herbert Hart; método lingüístico; criterios metodológicos; regla; giro lingüístico.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	15
2 O GIRO LINGUÍSTICO NA FILOSOFIA: A GRAMÁTICA DAS REGRAS (NO SEGUNDO WITTGENSTEIN	22
2.1 NAS ORIGENS DA TRADIÇÃO ANALÍTICA: MOORE, FREGE E RUSSELL	23
2.1.1 George Edward Moore	23
2.1.2 Gottlob Frege	32
2.1.3 Bertrand Russell.....	39
2.2 WITTGENSTEIN I: O <i>TRACTATUS</i> E A PUREZA CRISTALINA DA LÓGICA ...	45
2.3 WITTGENSTEIN II: AS INVESTIGAÇÕES FILOSÓFICAS E A OPACIDADE DOS FENÔMENOS	54
2.3.1 Da forma lógica às formas de vida	57
2.3.2 O que é seguir uma regra?	68
2.3.3.1 Textura aberta da linguagem.....	77
2.3.3.2 Textura aberta do direito	85
2.3.3.2.1 Regras: termos classificatórios gerais	86
2.3.3.2.2 Formalismo e ceticismo sobre regras.....	93
3 HERBERT HART E A GRAMÁTICA DAS REGRAS JURÍDICAS	101
3.1 REGRAS SOCIAIS.....	102
3.2 REGRAS PRIMÁRIAS E REGRAS SECUNDÁRIAS	115
3.2.1 Regras primárias (regras que impõem obrigação).....	116
3.2.1.1 Um novo começo	117
3.2.1.2 Regras primárias como regras de obrigação.....	119
3.2.1.3 Regras de obrigação: ponto de vista interno e ponto de vista externo	126
3.2.2 Regras secundárias I (reconhecimento, alteração e julgamento).....	133
3.3 REGRAS SECUNDÁRIAS II: REGRA DE RECONHECIMENTO	147
3.3.1 Hart e a regra de reconhecimento	148
3.3.2 Debate sobre a regra de reconhecimento	158
3.3.2.1 Regra de reconhecimento: regra constitutiva	158
3.3.2.2 Debate sobre a natureza da regra de reconhecimento	161
3.3.2.3 Retomada e palavras finais	174
4 HERBERT HART: UM GIRO LINGUÍSTICO NA TEORIA DO DIREITO.....	179
4.1 BALANÇO DAS ANÁLISES PRECEDENTES (PARADA METODOLÓGICA) ..	179

4.2 A LINGUAGEM DAS REGRAS JURÍDICAS: Kelsen VS. Hart.....	194
4.2.1 Definições iniciais	196
4.2.2 Tipologia das regras	200
4.2.3 Duas vias de chegada à “norma fundamental”	206
4.2.4 Linguagem das regras jurídicas em Kelsen.....	215
4.3 Hart e o giro hermenêutico na teoria do direito: diálogo com Brian Bix.....	224
4.3.1 Hart e o giro hermenêutico (argumentos de Bix)	225
4.3.2 Hart: um giro linguístico na teoria do direito	233
5 CONCLUSÃO	239
REFERÊNCIAS.....	245

1 INTRODUÇÃO

Herbert Hart é considerado um dos principais teóricos do Direito do século XX. Em sua obra mestra, “The Concept of Law” (1961), recolocou a pergunta pela natureza geral do Direito. O tema está estruturado a partir de três questões fundamentais, que projetam, correspondentemente, as três partes principais da obra. A primeira diz respeito à possibilidade de se compreender o Direito como ordens do soberano respaldadas por sanções. A segunda questão busca esclarecer o que são as regras e em que medida o Direito é um tema voltado a elas. Na terceira parte, questiona-se acerca da conexão entre Direito e moral. O contexto conceitual do presente trabalho está delimitado à segunda questão elencada. O conhecimento preexistente aponta para duas ideias que estão dadas, tanto no texto de Hart quanto na literatura secundária, e que serão utilizadas como ponto de partida. Isto é, que o método de trabalho do autor é o método linguístico (possibilidade de se estabelecer distinções importantes nos fenômenos sociais, a partir dos usos-padrão de expressões relevantes e do modo com que essas dependem de um contexto social), e que a sua teoria do Direito promove um giro linguístico em meio as suas reflexões. Cabe-nos tornar explícito, agora, o papel das regras entre essas teses frequentemente afirmadas pelos comentadores. Portanto, a contribuição original desta investigação consiste em demonstrar como as regras pavimentam um caminho entre método linguístico e giro linguístico em “The Concept of Law”. Esse é, propriamente, o objetivo geral desta investigação.

A realização de uma pesquisa que identifique como a teoria do Direito de Hart promove um giro linguístico faz-se importante. A maioria dos estudos aborda o tema com brevidade, talvez por ele avançar para além das fronteiras da teoria do Direito. Além disso, a sua teoria das regras não é geralmente analisada no horizonte das duas noções antes mencionadas. Por conseguinte, há certas lacunas conceituais, no que se refere não apenas à explicação da virada linguística em Hart, mas também à sua associação com o método de trabalho do autor. Aliás, a justificativa científica desta pesquisa também perpassa a superação dessas dificuldades. Dessa forma, objetiva ampliar a compreensão dos juristas brasileiros acerca da teoria do Direito de Hart (Hans Kelsen, por exemplo, ainda é um autor bem mais divulgado e conhecido pela comunidade jurídica brasileira).

Em consulta ao banco de teses da Capes, averigua-se algo nesse sentido. Ao se colocar o termo “Herbert Hart” como argumento de pesquisa, aparecem poucas teses elaboradas nos últimos anos em programas de pós-graduação com ênfase em Direito no Brasil. Detalhe é que nenhuma delas é dedicada exclusivamente ao texto de “The Concept of Law”. A mesma pesquisa com o argumento “Hans Kelsen” revela trinta e cinco teses elaboradas no mesmo período, em programas de pós-graduação cuja ênfase é o Direito. O nosso estudo pretende colaborar minimamente para o preenchimento dessa lacuna científica, corrigindo uma pequena parte do déficit de conhecimento sobre o pensamento de Herbert Hart (acreditamos haver um estimado valor na popularização do pensamento do autor, dadas as contribuições decisivas acerca da estrutura e organização da ordem jurídica).

Outro aspecto científico valioso deste estudo está na sua transdisciplinaridade. Durante um longo tempo, acreditou-se na condição de pureza como um dogma da Ciência. Esse aspecto vincula-se à ideia de que os saberes das diferentes geografias do conhecimento deveriam ser pensados de modo isolado, como se os objetos de cada disciplina estivessem em compartimentos estanques. Isto é, a ideia de que os objetos científicos deveriam ser concebidos alheios às determinações empíricas, visando a garantir a sua estabilidade lógica e a certeza de seus resultados. Nesse contexto, buscou-se importar o método das Ciências Naturais para o âmbito das Ciências Sociais. Poder-se-ia vislumbrar aí uma pequena fagulha de transdisciplinaridade, isto é, uma tentativa de explicação lógico-matemática das Ciências Sociais. Contudo, não foi nesse sentido que a transdisciplinaridade ocorreu. Então, os desenvolvimentos conceituais das Ciências Sociais no século XX revelaram não apenas o valor da facticidade social na composição dos saberes, mas também a intersecção de diversos conhecimentos na base de sua constituição epistêmica. O Direito é um exemplo de Ciência Social que passou a ser investigada não apenas a partir da busca pela pureza, mas também desde a conexão com a Filosofia, Sociologia, Economia, Ciência Política, entre outras disciplinas afins. No caso do presente estudo, verifica-se a transdisciplinaridade, por exemplo, no aprofundamento do tema do *linguistic turn*. Ou seja, conferindo um tratamento mais detalhado ao fenômeno e não apenas como uma menção passageira, tal como se fosse algo já conhecido em seu interior, como acontece em algumas pesquisas na área do Direito que lhe fazem referência. No que se refere à Filosofia e à Sociologia, a obra de Hart (“The Concept of Law”) está

inserida nessa colaboração entre os saberes que a transdisciplinaridade implica. Razão pela qual manifesta a condição de uma descrição mais apurada do conceito de Direito, frente às tentativas que pensaram o conceito em compartimentos fechados.

É importante reafirmar aquilo que o próprio Hart declara no prefácio de “The Concept of Law”: que o seu método de trabalho é o método linguístico. Assim, o problema desta pesquisa é estruturar a via que conecta método linguístico e giro linguístico no interior da sua teoria do Direito.

Na busca de elucidar os fundamentos da tese de que Hart estabeleceu, a partir do método linguístico, um giro linguístico com a sua teoria, a hipótese de trabalho revela as noções de “critério metodológico” e de “regra” como articuladoras do vínculo entre aquelas noções. A noção de critério metodológico indica a distinção entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na consideração sobre regras. A noção de regra aponta para a ideia de padrões compartilhados para crítica dos comportamentos. Para verificar a hipótese lançada, utilizaremos como recurso heurístico a análise do fenômeno que denominamos de “gramática das regras jurídicas”. Isto é, a influência do seguimento de regras sociais (Wittgenstein) na formulação do critério metodológico de Hart (sentido amplo), bem como a ideia de que as regras articulam-se como critérios explicativos da lógica de funcionamento do conceito de Direito (sentido estrito).

É importante salientar que o objetivo geral desta pesquisa volta-se para o seguimento das regras como noção responsável pela passagem do vínculo entre método e giro linguístico. Tal objetivo desdobra-se, porém, em três objetivos específicos, quais sejam: i) delinear o ponto de partida do giro linguístico na história da filosofia até o problema do seguimento das regras sociais, estruturando o caminho que conduziu o fenômeno até a teoria do Direito de Hart; ii) a partir do ganho amealhado em “i” (seguimento das regras sociais), analisar a “teoria das regras” de Hart, à luz do seu critério metodológico; iii) manifestar as distinções entre a teoria de Hart e a de Kelsen em relação ao método e à concepção de regra, como também fixar a importância da introdução do ponto de vista interno na teoria do Direito, manejado por Hart em “The Concept of Law”.

No que diz respeito à justificativa social deste trabalho, situa-se na condição de a teoria hartiana analisar o Direito a partir de práticas sociais complexas. Isso a aproxima, sob certo aspecto, de suas funções sociais (podendo ser um gatilho, por

exemplo, para o resgate do compromisso democrático que o formalismo-normativista exilou da ciência do Direito, ao apartar-se da facticidade social). Então, pensar o Direito para além da separação entre teoria e *práxis* é mais uma razão para este estudo, à medida que a teoria do Direito hartiana (re)aproxima essas duas instâncias. Afinal, o seu método linguístico está direcionado a uma “teoria da prática de regras”, o que posiciona o Direito em um *locus de* que ele não deveria ter se apartado jamais: a sociedade.

Devemos mencionar, também, as justificativas jurídicas do presente trabalho, ou seja, a sua contribuição para o mundo do Direito no Brasil. O primeiro aspecto diz respeito à precariedade da noção de “Positivismo Jurídico” que os juristas costumam reproduzir. Normalmente, ela se restringe ao já citado Hans Kelsen e trata-o como voz única nessa corrente teórica. A alusão não se esgota aos discentes dos cursos de Direito, mas se espalha aos operadores jurídicos já graduados que, pelo déficit conceitual acerca do tema, não têm uma visão mais clara dos contextos de uso da expressão “positivismo jurídico”. O termo acaba tornando-se, na prática, um sinônimo de “formalismo-normativista”, tendo-se em vista a sua identificação indiscriminada com o pensamento do jurista vienense. Essa também é uma razão para termos elaborado o tópico em que se traçam distinções entre Hart e Kelsen. Ou seja, uma confrontação entre Kelsen (uma espécie de “paradigma do positivismo no imaginário dos juristas brasileiros”) e outro modo de se fazer esse positivismo. Portanto, Hart vincula-se a essa corrente teórica, e tal ideia pode gerar perplexidade em muitos juristas, à medida que as suas teses sobre o Direito ainda são pouco conhecidas pela comunidade jurídica brasileira.

Aliás, o pensamento de Hart demarcou uma linha a partir da qual se convencionou dividir o positivismo jurídico contemporâneo em “positivismo includente” (relação não conceitual ou contingente entre direito e moral) e “positivismo excludente” (separação estrita entre direito e moral). Para além da rede complexa de argumentos que envolvem essas teses, é importante reter, aqui, que Hart estrutura-se, sob certos aspectos, como uma referência mais decisiva para o positivismo jurídico contemporâneo do que Kelsen propriamente parece se configurar. Em geral, a Teoria do Direito contemporânea assume alguns conceitos hartianos, tal como o de “regra de reconhecimento”, como pontos de partida de suas análises. Seja para crítica, anuência ou como algo que está dado; portanto, como um verdadeiro referencial teórico.

Ainda sobre a visão um tanto distorcida da ideia de positivismo jurídico, costuma-se associá-la, na vida cotidiana dos juristas, à ideia de regra jurídica. Ocorre que essa é uma noção complexa que, tal como Hart delineou, sequer pode ser definida por meio da forma tradicional de se estabelecer definições, a saber, por gênero e diferença específica. A noção de “regra”, nesse sentido, assemelha-se a noções como a de “jogo” ou a de “linguagem”. Isto é, existem diversas coisas que estamos dispostos a referir como sendo “regras”, “jogos” ou “linguagens”, pois há uma rede de similaridades e diferenças entre tais coisas que se entrecruzam e se sobrepõem. “Regra”, dessa forma, é uma noção que revela “semelhanças de família”, para fazer eco de algo que Wittgenstein declarou sobre a noção. Voltemos a tomar como exemplo o contraste entre Kelsen e Hart. As suas noções de regra jurídica são essencialmente distintas, e eles continuam sendo “positivistas jurídicos”. Logo, uma melhor compreensão da ideia de regra tornará mais precisas as múltiplas facetas do positivismo jurídico, e isso se manifestará por meio de teorias e práticas. Esclarecer o que são as regras e o seu papel na prática do Direito pode qualificar exatamente o exercício prático do Direito pelos juristas (eminentemente coordenado pelas regras). Isso poderá ocorrer para além dos ganhos conceituais evidentes que os “juristas teóricos” poderão amealhar, à medida que futuras reflexões sobre o tema apoiar-se-ão, se for o caso, nos desenvolvimentos ora estabelecidos. Afinal, as regras parecem ocupar um lugar central no âmbito jurídico, para infortúnio dos autores vinculados ao denominado Realismo Jurídico Norte-Americano. Portanto, por meio das análises da noção de regra que esta investigação oferece, pretendemos contribuir minimamente, mas de forma deveras relevante, com a compreensão da ordem jurídica como um todo.

No segundo capítulo, partiremos do giro linguístico na filosofia (pré-Hart) até adentrarmos no texto de “The Concept of Law”. Faremos uma breve reconstrução do que se convencionou chamar de primeiro estágio do giro linguístico na filosofia (sintático-semântico), analisando sucintamente as reflexões de Moore, Frege, Russell e do Wittgenstein do “Tractatus”. Nosso intuito é demonstrar o significado de uma tese corrente na literatura sobre o tema. Ou seja, que a linguagem deixa de ser um terceiro elemento interposto entre sujeito e objeto do conhecimento, tal como na filosofia moderna, que estava comprometida com a ideia de que o pensamento era constituinte dos objetos da realidade. Assim, a linguagem passa a ser central na reflexão analítico-filosófica (principalmente, enquanto teorias do significado voltadas

à explicação das questões entre linguagem e mundo – “teoria referencial do sentido”). Subsequentemente, abordaremos a crítica do Wittgenstein maduro ao “modelo objeto-designação” e o consequente abandono da “teoria referencial do sentido” nas “Investigações Filosóficas”. Demarcaremos as reflexões sobre “o que é seguir uma regra” e, especialmente, o aspecto da prática social do seguimento de regras, propriedade que repercutirá na estruturação do critério metodológico de Hart. As reflexões sobre a “vagueza potencial” ou “textura aberta da linguagem” manifestarão outro vínculo entre a filosofia da linguagem e a teoria do Direito: articuladas como “textura aberta do Direito” nas notas de Hart.

No terceiro capítulo, delinearemos a teoria das regras de Hart, ou seja, apresentaremos as duas noções fundamentais para a presente investigação: critério metodológico e regra. Inicialmente, caracterizaremos as regras jurídicas como parte das regras sociais, à luz da distinção que será traçada entre hábitos sociais e regras sociais. Após, apresentaremos o critério metodológico de Hart, herança conceitual de Wittgenstein e Winch, começando a explicitar, assim, a introdução da perspectiva do participante (ponto de vista interno ou de quem segue as regras) em sua teoria do Direito. Partindo da ideia hartiana de que o ponto central do conceito de Direito é a união entre regras primárias e regras secundárias, analisaremos os aspectos da noção de regras de obrigação ou conduta (regras primárias), mostrando, desse modo, o seu papel na lógica de funcionamento do conceito de Direito. Além disso, destacaremos o seguimento dessas regras, ou seja, a incidência do critério metodológico em sua constituição. Da mesma forma, analisaremos as regras secundárias de reconhecimento, alteração e julgamento, à luz de suas contribuições para a lógica de funcionamento do conceito de Direito, como também no horizonte da prática social do seguimento dessas regras. Dedicaremos especial atenção à regra de reconhecimento, por se tratar, nos termos de Hart, do fundamento do sistema jurídico (analisaremos possíveis problemas na delimitação de sua natureza como prática social complexa).

No quarto capítulo, começaremos fazendo um balanço das análises precedentes, mirando apresentar conclusões parciais da nossa investigação. Optamos por concentrá-las no princípio desse capítulo e não ao final de cada tópico, pois acreditamos que esses conceitos, em um “texto corrido”, ganhariam unidade e clareza no encadeamento que os vincula. Realizada essa parada metodológica, analisaremos certos aspectos da “Teoria Pura do Direito”, de Hans Kelsen, com

especial atenção à concepção de “pureza metódica”, “norma fundamental” e “norma jurídica”. Ao final desse tópico, contrastaremos as diferenças entre os métodos de Hart e de Kelsen, bem como seus modelos distintos acerca das regras jurídicas. Explicitaremos, dessa forma, por que se verifica um giro linguístico na teoria do Direito de Hart e não na de Kelsen (por mais que essa não seja uma tarefa de suas teorias do Direito). Concluiremos dialogando com Brian Bix, em seu artigo sobre o giro hermenêutico na teoria do Direito de Hart, sedimentando a relevância da introdução da perspectiva do participante ou seguimento das regras em uma teoria do Direito. Junto à segunda parte do artigo, já assentada às ideias (pré-hartianas e) hartianas, projetaremos futuros desdobramentos científicos desta pesquisa, no horizonte das possíveis consequências conceituais a serem exploradas (questões teóricas no âmbito pós-Hart).

No que concerne ao Método de Procedimento, esta tese apoia-se em etapas bem-definidas. Isto é, utiliza o Método Analítico-Descritivo conjugado ao Método Histórico-Exegético. Por fim, a técnica de pesquisa manejada foi a de levantamento bibliográfico, recolhendo-se fontes doutrinárias suficientes para a fundamentação da investigação.

O trabalho está posicionado em meio às reflexões da teoria e filosofia do Direito. Assim sendo, situa-se na área de concentração em Direito Público do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio do Sinos (UNISINOS). A linha de pesquisa é a de Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização. Finalmente, o trabalho está diretamente relacionado às atividades de pesquisa do professor orientador, que se estabelecem na área da teoria e filosofia do Direito.

A pesquisa recebeu financiamento da CAPES por intermédio da bolsa CAPES/PROEX, Código de Financiamento 001.

2 O GIRO LINGUÍSTICO NA FILOSOFIA: A GRAMÁTICA DAS REGRAS (NO) SEGUNDO WITTGENSTEIN

O intuito deste capítulo é delinear o giro linguístico ou *linguistic turn* na história da filosofia contemporânea (filosofia analítica da linguagem), tomando como ponto de partida as reflexões de George Edward Moore, Gottlob Frege e Bertrand Russell. De modo algum seremos exaustivos relativamente ao pensamento destes autores; pretendemos, contudo, elencar certos temas que emergiram, detalhando a linguagem enquanto forma de expressão do pensamento, sobretudo a questão do “sentido” como núcleo da relação entre linguagem e realidade. Salvo engano, foi Schlick, filósofo vinculado ao Círculo de Viena, o primeiro a mencionar o *turning point* ou ponto de virada decisivo na história da filosofia, que o *linguistic turn* significou.¹

Então, ao longo do presente capítulo, construiremos um caminho que nos conduzirá das reflexões iniciais sobre a linguagem até o problema da “textura aberta da linguagem”, que foi adaptado por Hart à teoria do direito enquanto “textura aberta do direito”. Assentada essa base do “giro linguístico” em sede filosófica² (ida ao encontro dos fundamentos), partiremos em direção à análise do fenômeno no âmbito da teoria do direito de Hart, núcleo da investigação ora apresentada.

¹ “Os caminhos têm sua origem na lógica. Leibniz viu vagamente o seu começo. Bertrand Russell e Gottlob Frege abriram trechos importantes nas últimas décadas, mas Ludwig Wittgenstein (em seu *Tractatus Logico-Philosophicus*, 1922) é o primeiro a avançar para o ponto de virada decisivo.” (Schlick, 1959, p. 54, tradução nossa). O artigo de Schlick, originalmente intitulado “Die Wende Der Philosophie”, apareceu pela primeira vez no Volume I de *Erkenntnis* (1930/31). A tradução para o inglês foi realizada por David Rynin (tradução nossa para o português). Visando a aumentar a acessibilidade ao conteúdo do trabalho, optamos por fazer traduções livres. Devido ao volume de citações, evitamos repetir a advertência de que se trata de “tradução nossa”; o que deve ficar subentendido para o resto do trabalho. Conforme: Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), 2025. p. 243-244.

² Para um panorama geral do giro linguístico, conferir Rorty (1998) e Oliveira (1996). Importantes as palavras do filósofo da linguagem, Searle (1981), que dão conta da revolução filosófica que o *linguistic turn* significou: “ora, visto que endereçamos, a seguir, algumas críticas à filosofia da linguagem contemporânea, talvez seja oportuno observar aqui que consideramos realmente notável a contribuição realizada por esse tipo de filosofia. Não é exagero dizer que ela produziu uma revolução na filosofia, revolução da qual este livro nada mais é do que uma consequência menor. Assim, o esforço que faremos em corrigir alguns erros não deve ser tomado como uma rejeição da análise linguística” (Searle, 1981, p. 174).

2.1 NAS ORIGENS DA TRADIÇÃO ANALÍTICA: MOORE, FREGE E RUSSELL

Invertamos a ordem cronológica dos autores, que recomendaria começar por Frege (ao se tratar do tema “história da filosofia analítica”), tendo em vista as contribuições decisivas de Russell e do próprio Frege para a eclosão do *Tractatus* de Wittgenstein. Por essa razão, começaremos com a filosofia de Moore, visando a aglutinar subsequentemente as lições sobre Frege e Russell como passo preliminar à análise do *Tractatus*. Ademais, a história da filosofia registra como precursora da filosofia analítica da linguagem a “filosofia moderna”, que foi amplamente colonizada pelo “idealismo” e que teve em Moore um crítico contundente de seus pressupostos conceituais (“revolta contra o idealismo”, como veremos adiante).

2.1.1 George Edward Moore

Neste tópico, abordaremos certos pontos da filosofia de Moore, destacando, principalmente, a substituição da análise do pensamento (filosofia moderna) para os problemas da linguagem como forma de expressão do pensamento. Apresentaremos o escrito “A natureza do juízo” (1993), em que Moore propõe uma crítica à tradição idealista de Kant a Bradley, relativamente à natureza do juízo. Moore concebeu o juízo (conhecimento proposicional ou descritivo) como fundado em um acesso cognitivo que não é conceitual. Trata-se do conhecimento por “contato” ou “direto” (“knowledge by acquaintance”), que se verifica na apreensão direta dos objetos, portanto, ocorrendo de forma não judicativa. A noção de conhecimento por descrição como fundado no conhecimento direto caracteriza-se como uma influência de Russell sobre Moore. Analisaremos o artigo “Que é a filosofia?”, em que Moore (1974a) descreve os pontos de vista do Sentido Comum. Apesar de o sentido comum não oferecer pontos de vista, por exemplo, sobre o “universo na totalidade”, oferece posições claras de que certas coisas repousam seguramente no universo, além de ressaltar as formas em que essas coisas estão relacionadas. Detalharemos algumas teses do livro “Principia Ethica” (1959), em que Moore sustentou a impossibilidade de se definir o “bem”; ele apresentou uma versão da “falácia naturalista” ou “Lei de Hume”, isto é, que não se pode derivar logicamente um “deve” (como as coisas deveriam ser) de um “ser” (como as coisas são). Ou seja, o “bem” resulta indefinível aos moldes como definimos as

coisas do mundo natural. Na Seção XIII, do primeiro capítulo de “Principia Ethica”, o filósofo enuncia o célebre argumento da “pergunta aberta”. Ou seja, a indefinibilidade do termo “bem” é demonstrada, pois, independentemente da definição que se dê, poderá permanecer-se questionando se o que satisfaz a definição é bom. No texto denominado “Uma defesa do senso comum” (1974), Moore retoma o tema do ponto de vista do Sentido Comum. O texto foi de grande importância à segunda fase do pensamento de Wittgenstein, sendo o ponto de partida do filósofo em seu derradeiro escrito: “Sobre a Certeza”. Especificamente, Moore legará para Wittgenstein a ideia de que há certas proposições empíricas cuja verdade parece ter um estatuto similar ao das proposições da lógica e da matemática. Traremos à baila o problema conhecido como “Paradoxo de Moore”, cuja descoberta foi considerada por Wittgenstein a mais importante contribuição de Moore à Filosofia. Finalmente, delinearemos a conferência intitulada “Prova de um mundo exterior” (1974c), na qual se tem uma resposta de Moore à Kant, relativamente à prova da realidade das coisas fora de nós.

Moore ingressou em 1892 na Universidade de Cambridge para a graduação em estudos clássicos. Em Cambridge, conheceu Bertrand Russell, que o influenciou para o estudo da filosofia (Ayer, 1983). Moore foi aluno de J. M. E. McTaggart, que foi um expoente do idealismo absoluto britânico, como também do eticista Henry Sidgwick. A influência desses mestres repercutiu bastante em sua tese: “A base metafísica da ética” (1897); nela, Moore sustentou uma posição que ele próprio rejeitaria em “Principia Ethica” (1903) (Soames, 2019).

Em 1899, Moore publicou o artigo “A natureza do juízo”³, no qual propõe um ataque ao núcleo da tradição idealista de Kant a Bradley (sobretudo, ao idealismo absoluto de Bradley), no que se refere à natureza do juízo (Ayer, 1983; Moore, 1993). Portanto, à concepção do juízo como exercício de capacidades ativas, ou, nos termos de Kant (2001), da “espontaneidade do entendimento”.⁴ Moore identifica

³ Na obra “A filosofia do século XX”, Ayer (1983) descreve o artigo de Moore como sendo de um “realismo-platônico”, que “[...] afirmava não simplesmente que os conceitos eram objetivamente reais, como também que eles e as proposições que chegavam a formar eram o único real” (Ayer, 1983, p. 73).

⁴ Em outros termos, no idealismo compreende-se a apreensão de um conceito “como a atualização de uma capacidade ativa. Apreender um conceito, nessa alternativa, é exercer uma habilidade, saber como empregá-lo para classificar (caso dos conceitos empíricos) ou inferir (caso dos conceitos lógicos)” (Faria, 2024, p. 212). O autor complementa, mais adiante, que: “para os idealistas, toda experiência era judicativa ou proposicional. Sua tese mais característica era que não temos nenhuma concepção do que seja um constituinte de um juízo antecedente à compreensão que tenhamos do que seja um juízo. Para os idealistas, essa tese implicava uma segunda, a saber:

na concepção do juízo como fundado no entendimento uma combinação problemática entre as condições da verdade de uma proposição e o assentimento dessa proposição⁵, portanto, entre conteúdo e ato do juízo – defeito incontornável da tradição idealista. Nesse contexto, Moore (1959) observa, no parágrafo 80 de “Principia Ethica”, que é falsa a ideia de que “ser verdadeiro” significa ser pensado de um certo modo (Moore, 1959, p. 125-126).

Segundo Moore, Bradley deveria saber que: a) as portadoras da verdade e da falsidade são as proposições, embora elas não repousem na mente e nem dela dependam; b) as proposições não são constituídas de ideias subjetivas, porém, de conceitos objetivos; c) a verdade é inalisável (Soames, 2019). Ademais, o artigo menciona que uma proposição é composta por diversos conceitos e que há uma relação específica entre eles. A natureza dessa relação condiciona que a proposição possa ser verdadeira ou falsa. Conforme Moore, o tipo de relação que faz uma proposição ser verdadeira ou falsa não é algo que possa ser definido (Soames, 2019).

Neste cenário, a proposição verdadeira que ‘o’ é *vermelho* é um complexo estruturado de conceitos no qual o conceito (propriedade) VERMELHIDÃO mantém com a relação SER PREDICADO DE E SER INSTANCIADO POR; a proposição falsa que ‘o’ é *verde* é um complexo onde o conceito (propriedade) VERDE só mantém com ‘o’ a relação SER PREDICADO DE. A relação primitiva que distingue a verdade da falsidade é a INSTANCIAÇÃO. Finalmente, o objeto ‘o’ é em si mesmo unicamente o complexo de conceitos que instancia (Soames, 2019, p. 75, grifos do autor, à exceção das aspas).

Alternativamente, Moore concebeu o juízo (conhecimento proposicional ou descritivo) como fundado em um modo de acesso cognitivo que não é conceitual; trata-se do conhecimento por “contato” ou “direto” (“knowledge by acquaintance”)⁶,

que também não temos nenhuma compreensão do que seja o objeto de um juízo – a espécie de coisa sobre a qual julgamos e inferimos – antecedente a nossa compreensão do que seja julgar e inferir” (Faria, 2024, p. 213).

⁵ Faria (2024, p. 214, grifo do autor) explica esse ponto: “ao repudiarem, mais tarde, Kant e Hegel, Moore e Russell estavam repudiando, em primeiro lugar, a ‘análise do juízo e da inferência’ da tradição idealista (o princípio do primado do juízo sobre seus constituintes) – e com ela, porque dela indissociável na tradição com a qual estavam rompendo, a ideia de que alguma atividade devesse ser constitutiva da relação entre o espírito e seus objetos. Essa ideia passava a ser denunciada, agora, como um sintoma do psicologismo: a confusão entre verdade e assentimento, que seria a tara originária do idealismo filosófico”.

⁶ Na obra “Os problemas da filosofia”, Russell (1972) anota linhas importantes sobre o conhecimento direto (*knowledge by acquaintance*): “podemos, portanto, resumir como segue tudo o que dissemos sobre o conhecimento direto [*acquaintance*] das coisas que existem. Temos conhecimento direto [*acquaintance*] na sensação dos dados dos sentidos externos e, na introspecção, dos dados do que

que se verifica na apreensão direta dos objetos, portanto, de forma não judicativa (Russell, 1959; 1972). O termo e o tema foram desenvolvidos por importantes filósofos como Russell, James e Grote, esse último sendo o responsável pela elaboração inicial⁷.

Na conferência “Que é a filosofia?” (originalmente publicada em 1910), Moore traça um panorama da filosofia analítica na primeira década do século XX. Ele explicita as perguntas essenciais do labor filosófico e propõe-lhe respostas alternativas (Moore, 1974a). Soames (2019) destaca que a “concepção de filosofia” de Moore era “completamente tradicional”. Isso indica a tarefa da “descrição geral de todo o universo”, um trabalho que envolve a explicação de duas classes de coisas e das relações entre elas (Moore, 1974a, p. 365-367). Vejamos abaixo:

[...] as classes de coisas que sabemos que há nele [‘no universo’, *grifo nosso*] (objetos materiais, mentes humanas etc.), as classes de coisas que, ainda que não saibamos que estão nele, bem poderiam estar nele (por exemplo, uma ou mais mentes divinas, mentes humanas depois da morte etc.) e as relações que mantêm as diferentes classes de coisas (por exemplo, mentes *unidas* a corpos). Relacionada com essa investigação metafísica, encontramos a tarefa epistemológica de explicar como sabemos algo a partir de uma

podemos denominar de sentido interior: pensamentos, sentimentos, desejos etc.; temos um conhecimento direto [*acquaintance*] na memória das coisas que foram dadas quer pelos sentidos exteriores, quer pelo sentido interior. Além disso, é provável, embora não certo, que temos conhecimento direto [*acquaintance*] do Eu, como de algo que tem consciência das coisas ou as deseja. Além de nosso conhecimento direto [*acquaintance*] das coisas particulares que existem, também temos um conhecimento direto [*acquaintance*] do que denominamos *universais*, ou seja, ideias gerais como *brancura*, *diversidade*, *fraternidade* e assim por diante. Toda sentença completa deve conter pelo menos uma palavra que represente um universal, visto que todos os verbos têm um significado que é universal. Retornaremos aos universais mais adiante, no Capítulo 9; no momento, é apenas necessário precaver-se contra a suposição de que tudo aquilo do qual podemos ter um conhecimento direto [*be acquaintance*] deve ser algo particular e existente. A tomada de consciência de universais é denominada de *concepção*, e um universal do qual temos consciência é chamado *conceito*” (Russell, 1972, p. 57-58, grifos do autor; 1959).

⁷ Moore tomou de empréstimo de Russell a ideia do conhecimento por descrição como fundado no conhecimento direto. Vejamos, assim, o que Russell (1972) complementa sobre o ponto: “o princípio fundamental na análise das proposições que contêm descrições é este: *Toda proposição que podemos entender deve ser composta inteiramente de elementos dos quais temos um conhecimento direto [are acquainted]*. [...] Se nós quisermos falar de modo significativo e não emitir meros ruídos, devemos atribuir algum sentido às palavras que usamos, e o sentido que atribuímos às nossas palavras deve ser algo do qual tenhamos um conhecimento direto [*are acquainted*]. Assim, por exemplo, quando fazemos uma afirmação sobre Julio César, é claro que o próprio Julio César não está presente à nossa mente, visto que não temos um conhecimento direto [*are acquainted*] dele. Temos em mente alguma *descrição* de Julio César: ‘o homem que foi assassinado nos idos de março’, ‘o fundador do Império Romano’, ou, simplesmente, ‘o homem cujo nome era *Julio César*’ (nessa última descrição, *Julio César* é um ruído ou imagem da qual temos um conhecimento direto [*are acquainted*]). Assim, nossa afirmação não significa exatamente o que parece significar, mas significa alguma coisa que envolve, no lugar de Julio César, alguma descrição dele, composta inteiramente de particulares e universais, dos quais temos um conhecimento direto [*are acquainted*] (Russell, 1972, p. 65-66, grifos do autor).

análise que especifique condições necessárias e suficientes para o conhecimento (Soames, 2019, p. 83).

Moore trabalhou também questões relativas ao valor, ou seja, a correção e incorreção das ações, o bom e o mau de um estado de coisas, assim como o valor do universo na totalidade. A concepção tradicional de metafísica, epistemologia e ética são o núcleo da concepção filosófica do autor (Soames, 2019). Ao adicionar as ideias de Frege e de Russell, em 1910, Moore incluiu a lógica, a linguagem e as matemáticas às próprias reflexões. Todavia, a concepção de filosofia que manejava não se alterou muito. Soames (2019) observa que, nesse primeiro momento da filosofia ou tradição analítica, “[...] temas previamente deixados de lado voltaram-se preponderantes, sem por isso substituírem as preocupações tradicionais que foram abordadas de novas maneiras” (Soames, 2019, p. 84).

É válido referir sobre “Que é a filosofia?”, em que Moore descreveu os pontos de vista do Sentido Comum como sendo sustentados de forma universal por quase todos os filósofos, razão que possibilitou chamá-los, propriamente, de pontos de vista do Sentido Comum (Ayer, 1983). Obviamente, o Sentido Comum não oferece pontos de vista, por exemplo, sobre o “universo na totalidade” (Moore, 1974a, p. 366). Contudo, oferece posições claras de que certas classes de coisas repousam seguramente no universo, além de ressaltar as formas em que essas coisas estão entrelaçadas (Moore, 1974a; Soames, 2019)⁸. A Conferência sugere cláusulas importantes que as especulações “sobre o que há” devem possuir. Nesse sentido, pavimenta certas verdades analíticas que uma descrição geral de todo Universo deve possuir para ser completa⁹. Voltaremos à perspectiva do Sentido Comum, em Moore, ao comentar o escrito: “Uma defesa do senso comum”.

⁸ “Podemos, de fato, dizer, de todos os objetos materiais, que eles têm três características: (1) são um tipo de coisa bastante diferente dos atos de consciência; (2) todos situam-se, em algum tempo dado, em um ou outro lugar do espaço, e (3) têm essa propriedade que acabamos de mencionar – a saber, são um tipo de coisa que existe quando não estamos conscientes dela, assim como quando estamos. Penso que estas três características não são suficientes para definir um objeto material: podem existir outros objetos, que possuem todas as três e que, entretanto, não são objetos materiais. Porém, penso que elas são três das mais importantes características que os objetos materiais possuem; e não deveríamos chamar alguma coisa um objeto material, a menos que pretendêssemos afirmar que tem todas as três” (Moore, 1974a, p. 372).

⁹ “Sem dúvida, os filósofos que disseram isso ou alguma coisa parecida não significaram, por isso, exatamente o que disseram. Aqueles que sustentam que existem e existiram no Universo objetos materiais no espaço, e que existem e existiram atos de consciência, dificilmente podem negar que certamente existem também no Universo pelo menos duas outras coisas além dessas – coisas que não são objetos materiais nem atos de consciência, a saber, o Espaço e o Tempo. Deve-se admitir, nessa perspectiva, que o Espaço e o Tempo realmente são – que eles são alguma coisa, e que é óbvio que não são objetos materiais nem atos de consciência. E analogamente podem existir

Não pretendemos ser exaustivos, no que se refere ao conjunto da filosofia mooreana. Nosso intuito é elencar certas discussões com repercussão à assunção da Filosofia Analítica da Linguagem e o consequente *linguistic turn* (giro linguístico) na filosofia. Mirando a presente tese como referência, devemos destacar, ainda, três importantes escritos de Moore, a saber, a obra “Principia Ethica” – de 1903 (devido ao encontro pioneiro que promove entre os temas éticos e a filosofia analítica), como também os escritos: “Uma defesa do senso comum” (1925) e “Prova do mundo exterior” (1939), ambos decisivos para a tarefa do Wittgenstein tardio, repercutindo, principalmente, no último escrito wittgensteiniano, intitulado “Sobre a certeza”.

No livro “Principia Ethica”, Moore sustenta uma impossibilidade de se definir o “bem”. Ele apresenta uma versão da “falácia naturalista” ou “Lei de Hume”, isto é, que não se pode derivar lógico-racionalmente um “deve” (como as coisas deveriam ser) de um “ser” (como as coisas são) (Veríssimo, 2015). Ou seja, o “bem” resulta indefinível aos moldes como oferecemos definições às coisas do mundo natural. Não há nada na natureza que represente todas as instâncias do termo “bem”, à medida que, segundo Moore, ele não é uma propriedade natural, portanto, sendo irreduzível às categorias do mundo natural (Ayer, 1983; Moore, 1959; Soames, 2019; Veríssimo, 2015).¹⁰

no Universo outros tipos de coisas conhecidas por nós, além do Espaço e do Tempo, que não são objetos materiais nem mesmo atos de consciência. De minha parte, penso que certamente existem vários outros tipos de coisas, e que é um dos problemas da filosofia apontá-los. Porém, penso que aqueles filósofos que falaram como se os objetos materiais e os atos de consciência fossem os únicos tipos de coisas que sabemos estar no Universo não pretenderam realmente negar isso. Eles significaram, ao contrário, que os objetos materiais e os atos de consciência são os únicos tipos de coisas conhecidos por nós, que são, em certo sentido, substanciais: substanciais em um sentido em que o Espaço e o Tempo não parecem ser. E posso dizer, imediatamente, que, de minha parte, se fazemos modificações apropriadas desse tipo, essa perspectiva parece-me correta. Em outras palavras, sustento que os objetos materiais no espaço e os atos de consciência dos homens e dos animais sobre a terra são realmente os únicos tipos substanciais de coisas conhecidas por nós, embora eu admita que possam existir outros desconhecidos por nós, e embora eu pense que certamente existem vários tipos de coisas não substanciais, que é muito importante mencionar, se devemos apresentar uma descrição geral realmente completa de todo o Universo – o Tempo e o Espaço, por exemplo” (Moore, 1974a, p. 377-378).

¹⁰ O pesquisador do Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa (LanCog), Luís Veríssimo, observa que o livro de Moore tem caráter precursor no que se refere à “Metaética”. Nela, em contraposição à “ética normativa” – que se ocupa de questões morais de primeira ordem (“como devo agir com x?”), a atenção está voltada às questões morais de segunda ordem: “[...] a natureza da própria moralidade, dos juízos morais, do conhecimento moral e do significado dos termos morais. [...] De entre esses autores, alguns defendem que os factos morais correspondem ou podem ser reduzidos a certos factos naturais, enquanto outros acreditam que os factos morais não podem ser reduzidos ou identificados com factos de qualquer outra espécie. A primeira perspectiva ficou conhecida como naturalismo moral, e a segunda como não naturalismo” (Veríssimo, 2015, p. 144).

Moore analisa diversas teorias filosóficas ao longo da obra¹¹, demonstrando que as tentativas de definir o “bem” resultaram defeituosas e, desse modo, impingindo-lhes o fracasso. Apenas no sexto e último capítulo, entre os parágrafos 110 e 135, encontra-se a parte construtiva do livro. Denominado “O ideal”, Moore (1959) exhibe/apresenta o bem, fazendo com que o leitor intua intelectualmente que já o conhecia, que já estivera em contato direto com o “bem”, ou seja, apoiado no “knowledge by acquaintance” (Ayer, 1983; Moore, 1959; Soames, 2019).

Moore (1959) afirma que o “bem” é indefinível, a partir da tese de que o conceito de “bem” não é composto de partes ou conceitos que se possam substituir racionalmente quando se está pensando nele. Portanto, o “bem” é uma noção primitiva, ou, tal como o filósofo assevera ao longo da obra: “bem é uma noção simples, tal como amarelo” (Moore, 1959)¹². Soames (2019, p. 103, grifos do autor) destaca que “Moore quer mostrar que não há definição da palavra ‘bom’ que ofereça uma análise da propriedade SER BOM expressa por essa palavra”. Tomemos a definição de “quadrado”: ser retangular com quatro lados iguais; podemos intercambiar sempre as expressões, nas proposições em que se verificam, sem prejuízo do significado. O mesmo não é possível com o termo “bem” (isto é, com o “ser bom”), ao passo que “a propriedade que expressamos ao usar essa palavra é inanalísável, porque carece de propriedades que a constituam” (Soames, 2019, p. 103).

Na Seção XIII do primeiro capítulo de “Principia Ethica”, o filósofo enuncia o célebre argumento da “pergunta aberta”. Ou seja, a indefinibilidade do termo “bem” é demonstrada, pois, independentemente da definição que lhe seja oferecida, haverá sentido permanecer indagando se o que satisfaz a referida definição é bom (e assim em uma série sucessiva) (Moore, 1959; Soames, 2019). Donde se conclui que a impossibilidade de se definir o “bem” está estreitamente vinculada à pergunta sempre *aberta* pela sua definição.

Passemos ao escrito “Uma defesa do senso comum”, em que Moore retoma o tema do ponto de vista do Sentido Comum (Ayer, 1983). O texto foi de grande

¹¹ A análise que Ayer (1983) desenvolveu não apenas apresenta as teses fundamentais de *Principia Ethica*, mas também dirige algumas objeções a essas teses. Conforme: Ayer (1983, p. 58-65).

¹² Soames (2019, p. 106, grifos do autor) esclarece o ponto: “a razão pela qual ‘bom’ e ‘amarelo’ são parecidos, nesse sentido, é que SER BOM e SER AMARELO são propriedades simples e inanalísáveis. Diferem no seguinte: enquanto podemos dizer que algo é amarelo por percepção sensorial, determinamos que algo é bom por intuição intelectual. Esse é um sinal de que SER AMARELO é uma propriedade natural, enquanto SER BOM é uma propriedade não natural”.

importância à segunda fase do pensamento de Wittgenstein, sendo tomado como ponto de partida do filósofo em seu derradeiro escrito: “Sobre a certeza”. Especificamente, Moore (1974b) legará para Wittgenstein a ideia de que há certas proposições empíricas cuja verdade parece ter um estatuto similar ao das proposições da lógica e da matemática - logo, sabemos com certeza a sua verdade.

No escrito, Moore (1974b) elenca algumas proposições do ponto de vista do senso comum¹³, que argumenta sabermos que são verdadeiras, embora alguns filósofos sustentem (com sinceridade) que são falsas ou parcialmente falsas, à medida que temos dificuldade de provar a sua verdade¹⁴ (Moore, 1974b). “Todas as quatro expressões que acabei de apresentar, a saber, ‘as coisas materiais não são reais’, ‘o Espaço não é real’, ‘o Tempo não é real’, ‘o Ego não é real’” (Moore, 1974b, p. 315), são exemplos que analisa, observando que, por exemplo, os filósofos que sustentaram que os egos não são reais não deixaram de debater e dialogar sobre suas pesquisas com outros filósofos. Ora, não parece contraditório sustentar uma tese “x”, porém, ao mesmo tempo, descrever de “x”?

O problema ficou conhecido como o “Paradoxo de Moore”. O filósofo estadunidense e grande amigo de Wittgenstein, Norman Malcolm, relatou que “Wittgenstein considerava a descoberta que chamou ‘Paradoxo de Moore’ como sendo a mais importante contribuição de G. E. Moore à Filosofia” (Almeida, 2009, p. 48)¹⁵. Moore explicitou que parece absurdo proferir uma sentença como: “eu fui ao teatro ontem, mas não creio tê-lo feito”.¹⁶ Alvo de inúmeros debates filosóficos após

¹³ Conforme observa Ayer (1983, p. 78): “uma vez mais, não tenta definir os atos de consciência senão que aporta exemplos como ouvir, ver, recordar, sentir, pensar e sonhar. Moore atribui ao sentido comum a crença de que esses atos estão situados não só no tempo, mas também no espaço, sendo sua posição espacial a dos corpos dos seres que os realizam”.

¹⁴ “O que é estranho é que os filósofos fossem capazes de sustentar com sinceridade, como parte de seu credo filosófico, proposições inconsistentes com o que eles próprios *sabiam* ser verdade; e mesmo assim, até onde posso ver, isso aconteceu realmente com frequência (Moore, 1974b, p. 316, grifo do autor).

¹⁵ O artigo do professor Almeida (2009), “Racionalidade Epistêmica e o Paradoxo de Moore”, apresenta com clareza o paradoxo, em suas páginas iniciais, mas também lhe oferece uma resolução epistêmica no decorrer de seu texto, por meio de ferramentas conceituais da epistemologia analítica contemporânea, tais como a noção de “fecho dedutivo” (parte que não estamos habilitados a comentar). De outro modo, interessa-nos, aqui, a apresentação do Paradoxo.

¹⁶ Então, segue a apresentação do paradoxo pelo professor Almeida (2009): “agora, observe: a proposição expressa por uma sentença como ‘Chove, mas eu não creio que chova’ causa perplexidade (naqueles que a percebem!) só porque o verbo ‘crer’ é conjugado na primeira pessoa e no presente do indicativo! Conjugue-o em outra pessoa, ou em outro tempo verbal, e a perplexidade desaparece. Assim, se você faz uma asserção de ‘Chove, mas eu não acreditei que o tempo está chuvoso até sair de casa’, o problema desaparece. O problema também desaparece quando uma sentença mooreana está encaixada em um condicional, por exemplo, ou em uma

a sua formulação, é importante retermos do paradoxo a ideia de que qualquer teoria filosófica não pode estar em contradição com as proposições do senso comum (Moore, 1974b). A análise sobre o modo como a verdade dessas proposições é provada, no entanto, é objeto da conferência intitulada “Prova de um mundo exterior” (Moore, 1974c), que foi lida perante a Academia Britânica em 1939; segundo Ayer, ela apresenta um argumento positivo de Moore (Ayer, 1983).

No artigo, tem-se a resposta de Moore (1974c) à Kant, relativamente à prova da realidade de coisas fora de nós - ou fora de nossas mentes, como anota o filósofo. Nesse contexto argumentativo, a distinção kantiana entre “empírico” e “transcendental” – manejada na “Crítica da Razão Pura” –, é decisiva para que se prove a existência do mundo exterior (Kant, 2001). Moore (1974c) inicia o artigo citando a referência kantiana ao escândalo da filosofia de ainda não ter provado a realidade das coisas fora de nós. Partindo da estratégia do par conceitual “empírico-transcendental”, Kant (2001) acreditava ter resolvido o escândalo que perdurava historicamente em sede filosófica. Insatisfeito com a prova kantiana, Moore (1974c) responderá a Kant com outra prova da realidade das coisas fora de nós. Ele referiu que para provar o que deveria ser provado, bastava que se esticasse uma das mãos e dissesse, “eis, aqui, uma mão, e eis, aqui, outra mão” (Moore *exibe/apresenta* as suas mãos)¹⁷. Assim, ficaria provada a realidade do mundo exterior, pois duvidar

disjunção. Nenhuma excitação é provocada pela sentença ‘Se chove, e eu creio que não chove, preciso encontrar uma previsão metereológica mais confiável’, porque, aqui, a sentença mooreana não é objeto de asserção. Do mesmo modo, veja como nada há de ofensivo, *ceteris paribus*, na asserção da (proposição expressa pela) seguinte sentença: ‘Ou chove, e eu creio que não chove, ou você parou, finalmente, de me iludir sobre o tempo lá fora’. E observe, ainda, que a suposta absurdidade não se confunde com a absurdidade de um caso de autocontradição. As sentenças em questão expressam proposições contingentes. Nós precisamos, então, compreender o que faz, *a priori*, ‘absurda’ a asserção dessas proposições (a asserção de qualquer proposição contingente pode ser ‘absurda’, indevida, infeliz sob certas condições. Mas é chocante que a asserção de uma dada proposição contingente seja ‘absurda’ *em quaisquer condições concebíveis*). Esse é o Paradoxo de Moore em sua formulação histórica” (Almeida, 2009, p. 49-50, grifos do autor).

¹⁷ Nas palavras de Moore (1974c): “mas acabei de provar agora que duas mãos humanas estavam então em existência? Quero insistir que provei, que a prova que apresentei foi perfeitamente rigorosa, e que é talvez impossível dar uma prova melhor ou mais rigorosa de qualquer outra coisa. Obviamente, não teria sido uma prova, a menos que três condições estivessem satisfeitas, a saber: (1), a menos que a premissa que acrescentei como prova da conclusão fosse diferente da conclusão a qual acrescentei como prova; (2), a menos que a premissa que acrescentei fosse alguma coisa que eu *sabia* ser o caso, e não simplesmente alguma coisa na qual eu acreditava, mas que não era de modo algum certa, ou alguma coisa que, embora fosse de fato verdadeira, eu não sabia que era; e (3), a menos que a conclusão realmente se seguisse da premissa. Mas minha prova satisfazia, de fato, todas essas três condições. (1) A premissa que acrescentei na prova era com certeza diferente da conclusão, pois a conclusão era simplesmente ‘duas mãos humanas existem nesse momento’; mas a premissa era alguma coisa muito mais específica do que isso – alguma coisa que expressei mostrando-lhes minhas mãos, fazendo certos gestos e dizendo as palavras ‘aqui está uma mão, e aqui está outra’. É bastante evidente que as duas eram diferentes,

dessa forma de provar seria não compreender o seu estatuto lógico (exigência de uma prova como enunciado geral que dê conta de todos os casos, ou a exibição física de um objeto físico como prova suficiente de sua realidade, embora, no decorrer de seu texto, Moore titubeie acerca da força de sua prova) (Moore, 1974c).

2.1.2 Gottlob Frege

Neste tópico, abordaremos algumas questões do pensamento do filósofo alemão, Frege (1848 – 1925). Frege acreditava que a linguagem era a forma de expressão do pensamento, sendo, portanto, o ambiente ideal para a reflexão lógica (filosófica). O autor sustentava que as linguagens naturais eram defeituosas para a correta expressão do pensamento, residindo aí a necessidade de uma linguagem formalizada (lógica) para essa tarefa. Delinearemos dois problemas das proposições da linguagem natural: i) que as aparências superficiais são enganosas; ii) que se mostram incoerentes, pois se inviabiliza uma explicação sistemática e completa do uso das proposições dessas linguagens. Mencionaremos a tese de que a obra de Frege “Fundamentos da Aritmética” (“qual é a verdadeira natureza da aritmética?”) é o marco inicial da filosofia analítica da linguagem e, desse modo, do giro linguístico. Destacaremos o projeto logicista de Frege, seu insucesso, todavia, os aportes que legou para a lógica e para a filosofia. O programa logicista estabelecia o passar dos axiomas da lógica aos teoremas da aritmética (força da prova matemática); porém, essa passagem está impedida por dois aspectos, tal como será demonstrado. Introduziremos o problema do sentido na relação entre linguagem e realidade,

porque é muito óbvio que a conclusão poderia ser verdadeira, mesmo se a premissa fosse falsa. Ao afirmar a premissa, eu estava afirmando muito mais do que estava afirmando ao afirmar a conclusão. (2) Eu certamente *sabia*, naquele momento, aquilo que expressei pela combinação de certos gestos com a pronúncia das palavras ‘há uma mão, e aqui está a outra’. Eu *sabia* que havia uma mão no lugar indicado, combinando um certo gesto com minha primeira afirmação de ‘aqui’, e que havia outra no lugar diferente indicado, combinando um certo gesto com minha segunda afirmação de ‘aqui’. Como seria absurdo sugerir que eu não a conhecia, mas que somente acreditava nela, e que talvez ela não fosse o caso! Poderíamos sugerir, também, que não sei que estou agora parado e que estou falando – que talvez, afinal de contas, não esteja, e que não é muito certo que estou! E, finalmente (3), é muito certo que a conclusão se seguiu da premissa. Isso é tão certo como o é que, se há uma mão aqui e outra aqui *agora*, então se segue que há duas mãos em existência *agora*. Minha prova, então, da existência de coisas exteriores a nós satisfazia três das condições necessárias para uma prova rigorosa. Existem quaisquer outras condições necessárias para uma prova rigorosa, tais que talvez ela não satisfizesse uma delas? Talvez possa existir; não sei; mas quero enfatizar que, até onde posso ver, todos nós tomamos constantemente provas desse tipo como provas absolutamente conclusivas para certas conclusões – como finalmente estabelecendo certas questões, com relação às quais estávamos previamente em dúvida” (Moore, 1974c, p. 358-359, grifos do autor).

analisando, assim, a ideia central de “Sobre o sentido e a referência”, isto é, que o sentido é o modo de apresentação do objeto, e a referência designa o próprio objeto. Esse aspecto revela casos como “a estrela da manhã” e “a estrela da tarde”, em que sentidos distintos designam o mesmo objeto, a saber, o planeta Vênus. Observaremos, ainda, que a reflexão filosófica de Frege ocorreu como análise semântica, entretanto, precedida por um estágio preliminar: a explicação adequada da estrutura sintática das orações.

O filósofo inglês Dummett (1975) observou que a filosofia analítica, em suas variadas manifestações, distingue-se de outras escolas filosóficas, primeiramente, devido à crença de que é possível obter uma explicação filosófica do pensamento, por meio de indagações filosóficas da linguagem. Em segundo lugar, que somente desse modo é possível conceber uma explicação plena do primeiro. O lógico e filósofo alemão, Frege, foi o pioneiro na importância atribuída ao fato de que ter um pensamento significa “expressá-lo, aos outros ou a nós mesmos”. Ele acreditava que as linguagens naturais eram defeituosas para a expressão do pensamento, daí a necessidade de uma linguagem formalizada (lógica) para tal intuito (Dummett, 1975). Essa linguagem idealmente elaborada teria a possibilidade de expressar “pensamentos em virtude dos princípios que governam o uso de suas palavras constituintes, princípios suscetíveis de formulação sistemática” (Dummett, 1975, p. 150)¹⁸.

Segundo Frege, há dois pontos problemáticos nas proposições da linguagem natural: 1) as aparências superficiais são enganosas; 2) são incoerentes, à medida que se inviabiliza uma explicação sistemática e completa do uso das proposições dessas linguagens (Dummett, 1975). O estudo do pensamento, portanto, estaria menos vinculado à descrição de “algo mental”, no sentido de algo situado fora das fronteiras do mundo físico, voltando-se, primariamente, para a construção de

¹⁸ Soames (2019) apresenta a noção de proposição em Frege: “[...] os significados das orações completas. Dado que aquelas são o que cremos, assumimos, sabemos etc., Frege chamou-as pensamentos. Uma oração é verdadeira quando o pensamento que expressa é verdadeiro. Por fim, os pensamentos são os portadores primários da verdade e da falsidade. *Eles podem ser os portadores primários dos valores de verdade porque representam as coisas sendo de uma determinada maneira.* Quando as coisas que representam são da forma em que são representadas, os pensamentos são verdadeiros. Quando as coisas que representam não são da forma em que são representadas, os pensamentos são falsos. Dado que o pensamento são significados, Frege pensava que eram entidades complexas estruturadas e constituídas pelos significados das palavras e das frases que conformam as orações que os expressam. Russell sustentou um ponto de vista similar. Essa aproximação ao tema conduziu-os ao problema da *unidade da proposição*” (Soames, 2019, p. 50, grifos do autor).

melhores meios para a expressão do pensamento. Além de voltar-se, também, para a formulação precisa e explícita dos princípios que governam o emprego de tais formas de expressão: “princípios que são, em geral, deixados meramente implícitos, e que não puderam ser formulados coerentemente no caso da linguagem natural” (Dummett, 1975, p. 151).

Nesse caminho, outro destacado filósofo inglês contemporâneo, Kenny (1997), complementa que se a filosofia analítica nasceu quando ocorreu o *giro linguístico*, então a sua data de nascimento remete à publicação da obra “Fundamentos da Aritmética” (1884), de Frege. Nela, Frege procurou estabelecer com rigor a verdadeira natureza da aritmética, ou seja, sustentou que o caminho à investigação acerca da natureza do número repousaria na análise das orações que continham numerais¹⁹ (Dummett, 1975; Frege, 1973; Kenny, 1997, p. 27 e 271; Soames, 2019). As orações jogam um papel primário na teoria do significado, estabelecendo a relação entre verdade e significado. A oração é o menor complexo linguístico à disposição de quem quer dizer algo; logo, o “significado de uma palavra reside na sua colaboração à determinação do que pode ser dito por meio de uma oração que a apresenta” (Dummett, 1975, p. 151; Frege, 1973).

Kenny (1997) esboça similitudes entre o labor filosófico de Frege e o labor exploratório de Cristóvão Colombo: ambos fracassaram em seus propósitos, contudo, descobriram novos continentes que enriqueceram o conhecimento. Aliás, em algumas oportunidades, o próprio Frege comparou o trabalho do matemático ao do geógrafo, enquanto “exploradores de novos continentes”. No entanto, o fracasso do projeto fregeano de derivar a aritmética da lógica não obliterou os descobrimentos em matéria lógica, bem como os avanços em filosofia, que: “alteraram de maneira permanente o mapa inteiro de ambas as disciplinas” (Kenny, 1997, p. 267). Em outras palavras, a tarefa de provar a continuidade entre aritmética e lógica ocupou o filósofo em boa parte de sua vida intelectual, sendo que as inovações elaboradas foram idealizadas visando a esse propósito supremo. Deve-se grifar: essas contribuições filosóficas inovadoras não sucumbiram frente ao fracasso do projeto como um todo (Kenny, 1997; Soames, 2019).

¹⁹ Segundo Soames (2019, p. 26): “em termos mais gerais, como uma compreensão adequada do que são os números e as operações da aritmética pode ser usada para, primeiro, derivar nosso conhecimento puro da aritmética das leis da lógica e, depois, derivar aplicações empíricas desse conhecimento apelando a fatos empíricos relevantes? Essa é a pergunta mais importante que uma teoria filosófica dos números tem que responder”.

O programa logicista de Frege disciplinava o passar dos axiomas da lógica aos teoremas da aritmética (preocupação circunscrita à força da prova matemática)²⁰; porém, essa passagem está impedida por dois aspectos (Frege, 1973; Soames, 2019). O primeiro revela que Frege aprendeu com a própria experiência malsucedida “de superar o paradoxo de Russell. A teoria ingênua de conjuntos, que formava parte da base do sistema lógico, era em si mesma irremediavelmente inconsistente” (Kenny, 1997, p. 268). Desse modo, a tentativa de derivar os axiomas da aritmética a partir de axiomas puramente lógicos não resultou exitosa. O outro aspecto dessa impossibilidade foi questionado depois da morte de Frege, quando o lógico austríaco Kurt Gödel contestou a própria noção de “axiomas da aritmética”, demonstrando a impossibilidade de uma axiomatização consistente e completa dessa disciplina (Kenny, 1997). No estudo sobre Frege, Kenny cita uma passagem do diário do filósofo de agosto de 1906, que reverbera importantes elementos de sua obra lógica:

Quase tudo está ligado à conceitografia; o conceito concebido como função; a relação como função de dois argumentos; a extensão do conceito ou classe não é para mim o primeiro; a insaturação tanto no conceito como na função; o reconhecimento da essência do conceito e da função.

Mas antes disso eu devia ter, estritamente falando, mencionado a barra de julgamento, a dissociação da força assertórica sobre o predicado...

Composição proposicional hipotética...

Generalidade...

Sentido e referência (NS, p. 200). (Frege *apud* Kenny, 1997, p. 268).

Kenny (1997) destaca que esses pontos foram incorporados ao patrimônio comum dos lógicos, ou são tópicos do debate filosófico contemporâneo, o que salienta que as contribuições intelectuais de Frege sobrepujaram o insucesso do programa logicista. Se Aristóteles fundou a lógica enquanto cálculo proposicional, Frege refundou-a no contexto do cálculo de predicados (Kenny, 1997). A agenda predominantemente matemática de Frege revelou um pensador pouco interessado em ramos da lógica voltados às inferências sobre o que é passageiro e modificável (Kenny, 1997).

²⁰ Soames (2019, p. 25) detalha os passos para derivar a aritmética da lógica: “(i) especificando um pequeno conjunto de verdades lógicas que contavam com o grau mais alto de certeza, as quais serviriam como axiomas; (ii) definindo todos os conceitos da aritmética em termos de conceitos puramente lógicos e (iii) produzindo provas formais de todos os axiomas da aritmética a partir de ditas definições e dos axiomas da lógica”.

Destaca-se, nesse contexto, a distinção entre: 1) *ideias*: imagens mentais e outros fenômenos anímicos dos quais se ocupa a psicologia; 2) *conceitos*: objeto de estudo do matemático, não se tratando de coisas que brotam e crescem na mente individual (Kenny, 1997). O especialista em história da filosofia analítica, Soames (2019), lembra-nos que: “na linguagem lógica de Frege, os nomes designam objetos. Os predicados designam conceitos, os quais são funções que atribuem verdadeiro ou falso a um objeto, se esse satisfaz ou não certas condições” (Soames, 2019, p. 21). A invenção da lógica matemática foi uma contribuição decisiva para o desenvolvimento de diversas ciências, cujos progressos resultaram na invenção dos computadores. Assim sendo, as ideias lógicas fregeanas irradia(ra)m efeitos em uma gama de pesquisadores espalhados pelo mundo (Kenny, 1997).

No que se refere à última frase da citação do diário de Frege, a distinção entre sentido e referência “é o antepassado das atuais teorias do significado, segundo as quais o sentido de uma palavra é a contribuição que aporta para determinar o valor de verdade das proposições em que ela ocorre” (Kenny, 1997, p. 271)²¹. Frege ofereceu, pioneiramente, uma reflexão filosófica como análise semântica, isto é, uma investigação sobre a maneira pela qual se determina o valor de verdade de uma oração de acordo com a composição de suas palavras constituintes (Kenny, 1997). A análise semântica, porém, deve ser precedida por uma tarefa preliminar: explicar adequadamente a estrutura sintática das orações (invenção de uma linguagem formalizada cujas orações têm uma estrutura sintática precisa), “de como se compõem de palavras” (Kenny, 1997, p. 152).

Frege concebeu o *sentido* de uma expressão como o ingrediente de seu significado que é importante para determinar o valor de verdade de uma oração em que se verifica: “podemos agora dizer que é aquele ingrediente de seu significado que determina o valor semântico da expressão” (Dummett, 1975, p. 156; Frege, 2009). Assim, o sentido identifica a referência, pois sem ele a conexão entre nome e objeto seria obscura. A objetividade do sentido (conforme citação abaixo) manifesta que a identidade seja uma relação entre objetos, mediada pelo sentido. O sentido é o modo de apresentação do objeto referido pela expressão (Frege, 2009; Soames,

²¹ Soames (2019, p. 40, grifos do autor) complementa que, para Frege: “o significado de um nome ou descrição definida não é seu referente. Pelo contrário, o significado ou, em sua terminologia, o *sentido*, é o modo no qual o referente de um termo é apresentado a quem compreende dito termo. Esse sentido ou *modo de apresentação* é uma condição cuja satisfação por um objeto é necessária e suficiente para que seja o referente do termo. Ainda que distintos termos com o mesmo sentido tenham o mesmo referente, termos que designam o mesmo referente podem ter distintos sentidos”.

2019). A distinção entre sentido e referência permite usar diferentes expressões para o mesmo objeto (“a estrela da manhã” ou “a estrela da tarde” são modos de apresentação [sentidos] distintos, mas que referem o mesmo objeto, a saber, o planeta Vênus). Soames (2019) delinea a herança platônica de Frege, no que se refere ao *sentido*:

Sendo um platônico a respeito dos sentidos, Frege acreditava que há algo assim como o significado de ‘é alemão’ e que os diferentes falantes que entendem o predicado sabem que tem dito significado. Para ele, os sentidos são objetos públicos disponíveis para distintos sujeitos pensantes. Há um único pensamento, *que o quadrado da hipotenusa de um triângulo retângulo é igual à soma dos quadrados dos catetos*, que é o objeto da crença de todos os que creem no teorema de Pitágoras. Isso é o que se preserva quando realizamos uma tradução e é o que creem ou asseveram os agentes que aceitam sinceramente, ou proferem asseverativamente, uma sentença sinônima daquela usada para formular o teorema. Para Frege, os pensamentos e seus constituintes são objetos abstratos, imperceptíveis a nossos sentidos, que são apreendidos pelo intelecto (Soames, 2019, p. 42-43, grifos do autor).

A noção de *referência* de uma expressão é, fundamentalmente, a de valor semântico, entendido no contexto da semântica clássica; trata-se, assim, do objeto designado pela expressão (“a estrela da manhã” e “a estrela da tarde” têm a mesma referência, embora tenham sentidos diferentes). Afirmar que o sentido é um ingrediente do significado indica que a explicação do sentido de uma expressão é uma explicação parcial do que um falante sabe quando entende essa expressão. Frege observou que captar o sentido de uma expressão simples não pode ser igual ao conhecimento de sua referência (Frege, 2009; Soames, 2019).

[...] ao considerar que o sentido determina a referência, estamos supondo que se está tomando com isso em conta a contribuição da realidade extralinguística, o que Frege considerou como um de seus descobrimentos fundamentais: que há uma distinção entre sentido e referência, isto é, que o sentido de uma expressão não pode consistir somente no fato de que tenha a referência que tem, deve ser perfeitamente óbvio: é, portanto, à primeira vista, surpreendente que fique como uma de suas teses mais persistentemente controvertidas (Dummett, 1975, p. 157).

Frege sustentou que não existe conhecimento predicativo que não se baseie em conhecimento proposicional. Isso implica que não pode haver algo como o conhecimento líquido da referência de uma palavra, tendo-se em vista que a

caracterização posterior do conhecimento que um falante possui, ao conhecer a referência de uma palavra, mostra o sentido que essa palavra possui para ele (Frege, 2009; Dummett, 1975).

O sentido foi definido como um ingrediente do significado, e consequentemente como algo que é transparente no modo em que o significado é transparente, e como aquele ingrediente que determinará a referência. Então, se é necessário, para que um enunciado de identidade seja informativo, que alguém que entende os sentidos de dois termos possa não conhecer que tenham a mesma referência, segue-se que os sentidos podem diferir, ainda que a referência seja a mesma. Contudo, que preferamos dizer que alguém que conhece o sentido também conhece a referência é uma questão de como preferimos construir a expressão ‘conhecer a referência’, *i.e.*, das condições que impomos para a verdade de uma atribuição de conhecimento predicativo. Parece menos enganoso *não* o dizer, mas, se o dizemos, podemos fazê-lo só porque admitimos que o conhecimento da referência de qualquer termo dado baseia-se em um conhecimento de qualquer de várias proposições distintas, de modo que as diferenças entre as proposições refletem a diferença entre vários sentidos que podem ser atribuídos ao termo sem alterar sua referência (Dummett, 1975, p. 171, grifo do autor).

O argumento da citação acima oferece uma razão para supor que diferentes falantes devem atribuir o mesmo sentido a uma palavra, ou seja, o argumento refere-se à utilização da linguagem para a comunicação, “a qual depende de que o conteúdo informativo de uma oração seja constante de um falante a outro” (Dummett, 1975, p. 172). Dada a utilização da linguagem como instrumento de comunicação, não é suficiente que uma sentença seja de fato verdadeira sob a interpretação que dois falantes lhe atribuem, à medida que é necessário que ambos falantes sejam conscientes disso (Dummett, 1975).

O resultado mais importante de Frege, no entanto, não habita na lista do diário. Trata-se da separação da lógica frente à psicologia e à epistemologia. A tradição cartesiana dispôs a epistemologia no centro da filosofia (moderna). Por outro lado, “a tradição empirista confundiu o estudo da lógica com uma investigação dos processos mentais humanos” (Kenny, 1997, p. 271). Frege desconectou a lógica das amarras psicológicas e situou-a no centro da geografia filosófica, dominada até então pela epistemologia. Por essa razão, Frege é considerado o pai fundador da filosofia analítica da linguagem (Dummett, 1975). A distinção entre lógica e psicologia perfilou-se à tradição inaugurada pelo “De Interpretatione” (Aristóteles). A substituição da epistemologia pela lógica, enquanto *filosofia perene*, “devolveu a

lógica ao lócus que tinha ocupado na idade média” (Kenny, 1997, p. 273). Na próxima seção, veremos como o trabalho lógico-linguístico de Bertrand Russell guardava proximidade com certas ideias de Frege, articulando em conjunto o contexto teórico do *Tractatus* de Wittgenstein.

2.1.3 Bertrand Russell

Neste tópico, abordaremos algumas questões atinentes ao pensamento do filósofo Russell. Prioritariamente, o problema que já nos ocupou em Frege, a saber, a relação entre linguagem e realidade, delineada enquanto questão do sentido das proposições. Tal como Frege, Russell supôs que a matemática pudesse ser reduzida a proposições sobre os números naturais, reduzindo essas às proposições de um sistema de lógica formal. Mencionaremos o afastamento entre Frege e Russell que o conceito russelliano de experiência imediata (*acquaintance*) provocou. Analisaremos certas teses do escrito de Russell “Sobre o Denotar” (2005), um dos artigos mais influentes na filosofia do século XX. Explicaremos as motivações de Russell para a elaboração da teoria, tendo em vista a questão de que o significado de um nome deve ser identificado com o objeto que o nome denota. Destacaremos que as proposições fazem menção a coisas com que estamos familiarizados (*acquaintance*), mas também a coisas com que não estamos (e com algumas nem poderíamos estar) familiarizados, sendo as últimas possibilitadas pela denotação. Comentaremos o problema da unidade da proposição, como também o aspecto de que a teoria das descrições provou que a forma gramatical e a forma lógica das proposições não coincidem. Mostraremos que a “teoria das descrições” promove uma redução em favor dos predicados (de objetos para propriedades e relações), contudo, sem suprimir a noção de sujeito. Russell sustenta que não se conhece diretamente os objetos referidos por símbolos incompletos. O que podemos conhecer diretamente é o que realmente existe, e o que realmente existe deve ser nomeado por símbolos simples ou referido por expressões relacionais inelimináveis (símbolos da linguagem lógica perfeita).

Russell nasceu em 1872 e morreu em 1970. Sua família era representante da aristocracia liberal inglesa (seu avô foi um famoso político liberal inglês). Ele ganhou uma bolsa para estudar matemática no Trinity College (Cambridge), entretanto, no terceiro ano, passou a dedicar atenção ao estudo da filosofia, doutorando-se em

1894 (Ayer, 1983). Ayer relata, citando a autobiografia de Russell, que a raiz de seu interesse pela filosofia era “achar boas razões para crer na verdade das matemáticas” (Ayer, 1983, p. 36). Supondo que toda a matemática pudesse ser reduzida a proposições sobre os números naturais, Russell reduziu essas proposições às de um sistema de lógica formal (Ayer, 1983).

Essa empresa que ele, todavia, não sabia que havia sido tentada por Frege trinta anos antes, exigia, primeiro, o descobrimento de um método para definir os números naturais em termos puramente lógicos e, em segundo lugar, o desenvolvimento de um sistema de lógica suficientemente rico para que as proposições da aritmética fossem dedutíveis dele. Tentou a primeira dessas tarefas em seu livro *The principles of mathematics*, que foi publicado em 1903, e a segunda, em colaboração com seu antigo professor de matemática Alfred North Whitehead, nos três monumentais volumes dos *Principia Mathematica*, que apareceram entre 1910 e 1913 (Ayer, 1983, p. 37, grifos do autor).

A literatura sobre o autor revela que ele próprio considerava a sua “teoria das descrições” como uma das suas principais contribuições à filosofia²². O escrito “Sobre o Denotar” (2005), que foi publicado em 1905, tornou-se um dos artigos mais influentes na filosofia do século XX (Anscombe, 1977; Ayer, 1983; Soames, 2019). As motivações de Russell (2005) para elaboração da teoria residem na questão de que o significado de um nome deve ser identificado com o objeto que o nome denota. A indagação “um signo é um nome?” está intimamente conectada com a pergunta: “existe um objeto ao qual ele se refere?” (Anscombe, 1977; Russell, 2005). Russell (2005) toma como um de seus exemplos a frase “O atual rei da França é calvo”, e indaga-nos: “como pode uma não entidade ser sujeito de uma proposição?”; como ficaria o seu valor de verdade? (Ayer, 1983; Russell, 2005). Importante notar que, à primeira vista, sentido não lhe falta, à medida que, ao lê-la, compreendemos precisamente o que a frase diz.

À vista da suposição de Russell de que um nome carece de significado, a menos que denote um objeto, tais dificuldades derivam da seguinte suposição de que as frases denotadoras como ‘O autor de Waverley’ e ‘O atual rei da França’ funcionam como nomes; e esta ulterior suposição a que Russell opta por sacrificar. Sua teoria das descrições tem por objeto mostrar que as expressões que adotam a forma de descrições definidas ou indefinidas não se utilizam como

²² O segundo capítulo da famosa obra de Anscombe (1977), intitulado “Teoria das descrições”, foi de grande valia para a redação do presente tópico.

nomes, com o que não é preciso que denotem algo para que contribuam à significação das frases em que entram. Russell caracterizou essas expressões como ‘símbolos incompletos’, entendendo, por isso, que a sua contribuição ao significado não consiste na denotação e que são suscetíveis de análise. A teoria das descrições propôs-se a demonstrar como se satisfaziam ambas as condições. A forma em que demonstra é muito simples. Depende da suposição de que em todos os casos em que se atribui um predicado a um sujeito, ou se afirma que dois ou mais sujeitos guardam alguma relação – ou seja, em todos os casos, exceto aqueles em que simplesmente se afirma ou nega a existência de um sujeito –, o uso de uma descrição implica a afirmação encoberta de que existe um objeto que responde a ela. A eliminação de frases descritivas, sua representação como símbolos incompletos, consegue-se convertendo-as em afirmações existenciais e construindo essas afirmações existenciais como expressões que afirmam que algo ou, no caso das frases descritivas definidas, só uma coisa tem a propriedade contida na descrição. [...] De forma similar, ‘o atual rei da França é calvo’ converte-se em ‘Existe um *x*, tal que *x* reina atualmente na França, e para todo *y*, se *y* reina atualmente na França, *y* é idêntico a *x*, e *x* é calvo’ (Ayer, 1983, p. 40-41, grifos do autor).

Ayer (1983) observa que a teoria das descrições oferece uma técnica de paráfrase cujo método indica uma explicitação da informação implicitamente presente no uso de expressões denotativas – nomes próprios ou frases descritivas. Ou, se a informação deve ser extraída do contexto proposicional. Assim, pode-se questionar: a paráfrase transmite a mesma informação? Tomando-se o “não” como resposta, reformulamos a questão: o que ela deixa de fora? A resposta teria de ser que “o que se deixou de lado só poderia ser mostrado, não descrito, o que implica que a linguagem não pode liberar-se de sua dependência do contexto” (Ayer, 1983, p. 44). Afinal, segundo o princípio do contexto fregeano, uma palavra só tem significado no contexto de uma proposição em que ocorre, ou, em outros termos: o significado das partes de uma proposição está articulado em relação à sua contribuição para o significado da proposição (Ayer, 1983; Soames, 2019).

Segundo Russell, a teoria das frases denotativas tem como escopo “entender o rol fundamental da denotação no pensamento” (Soames, 2019). O filósofo pontuou que as proposições fazem menção a coisas com que estamos familiarizados (*acquaintance*)²³, mas também a coisas com que não estamos (e com algumas nem

²³ Sobre a relação entre a intencionalidade proposicional e o conhecimento direto (*acquaintance*), importantes as palavras do professor Faria (2024): “o princípio que Russell estava enunciando era, entre outras coisas, uma tese sobre a natureza da intencionalidade. De acordo com essa tese, a intencionalidade proposicional – a espécie de intencionalidade a que atribuímos atitudes proposicionais – é uma forma derivada de intencionalidade. Ela pressupõe (e é, como veremos,

poderíamos estar) familiarizados, as últimas sendo possibilitadas pela denotação²⁴ (Anscombe, 1977; Soames, 2019).

Anscombe, em obra clássica sobre o *Tractatus* de Wittgenstein, observa que Russell ocupou-se de muitas perguntas que marcaram o itinerário intelectual de Frege. O ponto de inflexão entre ambos pode ser verificado no conceito russelliano de experiência imediata (*acquaintance*)²⁵ e, assim, de “conteúdos mentais privados”, relativamente às teses sobre o significado e sobre a teoria do juízo. Como observa a

reduzível a) a forma primitiva de intencionalidade que Russell chamava “conhecimento direto” (*acquaintance*). A tese do caráter derivado da intencionalidade proposicional não é uma hipótese genética, da espécie que incumbiria à psicologia ou à teoria da evolução investigar. É uma tese lógica sobre a dependência na ordem da explicação. O que o ‘princípio epistemológico fundamental’ de Russell significa é que o conceito e compreensão (de uma proposição) deve ser explicado em termos do conceito de conhecimento direto. Este, por sua vez, é um conceito primitivo, que é possível elucidar, mas não definir. Para a discussão que segue, bastará ter presente que o conceito de conhecimento direto é o de um modo de cognição imediato e puramente receptivo” (Faria, 2024, p. 201, grifos do autor). O autor explica, adiante, que um modo de cognição é puramente receptivo “quando uma afecção é condição necessária e suficiente para sua atualização. A ideia está para a de um modo de cognição cuja atualização requeresse (ao menos como condição necessária) o exercício de certas capacidades ativas, aproximadamente, como o heliotropismo de um girassol está para a habilidade de um cão que devolve a bola lançada por seu dono (Kant, que não aprovaria meu exemplo, opôs a receptividade da sensibilidade à espontaneidade do entendimento. Como veremos, a rejeição da segunda – a tese do caráter puramente receptivo ou passivo de todas as faculdades cognitivas do espírito – é parte integral da justificação da tese de Russell)” (Faria, 2024, p. 202).

²⁴ Sobre o problema da relação entre a descrição e a existência do objeto descrito na teoria de Russell: “a novidade decisiva da teoria era, afinal de contas, a realocação das descrições definidas da categoria lógica dos termos singulares (dos quais se aproxima sua ‘gramática de superfície’) para a das expressões de generalidade lógica. Em poucas palavras, a tese de Russell era que descrições não são termos singulares, mas quantificadores – em sua terminologia, ‘expressões denotativas’: expressões cuja função lógica não é, aparências à parte, designar nenhum objeto determinado. Precisamente isso explicava a propriedade distintiva das descrições, o fato de sua contribuição para o sentido das proposições em que ocorrem ser independente da existência do objeto descrito (‘Por descrição’ era a resposta russelliana à pergunta ‘Como é possível pensar o não-ser?’). A generalidade lógica serve para isso.” (Faria, 2024, p. 209, grifos do autor).

²⁵ O professor Faria (2024) colore esta inflexão: “‘Sobre’ é uma noção notoriamente escorregadia. Na interpretação mais natural – a interpretação que, como veremos, Russell se viu compelido a recusar –, aquilo sobre o que trata uma proposição é (o objeto indicado por) seu sujeito lógico. Quando Platão distinguiu o ‘nome’ e o ‘verbo’ que constituíam a proposição em sua forma ‘mais simples’ (*Sofista*, 262c), estava distinguindo aquilo sobre o que algo é proposto na proposição e o que, acerca disso, é proposto. Ao introduzir, na *Begriffsschrift*, a técnica de decomposição das estruturas proposicionais em função e argumento, Frege divergiu dos lógicos que o precederam sobre qual seria o sujeito lógico da proposição ‘a baleia é um mamífero’, mas sua análise ainda preservava o essencial da concepção clássica, a assimetria entre sujeito e predicados lógicos (entre objeto e conceito). A dificuldade com Russell é que a concepção do juízo que é requerida pelo PCD [*acquaintance*] importa, como veremos, em dissolver essa assimetria. Como resultado, todos os constituintes da proposição (particulares, universais, formas lógicas) devem ser concebidos, igualmente, como termos apreendidos por conhecimento direto. Isso importará, finalmente, em tratar todo constituinte da proposição como um objeto. Nota 10: entre as notas tomadas por Russell de uma discussão com Whitehead sobre o manuscrito *On Meaning and Denotation* (um precursor imediato de *On Denoting*), encontra-se a seguinte observação: ‘[Whitehead] nega que exista alguma precisão no conceito de sobre; diz que ‘o Rei é o patrono desta Sociedade’ é sobre esta Sociedade’ (Russell, 1903/1994b, p. 356)” (Faria, 2024, p. 205, grifos do autor, à exceção do primeiro colchete).

filósofa, isso se deu “porque Russell estava totalmente imbuído nas tradições do empirismo britânico” (Anscombe, 1977, p. 5). Ela observa, ainda, que “o propósito da teoria das descrições era aprofundar o significado de expressões denotativas até a eliminação do elemento denotativo”, de modo que ele carece de lugar próprio na explicação final de Russell (Anscombe, 1977, p. 9).

Soames (2019) destaca a atenção que Russell e Frege dirigiram para “o problema da unidade da proposição”. Ora, as proposições são verdadeiras portadoras de intencionalidade, à diferença das listas, conjuntos, “funções e estruturas arbóreas formais que especificam um domínio hierárquico e relações lineares de precedência, que não são portadoras de intencionalidade” (Soames, 2019, p. 150). A solução para o enigma da intencionalidade reside no descarte da ideia platônica de que proposições são entidades, ou seja, “objetos”, “propriedades” e “funções” que de algum modo mantêm relações puramente abstratas entre si (Soames, 2019, p. 150). Soames complementa, anotando que:

devemos substituir dita ideia com uma concepção distinta que defina as proposições em termos das operações cognitivas dos agentes que as têm em mente – operações cognitivas tais como *focar ou pensar sobre isto-e-aquilo, aplicar uma função a isto-e-aquilo, predicar uma propriedade de um objeto determinado* etc –. Quando as proposições são definidas como atos complexos em que os agentes realizam essas operações, é natural (i) tomar seus constituintes como os objetos, as funções e as propriedades sobre as que, ou com as que se opera e (ii) ver a estrutura de uma proposição como determinada pelas operações cognitivas requeridas para ter em mente dita proposição (Soames, 2019, p. 151, grifos do autor).

A teoria das descrições provou que a forma gramatical e a forma lógica das proposições não coincidem, e, por essa razão, que as proposições “sujeito-predicado” da linguagem natural só têm essa forma superficialmente, a despeito de a teoria não eliminar a noção mesma de proposições na forma “sujeito-predicado” (Bassols, 2012; Russell, 2005). A teoria mostrou, também, que temos mais predicados do que normalmente estamos inclinados a acreditar que temos, ao passo que devemos acrescentar aos predicados gramaticais os predicados que são obtidos por meio da transformação dos sujeitos gramaticais (no interior das proposições) (Bassols, 2012). A “teoria das descrições” promove uma redução em favor dos predicados (de objetos para propriedades e relações), porém, sem suprimir a noção de sujeito (Bassols, 2012). Há um vínculo forte entre o atomismo

lógico e a teoria de Russell: a ideia de que há proposições simples está associada à “análise lógica” da linguagem, aos moldes como o filósofo a desenvolveu. Aliás,

como Russell concebe uma proposição atômica? Tratar-se-ia de uma expressão em que somente ocorreriam nomes próprios em sentido lógico como sujeitos e símbolos para propriedades e relações. Os nomes próprios que nos interessam são símbolos simples, o que significa que não estão compostos de outros símbolos nem os contêm em absoluto, e sua principal característica é que denotam. ‘Um símbolo denota’ é simplesmente outra maneira de dizer que seu significado é um objeto, o qual, obviamente, deve também ser simples. Pode-se, portanto, dizer que os nomes próprios em sentido lógico denotam seus significados ou significam suas denotações. Um nome próprio, nesse sentido, não diz nada em absoluto acerca do objeto que significa, serve somente como uma etiqueta para representá-lo. Recorrendo-se à terminologia de Mill, pode-se dizer que os nomes próprios em sentido lógico são autênticas expressões não conotativas. Os predicados, por outra parte, são expressões conotativas. Podemos enunciar a diferença entre os nomes próprios em sentido lógico e os predicados dizendo que os primeiros têm um significado, mas não significam, enquanto os segundos significam, mas não tem um significado. A ideia é simplesmente que os predicados, ainda que relacionados com algo extralinguístico, não estão em lugar de **objetos**. O que os predicados significam são propriedades e relações (Bassols, 2012, p. 77-78, grifos do autor).

Russell acreditava que a sua teoria implicava um princípio semântico-epistemológico, que determinava que não se conhece diretamente os objetos referidos por símbolos incompletos. O que conhecemos ou podemos conhecer diretamente é o que realmente existe.²⁶ E o que realmente existe deve ser nomeado por símbolos simples ou referido por expressões relacionais inelimináveis (símbolos da linguagem lógica perfeita) (Bassols, 2012; Russell, 2005).

Russell, em companhia de Frege e Moore, guiou a filosofia para a reflexão sobre a linguagem, ou seja: para temas relacionados à teoria do significado (relação entre linguagem e realidade). Essa herança é não apenas compartilhada, mas também constituída por Wittgenstein (1889 – 1951). Wittgenstein leu as ideias de

²⁶ “[...] a representação indireta de um objeto – a *simulação* de sua representação direta que Russell chamou ‘denotação’ – só é possível porque os constituintes da descrição (as palavras que a compõem) são os representantes diretos de *outros* objetos. Essa ideia confere à teoria das descrições a significação epistemológica que Russell lhe atribuíra: ‘a principal importância do conhecimento por descrição é que ele nos permite transpor os limites de nossa experiência privada. Em que pese o fato de apenas podermos conhecer verdades inteiramente compostas de itens que experimentamos por conhecimento direto, podemos ainda ter conhecimento por descrição de coisas que nunca experimentamos’ (1959c, p. 59). Temos, nessa passagem, o esboço do projeto russelliano-carnapiano de ‘construção lógica do mundo’” (Faria, 2024, p. 216, grifos do autor).

Frege e avocou algumas delas, agindo da mesma forma com as ideias de Moore²⁷, cujos escritos foram debatidos pelo, literalmente, “último” Wittgenstein (de “Sobre a Certeza”). Russell foi mestre e interlocutor de Wittgenstein. Segundo Anscombe (1977) e Kenny (1984), as ideias de Frege e Russell articularam o contexto teórico do *Tractatus Lógico-Philosophicus*. Faremos uma breve análise da obra para delinear o caminho que nos conduziu da referência de Schlick sobre o “turning point”, na filosofia, até o *Tractatus* como a consolidação do giro linguístico. Vejamos o que a obra nos *mostra*, como também o que nos *diz*.

2.2 WITTGENSTEIN I: O *TRACTATUS* E A PUREZA CRISTALINA DA LÓGICA

Neste tópico, abordaremos a concretização do (primeiro) giro linguístico na filosofia, analisando o problema do sentido no enlace entre linguagem e realidade, no contexto teórico do *Tractatus* de Wittgenstein. Certas ideias de Frege e de Russell articularam o contexto conceitual da obra wittgensteiniana: ambos desenvolveram um sistema de notação simbólica, interessados na matemática. Destacaremos o ponto de partida de Wittgenstein na identificação de problemas com a natureza da lógica em Russell (elementos empíricos no conceito de número). Nesse horizonte, será importante contextualizar que a lógica não é aquilo do que falam os enunciados, tratando-se, pois, do que os capacita a falar sobre algo distinto, o mundo dos fatos. Ou seja, a lógica não é algo que é representado, no entanto, é o que faz possível a representação. Observaremos que, segundo Wittgenstein, a relação entre uma proposição e o seu sentido não é igual à relação entre um nome e o objeto que lhe corresponde. Isto é, entender um nome é entender a sua referência, enquanto entender uma proposição é entender o seu sentido. Assim, o que caracteriza uma proposição é a forma como os nomes estão ligados entre si. Será demonstrado que, à diferença do nome, o sentido de uma proposição encontra-se internamente em sua estrutura. Um nome corresponde tão somente a um objeto no mundo que é o seu significado (referência). O sentido de uma proposição, porém, não é algo que está no mundo, pois não é externo a ela. Por outro lado, o significado de um nome é externo a esse nome. Nesse contexto, Wittgenstein pondera que os elementos de uma proposição (completamente

²⁷ Kenny relata que, em uma das estâncias em Cambridge, entre 1912 e 1913, “Wittgenstein fez amizade com o filósofo G. E. Moore e com o economista J. M. Keynes” (Kenny, 1984, p. 16).

analisada) são nomes, tal como veremos. Apresentaremos a noção de “proposições elementares” como aquelas cujo nome corresponde diretamente a objetos no mundo, como também que são a “condição última de possibilidade do sentido”.

Analisaremos a observação de Wittgenstein de que o mundo é a totalidade dos fatos e não das coisas. No espaço lógico, os fatos constituem o mundo, ou seja, as possibilidades de ligações entre os nomes. O mundo é a totalidade dos fatos e não das coisas, porque as coisas mantêm relações entre as suas formas lógicas, que possibilitam afigurar fatos e mostrar a possibilidade de concatenação das coisas umas com as outras. Veremos que a conexão entre linguagem e mundo depende de que as palavras representem objetos e de que tais objetos sejam simples. Ainda acerca dos objetos, veremos também que a (forma) lógica possibilita as ligações entre objetos, porém não determina quais estados de coisas (ligações de objetos) existem. Delinearemos a “teoria pictórica do significado”, cuja ideia é a de que nós “figuramos os fatos” por meio das proposições. Afinal, nesse contexto do *Tractatus*, as proposições são expressões perceptíveis de pensamentos, e os pensamentos são pinturas lógicas dos fatos. A disposição espacial dos nomes na proposição determina o que será afigurado. Dessa forma, a teoria pictórica descreve uma relação espacial entre palavras, que simboliza uma relação espacial entre coisas. Caracterizaremos a “forma lógica” como o “mínimo irreduzível compartilhado”, entre o que afigura e a afiguração. Uma boa chave de leitura para o presente tópico é pensar que Wittgenstein quer coincidir os limites do que pode ser pensado e dito com os limites do mundo. Finalmente, na última parte desta seção, mencionaremos o desfecho do *Tractatus* (ou melhor, o problema de uma lógica sem pressuposições), o retorno de Wittgenstein à filosofia, além do seu avanço em direção à gramática das regras da linguagem.

Frege elaborou um sistema de notação simbólica interessado na matemática, afinal, a ideia do logicismo era prová-la como sua extensão. O objetivo de Russell, cujo trabalho deu-se inicialmente alheio ao de Frege, era consideravelmente próximo ao do filósofo alemão. O desenvolvimento das pesquisas de Russell, porém, revelou complexos problemas de natureza filosófica, que questionavam (no núcleo das reflexões de ambos) a natureza da lógica (Anscombe, 1977; Kenny, 1984; Mounce, 2001). Wittgenstein identificou que, na análise do conceito de número, Russell faz, no mínimo, suposições sobre o mundo, o que implica problemas sobre a natureza da lógica. Nesse sentido, manifesta a entrada “5.551” do *Tractatus*:

nosso princípio básico é que toda questão que se possa decidir por meio da lógica deve poder-se decidir de imediato (e, se chegamos à situação de ter que olhar o mundo para solucionar um tal problema, isso mostra que seguimos uma trilha errada, por princípio) (Wittgenstein, 1994, p. 241).

Wittgenstein sustentava uma separação radical entre a dimensão lógica (ou necessária) e a dimensão empírica (ou contingente), o que impedia que a primeira fosse tributária da segunda. Para o filósofo, a lógica não é informativa e tampouco apresenta enunciados sobre alguma coisa (Mounce, 2001; Wittgenstein, 1994). Todavia, essa ideia não dispõe que a lógica não reflita nada do mundo, à medida que ela reflete *mostrando* e não *dizendo* - eis a tese central do *Tractatus*. Como observa Mounce (2001, p. 26): “a lógica, em suma, não é aquilo do que falam os enunciados, é o que os capacita a falar acerca de algo distinto, a saber: o mundo dos fatos. [...] Porque não é algo que é representado, é o que faz possível a representação”. Nesse caminho, Barbosa Filho (2008a) explicita que o *Tractatus* sublinha, simultaneamente, a conexão necessária entre

sentido e valor de verdade e a independência do sentido em relação à verdade (ou da compreensão em relação ao conhecimento): é essencial que se possa compreender uma proposição sem saber se ela é verdadeira (Barbosa Filho, 2008a, p. 142, grifo do autor)²⁸.

Barbosa Filho (2008a) ressalta, ainda, que Wittgenstein não tem o compromisso de demonstrar efetivamente as proposições elementares (proposições

²⁸ Mounce (2001, p. 108) corrobora o ponto: “como temos visto, o que Wittgenstein está sublinhando aqui é que a relação entre uma proposição e seu sentido não é igual à relação entre um nome e o objeto a que corresponde. Assim, uma proposição tem um sentido porque é uma ordenação de signos que, dentro da ordenação, correspondem a objetos. Mas o sentido da proposição não é outro objeto. Melhor dito, é o que se mostra quando os signos estão ordenados de um modo e não de outro”. A. Kenny complementa o ponto: “o que nós compreendemos quando compreendemos uma proposição não é a sua referência, senão seu *sentido* (NB 94, 111). Temos de saber o que seria o caso se fosse verdadeira e que seria o caso se fosse falsa. Ambos os elementos são necessários: como assinalou Wittgenstein, ‘toda proposição é essencialmente verdadeira-falsa. De modo que uma proposição tem dois polos (que correspondem ao caso de sua verdade e ao caso de sua falsidade); chamamos a isso o *sentido* de uma proposição’ (NB 94). Isso a distingue de um nome. Um nome pode ter somente uma relação com a realidade: ou bem nomeia algo, ou bem não é, em absoluto, um símbolo significativo. Mas uma proposição tem uma relação de duas vias: não deixa de ter significado pelo fato de não ser verdadeira. Wittgenstein resumiu criticamente tudo isso, dizendo: ‘os nomes são pontos, as proposições, flechas’ (NB 97; TLP 3.144). As proposições, à diferença dos nomes, têm *direção*. [...] Esta é, pois, uma diferença entre um nome e uma proposição: entender um nome é entender a sua referência, entender uma proposição é entender o seu sentido” (Kenny, 1984, p. 64-65, grifos do autor).

cujos nomes correspondem diretamente a objetos no mundo)²⁹ como “condição última de possibilidade do sentido”. Basta-lhe demonstrar a sua necessidade transcendental, como também

sua estrutura lógica (4.21-4.24), sua função (4.221), bem como a necessidade dos objetos (2.02-2.034) e dos nomes (3.201-3.23) em cuja concatenação elas consistem (4.22), sem que isso lhe imponha, na própria teoria, o compromisso de identificar a que, no campo da experiência, podem corresponder tais proposições (Barbosa Filho, 2008a, p. 144).

Wittgenstein observa, no começo do *Tractatus*, que o mundo é a totalidade dos fatos e não das coisas. Os fatos, no espaço lógico, constituem o mundo, ou seja, as possibilidades de concatenações dos nomes (Anscombe, 1977; Mounce, 2001; Wittgenstein, 1994). Como discorremos acima, a lógica não lida com as coisas do mundo, mas com a sua possibilidade de figuração por meio da linguagem. Dessa forma, a diferença entre fato e coisa revela que algo ser o caso não é uma questão de lógica, pois se trata de algo contingente.³⁰ Estados de coisas são complexos, pois podem estar combinados de diferentes formas. A possibilidade de existir um estado de coisas deve estar inscrita na própria coisa (Anscombe, 1977; Mounce, 2001; Wittgenstein, 1994).

Veremos isso com maior claridade, se, por um momento, examinarmos a noção de objeto wittgensteiniana. Até aqui, temos tratado ‘Sócrates’ como se fosse o nome de um objeto. Isso bastará para o propósito de uma primeira, ainda que rudimentar, exposição. Mas é necessário torná-lo preciso. Nem as pessoas nem os objetos físicos da experiência ordinária serviriam como objetos no sentido de

²⁹ “Aos estados de coisas que são concatenações de objetos simples correspondem proposições elementares que afirmam a existência de estados de coisas; as proposições elementares são concatenações de nomes de objetos simples (TLP 4.21 – 4.221). Pode-se descrever completamente o mundo fazendo uma lista de todas as proposições elementares, e assinalando logo quais delas são verdadeiras e quais falsas (TLP 4.26). Porque as proposições elementares verdadeiras coletam todos os fatos positivos, e as proposições elementares falsas corresponderão a todos os fatos negativos, e a totalidade dos fatos é o mundo (TLP 2.06, 1.1)” (Kenny, 1984, p. 83-84).

³⁰ Kenny (1984, p. 73, grifo do autor) é elucidativo: “a cada par de proposições contraditórias corresponde um e único fato: o fato que faz uma delas verdadeira e a outra falsa. A totalidade desses fatos é o mundo (TLP 1.1). Os fatos podem ser positivos e negativos: um fato positivo é a existência de um estado de coisas, um fato negativo é a não existência de um estado de coisas (TLP 2.06). Um estado de coisas (um *Sachverhalt*) é uma combinação de objetos ou coisas. Um objeto é essencialmente um componente possível de um estado de coisas (TLP 2.011), e sua possibilidade de aparecer em combinação com outros objetos em estados de coisas é sua natureza (TLP 2.0123), suas propriedades internas (TLP 2.01231) e sua forma (TLP 2.0141). Posto que todo objeto contém em sua natureza todas as suas possibilidades para sua combinação com outros objetos, então, dado um objeto, todos os objetos estão dados (TLP 5.524), e se todos os objetos estão dados, então todos os possíveis estados de coisas estão dados (TLP 2.0124)”.

Wittgenstein. Assim, na proposição 2.02, diz: ‘os objetos são simples’. Os objetos da experiência ordinária são complexos. Uma cadeira, por exemplo, consiste em um encosto, assento e pernas. Assim, para captar o nome da ‘cadeira’, tem-se de entender primeiro – ao menos assim parece – os nomes mais simples de ‘encosto’, ‘assento’ e ‘pernas’. Além disso, esses nomes mais simples não são eles mesmos simples. Podem também ser ulteriormente analisados e, portanto, dependem - para seu sentido - de nomes que são, todavia, mais simples. Entretanto, os objetos dos quais fala Wittgenstein são absolutamente simples. Os nomes para esses objetos podem ser captados imediatamente, porque o fazer não depende de captar nomes que sejam ainda mais simples. Que exemplo poderia então proporcionar de tais objetos? Wittgenstein nunca pôde proporcionar tal exemplo. Na época do *Tractatus*, Wittgenstein acreditava que podíamos estar seguros de que tais objetos existem, mas não podemos dizer o que são (Mounce, 2001, p. 35, grifos do autor).

A conexão entre linguagem e mundo depende de que, em algum ponto, as palavras representem objetos e que esses objetos sejam simples. A possibilidade de se dizer algo está adstrita à cláusula que indica que as palavras são representantes de objetos. A possibilidade das combinações de objetos é uma questão de lógica, contudo, a lógica não pode determinar o que é o caso (a realidade ou mundo dependem de quais estados de coisas, resultantes das combinações de objetos, existem) (Anscombe, 1977; Mounce, 2001; Wittgenstein, 1994).

No *Tractatus*, o tema da “proposição” e da “figuração” (ou “pintura”, como refere A. Kenny) aparece nas entradas “2.1 – 2.225”. O primeiro aspecto a ser destacado é que ambas representam estados de coisas possíveis. Wittgenstein assevera que nós “figuramos os fatos” por meio das proposições, o que ficou conhecido como “teoria pictórica do significado”: segundo essa teoria, “a linguagem consta de proposições que pintam o mundo. As proposições são as expressões perceptíveis de pensamentos, e os pensamentos são pinturas lógicas dos fatos” (TLP 3.5, 4, 4.001) (Kenny, 1984, p. 18)³¹.

³¹ “As proposições são figuras. Se isso quer dizer que há uma relação projetiva entre as proposições e os fatos, possíveis ou atuais, então, não deveria o fato apresentado por uma proposição (se é atual) ser uma figura da proposição, tanto como a proposição o é dele? As relações projetivas podem ser consideradas em ambas as direções. Por acaso não é a realidade figura de uma proposição possível – que, se é atual, é ela mesma um fato – tanto como a proposição o é da realidade? A resposta a essa objeção é que os elementos de uma proposição (completamente analisada) são *nomes*. Assim, se a realidade representada por uma proposição verdadeira fosse uma *figura* dessa proposição, os objetos simples que a compõem teriam de figurar como nomes. Mas que algum objeto seja um nome não é algo que possa ver-se no objeto mesmo – seja esse um traço no papel, um móvel ou qualquer coisa que figure como um nome. Para poder considerá-la uma proposição, temos de entender a configuração desses objetos como uma configuração lógica de *nomes*. Não quero dizer que toda figura seja uma proposição, sua forma de figuração

Dizer que uma proposição afigura significa que ela representa um estado de coisas possível (que poderia ser o caso). Os constituintes de uma proposição representam objetos e estão concatenados entre si de um determinado modo. A figuração é constituída pela forma lógica (elemento comum às proposições e aos fatos) que os constituintes assumem (Anscombe, 1977; Kenny, 1984; Mounce, 2001; Wittgenstein, 1994).

O fato de que os elementos da figuração estão relacionados de uma determinada maneira é uma representação de como estão as coisas no mundo. Assim, deve haver algo em comum entre a forma da proposição e a forma dos objetos que representa. Mas o que a proposição afigura é um possível estado de coisas, pois não pode afigurar a sua própria forma. Além disso, que seja verdadeira ou não é uma questão diferente do que afigura. Para saber se é verdadeira, tem-se que saber primeiro o que afigura e logo compará-la com a realidade. Afigurar a mesma coisa, seja ou não verdadeira (Mounce, 2001, p. 161).

O que caracteriza um signo proposicional é a forma como os nomes estão combinados entre si. À diferença do nome, o sentido de uma proposição encontra-se internamente em sua estrutura. Um nome não possui a forma afigurativa, pois corresponde tão somente a um objeto no mundo que é o seu significado. O sentido de uma proposição, porém, não é algo que está no mundo, pois não é externo a essa proposição, enquanto o significado de um nome é externo a ele. Por essa razão, uma proposição tem o mesmo sentido seja verdadeira ou não, corresponda ou não a algo no mundo (Anscombe, 1977; Kenny, 1984; Mounce, 2001; Wittgenstein, 1994).

Destacamos que o *Tractatus*, em sua maior parte, aborda o problema da natureza da linguagem e da relação dessa com o mundo. Kenny, em seu estudo sobre o pensamento de Wittgenstein, refere-se à teoria pictórica do significado como a doutrina central da obra (Kenny, 1984). As proposições e os pensamentos são pinturas em um sentido literal. Uma frase em português, tal como “os elefantes nunca esquecem”, não parece ser uma pintura; entretanto, Wittgenstein observa que isso se dá “porque a linguagem disfarça o pensamento até fazer impossível reconhecê-lo” (TLP 4.002, 4.011) (Kenny, 1984, p. 18). O modo como os nomes

pode ser espacial e ser figura de uma configuração espacial dada, ou ser temporal e figura de uma configuração temporal. Porém, *toda* figura, segundo o *Tractatus*, é sempre *também* uma figura lógica, enquanto as proposições são *apenas* figuras lógicas. Isso é assim, inclusive, quando afiguram por meio de configurações espaciais” (Anscombe, 1989, p. 1-2, grifos da autora).

estão dispostos espacialmente na proposição determinam o que será afigurado ou pintado. Portanto, a teoria pictórica descreve uma relação espacial entre palavras que simboliza uma relação espacial entre coisas (TLP 4.012) (Kenny, 1984)³².

Dispõe o *Tractatus* que toda afiguração deve ter algo em comum com aquilo que afigura. Wittgenstein denominou de “forma lógica” esse “mínimo irreduzível compartilhado” (Kenny, 1984, p. 18). As proposições têm a “forma lógica” em comum com aquilo que afiguram, e é por essa forma compartilhada que podem ser referidas como verdadeiras figurações ou pinturas (TLP 2.18 – 2.182) (Anscombe, 1977; Kenny, 1984; Mounce, 2001).

A teoria pictórica do significado é aplicada primeiro aos pensamentos e, logo após, com mais vagar, às proposições. O filósofo observa que um pensamento é uma figura lógica de um fato, e, em uma proposição, um pensamento é expresso de modo perceptível aos sentidos (TLP 3, 3.1). Russell indagou quais eram as partes constituintes de um pensamento e a sua relação com os constituintes do fato afigurado, ao que Wittgenstein respondeu que não sabia quais eram os componentes de um pensamento, mas que eles deviam corresponder às palavras da linguagem (Anscombe, 1977; Kenny, 1984). Kenny (1984) destaca que, no *Tractatus*, o pensamento aparece como o link entre proposições e estados de coisas. Esse aspecto é realçado por Wittgenstein, a partir da metáfora da projeção geométrica. Assim,

o signo proposicional (a oração falada ou escrita), quando é usado, é uma projeção de um possível estado de coisas; o método de projeção é pensar em – ou seja, formar uma pintura lógica de – o possível estado de coisas que é o sentido da proposição (TLP 3.5, 3.11 – 3.12). É o pensamento o que faz do signo um símbolo, o que faz do signo proposicional uma proposição; até tal ponto que, às vezes, Wittgenstein fala que uma proposição é realmente um pensamento (TLP 3.5 – 4), e não, como parece mais natural, a expressão de um pensamento (TLP 3.2). As linhas de projeção, por assim dizer, vão desde a oração até o estado de coisas, passando

³² No artigo “A simplicidade do *Tractatus*”, Anscombe (1989) resume o que delineamos até aqui, observando o “isomorfismo” entre linguagem e mundo sustentado no *Tractatus*: “os objetos, os simples, combinam-se em situações elementares. Sua estrutura é o modo em que se vinculam em ditas situações. A *forma* é a possibilidade da estrutura. Nem todas as estruturas possíveis atualizam-se: a que se realiza é um ‘fato elementar’. Fazemos figuras dos fatos, sem dúvida, de fatos possíveis, entre os quais há alguns que também são atuais. Uma figura consiste em *seus* elementos combinados de certa maneira. Ao ser assim, representa os objetos que nomeiam os elementos, combinados exatamente dessa maneira. A combinação dos elementos da figura – a combinação representada – chama-se *sua* estrutura, e sua possibilidade, a forma de figuração da figura. Essa ‘forma de figuração’ é a possibilidade de que as coisas combinem-se do mesmo modo como o fazem os elementos da figura” (Anscombe, 1989, p. 1, grifos da autora).

pelo pensamento que está na mente. Em uma linguagem ideal, os elementos de uma oração corresponderiam aos elementos do pensamento, que, por sua vez, correspondem aos objetos envolvidos no possível estado de coisas (Kenny, 1984, p. 63).

Em síntese, o núcleo da ideia de Wittgenstein consiste em fazer coincidir os limites do que pode ser pensado e dito com os limites do mundo, o que se converte em espaço de possibilidades. O número de objetos últimos é fixo, e eles são eternos. Portanto, no *Tractatus*, os objetos são entidades pressupostas, simples e com as quais contatamos de algum modo que não se explica, para que forneçam sentido aos elementos da linguagem. A meta de Wittgenstein era buscar o que necessariamente deve ser verdadeiro, visando a garantir a possibilidade do significado das expressões que utilizamos. Em outros termos: uma busca lógico-filosófica da possibilidade do significado (Mora, 2004; Wittgenstein, 1994).

O sentido das proposições e os fatos estão relacionados logicamente. Uma proposição que está decomposta em proposições elementares mostra o fato decomposto em fatos atômicos. A partir desse princípio, pode-se oferecer uma descrição completa de todas as combinações possíveis de fatos atômicos independentes. As proposições elementares e os fatos atômicos são independentes no mesmo sentido, posto que ocupam um lugar próprio no espaço lógico. A totalidade das proposições elementares verdadeiras descreve completamente o mundo, e também determina quais são os fatos negativos. O conjunto dos fatos positivos constitui o mundo real, e o dos fatos negativos os mundos possíveis (Mora, 2004; Wittgenstein, 1994).

Wittgenstein anunciou, no prefácio do *Tractatus*, que a obra resolveria todos os problemas filosóficos (frutos do mau entendimento da lógica da nossa linguagem). Tendo cumprido com essa tarefa, retirou-se do ambiente acadêmico-filosófico e tornou-se professor em uma escola de ensino fundamental no interior da Áustria. A história relata que o retorno de Wittgenstein à Cambridge passou, decisivamente, pelas conversas que manteve com o matemático e amigo Frank P. Ramsey. Ramsey visitava Wittgenstein com alguma frequência, pois estava traduzindo o *Tractatus* para o inglês. O ponto é: o que conduziu o filósofo a rever a sua posição filosófica? A discípula de Wittgenstein, E. Anscombe, narra que ele costumava brincar com seus alunos, dizendo que o *Tractatus* não era uma velharia

querendo passar-se por um relógio, era, porém, um relógio que não marcava a hora certa.

Onde reside, então, o problema do *Tractatus*?³³ A questão é a independência do sentido das proposições elementares em relação à verdade de outras proposições. A obra sustentava que a lógica não possui qualquer pressuposição, salvo que nomes têm significado (referência) e proposições elementares têm sentido (TLP 6.124). A entrada “6.124” é, de fato, elucidativa: “as proposições lógicas descrevem a armação do mundo, ou melhor, representam-na. Não ‘tratam’ de nada” (Wittgenstein, 1994, p. 259, grifo do autor). Se o mundo não tivesse uma forma substancial, uma forma fixa, o sentido de uma proposição dependeria da verdade de outra proposição. Na análise lógica, que deveria descobrir a forma possível das proposições elementares, não poderiam aparecer proposições empíricas (Wittgenstein, 1994).

A reavaliação da concepção de lógica sustentada no *Tractatus* é o horizonte da filosofia de Wittgenstein, a partir do retorno do filósofo a Cambridge. Isso significa a expansão do escopo da lógica, de tal forma, que toda forma de dependência de uma proposição passa a ser matéria da lógica. É nesse contexto que, por volta de 1930, Wittgenstein deixa de utilizar o termo “lógica” (até a década de 40), substituindo-o pelo termo “gramática”³⁴. Gramática corresponde à lógica em sentido amplo, isto é, “lógica

³³ Segundo Mora (2004), o filósofo Norman Malcolm relata que a partir de um encontro entre o professor Piero Sraffa e Wittgenstein, o último percebeu as dificuldades da teoria pictórica do significado, já que ela não podia explicar a forma lógica de um certo gesto plenamente significativo. Isto é, perante a insistência de Wittgenstein de que uma proposição e o que ela descreve devem ter a mesma forma lógica, Sraffa fez um gesto típico dos napolitanos e que significava algo relativo ao desgosto ou desdém: roçar a barba para fora com a ponta dos dedos. Ao fazê-lo, subsequentemente, perguntou a Wittgenstein: “qual é a forma lógica disso?”. Mora complementa, anotando que “a anedota serve para destacar um problema central do *Tractatus*. Se a análise não consegue revelar a forma lógica de tudo o que é significativo e *diz* algo, o método filosófico não foi bem compreendido ou demonstrado. Se, por outro lado, a análise sempre pode revelar a forma lógica que a linguagem compartilha com o mundo, o caso do gesto mostrou que significar e *dizer* algo fora da teoria pictórica eram possíveis. Esse segundo caminho marca a trajetória da crítica nas *Investigações Filosóficas*” (Mora, 2004, p. 60, grifos da autora).

³⁴ Hacker (2009a) observa que “Gramática, como Wittgenstein entendia o termo, é o livro de contas da linguagem (MS 109 (Vol. V), 129; PG 87). Suas regras determinam os limites do sentido. Ao examinar cuidadosamente o uso, caso a caso, o filósofo pode determinar em que ponto ele extrapolou a Razão, não se conformou com as regras para o uso de uma expressão e, assim, de maneiras sutis e não facilmente identificáveis, transgrediu os limites do sentido. A concepção de análise decomposicional, como apresentada no *Tractatus*, é agora rejeitada como quimérica. Em seu lugar, Wittgenstein agora coloca a análise *gramatical* ou *conectiva*. Uma proposição é completamente analisada logicamente quando sua gramática é completamente esclarecida (MS 108 (Vol. IV), 88). Isso não envolve decompor uma proposição em constituintes simples, mas, sim, expor a rede de conexões, compatibilidades e incompatibilidades, implicações e pressupostos que caracteriza a gramática das expressões problemáticas que dão origem a problemas filosóficos” (Hacker, 2009a, p. 59, grifos do autor). Ainda sobre o tema: “[...] i) a investigação filosófica, que no

formal” e “lógica material”. Exemplo de lógica material: um homem tem 2 metros de altura, segue-se daí que ele não tem 1,90, nem 1,80, nem 1,70 ou outra medida de altura. Portanto, proposições empíricas funcionando como padrões para a experiência, tal como se proposições lógicas o fossem. A investigação da gramática da nossa linguagem (fenômenos espaço-temporais da linguagem) é desenvolvida por Wittgenstein, principalmente nas “Investigações Filosóficas”. Eis o próximo tópico de nosso percurso jusfilosófico.

2.3 WITTGENSTEIN II: AS INVESTIGAÇÕES FILOSÓFICAS E A OPACIDADE DOS FENÔMENOS

Neste tópico, abordaremos as *Investigações Filosóficas* de Wittgenstein, destacando, principalmente, o debate sobre regras e seguimento de regras. Costuma-se dividir a obra em três grandes partes, e duas delas merecerão a nossa atenção: a reconsideração crítica da concepção de linguagem apresentada no *Tractatus* (subtópico “Da forma lógica às formas de vida”) e a pergunta “o que é seguir uma regra?” (subtópico de mesmo nome). Delinearemos, ao início, que o *Tractatus* e as *Investigações* devem ser lidos um sobre o pano de fundo do outro, à medida que a segunda obra deve ser contrastada com o seu antigo modo de pensar, segundo o próprio Wittgenstein pontuou. As *Investigações* começam com uma citação de Santo Agostinho, que aporta “certa imagem da essência da linguagem humana” (Wittgenstein); a primeira parte da obra estrutura-se como uma refutação dessa concepção. Denominada como “teoria referencial do sentido”, explicaremos por que ela é concebida sob o modelo “objeto-designação” (em que o processo de significação depende de que cada nome designe um objeto). Exporemos alguns aspectos críticos

Tractatus era lógica, continua tendo a mesma natureza, agora sob o nome de ‘gramática filosófica’, que consiste basicamente no esclarecimento das *regras* de uso das expressões e sentenças no interior de sistemas linguísticos” (Dall’agnol, 2011, p. 29, grifos do autor). Cavell também colabora com o ponto: “há duas reivindicações gerais ou de fundo a respeito do que dissemos, que Wittgenstein resume com a ideia de gramática: que a linguagem é algo compartilhado, que as formas em que me apoio para ter sentido são formas humanas, que ditas formas impõem-me limites humanos, que quando eu digo o que nós ‘podemos’ ou ‘não podemos’ dizer, o que faço é expressar necessidades que outros admitem, i.e., obedecem (conscientemente ou não), e que nossos usos da linguagem são onipresentemente, quase inimaginavelmente, sistemáticos (ainda que, desde que escreveu Wittgenstein, a ciência da linguística, especialmente a gramática generativa chomskiana, pareça haver feito um grande caminho para chegar a imaginar-se traçando efetivamente seu mapa. O mapa não substitui Wittgenstein, ainda que pudesse confirmar a sua fé. Descobrir a profundidade do sistemático na linguagem não era a meta intelectual de Wittgenstein, mas seu instrumento)” (Cavell, 2003, p. 70, grifos do autor).

da “teoria referencial do sentido”, apresentando a significação e a linguagem de modo homogêneo, concebendo os seus distintos usos de forma idêntica. Realçaremos, assim, que a visão agostiniana da linguagem (“teoria referencial do sentido”) concebe equivocadamente a teia de relações entre linguagem, pensamento e realidade. Veremos que a teoria puramente referencial do sentido, além da eliminação dos diversos modos de significação, concebe a “significação sob o modelo da coisa”. Veremos, também, que a crítica de Wittgenstein ao modelo “objeto-designação” pode ser analisada partindo-se de três modalidades de reducionismo: o “reducionismo semântico” (que consiste na assunção do processo de “nominação como paradigma de toda a significação”); o “reducionismo ontológico” (que revela que a “ontologia da res” concebe o real como possuindo uma “ordem essencial em si”, portanto, plenamente independente dos modos como as pessoas refiram-se a ele); o “reducionismo metodológico”, inserido no conceito filosófico de significação, que aponta para a opção de um modelo universal de compreensão em que indagação reitora é “o que é isto?”.

Demonstraremos o vínculo que há entre a pergunta pelas condições de possibilidade do sentido e a introdução da noção de “jogos de linguagem”, no §23 das *Investigações*. Delinearemos algumas relações conceituais que a noção de jogos de linguagem articula, tal como a aplicação do “princípio do contexto” às proposições. Veremos que há duas semelhanças notáveis entre os termos “linguagem” e “jogos”: a aplicação dos termos não ocorre a partir da identificação de uma característica comum a todas as suas instâncias, à medida que chamamos de “jogos” e de “linguagem” algumas coisas que são diferentes (trata-se de termos que indicam “semelhanças de família”), como também ambas são atividades governadas por regras. Os variados jogos de linguagem são normatizados por regras constitutivas das diferentes instituições humanas. Descreveremos que se aprende o significado das palavras ao se aprender a utilizá-las nos contextos práticos; aliás, ao utilizá-las, cada frase configura-se como um lance no jogo da linguagem. Os jogos de linguagem são ações linguísticas e não linguísticas regidas por regras, que são adquiridas pelo costume e remetem a uma determinada forma de vida. Desse modo, investigaremos duas interpretações da noção de “forma de vida”, enquanto conceito “quase biológico” (não naturalista plenamente) e enquanto conceito transcendental (possibilidade da representação). Estabeleceremos o paralelo entre o *Tractatus*, em que o sentido era articulado pela possibilidade da descrição, considerada a

identidade na forma lógica das proposições e dos estados de coisas, e as *Investigações*, que explicitam as formas de vida como condição última do sentido. Esse aspecto manifesta um giro na linguagem desde uma dimensão sintático-semântica e metafísica (*Tractatus*) até uma dimensão pragmática e existencial. Abordaremos a ideia wittgensteiniana de que “o sentido de uma palavra é o seu uso na linguagem”, como também a ideia conexa de que o problema central da significação só pode ser posto no contexto de uso dos termos, sendo que os diferentes contextos são constituídos por diferentes regras, que pautam o sentido das expressões linguísticas.

Na segunda parte do tópico, subtópico “O que é seguir uma regra?”, adentraremos especificamente no debate das *Investigações* sobre o seguimento de regras. Destacaremos que, no jogo de linguagem, os seres humanos agem conforme regras que foram estabelecidas com os demais, portanto, as regras constituem um “quadro de referência intersubjetivo”. Se as regras do *Tractatus* tinham como pilares o cálculo lógico e a notação simbólica pura, no processo de interação social as dimensões simbólicas da linguagem ordinária não são puras, à medida que dependem do contexto de interação entre os agentes (*Investigações*). Veremos que a aplicação das palavras não está totalmente coordenada por regras, pois, assim como nos “jogos”, nem todas as ações dos jogadores são limitadas por elas. Mostraremos que o termo “regra” designa “semelhanças de família”, ou seja, que é um termo que abarca muitas coisas diferentes, porém, relacionadas entre si. Demonstraremos que “seguir uma regra” é uma realização prática, portanto, acreditar seguir uma regra não é o mesmo que estar concretamente seguindo-a. Outro aspecto que demonstraremos é que Wittgenstein observou que a mera regularidade do comportamento distingue-se do seguimento de regras, pois a regra deve ser parte da razão de um agente para realizar certo ato e não apenas uma causa. Delinearemos que, segundo as *Investigações*, “compreender” não é um processo mental, pois se configura como o domínio de uma técnica que é fruto de ensino e treinamento. Apresentaremos o tema da ligação entre regras e ações, analisando duas soluções opostas ao problema, a saber, a “platônico-formalista” e a “cética”. Finalmente, concluiremos o tópico introduzindo o tema da “vagueza”, presente no §71 das *Investigações*. Para Wittgenstein, a vagueza dos conceitos não deve ser vista como um mal a ser eliminado, afinal, nossos conceitos são

essencialmente abertos por admitirem a possibilidade de aplicação aos casos não previstos.

2.3.1 Da forma lógica às formas de vida

Boa parte dos comentadores das “Investigações Filosóficas” costuma dividir o livro em três grandes partes. A primeira delas, que vai do parágrafo 1 ao parágrafo 134, dirige-se a uma reconsideração crítica da concepção de linguagem (idealizada) apresentada no *Tractatus*. Na segunda parte – parágrafo 135 ao parágrafo 242 –, Wittgenstein delinea o debate sobre “o que é seguir uma regra?”. Já na última parte da obra, parágrafo 243 ao parágrafo 693, o autor revisita o projeto de Russell da teoria do conhecimento.

Pitkin (1984) observa que, a despeito de haver continuidade nos trabalhos de Wittgenstein, no que se refere ao tema da linguagem (relação entre linguagem e filosofia), os trabalhos subsequentes a 1930 apontam para uma revisão do que fora apresentado no *Tractatus*. Desse modo, deve-se seguir a indicação do próprio Wittgenstein de que as *Investigações* e o *Tractatus* devem ser lidos conjuntamente, à medida que a primeira obra deve ser contrastada com seu antigo modo de pensar do *Tractatus* (Pears, 1973; Pitkin, 1984)³⁵.

Wittgenstein (1986) abre o primeiro parágrafo das *Investigações* com uma citação das “Confissões” de Santo Agostinho, na qual há “certa imagem da essência da linguagem humana” (Wittgenstein, 1986). Essa concepção é objetada ao longo de quase toda primeira parte da obra. Uma das razões, segundo Wittgenstein, é que importantes filósofos desenvolveram os seus pensamentos calcados nela, tais como: Platão (parágrafos 46, 48 e 518), Santo Agostinho (parágrafos 1 a 3, 32, 89, 90),

³⁵ “No prefácio das *Investigações filosóficas*, Wittgenstein declara que deveria figurar uma reedição do *Tractatus* no mesmo volume, pois seus novos pensamentos só poderiam ser vistos com clareza destacando-se o fundo de sua antiga maneira de pensar e pelo contraste resultante de tal contraposição. Ao dizer isso, não queria simplesmente sublinhar o fato de que essas novas concepções são de natureza assombrosamente diferente. Em tal caso, poderia seguir um caminho novo, ignorando completamente o passado. Queria indicar que, apesar das diferenças manifestas entre as respectivas obras de ambos os períodos, a finalidade perseguida seguia sendo a mesma e que a mudança de método não era o resultado de uma ruptura total com o passado, mas de uma transformação gradual das concepções do *Tractatus*, tratando de preservar o que pudessem ter de valioso. Esse é o sentido da crítica relativamente benévola de tais concepções feitas no começo das *Investigações filosóficas*” (Pears, 1973, p. 135-136, grifos do autor).

Frege (parágrafos 22, 49, 71), Russell (parágrafos 46, 79), além do próprio autor do *Tractatus* (Barbosa Filho, 2008b; Cavell, 2003; Wittgenstein, 1986)³⁶.

Porém, há outras razões que não as de caráter histórico-biográfico, segundo Wittgenstein, para manejar a crítica à essência da linguagem. O professor Barbosa Filho detalha essas razões:

primeiramente, porque essa concepção é falsa ou, pelo menos, filosoficamente desnorteante (irreführende) (§§5, 10, 13, 40). Em seguida porque ela impõe um modelo (Bild) de compreensão da linguagem que nos impede de ver (§§5, 89, 103) o seu ‘trabalho’ efetivo, dissimulando, em particular, a multiplicidade dos instrumentos da linguagem e dos seus modos de utilização (§23), ‘a indizível diversidade de todos os jogos de linguagem quotidianos’ (p. 224). Finalmente (e é o aspecto que nos interessará em primeiro lugar), porque esse conceito de significação incorpora e veicula uma ontologia da ‘res’ cujas consequências são desastrosas. Em outros termos: esse conceito pressupõe e, ao mesmo tempo, veicula uma filosofia da essência, cujo paradigma do ponto de vista semântico é uma teoria do sentido que toma como modelo a *Bild* do ‘objeto-designação’ (Barbosa Filho, 2008b, p. 165-166, grifos do autor).

A ideia é que as palavras da linguagem nomeiam objetos e as proposições são concatenações desses nomes, nos moldes de como vimos no tópico anterior sobre o *Tractatus*. O professor Barbosa Filho (2008b, p. 166) adverte que tal concepção é “mistificante”, por dois aspectos. Primeiro, em nível “propriamente semântico, porque ela induz uma representação indiferenciada da significação e da linguagem, assimilando abusivamente as descrições dos diferentes empregos das expressões (§10)”. Por outro lado, mesmo que a concepção esteja delimitada aos casos aparentemente favoráveis dos nomes próprios, “confunde a significação com

³⁶ “Meu temor é que damos por supostas demasiadas coisas sobre o que implica aprender e compartilhar a linguagem. Que há de *incorreto* na concepção da aprendizagem da linguagem como um assunto no qual nos ensinam ou nos dizem o nome das coisas? Por que Wittgenstein nos pede para agudizar a atenção sobre o fato de que Agostinho havia dito ou sugerido que o assunto é assim, e por que fala de uma ‘figura’ particular da linguagem subjacente à dita concepção, como se Agostinho estivesse escrevendo desde uma perspectiva particular, arbitrária, e na qual o juízo era automático? Wittgenstein deseja desenvolver mais de uma ‘figura’: uma delas refere-se à ideia de que todas as palavras são nomes, uma segunda refere-se à ideia de que aprender um nome (ou qualquer palavra) consiste em que nos digam o que significa dito nome, e uma terceira é a ideia de que aprender uma linguagem é um assunto de aprender (novas) palavras. A primeira dessas ideias, e a crítica de Wittgenstein a mesma, foi objeto, creio, de uma atenção maior que as outras duas, que são as que agora nos interessam (essas ideias relacionam-se obviamente entre si, e poderia dizer que me parece que as duas últimas oferecem o melhor sentido do que Wittgenstein encontra ‘incorreto’ na primeira. Não se trata só, como penso que se interpreta habitualmente, de que a linguagem ‘tem muitas funções’, além da de nomear coisas, mas também de que a forma que têm os filósofos de explicar a denominação faz incompreensível como a linguagem possa desempenhar nem sequer essa função)” (Cavell, 2003, p. 248, grifos do autor).

o portador do nome (§40)” (Barbosa Filho, 2008b, p. 166), ou seja, quando morre “Juca”, morre o portador do nome e não o seu significado. É possível formar frases com sentido, mesmo que os portadores dos nomes já não existam mais (Barbosa Filho, 2008b).

A visão agostiniana da linguagem ou “teoria referencial do sentido”, estruturada sob o modelo “objeto-designação”, oferece uma leitura problemática sobre as coisas e sobre a essência da linguagem, concebendo equivocadamente, assim, a teia de relações entre linguagem, pensamento e realidade (Barbosa Filho, 2008b; Pears, 1973). Ao questionarmos o significado de um termo, tal como “sim”, “bola”, “três”, “jogo”, estamos questionando pelo critério³⁷ que nos possibilita aplicá-los à multiplicidade dos casos particulares (Barbosa Filho, 2008b). Desse modo, o modelo criticado por Wittgenstein pensa a significação a partir do objeto designado, o que se equipara a buscar a essência comum à variedade das instâncias dos termos. Entretanto, muitas vezes ocorre que os fenômenos designados por uma expressão não têm algo em comum que justifique o seu uso (Barbosa Filho, 2008b).

Wittgenstein, à época do *Tractatus*, dizia que o primeiro passo para se fazer filosofia era desconfiar da gramática (da linguagem natural). Uma de suas razões era que a linguagem corrente não tem a estabilidade semântica requerida pela teoria referencial do sentido. Nela, deve-se descobrir a essência por trás dos fenômenos, visualizando a unidade formal, exigência para que se tenha a determinação do sentido. Nesse caso, as condições de aplicação de um termo não residem na prática linguística, mas na essência a que ela visa (no que é comum aos diferentes casos de sua aplicação) (Barbosa Filho, 2008b). Desse modo, compreender um termo significa apreender a essência do objeto designado. Barbosa Filho (2008b) resume o

³⁷ Cavell (2003) esclarece a noção de “critérios” nas *Investigações*: “perguntemo-nos, pois: que se supõe que fazem os critérios de Wittgenstein? Tanto por parte daqueles que desejam defender Wittgenstein como daqueles que desejam atacá-lo, entende-se, grosso modo, que seus critérios são os meios pelos quais se supõe que se estabelece com certeza a existência de algo – no que talvez seja o caso mais famoso que os critérios de dor (critérios externos, é claro) são os meios pelos quais podemos saber, com certeza, que o outro tem dor (que o que dizemos que sucede no outro está sucedendo realmente agora, ali)” (Cavell, 2003, p. 42, grifos do autor). Mais adiante, complementa o ponto: “Wittgenstein apoia-se nessa característica da especificidade a respeito do objeto por um motivo diferente, aparentemente oposto. Nos casos que ele apresenta, não se conhece primeiro o objeto, ao que, por meio dos critérios, assinalamos um valor; pelo contrário, os critérios são os meios pelos quais aprendemos quais são nossos conceitos e, em consequência, “que classe de objetos é algo” (§ 373). Ou melhor, apela-se aos critérios wittgensteinianos no transcurso de algumas investigações gramaticais, e é a gramática o que nos diz que classe de objetos é algo” (Cavell, 2003, p. 53, grifos do autor).

ponto, destacando uma consequência da teoria referencial do sentido, a saber, que ela interpõe um elemento entre linguagem e realidade:

e é a própria linguagem, então, que nos abre largas as portas para a instauração ou a ‘descoberta de entidades bizarras’ (§§36, 186). Para explicar ‘a relação entre o nome e o nomeado’ (§37) e, a partir daí, a ‘essência da linguagem’ (§65), somos inclinados, diz Wittgenstein, a supor um puro ser intermediário entre os signos e os fatos (§94). A teoria referencial implica, com efeito, que a relação entre a linguagem e a realidade se realize por meio de uma entidade particular, pois a linguagem corrente, não exprimindo a essência, não poderia fazê-lo. É então que ‘a nominação aparece como uma ligação *estranha* de uma palavra com um objeto’ (§38) e como “um processo, por assim dizer, *oculto*” (ibid.). ‘E agora nós quebramos a cabeça sobre a essência do *verdadeiro* (*eigentlichen*) signo’ (§105), pois as expressões ordinárias parecem algo de impuro, incompleto e insuficiente em comparação com o que a *Bild* sugere (§426). Somos seduzidos a dizer, então, que os modos correntes de expressão não descrevem os fatos tais como eles realmente são (§402) (Barbosa Filho, 2008b, p. 168-169, grifos do autor).

A crítica wittgensteiniana ao modelo “objeto-designação” pode ser pensada a partir de três modalidades de reducionismo, segundo Barbosa Filho (2008b). O “reducionismo semântico” ocorre no “modelo referencial” do sentido (“modelo *unum nomen-unum nominatum*”), estabelecendo o processo de “nominação como paradigma de toda a significação” (Barbosa Filho, 2008b, p. 173; Oliveira, 1996). Nesse processo, a linguagem estaria adstrita à “reprodução da estrutura já dada da realidade em si”. Anota Barbosa Filho (2008b, p. 173) que isso “conduz naturalmente à ideia de uma linguagem perfeita, de uma *characterista universalis*, pois a multiplicidade das línguas históricas torna-se, nessa perspectiva, um signo de imperfeição e de limitação que o pensamento deve superar”. Portanto, a teoria referencial do sentido, para além da antes mencionada eliminação dos variados modos de significação, concebe a “significação sob o modelo da coisa (*Sache*)” (Barbosa Filho, 2008b, p. 173)³⁸.

³⁸ Oliveira (1996) referenda o reducionismo do modelo objeto-designação: “ora, diz Wittgenstein, para começar, isso é falso em sua exclusividade, pois com a linguagem podemos *fazer* muito mais coisas do que designar o mundo. No número 23 de suas *Investigações Filosóficas*, ele nos oferece uma lista de possíveis atividades humanas realizadas pela linguagem, de tal modo que, já aqui, a posição da tradição manifesta-se como uma exacerbação da função designativa, que assumiu, assim, o *monopólio exclusivo de consideração* nas teorias da linguagem, aparecendo, com isso, uma cegueira total do pensamento tradicional para outras perspectivas. A teoria objetivista da linguagem tem, pois, caráter *reducionista*, uma vez que reduz todas as funções da linguagem a uma única” (Oliveira, 1996, p. 127, grifos do autor).

O “reducionismo ontológico” aparece como “consequência direta” e, ao mesmo passo, pressuposição do reducionismo semântico (Barbosa Filho, 2008b). A “ontologia da res” concebe o real como possuindo uma “ordem essencial em si”, plenamente independente dos modos como as pessoas refiram-se a ele. O que está em jogo é a suposição da possibilidade de se “conferir um sentido nítido à oposição entre a natureza da realidade e as condições do nosso conhecimento da realidade. Esse tipo de ontologia poderia ser batizado de ‘essencialismo’” (Barbosa Filho, 2008b, p. 174; Oliveira, 1996; Pears, 1973)³⁹. Mais adiante, Barbosa Filho (2008b) complementa o ponto, referindo que essa modalidade de reducionismo considera a essência “sob o modelo ontológico do objeto físico” (Barbosa Filho, 2008b; Oliveira, 1996):

[...] esse monismo ontológico resulta imediatamente do monismo semântico do nome. Com efeito, é esse último que, impondo a ideia de que basta saber o que (*was*) a palavra designa (*bezeichnet*) para compreendê-la (§264; cf. §27), introduz a obsessão do modelo “objeto-designação” (§293); e é precisamente isso que nos impressiona num modo de consideração exclusivo (§308) (Barbosa Filho, 2008b, p. 174, grifos do autor).

O “reducionismo metodológico”, inserido no conceito filosófico de significação, indica a escolha de um modelo universal de compreensão, cuja pergunta-guia é “O que é isto?” (essa forma de perguntar pré-condiciona a forma da resposta). Alguns comentadores referiram-se a esse aspecto como “cientismo filosófico” (Barbosa Filho, 2008b):

o que é decisivo, aqui, é que a forma de interrogação faz-nos considerar os fatos por intermédio de um ‘modo de apresentação’ (*Darstellungsweise* ou *Mittel der Darstellung*: §§50, 280, 435)

³⁹ Pears (1973), em obra sobre o pensamento de Wittgenstein, delineia a crítica ao essencialismo: “assim, ao mesmo tempo que repudiava a teoria essencialista do *Tractatus*, consagrava-se a outra tarefa muito mais geral. Abandonava sua antiga investigação transcendental e ‘a priori’ para dirigir-se a algo muito diferente: um estudo fenomenológico da linguagem humana, que teria um caráter empírico, familiar e inclusive pedestre. Essa mudança de perspectiva estava sustentada e completada igualmente por uma crítica ao essencialismo. Dirigia seus ataques não apenas contra sua primeira teoria da linguagem, mas igualmente contra a prática dessa forma habitual de análise que busca definições, pois supor que uma significação pode ser sempre encerrada no marco de uma definição é cair em uma dessas armadilhas do essencialismo, que ele mesmo havia denunciado: crer que as coisas que designam as palavras da linguagem têm um traço comum predominante, e que não se relacionam entre si, simplesmente, como os rostos de uma mesma família. Devemos notar que justifica essa última crítica com um argumento que não havia utilizado em suas críticas anteriores: que não existe entre as formas e os usos múltiplos da linguagem nenhum fator predominante, pois admite, certamente, que o sentido de uma palavra pode ser expresso às vezes por meio de uma definição, mas se nega a admitir que a palavra ‘linguagem’ seja suscetível de ser definida dessa maneira (Pears, 1973, p. 155-156, grifos do autor).

ontologicamente mistificante, pois ele nos leva ‘a predicar da coisa (Sache) o que reside no modo de apresentação’ (§104). O embaraço filosófico nasce ‘quando nós olhamos os fatos pela mediação de uma forma de expressão desorientante (*misleading*)’ (PS, p. 31), pois são justamente os nossos modos de expressão que, com frequência, induzem-nos a procurar uma *coisa* lá onde o que é necessário é uma investigação conceitual (cf. §§370, 374, 401, 436, 664, p. 184, 196, 230, 232). A filosofia, assim, é dominada metodologicamente pelo modelo da investigação científica (Barbosa Filho, 2008b, p. 175, grifos do autor).

Assim como no *Tractatus*, as *Investigações Filosóficas* (doravante, “IF”) concebem a filosofia como crítica da linguagem. As IF podem ser interpretadas a partir do projeto crítico kantiano, ou seja, no horizonte da questão: quais são as condições de possibilidade do sentido?⁴⁰ A resposta a essa demanda passa pela introdução da noção de “jogos de linguagem”, no §23 das IF.⁴¹ Nesse parágrafo, Wittgenstein destaca a multiplicidade de espécies de proposições que há, ou seja, as diversas aplicações dos símbolos, palavras e proposições. Essa diversidade não

⁴⁰ O texto de Wittgenstein (1986) lança luz sobre o ponto: “90. Sentimos como se tivéssemos que penetrar nos fenômenos; nossa investigação, contudo, não se dirige aos fenômenos, mas, como se poderia dizer, às ‘possibilidades’ dos fenômenos. Lembramo-nos, isto é, do tipo de afirmação que fazemos sobre os fenômenos. Assim, Agostinho lembra-nos das diferentes afirmações que são feitas sobre a duração, passada, presente ou futura, dos eventos (essas não são, obviamente, afirmações filosóficas sobre o tempo, o passado, o presente e o futuro). Nossa investigação é, portanto, gramatical. Tal investigação lança luz sobre o nosso problema, dissipando mal-entendidos. Mal-entendidos relativos ao uso das palavras, causados, entre outras coisas, por certas analogias entre as formas de expressão em diferentes regiões da língua. Alguns deles podem ser removidos substituindo uma forma de expressão por outra; isso pode ser chamado de ‘análise’ de nossas formas de expressão, pois o processo, às vezes, é como o de desmontar algo” (Wittgenstein, 1986, p. 42-43, grifos do autor).

⁴¹ A despeito da citação parcial acima, é válida a transcrição integral do parágrafo 23, devido a sua importância na articulação conceitual das *Investigações*: “23. Mas quantos tipos de frases existem? Digamos, afirmação, pergunta e comando? — Existem *incontáveis* tipos: inúmeros tipos diferentes de uso do que chamamos de ‘símbolos’, ‘palavras’, ‘frases’. E essa multiplicidade não é algo fixo, dado de uma vez por todas; mas novos tipos de linguagem, novos jogos de linguagem, por assim dizer, passam a existir, e outros se tornam obsoletos e são esquecidos (podemos ter uma *imagem aproximada* disso a partir das mudanças na matemática). Aqui, o termo ‘*jogo de linguagem*’ pretende destacar o fato de que *falar* uma língua faz parte de uma atividade, ou de uma forma de vida. Revise a multiplicidade de jogos de linguagem nos seguintes exemplos e em outros: dar ordens e obedecê-las; descrever a aparência de um objeto ou fornecer suas medidas; construir um objeto a partir de uma descrição (um desenho); relatar um evento; especular sobre um evento. Imagine uma imagem representando um boxeador em uma postura específica. Agora, essa imagem pode ser usada para dizer a alguém como ele deveria ficar em pé, como deveria se manter, ou como ele não deveria se manter, ou como um determinado homem se manteve em tal e tal lugar, e assim por diante. Pode-se (usando a linguagem da química) chamar essa imagem de radical proposicional. É assim que Frege pensava a ‘suposição’: formular e testar uma hipótese; apresentar os resultados de um experimento em tabelas e diagramas; inventar uma história e lê-la; atuar; cantar em coro; adivinhar enigmas; fazer uma piada e contá-la; resolver um problema de aritmética prática; traduzir de uma língua para outra; perguntar, agradecer, xingar, cumprimentar, rezar. É interessante comparar a multiplicidade de ferramentas da linguagem e das maneiras como são usadas, a multiplicidade de tipos de palavras e frases com o que os lógicos têm dito sobre a estrutura da linguagem (incluindo o autor do *Tractatus Logico-Philosophicus*)” (Wittgenstein, 1986, p. 11-12, grifos do autor).

é algo fixo, dado de uma vez por todas, à medida que “novos tipos de linguagem, novos jogos de linguagem surgem e outros envelhecem e são esquecidos”. Aliás, foi o próprio Wittgenstein (1986) que afirmou serem os jogos de linguagem a conexão entre linguagem e atividades vinculadas a si (inclusive atividades não linguísticas).

O filósofo, ainda no §23, exemplifica a multiplicidade de jogos de linguagem, tais como: dar ordens e segui-las, desenhar um objeto, relatar um fato, formar uma hipótese, ler uma história, fazer uma piada, resolver um problema de aritmética etc. (Wittgenstein, 1986). Cada jogo de linguagem possui regras próprias, e “é no seu interior e a partir das práticas e instituições que lhe são constitutivas que as palavras e as frases adquirem significado” (Dall’agnol, 2011, p. 30). Se o autor do *Tractatus* sustentava que os nomes só tinham sentido no interior da proposição, o autor das IF aplica o “princípio do contexto” às proposições, por meio da noção de jogo de linguagem.

A analogia entre a “linguagem” e os “jogos” visa a ressaltar que, para Wittgenstein, falar uma linguagem é parte de uma atividade, de uma prática, isto é, a linguagem humana é uma atividade sustentada em múltiplas práticas institucionalizadas (Wittgenstein, 1986). Aumenta-se o escopo da noção de sentido, no que se refere ao *Tractatus*, à medida que o jogo de linguagem da figuração passa a residir ao lado de outros tantos jogos de linguagem. Os variados jogos de linguagem são “normatizados por regras ancoradas nas diferentes instituições humanas” (Dall’agnol, 2011, p. 42; Oliveira, 1996; Wittgenstein, 1986).

Wittgenstein (1986) nota que o termo “jogo” não possui nenhuma característica comum a tudo que chamamos “jogos”. Porém, tampouco possui significados independentes, tal como a palavra “banco”. Segundo o filósofo, essa é uma característica compartilhada entre “linguagem”⁴² e “jogo”⁴³. Trata-se de

⁴² “65. Aqui nos deparamos com a grande questão que está por trás de todas essas considerações. Pois alguém poderia objetar contra mim: ‘você escolhe o caminho mais fácil! Você fala sobre todos os tipos de jogos de linguagem, mas em nenhum lugar disse qual é a essência de um jogo de linguagem, e, portanto, da linguagem: o que é comum a todas essas atividades, e o que as torna linguagem ou partes da linguagem. Assim, você se esquia exatamente da parte da investigação que antes lhe dava mais dor de cabeça, a parte sobre a *forma geral das proposições* e da linguagem’. E isso é verdade. Em vez de produzir algo comum a tudo o que chamamos de linguagem, estou dizendo que esses fenômenos não têm nada em comum que nos faça usar a mesma palavra para todos, mas que eles estão relacionados entre si de muitas maneiras diferentes. E é por causa dessa relação, ou dessas relações, que os chamamos de ‘linguagem’. Tentarei explicar isso” (Wittgenstein, 1986, p. 31, grifos do autor; 2009).

⁴³ “66. Considere, por exemplo, os procedimentos que chamamos ‘jogos’. Quero dizer, jogos de tabuleiro, jogos de cartas, jogos de bola, jogos olímpicos e assim por diante. O que há de comum a todos eles? Não diga: ‘*deve haver* algo em comum, ou eles não seriam chamados jogos’. Mas *olhe*

termos que indicam “semelhanças de família”⁴⁴, ou seja, são constituídos por “uma complicada rede de similaridades e relações que se sobrepõem e entrecruzam-se” (Kenny, 1984, p. 146; Wittgenstein, 1986).

O fato de a linguagem ser uma atividade guiada por regras estabelece outra analogia com os jogos. As regras da gramática são as regras constitutivas da linguagem e determinam o que é correto ou faz sentido. Tal como vimos na crítica à teoria referencial do sentido, o significado de um termo não é um objeto que ele designe, entretanto, uma atividade guiada por regras que regem o seu funcionamento (Glock, 1998; Kenny, 1984; Wittgenstein, 1986). Assim como aprendemos a jogar xadrez por meio do aprendizado dos movimentos das peças (e não do processo de nominação de cada peça-objeto), aprendemos o significado das palavras ao aprender a utilizá-las nos contextos práticos. Uma frase configura-se como um lance no jogo da linguagem, ou seja, o seu significado é relativo ao sistema de que faz parte (Glock, 1998; Wittgenstein, 1986). Sobre o aprendizado da linguagem, Cavell (2003, p. 253, grifos do autor) destaca:

e veja se há algo em comum a todos, pois se você olhar para eles, não verá algo comum a todos, mas semelhanças, relações e toda uma série delas. Para repetir: não pense, mas olhe! Observe, por exemplo, os jogos de tabuleiro, com suas múltiplas relações. Agora, passe para os jogos de cartas; aqui você encontra muitas correspondências com o primeiro grupo, mas muitas características comuns desaparecem e outras aparecem. Quando passamos para os jogos de bola, muito do que é comum é mantido, mas muito se perde. Eles são todos ‘divertidos’? Compare o xadrez com o jogo da velha. Ou há sempre vitória e derrota, ou competição entre jogadores. Pense em paciência. Em jogos de bola, há vitória e derrota; mas quando uma criança joga sua bola na parede e a pega novamente, essa característica desaparece. Observe os papéis desempenhados pela habilidade e pela sorte, e a diferença entre habilidade no xadrez e habilidade no tênis. Pense agora em jogos como o jogo da velha; aqui está o elemento de diversão, mas quantas outras características desapareceram! E podemos percorrer os muitos, muitos outros grupos de jogos da mesma maneira; podemos ver como as semelhanças surgem e desaparecem. E o resultado desse exame é: vemos uma rede complexa de semelhanças que se sobrepõem e se cruzam: às vezes semelhanças gerais, às vezes semelhanças de detalhes” (Wittgenstein, 1986, p. 31-32, grifos do autor; 2009).

⁴⁴ Wittgenstein (1986) apresenta a noção de “semelhanças de família” no §67 das *Investigações*: “67. Não consigo pensar em expressão melhor para caracterizar essas semelhanças do que ‘semelhanças de família’, pois as várias semelhanças entre os membros de uma família: constituição física, feições, cor dos olhos, andar, temperamento etc. se sobrepõem e se cruzam da mesma maneira. E direi: ‘jogos’ formam uma família. E, por exemplo, os tipos de número formam uma família da mesma maneira. Por que chamamos algo de ‘número’? Bem, talvez porque tenha uma relação — direta — com várias coisas que até agora foram chamadas de número, e pode-se dizer que isso lhe confere uma relação indireta com outras coisas que chamamos pelo mesmo nome. E estendemos nosso conceito de número como, ao fiar um fio, torcemos fibra sobre fibra. A resistência do fio não reside no fato de que uma fibra percorre todo o seu comprimento, mas na sobreposição de muitas fibras. Mas se alguém quisesse dizer: ‘há algo comum a todas essas construções — a saber, a disjunção de todas as suas propriedades comuns’ —, eu responderia: ‘agora você está apenas brincando com as palavras’. Poderíamos também dizer: ‘algo percorre todo o fio — a saber, a sobreposição contínua dessas fibras’” (Wittgenstein, 1986, p. 32, grifos do autor).

resumindo o que se disse sobre essa aprendizagem: ao ‘se aprender a linguagem’, não só se aprende quais são os nomes das coisas, mas o que é um nome; não só qual é a forma de expressão para expressar um desejo, mas o que é expressar um desejo; não só qual é a palavra para ‘pai’, mas o que é um pai; não só qual é a palavra para ‘amor’, mas o que é o amor. Ao se aprender a linguagem, não se aprende apenas a pronunciar sons e suas ordens gramaticais, mas as ‘formas de vida’ que fazem desses sons as palavras que eles são, formas de vida que fazem que esses sons façam o que fazem, isto é, nomear, chamar, sinalizar, expressar um desejo ou afeto, indicar uma opção ou uma aversão etc. E Wittgenstein entende as relações entre essas formas também como ‘gramaticais’.

No *Tractatus*, a linguagem era pensada sob o modelo do cálculo (regras rígidas, precisas e definidas, ocultas sob a aparência heterogênea da linguagem natural). Nas IF, Wittgenstein “desviou o foco de sua atenção da geometria de um simbolismo (seja de uma linguagem ou de um cálculo) para o lugar que ele ocupa nas práticas humanas” (Glock, 1998, p. 226; Hacker, 2009a; Wittgenstein, 1986). Nesse contexto, os jogos de linguagem são ações linguísticas e não linguísticas regidas por regras, que são adquiridas pelo costume e remetem a uma determinada forma de vida (Wittgenstein, 1986).

A citação acima da obra de Cavell revela uma proximidade entre as noções de “jogo de linguagem” e de “formas de vida”.⁴⁵ A despeito de utilizar a segunda expressão também no plural, Wittgenstein (1986) está interessado na forma de vida humana (“mesmo que um leão falasse, não o entenderíamos, pois não compreenderíamos a sua forma de vida”; ou seja, a nossa forma de utilização da linguagem está ligada ao nosso comportamento social) (Wittgenstein, 1986). Devemos perguntar, assim: como se articulam as formas de vida nas IF?

O primeiro a ser referido, segundo Dall’Agnoll (2011), é que forma de vida é um conceito “quase biológico”, pois significa espécie, no caso, a espécie humana.

⁴⁵ Nesse sentido, Oliveira destaca que “o que caracteriza essa nova orientação é que para ele, agora, a *linguagem é uma atividade humana* como andar, passear, colher etc. Há aqui uma íntima relação, se não identidade, entre *linguagem* e *ação*, de tal modo que a linguagem é considerada uma espécie de ação, de modo que não se pode separar pura e simplesmente a consideração da linguagem da consideração do agir humano, ou a consideração do agir não pode mais ignorar a linguagem. Essa atividade se realiza sempre em contextos de ação bem diversos e só pode ser compreendida justamente a partir do horizonte contextual em que está inserida. Esses contextos de ação são chamados por Wittgenstein ‘formas de vida’ (IF 7, 19, 23), e a linguagem para ele é sempre uma parte, um constitutivo de determinada forma de vida, e sua função, por isso, é sempre relativa à forma de vida determinada, à qual está integrada; ela é uma maneira segundo a qual os homens interagem, ela é expressão de práxis comunicativa interpessoal. Tantas são as formas de vida existentes, tantos são os contextos praxeológicos, tantos são os modos de uso da linguagem, ou, como Wittgenstein se expressa, tantos são os ‘jogos de linguagem’” (Oliveira, 1996, p. 138, grifos do autor).

Em diversas passagens, Wittgenstein contrasta seres humanos com cachorros, leões, papagaios, relativamente às diferenças e similitudes entre essas formas de vida. Deve-se reter da forma de vida humana que os seres humanos usam determinada linguagem. Ou seja, a linguagem humana está enraizada em algumas atividades que outras formas de vida não compartilham. Por essa razão, por exemplo, um papagaio, ao repetir certas palavras, não nos permite compreendê-lo apenas a partir delas, à medida que isso não é suficiente para que se estabeleça comunicação (Dall’agnol, 2011; Marrades, 2014; Wittgenstein, 1986).

O prefixo “quase” em “quase biológico” indica que o conceito “forma de vida” não é apenas empírico ou científico. Wittgenstein (1986) dizia nas IF que o que é dado são as formas de vida e que todo processo de justificação deve chegar a um fim, isto é, na forma de vida humana (Marrades, 2014; Wittgenstein, 1986). Trata-se de um conceito primitivo, portanto, não derivado, não se configurando, assim, como um conceito tão somente antropológico ou biológico (Dall’agnol, 2011; Marrades, 2014).

É necessário deixar esse ponto mais claro. Em que sentido a forma de vida humana precisa ser tomada como *dada* e que relação isso tem com um processo de justificação? Pergunte-se, tractatativamente, sob que condições um nome tem referência, por exemplo, ‘Sócrates’. Se ele aparecer no seguinte *contexto* proposicional ‘Sócrates foi o mestre de Platão’, sabe-se que se trata do antigo filósofo grego e não de um nome de um ex-jogador de futebol brasileiro. Agora, segundo as *Investigações*, essa proposição precisa também aparecer num *contexto* específico, num jogo de linguagem, para que tenha seu sentido suficientemente determinado. Por exemplo, se se está a elencar os eventuais mestres de Platão, a frase dita com ênfase ‘Sócrates foi o mestre de Platão’ significa algo diferente da mesma sentença pronunciada em um jogo de linguagem meramente descritivo de alguns mestres de Platão, em uma outra prática. Agora, se se perguntar: ‘como essas práticas adquirem sentido?’, pode-se dizer que elas são constitutivas da condição humana, que é assim que o ser humano é, que essa é a forma de vida humana. Esse ‘fato bruto’ tem que ser tomado como dado: é uma justificação última. Não cabe um questionamento posterior, sob pena de ininteligibilidade ou de mero jogo de palavras infantil. Portanto, a forma-de-vida humana tem que ser assumida como um dado final num processo de justificação e o princípio fregeano do contexto uma condição de possibilidade da significação (Dall’agnol, 2011, p. 56-57, grifos do autor).

Então, a concepção de que as formas de vida fornecem o fundamento da linguagem desenvolveu-se em duas vias opostas, a saber, “transcendental” e “naturalista” (por essa razão a utilização da expressão “quase biológico” para

caracterizar o conceito). A leitura “transcendental” sugere que as noções de jogo de linguagem e de forma de vida substituem as condições de possibilidade para a representação simbólica do *Tractatus* (Glock, 1998; Wittgenstein, 1986).

A via “naturalista” (“biológica” ou “orgânica”) defende que a forma de vida humana constitui a natureza biológica humana inflexível, que condiciona o modo como agimos. Essa leitura vincula-se ao que Wittgenstein observou no §25 das IF como constitutivo da “história natural do homem”, isto é, atividades como: ordenar, perguntar, narrar, conversar, estariam ao lado de andar, comer, beber, brincar. Ora, essas atividades são formas de interação social, são atividades culturais (Marrades, 2014). Glock (1998) pontua que até mesmo a matemática e a medição são “fenômenos antropológicos” da história natural do homem (Glock, 1998, p. 175). Essa história natural é a história de seres culturais que usam a linguagem, e, portanto, a ênfase recai na prática histórica e não na condição biológica inflexível (Glock, 1998). Assim, forma-de-vida é um conceito parcialmente transcendental, ao mesmo tempo em que é um conceito “quase biológico” (não naturalista plenamente) (Marrades, 2014).⁴⁶

No *Tractatus*, o sentido era articulado como a possibilidade de descrição de estados de coisas, desde a identidade entre a forma lógica das proposições e dos estados de coisas descritos. Em contrapartida, as IF sustentam as formas de vida como condição última do sentido, o que revela um giro de uma dimensão sintático-semântica e metafísica (*Tractatus*) para uma dimensão pragmática e existencial (IF) da linguagem (Marrades, 2014). Enfim, algo permanece: o interesse pela lógica (gramática) da nossa linguagem, pelas condições de possibilidade dos usos da linguagem. Tanto no *Tractatus* quanto nas IF, recorre-se a um elemento mediador, que são as formas lógicas na primeira obra e as formas de vida na segunda. Há uma diferença, assim, entre as noções de sentido em cada uma das obras. No *Tractatus*,

⁴⁶ Marrades (2014) complementa o ponto: “o que isso significa é que, se queremos dar conta da possibilidade da compreensão linguística, temos de olhar, *em última instância*, a participação em práticas sociais, não alguma forma de compreensão intuitiva ou intelectual. Para dizê-lo de outra maneira, a compreensão das expressões que usam os participantes em um jogo de linguagem depende de uma concordância desses participantes nas formas de vida que se acham na base desse jogo. Essa concordância que fundamenta a compreensão não pode ser, por sua vez, fundamentada. Pode-se dizer que, segundo Wittgenstein, a inserção em uma forma de vida, como base pragmática da linguagem, é uma *condição de possibilidade* da compreensão de expressões. Nessa medida, podemos dizer que a noção de ‘forma de vida’ adquire, no contexto da análise conceitual da compreensão linguística, uma função *transcendental* que é perfeitamente compatível com o caráter *natural* – ou seja, dado e situado mais além das razões – das formas de vida” (Marrades, 2014, p. 148-149, grifos do autor).

a relação entre linguagem e mundo por meio do pensamento, enquanto nas *Investigações Filosóficas* o sentido indica “o lugar que a atividade linguística ocupa para seus usuários no contexto de suas vidas” (Marrades, 2014, p. 151).

Wittgenstein abandona a linguagem ideal e volta-se para a situação em que o homem usa a linguagem. A investigação acerca do que é a linguagem deve olhar seus diferentes usos. O filósofo identifica que a linguagem é parte da atividade do ser humano ou da forma de vida humana. Desse modo, o significado das palavras depende da análise das formas de vida nos contextos práticos em que ocorrem, pois é o uso que outorga o significado às expressões da linguagem (Oliveira, 1996; Wittgenstein, 1986). Por essa razão, Wittgenstein (1986) observa no §43 das *Investigações* que: “o sentido de uma palavra é o seu uso na linguagem”. Isto é: o contexto de comunicação entre os homens é decisivo para o entendimento da linguagem (Wittgenstein, 1986).

O autor supera a concepção tradicional da linguagem (teoria referencial do sentido), denunciando o monismo semântico, isto é, que a linguagem estaria voltada exclusivamente para a designação de objetos pelas palavras (uso descritivo da linguagem como primordial). Todavia, as IF explicitam que as palavras fazem parte de um contexto que orienta seu uso, “o contexto global de vida” onde estão alocadas (Oliveira, 1996, p. 139). O problema central da significação, assim, só pode ser bem-posto no contexto de uso dos termos, e os diferentes contextos são constituídos por diferentes regras, que pautam o sentido das expressões linguísticas. Nas IF, portanto, a significação depende “das regras de uso seguidas nos diferentes contextos de vida” (Oliveira, 1996, p. 139). Wittgenstein desenvolveu a ideia de que as noções semânticas são normativas e de que essa normatividade é expressa na conduta dos falantes, deixando-nos uma pergunta em aberto, afinal, o que são as regras e o que significa segui-las, segundo as *Investigações*?

2.3.2 O que é seguir uma regra?

No jogo de linguagem, os seres humanos agem conforme regras que foram estabelecidas com os demais. As regras compõem um “quadro de referência intersubjetivo”, delimitando, por um lado, “as fronteiras das ações possíveis, estabelecidas comunitariamente”, deixando aos indivíduos, por outro lado, o espaço para as iniciativas (Oliveira, 1996, p. 144). Mesmo seguindo as mesmas regras,

ninguém joga do mesmo modo, observa o professor Oliveira (1996). A comunidade aparece, propriamente, no ato de jogar por meio do reconhecimento das regras e das funções que coordenam a ação do grupo social. Reconhecimento que não significa um processo mecânico, ao passo que a aplicação das regras dá-se na decisão do uso compartilhado em casos concretos (Oliveira, 1996; Wittgenstein, 1986).

As regras que emergem do processo de interação social distinguem-se das regras do *Tractatus*, que se baseavam no modelo do cálculo lógico e da notação simbólica pura. As dimensões simbólicas da linguagem ordinária não são puras, à medida que estão envolvidas no contexto de interação entre os agentes. Nas regras do cálculo, as linhas demarcatórias já estão previamente definidas, enquanto nos jogos de linguagem apenas o uso confere o sentido e demarca não definitivamente as fronteiras. É exatamente essa imprecisão que assegura certa flexibilidade ao jogo⁴⁷, de modo que “só na realização do jogo existem, realmente, as regras. É sabendo operar com as figuras do jogo que aprendemos suas regras” (Oliveira, 1996, p. 145; Wittgenstein, 1986). Wittgenstein colore, nos parágrafos 84 e 85 das *Investigações*, a imprecisão das regras no contexto dos jogos de linguagem:

84. Eu disse que a aplicação de uma palavra não é completamente delimitada por regras. Mas como seria um jogo que é completamente delimitado por regras, cujas regras nunca deixam a dúvida se infiltrar, mas tapam todas as rachaduras onde ela possa surgir? Não podemos imaginar uma regra determinando a aplicação de uma regra, e uma dúvida que remove — e assim por diante? (Wittgenstein, 1986, p. 39; 2009).

85. Uma regra está ali como uma placa de sinalização. A placa de sinalização não deixa nenhuma dúvida em aberto sobre o caminho que devo seguir? Ela mostra qual direção devo tomar quando passo por ela, seja pela estrada ou pela trilha ou atravessando o campo? Mas onde está escrito qual caminho devo seguir? (Wittgenstein, 1986, p. 39; 2009).

Mencionamos acima que ser uma atividade que pressupõe o uso de regras é um aspecto comum à linguagem e aos jogos. Normalmente, não usamos a linguagem de acordo com regras estritas e tampouco pensamos nas regras antes de usarmos as palavras na linguagem cotidiana (Wittgenstein, 1986). A aplicação das

⁴⁷ Por essa razão, existem os “casos anormais”, em que não sabemos o que dizer, ou, segundo as *Investigações Filosóficas*: “142. É somente em casos normais que o uso de uma palavra é claramente prescrito; sabemos, não temos dúvidas sobre o que dizer, neste ou naquele caso. Quanto mais anormal o caso, mais duvidoso se torna o que devemos dizer” (Wittgenstein, 1986, p. 56).

palavras não está totalmente coordenada por regras. Da mesma forma acontece com os jogos, à medida que eles não têm todas as ações controladas por regras; por exemplo, não há qualquer regra no futebol que tutele a força com que se pode chutar a bola. “Regra” é um termo que designa “semelhanças de família”⁴⁸ e que, portanto, abarca muitas coisas diferentes, porém, relacionadas entre si (Kenny, 1984; Wittgenstein, 1986).

Ao serem padrões de correção, as regras definem o que é falar com sentido. Caracterizam-se por serem gerais (à diferença dos comandos e das ordens), à medida que coordenam uma variedade ilimitada de ocorrências (Glock, 1998; Wittgenstein, 1986). Wittgenstein observa que há uma diferença entre a regra e a formulação da regra. Essa diferença é verificada entre “uma função normativa e a forma linguística utilizada para realizar essa função” (Glock, 1998, p. 312; Wittgenstein, 1986). “Seguir uma regra” é uma expressão linguística que aponta para uma realização prática; por esse motivo, o filósofo indica que acreditar seguir uma regra não é o mesmo que estar de fato seguindo-a.⁴⁹

Há uma variedade grande de sentenças que podem ser utilizadas para formular regras. Hacker observa que uma regra pode estar formulada em vários idiomas diferentes, em um cartaz, mostrando a distinção entre a regra e sua formulação. Considerando essa distinção, como também, que enunciamos as regras através de suas formulações, “então, podemos estar inclinados a raciocinar que o que uma regra é deve ser o que é expresso por formulações de regras” (Hacker, 2009a, p. 47). O autor observa que, nesse contexto, podemos nos sentir impelidos a afirmar que regras são entidades abstratas. Segundo Hacker (2009a), as respostas à indagação “o que é uma regra?”, tanto do nominalismo completo (identificação

⁴⁸ Nesse sentido, Hacker observa que, “refletindo sobre isso, Wittgenstein estava inclinado a repudiar qualquer exigência por uma *definição* de ‘regra’. O conceito de regra é um conceito de semelhança de família. Não há características comuns a todas as coisas que chamamos de ‘regras’, *em virtude das quais* as denominamos assim (PG 116f.). Pode haver características comuns, mas, se houver, elas não desempenham nenhum papel na determinação da correção ou incorreção do nosso uso de ‘regra’, em contraste com, digamos, ‘regularidade’, ‘hábito’, ‘costume’ etc., e nenhum papel na explicação de seu uso” (Hacker, 2009a, p. 48, grifos do autor).

⁴⁹ É o que indica o §202 das IF: “202. E, portanto, também ‘obedecer a uma regra’ é uma prática. E pensar que se está obedecendo a uma regra não é obedecer a uma regra. Portanto, não é possível obedecer a uma regra ‘privadamente’, caso contrário, pensar que se está obedecendo a uma regra seria a mesma coisa que lhe obedecer” (Wittgenstein, 1986, p. 81, grifos do autor; 2009). Hacker (2009b, p. 137) anota, nesse sentido, que: “[...] (a) é sempre possível distinguir a intenção de alguém de seguir uma regra de segui-la de fato, e (b) alguém acreditar sinceramente que está seguindo uma regra nunca garante logicamente que esteja. Se ele realmente segue a regra, requer que sua ação esteja em conformidade com ela, e isso não é determinado por ele acreditar no fato de que a seguiu”.

entre regra e formulação da regra) quanto do platonismo (entidades abstratas) possuem problemas (Hacker, 2009a). Acerca do platonismo, ele destaca que do fato de uma regra não ser uma entidade espaço-temporal, não se segue que seja não espaço-temporal. Desse modo, a pergunta “o que é uma regra?” deve ser substituída pelas indagações: “o que significa haver tal regra?” e “o que é para uma expressão ser a formulação de uma regra?”. Esses pontos determinam que se analisem os usos das expressões “regras” e “formulações de regras” (Hacker, 2009a).

Hacker (2009a) destaca “características familiares” entre regras e práticas governadas por regras. A primeira delas é o “aspecto da instrução”, que revela que o ensino de uma atividade governada por regras ocorre, normalmente, mediante o uso de sentenças como formulações de regras (“se a bola passar integralmente a linha da goleira, é gol”). Porém, não é necessário que durante a instrução todas as regras da atividade sejam formuladas (Hacker, 2009a). A segunda característica é o “aspecto definitório” das regras, que indica que elas definem ações - por exemplo, fazer um contrato (válido) de casamento define o que é “casar”. “Assim, elas geram formas de descrição e determinam a aplicabilidade ou inaplicabilidade de caracterizações correspondentes (normativas) de comportamento (por exemplo, ‘Ele rocou’)” (Hacker, 2009a, p. 50). A terceira característica é o “aspecto explicativo”, que explicita que a citação de regras é condição de inteligibilidade da descrição dos atos, no interior das práticas regidas por regras. Esse aspecto estabelece um padrão explicativo dos comportamentos dos sujeitos participantes da prática. Hacker (2009a) observa que perguntas da forma “Por que fulano fez isso?” apresentam na resposta uma explicação parcial ou total por meio das regras seguidas (“ele não fez a falta, pois seria expulso do jogo”). A quarta característica é o “aspecto preditivo”, que manifesta que o domínio de técnicas governadas por regras confere fundamentos para previsão de ações. A explicação das ações tem como pressuposto a existência de regularidades nas condutas dos participantes da prática regida por regras (o exemplo do autor é que podemos prever que alguém fará o roque na próxima jogada, pois é um bom jogador de xadrez) (Hacker, 2009a). A quinta característica é o “aspecto da justificação”, que expressa que as regras são mencionadas para justificação e crítica das ações. Assim, posso justificar a minha ação apresentando a regra, ou utilizá-la como fundamento da crítica às ações que se desviaram dela. A sexta característica é o “aspecto avaliativo”, que estabelece as

regras como padrões de correção dos comportamentos, medindo-os como certos ou errados. A avaliação normativa estará sujeita à natureza da atividade (“legal ou ilegal”, “válido ou inválido”). Hacker (2009a) denomina esses aspectos como “atividades normativas” (ensinar, explicar, justificar e criticar, avaliar e definir atividades regidas por regras), que se constituem como “a estrutura da possibilidade de seguir uma regra” (Hacker, 2009a, p. 52).

Wittgenstein (1986) ressalta que a mera regularidade do comportamento distingue-se do seguimento de regras, já que o comportamento regular não é suficiente para diferenciá-lo de regularidades naturais (por exemplo, o movimento dos planetas), ou de ações humanas que estejam não intencionalmente conformes a uma regra. A regra deve ser parte da razão de um agente para realizar determinado ato, e não apenas uma causa⁵⁰ (Glock, 1998; Wittgenstein, 1986). Não que o agente necessite pensar na formulação da regra ou consultá-la, pois “basta que lhe seja possível apresentá-la, para justificar ou explicar esse ato. Isso exclui a ideia de regras que sejam completamente ignoradas pelo agente (como as regras invocadas no modelo do cálculo)” (Glock, 1998, p. 313; Wittgenstein, 1986).

O filósofo critica a ideia de que compreender uma regra seja um processo ou estado mental que serviria de base à aplicação das palavras. No §199 das IF, observa que “compreender uma linguagem significa dominar uma técnica”, portanto, somos ensinados, treinados a compreender as regras da linguagem na prática de uso dos termos. No mesmo parágrafo, o autor refere que uma regra não pode ter sido seguida uma única vez por um único homem, pois seguir uma regra são costumes, instituições, ou seja, práticas sociais (Wittgenstein, 1986).⁵¹

⁵⁰ “217. ‘Como sou capaz de obedecer a uma regra?’ — se essa não é uma questão sobre as causas, então é sobre a justificativa para eu seguir a regra da maneira como a sigo. Se esgotei as justificativas, cheguei ao fundo do poço e minha pá está torta, então, estou inclinado a dizer: ‘isso é simplesmente o que eu faço’ (lembre-se de que às vezes exigimos definições não por causa de seu conteúdo, mas por causa de sua forma. Nossa exigência é arquitetônica, a definição, uma espécie de cobertura ornamental que não suporta nada.)” (Wittgenstein, 1986, p. 85, grifos do autor; 2009).

⁵¹ O texto do §199 das IF é importante: “199. O que chamamos de ‘obedecer a uma regra’ é algo que seria possível para apenas *um* homem fazer, e fazer apenas *uma vez* na vida? — essa é, naturalmente, uma observação sobre a *gramática* da expressão ‘obedecer a uma regra’. Não é possível que tenha havido apenas uma ocasião em que alguém obedeceu a uma regra. Não é possível que tenha havido apenas uma ocasião em que um relatório foi feito, uma ordem dada ou compreendida, e assim por diante. Obedecer a uma regra, fazer um relatório, dar uma ordem, jogar uma partida de xadrez são costumes (usos, instituições). Compreender uma frase significa compreender uma linguagem. Compreender uma linguagem significa dominar uma técnica” (Wittgenstein, 1986, p. 80-81, grifos do autor; 2009).

No §219 das *Investigações*, Wittgenstein (1986) delinea que ao seguirmos uma regra, o fazemos cegamente, isto é, selada a regra com um determinado sentido, deixamos de ter escolha. A regra demarca as linhas de sua execução. Assim, anota o filósofo que “quando eu sigo a regra, não escolho. Eu sigo a regra *cegamente*” (Wittgenstein, 1986, p. 85, grifo do autor). Esse aspecto está vinculado com o que dissemos acima sobre a compreensão de a regra não ser um processo ou estado mental, mas uma execução prática. Conforme o §154 das IF, Wittgenstein observa que “compreender” não é um processo mental, além de que o pensar dessa forma pode ser fonte de confusão. Compreender é dominar uma técnica (§150). Somos treinados a compreender as formas de vida, tal como elas articulam os contextos práticos (concordância nas formas de vida, §241). Do mesmo modo, somos treinados a seguir cegamente, sem escolhas, as regras da linguagem (Wittgenstein, 1986).

No §198 das IF, Wittgenstein (1986) aborda o tema da conexão entre regras e ações, analisando duas soluções opostas ao problema, a saber, a “platônico-formalista” e a “cética”. A posição platônico-formalista sustenta a ideia de que as regras são como trilhos para o agir, configurando-se como independentes do pensar e fazer humanos, “cuja apreensão do significado é suficiente para determinar a sua correta aplicação” (Dall’agnol, 2011, p. 86). Portanto, nessa concepção, regras e ações existem de modo separado umas em relação às outras, alijando o *uso* que se faz das regras de sua constituição (alijando aquilo que, propriamente, confere vida ao signo, dirá Wittgenstein). Dessa forma, captar o que a regra determina depende da apreensão correta de seu significado. Nesse contexto, o platonismo formalista acerca das regras sustenta que a sua aplicação é irrelevante, à medida que os casos possíveis de aplicação já estão definidos de antemão pela própria regra (“os trilhos arrastam os agentes pelo caminho”) (Dall’agnol, 2011).⁵² É válido notar que, ao abstrair o que é feito concretamente pelos seres humanos (“trilhos que existem independentemente”), as regras deixam de ser guia às condutas nos casos concretos. Por essa razão, o cético não aceita a concepção platônica, tendo em vista que ela não entrega a objetividade projetada (Dall’agnol, 2011).

⁵² A comparação da regra com trilhos está no parágrafo 218 das *Investigações*: “218. De onde vem a ideia de que o início de uma série é uma seção visível de trilhos invisivelmente dispostos até o infinito? Bem, poderíamos imaginar trilhos em vez de uma regra. E trilhos infinitamente longos correspondem à aplicação ilimitada de uma regra” (Wittgenstein, 1986, p. 85).

Wittgenstein não apenas não pensa que a visão platônica seja simplesmente falsa, mas admite que o que ela parece querer dizer é correto. É certo afirmar que o critério de aplicação da norma é dado pela própria regra e não por algo *externo* a ela. O que acontece é que o platônico diz isso a partir de um fundamento metafísico. A imagem dos trilhos, que pode ser usada para descrever as práticas cotidianas de seguir regras, foi reificada pelo platônico, e isso produziu um mito. A imagem dos trilhos não pode ser tomada como uma hipóstase (Dall'agnol, 2011, p. 88, grifo do autor).

O ceticismo acerca de regras recusa a concepção platônica e sustenta que ou as regras não existem ou é impossível conhecê-las (haverá sempre múltiplas interpretações, o que inviabiliza a objetividade na aplicação das regras). Nesse contexto, anota a segunda proposição do §198 das IF: “tudo o que eu faço está, segundo alguma interpretação, de acordo com a regra” (Wittgenstein, 1986, p. 80). Ou seja, se toda conduta pode estar em conformidade com qualquer regra, então não há uma regra que possa ser o guia da conduta.

Wittgenstein (1986) também rejeita a posição cética. Afinal, como afirma a terceira proposição do §198: “não é isso que deveríamos dizer, mas sim: qualquer interpretação ainda fica suspensa no ar junto com o que interpreta, e não pode lhe dar nenhum suporte” (Wittgenstein, 1986, p. 80). O autor ultima a rejeição na proposição subsequente: “as interpretações por si só não determinam o significado” (Wittgenstein, 1986, p. 80). Na continuação do parágrafo, Wittgenstein recoloca a questão, estabelece que existe uma conexão entre regras e ação, e conclui que tal conexão repousa no treinamento para seguir regras. Portanto, a conexão verifica-se no hábito (Dall'agnol, 2011). Vejamos o texto wittgensteiniano:

198. [...] ‘Então, tudo o que eu fizer pode estar de acordo com a regra?’. Deixe-me perguntar: o que a expressão de uma regra — digamos, uma placa de sinalização — tem a ver com minhas ações? Que tipo de conexão existe aqui? Bem, talvez esta: fui treinado para reagir a esta placa de uma determinada maneira, e agora reajo a ela (Wittgenstein, 1986, p. 80, grifo do autor; 2009).

Na parte final do parágrafo 198, mais especificamente na última proposição, Wittgenstein (1986) oferece a solução final após a rejeição do platonismo-formalista e do ceticismo sobre regras: “pelo contrário, indiquei ainda que uma pessoa segue uma placa de sinalização apenas à medida que exista um uso regular de placas de sinalização, um costume” (Wittgenstein, 1986, p. 80). Portanto, a conexão entre regras e ações é um costume, uma prática humana. Importante destacar, também,

que o quadro de referências para compreender uma regra é o comportamento comum dos seres humanos – IF, §206⁵³.

Um último aspecto merece destaque antes de irmos adiante. Mencionamos ao longo desse tópico que Wittgenstein abandona o ideal de exatidão na linguagem na passagem do *Tractatus* às *Investigações*. Segundo o *Tractatus*, os objetos simples são determinados, e a linguagem deveria ser a sua cópia fiel. Como a linguagem ordinária é indeterminada, apelar-se-ia a uma linguagem artificial que seria modelo de exatidão. Entretanto, nas *Investigações*, isso não passa de um mito filosófico (Oliveira, 1996). Não faz sentido pensar-se em um ideal de exatidão plenamente desvinculado das situações concretas de uso da linguagem, tal como dispõe o §88 das IF.⁵⁴ Os contextos práticos determinam o significado das palavras,

⁵³ O §206 é deveras importante em nosso contexto argumentativo: “206. Seguir uma regra é análogo a obedecer a uma ordem. Somos treinados para isso, reagimos a uma ordem de uma maneira particular. Mas e se uma pessoa reage de uma maneira e outra de outra à ordem e ao treinamento? Qual das duas opções está correta? Suponha que você tenha chegado como explorador a um país desconhecido com uma língua que lhe seja bastante estranha. Em que circunstâncias você diria que as pessoas de lá deram ordens, entenderam-nas, obedeceram-lhes, rebelaram-se contra elas, e assim por diante? O comportamento comum da humanidade é o sistema de referência por meio do qual interpretamos uma língua desconhecida” (Wittgenstein, 1986, p. 82).

⁵⁴ Vejamos o texto do parágrafo: “88. Se eu disser a alguém ‘fique aqui aproximadamente’ — essa explicação não pode funcionar perfeitamente? E todas as outras também não podem falhar? Mas não é uma explicação inexata? Sim; por que não deveríamos chamá-la de ‘inexata’? Vamos apenas entender o que ‘inexato’ significa. Pois não significa ‘inutilizável’. E consideremos o que chamamos de explicação ‘exata’ em contraste com essa. Talvez algo como desenhar uma linha de giz ao redor de uma área? Aqui, percebemos imediatamente que a linha tem largura. Portanto, uma borda colorida seria mais exata. Mas essa exatidão ainda tem uma função aqui: o motor não está em marcha lenta? E lembre-se também de que ainda não definimos o que deve ser considerado como ultrapassar esse limite exato; como, com quais instrumentos, isso deve ser estabelecido. E assim por diante. Entendemos o que significa acertar um relógio de bolso na hora exata ou regulá-lo para ser exato. Mas e se fosse perguntado: essa exatidão é a exatidão ideal, ou quanto ela se aproxima do ideal? Claro, podemos falar de medições de tempo nas quais há uma exatidão diferente, e, como diríamos, maior do que na medição de tempo por um relógio de bolso; nas quais as palavras ‘acertar o relógio para a hora exata’ têm um significado diferente, embora relacionado, e ‘dizer as horas’ é um processo diferente, e assim por diante. Agora, se eu disser a alguém: ‘Você deveria vir jantar mais pontualmente, você sabe que começa exatamente a uma hora’ — não há realmente nenhuma questão de exatidão aqui? Porque é possível dizer: ‘Pense na determinação do tempo no laboratório ou no observatório, aí você vê o que ‘exatidão’ significa?’. ‘Inexato’ é, na verdade, uma reprovação, e ‘exato’ é um elogio. E isso equivale a dizer que o que é inexato atinge seu objetivo com menos perfeição do que o que é mais exato. Portanto, o ponto aqui é o que chamamos de ‘o objetivo’. Sou inexato quando não menciono nossa distância do sol em centímetros, ou indico a um marceneiro a largura de uma mesa em milímetros? Nenhum ideal único de exatidão foi estabelecido; não sabemos o que deveríamos imaginar sob esse título — a menos que você mesmo estabeleça o que deve ser chamado assim. Mas você achará difícil chegar a tal convenção, pelo menos qualquer uma que o satisfaça” (Wittgenstein, 1986, p. 41-42, grifos do autor; 2009). John Searle refere-se a esse ponto da filosofia de Wittgenstein: “a afirmação de que ‘oftalmologista’ significa médico de olhos não é uma afirmação que deva satisfazer aos critérios que os filósofos possam propor para sinonímia, mas, em compensação, todo o critério para sinonímia deve ser compatível com fatos como ‘médico de olhos’ é sinônimo de ‘oftalmologista’. Nem o recurso à noção de exatidão oferece aqui qualquer ajuda, pois, como

e, dessa forma, a significação não é estabelecida de modo definitivo e de antemão, mas, sim, a partir de semelhanças e parentescos entre as expressões. Nesse contexto, pode-se referir que a linguagem é de certa forma ambígua, ao passo que seus termos não têm um significado definitivo (Oliveira, 1996).

É no §71 das IF⁵⁵, propriamente, que Wittgenstein (1986) analisa a noção de “vagueza”. O filósofo o faz por meio do conceito de “bordas borradas/desfocadas” ou “margens indistintas” (“blurred edges”). Wittgenstein (1986) menciona Frege, que compara um conceito com uma área, cuja delimitação precisa é necessária para que se constitua efetivamente como uma área. Assim como um conceito não delimitado, tampouco é um conceito. Entretanto, para Wittgenstein (1986), a vagueza dos conceitos não deve ser vista como um mal a ser eliminado. Afinal, o que é exato em um contexto não o é em outro, isto é, a linguagem utilizada nos variados contextos não funciona com o mesmo referencial de exatidão (Wittgenstein, 1986).

O filósofo austríaco Waismann (1945) denominou essa vagueza essencial aos termos da linguagem ordinária como “textura aberta da linguagem”. Ele observa que, no máximo, é possível diminuir o âmbito da indeterminação dos conceitos empíricos e dos conceitos da linguagem ordinária, por meio da especificação de certas regras. Porém, excluir toda a textura aberta é impossível. Essa impossibilidade ocorre, pois o significado não é estabelecido de forma definitiva. Além disso, não se pode determinar de antemão regras para todos os casos. O professor Oliveira (1996, p. 131, grifos do autor) expressa que a possibilidade do “aparecimento de casos não

mostrou Wittgenstein, a exatidão depende dos propósitos que se tem; e relativamente aos propósitos pelos quais se empregam sinônimos, ‘oftalmologista’ é exatamente sinônimo de ‘médico de olhos’. O nosso filho, por exemplo, que sabe a significação de ‘médico de olhos’, mas não a de ‘oftalmologista’, pergunta-nos: ‘o que significa oftalmologista?’. Respondo-lhe que ‘oftalmologista’ significa médico de olhos. Não lhe dissemos, por acaso, exatamente o que ele queria saber?” (Searle, 1981, p. 18, grifos do autor).

⁵⁵ “71. Pode-se dizer que o conceito de ‘jogo’ é um conceito com bordas borradas [“blurred edges”, grifo nosso]. ‘Mas um conceito borrado é mesmo um conceito?’ Uma fotografia indistinta é a imagem de uma pessoa? É sempre uma vantagem substituir uma imagem indistinta por uma nítida? A imagem indistinta não é frequentemente a que precisamos? Frege compara um conceito a uma área e afirma que uma área com limites vagos não pode ser chamada de área. Isso presumivelmente significa que não podemos fazer nada com ela. Mas não faz sentido dizer: ‘fique mais ou menos ali?’ Suponha que eu estivesse com alguém em uma praça da cidade e dissesse isso. Ao dizer isso, não traço nenhum tipo de limite, mas talvez aponte com a mão — como se estivesse indicando um *local* específico. E é exatamente assim que se poderia explicar a alguém o que é um jogo. Dão-se exemplos e pretende-se que sejam tomados de uma maneira particular. Não quero, contudo, com isso dizer que ele deve ver nesses exemplos aquele aspecto comum que eu — por alguma razão — não consegui expressar, mas que ele agora deve *empregar* esses exemplos de uma maneira particular. Aqui, dar exemplos não é um meio *indireto* de explicar, na falta de um melhor. Pois qualquer definição geral também pode ser mal-interpretada. A questão é que é *assim* que jogamos o jogo (refiro-me ao jogo de linguagem com a palavra ‘jogo’)” (Wittgenstein, 1986, p. 34, grifos do autor; 2009).

previstos está sempre aberta: daí o termo ‘abertura dos conceitos’. Nossos conceitos são essencialmente abertos por admitirem a possibilidade de aplicação a casos não previstos”.

O tema da “textura aberta da linguagem” será abordado no próximo tópico da presente investigação. Assim, analisaremos certos aspectos da sua concepção desenvolvida por Waismann, como também, subsequentemente, a adaptação desses desenvolvimentos teóricos por Hart, especificamente, em sua obra principal, “The Concept of Law”.

2.3.3.1 Textura aberta da linguagem

Neste tópico, a presente investigação abordará alguns aspectos do problema da “textura aberta da linguagem”. Apontaremos que a origem da noção de “textura aberta da linguagem” encontra-se no trabalho “Verifiability” (1945), do filósofo Waismann (1896-1959). O texto de “Verifiability” apresenta tentativas de respostas ao núcleo do problema do Positivismo Lógico, isto é, ao “princípio verificacionista” (“o significado de uma proposição é o seu método de verificação”). Portanto, que apenas proposições empiricamente verificáveis têm significado. Demonstraremos a tese de Waismann de que expressões significativas e não problemáticas, tais como “cão” ou “ouro”, em situações anômalas requerem a modificação das definições desses termos e, assim, uma mudança na regra de inferência que legitima a afirmação de seu significado. Delinearemos por que a “textura aberta” indica uma deficiência na descrição empírica, ou seja, que uma descrição não pode ser verificada concludentemente. Mencionaremos a relação entre a “vagueza potencial” de Waismann e a “vagueza atual” de Russell. A vagueza atual pode ser resolvida por meio da explicitação de regras mais claras sobre o uso do conceito. A vagueza potencial ou textura aberta não pode, à medida que há a possibilidade de novos casos em que o uso de um conceito não foi previsto, não se sabendo, com certeza, se ele deve ou não ser aplicado. Apresentaremos a distinção fundamental que deve ser feita entre os termos utilizados de forma flutuante (“pilha”, “rosa”) e os termos que, embora sejam conceitos definidos precisamente (“ouro”, “gato”), podem ser afetados contextualmente pela indeterminação frente aos casos não previstos. Finalmente, trataremos do uso de conceitos gerais (ou “termos de classe”) no Direito, mirando a abordagem da seção subsequente.

O trabalho “Verifiability” (Waismann, 1945), do filósofo austríaco Friedrich Waismann (1896-1959), costuma ser referido como uma orientação conceitual decisiva sobre o capítulo sétimo da obra magna de Hart: “The Concept of Law”⁵⁶. Em “Verifiability”, Waismann apresenta a ideia de “textura aberta da linguagem”, aparentemente, sob o eco do escrito de Russell sobre a “vagueza atual” da linguagem. Enfim, a noção de textura aberta da linguagem lança ideias que serão “adaptadas” por Hart para o contexto da Teoria do Direito. Assim sendo, partiremos da análise filosófica em direção à abordagem jurídico-conceitual no escrito hartiano. Analisar-se-ão os textos de Waismann e de Hart, buscando elucidar a textura aberta da linguagem enquanto textura aberta do Direito nas notas de Hart.

A origem da noção de “textura aberta na linguagem”⁵⁷, portanto, remonta ao trabalho “Verifiability”, de Waismann. O texto de “Verifiability” apresenta algumas tentativas de respostas ao núcleo do problema do “Positivismo Lógico”, isto é, ao denominado “empirismo verificacionista”⁵⁸. O princípio verificacionista indica que o significado de uma proposição é o seu método de verificação. Portanto, que apenas proposições empiricamente verificáveis podem ter significado (Mora, 2004; Waismann, 1976).

Temos, então, que o conhecimento do significado de uma afirmação depende apenas de seu método de verificação, ou seja, do conhecimento das condições responsáveis por torná-la verdadeira, não dependendo de que a verificação seja efetivamente realizada. O critério de significatividade afirma que uma proposição carece de sentido se não puder ser verificada ou falsificada (a “referência” objetiva confere um valor de verdade às proposições). Portanto, se estabelece uma regra de inferência que torna legítima a passagem de um “enunciado sobre objetos a um enunciado em termos de dados sensíveis” (Mora, 2004, p. 225; Waismann, 1976)⁵⁹.

⁵⁶ “Uma última e ampla área da teoria do direito hartiana, que mostra o profundo impacto do trabalho contemporâneo da filosofia da linguagem, diz respeito à interpretação e aplicação do direito. Um tema saliente da filosofia de Wittgenstein, que teve ampla circulação por meio do artigo de Waismann, “Verifiability”, diz respeito a uma gama complexa de questões relativas à lacuna entre as regras e sua aplicação, à vagueza e à textura aberta dos conceitos. A textura aberta, na visão de Hart, é uma característica ineliminável da linguagem” (Hacker, 1977, p. 7, grifo do autor).

⁵⁷ A expressão *open texture* é a transposição para o inglês do termo alemão “Porosität der Begriffe” (porosidade dos conceitos), sugerida pelo Sr. Kneale, para a elaboração de Waismann. Conforme: Waismann (1976, p. 60).

⁵⁸ Sobre o “Círculo de Viena” ou Positivismo Lógico, conferir a introdução de Ayer (1981) à obra “El Positivismo Logico”, em que o autor apresenta um panorama geral desse movimento filosófico.

⁵⁹ Mora (2004) destaca: “para o empirismo verificacionista, a regra de inferência em questão constitui uma especificação do significado. Dita regra vem dada pela experiência. A expressão ‘a cadeira está frente ao armário’ requer a substituição dos elementos que representam objetos por elementos

Segundo Waismann (1976), os problemas para estabelecer uma regra de inferência entre enunciados acerca de objetos e enunciados acerca de dados sensíveis originam-se de uma característica que afeta aos conceitos empíricos: a textura aberta⁶⁰.

A tese de Waismann revela que expressões significativas e não problemáticas como “cão” ou “ouro”, em situações hipotéticas especialmente anômalas, requereriam a modificação das definições desses termos, solicitando, dessa forma, uma mudança na regra de inferência que legitima a afirmação de que são termos significativos e de qual é o seu significado (Alston, 1972; Waismann, 1976). Nas palavras do autor austríaco: “mas quando dizemos ‘o cão pensa’, criamos um novo contexto, saímos dos limites do discurso comum, e então surge a pergunta sobre o que significa essa série de palavras” (Waismann, 1976, p. 59). Devido à natureza empírica dos conceitos de que trata, não se pode fechar a passagem aos novos descobrimentos e situações em que esses conceitos estão envolvidos. Alston afirma que quando se forma um conceito, só se leva em consideração algumas espécies de situações; logo, o conceito só está investido contra certas contingências (Alston,

que representem dados sensíveis, que garantam a verificação. Nesse sentido, o empirismo verificacionista não é um tipo de realismo: não há contato com cadeiras ou armários” (Mora, 2004, p. 225, grifos da autora). Para uma elucidação (ao menos parcial) da relação entre objeto físico e dado sensível, Faria aponta que “de acordo com um argumento que, em diferentes versões, eles aplaudiram [Moore e Broad], o verbo *ver* não poderia ter o mesmo significado nesses dois empregos. Eu digo, por exemplo, que vejo o tomate que está sobre a mesa. Mas, bem consideradas as coisas, apenas uma parte de sua superfície ocupa meu campo visual: estritamente falando, isso é tudo o que (do tomate) é diretamente percebido. O tomate – o objeto físico – só é ‘visto’, portanto, em um sentido derivado de ver; o sentido originário do verbo seria aquele em que vejo a parte voltada para mim da superfície do tomate. É uma tarefa para a teoria do conhecimento examinar a relação entre esses dois sentidos, pois essa é relação que existe entre os conceitos de objeto físico e dado sensível (*sense-datum*)” (Faria, 2014, p. 202, grifos do autor, à exceção dos colchetes).

⁶⁰ Alston (1972), ao comentar o escrito de Waismann, afirma que, em “[...] certas espécies de termos, particularmente os substantivos que designam objetos físicos, existe uma fonte virtualmente inexaurível de indefinição, [...]” (Alston, 1972, p. 143). Nesse contexto, são fundamentais as palavras de Russell (2017): “os estímulos que por várias razões acreditamos serem diferentes produzem em nós sensações indistinguíveis. Não é claro se as sensações elas mesmas são às vezes idênticas em aspectos relevantes, mesmo quando os estímulos diferem em aspectos relevantes. O que está claro é que o conhecimento que podemos obter por meio de nossas sensações não é tão refinado quanto os estímulos dessas sensações. Nós não podemos ver a olho nu a diferença entre dois copos de água, dos quais um está saudável e o outro repleto de bacilos tifoide. Nesse caso, um microscópio habilita-nos a ver a diferença, mas, na ausência de um microscópio, a diferença apenas é inferida dos diferentes efeitos das coisas que são sensivelmente indistinguíveis. Esse é o fato de que as coisas as quais nossos sentidos não distinguem produzem efeitos diferentes – como, por exemplo, um copo de água causa febre tifoide enquanto o outro não. Isso nos leva a considerar que o conhecimento derivado dos sentidos é vago. E a vagueza do conhecimento derivado dos sentidos infecta todas as palavras em cujas definições há um elemento sensível. Isso inclui todas as palavras que contêm constituintes geográficos ou cronológicos, tais como ‘Julius Caesar’, ‘o século vinte’ ou ‘o sistema solar’” (Russell, 2017, p. 266, grifos do autor).

1972). Assim, Waismann (1976) conclui que sempre estará aberta a possibilidade de que as definições dos termos tenham de ser modificadas, conforme o sentido do descobrimento ou do que a nova situação solicite. Não se pode fechar o caminho a toda dúvida possível, e nisso consiste a textura aberta dos conceitos.

A textura aberta indica uma deficiência essencial que a descrição empírica possui. Portanto, indica que uma descrição não possa ser verificada concludentemente (verificação conclusiva às afirmações sobre objetos materiais). Esse aspecto supõe que o conhecimento factual seja sempre incompleto. Afinal, “nossos conceitos empíricos não estão delimitados em todas as direções possíveis” (Waismann, 1976, p. 61), isto é, as definições dos termos cujo significado é um conceito empírico não funcionam como um conjunto de condições necessárias e suficientes do uso desses termos (Mora, 2004; Waismann, 1976). Acerca dessa questão, Warat (1984, p. 76) dispõe que “[...] os significados na linguagem natural apresentam uma significação incompleta se os analisamos exclusivamente em nível da sua significação de base”⁶¹. Devido a essa condição, os termos da linguagem natural têm de ser determinados de modo mais preciso em uma abordagem pragmática da linguagem. Relativamente a sua significação de base, porém, os vocábulos que constituem a linguagem natural possuem, em geral, propriedades designativas e denotativas, que indicam a inviabilidade de uma significação plena. Warat (1984, p. 76) conclui que

as incertezas designativas/denotativas dos termos da linguagem natural são estudadas pela Filosofia da Linguagem Ordinária como problemas de vagueza e ambiguidade dos termos gerais. A vagueza deve ser vista como um problema predominantemente denotativo. A ambiguidade, como um problema essencialmente designativo⁶².

Com efeito, a “vagueza potencial” de Waismann, aparentemente, está relacionada à noção de “vagueza atual” de Russell, que foi um dos pioneiros na abordagem dos problemas decorrentes da vagueza na linguagem natural. Ele expõe

⁶¹ “[...] um termo possui dois níveis básicos de significação: o significado de base e o significado contextual. O primeiro é aquele que reconhecemos no plano teórico quando abstraímos a significação contextual e consideramos o sentido congelado, a partir dos elementos de significação unificados por seus vínculos denotativos. O segundo pode ser entendido como o efeito de sentido derivado dos processos efetivos da comunicação social” (Warat, 1984, p. 65).

⁶² Warat assinala que as definições podem ser designativas e denotativas. As definições designativas são as elaboradas pelo procedimento de enumeração das propriedades que podem ser derivadas de um termo. Por outro lado, as definições denotativas são “as constituídas por intermédio da explicitação dos exemplares que podem integrar a denotação ou extensão de um termo” (Warat, 1984, p. 55).

que a vagueza é, de fato, uma propriedade dos termos e não dos objetos representados. Segundo a tese de Russell (2017), na representação exata, um sistema de termos está relacionado com outro sistema de termos, de modo que existe uma relação um a um entre os termos de cada um dos sistemas⁶³.

A textura aberta está vinculada ao caráter mais ou menos geral de um conceito. Essa propriedade repercute de modo distinto em relação à vagueza atual e à vagueza potencial. Na vagueza atual, o conceito é geral em relação a outros que se poderiam conformar, e tem-se consciência disso: sabe-se que não é devidamente preciso. Na vagueza potencial, o conceito que em certa prática de uso não era geral ou pouco preciso, pode ser qualificado como impreciso em virtude de novas circunstâncias (Russell, 2017; Waismann, 1976). Russell (2017) explica que a extensão da vagueza não se limita aos conceitos empíricos, pois incide também nos conceitos lógicos, ao passo que estão condicionados pelas noções de “verdadeiro” e de “falso”. Essa condição, portanto, revela que a vagueza penetra até mesmo nos conceitos lógicos puros. Nas palavras de Russell (2017, p. 266-267, grifos do autor):

[...] palavras como ‘ou’ e ‘não’ podem parecer, à primeira vista, ter um significado perfeitamente preciso: ‘p ou q’ é verdadeiro quando ‘p’ é verdadeiro, quando ‘q’ é verdadeiro, e falso quando ambos são falsos. Mas o problema é que isso envolve as noções de ‘verdadeiro’ e ‘falso’, e com isso descobriremos, penso eu, que todos os conceitos da lógica envolvem essas noções, direta ou indiretamente. Ora, ‘verdadeiro’ e ‘falso’ só podem ter um significado preciso quando os símbolos empregados – palavras, percepções, imagens ou seja lá o que for – são eles mesmos precisos. Vimos que, na prática, isso não é o caso. Daí se segue que todas as proposições que possam ser concebidas na prática têm um certo grau de

⁶³ Segundo o texto de Russell (2017), grande parte dos problemas filosóficos reside na “relação entre o que significa (*what means*) e o que é significado (*what is meant*)” (Russell, 2017, p. 263, grifos do autor). A análise dessa relação indica que toda linguagem é vaga. Nesse sentido, complementa Russell: “a vagueza, em uma ocorrência cognitiva, é uma característica da sua relação com aquilo que é conhecido, e não uma característica da ocorrência em si mesma. É perfeitamente óbvio, uma vez que as cores formam um ‘continuum’, que há tons de cor a respeito dos quais podemos ter dúvidas sobre se os chamamos de vermelho ou não, não por sermos ignorantes acerca do significado da palavra ‘vermelho’, mas porque ela é uma palavra cuja extensão é essencialmente incerta. Isso, é claro, é a resposta ao velho enigma sobre o homem que ficou careca. Supõe-se que no início ele não era careca, que ele perdeu seus cabelos um a um, e que no fim ele ficou careca; no entanto, argumenta-se que deve ter havido um fio de cabelo cuja perda converteu-o em um homem careca. Isso, certamente, é absurdo. Calvície é um conceito vago; alguns homens são certamente carecas, outros, certamente não, enquanto entre eles há homens dos quais não é verdadeiro dizer que sejam ou não carecas. A lei do terceiro excluído é verdadeira quando são empregados símbolos precisos, mas não quando são empregados símbolos vagos, como, de fato, todos os símbolos são. Todas as palavras que denotam qualidades sensíveis têm o mesmo tipo de vagueza que pertence à palavra ‘vermelho’. Essa vagueza existe, embora em menor grau, nas palavras quantitativas as quais a ciência tentou fazer maximamente precisas, tais como um metro ou um segundo” (Russell, 2017, p. 264-265, grifos do autor).

vagueza; isto é, não há um fato definido, necessário e suficiente, para a sua verdade, mas uma certa região de possíveis fatos, cada um dos quais podendo torná-las verdadeiras. E essa região é, ela mesma, mal definida: não se pode atribuir a ela uma fronteira definida. Essa é a diferença entre vagueza e generalidade. Uma proposição envolvendo um conceito geral – por exemplo, ‘Isto é um homem’ – pode ser verificada por um número de fatos, tais como ‘Isto’ se referir a Brown ou a Jones ou a Robinson. Mas se ‘homem’ fosse uma ideia precisa, o conjunto de possíveis fatos que dariam conta da verificação de ‘Isto é um homem’ seria muito definido. Não obstante, uma vez que a concepção ‘homem’ é mais ou menos vaga, é possível descobrir espécimes pré-históricos acerca dos quais não há, mesmo na teoria, uma resposta definida para a pergunta: ‘Isto é um homem?’. Aplicada a tais espécimes, a proposição ‘isto é um homem’ não é definitivamente verdadeira nem definitivamente falsa. Levando-se em conta que todas as palavras não lógicas têm esse tipo de vagueza, segue-se que as concepções de verdade e falsidade, enquanto aplicadas a proposições compostas por, ou contendo palavras não lógicas são elas mesmas mais ou menos vagas. Uma vez que as proposições que contêm palavras não lógicas são a base sobre a qual as proposições lógicas são construídas, segue-se que também as proposições lógicas, até onde podemos saber, tornam-se vagas pela vagueza de ‘verdadeiro’ e ‘falso’.

Em outros termos, constata-se certa zona de incerteza quando ocorrem dúvidas quanto ao fato de o objeto ou situação pertencerem ou não à denotação. É exatamente nessa zona de incerteza que exsurge o problema da vagueza. Portanto, a vagueza atual pode ser resolvida pela explicitação de regras mais claras sobre o uso do conceito (Russell, 2017). A vagueza potencial ou textura aberta não pode, pois se faz possível a existência de novos casos em que o uso de um conceito não foi previsto e, assim, não se sabe com certeza se ele deve ser aplicado (Waismann, 1976). Conforme a análise apresentada em “Verifiability”, essa condição implica que se adicionem novos elementos ou características visando à conformação da regra de inferência ou definição, e esse processo pode prolongar-se indefinidamente⁶⁴ (Waismann, 1976).

⁶⁴ Com relação à aplicação de um termo, afirma Warat (1984, p. 77, grifos do autor) que “a decisão é meramente convencional. [...] Assim, de um modo geral, teremos um problema de vagueza quando, a partir das regras de uso, não se pode definir com exatidão os critérios de aplicabilidade denotativa, devendo-se recorrer a decisões auxiliares. [...] existem termos que se referem a situações em que o tempo e o espaço as vão alterando. Esses termos chamam-se ‘contínuos’”. Os termos contínuos não são a única classe de termos a estar condicionada pela imprecisão. Verifica-se, também, “quando se pretende aplicar o termo a situações ou objetos que não exibem todas as características designativas explicitadas pelas regras de uso. Aliás, tais regras não subministram propriedades designativas que possam ser consideradas ‘condições necessárias suficientes’ para a aplicabilidade denotativa de um termo. Necessita-se, nesse caso, de uma decisão designativa auxiliar (definição aclaratória), que não elimina os problemas da vaguidade, pois suas propriedades

O trabalho de Waismann (1976) questionou o método verificacionista, no que se refere à consideração de expressões com significado. Além disso, pressupôs uma crítica à epistemologia fundacionalista do empirismo verificacionista, ou seja: “a possibilidade de estabelecer a certeza do conhecimento no entendimento a priori, que poderia brindar a lei de causalidade, fica comprometida, visto que nada obriga a natureza a ajustar-se à referida lei” (Mora, 2004, p. 228; Waismann, 1976). A proposta de Waismann pressupõe a negação da ideia de que existam condições necessárias para que se obtenha o conhecimento do mundo exterior. Assim, indica a textura aberta dos termos “realidade” e “conhecimento”: “há alguma condição necessária que deve ser preenchida se quisermos atingir o conhecimento do mundo externo? [...]. Deixe-me começar com algumas observações sobre os termos ‘realidade’ e ‘conhecimento’” (Waismann, 1976, p. 81, grifos do autor).

A crítica de Waismann (1976) sustenta-se graças a um pressuposto dogmático do empirismo verificacionista que o próprio filósofo apoiava, isto é, as transformações importantes ou as novas circunstâncias obrigam a mudança na regra de inferência para atribuir sentido às expressões. Determinam, ainda, que “a direção na qual a modificação deve ser produzida origine-se de uma variação no que ocorre de fato: conhecem-se dados novos nunca antes pensados” (Mora, 2004, p. 225). Esse aspecto está “vinculado à suposição de que o vocabulário existente permanece determinado pelas regras antigas e que são esses termos e conceitos os que se modificam” (Mora, 2004, p. 225).

A análise desenvolvida centrou atenção nas reflexões filosóficas de Russell e Waismann sobre os temas da vagueza atual e da vagueza potencial ou textura aberta. A opção pela abordagem focada nessas reflexões possuiu duas razões. Primeiramente, devido à recepção que Hart conferiu ao tema na Teoria do Direito, isto é, sob a ótica da textura aberta da linguagem enquanto textura aberta do Direito. Nesse sentido, o texto de “Verifiability” é considerado importante na elaboração teórica de Hart, estando referenciado, inclusive, em “The Concept of Law”. Em segundo lugar, o trabalho de Russell, que foi publicado originalmente em 1923, mereceu a nossa atenção devido à proximidade temática com o escrito de

designativas também são vagas. As regras de uso não proporcionam propriedades designativas precisas, pelo fato de que nenhuma linguagem pode prever o surgimento de situações ou objetos inéditos, Waismann chama a possibilidade de incorporar a denotação de um termo às situações inéditas de ‘textura aberta da linguagem’” (Warat, 1984, p. 77, grifos do autor).

Waismann, o que nos provocou reunir os escritos como uma referência essencial desse debate.

Há um ponto sobre o problema da vagueza na linguagem que deve ser destacado: a distinção que deve ser feita entre os termos utilizados de forma flutuante (“pilha”, “rosa”) e que são vagos e os termos que, embora sejam conceitos definidos precisamente (“ouro”, “gato”), podem ser afetados contextualmente pela textura aberta frente aos casos insólitos, anômalos ou não previstos (Waismann, 1976). O próprio Waismann (1976) observou essa condição em *Verifiability*: “a vagueza pode ser remediada fornecendo-se mais regras precisas, mas a textura aberta ou possibilidade da vagueza não pode” (Waismann, 1976, p. 62).

Waismann abordou uma característica do processo de classificação por conceitos gerais e suas consequências epistemológicas para o empirismo verificacionista. Essa é a característica que Hart “resgatou para caracterizar o uso de conceitos gerais (ou termos de classe) no Direito” (Mora, 2004, p. 231). No discurso do Direito, tal como ocorre nos discursos prescritivos em geral, a textura aberta implica a dificuldade de se estabelecer se determinado caso concreto está previsto no caso padrão abstrato (articulado em termos gerais). A indeterminação da aplicação dos padrões gerais aos casos concretos faz com que eles sejam referidos como “casos-limite” ou “zonas de penumbra”, verificando-se, no caso do Direito, quando a regra formulada verbalmente - “[...] em princípio – não permite decidir se uma determinada disposição da lei foi, ou não, violada ou se essa situação de fato tem, ou não, de receber uma determinada qualificação jurídica” (Luzatti, 1999, p. 404).

Nesse sentido, a influência de Waismann em Hart passou pela inevitável “surpresa” que produzem as transformações, não nos descobrimentos de avanços científicos, mas na vida social que o Direito governa. Mora destaca que “a incapacidade humana de prever o futuro parece estar na base da impossibilidade de desenvolver linguagens mais precisas” (Mora, 2004, p. 231). Daí o capítulo sétimo (“Formalismo e Ceticismo acerca das Regras”), da obra magna de Hart, ter como ponto de partida o problema da textura aberta do Direito. No horizonte deste trabalho, faz-se importante analisarmos certas questões que surgem de as regras serem constituídas em termos classificatórios gerais. Após delineararmos essas questões, poderemos analisar o papel das regras na lógica de funcionamento do Direito (“gramática das regras jurídicas”). No próximo tópico, portanto,

desenvolveremos a textura aberta do Direito, analisando a argumentação do texto de Hart.

2.3.3.2 Textura aberta do direito⁶⁵

Neste tópico, adentraremos o texto de Hart a partir do ganho que as análises da textura aberta da linguagem forneceram, a saber, que a classificação por termos gerais em uma linguagem empiricamente referida tem casos claros, mas também tem zonas de penumbra. Como as regras são constituídas por termos gerais, então, devemos perguntar: como as regras são afetadas pela textura aberta da linguagem? Hart denominou o fenômeno como “textura aberta do Direito”. E descrevê-lo será o nosso mote nas próximas páginas. Nesse contexto, apresentaremos os dois expedientes principais que o Direito utiliza, visando à comunicação dos padrões gerais de conduta: a “legislação”, que se utiliza ao máximo dos termos gerais, bem como os “precedentes”, que fazem uso mínimo dos termos gerais classificatórios. Mostraremos como Hart equaciona o problema de que as situações particulares não carregam a “etiqueta” da regra geral a ser aplicada durante a sua ocorrência. Enfim, há casos simples que surgem em contextos parecidos, em que há acordo geral quanto à aplicabilidade dos termos classificatórios. Por outro lado, a indeterminação dos casos de fronteira implicará, no contexto do Direito, “discrecionabilidade” para o

⁶⁵ Pascua (2021, p. 124, Nota 133, grifos do autor) anota linhas importantes sobre a evolução do tema da “textura aberta do Direito” nos escritos de Hart: “Neste tema, adverte-se uma modificação no pensamento de Hart. Nas primeiras obras em que aborda a problemática da textura aberta do Direito (‘Theory and Definition in Jurisprudence’, cit., pp. 258-264, e ‘El positivismo y la separación entre el Derecho y la moral’, cit., pp. 25-27), encontrava Hart a vagueza, a porosidade, nos termos, nas palavras (talvez, porque seguia muito próximo da formulação de Waismann). Esta ideia foi criticada agudamente por L.L. FULLER, ‘Positivism and Fidelity to law – A Reply to Professor Hart’, , *HLR*, vl. 71, 1957-1958, pp. 662 ss., manifestando que a interpretação de um texto jurídico requer tomar em conta a *estrutura global e o propósito do mesmo*, e não cada palavra singular. Ou seja, seria uma questão de desconsiderar não o significado das palavras, mas o espírito da regra. A isso responde Hart em *CL*, pp. 155 e ss., ao mesmo tempo em que qualifica a responsabilidade como exclusivamente devida à imprecisão das palavras, que os cânones de interpretação não podem eliminar, embora possam reduzir as incertezas, por se tratarem também de regras gerais que exigem interpretação. Todavia, em seu artigo ‘Problems of the Philosophy of Law’, cit., pp. 88-119, mantém-se em sua posição anterior, mas, ao mesmo tempo, reconhece que ‘os significados das palavras podem ser claramente controlados por referência ao propósito da promulgação da lei’ (p. 106). Já em ‘American Jurisprudence through English Eyes: the Nightmare and the Noble Dream’, *Georgia Law Review*, vol. 11, 1977, pp. 969-989, nota-se o desaparecimento das hesitações e a adoção da nova atitude. Finalmente, na introdução dos *Essays...*, loc. Cit., pp. 7-8, termina Hart por reconhecer o acerto da crítica de Fuller, aceitando que a indeterminação das normas jurídicas não depende somente da indeterminação das palavras usadas em sua formulação. Insiste, contudo, em afirmar que o Direito não é um sistema completo e sem lacunas, que possa responder a todos os problemas possíveis sem necessidade de que os juízes exerçam a sua discrecionabilidade”.

aplicador da regra geral, como veremos adiante. Os casos fronteiriços que serão incertos quanto à aplicação do Direito possuirão o que Hart designou como textura aberta.

Delinearemos o vínculo entre o ideal de que as regras esquadrihassem todos os detalhes fáticos e possuíssem respostas aos problemas antecipadamente com a “nossa relativa ignorância de fato” e com a “nossa relativa indeterminação de finalidade” (Hart). Destacaremos a tentativa do formalismo (conceitualismo) jurídico de superar o problema da textura aberta da classificação em termos gerais, pela via de um significado fixo aos termos em todos os casos de sua utilização. Hart alega que a discricionariedade na aplicação da regra geral aos casos particulares fronteiriços tentou ter a amplitude diminuída por meio das elaborações teóricas do formalismo. Finalmente, analisaremos o “ceticismo sobre regras”, que estabelece a (estranha) tese de que as regras podem não ocupar o lugar central em um ordenamento jurídico. Desse modo, explicitaremos a ideia de que a juridicidade de uma regra depende de que ela seja aplicada pelos tribunais. Demonstraremos, ainda, que Hart constrói uma posição “intermediária” entre formalismo e ceticismo, ao se beneficiar das correções que dirige a ambas.

2.3.3.2.1 Regras: termos classificatórios gerais

No primeiro capítulo do livro “The Concept of Law”⁶⁶, Hart recoloca a pergunta sobre a natureza geral do Direito.⁶⁷ O tema organiza-se desde três questões

⁶⁶ Utilizamos a edição portuguesa da Fundação Calouste Gulbenkian (3ª ed.) e a edição em inglês da Oxford Clarendon Press (reimpressão de 1972).

⁶⁷ Nos termos de Hart (2001): “há, claro, muitos outros tipos de definição, além da forma tradicional muito simples que debatemos, mas parece nítido, quando recordamos a natureza das três questões principais que identificamos como subjacentes à questão recorrente ‘O que é o direito?’, que nada de suficientemente conciso, susceptível de ser reconhecido como uma definição podia lhe dar resposta satisfatória. As questões subjacentes são demasiado diferentes umas das outras e demasiado fundamentais para serem capazes desse tipo de resolução. A história das tentativas para dar definições concisas mostrou isso. Contudo, o instinto que frequentemente reconduziu essas três questões conjuntamente a uma única pergunta ou pedido de definição não foi mal-orientado; porque, como mostraremos no decurso deste livro, é possível isolar e caracterizar um conjunto central de elementos que formam uma parte comum da resposta a todas as três questões. Quais são esses elementos e por que razão merecem o importante lugar que lhes está reservado neste livro, isso se evidenciará melhor, se considerarmos primeiramente em detalhe as deficiências da teoria que tanto tem dominado a ciência jurídica inglesa, desde que Austin a expôs. Essa teoria consiste na pretensão de que a chave da compreensão do direito encontra-se na noção simples de uma ordem baseada em ameaças, que o próprio Austin denominou ‘comando’” (Hart, 2001, p. 21, grifos do autor). No original: “There are of course many other kinds of definition besides the very simple traditional form which we have discussed, but it seems clear, when we recall the character of the three main issues which we have identified as underlying the recurrent

fundamentais que projetam, correspondentemente, as três partes principais da obra⁶⁸ (Hacker, 1977; Hart, 2001; Ross, 1994). A primeira interrogação visa a esclarecer até que ponto faz-se possível compreender o Direito como ordens/comandos do soberano respaldados por sanções (Austin)⁶⁹ (Hart, 2001; Arguelles, 1984; Hacker, 1977; MacCormick, 2010).

A segunda questão busca delimitar o que são as regras e em que medida o Direito é um tema voltado às regras, isto é, Hart aponta as diferenças entre regras primárias e regras secundárias, ou seja, entre regras que impõem deveres e as que conferem poderes (Hart, 2001; Hacker, 1977; Arguelles, 1984; MacCormick, 2010). Além disso, sob a influência de Winch (1970, p. 116): “A ideia de uma Ciência Social e sua relação com a Filosofia”, Hart sustenta uma perspectiva interna em sua descrição do sistema jurídico, como também uma abordagem desde o aspecto interno das regras.⁷⁰ Destaca Winch (1970, p. 116) que “se as relações sociais entre os homens existem somente nas e pelas ideias que têm, então, desde que as relações entre ideias são relações internas, as relações sociais devem ser também uma espécie de relação interna”. Destacaremos esse ponto no próximo capítulo.

Por fim, a terceira parte da obra hartiana questiona acerca da conexão entre o Direito e a moral e, assim, em que medida as obrigações jurídicas estão relacionadas às obrigações morais ou são distintas dessas (Hart, 2001; Arguelles, 1984; MacCormick, 2010; Ross, 1994). Este trabalho está relacionado à segunda questão enumerada, posto que o percurso conceitual que estamos apresentando

question ‘What is law?’, that nothing concise enough to be recognized as a definition could provide a satisfactory answer to it. The underlying issues are too different from each other and too fundamental to be capable of this sort of resolution. This the history of attempts to provide concise definitions has shown. Yet the instinct which has often brought these three questions together under a single question or request for definition has not been misguided; for, as we shall show in the course of this book, it is possible to isolate and characterize a central set of elements which form a common part of the answer to all three. What these elements are and why they deserve the important place assigned to them in this book will best emerge, if we first consider, in detail, the deficiencies of the theory which has dominated so much English jurisprudence since Austin expounded it. This is the claim that the key to the understanding of law is to be found in the simple notion of an order backed by threats, which Austin himself termed a ‘command’” (Hart, 1972, p. 16, grifos do autor).

⁶⁸ Hacker (1977, p. 4) destaca o ponto: “Hart identifica três questões recorrentes que se unem na busca por uma definição de Direito. Essas são: (1) a natureza vinculante do Direito que torna a conduta obrigatória; (2) as diferenças entre direito e moralidade que se sobrepõem em conteúdo, conceitos e valores; (3) a natureza filosoficamente desconcertante das regras e seu papel nas atividades sociais e legais. A resolução dessas três questões gerais, afirma Hart, tem sido o principal objetivo da maioria das especulações sobre a natureza do Direito”.

⁶⁹ Em sua “Teoria das Fontes do Direito”, Ross apresenta um panorama da Teoria do Direito de Austin (Ross, 2007, p. 137-162).

⁷⁰ Anota Winch (1970, p. 110) que “[...] todo comportamento significativo deve ser social, visto que ele só pode ser significativo se governado por regras, e as regras pressupõem um contexto social”.

explicitou a textura aberta da linguagem como um traço essencial das regras formuladas em termos gerais. Desse modo, estrutura-se como uma reflexão sobre determinado aspecto da natureza das regras. Esse tema remete ao capítulo sétimo do livro de Hart.

Hart (2001) afirma que a existência do Direito está condicionada pelos padrões gerais de conduta expressos em regras gerais. É importante especificar que se está concebendo-o como o principal instrumento de ordenação social. O sucesso dessa função encontra-se vinculado com a sua prática de subsumir casos particulares às classificações gerais das regras (Hart, 2001; Arguelles, 1984; MacCormick, 2010). Segundo Hart (2001), há dois “expedientes principais” que o Direito tem manuseado, mirando a comunicação dos padrões gerais de conduta: a legislação, que se utiliza ao máximo dos termos gerais, bem como os precedentes, que fazem uso mínimo dos termos gerais classificatórios. Ele observa que o Direito preocupa-se com a antecipação dos possíveis casos concretos a partir da classificação de casos-padrão gerais (Hart, 2001; Arguelles, 1984; MacCormick, 2010).

A estratégia do texto de Hart (2001) é articular dois exemplos não jurídicos para analisar os modos de “comunicação” ou “ensino” dos padrões gerais de conduta. No primeiro deles, “um pai diz ao filho antes de ir à igreja que todos os homens devem tirar o chapéu ao entrarem em uma igreja”. No segundo caso, a circunstância é outra: “descobrimo a cabeça ao entrar na igreja, o pai afirma: essa é a forma correta de nos comportarmos nessas situações” (Hart, 2001).

O autor comenta que a semelhança entre o uso do precedente e o último exemplo depende de dois pressupostos: i) que a criança esteja representando o pai como “uma autoridade sobre os comportamentos” e buscando nele um exemplo correto a ser apre(e)ndido, e ii) que tanto o pai quanto os demais julguem que o pai não está introduzindo novos padrões, mas, sim, adotando “padrões já tradicionais” (Hart, 2001). O jusfilósofo britânico ressalta que a comunicação por meio de exemplos é bastante complexa, pois envolve certas variáveis que podem ocasionar dúvidas naquele que deve compreender a regra a ser aplicada futuramente. Ainda sobre o segundo exemplo, indica que a criança poderia indagar-se: ‘como a minha conduta deve assemelhar-se à dele para estar certa? O que há na sua conduta que deva ser o meu modelo?’ (Hart, 2001).

De outro modo, no primeiro exemplo (“todos os homens e os rapazes devem tirar o chapéu ao entrarem em uma igreja”), a transmissão dos padrões gerais ocorre mediante “formas gerais explícitas de linguagem que parece clara, segura e certa” (Hart, 2001, p. 138). Portanto, nesse caso, há uma descrição que pode servir de orientação às ações futuras da criança, que dependerá apenas da condição de que ela seja capaz de “reconhecer os casos de aplicação de termos verbais claros, de ‘subsumir’ fatos particulares em epígrafes classificatórias gerais e retirar uma conclusão silogística simples” (Hart, 2001, p. 138-139, grifo do autor). Hart (2001) encerra a análise do primeiro caso exemplificativo afirmando que nele a criança não corre risco de escolher por si própria, ou de questionar a disposição provida de autoridade. Em outros termos, a criança dispõe de uma regra que pode aplicar por si mesma.

Ao qualificar a transmissão dos padrões gerais de conduta como aparentemente certa e segura, quando realizada por formas gerais da linguagem dotadas de autoridade, Hart (2001) qualifica como “ingênua” a distinção frente à incerteza da transmissão por intermédio de “exemplos dotados de autoridade”. Ou seja, ambas as ocorrências apresentam a possibilidade de incerteza quanto ao modo de procedimento adequado em certos casos concretos. Portanto, as situações particulares não carregam a “etiqueta” da regra geral a ser aplicada durante a sua ocorrência, tampouco as regras comportam a indicação de todos os casos de sua incidência, à medida que seria uma tarefa infinita, logo, no que toca ao homem (aplicador da regra), impossível⁷¹ (Hart, 2001; Hacker, 1977; Arguelles, 1984; MacCormick, 2010). Nesse ponto do argumento, Hart faz eco da abordagem que estabelecemos antes, ao aludir a possibilidade da indeterminação como uma questão constitutiva da linguagem ordinária em geral.⁷²

⁷¹ “Em realidade, as regras jurídicas, ao autorizarem, proibirem ou fazerem obrigatórias certas ações humanas, subministrando aos cidadãos e aos funcionários e juizes pautas de comportamento, e ao estarem compostas por palavras que têm as características próprias das linguagens naturais, nunca poderão determinar, com precisão e exatidão, o alcance de seu próprio significado. As palavras que aparecem nas normas jurídicas, para aludir a fatos, eventos ou atividades humanas, proporcionando pautas ou critérios para guiar ou julgar esta última, tem, pois, junto a um núcleo de significado claro e determinado, uma zona de penumbra, ou seja, são atual ou potencialmente vagas. Essa vagueza ou incerteza aparece em sua totalidade ao defrontar-se o juiz com um caso marginal ou atípico” (Arguelles, 1984, p. 33-34).

⁷² “Junto a esses casos claros, existirão outros casos marginais: a falta de certeza nessa zona marginal é, precisamente, o preço que se deve pagar pelo uso de termos classificatórios gerais em qualquer forma de comunicação relativa a questões de fato” (Arguelles, 1984, p. 31).

Obviamente, haverá casos simples em que a aplicação da regra geral estará clara e ausente de dúvida. O exemplo lançado pelo autor é uma hipótese de aplicação do termo “veículo”. A palavra “automóvel” certamente estaria entre os casos de aplicação do termo, entretanto, não seria possível afirmar, com a mesma certeza, se termos como “bicicleta” ou “patins” também o estariam (Hart, 2001; Arguelles, 1984; 2014; MacCormick, 2010; Schauer, 2011)⁷³. Hart esclarece que as regras de interpretação não têm o condão de resolver a incerteza (embora possam reduzi-la), à medida que também são compostas de termos gerais inconclusivos. Desse modo, os cânones interpretativos, assim como outras regras, não podem prover a sua própria interpretação (Hart, 2001; Schauer, 2011). Ao finalizar o argumento, o autor delinea que os casos simples são os casos familiares, que aparecem em contextos similares, havendo acordo geral quanto à aplicabilidade dos termos classificatórios (Hart, 2001; 2014).

A comunicação entre as pessoas tem como condição a familiaridade na aplicação dos termos de classe (termos gerais), nos casos simples. Nesses casos, a utilização ocorre de forma incontestável. No entanto, nos casos concretos, em que paira dúvida acerca da classificação por uma regra geral, também deve haver uma solução para o problema da aplicação que permanece em aberto (Hart, 2001; Arguelles, 1984; MacCormick, 2010). Hart (2001) observa o fato de que não há “convenção firme” ou “acordo geral” que regule o uso dos termos gerais. Nesse contexto, aquele que se empenha em classificar a situação concreta acaba tendo de fazer uma escolha entre possibilidades abertas. Nesse ponto da argumentação, Hart

⁷³ “Mas esse seria o mundo da filosofia jurídica mecânica, que há muito aprendemos que não é o nosso mundo. Nosso mundo é bem diferente: quando somos tão ousados a ponto de criar uma regra de conduta (por exemplo, nenhum veículo pode entrar no parque), temos em mente certas aplicações concretas da regra; esses são os casos paradigmáticos em que a regra proíbe, sem nenhuma dúvida, carros, cavalos e carroças, motocicletas e ônibus. Mas o conjunto de todas as circunstâncias possíveis em que a aplicação da regra pode ser levantada, de tal forma que nos perguntamos, para esse efeito: ‘isto é um veículo?’, não se limita a tais suposições claras. Descobriremos que os casos em que se propõe a aplicação da regra não se dividem entre os casos claros em que a regra é aplicada e, por outro lado, os casos em que nada do que a regra prevê está presente no parque, apenas pássaros, flores e crianças. Pelo contrário, haverá casos extremos que não previmos ou não podíamos prever: são os casos dos patins, das bicicletas, dos carrinhos de bebê e dos carrinhos de brinquedo motorizados. E, diante deles, fazemo-nos a típica pergunta intermediária: ‘devemos chamar isso de veículo?’. Embora alguns desses casos conflitantes não possam ter sido previstos ou imaginados com antecedência, quando surgem, somos forçados a considerar se a regra se aplica ou não: tais casos imprevistos, sem dúvida, compartilharão algumas características com os casos claros típicos e, ainda assim, diferirão deles em certos aspectos relevantes, sendo a relevância em si determinada por muitos fatores complexos do sistema jurídico e dependendo dos objetivos que associamos a uma regra desse tipo” (Hart, 2014, p. 94-95, grifos do autor).

(2001) parece indicar que a indeterminação dos casos de fronteira implicará, no contexto do Direito, a “escolha entre alternativas abertas”, ou seja, a “discricionariedade” para o aplicador da regra geral (Hart, 2001; Arguelles, 1984; MacCormick, 2010; Schauer, 2011). Além disso, Hart (2001) afirma que a “textura aberta” das regras legais deve ser considerada uma vantagem ao invés de uma desvantagem. Esse aspecto permite que as regras sejam razoavelmente interpretadas quando são aplicadas a situações e a tipos de problemas que os seus autores não previram ou não poderiam ter previsto (Hart, 2001).⁷⁴

Para além das distinções ingênuas (Hart), legislação e precedente estão conjugados em incertezas cuja aplicação de termos gerais está envolvida. Segundo Hart (2001, p. 140), “[...] a subsunção e a extração de uma conclusão silogística já não caracterizam o cerne do raciocínio implicado na determinação do que é a coisa correta a fazer-se”. Quando os fatos apresentam-se de forma indeterminada quanto à regra que lhes deve ser designada, aquele que deve aplicá-la tem de verificar se o caso atual é suficientemente parecido em aspectos relevantes ao caso simples, que é resolvido pela regra geral. Hart (2001) declara que o poder discricionário do aplicador da regra nos casos de penumbra pode ser amplo, ainda que não seja arbitrário. Portanto, precedente e legislação encontrar-se-ão diante de casos fronteirícios que serão incertos quanto à aplicação do Direito a ser realizada. Segundo Hart (2001), terão o que foi denominado como “textura aberta” (Hart, 2001; Schauer, 2011).

Hart (2001) posicionou-se no caminho aberto pelo texto de Waismann.⁷⁵ Observou que a linguagem humana está orientada aos fatos empíricos por meio dos

⁷⁴ “A tendência cada vez maior da ordem jurídica de se definir em termos de regras mais ou menos precisas (o movimento, como diz Max Weber, em direção à ‘racionalidade lógico-formal’ no Direito) tende a reduzir as discricionariedades judiciais e oficiais. Não obstante, como diz Hart, nunca se pode eliminá-las por inteiro, devido à imprecisão e à textura aberta da linguagem. Não seria nem desejável, acrescenta ele, que buscássemos eliminar essa discricionariedade com formulações legislativas excessivamente precisas. Os legisladores não são mais capazes do que ninguém de prever o futuro em sua totalidade. Eles também não têm o monopólio da sabedoria prática. Deve ser deixada aos juizes e autoridades alguma discricionariedade para agir de forma justa, reta e sensata à luz das necessidades, conforme percebidas pelas autoridades responsáveis, quando os casos lhes são apresentados” (MacCormick, 2010, p. 179-180, grifos do autor).

⁷⁵ Arguelles (1984, p. 28-29, grifos do autor) dispõe que “claro está que sempre haverá casos centrais ou típicos, frente aos quais não se duvida em aplicar os termos correspondentes, e casos claros de exclusão sobre os quais tampouco ninguém duvidaria em não usar a palavra em questão. Porém, sempre haverá uma zona de casos possíveis cuja determinação terminológica delineará, sem dúvida, numerosos exemplos dessa ‘vagueza’ em termos tais como ‘prazo razoável’, ‘diligência de um bom pai de família’, ‘perigo iminente’, ‘necessidade racional’ etc”. MacCormick (2010) complementa, anotando que, “seja como for, Hart formulou uma doutrina valiosa e parcialmente correta quanto ao motivo pelo qual as regras jurídicas não fundamentam totalmente a decisão de

termos de classe. Consequentemente, a indeterminação, em alguns casos, é uma conta que deve ser paga. A textura aberta é uma característica das múltiplas linguagens naturais empiricamente referidas. O ideal de que as regras esquadrihassem todos os detalhes fáticos em seu texto e possuíssem respostas aos problemas concretos antecipadamente – sem resvalar na possibilidade de uma escolha nova entre possibilidades abertas (incerteza) – é uma quimera frente à condição humana e à condição legislativa. Segundo Hart (2001), há dois aspectos que explicam tal impossibilidade: a nossa “relativa ignorância de fato” e a nossa “relativa indeterminação de finalidade” (Hart, 2001; Arguelles, 1984). Ou seja, não há como prever, de antemão, todas as combinações de aspectos que podem constituir um determinado fato, ou, dito de outro modo, o conhecimento humano é finito, logo, não se pode conhecer tudo. A indeterminação de finalidade é um desdobramento dessa condição, ao passo que, como não se podem prever as combinações de aspectos que integrarão os fatos futuros, então, as predições das regras estão eivadas de uma parcial indeterminação de propósito (Hart, 2001; Arguelles, 1984).

Hart (2001) utiliza um exemplo bastante reverberado na Teoria do Direito: “a proibição de veículos no parque”. Os casos paradigmáticos dessa regra não deixam dúvida quanto à aplicação, no horizonte da manutenção da paz e tranquilidade no parque. Assim sendo, não se hesita em designar que estão proibidos, por exemplo, os carros e as motocicletas. Porém, quando a finalidade da paz no parque vê-se afrontada com o caso de uma criança com um automóvel de brinquedo, salienta-se a dúvida sobre se é um caso de proibição daquela regra. No presente contexto, a incerteza instaura-se, pois não se colocou previamente o problema que emergirá quando sobrevier o caso não contemplado: se algum nível de paz no parque deve ser sacrificado, no que se refere às crianças, que têm a diversão alimentada pelo uso desses brinquedos (Hart, 2001; Schauer, 2011). Hart (2001) observa, ao concluir o argumento sobre o que deve ser feito quando irrompe o caso não

todo problema jurídico. É a doutrina da imprecisão e da textura aberta das regras jurídicas, qualidades das regras que resultam do fato de que as regras são estruturadas e enunciadas em linguagem natural ordinária pelo uso de palavras e frases gerais como ‘veículo’, ‘semáforo’, ‘fabricante’, ‘matar’, ‘intenção’ e assim por diante. Para tais termos, existe um ‘núcleo de certeza’, isto é, exemplos claros de coisas, pessoas, atos e intenções que, sem dúvida alguma, encaixam-se perfeitamente no sentido do termo em questão. Mas há também uma ‘penumbra de dúvida’, um espectro de periferia ou casos-limite que não são abrangidos com clareza ou sem ambiguidades pelo termo usado” (MacCormick, 2010. p. 169, grifos do autor).

contemplado, que a questão deve ser resolvida por meio de uma opção entre os interesses opostos, da forma que melhor aprouver ao aplicador da regra.⁷⁶

2.3.3.2.2 Formalismo e ceticismo sobre regras

Hart (2001) alega que a discricionariedade na aplicação da regra geral aos casos particulares fronteiriços, enquanto “necessidade de ulterior exercício de escolha”, tentou ter a amplitude diminuída por intermédio das elaborações teóricas do formalismo (conceitualismo)⁷⁷ jurídico (Hart, 2001). Segundo o autor, o

⁷⁶ O jusfilósofo e tradutor de Hart ao espanhol, professor Carrió (1986), aponta três consequências das regras jurídicas formuladas em termos gerais ou textura aberta do Direito; na primeira consequência, concebe o Direito como um “sistema aberto”, no sentido de um conjunto de regras usadas pelos funcionários e cidadãos como critérios de conduta: “*primeira consequência*: é falsa a afirmação, tão repetida, de que o Direito, ou seja, uma certa ordem jurídica, é um sistema fechado, dotado de ‘plenitude hermética’ ou ‘finitude lógica’ do qual podem derivar-se, por dedução, as soluções para todos os casos possíveis. O Direito, ou seja, uma ordem jurídica determinada, *tem lacunas*, no sentido de que há casos que não podem ser resolvidos com fundamento exclusivo em suas regras ou em alguma combinação delas” (Carrió, 1986, p. 58, grifos do autor). Na segunda consequência, Carrió destaca o viés criativo (e não meramente declarativo) da atividade judicial nos casos marginais: “*segunda consequência*: se os juízes não querem resolver às cegas ou de forma arbitrária os casos de penumbra (que por razões óbvias constituem uma importante proporção dos que litigam), não lhes basta conhecer a fundo as normas jurídicas e suas fontes, nem saber armar com elas estruturas coerentes. Têm de possuir, ademais, uma adequada informação de fato sobre certos aspectos básicos da vida da comunidade a que pertencem, um conhecimento sério das consequências prováveis de suas decisões e uma inteligência alerta para clarificar questões valorativas e dar boas razões em apoio das pautas não especificamente jurídicas em que, muitas vezes, têm de buscar fundamento” (Carrió, 1986, p. 60, grifo do autor). Na terceira consequência, destaca que o Direito cobre diversos âmbitos da vida social de modo seguro e certo, a despeito das zonas de penumbra: “*Terceira consequência*: é verdade que os casos situados na zona de penumbra têm qualificação suficiente para atrair, em dado momento, a atenção dos juristas profissionais. Porém, a sua aparição sempre constante não é incompatível com o fato, facilmente comprovável, de que a aplicação e o uso cotidiano da maioria das regras que compõem uma ordem jurídica não suscitam, em geral, problemas semelhantes aos que aqueles casos colocam. Importantes setores da vida comunitária estão controlados por regras cujo significado cobre claramente a enorme maioria dos eventos que estão destinadas a regular” (Carrió, 1986, p. 60, grifo do autor).

⁷⁷ Carrió (1986) resume a posição formalista em quatro teses: “a) o Direito é um sistema fechado, dotado de plenitude hermética ou finitude lógica, do que podem derivar-se – isto é, deduzir-se – soluções para todos os casos individuais, reais e possíveis; b) não é correto identificar o sistema jurídico com a vontade histórica de um legislador ou de uma sucessão de legisladores. A lei, uma vez ditada, adquire vida própria. Seu significado não permanece estático, mas evolui com a mudança dos tempos, seguindo uma linha de desenvolvimento que vai atualizando suas virtualidades; c) compete aos juristas – os cientistas do Direito – exhibir e fixar em conceitos os passos dessa evolução. Para tal fim, com métodos específicos próprios de sua disciplina, eles operam abstrações de primeiro grau: da matéria-prima das normas positivas chega-se a conceitos jurídicos dotados de absoluta clareza e fixidez. Esses conceitos jurídicos, por sua vez, podem servir de base para sucessivas abstrações de grau superior. O resultado final é um conjunto sistemático e coerente de proposições, construídas exclusivamente a partir do material positivo dado; d) A tarefa do juiz ou do intérprete reduz-se a descobrir a regra geral que deve resolver o caso concreto que se apresenta. Essa tarefa é alcançada quando a complexidade do caso o exige, mediante uma integração sistemática, coerente e dinâmica de conceitos e figuras jurídicas extraídas de todo o ordenamento. O material está dado exclusivamente pela ordem jurídica; não é legítimo lançar mão de elementos de outra origem, a menos que as normas jurídicas expressamente o admitam. Nada

formalismo apoia-se nessa forma de obter aparente certeza e segurança, que é determinar um significado fixo para os termos gerais em todos os casos em que devem ser aplicados. Esse procedimento busca colher nos casos simples os elementos necessários e suficientes para legitimar os significados fixados, com efeito, estendendo a aplicação dos termos de classe para todos os casos com o mesmo significado (Hart, 2001). A crítica de Hart (2001) à aparente previsibilidade conquistada pelo formalismo é contundente, pois realizar isso é “conseguir uma medida de certeza ou previsibilidade à custa de considerar, de forma cega e preconceituada, o que se deve fazer numa série de casos futuros, sobre cuja composição encontramos-nos em estado de ignorância” (Hart, 2001, p. 142).

O autor desdobra algumas dificuldades que a posição formalista implica. O preço da tentativa de resolução antecipada dos significados dos termos gerais é a falta de clareza e de razoabilidade, à medida que algumas questões dependem de sua existência efetiva para que sejam equacionadas com essas virtudes. Outro problema remete à própria finalidade de haver regras, ao passo que a fixidez do significado dos termos faz com que se incluam, em certa regra geral, casos que não deveriam estar ao seu abrigo, “[...] e que os termos da textura aberta da nossa

na atividade do juiz ou do intérprete pode ser descrito como ‘criação’: embora ele elabore a regra geral sob a qual vai subsumir o caso, todos os elementos que entram nessa elaboração estão dados ou impostos pela ordem jurídica e exclusivamente por ela. Tudo consiste em saber descobrir a combinação adequada” (Carrió, 1986, p. 62-63). Mais adiante, o professor Carrió destaca algumas variantes do formalismo: “a variante mais influente do formalismo em nosso meio é herdeira, consciente ou não, da jurisprudência conceitual (*Begriffsjurisprudenz*) alemã, que mereceu primeiro a adesão entusiasta e logo o cáustico repúdio de Ihering. No mundo anglo-saxão, houve também uma variedade de formalismo protagonizada por alguns epígonos de Austin que, apartando-se do fundador da *Analytical Jurisprudence*, acreditaram que o trabalho dos juristas consiste na ordenação e sistematização dos conceitos jurídicos de diverso nível e que o dos juízes esgota-se em *deduzir* soluções corretas a partir de regras predeterminadas” (Carrió, 1986, p. 64, grifos do autor). MacCormick detalha o panorama histórico do formalismo: “qualquer teoria do Direito que se concentre na ideia das leis como regras e de sistemas jurídicos como sistemas de regras corre o risco de se expor à acusação de ‘formalismo’. Falando historicamente, o apogeu do formalismo da Teoria Geral do Direito foi às décadas intermediárias do século XIX. Na França, o apogeu foi representado pela abordagem ‘exegética’ aos Códigos Napoleônicos, que sustentavam que a atitude correta do juiz ou expositor doutrinário era a de buscar a única interpretação correta dos Códigos como um corpo logicamente completo e intelectualmente coerente do Direito. Na Alemanha, a função do Direito era concebida como a de explicar o sentido verdadeiro e íntimo do Direito Civil romano adotado no Direito alemão. No Reino Unido, desenvolveu-se uma atitude cada vez mais rígida em relação aos precedentes judiciais e um poderoso movimento em direção à consolidação legislativa, ou mesmo à codificação de setores importantes do Direito. Nos Estados Unidos, os professores de Direito, enfrentando um ‘Direito Consuetudinário’ (*common law*) cada vez mais fragmentado entre as várias jurisdições dos Estados federados, devotaram-se, mesmo assim, a tentativas de formar versões ideais do Direito Consuetudinário e de seus conceitos, tanto como uma referência crítica para embasar as decisões dos tribunais nas várias jurisdições quanto como um prelúdio para as codificações esperadas, que, na verdade, nunca se materializaram inteiramente” (MacCormick, 2010, p. 165, grifos do autor).

linguagem teriam permitido excluir, se os tivéssemos deixado menos rigidamente definidos” (Hart, 2001, p. 143). Ainda sobre tal artifício do formalismo, Hart (2001) ressalta que o ápice encontra-se na extrapolação do significado fixo dos termos de classe a todas as suas incidências, ao longo de todo o sistema jurídico. Denomina essas circunstâncias de “paraíso dos conceitos dos juristas”, concluindo que não se faz esforço para interpretar o termo em face das características do caso concreto, nas diversas situações em que ocorre (Hart, 2001; Arguelles, 1984).⁷⁸

Herbert Hart destaca que os sistemas jurídicos, em geral, oscilam entre dois compromissos sociais. O primeiro aponta à necessidade da aplicação de regras gerais, constituídas por termos gerais com significados designados de antemão, conseqüentemente, sem introduzir padrões novos ou sem considerar as questões sociais. O outro compromisso revela a necessidade de se deixar aberta a significação, visando a que a discricionariedade final do intérprete (que deve estar embasada em questões concretas do caso) dê conta de uma correta aplicação. Na extensão que se registra entre esses dois compromissos, os sistemas jurídicos (em geral) desenvolvem diversas técnicas para garantir a ordenação das necessidades sociais, sem assumirem como absoluto um desses dois pontos (Hart, 2001; Arguelles, 1984).⁷⁹

Hart (2001) conclui a análise da textura aberta do Direito em um tópico subsequente, denominado “Variedades de ceticismo sobre as regras”. Ele recapitula sinteticamente a exploração conceitual realizada, enfatizando a sua importância à clareza nas considerações sobre o Direito. Explicita que os Ordenamentos Jurídicos transferem um âmbito relevante ao poder discricionário

⁷⁸ Sobre a crítica de Hart ao formalismo jurídico, Arguelles (1984, p. 31, grifos do autor) expõe: “dizíamos antes que o intento de construir uma regra tão detalhada que tivesse sempre resolvido de antemão a questão acerca de sua aplicação ou não a um caso particular era uma tarefa tão impossível como indesejável. Em virtude de que – como diz Hart – somos homens e não deuses, sempre nos encontraremos com dois obstáculos conectados entre si: em primeiro lugar, nossa relativa *ignorância* dos fatos; em segundo lugar, nossa relativa *indeterminação* de propósitos. Um e outro contribuem, em última instância, a um exercício adicional de escolha ou discricionariedade na aplicação das regras gerais a casos particulares, discricionariedade que fornece argumentos para rechaçar a concepção do formalismo jurídico ao considerar o Ordenamento Jurídico como um paraíso conceitual, seguro e certo”.

⁷⁹ “Ou seja, em todo Ordenamento Jurídico sempre encontraremos uma tensão polarizada nesses dois extremos: por um lado, a certeza do Direito em virtude de seu caráter geral e preciso; por outro lado, a incerteza e textura aberta da linguagem jurídica, que precisa de uma ulterior determinação e interpretação. Ao considerar a incapacidade humana para antecipar o futuro, à luz dessa indeterminação, o Ordenamento Jurídico supre essa incapacidade mediante uma grande variedade de técnicas jurídicas” (Arguelles, 1984, p. 31).

de tribunais e juízes, visando a solucionar a imprecisão dos padrões que eram inicialmente vagos (Hart, 2001).

O subtítulo (“Variedades de ceticismo sobre as regras”) é sugestivo, à medida que o autor estabelece como conteúdo a investigação sobre a (estranha) tese de que as regras podem não ocupar o lugar central em um ordenamento jurídico (Hart, 2001). Aliás, o tópico discorre também sobre a relação entre textura aberta do Direito e uma postura teórica denominada por Hart (2001) de “ceticismo sobre as regras”.⁸⁰ Desse modo, se a análise do item anterior dedicado à textura aberta criticou a tentativa do formalismo de sanar o problema por meio de regras verbais com significado fixo de termos gerais, agora, o texto hartiano dedicar-se-á à elucidação de outra perspectiva, isto é, que a juridicidade de uma regra depende de que ela seja aplicada pelos tribunais, “à medida que não há nada que os tribunais tratem como padrões de comportamento judicial correto [...]” (Hart, 2001, p. 152; 2010c; 2010d). Pode-se mencionar como um dos casos de ceticismo perante as regras, no escopo da Teoria do Direito, o “realismo jurídico” (Ferreira Neto, 2013; Hart, 2010c; 2010d), modelo que o autor utiliza como objeto de análise e crítica. A breve inspeção que faremos acerca da concepção de que o Direito são apenas as predições dos tribunais circunscrever-se-á à vinculação com a textura aberta do Direito, escopo já delimitado do presente tópico (Hart, 2001; 2010c; 2010d).

Hart (2001) evidencia uma importante peculiaridade que se observa na relação entre o ceticismo sobre as regras e a textura aberta. Segundo ele, é correto afirmar que devido à existência de regras com uma textura aberta e, sobretudo, no que tange a essa indeterminação, sobrevém às pessoas adequar o comportamento à previsão de como os tribunais decidirão os casos-limite regularmente (Hart, 2001;

⁸⁰ MacCormick (2010), ao discorrer sobre a reação enérgica dirigida ao formalismo jurídico em solo norte-americano, aponta que, “lá, J. C. Gray, O. W. Holmes e Roscoe Pound desferiram vários ataques contra a abordagem das ‘regras jurídicas ideais’. Eles enfatizaram a necessidade de atenção às decisões reais e juridicamente prescritivas dos tribunais. Nas décadas de 1920 e 1930, essas ideias foram ainda mais desenvolvidas por um grupo mais jovem e mais radical de advogados e juízes acadêmicos (mais notavelmente, K. N. Llewellyn e Jerome Frank), aos quais se tornou moda chamar sucintamente de ‘Realistas Norte-Americanos’. Frank classificava as atitudes gerais desse grupo ou como ‘ceticismo sobre as regras’, ou como ‘ceticismo sobre fatos’. A primeira expressão refletia uma visão cética da amplitude com que as decisões eram tomadas com base na aplicação de regras ou, pelo menos, sobretudo em sua aplicação. A segunda expressava a visão de que, mesmo com a aplicação das ‘regras’, as ‘investigações dos fatos’ pelos tribunais nem sempre tinham qualquer relação próxima com o que realmente acontecera, mas serviam para derivar de uma regra um resultado que parecia aceitável” (MacCormick, 2010, p. 166, grifos do autor).

Arguelles, 1984). No entanto, quem defende essa concepção cética pode declarar até mesmo que, em relação aos tribunais, não há que se falar em textura aberta do Direito, visto que não existem regras jurídicas antes que os tribunais confirmem tal qualidade às regras. Portanto, que os juízes estejam em posição de sujeição às regras (Hart, 2001; MacCormick, 2010).

Ao criticar a postura das teorias do Direito de orientação formalista e também as de orientação cética⁸¹, enquanto pontos opostos na consideração sobre as regras, Hart declara que há um falso dilema quando se coloca a questão em termos de uma necessária escolha disjuntiva entre essas opções. Ele afirma que as posições são extremas, mas que são benéficas enquanto podem corrigir-se reciprocamente, e que a verdade habita, propriamente, no “caminho intermediário” da extensão que separa formalismo e ceticismo sobre as regras⁸² (Hart, 2001; Arguelles, 1984; MacCormick, 2010).

⁸¹ Arguelles (1984) resume as críticas de Hart aos variados tipos de “ceticismo perante regras”: “1) a afirmação de que o Direito consiste simplesmente nas decisões dos tribunais e na predição delas é uma pretensão teórica incoerente, já que a existência de um tribunal implica a existência de regras secundárias que conferem poder jurisdicional a determinados sujeitos e, com isso, autoridade a suas decisões. A ideia de ‘regra’ é imprescindível para sustentar a ideia de ‘decisão com autoridade’ e, com isso, a ideia de tribunal. A simples noção de ‘hábito’ e ‘obediência habitual’ como conceitos correlativos da ‘predizibilidade’ das decisões judiciais adoece de uma série de insuficiências explicativas suscetíveis de ser corrigidas com a noção de regra. 2) A afirmação de que as leis não são Direito senão unicamente fontes do Direito, enquanto não sejam aplicadas pelos tribunais, é incompatível com a afirmação de que só existem as regras necessárias para constituir os tribunais. Tem de haver também regras secundárias que conferem poderes legislativos a determinados sujeitos. 3) As normas jurídicas funcionam na vida de seus destinatários como pautas ou critérios jurídicos de sua conduta que são aceitos (‘ponto de vista interno’) e não como simples hábitos ou como fundamentos para predizer as decisões dos juízes ou as ações de outros funcionários. O Direito como pauta ou critério jurídico de conduta está presente ao criticar a conduta desviante de outros sujeitos ao justificarem suas exigências e ao admitirem críticas e exigências feitas pelos demais” (Arguelles, 1984, p. 39, grifos do autor). Ainda sobre as críticas de Hart ao “ceticismo perante regras”, Arguelles dispõe que, “desse modo, a proposição ‘a Constituição (ou o Direito) é o que os juízes dizem que é’ pode ser considerada como uma proposição falsa, já que os juízes integram um sistema cujas regras são suficientemente determinadas em seu núcleo central para fornecer critérios ou pautas de decisão judicial correta: isso delimita, ainda que não anule, a atividade criadora dos juízes. [...] Da mesma forma, a proposição ‘as regras jurídicas são a predição’ não é correta, já que o fundamento de tal predição é o conhecimento do fato de que os tribunais consideram as regras jurídicas não como predições, senão como critérios ou pautas de comportamento, critérios suficientemente determinados – apesar de sua textura aberta – para limitar – ainda que não para excluir – sua discricionariedade perante a decisão de casos concretos e individualizados” (Arguelles, 1984, p. 42, grifo do autor).

⁸² “Em *O Conceito de Direito*, portanto, o trajeto a ser percorrido por Hart exigia complicadas manobras. Por um lado, o seu objetivo era restabelecer a tese de que as leis são genuinamente regras, explicáveis como aquele tipo especial de regras que encontramos em uma ‘união das regras primárias e secundárias’. Por outro lado, ele desejava, com a mesma intensidade, contestar a visão formalista das regras jurídicas e demonstrar que a sua teoria estava longe de ser formalista. Sua estratégia para alcançar essa finalidade foi explicar (no capítulo 7 de *C.L.*) como, embora as leis sejam regras, é da natureza das regras jurídicas que tanto deixem como devam deixar um espaço considerável para a discricionariedade dos juízes e outras autoridades ao

Todavia, com relação a essa posição intermediária, podemos afirmar que, para Hart (2001), a tese da indeterminação total da linguagem é evidentemente absurda. Afirmar que um enunciado pode permitir diversas interpretações é uma coisa, outra, diversa, é afirmar que um enunciado permite todas as interpretações, ou que nada nos permite afirmar se uma interpretação é permitida ou não pelo enunciado. Ao contrário, Hart insiste, em diversas ocasiões, sobre o fato de que existem casos fáceis, que na hipótese de aplicação do termo “veículo”, não existem apenas “patins”, mas também “automóveis”. Portanto, que, muitas vezes, a aplicação das regras jurídicas não acarreta problemas. Se Hart critica o mito da aplicação mecânica do Direito, o juiz não está absolutamente limitado pelas regras que ele aplica (Hart, 2001; Arguelles, 1984; Schauer, 2011).

Nesse ponto, também, Hart aproxima-se bastante de Waismann. Waismann não afirma que o emprego dos conceitos é sempre incerto, mas somente que é impossível dar uma definição completa do conceito, impedindo, assim, a ocorrência de toda incerteza. Nos casos ordinários, no entanto, os conceitos são utilizados sem problemas:

na vida cotidiana, entendemos sentenças sem nos preocuparmos muito com a forma como elas são verificadas. [...] Não há necessidade de investigar a verificação de sentenças como ‘O cachorro late’, ‘Ele corre’, ‘Ele é brincalhão’, e assim por diante, à medida que as palavras são usadas, como podemos dizer, em sua maneira *normal*. Mas quando dizemos ‘O cão pensa’, criamos um novo contexto, ultrapassamos os limites do discurso comum, e então surge a questão de saber o que se entende por essa série de palavras. Nesses casos, explicar a verificação é explicar o significado [...]. (Waismann, 1976, p. 58-59, grifos do autor).

Waismann não contribui mais do que Hart ou Wittgenstein para um não funcionamento generalizado da linguagem. Dizer que os conceitos não são perfeitamente determinados não é o mesmo que afirmar que eles não o são simplesmente. Mas isso não acarreta um relativismo total. Nós não poderíamos nos apoiar em Hart ou Waismann para defender a tese segundo a qual não haveria “nos textos nenhum sentido para descobrir”. Esses autores permitem descartar a ideia de que a lei pode ser aplicada de maneira mecânica, tal como nos afirma Hart (2001).

lidarem com casos específicos. O objetivo era enfatizar os erros do formalismo identificados pelos ‘céticos sobre as regras’ e, ao mesmo tempo, aplicar uma correção a qualquer forma radical do próprio ceticismo sobre as regras” (MacCormick, 2010, p. 166-167, grifos do autor).

Isso seria um mundo adequado a uma jurisprudência “mecânica” e seria o mundo dos deuses. O mundo dos legisladores humanos não pode ter esse conhecimento de todas as combinações possíveis de circunstâncias que a contingência do futuro pode acarretar. Essa incapacidade em antecipar o futuro é o que implica uma relativa indeterminação de finalidade (Hart, 2001). Talvez, por essa razão, Hart não pretenda que os juízes tenham de descobrir a finalidade visada pelo legislador, pois esses últimos consideram simplesmente os casos paradigmáticos ou claros (o “automóvel”, o “carro”, a “motocicleta”). Nesse contexto, é sempre possível que surjam certos casos, tais como “patins” ou “um homem invisível”, em que a correspondência ao conceito, nos termos da lei, não possa ser confirmada ou descartada com certeza. Caberá ao juiz, assim, escolher.

Hart (2001) estabelece uma analogia entre a margem de decisão de um árbitro em um jogo e o papel dos juízes no Direito. O ponto a ser elucidado é, ainda, a discricionariedade judicial.⁸³ O autor descreve que em tal jogo hipotético os pontos conquistados pelos jogadores são designados pelo árbitro do jogo (Hart, 2001). Entretanto, é fundamental anotar que a regra de pontuação é o que confere autoridade à designação do árbitro. O autor constata que mesmo o árbitro devendo aplicar a regra de pontuação da melhor maneira possível, cometerá erros não intencionais que deverão ser passíveis de recurso a uma autoridade superior. Porém, haverá uma instância de decisão definitiva, pois, “é impossível criar regras para a correção da violação de toda e qualquer regra” (Hart, 2001, p. 156).

O mesmo autor nota que há um risco intrínseco que se presencia em todos os âmbitos da vida, sempre que se recorre à instituição de autoridades para a tomada de decisões (Hart, 2001). No exemplo do jogo, a regra de pontuação tem uma zona de textura aberta em que o árbitro deve escolher, por exemplo, se deve ser atribuído certo ponto obtido a algum dos jogadores. No entanto, há um núcleo de significado

⁸³ Sobre o tema da discricionariedade, MacCormick (2010, p. 171, grifos do autor) sugere que, “na opinião jurídica moderna, tornou-se mais ou menos um lugar-comum que, na decisão desses casos problemáticos, os juízes não somente verificam e aplicam as leis: eles as criam. Hart compartilha essa visão. A sua teoria sustenta que, embora os juízes sejam de fato obrigados a aplicar as regras jurídicas referentes a todo caso em que são claramente aplicáveis, eles possuem necessariamente uma discricionariedade mais ampla sobre o que fazer nas situações em que as regras não são claras. Certamente, eles são orientados no exercício da discricionariedade pela referência a fontes persuasivas e ‘permissivas’ (C.L., p. 294) do Direito, como textos doutrinários e jurisprudência estrangeira. Certamente, o exercício apropriado da discricionariedade é moldado pela necessidade de desenvolver bases para a decisão que forneçam algum tipo de racionalidade à decisão imediata no caso difícil, manifestada em uma ‘preocupação em desenvolver algum princípio geral aceitável como uma base justificada para a decisão’ (C.L., p. 295)”.

determinado. Portanto, “é deste núcleo que o marcador não é livre de afastar-se e que, enquanto se mantém, constitui o padrão de pontuação correta e incorreta [...]. O mesmo é verdade quanto ao Direito” (Hart, 2001, p. 158). Esse núcleo mínimo indica, também, o limite aceitável das decisões incorretas do árbitro, à medida que a sua extrapolação implicaria que a própria natureza do jogo fosse modificada. Faz-se importante a analogia com o Direito, ao passo que, geralmente, “[...] os seus resultados sejam determinados da forma exigida pelo significado simples da regra, seja qual for a latitude que a sua textura aberta possa deixar ao marcador” (Hart, 2001, p. 158).

Hart (2001) é expresso ao advertir que o problema da textura aberta do Direito é mais complexo do que a escolha no exemplo do jogo. Deve-se isso ao fato de que a discricionariedade judicial confere um poder de criação do Direito maior do que a margem de atuação do árbitro na situação hipotética, uma vez que as decisões dos árbitros não serão utilizadas como precedentes em outros casos (Hart, 2001). As decisões dos tribunais em relação às partes da regra ausentes de dúvida, ou às questões que envolvem indeterminação, permanecerão eficazes até que a legislação disponha em contrário. E mesmo à luz dessa regulamentação, a palavra final “dotada de autoridade” sobre a interpretação de seus termos será designada pelos tribunais. Porém, Hart (2001) realça os limites da atuação dos tribunais, tendo em vista que os juízes integram um ordenamento “[...] cujas regras são suficientemente determinadas na parte central para fornecer padrões de decisão judicial correta (Hart, 2001, p. 159). Portanto, as regras jurídicas enquanto padrões de correção do exercício da jurisdição limitam o poder discricionário judicial, a despeito de não o eliminar.⁸⁴

⁸⁴ No já citado *paper* distribuído entre os membros do Grupo de Debate de Filosofia do Direito de Harvard, que foi publicado postumamente, Hart (2014) dissecou o conceito de “discricionariedade”: “acredito que a primeira coisa que aprendemos ao analisar o uso do termo fora do campo jurídico é que seria errado simplesmente identificar o conceito de discricionariedade com o de escolha. São conceitos diferentes, embora relacionados. Vale lembrar que, na minha opinião, discricionariedade é, em última análise, o nome de uma virtude intelectual: é praticamente sinônimo de sabedoria prática, sagacidade ou prudência; é a capacidade de discernir ou distinguir o que deve ser feito em vários campos e, etimologicamente, está relacionada à noção de discernimento. [...] a pessoa que escolhe não assume nenhum princípio como justificativa para sua escolha: não está tentando fazer algo que considera sábio, bem-fundamentado ou que aplique um princípio digno de reconhecimento racional, nem está convidando qualquer tipo de crítica”. Adiante, o autor complementa, observando o exercício da discricionariedade no Direito: “quando consideramos o exercício da discricionariedade no Direito, estamos considerando seu uso por funcionários que ocupam cargo de responsabilidade pública. Portanto, entende-se que se o que os funcionários fazem não for estritamente determinado por regras específicas, mas, sim, for-lhes dada uma margem de escolha, eles escolherão responsabilmente em função de sua posição e não serão movidos por suas preferências ou puro capricho, embora, é claro, o sistema possa não contemplar um recurso se eles forem guiados por seus caprichos pessoais” (Hart, 2014, p. 90-91).

3 HERBERT HART E A GRAMÁTICA DAS REGRAS JURÍDICAS

Wittgenstein utiliza o termo “gramática” para a concepção da lógica em sentido amplo, ou seja, lógica formal e lógica material. Certas proposições empíricas funcionam como critérios para as experiências e revelam as *Investigações* como uma obra que detalha a opacidade espaço-temporal dos fenômenos da linguagem, visando a esclarecer as condições de possibilidade do sentido. A análise gramatical busca elucidar as regras de uso das expressões no contexto de sistemas linguísticos. Para tanto, concebe a linguagem como algo compartilhado, cujas formas que utilizamos para dar sentido são formas humanas, e que tais formas estabelecem limites humanos (ao dizer o que nós podemos ou não podemos dizer, estamos externando necessidades que outros aceitam, cumprem, conscientemente ou não) (Cavell, 2003).

A gramática filosófica das *Investigações* trouxe à tona a questão da normatividade da linguagem, isto é, usar corretamente a linguagem (com sentido) configura-se no uso conforme regras. As regras funcionam como um quadro de referência intersubjetivo, no qual a comunidade tem as ações governadas por elas. Enquanto padrões de correção, as regras são usadas para justificar as próprias ações linguísticas, como também para justificar a crítica para aqueles que se desviam delas. Efetivamente, seguir uma regra é uma realização prática, articulada enquanto costumes, hábitos e instituições. Seguir uma regra finca raízes, portanto, em contextos sociais práticos (Wittgenstein, 1986).

A prática social do seguimento de regras (gramática das regras da linguagem) influenciou Hart⁸⁵ a desenvolver uma espécie de “gramática das regras jurídicas” (regras jurídicas como uso prático de padrões compartilhados para crítica dos comportamentos). Portanto, Wittgenstein (1986), ao referir que compartilhamos “formas de vida” ao utilizar a linguagem, parece inspirar Hart a refletir que compartilhamos regras jurídicas como padrões de crítica das condutas. As regras

⁸⁵ “[...] a análise da estrutura da linguagem ordinária é muito útil para a compreensão e descrição das ações sociais, já que essa linguagem leva implícita a forma ou significado do contexto social em que se produzem as ações humanas. Assim, pode-se interpretar que, para Hart, o modo de explicar, e também de descrever os fenômenos sociais, leva-se a cabo mediante a compreensão do significado atribuído por seus mesmos agentes. Essa concepção, que se separa claramente do monismo metodológico anglo-saxão, que toma como modelo explicativo dos fenômenos sociais os modelos explicativos das ciências naturais, pode encontrar precedentes entre os filósofos defensores das ciências sociais ‘compreensivas’ e, sobretudo, na obra do ‘segundo’ Wittgenstein, para quem a descrição das ações sociais pode ser encontrada no modo de fala de seus próprios agentes, especialmente nos discursos que tratam de descrever suas próprias ações” (Arguelles, 1984, p. 21-22).

jurídicas funcionam como critérios explicativos, ou seja, como uma espécie de condição de possibilidade do Direito: fornecem critérios para o uso compartilhado de sentido nas experiências dos fenômenos jurídicos. Pretendemos, neste segundo capítulo, explicitar o que são as regras, segundo Hart, mirando clarificar a sua lógica de funcionamento no Direito. O primeiro passo da “gramática das regras jurídicas”, portanto, será descrevê-las enquanto práticas sociais complexas, ou seja, como espécies de regras sociais⁸⁶.

3.1 REGRAS SOCIAIS

Neste tópico, apresentaremos a noção hartiana de “regras sociais”. Nosso ponto de partida será mostrar a refutação de Hart ao modelo de Direito que ele tomou como referência, a saber, o das “ordens baseadas em ameaças” ou “obediência habitual” (“Jurisprudência Analítica”). Os problemas da definição de Direito da Jurisprudência Analítica giram em torno da distinção entre hábitos sociais e regras sociais. Para embasar a refutação hartiana, descreveremos a insuficiência da noção de hábito para dar conta do fenômeno complexo que é o Direito. Ora, a distinção entre comportamento habitual e comportamento conforme regras é decisiva para que Hart fundamente uma ideia central em sua obra, a saber, que o Direito é “a união de regras primárias com regras secundárias”.

O eixo deste tópico, porém, será a apresentação do critério metodológico de Hart, a distinção entre ponto de vista interno e ponto de vista externo acerca das regras. Podemos adiantar algumas especificações que serão manejadas em relação a ele. Em primeiro lugar, trata-se da influência de Wittgenstein e Winch na base do

⁸⁶ MacCormick (2010), em obra clássica sobre o pensamento hartiano, é preciso ao anotar que “o esboço da Teoria Geral do Direito de Hart apresentado no capítulo anterior mostra que ela é uma teoria da ordem jurídica como uma ordem de regras. Essas regras são uma variedade particular das regras sociais. Dessa forma, derivam de fontes sociais e existem em virtude das práticas sociais. Não existem em alguma ordem ideal ou em um universo extraterrestre, independentemente do que fazem, dizem, pensam homens e mulheres vivendo juntos socialmente. São, pelo contrário, elementos dos atos, falas e pensamentos dos homens e mulheres que vivem juntos em grupos sociais humanos. Como veremos, Hart representa-as como dependentes, ou mesmo como expressões das atitudes dos seres humanos em relação à conduta deles mesmos e de outros seres humanos e de suas maneiras de agir e interagir como agentes conscientes” (MacCormick, 2010, p. 47). Arguelles (1984) complementa o ponto: “agora, bem, se não podemos analisar o significado das ações humanas em termos causais, senão por referência a regras, haveria que dizer que essas regras são necessariamente sociais, intersubjetivas, públicas, incorporadas à conduta dos sujeitos a fim de que resultem inteligíveis. Portanto, a) a correção ou incorreção das ações determina-se em função das regras, e b) estas regras somente podem existir em um contexto social” (Arguelles, 1984, p. 90).

texto de Hart. Em segundo, o critério diz respeito à prática social do seguimento de regras, isto é, que, quando se descreve a noção de regra, devemos necessariamente mencionar o aspecto interno, que são os casos de aplicação da regra, portanto, o seguimento da regra. Claro, como veremos, mencionar regras sociais implica o ponto de vista interno, à medida que a mera convergência de comportamento é insuficiente para garantir a existência das regras sociais (é suficiente apenas para os hábitos sociais). Enfim, analisaremos a “atitude crítica reflexiva”, que também condiciona a existência das regras. De antemão, pode-se afirmar que adotar uma atitude crítica reflexiva ou aceitar um padrão é julgar certos comportamentos como passíveis de crítica e de que essas críticas sejam legítimas. Demonstraremos as duas formas de descrever os fenômenos jurídicos: enquanto um participante do grupo social que aceita as regras como padrões de comportamento, tem uma atitude reflexiva sobre elas (“ponto de vista interno”), ou como um observador que descreve sem considerar os padrões na concepção do comportamento humano (“ponto de vista externo”). Delinearemos a distinção hartiana entre afirmações feitas do ponto de vista externo em dois tipos, “ponto de vista externo não extremo” e “ponto de vista externo extremo”. No primeiro caso, o observador pode afirmar que o grupo aceita as regras, sem ele próprio as aceitar; pode, assim, referir-se do exterior a um ponto de vista interno. No ponto de vista externo extremo, as afirmações do observador não se referem ao ponto de vista interno ao grupo, pois registram apenas comportamentos observáveis. Destacaremos, ainda, o sentido que MacCormick confere ao ponto de vista externo não extremo ao denominá-lo “ponto de vista hermenêutico”.

A relação entre linguagem e Direito é bem próxima, e a teoria analítica de Hart tematizou esse ponto. A melhor compreensão do Direito e dos conceitos jurídicos é uma finalidade teórica que desempenha um papel prático. Os termos e conceitos jurídicos referem-se a ações humanas, entendidas não como simples processos naturais ou empíricos, mas como ações sociais de pensamento e linguagem. O Direito é essencialmente (ainda que não unicamente) linguístico. As normas jurídicas são elaboradas por meio de palavras, e seus atos estão articulados em expressões eivadas de publicidade (Arguelles, 1984).

Em definitivo, o que Hart pretende expor é, utilizando uma expressão cunhada por R. Rorty, um giro linguístico e analítico na reflexão sobre os problemas jurídicos, ou seja, uma análise da linguagem jurídica,

prestando mais atenção aos critérios pragmáticos do que aos semânticos e, claro, do que aos sintáticos (Arguelles, 1984, p. 50).

Para justificar as teses de “The Concept of Law”, Hart utiliza ferramentas conceituais originais, especialmente as concepções de ponto de vista interno e de ponto de vista externo ao sistema jurídico (cuja distinção constitui o seu critério metodológico). Sob influência de Winch⁸⁷ e de Wittgenstein, Hart desenvolveu a diferença entre hábitos e regras, bem como realizou a identificação de um ponto de vista interno⁸⁸ (Hart, 2001; Arguelles, 1984; Michelon Jr., 2004).

A distinção entre comportamento habitual e comportamento conforme regras é decisiva para que Hart fundamente uma ideia central em sua obra, a saber, que o Direito estrutura-se como “a união de regras primárias com regras secundárias”. Com essa concepção, ele está refutando o modelo de Direito sustentado pela “Jurisprudência Analítica” (Bentham, Austin)⁸⁹, que o definia como “ordens

⁸⁷ “Winch sustenta que o conceito de fenômeno social deve ser coextensivo com o de ato significativo em seu sentido semântico e não valorativo, igualando comportamento significativo com comportamento governado pelas regras, e não como conduta causalmente regular. [...]. Para Winch, a atividade filosófica implica um estudo da natureza do conhecimento que o homem tem da realidade e da diferença que implica para a vida humana a possibilidade de dito conhecimento; ou seja, a análise epistemológica da compreensão que o homem tem da realidade contribui para esclarecer a natureza da sociedade humana e das relações sociais entre os homens. E, precisamente, um dos conceitos que clarificam alguns dos problemas epistemológicos que se podem delinear é formulado como ‘seguir uma regra’” (Arguelles, 1984, p. 88-89, grifo do autor).

⁸⁸ “Ele traça uma nova rota para a explicação das regras sociais que depende do que pode ser chamado de uma abordagem ‘hermenêutica’. Essa abordagem deve muito à sua apreciação e uso da análise linguística praticada pelo amigo e contemporâneo, J.L. Austin, e aos temas propostos em *Idea of a Social Science (A ideia de uma Ciência Social e a sua Relação com a Filosofia)*, de Winch. Por meio da obra de Winch, Hart conecta-se com a Filosofia ‘da Linguagem’ exposta por Ludwig Wittgenstein [...]” (MacCormick, 2010, p. 47-48, grifos do autor). Nesse contexto, Hacker (1977) introduz distinções que veremos abaixo: “as regras, de acordo com Hart, têm um ‘aspecto interno’ que os hábitos não têm. Onde as regras, com seu aspecto interno, existem, então há espaço para dois pontos de vista distintos em relação a elas, um ponto de vista externo e um ponto de vista interno. Correspondendo aos diferentes pontos de vista, existem diferentes tipos de declaração cujo uso só pode ser compreendido se forem vistos como usados de forma padrão por um falante que tem um ou outro ponto de vista. Esses tipos de declaração são distinguidos pelos termos ‘declaração interna (externa)’ ou ‘declaração feita do ponto de vista interno (externo)’” (Hacker, 1977, p. 12, grifos do autor).

⁸⁹ O professor Barzotto (2007, p. 97) destaca que, “a partir de uma polêmica contra o modelo austiniano, Hart impõe-se a tarefa de demonstrar a centralidade do conceito de regra para a elucidação do conceito de Direito, bem como a sua irredutibilidade às noções de hábito de obediência e ordem coerciva. O ‘modelo austiniano’ proposto por Hart não segue, em todos os pontos, o pensamento de Austin. Isso se deve ao fato de que Hart não está interessado em esclarecer esse pensamento, mas em combater uma concepção corrente do fenômeno jurídico que tende a subestimar o papel que as regras ocupam no interior do direito”. No mesmo sentido, Arguelles (1984, p. 190, grifo do autor) dispõe que “o modelo que Hart submete à crítica é a análise do conceito de Direito em termos dos elementos ‘aparentemente simples’ de mandatos e hábitos, modelo que, ao menos sumariamente, foi estudado ao analisar os pontos centrais da teoria jurídica de J. Austin. Porém, é necessário fazer uma observação preliminar: o modelo jurídico que Hart analisa, embora seja encontrado em seus temas centrais na doutrina de Austin, não deve ser considerado como uma fiel exposição de sua obra, mas deve ser entendido como

respaldadas por ameaças e habitualmente obedecidas”⁹⁰. Segundo Barzotto, uma das feições da crítica de Hart a essa definição refere-se ao conteúdo das leis, ou seja, existem regras que não são ordens baseadas em ameaças, tais como as que tutelam negócios jurídicos.⁹¹ As outras feições dizem respeito ao “campo de aplicação” e à “origem das regras”. No que tange à primeira crítica, a teoria das ordens respaldadas por ameaças não vislumbra que no Estado Moderno, em geral, as regras estão dirigidas a classes de destinatários e não a indivíduos singulares. Além disso, não vislumbra que o soberano criador da regra também deve estar em seu âmbito de aplicação.⁹² A crítica à origem das regras volta-se para a exclusão do

uma reconstrução paradigmática da teoria jurídica analítica, modelo dominante na teoria inglesa do Direito. Essa reconstrução foi reformulada por Hart de uma maneira mais coerente e precisa, anunciando as suas teses de forma mais consistente e esclarecedora, com a finalidade de que a sua crítica retomasse uma velha tradição predominante da filosofia do Direito, e não a obra parcial de um jurista. Creio que é importante ter sempre presente essa observação preliminar, se não queremos cair em erros e confusões”.

⁹⁰ “Temos de supor que, qualquer que seja o motivo, a maior parte das ordens é mais frequentemente obedecida do que desobedecida pela maior parte dos afetados. Designaremos tal realidade aqui, na esteira de Austin, como um ‘hábito geral de obediência’, e notaremos, tal como ele, que, como sucede com muitos outros aspectos do Direito, é noção essencialmente vaga ou imprecisa. A questão relativa a quantas pessoas devem obedecer a quantas ordens gerais desse tipo e durante quanto tempo, para que haja Direito, não admite mais respostas definitivas do que a questão respeitante a quantos cabelos menos deve um homem ter para ser careca” (Hart, 2001, p. 29, grifo do autor). No original: “We must suppose that, whatever the motive, most of the orders are more often obeyed than disobeyed by most of those affected. We shall call this here, following Austin, ‘a general habit of obedience’ and note, with him, that like many other aspects of law it is an essentially vague or imprecise notion. The question how many people must obey how many such general orders, and for how long, if there is to be law, no more admits of definite answers than the question how few hairs must a man have to be bald” (Hart, 1972, p. 23-24, grifo do autor).

⁹¹ Hart (2001) pontua a diversidade das regras jurídicas: “o poder conferido aos indivíduos de dar forma às suas relações jurídicas com outros por meio de contratos, testamentos, casamentos etc constitui uma das grandes contribuições do Direito para a vida social; e é uma característica do Direito obscurecida, ao representar-se toda a lei como uma questão de ordens baseadas em ameaças” (Hart, 2001, p. 35). No original: “The power thus conferred on individuals to mould their legal relations with others by contracts, wills, marriages, &c., is one of the great contributions of law to social life; and it is a feature of law obscured by representing all law as a matter of orders backed by threats” (Hart, 1972, p. 28).

⁹² Nas palavras de Hart (2001, p. 79, grifos do autor): “[...] em primeiro lugar, as limitações jurídicas à autoridade legislativa consistem não em deveres impostos ao legislador de obedecer a qualquer legislador supremo, mas em incapacidades contidas nas regras que lhe conferem poderes para legislar. Em segundo lugar, para estabelecer se um pretense ato legislativo é Direito, não é necessário remontarmos ao ato legislativo, expresso ou tácito, de um legislador que é ‘soberano’ ou ‘ilimitado’, tanto no sentido de que a sua autoridade para legislar não conhece restrições jurídicas, como no de que ele é uma pessoa que não obedece a ninguém habitualmente. Em vez disso, devemos mostrar que foi praticado por um legislador, que para tal estava habilitado segundo uma regra existente, e que não há restrições contidas em tal regra ou, se as houver, não afetam esse ato concreto. Em terceiro lugar, para demonstrar que estamos perante um sistema jurídico independente, não é necessário demonstrar que o seu legislador supremo não conhece restrições jurídicas ou que não obedece habitualmente a mais ninguém. Devemos apenas demonstrar que as regras que conferem poderes ao legislador não conferem autoridade superior àqueles que também detêm autoridade sobre outro território. Inversamente, o fato de que ele não está sujeito a uma tal autoridade estrangeira não significa que a sua autoridade dentro do seu próprio território não seja objeto de restrições”. No original: “First, legal limitations on legislative authority consist not of duties

costume como fonte do Direito, à medida que, segundo o “modelo austiniano”, a atividade legislativa deve ser consciente, e aquele não o é (Barzotto, 2007; Hart, 2001; Shapiro, 2014). Os problemas da definição de Direito⁹³ da Jurisprudência Analítica situam-se na distinção entre hábitos sociais e regras sociais.

Antes de traçar a linha separatória entre hábitos e regras, Hart explicita que um desses problemas é o da “obediência habitual”. Ele cria uma situação hipotética em que morre um rei imaginário, “Rex I” (que controlava seu povo há muito tempo por meio de ordens baseadas em ameaças), e que é sucedido por seu filho, “Rex II”. O ponto é a sucessão da autoridade legislativa (Hart, 2001; Shapiro, 2014). Então, “em qualquer sistema político, o hábito de obediência a um legislador ou a um corpo legislativo não explica por que as normas editadas por seu sucessor são normas jurídicas” (Michelon Jr., 2004, p. 144). Assim sendo, não há qualquer hábito de obediência à nova legislatura, à medida que todos obedeciam a “Rex I”. O término da legislatura de “Rex I” põe fim ao hábito de obediência ao soberano.⁹⁴ Hart elucida que para que as ordens de “Rex II” sejam obedecidas, devem existir regras que

imposed on the legislator to obey some superior legislator but of disabilities contained in rules which qualify him to legislate. Secondly, in order to establish that a purported enactment is law we do not have to trace it back to the enactment, express or tacit, of a legislator who is ‘sovereign’ or ‘unlimited’ either in the sense that his authority to legislate is legally unrestricted or in the sense that he is a person who obeys no one else habitually. Instead we have to show that it was made by a legislator who was qualified to legislate under an existing rule and that either no restrictions are contained in the rule or there are none affecting this particular enactment. Thirdly, in order to show that we have before us an independent legal system we do not have to show that its supreme legislator is legally unrestricted or obeys no other person habitually. We have to show merely that the rules which qualify the legislator do not confer superior authority on those who have also authority over other territory. Conversely, the fact that he is not subject to such foreign authority does not mean that he has unrestricted authority within his own territory” (Hart, 1972, p. 69, grifos do autor).

⁹³ “As perplexidades que me proponho a discutir são expressas naquelas perguntas da teoria analítica do Direito que se caracterizam como um pedido de definição: o que é o Direito? O que é um Estado? O que é um direito? O que é posse? Escolho esse tópico porque me parece que a modalidade comum de definição adapta-se mal ao Direito e tem complicado a sua exposição; penso que, em certos pontos, a utilização conduziu a uma separação entre a Teoria do Direito e o estudo do Direito na prática [...]” (Hart, 2010, p. 23).

⁹⁴ Shapiro (2014) complementa o ponto sobre os distintos aspectos da “soberania jurídica”: “recorde-se que a soberania austiniana é criada por hábitos assimétricos de obediência. Para Austin, o soberano é aquele que habitualmente recebe obediência pela maior parte da população e que não tem o hábito de obedecer a ninguém. Porém, como vimos no capítulo anterior, os hábitos de obediência não podem explicar as distintas propriedades da soberania jurídica. Por exemplo, os hábitos não podem dar lugar para a continuidade da autoridade jurídica. O sucessor de Rex I, Rex II, será soberano desde o momento em que assumir a função, ainda que, todavia, não tenha sido objeto de obediência habitual. Os hábitos tampouco podem dar lugar à ‘persistência’ do Direito. As leis de Rex I serão juridicamente válidas depois de sua morte, apesar do fato de que os mortos não podem ser obedecidos de nenhum modo, e muito menos com habitualidade” (Shapiro, 2014, p. 124).

tutelem a sucessão monárquica.⁹⁵ Isso significa não pensar o Direito sob o modelo de hábitos sociais de obediência, mas, sim, em termos de regras sociais. (Barzotto, 2007; Hart, 2001; Michelin Jr., 2004; Shapiro, 2014) Nas palavras do professor Barzotto: “a continuidade do poder legislativo supõe, portanto, uma prática social complexa que consiste na aceitação de uma regra, sendo inviável explicá-lo por meio da ideia de ‘hábito’” (Barzotto, 2007, p. 100, grifo do autor).

Há uma identidade entre hábitos e regras que é a regularidade (convergência) de comportamento. Ocorre que essa regularidade é uma condição necessária e suficiente para se determinar o que é um hábito, mas apenas uma condição necessária para se determinar o que é um comportamento conforme regras (Michelon Jr., 2004). Segundo Hart, a existência das regras também será condicionada pela “atitude crítica reflexiva”⁹⁶ dos participantes da comunidade em que o comportamento regular é verificado. A atitude frente aos comportamentos dos membros de um grupo social implica a “aceitação” de determinados padrões como pautas dos juízos sobre as condutas⁹⁷ (Barzotto, 2007; Hart, 2001; Arguelles, 1984; MacCormick, 2010; Michelin Jr., 2004).

⁹⁵ Shapiro (2014) grifa a necessidade das regras para explicação da “soberania jurídica”: “Hart, por outro lado, argumentou que a soberania é criada por regras, não por hábitos. O soberano é soberano em virtude das regras secundárias. Dessa forma, Hart foi capaz de explicar a transição ininterrupta do poder jurídico. Rex II tem o poder de legislar desde a morte de Rex I, porque o sistema jurídico contém uma regra de alteração que outorga a Rex e a seus sucessores legítimos o poder de governar quando ascendem ao trono” (Shapiro, 2014, p. 124).

⁹⁶ MacCormick (2010) observa, acerca da atitude crítica reflexiva, que ela “pode ser entendida como a que compreende um elemento de cognição, expresso pelo termo ‘reflexiva’, e um elemento volitivo, relacionado à volição ou à vontade, expresso pelo termo ‘crítica’. O elemento cognitivo abrange a própria noção de um ‘padrão’ de comportamento – uma capacidade de conceber em termos gerais alguma correlação abstrata de certo ato com certas circunstâncias, como ‘motoristas parando seus carros ao encontrarem um sinal vermelho’, ‘seres humanos deixando de comer carne de animais’. Também abrange uma capacidade de avaliar atos reais ou atos cogitados em comparação com aquele padrão abstrato e geral, e de registrar exemplos que obedecem, desobedecem ou são irrelevantes ao padrão. Visto que o padrão é um ‘ato em circunstâncias’ generalizado, sempre que as circunstâncias existirem, um ato obedece ou desobedece ao padrão; quando não existirem, o padrão é irrelevante” (MacCormick, 2010, p. 52, grifos do autor).

⁹⁷ Barzotto (2007) explica a distinção entre regras sociais e hábitos sociais: “nesta altura da exposição, Hart introduz a diferença entre hábito e regra social, gênero do qual a regra jurídica é espécie. A) Para que exista um hábito em determinado grupo, é suficiente uma mera convergência de comportamento. O desvio de comportamento não provoca necessariamente uma crítica. Ao contrário, onde existe uma regra social, uma violação vem necessariamente seguida de críticas por parte dos membros do grupo. B) A existência da regra faz com que a crítica ao desvio seja vista geralmente como justificada ou legítima, mesmo por aqueles que a violam. C) A existência de uma regularidade de comportamento é um fato observável comum tanto à regra quanto ao hábito. Pode-se denominá-lo ‘aspecto externo’ da regra. Mas a regra possui uma outra dimensão: seu aspecto interno. O aspecto interno consiste em uma atitude crítica reflexiva em relação ao comportamento previsto pela regra. O comportamento em questão é assumido como padrão, e a crítica a seus desvios bem como a exigência de conformidade que se manifesta diante da ameaça do desvio são vistos como legítimos e justificados” (Barzotto, 2007, p. 100, grifo do autor).

Hart (2001) expõe que ter uma “atitude crítica reflexiva” ou aceitar um padrão de comportamento não significa simplesmente observá-lo, ao passo que esse aspecto faz-se presente também no comportamento habitual. Tampouco significa aprová-lo do ponto de vista moral, tendo em vista que é possível aceitar um padrão de comportamento mesmo que ele seja considerado errado do ponto de vista moral.⁹⁸ A aceitação do padrão também não pode ser identificada com a posse de um sentimento qualquer acerca da conduta de outrem, ou como uma compulsão a agir de determinada forma no que se refere a nossa própria conduta⁹⁹ (Hart, 2001; Arguelles, 1984; MacCormick, 2010; Michelon Jr., 2004).

Adotar uma atitude crítica reflexiva ou aceitar um padrão é julgar certos comportamentos como passíveis de crítica e de que essas críticas sejam legítimas (crítica enquanto censura e/ou aprovação dos comportamentos) (Hart, 2001; Arguelles, 1984; MacCormick, 2010; Michelon Jr., 2004). A aceitação dos padrões de conduta significa utilizar esses padrões para guiar a própria conduta, como também para justificar a crítica aos comportamentos que se desviam do padrão. A promoção dessas críticas é estabelecida por meio de uma terminologia própria, isto é, “‘dever’, ‘direito’, ‘certo’ e ‘errado’” (Michelon Jr., 2004, p. 149, grifos do autor). A aceitação verifica-se quando usamos o padrão para crítica do comportamento.¹⁰⁰ É importante referir que a aceitação não é algo que se verifique individualmente, pois se configura como um fenômeno compartilhado pela comunidade, pelo grupo social.

Existem dois sentidos em que podemos afirmar que um padrão de comportamento (uma regra) é compartilhado. Em primeiro lugar, uma regra é compartilhada quando a maior parte das pessoas considera

⁹⁸ “[...] o que mostra o trabalho de Hart, e o que em definitivo segue sustentando o positivismo metodológico, é que afirmar que existe uma regra (isto é, que uma ação genérica determinada tem, em um contexto dado, certo estatuto normativo) não supõe ainda processar como adequada, correta ou justa a regra em questão” (Mora, 2004, p. 260).

⁹⁹ MacCormick (2010, p. 47, grifo do autor) esclarece: “argumentar-se-á aqui que o elemento mais característico e valioso na obra de Hart como jurista é a maneira como ele elabora a explicação das leis como regras sociais e a explicação das regras sociais. Ele rejeitou a ideia de que regras são um tipo de comando ou imperativo. Rejeitou a ideia de que podem ser representadas como simples generalizações comportamentais sobre regularidades observáveis externamente no comportamento humano e de que a descrição dos ‘hábitos’ sociais pode levar a conclusões sobre as regras sociais. Rejeitou a ideia correlata de que são apenas proposições proféticas ou uma base para prever como as pessoas agirão em certas circunstâncias. Rejeitou a ideia de que são meramente expressões das emoções ou sentimentos humanos”.

¹⁰⁰ Mora (2004, p. 257, grifo da autora) observa que: “ademais, o desvio com relação à mesma conduta constitui uma razão para formular críticas ou ter uma reação de desaprovação. Isso significa que a pressão a favor da conformidade e a crítica entendem-se justificadas. As regras sociais possuem um aspecto interno que se mostra no uso explícito do que Hart chama ‘linguagem normativa’”.

que deve se comportar da forma prescrita pela regra. Nesse sentido, podemos imaginar que além das regras compartilhadas existem regras individuais, ou seja, regras que não são compartilhadas pelo grupo, mas que algumas pessoas impõem a si mesmas (v.g., 'não devo comer carne'). Em segundo lugar, a regra pode ser compartilhada no sentido de que existem critérios públicos para determinar se a regra foi ou não respeitada. Nesse segundo sentido, não é possível que exista uma regra individual. Os argumentos de Wittgenstein contra a possibilidade de uma linguagem privada são tentativas de demonstrar que não podem existir padrões puramente privados para o julgamento da adequação a uma regra, e que a ausência de padrões para julgar a adequação ou não a uma regra torna sem sentido o conceito mesmo de regra. A conclusão de Wittgenstein é: se não existe qualquer padrão compartilhado para julgar se alguém está seguindo ou não uma regra, não faz qualquer sentido sequer falar em regra (Michelon Jr., 2004, p. 150, grifo do autor).

A atitude crítica reflexiva ou aceitação configura-se como o uso de padrões de conduta, isto é, usar a regra para explicitar e fundamentar críticas aos comportamentos. Hart (2001) sustenta que, nas críticas e fundamentação de críticas, verifica-se um “aspecto interno” constitutivo das regras jurídicas. Por outro lado, o comportamento habitual e o comportamento conforme regras sociais¹⁰¹ possuem em comum a regularidade do comportamento observável (ações comportamentais físicas), que Hart denominou – seguindo Winch (1970)¹⁰² – como “aspecto externo” (Hart, 2001; Arguelles, 1984; MacCormick, 2010; Michelin Jr., 2004).

O aspecto externo ou o comportamento de modo uniforme configura-se como uma condição suficiente para explicar um hábito social (não sendo uma exigência que os sujeitos pensem sobre o comportamento ou sobre a sua uniformidade). No que se refere às regras sociais, é uma condição necessária que ao menos parte dos

¹⁰¹ Raz (1999) oferece críticas à teoria das regras como práticas: Raz (1999, p. 53-58). Shapiro também manifesta críticas ao ponto: Shapiro (2014, p. 141-144).

¹⁰² Arguelles resume as teses de Peter Winch que influenciaram decisivamente Hart: “1) Winch destaca a noção de Wittgenstein de uma forma de vida e do comportamento que segue as regras sociais como fator diferenciador do simples comportamento físico. 2) As formas de vida implicam comportamentos que estão submetidos e que seguem regras. A noção de seguir uma regra pressupõe convenções intersubjetivas e acordos, ou seja, comportamentos sociais. 3) Todos os comportamentos sociais implicam a aceitação e o seguimento de regras. Os conceitos de uma ‘forma de vida’ e de ‘comportamento submetido a regras’ clarificam a noção de Weber de ‘comportamento significativo’. 4) A ‘linguagem’, as ‘ideias’ e os ‘conceitos’ não podem ser separados das relações sociais, são constitutivos dessas relações. As mudanças fundamentais nos conceitos, nas ideias e na linguagem usada pelos homens implicam mudanças fundamentais nas relações sociais. 5) A tarefa do filósofo consiste em elucidar o conceito de uma forma de vida – que implica um comportamento que segue as regras sociais e mostra como isso é essencial para a compreensão do conceito do ‘social’, destacando a importância das práticas sociais e instituições” (Arguelles, 1984, p. 94, grifos do autor).

sujeitos do grupo social use as regras como padrões de crítica, tornando explícito o seu aspecto interno¹⁰³ (Hart, 2001; Arguelles, 1984; MacCormick, 2010; Michelon Jr., 2004).

Existem duas formas de descrever os fenômenos jurídicos: enquanto um participante do grupo social que aceita as regras como padrões de comportamento (tem uma atitude crítica reflexiva frente a elas), ou como um observador que os descreve sem considerar esses padrões na concepção do comportamento humano. A primeira forma de descrever ocorre desde um ponto de vista interno e produz enunciados internos, e a segunda ocorre do ponto de vista externo, produzindo enunciados externos. O aspecto interno das regras é descrito desde um ponto de vista interno. Já o aspecto externo, revela apenas hábitos sociais, isto é, meras regularidades de comportamentos observáveis¹⁰⁴ (Hart, 2001; Arguelles, 1984; MacCormick, 2010; Michelon Jr., 2004).

Hart (2001) distingue as afirmações feitas do ponto de vista externo em dois tipos, a saber, “ponto de vista externo não extremo” e “ponto de vista externo extremo”. No primeiro caso, “[...] o observador pode, sem ele próprio aceitar as regras, afirmar que o grupo aceita as regras e pode assim se referir do exterior ao modo pelo qual *eles* estão afetados por elas, de um ponto de vista interno” (Hart, 2001, p. 99, grifo do autor). No ponto de vista externo extremo, as afirmações do

¹⁰³ Mora (2004) resume as condições para que se possa falar na existência de uma regra social: “suponhamos que estamos autorizados a afirmar que existe uma regra social se se dão certas condições: a) produz-se uma regularidade de conduta; b) critica-se a conduta que se desvia da regularidade; c) considera-se justificada a crítica a quem se desvia da regularidade; d) existe uma atitude crítico-reflexiva que se mostra na utilização da linguagem normativa” (Mora, 2004, p. 257).

¹⁰⁴ Segundo Hart (2001, p. 98-99, grifos do autor): “o contraste seguinte em termos de aspecto ‘interno’ e ‘externo’ das regras de novo pode servir para marcar o que dá a essa distinção a sua grande importância para a compreensão não só do Direito, mas da estrutura de qualquer sociedade. Quando um grupo social tem certas regras de conduta, esse fato confere uma oportunidade a muitos tipos de asserção intimamente relacionados, embora diferentes; porque é possível estar preocupado com as regras, quer apenas como um observador, que as não aceita ele próprio, quer como membro de um grupo que as aceita e usa como guias de conduta. Podemos chamar-lhes os ‘pontos de vista’ respectivamente ‘interno’ e ‘externo’.” No original: “The following contrast again in terms of the ‘internal’ and ‘external’ aspect of rules may serve to mark what gives this distinction its great importance for the understanding not only of law but of the structure of any society. When a social group has certain rules of conduct, this fact affords an opportunity for many closely related yet different kinds of assertion; for it is possible to be concerned with the rules, either merely as an observer who does not himself accept them, or as a member of the group which accepts and uses them as guides to conduct. We may call these respectively the ‘external’ and the ‘internal points of view’” (Hart, 1972, p. 86, grifos do autor).

observador não se referem ao ponto de vista interno do grupo, pois registram apenas comportamentos físicos observáveis.¹⁰⁵

A “Jurisprudência Analítica” (Austin, Bentham) desenvolveu o seu modelo de Direito apoiada no ponto de vista externo extremo, explicando o fenômeno jurídico desde a ideia de hábitos de obediência ao soberano (Hart, 2001; MacCormick, 2010). Porém, no contexto do Direito, mencionar apenas hábitos implica limitar a descrição das condutas às regularidades observáveis e, portanto, a uma representação inadequada das regras, “inclusive as regras jurídicas, no modo como elas funcionam dentro da consciência das pessoas na sociedade” (MacCormick, 2010, p. 57).

A partir dessa distinção, pode-se explicitar uma dupla conexão entre o discurso externo (sociológico descritivo) e o discurso interno (em sentido descritivo). Isto é, a descrição interna dos juristas, cujo objeto são as normas e o significado conferido às ações sociais, tem a pretensão de ser um discurso descritivo do uso das normas jurídicas - uso enquanto atividade do legislador, dos funcionários e dos cidadãos como sujeitos de relações jurídicas. O outro aspecto da conexão diz respeito a ser um instrumento eficaz à compreensão de uma parte da realidade social-normativa, em especial da realidade jurídica, à medida que pretende ser uma descrição de ações e situações reguladas e qualificadas por normas sociojurídicas (Arguelles, 1984; Hart, 2001).

MacCormick (2010) denomina o ponto de vista externo não extremo de “ponto de vista hermenêutico” (MacCormick, 2010). Segundo MacCormick, Hart defende que as regras sociais devam ser abordadas desde o ponto de vista hermenêutico, bem como que a descrição correta do sistema jurídico verifique-se enquanto sistemas especializados de regras sociais. O autor embasa esse posicionamento em nosso uso linguístico da terminologia normativa, isto é, “recomendação”, “obrigação”, “certo”, “errado” etc.; a utilização desses termos pressupõe padrões e revela um

¹⁰⁵ “Em o ‘Conceito de Direito’, Hart constrói uma distinção fundamental entre dois tipos de linguagem: trata-se da distinção entre enunciados – jurídicos ou, em geral, normativos – *internos* e *externos*, expressões do ‘ponto de vista’ interno ou externo. As primeiras afirmações são típicas, segundo Hart, daqueles que aceitam as normas jurídicas e servem-se delas como guias de sua própria conduta e/ou para valorar criticamente as condutas dos demais. Os enunciados ‘externos’ são típicos do observador que não aceita as regras da sociedade que está observando, ainda que possa descrever desde o ponto de vista externo o fato de que outros membros da sociedade aceitam essas normas” (Arguelles, 1984, p 23-24, grifos do autor).

ponto de vista interno a esses padrões. Eis uma contribuição decisiva da filosofia da linguagem para análise do fenômeno jurídico¹⁰⁶ (MacCormick, 2010; Hacker, 1977).

O “ponto de vista externo não extremo” ou “ponto de vista hermenêutico” configura-se como o ponto de vista em que o observador (sem compromisso volitivo próprio) explica a conduta humana, porque é significativa do “ponto de vista interno” (MacCormick, 2010; Hart, 2001; Hacker, 1977). O observador compartilha o elemento cognitivo do ponto de vista interno ao reconhecer os padrões, além de avaliar o seu elemento volitivo. Desse modo, ele pode compreender o que são as regras e padrões, embora, ao descrevê-los, não os afiancie (MacCormick, 2010). O “ponto de vista hermenêutico”, segundo MacCormick (2010, p. 65), é o “ponto de vista implicitamente atribuído aos teóricos, acadêmicos ou escritores jurídicos que seguem o método de Hart e utilizam esse ponto de vista”.¹⁰⁷

Hart (2001) explicitou maior interesse na atividade de um observador externo que tem acesso ao comportamento linguístico dos membros do grupo ou “ponto de vista hermenêutico”. Isso indica que há o compartilhamento de uma linguagem. Wittgenstein refere-se a isso como a compreensão do *que* consta como o *que* para os usuários dessa linguagem (o que não é uma coincidência nas definições dos vocábulos, mas o compartilhamento de formas de vida). De fato, os teóricos do

¹⁰⁶ Nesse sentido, Arguelles (1984, p. 20) argumenta que, “desde o ponto de vista da análise da linguagem, para Hart, os fatos descritos sociologicamente mediante a análise dos significados das palavras não são só fatos linguísticos. Mediante a análise dos usos típicos das palavras – e, em especial, dos usos da linguagem pelos juristas –, é possível clarificar numerosas e importantes distinções que se referem a fenômenos sociais e jurídicos”.

¹⁰⁷ Sobre o viés hermenêutico da teoria de Hart, Hacker (1977, p. 9, grifo do autor) observa que “um dos temas salientes da hermenêutica é que a descrição de fenômenos distintamente humanos deve envolver a compreensão da situação descrita tal como é apreendida pelo agente cujo comportamento deve ser explicado e compreendido. Portanto, deve fazer referência à estrutura conceitual do agente. Os fenômenos sociais, cuja estrutura é objeto da Teoria do Direito, são paradigmaticamente normativos. Uma característica central da análise hartiana é que fenômenos normativos, em geral, e fenômenos jurídicos, em particular, só podem ser compreendidos se for feita referência às atitudes dos seres humanos em relação ao seu comportamento. Se o comportamento social deve ser entendido como normativo, então ele deve ser compreendido como sendo visto por pelo menos alguns de seus participantes como conforme ou divergente de padrões gerais de conduta. Esse ‘ponto de vista interno’ manifesta-se em respostas normativas características, em atitudes críticas expressas em exigências de conformidade, crítica ao desvio, aceitação da legitimidade da crítica e tipos distintos de justificação da ação expressos em linguagem normativa”. Nesse contexto argumentativo, Arguelles (1984, p. 22-23, grifo do autor) complementa: “assim, a descrição e explicação dos fenômenos sociais traduzir-se-á na individuação das regras sociais que oferecem uma estrutura ‘interna’ às ações, possibilitando, desse modo, desde o ponto de vista de seus agentes, seu próprio significado; precisamente, essa descrição e explicação dos fenômenos sociais – como compreensão das regras internas das próprias ações sociais – contrapõe-se ao modelo explicativo causal das leis naturais, modelo que tão somente estabelece relações externas entre fatos não intencionais. Esse ponto de vista metodológico, caracterizado por alguns autores como hermenêutico, intencional ou teleológico, será o ponto de vista adotado por Hart para caracterizar a análise do Direito”.

Direito não estão situados em um “ponto de vista externo extremo” com relação a ele (Hart, 2001; Arguelles, 1984; Mora, 2004).

O jurista e filósofo (Hart) descreveu o comportamento daqueles que aceitam regras sociais como uma “atitude crítica reflexiva”, que revela o aspecto interno das regras. O autor tentou desvincular o aspecto interno de estados psicológicos ou de sentimentos especiais dirigidos ao conteúdo da regra¹⁰⁸ (Hart, 2001; MacCormick, 2010). Entretanto, segundo a literatura posterior, nem sempre Hart obteve êxito na tentativa de afastar a noção de aspecto interno da regra de estados ou atos mentais (Mora, 2004).

Caso se entenda “interno” como algo privado ou oculto, que apenas um sujeito aceitante possa conhecer, repetir-se-á o erro do ceticismo radical em relação ao conhecimento de regras, de significados e do Direito. A distinção wittgensteiniana entre “seguir uma regra” e “acreditar seguir uma regra” associa-se à distinção entre “ser aceitante” e “acreditar ser aceitante”. Essa distinção vê-se prejudicada quando se utilizam apenas critérios internos para atitudes externas (Mora, 2004). Se delimitamos a aceitação como um ato mental, então, “acreditar ser aceitante” e “ser aceitante” seria o mesmo, relativamente à identificação de nossas próprias ações. Porém, assim não existiria uma ideia pública de “ser aceitante”, que é uma condição para o uso desse conceito (Mora, 2004).

¹⁰⁸ Explicita Hart (2001, p. 66, grifos do autor) que, “muitas vezes, é erradamente representado o aspecto interno das regras como uma simples questão de ‘sentimentos’, por oposição ao comportamento físico observável exteriormente. Sem dúvida que, onde as regras são geralmente aceitas por um grupo social e geralmente apoiadas pela crítica social e pela pressão no sentido da conformidade, os indivíduos podem muitas vezes ter experiências psicológicas análogas às da restrição e da compulsão. Quando dizem que ‘se sentem vinculados’ a comportarem-se de uma certa forma, podem estar realmente a referir-se a essas experiências. Mas tais sentimentos não são necessários nem suficientes para a existência de regras ‘vinculativas’. Não existe contradição em dizer-se que as pessoas aceitam certas regras mas não conhecem tais sentimentos de compulsão. O que é necessário é que haja uma atitude crítica reflexiva em relação a certos tipos de comportamento enquanto padrões comuns, e que ela própria se manifeste crítica (incluindo autocrítica), em exigências de conformidade e no reconhecimento de que tais críticas e exigências são justificadas, e que tudo se expressa caracteristicamente na terminologia normativa do ‘ter o dever de’, ‘ter de’, e ‘dever’, ‘bem’ e ‘mal’.” No original: “The internal aspect of rules is often misrepresented as a mere matter of ‘feelings’ in contrast to externally observable physical behaviour. No doubt, where rules are generally accepted by a social group and generally supported by social criticism and pressure for conformity, individuals may often have psychological experiences analogous to those of restriction or compulsion. When they say they ‘feel bound’ to behave in certain ways they may indeed refer to these experiences. But such feelings are neither necessary nor sufficient for the existence of ‘binding’ rules. There is no contradiction in saying that people accept certain rules but experience no such feelings of compulsion. What is necessary is that there should be a critical reflective attitude to certain patterns of behaviour as a common standard, and that this should display itself in criticism (including selfcriticism), demands for conformity, and in acknowledgements that such criticism and demands are justified, all of which find their characteristic expression in the normative terminology of ‘ought’, ‘must’, and ‘should’, ‘right’ and ‘wrong’” (Hart, 1972, p. 56, grifos do autor).

Segundo Mora (2004), o problema repousa em exigir-se para a existência de uma regra social mais do que conduta regular, críticas ao desvio e ausência de crítica para a crítica justificada (crítica anterior). A aceitação deve ser vista como um fato que se registra de forma igual ao comportamento regular e, assim, também constitui um comportamento regular e externo, uma condição suficiente para falar-se da existência de uma regra social. Aliás, sobre a aceitação como condição necessária, deve ficar claro que não basta comportar-se de certa maneira, deve-se realmente ser aceitante, pois do fato de que existem verdadeiros aceitantes explica-se o passo da mera regularidade de conduta à existência de uma regra social (Mora, 2004).

A análise manejada acima revelou que as regras jurídicas são espécies de regras sociais¹⁰⁹ e, assim, devem ser distinguidas dos hábitos sociais, tendo em vista o seu aspecto convergente (aspecto externo). A ideia de “hábito social” inspirou a definição de Direito da “Jurisprudência Analítica”, e isso configurou uma importante razão para que se esclarecesse a diferença entre hábitos sociais e regras sociais. As regras relacionam-se internamente com os seus casos de aplicação (seguimento de regras), ou, em outros termos, os participantes de um grupo social mantêm uma atitude crítico-reflexiva em relação às regras (aspecto interno). Ou seja, esses participantes usam as regras como padrões de crítica dos comportamentos, portanto, como critérios para avaliação das condutas (manifestação do método linguístico¹¹⁰ na formulação do critério metodológico de Hart). Ao usarmos as regras jurídicas como guia para os comportamentos, experimentamos fenômenos propriamente jurídicos. Do ponto de vista interno, a prática social de uso das regras

¹⁰⁹ Arguelles (1984, p. 234) sintetiza a noção de regra social: “Hart estudou e analisou com profundidade o conceito não jurídico de regra que impõe deveres sociais, com o fim de precisar e matizar as características da linguagem normativa; uma regra social que impõe deveres existe em um grupo social determinado se e somente se: 1) há um comportamento regular de sua conduta prescrita; 2) existe uma reação crítica em caso de descumprimento; 3) a crítica aos desvios é legítima e aceita pela maioria dos membros do grupo social; 4) a existência de 1), 2) e 3) é amplamente conhecida pelo grupo social; 5) existe uma pressão social importante perante os desvios; 6) a conduta prescrita está em conflito com a conduta da pessoa que tem o dever”.

¹¹⁰ “[...] a sugestão de que as investigações sobre os significados das palavras apenas lançam luz sobre palavras é falsa. Muitas distinções importantes, que não são imediatamente óbvias, entre tipos de situações ou relações sociais, podem ser mais bem-trazidas à luz por um exame dos usos-padrão de expressões relevantes e do modo por que esses dependem de um contexto social, ele próprio deixado frequentemente por afirmar.” (Hart, 2001, p. 2). No original: “[...] the suggestion that inquiries into the meanings of words merely throw light on words is false. Many important distinctions, which are not immediately obvious, between types of social situation or relationships may best be brought to light by an examination of the standard uses of the relevant expressions and of the way in which these depend on a social context, itself often left unstated.” (Hart, 1972, p. vii).

jurídicas visando à conduta correta assemelha-se ao uso das regras sociais da linguagem (visando à fala correta). Essa similitude entre a “gramática das regras da linguagem” e a “gramática das regras jurídicas”, mediada pela noção de seguimento de regras, parece-nos estar implícita às teses de “The Concept of Law”.¹¹¹ Ademais, ao usarmos as regras da linguagem, conferimos sentido as nossas expressões e, em um horizonte próximo, usamos as regras jurídicas como guia para as condutas, dotando de sentido os fenômenos jurídicos.

Hart concebeu o uso das regras jurídicas como núcleo da lógica de funcionamento do (conceito de) Direito, desde uma teoria da “prática de regras”. Detalhamos, neste tópico, o primeiro aspecto constitutivo das regras jurídicas, isto é, a sua condição de espécies das regras sociais. Para além dos ganhos mencionados no parágrafo anterior, as regras jurídicas enquanto regras sociais indicam o âmbito concreto de existência do Direito, situando-o no contexto fático de práticas sociais complexas. Isso posto, devemos avançar. Assim, no tópico subsequente, analisaremos as questões relativas aos tipos de regras jurídicas que existem e a sua função na organização do Direito. Afinal, quando Hart explana que no ponto central de um ordenamento jurídico encontra-se a “união de regras primárias com regras secundárias”, o que significam essas noções? Enfim, de que forma as regras primárias e secundárias colaboram com a “gramática das regras jurídicas” hartiana?

3.2 REGRAS PRIMÁRIAS E REGRAS SECUNDÁRIAS

Neste item, abordaremos as regras primárias e as regras secundárias, à luz da ideia de que elas representam o ponto central de um conceito de Direito, segundo Hart. Primeiramente, descreveremos as características das regras de conduta ou obrigação (regras primárias). Em um segundo momento, passaremos à descrição dos aspectos das regras de reconhecimento, alteração e julgamento (regras secundárias).

¹¹¹ O filósofo da linguagem Searle (1981), ao comentar sobre as regras da linguagem, destaca duas características que, tal como demonstramos, constituem também a articulação das regras jurídicas: “duas das marcas do comportamento governado por regra opondo-se ao comportamento meramente regular são, de um lado, o fato de nós conhecermos geralmente os desvios do padrão como sendo, de certo modo, errados ou defeituosos e, do outro, o fato de a regra, contrariamente à simples regularidade, aplicar-se automaticamente a novos casos” (Searle, 1981, p. 59).

3.2.1 Regras primárias (regras que impõem obrigação)

Neste tópico, descreveremos as regras primárias (regras que impõem obrigação) no contexto do Direito como a união de regras primárias e secundárias. O tema é tratado por Hart como um novo começo à Teoria do Direito, no horizonte da substituição da definição de Direito como “ordens baseadas em ameaças” (“Jurisprudência Analítica”). Analisaremos a noção de obrigação como característica distintiva das regras jurídicas, pois “onde há Direito, algumas condutas tornam-se obrigatórias”. Investigaremos a noção de obrigação em geral, como passo preliminar ao esclarecimento da obrigação em sua forma jurídica. Afinal, qual é a diferença entre “ser obrigado” e “ter uma obrigação”? Apresentaremos as duas objeções à teoria da obrigação como predição que Hart suscitou.

Destacaremos que as afirmações de obrigação têm como pano de fundo (mesmo que implícito) as regras sociais. “Ter uma obrigação”, assim, demonstra que uma regra social está recaindo sob uma pessoa, destacando que o seu caso encontra-se referido por essa regra. O vocabulário propriamente normativo das regras sociais manifesta os termos “obrigação” e “dever” como seus itens, que se diferenciam dos demais pela função que cumprem no contexto dessas regras. Demonstraremos as cinco propriedades distintivas das regras de obrigação ou dever. Considerando o critério metodológico de Hart (distinção entre ponto de vista interno e ponto de vista externo no seguimento de regras), mostraremos por que a teoria da predição das regras de obrigação sustentou um ponto de vista externo extremo na explicação do Direito (probabilidade do castigo no caso de violação da obrigação), desconsiderando o ponto de vista interno do grupo social.

A ideia de hábitos de obediência demonstrou-se insuficiente para justificar a existência do Direito, que se socorreu da noção de regra social para organizar a lógica de seu funcionamento. O modo como Hart articulou o papel das regras na explicação do conceito de Direito é o que viemos denominando como a “gramática das regras jurídicas”, fenômeno vislumbrado na estrutura de “The Concept of Law”. O eixo organizador do texto hartiano é: compartilhamos as regras jurídicas como padrões de crítica das condutas. Tais padrões são públicos ou sociais, e, assim, o primeiro aspecto destacado das regras jurídicas foi a sua condição de espécies das regras sociais.

Enquanto fenômeno social, o Direito demarca o âmbito concreto de sua realização prática. Hart expôs que os fenômenos propriamente jurídicos ocorrem por meio de dois tipos de regras, as “regras primárias” e as “regras secundárias”. Além disso, o autor dedicou um capítulo central da obra “The Concept of Law” à explicação do tema do “Direito como a união de regras primárias e secundárias”. Pretendemos descrever as regras primárias, ajudando a elucidar o Direito como a união delas junto às regras secundárias, argumentando, assim, que as noções de regras primárias (e secundárias) são vitais para a compreensão da lógica de funcionamento do Direito.

3.2.1.1 Um novo começo

O Direito como união de regras primárias e secundárias é tratado por Hart como um novo começo à teoria do Direito, isto é, deve-se abandonar o modelo da “Jurisprudência Analítica”, que o definia como “ordens baseadas em ameaças e habitualmente obedecidas”, à medida que essa definição não observa certos aspectos do Direito interno de um Estado moderno¹¹² (Hart, 2001; 2010d; Arguelles, 1984; Shapiro, 2014). O primeiro aspecto revela que a lei criminal é a classe de normas que mais se assemelha com as ordens baseadas em ameaças; todavia, a despeito de a lei criminal proibir ou prescrever ações sob cominação de pena, o seu campo de aplicação abrange também aqueles que criaram a lei e não apenas os demais. O segundo aspecto que indica a necessidade de um novo começo à Teoria do Direito liga-se à questão da existência de diversos tipos de regras, que não podem ser identificadas com as ordens baseadas em ameaças.¹¹³ Exemplos disso

¹¹² Shapiro (2014) dispõe que “considerar que o Direito é simplesmente uma expressão de desejos respaldados por ameaças de sanção oferece uma visão limitada de sua função social. Enquanto certas regras jurídicas estão desenhadas para nos colocar obstáculos, outras existem justamente para eliminá-los. As regras que conferem poderes são ferramentas que permitem aos membros da comunidade realizarem seus planos e projetos. Essas regras não se fazem cumprir mediante a ameaça de sanções; melhor, a omissão de satisfazê-las simplesmente impede de receber os benefícios que o Direito outorga somente de acordo com certos termos” (Shapiro, 2014, p. 115). Acerca da crítica ao “modelo austiniano” como ponto de partida, Arguelles sustenta que “para compreender a estrutura do Direito como união de regras primárias e secundárias, é necessário analisar o modelo paradigmático que estuda Hart como ponto de partida, ainda que, como se verá, esse modelo será rechaçado ao construir uma nova base que descreva e explique, de uma forma mais plausível, o funcionamento e a estrutura de um Ordenamento Jurídico” (Arguelles, 1984, p. 190).

¹¹³ “A concepção de Direito como ordens coercitivas enfrenta-se com a objeção fundamental de que, nos sistemas jurídicos modernos, existe uma grande variedade de normas jurídicas que não respondem à descrição do modelo simples. Nem todas as normas ordenam fazer ou não fazer

são as regras que conferem poderes jurídicos para julgar ou legislar (poderes públicos), ou para constituir ou alterar relações jurídicas (poderes privados)¹¹⁴ (Hart, 2001; Arguelles, 1984; Shapiro, 2014). O terceiro aspecto revela que, enquanto as ordens têm origem em uma prescrição explícita que lhes outorga existência, há regras que detêm outro modo de origem. O último aspecto aponta que o modelo do soberano habitualmente obedecido e isento de limitações não é capaz de explicar a sucessão e continuidade legislativa, características que se observam no Direito moderno¹¹⁵ (Hart, 2001; Arguelles, 1984; Shapiro, 2014).

A variedade de regras manifesta que a noção de regra não é uma noção simples e que essa complexidade vincula-se diretamente com a complexidade do Direito. A ideia do Direito como a união de regras primárias e secundárias significa não apenas um novo começo à Teoria do Direito, mas também aquilo que Austin acreditou ter encontrado com a ideia de “ordens respaldadas por ameaças”, isto é, “a chave para a ciência do direito” (“key to the science of jurisprudence”)¹¹⁶ (Hart, 2001). Vejamos como Hart apresenta as duas modalidades de regras:

por força das regras de um tipo, que bem pode ser considerado o tipo básico ou primário, aos seres humanos é exigido que façam ou se abstenham de fazer certas ações, quer queiram ou não. As regras do outro tipo são em certo sentido parasitas ou secundárias em

algo (por exemplo, as normas que conferem poderes aos particulares para outorgar testamentos, para celebrar contratos ou contrair matrimônio; as normas que conferem poderes aos funcionários para ditar regulamentos, ou decidir judicialmente etc.), nem todas as normas jurídicas são legislativas – pense-se, por exemplo, no valor do costume no Direito inglês - nem todas são a expressão do desejo de alguém” (Arguelles, 1984, p. 194).

¹¹⁴ MacCormick (2010), nesse sentido, observa que “as citações acima indicam outra posição básica de Hart em conexão com o conceito de poder. É uma proposição fundamental para ele em sua rejeição das teorias austinianas do Direito como ‘comando’. Como ele diz, as leis que simplesmente definem crimes sujeitos a penalidades, ou que, de outra forma, impõem obrigações ou deveres, podem (embora imperfeitamente) ser assimiladas ao modelo de ‘ordens’ de um ‘soberano’ apoiadas por ‘ameaças’ de uma penalidade. Mas um dos fatos que Hart apresenta como fatal para a aceitação desse modelo é o de que nem todas as leis *impõem* obrigações. Algumas conferem poderes, e essas realmente são um tipo diferente de regra, pois são ‘concebidas, designadas e usadas na vida social de modo diferente das regras que impõem deveres’” (MacCormick, 2010, p. 110, grifos do autor).

¹¹⁵ Shapiro (2014) sintetiza esses aspectos destacando-os como características formais dos sistemas jurídicos em geral: “ignorar a existência das regras que conferem poderes não somente distorce a nossa compreensão da função do Direito. Como também temos visto, as regras que conferem poderes são necessárias para explicar muitas das características formais que em geral têm os sistemas jurídicos. Explicam como pode ser criado o Direito impessoalmente e de maneira não intencional; como pode ser aplicado a seus criadores; como a autoridade jurídica pode ter continuidade ao longo do tempo; como as normas, em geral, sobrevivem a seus criadores; e como a soberania pode estar, apesar de tudo, limitada pelo Direito” (Shapiro, 2014, p. 115).

¹¹⁶ Arguelles (1984) aponta como exagerada essa afirmação e apoia a sua posição indicando a literatura crítica à tese de que Hart encontrou a “chave à ciência da jurisprudência”, conforme: Arguelles (1984, p. 211).

relação às primeiras, porque asseguram que os seres humanos possam criar, ao fazerem ou dizerem certas coisas, novas regras do tipo primário, extinguir ou modificar as regras antigas, determinar de diferentes modos a sua incidência ou fiscalizar a sua aplicação. As regras do primeiro tipo impõem deveres, as regras do segundo tipo atribuem poderes, públicos ou privados. As regras do primeiro tipo dizem respeito a ações que envolvem movimento ou mudanças físicos; as regras do segundo tipo tornam possíveis atos que conduzem não só a movimento e mudança físicos, mas à criação ou alteração de deveres ou obrigações (Hart, 2001, p. 91).¹¹⁷

Hart (2001) destacou que os aspectos controversos do Direito, que atrapalharam a sua correta explicação, podem ser esclarecidos mediante os dois tipos de regras e a sua interação. Desse modo, a união desses componentes ocupa uma posição central na elucidação da estrutura conceitual do pensamento jurídico (Hart, 2001). A ideia de “obrigação”, que aparece na última sentença da citação acima, configura-se como o passo subsequente na explicação das regras primárias ou de conduta. Hart delineia, primeiramente, a noção geral de obrigação, a qual serve de passo preliminar à compreensão da obrigação em sua forma jurídica (Hart, 2001).

3.2.1.2 Regras primárias como regras de obrigação

Segundo Hart (2001), o modelo que concebeu o Direito como ordens coercivas acerta no ponto de partida, apesar dos equívocos nos desdobramentos extraídos. Aliás, o autor compartilha o referido princípio: “[...] onde há Direito, aí a conduta humana torna-se em certo sentido não facultativa ou obrigatória” (Hart, 2001, p. 92; Shapiro, 2014). Portanto, o Direito encontra-se em conexão direta com

¹¹⁷ No original: “Under rules of the one type, which may well be considered the basic or primary type, human beings are required to do or abstain from certain actions, whether they wish to or not. Rules of the other type are in a sense parasitic upon or secondary to the first; for they provide that human beings may by doing or saying certain things introduce new rules of the primary type, extinguish or modify old ones, or in various ways determine their incidence or control their operations. Rules of the first type impose duties; rules of the second type confer powers, public or private. Rules of the first type concern actions involving physical movement or changes; rules of the second type provide for operations which lead not merely to physical movement or change, but to the creation or variation of duties or obligations” (Hart, 1972, p. 78-79). Para uma crítica às possíveis imprecisões dessa definição, conferir MacCormick (2010, p. 142-145) e Hacker (1977, p. 20). Pascua (2021, p. 123) observa que: 1) nem todas as regras secundárias conferem poderes, pois a regra de reconhecimento impõe deveres; 2) nem todas as regras secundárias são regras sobre regras, pois as regras de alteração que conferem poderes privados não o são; 3) regras secundárias também dirigem o comportamento, por exemplo, quando versam sobre regras de julgamento, que pautam as ações da judicatura. Importante destacar, ainda, que há regras híbridas, ou seja, que em parte conferem poderes e em parte impõem deveres.

a ideia de “obrigação” por meio de regras que impõem obrigação. Importante salientar que, diferentemente do “modelo austiniano”, Hart desenvolverá esse ponto de partida mirando a explicação do Direito como a união entre regras primárias e secundárias (Hart, 2001; Arguelles, 1984; Shapiro, 2014).

No que se refere à noção de obrigação, Hart estabelece uma distinção entre o significado de “ser obrigado” e de “ter uma obrigação”. Ele descreve a situação de um assaltante armado “A”, que ordena que um sujeito “B” lhe entregue o dinheiro, sob ameaça de dar-lhe um tiro. Hart observa que, segundo o “modelo austiniano”, essa situação representaria a ideia de obrigação ou de dever em geral. A figura de “A” representaria o soberano habitualmente obedecido cujas ordens prescrevem padrões de conduta.¹¹⁸ A situação teria o sentido de obrigação, pois seria correto afirmar que caso “B” tivesse obedecido, então “foi obrigado” a entregar o dinheiro. De outro modo, caso afirmássemos que “B” “tinha uma obrigação” ou um “dever” de entregar o dinheiro, então, estaríamos descrevendo equivocadamente a situação. Dessa forma, fica evidente que se necessita de algo mais para a correta compreensão da noção geral de obrigação (Hart, 2001).

“Ser obrigado a fazer algo” é uma asserção psicológica, no sentido de que se refere às crenças e motivos que condicionaram determinada ação (Hart, 2001). Por exemplo, no caso do assaltante armado, ao se afirmar que “B” foi obrigado a entregar o dinheiro, o sentido veiculado pela sentença poderia ser que “B” entregou o dinheiro para evitar as consequências nefastas, ou seja, “evitar algum mal que constitua uma ameaça de caráter substancial” (MacCormick, 2010, p. 83). Obviamente, as consequências devem ser suficientemente desagradáveis para motivar a ação. Além disso, deve haver justificativas suficientes para supor que “A” executaria a ameaça em caso de não cumprimento da ordem (Hart, 2001).

De outra banda, “ter a obrigação de fazer algo” é um tipo diferente de proposição, e há diversos indícios dessa diferença, anota Hart. Tendo-se em vista a situação do assaltante armado, as crenças e motivos da ação de “B” são suficientes para justificar que ele “foi obrigado a entregar o dinheiro”, contudo, insuficientes para a afirmação de que ele “tinha a obrigação de fazê-lo”. Dessa forma, o autor observa

¹¹⁸ “[...] é a ilustrada pelo assaltante que diz: ‘me entregue o dinheiro ou dispare’. Esse anúncio pode sugerir algumas distinções da linguagem: pode-se dizer que se trata de uma ordem respaldada por ameaças? Pode o assaltante dar uma ordem a um empregado de um banco? Há alguma diferença entre ‘ordenar’ e ‘dar uma ordem’? Essa última expressão não indica alguma relação de Direito ou autoridade? Seria esclarecedor dizer que o assaltante ‘ordena’ ao empregado e ‘dá ordens’ aos membros de seu bando?” (Arguelles, 1984, p. 190-191, grifos do autor).

que as crenças e motivos não são necessários à afirmação de que uma pessoa tinha a obrigação de fazer algo. (Hart, 2001). Outra diferença que se salienta entre “ter uma obrigação” e “ser obrigado” reside em que a afirmação da primeira é independente do seu cumprimento, enquanto a segunda, normalmente, implica o cumprimento efetivo da obrigação (Hart, 2001).

Austin (entre outros teóricos do Direito) percebeu a irrelevância das crenças e motivos das pessoas quanto à obrigação de fazer algo, e não tratou a noção enquanto fatos subjetivos, mas, sim, enquanto possibilidade ou probabilidade de sofrer um castigo em caso de não cumprimento da obrigação (Hart, 2001; Shapiro, 2014). As afirmações de obrigação, nesse contexto, não são tratadas como afirmações psicológicas, “[...] mas como predições ou avaliações de probabilidades de incorrer em castigo ou de sofrer um ‘mal’” (Hart, 2001, p. 94, grifo do autor; Shapiro, 2014). Hart não deixou de observar a base lógico-empirista, nos moldes dos critérios das Ciências Naturais, que esse modelo de obrigação possui. Ademais, ressaltou que essa concepção foi festejada por alguns pensadores do Direito como uma lúcida alternativa frente às concepções metafísicas de obrigação (objetos invisíveis que transitam acima ou além do mundo dos fatos concretos) (Hart, 2001). Entretanto, ele rejeitou a ideia de “afirmações de obrigações como predições” e propôs uma alternativa ao modelo.¹¹⁹ Vejamos, adiante, as razões do autor para a contestação dessa ideia.

A primeira objeção ao modelo das “obrigações como predições” relaciona-se à violação das regras não ser simplesmente justificativa à previsão da aplicação de sanção aos desobedientes. As regras são, também, razão ou fundamento para essa reação de censura, bem como para a aplicação da sanção (Hart, 2001). Tal condição vincula-se ao aspecto interno das regras, à medida que os participantes de um sistema social “aceitam” as regras como padrões de crítica dos comportamentos, o que equivale a dizer que “usam” as regras como critérios de censura e/ou aprovação das condutas. Portanto, as afirmações de obrigações como predições não captam a relação interna entre regras e seus casos de aplicação, ou seja,

¹¹⁹ Shapiro (2014) destaca a insuficiência do modelo preditivo e realça a noção de regra como fundamento do Direito: “a ideia de que certas pessoas têm o direito jurídico de dizer a outros o que fazer e castigá-los se omitem cumprir com suas obrigações só tem sentido quando existem regras que conferem esses direitos e impõem essas obrigações. Pode que a mera força e os hábitos acrícos, como questão psicológica, sejam suficientes para motivar as pessoas a atuarem de certas maneiras, mas são incapazes de gerar direitos e deveres e, por conseguinte, não podem brindar um fundamento adequado para o Direito” (Shapiro, 2014, p. 116).

desconsideram o aspecto interno das regras (Hart, 2001). Voltaremos a esse ponto ainda no presente tópico.

Hart destaca uma segunda objeção às afirmações de obrigações em termos de previsibilidade. As afirmações de obrigações como predições estruturam-se desde a ideia de que “ter uma obrigação” significa que a descumprir, provavelmente, acarretaria um mal (Hart, 2001). Ele contesta esse significado, citando exemplos de afirmações em que “ter uma obrigação” não significa a probabilidade do castigo no caso de violação - afirmações que não são contraditórias e que são bem formadas em relação ao seu sentido. O exemplo que articula é o de alguém que tinha a obrigação de se apresentar ao serviço militar, mas que por ter corrompido a polícia ou o tribunal, não tinha nenhuma possibilidade de estar sujeito à punição (Hart, 2001).

Efetivamente, afirmações desse tipo não são contraditórias e fazem parte de diversos jogos de linguagem cotidianos. As objeções à ideia de obrigação como predição revelaram que a correta compreensão da noção de obrigação depende de que se considerem os casos concretos. Isso se verifica, pois, ao se afirmar que um sujeito tem uma obrigação ou dever, à luz de alguma regra, isso pode não estar significando a predição da probabilidade do castigo em caso de descumprimento (Hart, 2001). É importante rememorar que estamos reconstruindo os argumentos de Hart sobre a noção geral de obrigação, como passo preliminar à compreensão da obrigação jurídica.

A situação hipotética do assaltante armado revelou a noção mais simples do significado de “ser obrigado”. Hart advertiu que a compreensão da noção geral de obrigação, como estágio anterior à compreensão da obrigação jurídica, requer outro tipo de situação social que considere a existência de “regras sociais”¹²⁰ (Hart, 2001; Arguelles, 1984; MacCormick, 2010; Shapiro, 2014). Tais regras colaboram de dupla maneira à compreensão do que significa afirmar que uma pessoa “tem uma obrigação”. Primeiramente, a existência de regras sociais constitui o pano de fundo ou contexto (mesmo que não assinalado) dessas afirmações. Em segundo lugar,

¹²⁰ Shapiro (2014) pontua as regras sociais como a raiz da juridicidade, segundo Hart. Vejamos o seu argumento: “então, o erro de Austin foi começar sua construção com a simples força do assaltante. Hart mostra que é muito melhor começar com regras sociais. De acordo com essa concepção, o gérmen da juridicidade está no compromisso do grupo com um standard de conduta que todos devem observar. O Direito chega a existir sempre que as regras sociais em questão façam referência a outras regras. A partir dessa ideia simples, podem ser compreendidos os conceitos que são distintivamente jurídicos” (Shapiro, 2014, p. 132).

afirmar que uma pessoa “tem uma obrigação” significa que uma regra social está incidindo sob um indivíduo em particular, realçando o fato de que seu caso está sob o governo dessa regra (Hart, 2001; Arguelles, 1984; MacCormick, 2010; Shapiro, 2014).

Destacamos, no tópico anterior acerca das regras sociais, o seu vocabulário normativo (“ter o dever de”, “ter de”, “dever”) como uma propriedade distintiva frente aos hábitos sociais. Esses termos normativos destacam o *uso* de padrões para efetivar críticas, pedidos ou reconhecimentos - padrões que são utilizados nas experiências dos fatos propriamente jurídicos. Os termos “obrigação” e “dever”, segundo Hart, constituem uma importante subespécie do vocabulário normativo, mas carregam peculiaridades que outros termos não possuem. Assim sendo, a distinção entre hábitos sociais e regras sociais é necessária para a correta compreensão da ideia de obrigação ou dever, entretanto, não é suficiente (Hart, 2001; Arguelles, 1984; MacCormick, 2010; Shapiro, 2014).

Hart (2001) explicitou que afirmar que alguém “tem uma obrigação” implica a existência de uma regra. Porém, do fato de que existem regras não se segue, necessariamente, que o padrão de conduta imposto seja concebido em termos de obrigação. O autor aponta que as proposições “Ele tinha o dever de ter” e “Ele tinha a obrigação de” não são intercambiáveis em todos os casos de suas utilizações. Claro, ambas contêm, segundo Hart, referências implícitas aos padrões de comportamento, ou são usadas para extrair conclusões a partir de regras gerais nos casos particulares (Hart, 2001). Ele nos convida a refletir sobre regras de etiqueta ou regras de fala correta. Elas são certamente regras e não apenas hábitos convergentes, pois seus preceitos são ensinados e a comunidade empenha-se em sua manutenção. Além disso, são usadas para a avaliação da nossa conduta e da conduta dos outros por intermédio do vocabulário propriamente normativo: “tinhas o dever de ficar em silêncio”, “é errado dizer ‘tu jogou’” (Hart, 2001). No entanto, usar as palavras “obrigação” e “dever”, no contexto dessas espécies de regras sociais, não seria apenas um problema de estilo, mas poderia gerar equívocos. Hart (2001) alertou que essa utilização indevida descreveria erroneamente uma situação social, à medida que a linha demarcatória entre as “regras de obrigação” e as demais regras sociais é suficientemente clara, apesar de ser vaga em certos pontos (Hart, 2001). Vejamos as diferenças entre regras jurídicas de obrigação ou dever e demais regras sociais.

As regras jurídicas impõem obrigações quando a comunidade sustenta reiteradamente a conformidade com elas, bem como exerce uma “pressão social” sobre os desviantes e sobre aqueles que ameaçam desviarem-se dos padrões normativos. Hart esclarece que essas regras podem ter origem consuetudinária e elenca formas de apresentação da “pressão social”, tais como: aquelas em que não há um sistema central organizado de execução das sanções; aquelas em que a sanção pode resultar apenas em uma reação hostil, sem castigo físico, ou, ainda, aquelas que se limitam a manifestações verbais de desaprovação (Hart, 2001). Junto à “pressão social”, aparecem outras duas propriedades constitutivas da noção de regras de obrigação. A “pressão social” em favor das regras é sustentada pela coletividade, porque essas regras são percebidas como fundamentais à conservação da vida coletiva como um todo e de suas partes socialmente relevantes. O autor cita a restrição ao livre uso da violência como exemplo de regras essenciais à vida comunitária e que são concebidas enquanto obrigação. De igual envergadura, as regras que determinam que se deva “agir com honestidade”, “dizer a verdade” ou “cumprir as promessas” são pensadas como “obrigação”, ou, mais constantemente, como “dever” (Hart, 2001; Arguelles, 1984; MacCormick, 2010).

O outro item da noção de obrigação que se verifica junto à “pressão social” relaciona-se ao comportamento exigido pelas regras jurídicas de obrigação, isto é, determinado comportamento em benefício de alguns pode estar em conflito com o desejo de conduta daquele que tem o dever de se comportar conforme a regra (há uma possibilidade constante de conflito entre a obrigação ou dever e os interesses particulares). Por essa razão, Hart colore que as obrigações jurídicas caracterizam-se pelo “sacrifício” ou “renúncia” (Hart, 2001; Arguelles, 1984; MacCormick, 2010).

Os três aspectos destacados nos parágrafos anteriores distinguem as regras de obrigação ou dever frente às demais regras sociais.¹²¹ A incidência das regras de obrigação ou dever sobre os indivíduos obrigados estabelece um “vínculo” que é

¹²¹ O professor Arguelles (1984) realça alguns aspectos das regras de obrigação ou conduta: “para Hart, as normas primárias têm, em princípio, uma prioridade lógica, maior importância prática e uma anterioridade cronológica sobre as normas secundárias. A sociedade simples ou ‘primitiva’ de Hart carece de normas secundárias, já que se trata de uma sociedade notavelmente integrada, unitária, ligada a vínculos de parentesco, com sentimentos e crenças comuns no âmbito de um entorno estável; o controle social exercido sobre os destinatários (ou sujeitos passivos) das normas primárias é insuficiente; as normas primárias pressupõem certos valores sociais como condições mínimas para a permanência de certas relações sociais estáveis (limitação do uso indiscriminado da violência, do furto e da fraude); e, em último lugar, é necessário que aqueles que não aceitam as normas constituam tão somente uma minoria desorganizada e difusa” (Arguelles, 1984, p. 220, grifo do autor).

verificado no termo “obrigação”; de forma similar, o termo “dever” explicita uma “dívida latente” de certo indivíduo que tenha algum dever (Hart, 2001). Por meio da “pressão social”, o vínculo referido une um polo, formado por aqueles que têm obrigações (e que não estão livres para fazerem o que desejam), com o outro, isto é, a coletividade ou seus representantes oficiais, que asseguram o cumprimento ou aplicam a sanção (exemplo disso são as obrigações ou deveres na esfera penal). Em outras circunstâncias, a coletividade pode delegar a um particular que decidirá se defende o seu cumprimento ou reclama um valor que seja equivalente para si - exemplo disso são as obrigações ou deveres na esfera civil (Hart, 2001).

À luz da “pressão social”, como elemento distintivo das regras jurídicas de obrigação ou dever, Hart (2001) sustentou que se deve cuidar para não se conceber equivocadamente a obrigação como condicionada por um “sentimento de pressão ou compulsão”, introjetado pelo sujeito que tem uma obrigação. Da pressão social em defesa das regras de obrigação não se segue que todo sujeito que possui uma obrigação, em decorrência dessas regras, tenha introjetado “sentimentos de compulsão ou pressão” (Hart, 2001; Arguelles, 1984; MacCormick, 2010). Em apoio a essa tese, o autor oferece como exemplo a possibilidade de enunciarmos sem qualquer contradição, acerca de um “vigarista consumado”, que ele “tinha a obrigação de quitar o débito”, mas sumiu sem o fazer, pois não se sentia pressionado a pagar. Fica cristalino que “se sentir obrigado” e “ter uma obrigação” não são os mesmos atributos, apesar de serem, muitas vezes, simultâneos. Se tratássemos como casos idênticos, então, incorreríamos no erro de tratar o aspecto interno das regras como “sentimentos psicológicos”¹²² (Hart, 2001; MacCormick, 2010). Assim, o aspecto interno das regras faz-se importante para combater a teoria da previsibilidade, no que concerne às regras de obrigação ou dever.¹²³

¹²² Paramo Arguelles caminha nessa direção: “[...] a ideia de pressão social não é a ideia de experimentar sentimentos de compulsão ou de pressão. A distinção de Hart entre ‘sentir-se obrigado’ e ‘ter uma obrigação’ é importante, e confundi-las suporia não saber delimitar conceitualmente o aspecto ‘interno das regras’ com a ideia da ‘obrigação entendida em termos psicológicos’” (Arguelles, 1984, p. 307, grifos do autor).

¹²³ MacCormick (2010) referenda o ponto: “essas três características em si não explicam totalmente o que significa para alguém ter, ou estar sujeito a uma obrigação. Suponha, contudo, que os membros de um grupo aceitem certa regra. A pressão que eles exercem pela conformidade a ela é grande. Eles acham que estão promovendo um valor importante, embora, muitas vezes, os indivíduos notem que a observância a essa regra entra em conflito com o que gostariam de fazer. Essa situação, diz Hart, é aquela em que o termo ‘obrigação’ tem sentido. Um enunciado como ‘você tem a obrigação de fazer x’ é um excelente exemplo do que ele chama de um ‘enunciado interno’, expressando a opinião de alguém que adere à regra a partir do ponto de vista interno. A

Retomaremos, aqui, o tema do “aspecto interno das regras”, que foi delineado sob outra perspectiva no tópico anterior, devido a sua importância para: i) explicação das regras primárias ou de conduta como regras que impõem obrigação ou dever; ii) a partir de “i”, elucidar a função das regras de conduta na lógica de funcionamento do (conceito de) Direito.

3.2.1.3 Regras de obrigação: ponto de vista interno e ponto de vista externo

A teoria da previsibilidade sustenta que as afirmações de obrigação voltam-se à predição da reação hostil à violação de certas condutas. A “pressão social” constitui-se como elemento central na probabilidade da sanção. Ocorre que esse elemento, tal como observamos antes, também se faz presente na teoria hartiana. Assim, parece sutil a diferença entre as teorias, visto que a “pressão social” faz-se presente em ambas. Entretanto, Hart objeta que a diferença entre as teorias apenas à primeira vista é sutil.¹²⁴ O autor aponta que apesar de as afirmações de obrigação pressuporem um contexto, em que as violações às regras de um modo geral implicam castigo, esse não é o seu “uso característico”.¹²⁵ Portanto, as afirmações de obrigação têm como uso característico indicar que o caso de um indivíduo está sob governo de determinada regra (Hart, 2001). A importância dessa diferença é crucial para a compreensão correta da relação entre a existência de regras (estrutura normativa da sociedade) e o viés distintivo da ação, do discurso e do pensamento dos seres humanos quando voltados às regras. O que confere esse

opinião é que você deve fazer x porque a regra é supostamente aplicável ao seu caso” (MacCormick, 2010, p. 82-83, grifos do autor).

¹²⁴ Shapiro (2014) esquadrinha que, “ao moderar a importância das sanções na definição de Direito, Hart evitou os erros de seus predecessores. Não se viu forçado a tratar as nulidades como sanções, a representar as regras que conferem poderes como fragmentos de regras de dever, ou a sustentar que a soberania está necessariamente por cima do Direito. Hart tampouco se viu forçado a adotar uma visão restritiva da motivação humana. Compreendeu que as pessoas têm distintas razões para obedecer ao Direito, entre elas um sólido respeito pelas instituições jurídicas. Sem dúvida, um sistema jurídico só existe se suas regras são em geral observadas. Mas nem todos os que obedecem às regras fazem-no exclusivamente por medo ao castigo; muitos podem experimentar o Direito desde o ponto de vista interno, ou seja, como um conjunto de standards de conduta legítimos que lhes impõe o dever de obedecer, e isso é o que ocorre em geral nos regimes estáveis” (Shapiro, 2014, p. 130).

¹²⁵ “O elemento hermenêutico na explicação de Hart diferencia-a de elucidações prévias das mesmas noções, que também se concentravam em sanções (seriedade da pressão, na formulação de Hart), mas a partir de um ponto de vista externo. John Austin concebia os deveres como aqueles atos que se é obrigado a fazer sob a ameaça de alguma sanção por desobediência, de forma que ter um dever é simplesmente ser exposto à probabilidade de um castigo” (MacCormick, 2010, p. 84).

sentido peculiar são os aspectos interno e externo das regras, que possibilitam a compreensão da estrutura social e também do Direito (Hart, 2001).

Os aspectos interno e externo das regras manifestam que toda a comunidade que possui regras de conduta oferece a possibilidade de diversos tipos de afirmação acerca dessas regras, asserções que têm relação próxima, apesar de serem diferentes. No caso de alguém que se preocupa com as regras (“um verdadeiro aceitante” ou alguém que usa as regras como guia de conduta), está-se diante do “ponto de vista interno”. Por outro lado, no caso de uma posição de mera observação, portanto, sem aceitar as regras, manifestar-se-ão afirmações desde um “ponto de vista externo” (Hart, 2001; Arguelles, 1984; MacCormick, 2010). Assim como vimos no tópico anterior, o ponto de vista externo pode ocorrer de dois modos: i) desde um “ponto de vista externo não extremo”, no qual o observador, sem aceitar ele próprio as regras do grupo, descreve do exterior o modo como os membros da comunidade são afetados por elas (como eles as aceitam), portanto, de um ponto de vista interno; ii) desde um “ponto de vista externo extremo”, no qual o observador não se refere ao ponto de vista interno da comunidade (Hart, 2001; Arguelles, 1984; MacCormick, 2010).

Mirando a refutação da teoria da predição sobre as regras de obrigação ou dever,¹²⁶ Hart teceu alguns comentários sobre a limitação do ponto de vista externo extremo, bem como sobre a sua conexão com a teoria da predição. Segundo o autor, o observador externo extremo vislumbra somente comportamentos regulares observáveis, que constituem o aspecto externo das regras, enquanto “reações hostis, censuras e castigos”, com o que são enfrentadas as violações das regras (Hart, 2001). As regularidades observadas permitirão correlacionar as violações aos castigos, possibilitando a predição da probabilidade da punição (Hart, 2001). Todavia, esse observador externo extremo restringe a sua descrição das regras, pois ela não abrange o modo pelo qual os integrantes da comunidade aceitam-nas e deparam-se com o próprio comportamento regular. Dessa forma, ao não abranger aspectos fundamentais das regras, não pode ser referido como sendo sobre regras

¹²⁶ “A análise ‘hermenêutica’ das regras e de outras normas é o que mostra que as regras e obrigações são conceitualmente bem diferentes das ordens, e até mesmo dos comandos gerais de um ‘soberano’ que costuma ser obedecido e cujas expressões de vontade contam como ‘comandos’ porque e quando são apoiadas pela ameaça explícita ou implícita de uma sanção (um ‘mal’) a ser aplicada em caso de desobediência” (MacCormick, 2010, p. 110, grifos do autor).

e, assim, sobre as noções inter-relacionadas (“em si dependentes”, nos termos de Hart) de obrigação e dever (Hart, 2001).

A descrição desde um ponto de vista externo extremo dar-se-á em termos de condutas regulares observáveis. Hart (2001) colore a sua descrição do ponto de vista externo extremo com o exemplo de um observador de um sinal de trânsito em uma rua movimentada que, depois de certo tempo, confina-se a dizer que quando acende a luz vermelha, é provável que o trânsito pare. Ele vislumbra a luz tão somente como um “sinal” natural de que os comportamentos dos indivíduos dar-se-ão de determinado modo. Esse *modus operandi* implica que o observador não capte a plenitude da vida social daqueles que ele observa, à medida que para esses a luz vermelha acesa não é só um sinal de que os outros pararão, mas de que ele (pessoa observada) próprio parará (Hart, 2001). Por conseguinte, as pessoas param quando a luz vermelha está acesa, pois essa é uma razão para pararem, relacionada às regras que transformam o ato de parar em um “padrão de comportamento” e em uma “obrigação”. De acordo com Hart (2001), fazer essas menções configura o modo como a comunidade defronta-se com o próprio comportamento, ou seja, refere-se ao aspecto interno das regras, visto desde o ponto de vista interno a ela (Hart, 2001; Arguelles, 1984; MacCormick, 2010).

Hart (2001) apresenta uma última análise acerca dos pontos de vista interno e externo. Ele argumenta sobre a relação entre o ponto de vista externo e certos membros do grupo que rejeitam as regras, e que só se preocupam com elas quando acreditam que sofrerão alguma punição pela violação.¹²⁷ Esse ponto de vista será expresso por meio de frases como “estava obrigado a fazer tal”, “provavelmente sofrerás por causa disso, se [...]” etc. (Hart, 2001). Não necessitarão, porém, de outras formas de expressão:

¹²⁷ “Implícita na própria ideia de regras e *standards* sociais desenvolvidas por Hart está a ideia de ‘reações críticas’ à conduta desviante. O ponto de vista interno, envolvendo uma preferência pela conduta conforme certo padrão, também exige logicamente reações adversas à conduta que se afasta desse padrão. Sendo assim, é uma verdade lógica que alguém que quebra uma regra incorre na desaprovação daqueles que a aceitam. Do ponto de vista deles, a desaprovação é justificada. Muitas pessoas, supomos, são sensíveis, algumas altamente sensíveis à desaprovação dos outros. Ser objeto de desaprovação é desagradável. Portanto, se o termo ‘sanção’, um termo um tanto quanto vago e usado indiscriminadamente, é utilizado para significar qualquer experiência normalmente desagradável pela qual uma pessoa está sujeita a passar por ter sido considerada transgressor de algum *standard* de conduta, pode-se dizer, nesse sentido amplo, que não há regras sem ‘sanções’” (MacCormick, 2010, p. 181, grifos do autor).

Mas não precisarão de formas de expressão como ‘tinha a obrigação’ ou ‘tens a obrigação’, porque essas são exigidas só por aqueles que veem a sua própria conduta e a das outras pessoas do ponto de vista interno. O que o ponto de vista externo, que se limita a regularidades observáveis de comportamento, não pode reproduzir é o modo pelo qual as regras funcionam como regras relacionadas às vidas daqueles que são normalmente a maioria da sociedade. Esses são os funcionários, os juristas ou as pessoas particulares que as usam, em situações sucessivas, como guias de conduta da vida social, como base para pretensões, pedidos, confissões, críticas ou castigos, nomeadamente em todas as circunstâncias negociais familiares da vida, de harmonia com as regras. Para eles, a violação da regra não é apenas uma base para a predição de que se seguirá uma reação hostil, mas uma *razão* para a hostilidade (Hart, 2001, p. 100, grifo do autor).¹²⁸

A citação acima materializa a tese hartiana de que a teoria da predição sobre regras de obrigação ou dever peca pelo seu ponto de vista externo extremo, não conseguindo dar conta da totalidade da noção de regra. Essa noção deve ser pensada não apenas em seu aspecto externo, mas na relação interna que mantém com seus casos de aplicação (“seguimento da regra”), portanto, desde um ponto de vista interno. Em relação ao ponto de vista interno do Direito, as regras são usadas como padrões de crítica dos comportamentos na prática social de seguir regras. As regras primárias ou de conduta constituem-se como regras de obrigação ou dever em que a comunidade exerce pressão séria pelo seu cumprimento (Hart, 2001; Arguelles, 1984; MacCormick, 2010).

Antes de prosseguirmos, reconstruiremos o caminho trilhado neste tópico, visando a arregimentar os ganhos que as análises proporcionaram e a relação com a tese que estamos defendendo. O Direito como união de regras primárias e secundárias é tratado por Hart (2001) como um novo começo à Teoria do Direito. A razão para o recomeço é que o modelo de Direito das ordens baseadas em ameaças (“Jurisprudência Analítica”) não deu conta da totalidade dos elementos do Direito interno de um Estado moderno. Nesse contexto, a ideia do Direito como a união de regras primárias e secundárias significa “a chave para a ciência do Direito”

¹²⁸ No original: “But they will not need forms of expression like ‘I had an obligation’ or ‘You have an obligation’ for these are required only by those who see their own and other persons conduct from the internal point of view. What the external point of view, which limits itself to the observable regularities of behaviour, cannot reproduce is the way in which the rules function as rules in the lives of those who normally are the majority of society. These are the officials, lawyers, or private persons who use them, in one situation after another, as guides to the conduct of social life, as the basis for claims, demands, admissions, criticism, or punishment, viz., in all the familiar transactions of life according to rules. For them the violation of a rule is not merely a basis for the prediction that a hostile reaction will follow but a *reason* for hostility” (Hart, 1972, p. 88, grifos do autor).

(Hart), o que parece indicar, em nossos termos, um aspecto da “gramática das regras jurídicas” que o autor desenvolveu (Hart, 2001).

Toda investigação conceitual sobre o Direito deve considerar o princípio de que “onde há Direito, algumas condutas tornam-se obrigatórias”. Concretamente, as regras de conduta impõem deveres ou obrigações. Daí a importância da análise da noção de obrigação em geral, como passo preliminar ao esclarecimento da obrigação em sua feição jurídica. O primeiro aspecto destacado expressou uma diferença nítida entre as afirmações de “ser obrigado” e de “ter uma obrigação”. “Ter a obrigação de fazer algo” apresentou duas notas conceituais distintivas: 1) ser independente às crenças e motivos do sujeito que tem a obrigação (portanto, não se tratando de uma asserção psicológica); 2) ser independente do cumprimento efetivo da obrigação (Hart, 2001).

Austin considerou a irrelevância das crenças e motivos para o sentido de “ter uma obrigação”, que formulou como a probabilidade de sofrer uma sanção em caso de violação. Hart (2001) opôs duas objeções à teoria da obrigação como predição, a saber: a) o desrespeito às regras não é apenas fundamento à sanção, porém, configurando-se como a *razão* para a reação hostil (aspecto interno: usar as regras como padrões de crítica dos comportamentos); b) é possível enunciar diversas proposições com sentido, que afirmam que ter uma obrigação não significa a probabilidade do castigo no caso de seu descumprimento (Hart, 2001).

As afirmações de obrigação têm como pano de fundo (mesmo que implícito) as regras sociais. “Ter uma obrigação”, assim, demonstra que uma regra social está recaindo sob uma pessoa, destacando que o seu caso encontra-se referido por essa regra. O vocabulário propriamente normativo das regras sociais manifesta os termos “obrigação” e “dever” como seus itens, que se diferenciam dos demais pela função que cumprem no contexto dessas regras. As afirmações de algumas regras sociais, porém, não podem ser concebidas em termos de obrigação ou dever, sob pena da descrição incorreta de determinada situação social (“regras de etiqueta”, “regras de fala correta”). Afinal, a margem separatória das regras de obrigação e dever frente às demais regras sociais é suficientemente clara, embora tenha pontos de vagueza (Hart, 2001).

A investigação trouxe à tona cinco propriedades distintivas das regras jurídicas de obrigação ou dever: 1) pressão social séria; 2) pressão social que se verifica em favor da defesa da integralidade da vida social e de seus aspectos

relevantes; 3) o conflito entre o desejo de agir de certo modo e o prescrito pela regra de obrigação notabiliza que as últimas caracterizam-se pelo sacrifício e/ou renúncia; 4) as regras de obrigação geram um vínculo via pressão social entre aqueles que “têm uma obrigação” e o grupo social; 5) a ideia de pressão social não se confunde com um sentimento de pressão e compulsão interiorizado por aqueles que têm uma obrigação, pois “sentir-se obrigado” e “ter uma obrigação” não são os mesmos atributos (rememoremos o exemplo do “vigarista consumado”).¹²⁹ Essa distinção é fundamental para que não representemos o aspecto interno das regras como uma questão de “sentimentos psicológicos”¹³⁰ (Hart, 2001).

O ponto de vista interno trata de afirmações que levam em consideração o modo como as pessoas usam as regras como guia de conduta ou “as aceitam”.¹³¹ De outro modo, no ponto de vista externo, o observador não está preocupado com as regras, pois não as aceita, registra apenas comportamentos regulares observáveis. A teoria da predição das regras de obrigação ou dever sustentou um ponto de vista externo extremo na explicação do Direito (probabilidade do castigo no caso de violação da obrigação), portanto, desconsiderou o ponto de vista interno do grupo social (Hart, 2001).

Hart (2001) centrou na ideia de regra aquilo que Austin referiu-se como “a chave à Ciência do Direito”. As análises demonstraram que Hart explicitou as

¹²⁹ “A utilidade central de tais noções [‘dever’, ‘infringir a lei’, ‘errado’, ‘violação do dever’, ‘crime’ e ‘obrigação’] é a construção de ‘enunciados internos’, que apelam a uma regra ou a aplicam sem necessária ou frequentemente evoluírem para um enunciado explícito da regra. A regra à qual o apelo tácito é feito em qualquer desses casos, alega Hart, exibe as três características especiais: *seriedade* da pressão social por trás da regra, *importância* dos valores que a sua observância promove e um *conflito possível* entre os desejos do agente e o que a regra estabelece” (MacCormick, 2010, p. 84, grifos do autor).

¹³⁰ Arguelles (1984) explana sobre o significado dos elementos fáticos como necessários ao conceito de obrigação: “a teoria da obrigação em Hart ocupa um lugar fundamental dentro da Teoria Geral do Direito. Embora seja uma teoria de grande complexidade – ‘é uma teoria muito articulada e complexa’ –, supõe para Bobbio uma correção ao normativismo, mas na direção de uma maior atenção ao mundo dos fatos. O elemento ‘norma’, embora seja fundamental, não é suficiente para o conceito de obrigação. Hart introduz novos requisitos: exigência de conformidade e pressão social, adicionando, para a diferenciação da obrigação jurídica – dentro de um sistema jurídico evoluído –, a previsão e regulação de sanções perante a violação de uma norma primária” (Arguelles, 1984, p. 314, grifos do autor).

¹³¹ “Hart caracteriza ainda a aceitação de regras por referência ao fato de que aqueles que aceitam uma regra utilizam-na como um guia para a vida social. Como as regras não são ‘entidades reais’, a noção de uso de uma regra é opaca. Ela pode receber um uso óbvio, por exemplo, onde declarações de regras são constantemente consultadas em livros de regras, podemos dizer que regras são usadas. Mas isso dificilmente é característico do comportamento normativo comum, e o sonegador de imposto de renda provavelmente usará regras mais do que o cidadão cumpridor da lei. Podemos afirmar que as regras são usadas quando as circunstâncias são reconhecidas como fatos operativos [“ocasião para o cumprimento da regra”, grifo nosso] para a execução de um ato normativo” (Hacker, 1977, p. 16, grifo do autor).

noções de regras de conduta, obrigação e dever como noções inter-relacionadas ou em si dependentes. As cinco características das regras de obrigação ou dever elencadas acima servem não apenas para distingui-las das demais regras sociais, mas também articulam a lógica de funcionamento do Direito, tendo-se em vista a tarefa que exercem na delimitação das condutas governadas por ele. Pensemos na “pressão social séria”, enquanto uma dessas importantes características distintivas. Assim como vimos, ela não se confunde com um “sentir-se obrigado”, à medida que as regras incidem na prática cotidiana do uso de padrões normativos, e não por qualquer condição psicológica (Hart, 2001; Arguelles, 1984; MacCormick, 2010; Shapiro, 2014).

Hart (2001) estruturou as regras jurídicas desde uma semelhança com a gramática filosófica (das regras) da linguagem, portanto, enquanto uso prático de padrões compartilhados para crítica das condutas. A distinção entre ponto de vista interno e ponto de vista externo (manifestação do método linguístico no critério metodológico de Hart), em relação às declarações de “obrigação”, tem como uso característico manifestar que o caso de uma pessoa recai sob certa regra. A relevância dessa diferença é fundamental para o entendimento da relação entre a existência de regras e o comportamento dos indivíduos quando voltados a elas. Esse sentido peculiar remete aos aspectos interno e externo das regras, que possibilitam a compreensão da estrutura social e do Direito. Portanto, uma concepção que revela as regras jurídicas como elemento fundamental na lógica de funcionamento do conceito de Direito. Hart trabalha com a ideia de regra jurídica desde a sua utilização na prática social, isto é, enquanto uso das regras no interior de sistemas jurídicos. Uma noção de regra semelhante a certa noção da filosofia da linguagem: “regras de uso dos termos no interior de sistemas linguísticos” (Searle).

Wittgenstein mostrou que a prática social de seguir regras é fruto de ensino ou treinamento e não ocorre privadamente (mentalmente), em razão de seus critérios públicos. Por esse motivo, o aspecto interno do seguimento de regras não se configura como um sentimento interiorizado pelo agente que tem uma obrigação, pois isso não descreveria corretamente o seu sentido. As regras de conduta articulam a lógica de funcionamento do Direito, pois são uma condição necessária (mas não suficiente, como veremos adiante) à distinção entre fenômenos jurídicos e demais fenômenos sociais; possibilitam, assim, a correta compreensão do que o Direito é. Ademais, lembremo-nos de Wittgenstein: “a gramática diz que tipo de

objeto qualquer coisa é” (“IF”, § 373), e “a essência está expressa na gramática” (“IF”, § 371).¹³² Porém, há outros tipos de regras, e elas têm um papel relevante enquanto regras de funcionamento do Direito. Assentadas as questões acerca das regras primárias, devemos clarificar o que são as regras secundárias, bem como a sua função na “gramática das regras jurídicas” hartiana. Como explanou Shapiro: “segundo a célebre explicação de Hart, o Direito não se compõe apenas de regras que impõem deveres e também conferem poderes, mas também está baseado nelas” (Shapiro, 2014, p. 116). Portanto, o nosso próximo passo irá ao encontro desses elementos do Direito, que se constituem como as regras que Hart denominou como “regras secundárias”.

3.2.2 Regras secundárias I (reconhecimento, alteração e julgamento)

Neste tópico, trataremos das regras secundárias. Hart delineou como eixo central do conceito de Direito a união entre regras primárias e secundárias. No tópico anterior, detalhamos os aspectos constitutivos das regras de obrigação, bem como o seu papel na lógica de funcionamento do conceito de Direito. Cabe-nos, agora, analisar o papel das regras secundárias no contexto da sua lógica de funcionamento. Assim, partiremos da ideia hartiana de uma comunidade que dispusesse apenas de regras de obrigação e da insuficiência desse modelo simples quanto a sua eficácia geral. Apresentaremos os três defeitos estruturais e as correções que os três tipos de regras secundárias oferecem ao modelo exclusivo de regras primárias.

Destacaremos a “incerteza” como o primeiro desses defeitos estruturais, ou seja, que as regras não constituem um sistema de regras, porque são apenas padrões separados sem uma identidade comum (à exceção de que são aceitos por aquele grupo social). A primeira regra secundária que Hart descreve é a que está voltada à correção da “incerteza”, tratando-se da “regra de reconhecimento” (“rule of

¹³² Acerca da gramática das asserções de existência das regras sociais, Michelon Jr. aponta que “o tipo de objeto que é uma regra de comportamento é definido, assim, pelas condições de verdade dos enunciados que asserem a existência de uma regra. A gramática do enunciado que assera a existência de uma regra é diferente da gramática do enunciado que assera a existência de um fato bruto, ou de um fato metafísico. Para uma regra social existir, significa simplesmente ser utilizada como um padrão de avaliação de ações humanas; para um objeto físico existir, significa ter extensão, peso, massa, em suma, qualidades primárias. Para utilizar um exemplo do próprio Hart: o que faz do metro um padrão de extensão? A resposta está em nossas práticas: o fato de que utilizamos o metro para medir a extensão” (Michelon Jr., 2004, p. 161).

recognition”). A segunda correção deve ser dirigida à feição “estática” das regras, isto é, a inexistência de um modo de sua alteração (introdução de novos padrões de conduta para o grupo). Nesse contexto, as “regras de alteração” (“rules of change”) funcionam de modo a corrigir o viés “estático” do regime de regras primárias. A terceira correção diz respeito à “ineficácia” da pressão social difusa em favor da manutenção das regras. Para corrigi-la, Hart apresenta as “regras de julgamento” (“rules of adjudication”), que atribuem poderes a certas pessoas para determinarem, com *autoridade*, se certa regra foi violada.

Abordaremos o significado da ideia hartiana de que essas correções apontam à passagem do mundo “pré-jurídico” ao “jurídico”. Efetivamente, o conjunto das três correções transforma o modelo de regras primárias em um verdadeiro “sistema jurídico”. Detalharemos as diferenças entre os tipos de regras secundárias, como também entre elas e as regras de conduta das quais são complemento. Obviamente, o critério metodológico de Hart, isto é, a distinção entre ponto de vista interno e ponto de vista externo, aparecerá na relação com os conceitos que articulam a explicação do Direito como a união entre regras primárias e secundárias. Afinal, as correções do modelo simples de regras primárias condicionaram a sua complementação pelas regras secundárias, ampliando o espectro do ponto de vista interno. Então, quais são os conceitos que deverão ser (re)pensados no horizonte desse contexto?

A argumentação de Hart acerca das regras secundárias inicia-se solicitando que imaginemos uma comunidade que dispusesse apenas de regras de conduta ou obrigação, tal como certas comunidades primitivas.¹³³ Essa sociedade deverá, todavia, preencher algumas condições para que consiga êxito, tais como promover restrições ao livre uso da violência, ao furto e à fraude (Hart, 2001; Arguelles, 1984; MacCormick, 2010; Shapiro, 2014). Além disso, os aceitantes das regras devem ser maioria frente aos que as rechaçam, pois senão a pressão social seria demasiado pequena (insuficiente para a proteção do cumprimento das regras). O autor não

¹³³ Shapiro (2014) observa o caminho da argumentação hartiana sobre a “forma embrionária de relação de autoridade”, com origem na noção de regra: “[...] o poder jurídico nunca pode ser equiparado à pura força, sem importar sua amplitude ou grau. Qualquer asserção de autoridade necessariamente requer que quem a realize siga regras que conferem o direito de exigir obediência. Por essa razão, Hart não começa a construção de seu próprio sistema jurídico com força bruta ou submissão acrítica. Começa, por outro lado, considerando uma comunidade que não conta com um sistema jurídico, mas que segue regras. Depois, reflete sobre os distintos problemas sociais que se gerariam nesse grupo e como a introdução de regras adicionais (entre elas, a regra de reconhecimento) resolveria esses problemas” (Shapiro, 2014, p. 117).

deixou de notar que apenas pequenas comunidades (muito coesas) conseguiriam sobreviver sob um regime exclusivo de regras primárias (“regras não oficiais”, nos termos de Hart). Nos demais casos, esse modelo mostrar-se-á deficiente e exigirá correções¹³⁴ (Hart, 2001; Arguelles, 1984; Shapiro, 2014).

A primeira dessas correções aponta para uma dificuldade que a comunidade que vive apenas sob o regime das regras não oficiais apresenta, a saber, que as suas regras não constituem um sistema de regras, porquanto são apenas padrões separados sem identidade comum (à exceção de que são aceitos por aquela determinada comunidade) (Hart, 2001; Arguelles, 1984; Shapiro, 2014). Nesses casos, seguir-se-ão problemas, tais como os relacionados às dúvidas na aplicação de certas regras, que padecerão da falta de um processo regulamentado para saná-los (“de um texto dotado de autoridade ou de um funcionário dotado de autoridade”). Para que existisse tal processo de identificação do Direito, deveriam existir regras de outro tipo, que não apenas as de obrigação ou dever. Hart refere-se a isso como um “defeito na estrutura social simples das regras primárias” e designa a propriedade como a sua “incerteza”¹³⁵ (Hart, 2001; Arguelles, 1984; Hacker, 1977; MacCormick, 2010; Shapiro, 2014).

Em uma comunidade com apenas regras primárias, a segunda correção deve ser dirigida à sua feição “estática”. Em outras palavras, não haverá um modo otimizado de alteração das regras, à exceção dos lentos processos de assimilação de um hábito como conduta regular até a sua transformação em conduta obrigatória

¹³⁴ “O quinto truísmo de Hart sobre a natureza humana, em todo caso, permite-lhe explicar a evolução das sociedades humanas a partir das sociedades ‘muito pequenas e coesas’. Essas sociedades poderiam se manter com sucesso simplesmente por meio da observância comum de *standards* ‘estáticos’ comuns, criminalizando a violência, o roubo e a fraude, e fornecendo algum elemento ‘dinâmico’ rudimentar por meio das condições reconhecidas que são implícitas em alguns desses *standards*. Quanto maior a divisão do trabalho, porém, menos coesa torna-se a sociedade. Quanto menos coesa, menos eficazes são as pressões sociais informais para garantir a obediência da maioria das pessoas, na maior parte do tempo. Quanto mais é assim, mais fortes são os motivos para se institucionalizar a imposição de normas sociais comuns por meio de funcionários públicos autorizados. O palco está montado para o desenvolvimento de reforço mútuo de um tipo que não é preciso ser marxista para reconhecer como sendo, em certo sentido, ‘dialético’” (MacCormick, 2010, p. 134, grifos do autor).

¹³⁵ O professor Arguelles (1984) colore que “as regras que o grupo observa não formam um sistema: são simplesmente um conjunto de pautas ou critérios de conduta separados, sem nenhuma característica comum identificatória – exceto, claro está, o fato de que são regras aceitas por um grupo social determinado. Não existe procedimento que determine a identidade e pertença das normas, assim como, tampouco, existe uma autoridade que possa reconhecer oficialmente tais regras. Porque o procedimento e o reconhecimento do texto ou pessoas com autoridade implicam a existência de regras de um tipo diferente das regras primárias de obrigação; portanto, Hart denomina esse defeito da estrutura social de regras primárias sua *falta de certeza*” (Arguelles, 1984, p. 213, grifos do autor).

e, em sentido inverso, da prática de condutas que não eram toleradas e que passam a ser socialmente aceitas¹³⁶ (Hart, 2001; Arguelles, 1984; Hacker, 1977; MacCormick, 2010; Shapiro, 2014). Nessa sociedade, inexistente um modo de readaptar os padrões normativos aos novos contextos sociais que se insurgem: as regras são “estáticas”. Repete-se a conclusão da primeira correção: para remediar esse defeito, deveriam existir regras diferentes das de obrigação - regras que tutelassem a possibilidade de substituição das regras por outras regras (Arguelles, 1984; Hart, 2001; Shapiro, 2014).

A terceira correção da forma simples de vida social diz respeito à “ineficácia” da pressão social difusa em favor da manutenção das regras. As querelas sobre se determinada regra foi desrespeitada devem ter uma instância autorizada e definitiva que decida e ponha fim ao litígio (Arguelles, 1984; Hacker, 1977; Hart, 2001; MacCormick, 2010). A ausência dessa instância decisória dotada de autoridade associa-se a outra deficiência do modelo, ou seja, os modos de aplicação das sanções, incluindo o uso da força física, são executados pela própria comunidade e não por uma instância especial. A inexistência de uma organização centralizada de aplicação dos castigos às violações acarreta a não otimização do tempo pelo grupo social, além de trazer consequências nefastas, tais como a possibilidade da vingança privada¹³⁷ (Hart, 2001).

¹³⁶ Shapiro (2014) colore o segundo defeito estrutural do mundo pré-jurídico: “nessa comunidade, logo imagina Hart, não existem mecanismos institucionais para criar regras. As únicas regras que existem são consuetudinárias. Nessa comunidade, existe uma regra somente se a maioria de seus membros adota o que Hart denomina o ‘ponto de vista interno’ para essa regra. Em outras palavras, devem estar comprometidos a atuar segundo a regra e a avaliar a conduta com base nela. Portanto, um grupo conta com uma regra consuetudinária que exige dos homens descobrirem a cabeça quando entram em um lugar sagrado, e aqueles que não descobrem a cabeça são criticados por isso (empregando enunciados tais como ‘deves tirar o chapéu em lugares sagrados’ ou ‘foi uma pena eu não ter tirado meu chapéu de penas de avestruz no domingo passado’)” (Shapiro, 2014, p. 118, grifos do autor).

¹³⁷ “Sendo assim, há o risco de que aqueles que obedecem voluntariamente sejam efetivamente explorados por aqueles que não o fazem. A instituição social que combate esse risco com maior eficiência é, segundo Hart, a organização de ‘sanções’ coercivas eficientes impostas sobre aqueles que infringem as regras (ou violam outros *standards* importantes, podemos acrescentar). A existência de um sistema organizado de sanções funciona como um tipo de garantia para aqueles que carregam de boa vontade o fardo da existência social, de que os outros não possam se aproveitar dos benefícios, deixar de cumprir a sua parte do árduo trabalho e safar-se. Isso se encaixa perfeitamente no enfoque de Hart a respeito da ‘ineficiência’ de um regime de ‘regras primárias de obrigação’ puras sustentadas apenas pela pressão social difusa e na sua teoria de que a evolução das ‘regras secundárias de julgamento’ pode ser descrita como uma ‘compensação’ para essa ‘ineficiência’” (MacCormick, 2010, p. 183, grifos do autor). Ainda sobre o terceiro defeito da estrutura simples de regras primárias, Arguelles argumenta que “o terceiro defeito dessa estrutura social simples é a ineficácia da pressão social difusa exercida para fazer cumprir as regras, ou seja, a *ausência de um monopólio oficial de sanções*, a ausência de um

As três correções ao modelo de sociedade apenas com regras de conduta indicam que certas regras secundárias deverão complementar as regras primárias. Hart considera que essas correções apontam à passagem do mundo “pré-jurídico” ao “jurídico”, ao passo que as regras secundárias comportam elementos essencialmente constitutivos do Direito. Efetivamente, o conjunto das três correções corresponde aos tipos de regras secundárias, que transformam o modelo de regras primárias em um verdadeiro “sistema jurídico”¹³⁸ (Hart, 2001; Arguelles, 1984; Hacker, 1977; MacCormick, 2010). Delinearemos, adiante, os três modos de existência das regras secundárias, bem como o significado do Direito como a sua união junto às regras de obrigação. Hart ressalva, porém, que há diferenças não apenas entre os tipos de regras secundárias, mas também entre elas e as regras de conduta das quais são complemento (Hart, 2001; Arguelles, 1984; MacCormick, 2010). As regras secundárias situam-se em uma dimensão diferente das regras de obrigação, à medida que estão voltadas a essas últimas, isto é, as regras de obrigação disciplinam o que as pessoas devem fazer, enquanto as secundárias relacionam-se com as próprias regras primárias. O autor expõe que as regras secundárias “especificam os modos pelos quais as regras primárias podem ser determinadas de forma concludente, ou ser criadas, eliminadas e alteradas, bem como o fato de que a respectiva violação seja determinada de forma indubitável” (Hart, 2001, p. 104).

órgão especial com faculdades para determinar de forma definitiva, e com autoridade, o fato da violação” (Arguelles, 1984, p. 213, grifos do autor).

¹³⁸ Nesse sentido, Hacker (1977) (que critica Hart pela falta de clareza nesse ponto) observa que, “conjuntamente, os *três* remédios convertem um regime de regras primárias em um sistema jurídico, onde as regras primárias constituintes não são mais necessariamente regras consuetudinárias de obrigação (na verdade, a maioria provavelmente será promulgada como regras obrigatórias). A incerteza é resolvida pela introdução de uma regra de reconhecimento para a identificação conclusiva das regras do grupo. A estática é eliminada pela introdução de regras de mudança que conferem poderes *públicos* ou *privados* a funcionários ou pessoas em geral para promulgar, revogar e alterar a incidência de regras. A ineficiência é reduzida por regras de adjudicação que autorizam as autoridades a determinar se uma regra foi violada, definindo o procedimento a ser seguido na adjudicação e autorizando os juízes a direcionar a aplicação de penalidades por outros funcionários, centralizando, assim, as sanções do sistema” (Hacker, 1977, p. 19, grifos do autor). MacCormick complementa, anotando que, “na visão de Hart, o aspecto de diferenciação essencial do ‘Direito’ encontra-se, na verdade, na própria ideia de que as leis pertencem a *sistemas* jurídicos. A qualidade sistêmica do Direito é evidenciada no fato de que as regras primárias de obrigação podem ser e normalmente são suplementadas por ‘regras secundárias’, que estão logicamente inter-relacionadas com as regras primárias. Dessa forma, estabelece-se uma rede de inter-relações entre as várias regras por meio da qual a totalidade pode ser vista como um único ‘sistema de Direito’. Segue-se, portanto, a corajosa declaração de Hart de ter descoberto a ‘chave para a ciência do Direito’” (MacCormick, 2010, p. 141, grifos do autor).

A primeira regra secundária que Hart descreve é a que está voltada à correção da “incerteza” que o modelo exclusivo de regras primárias possui. Trata-se da “regra de reconhecimento” (“rule of recognition”). Inicialmente, o autor observa que a “regra de reconhecimento” é que determinará o(s) aspecto(s) que identifica(m) se certa regra é uma regra amparada pela pressão social exercida pelo grupo, portanto, se é reconhecida como uma das regras da comunidade¹³⁹ (Hart, 2001; Arguelles, 1984; MacCormick, 2010; Shapiro, 2014). Hart (2001) adverte que a existência da “regra de reconhecimento” assume diversas formas, sendo algumas mais simples e outras mais complexas. Ele exemplifica a forma simples com o caso do Direito primitivo, em que a “regra de reconhecimento”, por vezes, não passava da verificação de se a regra estava situada em uma lista ou texto de regras, em algum tipo de documento escrito ou até mesmo registrada em um monumento público (Hart, 2001). A referida mudança do mundo pré-jurídico ao jurídico, à luz da sucessão histórica, tem como marco inicial o registro escrito das regras que antes não o eram. Essa fase é fundamental, apesar de não ser a mais importante, pois decisivo é que o que está escrito seja dotado de autoridade, isto é, que seja a forma adequada à resolução de dúvidas sobre a existência das regras (Hart, 2001). A existência desse reconhecimento implica uma forma simples de regra secundária, ou seja, uma regra que identifique conclusivamente as regras de obrigação.¹⁴⁰

¹³⁹ Shapiro (2014) descreve a regra de reconhecimento: “Hart sugere que as regras fundamentais dos sistemas jurídicos resolvem os distintos defeitos das sociedades consuetudinárias, pré-jurídicas. Os sistemas jurídicos abordam o problema da incerteza oferecendo uma regra que determina quais regras são vinculantes. Mediante a referência a essa regra acerca de regras – que Hart denomina ‘regra de reconhecimento’ –, as questões normativas podem ser resolvidas sem deliberação, negociação ou persuasão. Se há dúvidas sobre se os homicídios por vingança estão permitidos, por exemplo, a regra de reconhecimento pode dirigir as partes à lista de regras com autoridade que está na torre da praça do povo, às decisões passadas do ancião da aldeia, à prática de outras aldeias, e assim sucessivamente, para determinar a resposta” (Shapiro, 2014, p. 119-120). MacCormick sintetiza o ponto: “a *incerteza* é curada se houver uma regra que forneça a identificação oficial de todas as regras que são válidas para uma dada sociedade. Hart chama essa regra de ‘regra de reconhecimento’” (MacCormick, 2010, p. 146, grifo do autor).

¹⁴⁰ Shapiro (2014) manifesta-se sobre a Regra de Reconhecimento: “em particular, Hart sustenta que o fundamento de todo o sistema jurídico jaz em uma regra social que estabelece os critérios de validade jurídica. Essa regra mestra, que Hart denomina ‘regra de reconhecimento’, determina quais regras que conferem poderes e que impõem deveres são válidas no sistema. Postular uma regra de reconhecimento supôs um grande avanço na Teoria do Direito. Como se verá, a teoria de Hart é capaz de explicar muitas das características habituais dos sistemas jurídicos modernos que resultavam misteriosos ou inconcebíveis na explicação de AUSTIN. Também faz inteligível o pensamento jurídico e seu discurso ao mostrar que, por sua natureza, os conceitos e a terminologia jurídicos baseiam-se, em última instância, em regras” (Shapiro, 2014, p. 116, grifos do autor). Ainda acerca da regra de reconhecimento, MacCormick (2010) sugere que “Hart é perfeitamente claro ao dizer que, para cada sistema jurídico completamente maduro, há uma ‘regra fundamental de reconhecimento’ que é ‘fundamental’ nesse sentido: não é, em si, validada por qualquer norma ou regra superior, nem mesmo por uma ‘norma fundamental’ pressuposta

Obviamente, o desenvolvimento dos sistemas jurídicos complexificou o modo de estruturação das regras de reconhecimento. Nesse horizonte, a identificação das regras deixa de ser procedida com apelo exclusivo a um texto ou lista, passando a estar referida a determinada propriedade geral constitutiva das regras de conduta. Dessa forma, segundo Hart, essa propriedade constitutiva assume variadas formas, tais como: as regras serem legisladas por determinado órgão; as regras terem uma antiga prática consuetudinária; as regras guardarem relações com decisões judiciais etc (Hart, 2001; Raz, 2009). As propriedades gerais podem não ser as únicas enquanto critérios de identificação. Nesse caso, o conflito entre os critérios pode ser dirimido por meio do escalonamento das regras por meio de um critério de superioridade, como ocorre normalmente com a subordinação do costume ou do precedente à lei - considerada “fonte superior do Direito” (Hart, 2001; Raz, 2009).

A complexidade dos sistemas jurídicos modernos pode fazer parecer que a regra de reconhecimento não se identifique com a aceitação simples de um texto dotado de autoridade. No entanto, Hart objeta que, mesmo na forma simples de apresentação da regra de reconhecimento, ela comporta muitos elementos distintivos do Direito (Hart, 2001; Arguelles, 1984; Shapiro, 2014). Ou seja, o embrião da ideia de sistema jurídico repousa na atribuição de autoridade conferida pela regra de reconhecimento. Isso ocorre porque ela unifica as regras de um modo simples, estruturando-as não mais como um conjunto desconexo.¹⁴¹ Aliás, o

juridicamente do tipo contemplado por Kelsen. Não é, em si, chamada significativamente de ‘válida’ ou ‘inválida’. Sua existência como regra é constituída simples e unicamente pelo fato de que, ‘a partir do ponto de vista interno’, é ‘aceita’ (*espontaneamente* aceita), pelo menos pelos juízes e por outras autoridades superiores que exercem poderes dentro do sistema. É uma regra convencional, no sentido de que um padrão existente de conformidade a ela é parte do motivo para que os indivíduos a aceitem. Ela ‘existe’ no mesmo sentido de alguma ‘regra’ da ‘moral positiva’, como ‘mentir é errado’, pelo costume e uso daqueles vinculados a ela. Essas pessoas referem-se a essa regra tanto como um guia para a sua própria conduta quanto como um fundamento para avaliações críticas da conduta de outros, partindo do pressuposto de que os outros também aderem a ela. Em uma sociedade justa, poderia muito bem ser aceita e endossada espontaneamente pelos cidadãos em geral, assim como pelas autoridades em particular. Entretanto, só a aceitação por esse último grupo é tanto necessária quanto suficiente para a sua existência. Nem todas as sociedades com sistemas jurídicos são justas” (MacCormick, 2010, p. 148-149, grifos do autor).

¹⁴¹ Nesse sentido, MacCormick manifesta que “o aspecto sistêmico do Direito é constituído pelo fato de que todos os membros de um grupo de regras são validados por um conjunto de critérios mais ou menos complexos de reconhecimento e, sob esse prisma, de que apresentam inter-relações complexas uns com os outros. Devemos contrastar com tal sistema qualquer mero ‘conjunto’ de regras que não apresentem uma interconexão sistemática entre si. Um regime de regras primárias puras é um conjunto assim, unificado apenas porque todas são regras de um único grupo social” (MacCormick, 2010, p. 149-150, grifos do autor). Shapiro elucida sobre o ponto, anotando que, “ao caracterizar o Direito como a ‘união’ de regras primárias e secundárias, Hart pretende enfatizar a *sistematicidade* do jurídico. Em um sistema jurídico, todas as regras primárias estão vinculadas

procedimento de identificação de certa regra, como uma das regras que têm a propriedade de estar na lista de regras dotadas de autoridade, revela a origem da noção de “validade jurídica”¹⁴² (Hart, 2001; Arguelles, 1984; Shapiro, 2014). Devido ao impacto conceitual da noção de “regra de reconhecimento” na Teoria do Direito, bem como as suas consequências à tese da gramática das regras jurídicas hartiana, voltaremos a ela no próximo tópico, de acordo com esse duplo horizonte.

A segunda modalidade de regra secundária que Hart descreve são as “regras de alteração” (“rules of change”), que funcionam de modo a corrigir o viés “estático” do regime de regras primárias. O modelo mais simples de “regra de alteração” é aquele em que se conferem poderes para uma pessoa ou grupo de pessoas introduzirem novas regras de conduta na comunidade, portanto, em substituição às antigas.¹⁴³ As noções de “ato legislativo” e de “revogação legislativa” são instâncias das regras de alteração, não podendo ser compreendidas, então, no horizonte das “ordens baseadas em ameaças” (Hart, 2001; Arguelles, 1984). As regras de alteração estruturam-se de diversas formas: os poderes conferidos podem ser ilimitados ou restritos de variados modos, além do que as regras podem ser taxativas acerca de quem deve legislar e sobre os trâmites legislativos corretos. Hart explicita que há um vínculo forte entre as regras de alteração e as regras de

com as demais regras em virtude de sua validade comum dada pela regra de reconhecimento. Nesse sentido, compare-se o Direito com as regras de etiqueta. À medida que a etiqueta consiste simplesmente naquelas normas de cortesia aceitas pelos membros de um grupo, não existe nenhuma regra à qual se deva a existência de todas as demais. Portanto, as regras de etiqueta não estão sistematicamente interconectadas, simplesmente formam um conjunto de standards *separados*. Por outro lado, os sistemas jurídicos são *sistemas*: a existência de qualquer regra primária sempre pode ser remontada a uma mesma fonte de validade” (Shapiro, 2014, p. 129, grifos do autor).

¹⁴² “A *falta de certeza* fica superada pelo que Hart chama uma ‘*Regra de Reconhecimento*’, regra que especifica as condições e características de pertença das normas ao grupo de que formam parte, ou seja, trata-se de uma regra para a identificação incontestável das regras primárias de obrigação. Em um sistema ‘pré-jurídico’, tal regra poderia estar determinada pela simples aceitação de um texto revestido de autoridade; porém, nos sistemas jurídicos modernos, as regras de reconhecimento são mais complexas: em lugar de identificar as regras exclusivamente por referência a um texto, fazem-no por referência a alguma característica geral possuída pelas regras primárias; essa característica pode ser devido ao fato de terem sido sancionadas por um corpo específico, por sua larga vigência consuetudinária, por suas relações com as decisões judiciais etc. Todas essas características podem ser formalizadas na previsão de um possível conflito entre elas, estruturando-as em uma ordem de superioridade hierárquica segundo o sistema de ‘fontes’ aceito. Do conjunto desconexo de regras primárias de obrigação passou-se a um conjunto unificado de normas cuja identificação e pertença estão determinadas: isto é, em definitivo, a origem do conceito hartiano de validade jurídica” (Arguelles, 1984, p. 214, grifos do autor).

¹⁴³ “A qualidade *estática* dos *standards* sociais é curada se houver regras que confirmem a indivíduos ou órgãos reconhecidos o poder de fazer alterações nos *standards* de governo pela criação legislativa de novas regras. Hart chama as regras que garantem tais poderes de ‘regras de alteração’” (MacCormick, 2010, p. 146, grifos do autor).

reconhecimento, à medida que um sistema jurídico dotado de regras de alteração deverá, necessariamente, incorporar uma referência à legislação como uma propriedade identificadora do Direito¹⁴⁴ (Hart, 2001; Arguelles, 1984; MacCormick, 2010).

As regras que conferem poder às pessoas para modificarem as suas posições iniciais (articuladas pelas regras primárias) cumprem funções ao expressarem o Direito como instrumento facilitador da vida comunitária - facilidades conferidas pelas “regras privadas de atribuição de poder”¹⁴⁵ (Hart, 2001; MacCormick, 2010). Concretamente, essas regras são a condição de realização de testamentos, contratos, transferência de propriedade e outras estruturas de direitos e deveres que caracterizam o Direito (Hart, 2001). Hart (2001) declara que tais regras guardam conexão com as regras de alteração e que as questões controversas acerca de contratos ou transferência de propriedade, por exemplo, seriam mais bem-equacionadas se fossem pensadas em termos do “exercício de poderes legislativos limitados por indivíduos”.

O terceiro tipo de regra secundária que Hart apresenta são as “regras de julgamento” (“rules of adjudication”), as quais visam a corrigir o defeito da “ineficácia” da pressão social difusa no regime simples de regras primárias. As “regras de julgamento” atribuem poderes a certas pessoas para determinarem, com *autoridade*,

¹⁴⁴ “Se há uma ‘regra de alteração’, essa regra dá a algum legislativo ou legislador, pela execução de algum procedimento, o poder de fazer novas regras, que contam como ‘leis válidas’, seja em acréscimo às antigas, seja derogando-as. Portanto, os critérios de reconhecimento de regras válidas do Direito incluem necessariamente, como um critério de validade, a promulgação válida de regras pelo legislativo (ou legislador) no exercício do poder conferido pela regra de alteração.” (MacCormick, 2010, p. 148, grifos do autor). Ainda sobre as regras de alteração, Shapiro (2014) detalha que “o caráter estático das normas consuetudinárias é superado pelo que Hart denomina uma ‘regra de alteração’. Uma regra de alteração confere poderes a uma pessoa ou instituição para criar, modificar ou suprimir regras e pode também especificar os procedimentos que devem ser seguidos para exercer esse poder. Dado que a regra de alteração faculta a certas pessoas ou órgãos a emenda das regras, a conduta pode ser modificada na direção desejada mediante o exercício da autoridade jurídica. Um grupo que enfrenta uma seca, por exemplo, pode modificar deliberadamente suas regras relativas ao dízimo e, por conseguinte, responder às circunstâncias extremas de maneira expedita” (Shapiro, 2014, p. 120, grifo do autor).

¹⁴⁵ MacCormick (2010) enfatiza como o “modelo austiniano” não dá conta desse tipo de regra: “um dos argumentos mais fortes de Hart contra as teorias de ‘comando’ do Direito é que elas não conseguem dar qualquer explicação adequada das regras que conferem poderes. Que há certos requisitos para a validade de um testamento ou de uma transferência ou de qualquer outro documento similar, e que a consequência de ignorá-los é a nulidade jurídica da transação em questão, não demonstra que essa ‘nulidade’ é uma sanção, uma ameaça contra quem quer que desobedeça à ordem de fazer testamentos ou transferências dessa forma” (MacCormick, 2010, p. 121, grifos do autor).

se certa regra foi violada ou não.¹⁴⁶ Elas funcionam de modo a especificar os sujeitos aptos a julgar, como também o rito processual a ser seguido (Hart, 2001; Arguelles, 1984; MacCormick, 2010). As regras de julgamento encontram-se, assim como as demais regras secundárias, em uma dimensão distinta à das regras primárias:¹⁴⁷

[...] embora possam ser reforçadas por regras ulteriores que imponham deveres aos juízes para julgar, não impõem deveres, mas atribuem poderes judiciais e estatuto especial às declarações judiciais sobre a violação de obrigações. De novo, essas regras, tais como as outras regras secundárias, definem um grupo de conceitos jurídicos importantes: nesse caso, os conceitos de juiz ou tribunal, jurisdição e sentença. Além dessas semelhanças com outras regras secundárias, as regras de julgamento têm conexões íntimas com elas. Na verdade, um sistema que tem regras de julgamento está necessariamente ligado a uma regra de reconhecimento de uma espécie elementar e imperfeita. Isso é assim porque, se os tribunais tiverem poderes para proferir determinações dotadas de autoridade quanto ao fato de uma regra ter sido violada, essas não podem deixar de ser tomadas como determinações dotadas de autoridade daquilo que as regras são. Por isso, a regra que atribui jurisdição será também uma regra de reconhecimento que identifica as regras primárias por meio das sentenças dos tribunais, e essas sentenças tornar-se-ão 'fonte' de direito (Hart, 2001, p. 106-107, grifo do autor).¹⁴⁸

¹⁴⁶ “A *ineficácia* é curada por meio de regras que dão a indivíduos ou a pequenos grupos o poder de tomar decisões oficiais em questões em disputa. Hart dá a essas regras o nome de ‘regras de julgamento’.” (MacCormick, 2010, p. 146-147, grifos do autor). O professor Arguelles (1984) complementa o ponto: “o remédio proposto por Hart para superar a insuficiência da pressão social difusa do regime simples de regras primárias, consiste em regras secundárias que facultam a determinar, de forma revestida de autoridade, se em uma ocasião particular transgrediu-se uma regra primária: essas regras são denominadas por Hart ‘*regras de adjudicação*’, regras que não só identificam os indivíduos que podem julgar, mas também determinam o procedimento a seguir. São regras secundárias que conferem poderes jurisdicionais e acordam um status especial às declarações judiciais relativas à transgressão de obrigações” (Arguelles, 1984, p. 215, grifos do autor).

¹⁴⁷ Ainda sobre isso, o professor Arguelles detalha que “as normas de adjudicação, ou seja, as normas que estabelecem as condições e os limites nos quais as sentenças dos tribunais podem ser consideradas válidas, atribuindo poderes ou faculdades aos órgãos jurisdicionais, gozam dessa ambivalência das normas que atribuem e impõem poderes-deveres” (Arguelles, 1984, p. 232).

¹⁴⁸ No original: “[...] though they may be reinforced by further rules imposing duties on judges to adjudicate, they do not impose duties but confer judicial powers and a special status on judicial declarations about the breach of obligations. Again these rules, like the other secondary rules, define a group of important legal concepts: in this case the concepts of judge or court, jurisdiction and judgment. Besides these resemblances to the other secondary rules, rules of adjudication have intimate connexions with them. Indeed, a system which has rules of adjudication is necessarily also committed to a rule of recognition of an elementary and imperfect sort. This is so because, if courts are empowered to make authoritative determinations of the fact that a rule has been broken, these cannot avoid being taken as authoritative determinations of what the rules are. So the rule which confers jurisdiction will also be a rule of recognition, identifying the primary rules

Hart (2001) observa que, na maioria dos sistemas jurídicos, os poderes conferidos aos juízes não se restringem às determinações dotadas de autoridade sobre violações de regras primárias. Os sistemas jurídicos aperfeiçoaram-se, e com o transcorrer do tempo percebeu-se maior eficiência na centralização da pressão social, bem como em restrições aos usos das sanções físicas e proibição da vingança privada (Hart, 2001; Arguelles, 1984;). Nesse contexto de evolução histórica, os sistemas jurídicos complementaram os regimes de regras primárias de conduta com regras secundárias de julgamento, atribuindo aos juízes, assim, o monopólio da aplicação de sanções por outros funcionários. Portanto, as regras de julgamento estabelecem as “sanções centralizadas do sistema” (Hart, 2001).¹⁴⁹

O autor referenda que o “coração de um sistema jurídico” encontra-se exposto no conjunto das regras primárias de conduta com as regras secundárias de reconhecimento, alteração e julgamento.¹⁵⁰ A conjunção das regras primárias com as regras secundárias também funciona metodologicamente, ou seja, como um importante instrumento de análise às questões da Teoria do Direito (Hart, 2001). Questões que se ocupam de conceitos como “obrigação e direitos”, “validade e fontes do Direito”, “legislação e jurisdição” e “sanção”. O autor refere que há um amplo poder explicativo nas análises do Direito enquanto união de regras primárias com secundárias, e que isso se deve ao fato de os conceitos jurídicos estarem

through the judgments of the courts and these judgments will become a ‘source’ of law.” (Hart, 1972, p. 94-95, grifo do autor).

¹⁴⁹ Acerca da organização das sanções como característica essencial de um Ordenamento Jurídico, Arguelles (1984, p. 235, grifos do autor) explana que “[...] a característica fundamental dos Ordenamentos Jurídicos consiste na organização das sanções, organização que difere das simples reações críticas em quatro pontos principais: 1) as denominadas ‘reações críticas’ têm um conceito muito mais amplo que as ‘sanções’, já que essas se dirigem a um número mais limitado de ações; 2) o Direito garante mediante o monopólio do uso da força o cumprimento das sanções; 3) a determinação jurídica das sanções é muito mais precisa que a vagueza das regras que regulam as reações críticas da sociedade; 4) a aplicação das sanções jurídicas está organizada em corpos especiais (tribunais, polícia, funcionários etc.), (‘law-applying-organs’)”.

¹⁵⁰ MacCormick (2010) detalha as regras secundárias: “o que obtemos após a aplicação da correção é, sem dúvida, uma análise rica e sólida da ordem jurídica. Em seu centro e coração está o conceito de Hart da ‘regra de reconhecimento’, sem a qual, parece, o papel judicial é inconcebível. Aqueles que o exercem devem, em sistemas desenvolvidos, sua posição a uma indicação válida sob um complexo de ‘regras de julgamento’, que também definem suas áreas de competência judicial. Essas regras podem ser firmadas em uma constituição ou decretadas por um legislativo. Quando há um legislativo distinto, pressupomos ‘regras de alteração’, de natureza constitucional, que conferem poderes apropriados a esse legislativo específico. Esses poderes de alteração legislativa têm, pelo seu exercício, o efeito de facilitar a enunciação de *regras* de Direito no lugar daquilo que, de outra forma, seriam princípios e *standards* bem mais vagos, e de permitir às pessoas com autoridade para tal inovar e alterar os *standards* jurídicos. Em consequência, nos sistemas modernos, os poderes privados do Direito que podem ser exercidos e as contravenções proibidas por lei devem, até certo ponto, sua definição às regras jurídicas no sentido estrito ou restrito” (MacCormick, 2010, p. 179, grifos do autor).

permeados por obscuridades, que estão vinculadas com o “ponto de vista interno”. Com efeito, o ponto de vista interno não se restringe a uma predição do comportamento conforme as regras, mas revela as regras como padrões que as pessoas usam à crítica do seu comportamento e dos outros. Portanto, o aspecto interno das regras deve necessariamente ser considerado para uma melhor elucidação dos conceitos jurídicos¹⁵¹ (Hart, 2001).

A forma mais simples de apresentação do ponto de vista interno verifica-se no regime simples das regras primárias. Nele, as pessoas usam as regras como fundamento para as críticas, pretensões de conformidade, pressão social e castigo. A análise percuciente das noções de obrigação e dever depende da expressão mais elementar do ponto de vista interno (Hart, 2001). As correções que o modelo simples de regras primárias implicou gerou a sua complementação pelas regras secundárias, ampliando o espectro de verificação do ponto de vista interno. Dessa forma, certos conceitos deverão ser (re)pensados no horizonte desse contexto, tais como: legislação, jurisdição, validade, poderes privados e públicos (Hart, 2001). Hart (2001) adverte que há uma tendência de conceber esses conceitos como uma expressão fática ou implicando predição. Todavia, esse procedimento reproduz apenas o seu aspecto externo, ao passo que a distinção promovida pelo aspecto interno depende de que se considerem os diferentes modos de criação do Direito, que estão vinculados com as regras secundárias (Hart, 2001).

¹⁵¹ “Hart sustenta que a medula central de um sistema jurídico consiste em uma estrutura que resulta da combinação das regras primárias de obrigação com as regras secundárias de reconhecimento, alteração e adjudicação. Os conceitos jurídicos que interessam profissionalmente ao jurista, tais como os de obrigação, direito subjetivo, validade, fontes do Direito, legislação, jurisdição e sanção, são melhor explicitados em termos dessa combinação de elementos, assim como os conceitos-limite da teoria jurídica e política – Estado, autoridade, funcionário. Para Hart, esses conceitos implicam uma referência ao que se chamou ‘*ponto de vista interno*’, ou seja, o ponto de vista daqueles que não se limitam a registrar e predizer a conduta que se adequa às regras, mas daqueles que *usam* as regras. Como critérios ou pautas para valorar a sua conduta e a dos demais: sobre o modelo simples das regras primárias, o ponto de vista interno manifesta-se no uso daquelas regras como fundamento para a crítica e como justificação das exigências de conformidade, pressão social e castigo (assim, os conceitos básicos de obrigação e dever). Com o complemento das regras secundárias, o campo do que se faz e se diz desde o ponto de vista interno estende-se e diversifica-se muito, aparecem novos conceitos que reclamam uma referência ao ponto de vista interno: conceitos de jurisdição, legislação, validade e poderes jurídicos – privados e públicos. O discurso científico, que enuncia fatos, ou o discurso preditivo só podem reproduzir o aspecto externo de tais noções, aspecto que deve ser completado mediante a análise interna das diferentes maneiras em que se produzem os atos de criação jurídica do legislador, a decisão de um tribunal, o exercício de poderes privados ou oficiais e outros ‘atos jurídicos’, análise relacionada com as regras secundárias” (Arguelles, 1984, p. 215-216, gritos do autor).

Enfim, constatada a existência das regras primárias de obrigação ou dever, Hart (2001) sugeriu três correções ao modelo simples de Direito calcado exclusivamente em regras de conduta. Os sistemas jurídicos modernos, em geral, sanaram esses defeitos por meio de regras secundárias de reconhecimento, alteração e julgamento.¹⁵² As regras de reconhecimento visam a resolver as incertezas em relação às regras, funcionando como o critério à identificação das regras dotadas de autoridade (fornecem elementos distintivos do Direito: origem da ideia de “validade jurídica”).¹⁵³ As regras de alteração buscam superar o caráter estático das regras no modelo simples das regras de conduta; possibilitam, assim, a introdução de novos padrões sociais por meio de atos legislativos e de revogações legislativas. As regras de julgamento miram o defeito da ineficácia da pressão social difusa e da não centralização da aplicação das sanções; conferem poderes, portanto, para que certas pessoas decidam com autoridade se uma regra foi violada ou não e para que outros funcionários apliquem sanções aos transgressores. Então, as regras secundárias determinam de forma cabal quais são as regras de conduta oficiais, bem como quais são os procedimentos de criação, alteração e eliminação dessas últimas (Hart, 2001).

A união das regras primárias e secundárias enquanto critério de análise constitui-se como o eixo central do conceito de Direito, pois essas regras estruturam a lógica de seu funcionamento.¹⁵⁴ Nesse sentido, as regras funcionam como critérios

¹⁵² “Agora temos critérios para um ‘Direito válido’; agora temos legislativos; agora temos tribunais e instituições associadas de imposição da lei. Como estaríamos sem essas coisas? Muito mal, sem dúvida, pois teríamos de recorrer a vagas emanações da moral positiva para basear a nossa vida comum; os nossos *standards* se congelariam em um padrão estático, e disporíamos de métodos menos eficientes de resolução de disputas legais e de nenhum método de impor as conclusões alcançadas” (MacCormick, 2010, p. 147, grifo do autor).

¹⁵³ MacCormick (2010) observa que, “como a barra de metro-padrão em Paris, a regra de reconhecimento estabelece critérios em relação aos quais outras regras podem ser avaliadas. Não se pode perguntar se a barra-padrão tem em si verdadeira e exatamente um metro em extensão, pois não há teste superior de ‘metricidade’. Da mesma forma, não se pode perguntar se a regra de reconhecimento em si é válida, já que estabelece o padrão de validade de todas as outras regras *naquele* sistema jurídico (C.L., p. 109). E isso é o que é a regra de reconhecimento: um padrão de validade de todas as regras que não ela mesma” (MacCormick, 2010, p. 149, grifos do autor).

¹⁵⁴ Arguelles (1984, p. 188 grifos do autor) parece sugerir algo nesse sentido: “o conceito do qual se serve Hart para criticar e corrigir a teoria jurídica de Austin é o conceito de ‘regra’, conceito que possibilita a diferenciação do Direito da simples coerção, diferenciação impossível de estabelecer sobre a concepção imperativa do Direito. Essa concepção é substituída por Hart mediante seu conceito de Direito como união de regras primárias, que impõem obrigações, e regras secundárias, que conferem poderes ou poderes públicos e privados; a teoria da soberania de Austin, baseada nos critérios empíricos que determinam a relação de subordinação e obediência habitual da população com respeito ao soberano, será substituída pela concepção de Hart do Ordenamento Jurídico baseado na ideia de ‘Regra de Reconhecimento’, regra que determina os

explicativos do Direito enquanto “forma de vida”¹⁵⁵, pois configuram o seu funcionamento prático, cujos sentidos produzidos articulam o conceito de Direito¹⁵⁶ (método linguístico: formulação do conceito a partir da análise linguística de uma prática social). Wittgenstein permite-nos conceber a gramática como a lógica de toda atividade governada por regras. É nesse sentido que pensamos a “gramática das regras jurídicas” hartiana, isto é, desde o uso de regras jurídicas como elemento distintivo dos fenômenos jurídicos. Em outros termos, como critérios compartilhados de sentido nas práticas sociais especificamente jurídicas. Talvez, por essa razão, Hart enuncie que a união das regras primárias e secundárias indique a passagem do mundo “pré-jurídico” ao propriamente jurídico.

Como fruto dessa passagem, a ideia de “sistema jurídico”¹⁵⁷ configura-se como uma consequência do funcionamento das regras jurídicas – nessa atividade regida por regras que é o Direito. Nas atividades governadas por regras, os casos de sua aplicação são constitutivos da própria noção de regra (desde o ponto de vista interno). No que se refere à noção de “atividade”, aponta que seguir uma regra é uma prática social e seguir uma regra jurídica, enquanto espécie de regra social, uma prática sociojurídica (*uso* compartilhado de padrões para crítica dos comportamentos). Portanto, seguir uma regra é uma atividade que está intimamente relacionada com o ponto de vista interno dos participantes de um sistema social

critérios de validade ou pertença das normas ao próprio sistema”. Shapiro, por sua vez, enfoca as regras secundárias como origem explicativa de propriedades importantes dos sistemas jurídicos: “como se viu, a simples e elegante hipótese de Hart sobre a existência de regras secundárias, permite-lhe explicar muitas das propriedades formais possuídas normalmente pelos sistemas jurídicos (a continuidade da autoridade, a persistência das regras jurídicas, a supremacia e independência da soberania, a reflexividade do Direito, a autolimitação jurídica, a validade das regras consuetudinárias e das regras primárias em geral...) e, por conseguinte, superar os distintos problemas com que se depara a teoria de Austin” (Shapiro, 2014, p. 129).

¹⁵⁵ O professor Michelon Jr. (2004) assinala a influência de Wittgenstein em Hart que estamos delineando: “as noções de ‘contexto’ e *background* utilizadas por Hart são parentes da noção de ‘forma de vida’ em Wittgenstein (ver capítulo IV, item 4.2). Uma forma de vida é constituída por critérios compartilhados; a regra de reconhecimento é, segundo Hart, um critério compartilhado” (Michelson Jr., 2004, p. 164, grifos do autor).

¹⁵⁶ Shapiro (2014) dispõe nesse sentido, ao situar novamente as regras secundárias na lógica de funcionamento do Direito: “na seção anterior, vimos as numerosas funções das regras secundárias na Teoria do Direito de Hart. Solucionam a incerteza sobre quais regras são obrigatórias na comunidade, fazem do Direito uma instituição ágil e normativamente eficiente, explicam muitas das propriedades formais que têm todos os sistemas jurídicos” (Shapiro, 2014, p. 132).

¹⁵⁷ “A afirmação de que o Direito é melhor compreendido como uma união de regras primárias e secundárias chama a atenção e explica a sua natureza institucionalizada e sistemática. Um sistema jurídico regula sua própria criação e aplicação (por meio de regras de alteração e adjudicação [“julgamento”, grifo nosso]), fornece critérios de identidade para suas partes (por meio de uma regra de reconhecimento) e garante sua eficácia (por meio de leis que estipulam sanções que tornam as violações da lei cursos de conduta menos elegíveis)” (Hacker, 1977, p. 21).

(jurídico). Metodologicamente (método linguístico), o ponto de vista interno funciona como critério gramatical (no sentido de padrão explicativo) de noções jurídicas fundamentais, tais como: obrigação, direitos, validade, fontes do Direito, legislação, jurisdição e sanção.

Hart conduz-nos à ideia de que o “coração de um sistema jurídico” situa-se na união entre regras primárias e secundárias.¹⁵⁸ Essa ideia revela uma contribuição da gramática das regras da linguagem (seguimento de regras sociais) para a “gramática das regras jurídicas” (critério metodológico) que Hart desenvolveu. Entretanto, devemos aprofundar algumas particularidades que a apresentação hartiana da regra secundária de reconhecimento deixou em aberto e a sua relação com a tese da “gramática das regras jurídicas”. Dedicaremos o próximo tópico, portanto, para a análise das questões que circundam a noção de regra de reconhecimento.

3.3 REGRAS SECUNDÁRIAS II: REGRA DE RECONHECIMENTO

Neste tópico, abordaremos a regra de reconhecimento no horizonte das regras jurídicas como elemento central na explicação do conceito de Direito. Primeiramente, analisaremos a argumentação de Hart sobre o tema em sua obra mestra. Logo após, passaremos brevemente pelos argumentos de Searle sobre as “regras constitutivas” (que parece ser o caso da regra de reconhecimento no Direito). Imediatamente, apresentaremos um debate teórico sobre a natureza da regra de reconhecimento, fundamental em nosso contexto argumentativo. Afinal, partindo do “seguimento de regras” na linguagem e no Direito (influência de Wittgenstein em Hart), enquanto prática social complexa de seguir regras sociais, a natureza dessa regra deve ser analisada, visando a uma explicação correta de seu papel na lógica de funcionamento do Direito. Finalmente, na última parte do tópico, interpretaremos os argumentos de Hart à luz da tese da “gramática das regras jurídicas”.

¹⁵⁸ “Como se verá mais adiante, os dois principais critérios para determinar a existência de um Ordenamento Jurídico, segundo Hart, são: a) em primeiro lugar, que a generalidade dos cidadãos obedeça às normas primárias – sem necessidade de adotar o ponto de vista interno; b) em segundo lugar, que os funcionários aceitem efetivamente, com critérios comuns e públicos do comportamento oficial, as normas secundárias de reconhecimento, de alteração e de adjudicação. O segundo critério, que estabelece a relação entre os funcionários e as normas secundárias, adota o ponto de vista interno por parte dos funcionários: a norma é a razão para o seu cumprimento e para crítica dos comportamentos desviados” (Arguelles, 1984, p. 230-231).

3.3.1 Hart e a regra de reconhecimento¹⁵⁹

Neste item, destacaremos alguns aspectos da regra de reconhecimento no horizonte que estamos articulando como a “gramática do Direito” (seguimento das regras jurídicas como um critério explicativo do conceito de Direito). Trataremos dos “critérios dotados de autoridade”, voltados aos cidadãos e às autoridades oficiais, que a regra de reconhecimento estabelece. Mencionaremos o aspecto de que a regra de reconhecimento manifesta-se (na identificação das regras mediante seus critérios), mas, em geral, não é expressamente formulada. Detalharemos o sentido que Hart está conferindo ao afirmar que essa identificação dos padrões válidos significa o fundamento da ordem jurídica. Acerca dos critérios estabelecidos pela regra de reconhecimento, delinearemos a sua força (na identificação dos padrões válidos), pois os critérios estão dispostos em uma hierarquia de subordinação e primazia relativas. Trataremos das qualificações que Hart usa para descrever a regra de reconhecimento (questões de fundamento da normatividade), enquanto “critério supremo” e enquanto “regra última”. A distinção entre ponto de vista interno e ponto de vista externo (do seguimento) das regras, critério metodológico de Hart, afetará as análises, tal como nas afirmações de *uso* da regra de reconhecimento pelas autoridades – característica das afirmações do seu ponto de vista interno. De igual maneira, mencionaremos certos aspectos da noção de “validade”, tendo em vista a sua filiação ao tema da regra de reconhecimento. Aliás, explicitaremos o que Hart quis dizer ao enunciar que a validade da regra de reconhecimento pode ser demonstrada. Portanto, que a sua existência pode ser expressa na afirmação externa do fato de que ela existe na prática efetiva do sistema, mas também na afirmação interna de validade dos que a usam para identificar o Direito. Discorreremos também sobre algumas questões relativas aos funcionários oficiais e às regras secundárias que pautam as suas ações.

Na obra “The Concept of Law”, Hart está investigando acerca das condições e requisitos para o *uso* do conceito de Direito (desde os sentidos que a prática social manifesta). Delineamos até aqui parte dessa empreitada e viemos demonstrando como ela está calcada sob a noção de “regra”. As regras jurídicas articulam-se como regras da “gramática do Direito”, no sentido de que o seu uso constitui a

¹⁵⁹ Para não carregar o texto deste tópico, deixamos as observações dos comentadores para o tópico subsequente, em que será apresentado um debate sobre a “regra de reconhecimento”.

possibilidade dos fenômenos jurídicos, e, assim, orientam a lógica de funcionamento do conceito de Direito. As práticas sociais condicionam frequentemente a existência de regras sociais e delimitam, desse modo, o âmbito em que o conceito de Direito estabelece sentido, ou seja, nas situações sociais. As regras primárias ou de obrigação mostraram-nos as peculiaridades da obrigação jurídica, como elemento distintivo do Direito frente a outros fenômenos normativos. As regras secundárias conferem sistematicidade ao mundo “pré-jurídico” do modelo exclusivo de regras primárias. Portanto, as regras secundárias unificam as regras primárias, conferindo-lhes um centro comum, que se articula enquanto identificação e alteração das regras e decisões dotadas de autoridade sobre elas. Segundo essa lógica de funcionamento do Direito, a identificação das regras por meio da regra de reconhecimento possui relevância teórica nas questões persistentes que aporta. Desse modo, indagar quais são essas questões persistentes sobre a regra de reconhecimento e qual a sua relação com a “gramática das regras jurídicas” será o nosso Norte.

O ponto de partida de Hart na análise da regra de reconhecimento reafirma a insuficiência do modelo das “ordens baseadas em ameaças” para explicar certos elementos de um sistema jurídico moderno. Hart sugere, por outro lado, uma “situação social mais complexa”, que revele uma regra secundária de reconhecimento aceita e utilizada para a identificação das regras de obrigação (Hart, 2001; Pascua, 2021; Raz, 2009). O autor complementa que essa situação pode ser mencionada como o “fundamento de um sistema jurídico”. Algo que ficará comprovado, ao longo do percurso de caracterização da regra de reconhecimento, e que pressupõe o Direito como a união entre regras primárias e secundárias (Hart, 2001).

Ele observa que a aceitação da regra de reconhecimento implica a existência de “critérios dotados de autoridade” aos cidadãos e às autoridades oficiais. Tal como destacado, os critérios podem assumir variadas feições: texto dotado de autoridade, produção legislativa, prática consuetudinária etc. Hart (2001) solicita que rememoremos o exemplo do reino de “Rex I” (tópico sobre regras sociais). Nele, é Direito apenas o que Rex I estatui, não havendo limites jurídicos a esse poder legislativo. Assim sendo, haverá apenas um critério para a identificação do Direito, a saber, o fato de ter sido promulgado por Rex I. Essa forma simples de manifestação da regra de reconhecimento é verificada na “prática geral” de identificar as regras

por esse critério, realizada por autoridades oficiais e por particulares (Hart, 2001; Pascua, 2021).

Diferentemente do reino de Rex I, nos sistemas jurídicos modernos, há uma pluralidade de fontes do Direito; a regra de reconhecimento, nesses contextos, oferece diversos critérios para a sua identificação. Hart (2001) sugere que entre esses critérios, normalmente, encontramos uma Constituição escrita, a aprovação por assembleia legislativa e precedentes judiciais. O autor complementa, pontuando que os possíveis conflitos entre os critérios são dirimidos, na maioria dos casos, por meio de uma ordenação da “hierarquia de subordinação e primazia relativas” (Hart, 2001; Pascua, 2021).

Hart (2001) passa a argumentar sobre a “formulação” da regra de reconhecimento. Nos sistemas jurídicos em geral, frequentemente, a regra de reconhecimento não é expressamente formulada. Ela se “manifesta” no modo como as regras são identificadas, seja pelas autoridades oficiais ou pelos cidadãos. O uso da regra de reconhecimento feito pelos tribunais e demais autoridades oficiais é diferenciado, à medida que uma regra, ao ser identificada como regra oficial de Direito, desfruta de autoridade especial conferida por outras regras do sistema (Hart, 2001; Pascua, 2021). Hart (2001) compara esse aspecto da não formulação da regra de reconhecimento com a regra da pontuação de um jogo. No decorrer da partida, a regra que define os pontos marcados por cada uma das equipes não é, costumeiramente, formulada, apesar de ser usada pelas autoridades do jogo e pelos jogadores, visando à identificação dos pontos que contam para o resultado (Hart, 2001).

Hart (2001) explana que o uso pelas autoridades oficiais das regras de reconhecimento não formuladas é uma característica do ponto de vista interno (com o intuito de identificação das regras do sistema jurídico). Usar as regras desse modo manifesta a própria aceitação das regras como regras de orientação e, no que se refere a isso, associa-se a um vocabulário diferente das expressões naturais do ponto de vista externo (Hart, 2001; Pascua, 2021). Segundo o autor, “o Direito dispõe que [...]” é uma expressão corriqueira que juízes e outros homens enunciam ao viverem sob a regência do Direito, quando identificam certa regra do sistema. Essa expressão, assim como a expressão “gol”, no futebol, revela a avaliação de uma circunstância por referência a regras que são reconhecidas como apropriadas para esse fim. A ação de “aceitação compartilhada de regras” contrapõe-se à ação

de um observador externo, que registra o fato de um grupo social aceitar as regras, apesar de ele próprio não as aceitar. Hart (2001) declara que essa posição do observador externo não se caracteriza por afirmações como “o direito dispõe que [...]”; mas no seu exemplo: “na Inglaterra, reconhecem como direito [...] tudo o que a Rainha no Parlamento aprova” (Hart, 2001, p. 114). O primeiro tipo de expressão é referido por Hart como sendo uma “afirmação interna”, visto que é oriunda do ponto de vista interno, além de que é utilizada por aqueles que aceitam a regra de reconhecimento mesmo que de forma não expressa, ao reconhecerem uma regra concreta do sistema como uma regra oficial válida. Por outro lado, o segundo tipo de expressão é uma “afirmação externa”, pois é a linguagem típica de um observador externo que, sem aceitar a regra de reconhecimento do grupo, refere-se ao grupo como a aceitando (Hart, 2001; Pascua, 2021).

Quanto à relação entre regra de reconhecimento e validade jurídica, Hart dispõe que a distinção entre as afirmações internas e externas de aceitação da regra de reconhecimento pode esclarecer pontos complicados da noção de validade jurídica (Hart, 2001; Hacker, 1977; Pascua, 2021; Raz, 2009). O termo “válido” é frequentemente utilizado em afirmações internas, aplicando a regra de reconhecimento não formulada, mas aceita, a uma determinada regra de um sistema jurídico. Afirmar que certa regra é válida significa reconhecer que ela passou por todos os testes disciplinados pela regra de reconhecimento e que assim foi reconhecida como uma regra do sistema. Desse modo, afirmar que uma regra é válida é o mesmo que dizer que ela satisfaz os critérios fornecidos pela regra de reconhecimento (Hart, 2001; Pascua, 2021; Raz, 2009).

Hart (2001) sugere que a relação entre validade e eficácia merece mais da nossa atenção. A eficácia revela que uma regra jurídica é geralmente mais obedecida do que desobedecida. Não há relação necessária entre ambas, a menos que a regra de reconhecimento disponha, entre seus critérios, que as regras que deixaram de ser eficazes (desuso) não devem ser reconhecidas como regras do sistema (Hart, 2001; Pascua, 2021). Alguém que teça uma afirmação interna sobre a validade de uma regra concreta está pressupondo que o sistema, em geral, é eficaz, afinal, o uso normal das afirmações internas verifica-se no contexto de eficácia geral. Entretanto, não seria correto assinalar que as afirmações de validade significam que o sistema é, em geral, eficaz, posto que não é sempre desprovido de sentido falar da validade de uma regra que foi abandonada (Hart, 2001; Pascua, 2021).

Então, Hart (2001) argumenta sobre a regra de reconhecimento enquanto “critério supremo” e “regra última”. A regra de reconhecimento estabelece os critérios por meio dos quais as demais regras do sistema são avaliadas, portanto, é uma regra última na cadeia de validade das regras. Os critérios estão ordenados segundo a “subordinação e primazia relativas”, logo, um deles é supremo (Hart, 2001; Hacker, 1977; Pascua, 2021; Raz, 2009) Anota o autor que,

entre essas duas ideias, critério supremo e regra última, a primeira é a mais fácil de definir. Podemos dizer que um critério de validade jurídica, ou fonte de direito, é supremo se as regras identificadas por referência a ele forem ainda reconhecidas como regras do sistema, mesmo que elas estejam em conflito com regras identificadas por referência aos outros critérios, ao passo que as regras identificadas por referência a esses últimos não são reconhecidas como tal se estiverem em conflito com regras identificadas por referência ao critério supremo. Uma explicação semelhante em termos comparativos pode ser dada das noções de critérios qualificados como ‘superior’ e ‘subordinado’, que já temos usado. É óbvio que as noções de critério superior e de critério supremo referem-se meramente a uma posição *relativa* em uma escala e não implicam qualquer noção de poder legislativo juridicamente *ilimitado* (Hart, 2001, p. 117, grifos do autor).¹⁶⁰

Hart (2001) delinea melhor o sentido em que refere que a regra de reconhecimento é uma “regra última”. Ele sugere seguirmos uma “cadeia familiar de raciocínio jurídico”, ou seja, a cadeia de validade das regras. O autor exemplifica indagando pela validade de um regulamento feito pelo governo inglês (“Statutory orders”) e estende a indagação em cadeia, passando por regras de instâncias superiores até chegar à regra que diz: “aquilo que a Rainha no Parlamento aprova é Direito”, isto é, a regra última na cadeia de justificação da normatividade. Quando se chega nesse estágio, deve-se parar de indagar pela validade, pois se por um lado a regra última estabelece critérios para apreciação da validade de outras regras (tais como as regras das instâncias inferiores), por outro, “não há regra que faculte

¹⁶⁰ No original: “Of these two ideas, supreme criterion and ultimate rule, the first is the easiest to define. We may say that a criterion of legal validity or source of law is supreme if rules identified by reference to it are still recognized as rules of the system, even if they conflict with rules identified by reference to the other criteria, whereas rules identified by reference to the latter are not so recognized if they conflict with the rules identified by reference to the supreme criterion. A similar explanation in comparative terms can be given of the notions of ‘superior’ and ‘subordinate’ criteria which we have already used. It is plain that the notions of a superior and a supreme criterion merely refer to a *relative* place on a scale and do not import any notion of legally *unlimited* legislative power” (Hart, 1972, p. 103, grifos do autor).

critérios para a apreciação da sua própria validade jurídica” (Hart, 2001, p. 118-119; Hacker, 1977; Pascua, 2021).

Hart (2001) pontua que alguns teóricos que se debruçaram sobre a “natureza jurídica última da regra de reconhecimento” referiram-se a ela como aquela que demonstra a validade jurídica das demais regras do sistema, mas a sua validade não é demonstrada; na verdade, é “assumida”, “postulada” ou “constitui uma hipótese” (Hart, 2001; Pascua, 2021). Hart adverte que isso pode gerar equívocos:

afirmações de validade jurídica pronunciadas acerca de regras concretas no dia a dia da vida de um sistema jurídico, quer sejam por juízes, por juristas ou por cidadãos comuns, arrastam consigo, na verdade, certos pressupostos. São afirmações internas de Direito expressando o ponto de vista daqueles que aceitam a regra de reconhecimento do sistema e, como tais, não exprimem muito do que podia ser expresso em afirmações de fato externas acerca do sistema. O que assim fica por expressar forma o pano de fundo ou contexto normal das afirmações de validade jurídica, e dele se diz, por conseguinte, que é ‘pressuposto’ por eles. Mas é importante ver o que constituem precisamente essas questões pressupostas, não obscurecendo a sua natureza. Consistem em duas coisas: em primeiro lugar, uma pessoa que afirma com seriedade a validade de certa regra de Direito dada, por exemplo, uma lei concreta, faz ela própria uso de uma regra de reconhecimento que aceita como apropriada para identificar o Direito. Em segundo lugar, sucede que essa regra de reconhecimento, nos termos da qual ela aprecia a validade de uma lei concreta, é não somente aceita por si, mas é a regra de reconhecimento realmente aceita e empregada no funcionamento geral do sistema. Se a verdade desse pressuposto fosse posta em dúvida, poderia ser provada por referência à prática real: ao modo por que os tribunais identificam o que deve ser considerado como Direito e à aceitação geral ou aquiescência relativamente a essas identificações (Hart, 2001, p. 119-120, grifo do autor).¹⁶¹

¹⁶¹ No original: “Statements of legal validity made about particular rules in the day-to-day life of a legal system whether by judges, lawyers, or ordinary citizens do indeed carry with them certain presuppositions. They are internal statements of law expressing the point of view of those who accept the rule of recognition of the system and, as such, leave unstated much that could be stated in external statements of fact about the system. What is thus left unstated forms the normal background or context of statements of legal validity and is thus said to be ‘presupposed’ by them. But it is important to see precisely what these presupposed matters are, and not to obscure their character. They consist of two things. First, a person who seriously asserts the validity of some given rule of law, say a particular statute, himself makes use of a rule of recognition which he accepts as appropriate for identifying the law. Secondly, it is the case that this rule of recognition, in terms of which he assesses the validity of a particular statute, is not only accepted by him but is the rule of recognition actually accepted and employed in the general operation of the system. If the truth of this presupposition were doubted, it could be established by reference to actual practice: to the way in which courts identify what is to count as law, and to the general acceptance of or acquiescence in these identifications” (Hart, 1972, p. 105, grifo do autor).

Hart (2001) objeta às afirmações que supõem que a validade da regra de reconhecimento não pode ser demonstrada. O uso característico do termo “validade” ocorre nas questões concernentes a um sistema de regras, em que as regras constituintes do sistema estão condicionadas pela satisfação dos critérios estabelecidos pela regra de reconhecimento (Hart, 2001; Hacker, 1977; MacCormick, 2010; Raz, 2009). Essa questão não é passível de ser colocada acerca da regra que oferece os critérios, pois a sua avaliação não se dá em termos de validade ou invalidade, devendo ser analisada, porém, como apropriada ou não para fornecer os critérios de validade às demais regras. O autor descreve como pouco clara, assim, a ideia de que a regra de reconhecimento é pressuposta, mas não pode ser demonstrada. Segundo o autor, seria como pressupor sem poder demonstrar que a barra do metro-padrão em Paris (teste último de correção métrica) é ela própria correta (Hart, 2001; MacCormick, 2010; Pascua, 2021).

Questionar as afirmações que sugerem a pressuposição da validade da regra de reconhecimento significa estar às voltas com o seu caráter essencialmente fático. A análise da prática dos funcionários oficiais e dos cidadãos como a existência concreta de uma regra de reconhecimento é um tema relevante. Hart (2001) adverte que há situações em que não ficam claros o conteúdo, o alcance e a existência da regra de reconhecimento (Hart, 2001; Pascua, 2021; Raz, 2009). No mundo “pré-jurídico” das regras primárias, afirmar que certa regra existia era uma afirmação externa de fato. Isto é, a afirmação de um observador externo que, sem aceitar as regras, verifica se o comportamento no grupo é aceito como padrão, bem como se possui os aspectos distintivos das regras sociais frente aos hábitos convergentes. É esse horizonte em que se deve interpretar, por exemplo, que na Inglaterra há uma regra, apesar de não ser jurídica, que disciplina que se deve descobrir a cabeça ao entrar em uma igreja (Hart, 2001). Se essas regras existem efetivamente na prática de um grupo social, então carece de sentido questionar a sua validade, apesar de poder ser pertinente indagar pelo seu valor ou pelo seu caráter desejável. Complementa Hart (2001, p. 121, grifo do autor): “uma vez estabelecida a sua existência como um fato, apenas confundiríamos questões ao afirmarmos ou negarmos que elas eram válidas ou ao dizermos que ‘supusemos’ mas não podemos demonstrar a sua validade”.

Nos sistemas jurídicos desenvolvidos, há uma regra de reconhecimento, e, assim, o estatuto das demais regras como regras oficiais depende da satisfação dos

critérios estabelecidos pela regra de reconhecimento. Hart (2001) destaca que esse aspecto ressignifica a aplicação do termo “existir” relativo à regra de reconhecimento. Ou seja, talvez, não se trate de uma afirmação externa, tal como no modelo exclusivo de regras primárias, não se configurando, necessariamente, como uma descrição de um modo de comportamento aceito pelo grupo como um padrão na prática social (Hart, 2001; Pascua, 2021). Poderia ser uma afirmação interna que revelasse a aplicação da regra de reconhecimento aceita, mas não expressa, e significando: “válida, dados os critérios de validade do sistema”. Entretanto, Hart (2001) observa que a asserção de que a regra de reconhecimento existe “só pode ser uma afirmação externa de fato”, pois diferentemente das demais regras (que podem “existir”, ou seja, serem válidas, mesmo sendo ignoradas), ela existe apenas como prática social complexa de autoridades oficiais e de cidadãos, quando identificam o Direito sob determinados critérios. Ele é taxativo acerca do “estatuto ontológico” da regra de reconhecimento: “a sua existência é uma questão de fato” (Hart, 2001; Pascua, 2021; Raz, 2009). Voltaremos à polêmica que nutre esse tema, quando trouxermos à tona o debate sobre a regra de reconhecimento.

Hart (2001) sustenta, também, que é possível afirmar-se que a regra de reconhecimento é uma questão de “Direito”, pois, ao estabelecer critérios para a identificação das demais regras, caracteriza-se como um elemento definidor de um sistema jurídico e, portanto, com natureza jurídica. Porém, não se exclui a natureza fática antes delineada, articulada nas afirmações sobre se determinada regra existe, que são afirmações externas de fatos reais, relativos ao modo pelo qual as regras de um sistema eficaz são identificadas (Hart, 2001). Desse modo, o autor menciona que esses dois aspectos da regra de reconhecimento, “Direito” e “fato”, são dignos de atenção. Só não podem ser pensados de forma disjuntiva (“Direito” ou “fato”), afinal, são duas perspectivas acerca da natureza da regra de reconhecimento, que expressam dois tipos de afirmações: i) afirmação externa do fato de que a regra existe na prática efetiva do sistema; ii) afirmação interna de validade manejada pelos que a usam para identificar o Direito (Hart, 2001; Pascua, 2021; Raz, 2009).

Ele analisa também a complexidade e imprecisões envolvidas na afirmação de que um sistema jurídico “existe”. Essa asserção de existência implica certos fatos sociais heterogêneos que normalmente são simultâneos. A teoria de Austin, por exemplo, não dá conta da complexidade desses fatos sociais, pois os “hábitos gerais de obediência” estabelecem apenas uma condição necessária, mas não suficiente

(Hart, 2001; Pascua, 2021), isto é, quando as regras impõem obrigações, elas devem, em geral, ser obedecidas. Hart (2001) dispõe que esse é apenas o produto final de um sistema jurídico, que também é constituído pela criação, identificação, uso e aplicação oficial das regras. Desse modo, o autor defende a substituição da concepção simples de que a maioria dos cidadãos obedece habitualmente ao Direito pela ideia de que a maior parte dos cidadãos deve partilhar, aceitar ou encarar como vinculante a regra última de reconhecimento (Hart, 2001; Pascua, 2021). Ao concluir o argumento, Hart (2001) indica que enquanto as regras “que forem válidas perante os testes de validade do sistema forem obedecidas pela maioria da população, teremos aí, certamente, toda a prova de que necessitamos para estabelecer que um dado sistema jurídico existe” (Hart, 2001, p. 126; Raz, 2009).

A afirmação da existência de um sistema jurídico (enquanto união de regras primárias e secundárias), porém, depende também da descrição da relação entre funcionários oficiais e regras secundárias que orientam seus procedimentos. Hart (2001) menciona que o essencial é que haja uma “aceitação oficial unificada” da regra de reconhecimento, que possui os critérios de validade do sistema (Hart, 2001; Raz, 2009). Esses aspectos não são captados pela noção de obediência geral, que restringe a sua adequação ao caso do mínimo indispensável para o cidadão comum. O autor acautela que o problema não é apenas linguístico, tendo em vista o termo “obediência” não possuir como *uso característico* a descrição do modo como as regras secundárias são tratadas como regras pelas autoridades (Hart, 2001). Hart (2001) argumenta que se poderia tentar buscar uma expressão mais ampla que caracterizasse tanto o que os particulares fazem em relação ao Direito quanto o que os tribunais fazem quando os juízes identificam uma regra concreta como Direito. Entretanto, isso ocultaria diferenças essenciais que devem ser explícitas, caso se objetive a compreensão desse fenômeno social complexo que é o Direito (Hart, 2001).

Segundo Hart (2001), na descrição da relação entre funcionários do sistema e regras secundárias que lhes atribuem poderes, o termo “obediência” padece de um problema radical. Obedecer a uma regra não implica, necessariamente, que a pessoa que obedece acredite que o que está fazendo é o correto a ser feito, para si ou para outrem (Hart, 2001). Ou seja, a pessoa não enxerga necessariamente aquilo que faz como sendo conforme um padrão de conduta para os demais membros da

comunidade; em outros termos, não precisa ter autoconsciência de seu comportamento como sendo “certo”, “correto” ou “obrigatório” (Hart, 2001).

O teórico reflete que os “padrões públicos ou comuns” não são apenas um ponto de eficiência de um sistema jurídico, mas uma condição lógica necessária para se mencionar a existência de um sistema jurídico (Hart, 2001). Ele exemplifica indicando que, caso certos juízes agissem por conta própria sob o fundamento de que “o que Rainha no Parlamento aprova é Direito”, e não manejassem críticas aos que não respeitam a regra de reconhecimento, isso resultaria no desaparecimento da “unidade” e da “continuidade” do sistema jurídico. Essas características de um sistema jurídico vinculam-se estreitamente à aceitação dos padrões públicos de validade jurídica, manifestos na regra de reconhecimento como critério público às ações da judicatura (Hart, 2001; Pascua, 2021).

Em síntese, há uma condição necessária e uma condição suficiente para se afirmar a existência de um sistema jurídico. A primeira revela que as regras de conduta que passaram nos testes estabelecidos pela regra de reconhecimento devem ser geralmente obedecidas. Essa é a única condição que os cidadãos devem necessariamente cumprir, cumprimento que independe dos motivos de cada um e que se dá mesmo que cada qual obedeça por sua conta (Hart, 2001; Pascua, 2021; Raz, 2009). A condição suficiente demonstra que a regra de reconhecimento, legítima portadora dos critérios de validade jurídica, deve ser aceita junto às demais regras secundárias como padrões públicos de conduta oficial de seus funcionários. As autoridades oficiais ou funcionários do sistema devem defrontar-se com essas regras como padrões comuns de conduta oficial, estando sujeitos à crítica os desvios próprios e os dos demais (Hart, 2001).

Nesse contexto, Hart (2001) noticia que a afirmação da existência de um sistema jurídico é uma afirmação de duas faces/bifronte (“*a Janus-faced statement*”), pois intenciona não apenas a obediência pelos particulares, mas também que os funcionários aceitem as regras secundárias como “padrões críticos comuns de comportamento oficial” (Hart, 2001). Ele salienta que tal dualidade reflete o viés complexo de um sistema jurídico, considerada a diferença entre o mundo “pré-jurídico” e o regime simples de regras primárias. Ocupamo-nos até aqui da apresentação hartiana do tema da regra de reconhecimento. No próximo subtópico, apresentaremos um debate sobre a natureza da regra de reconhecimento, realizado após o aparecimento dos argumentos de Hart.

3.3.2 Debate sobre a regra de reconhecimento

Neste item, abordaremos, primeiramente, a ideia da regra de reconhecimento como uma regra constitutiva das demais. Posteriormente, analisaremos um debate sobre a natureza da regra de reconhecimento. Encerraremos o tópico fazendo um recolhimento dos principais aspectos nele desenvolvidos, bem como relacionando-os com a tese que se está apresentando.

3.3.2.1 Regra de reconhecimento: regra constitutiva

O tema que indaga sobre a natureza da Regra de Reconhecimento (doravante, “RR”) é importante, pois envolve questões controversas sobre a noção hartiana de que a “RR” é uma “prática social complexa”, portanto, que tem natureza fática. Isso significa que a validade das regras jurídicas deriva a sua normatividade (o seu “dever ser”) de um “ser”, isto é, de como são as práticas sociais complexas (do “ser” das práticas sociais complexas) de identificação das regras. Destacamos, no tópico sobre Moore (tópico inicial desta investigação), a denominada “falácia naturalista”, que determina a impossibilidade lógica de derivar-se um “dever” de um “ser”. Hart não estava preocupado com ela, pois parecia ciente dos argumentos que, oito anos após a publicação de “The Concept of Law”, emergiam na publicação de Searle (1981) sobre os “atos de fala”; mais especificamente, no sexto capítulo, tópico “6.1”, intitulado: “A falácia da falácia naturalista” (Searle, 1981). Os argumentos de Searle são-nos importantes, aqui, pois tomam como ponto de partida a distinção entre dois tipos de regras. Vejamos adiante.

A explicação da “falácia da falácia naturalista”, porém, envia-nos ao segundo capítulo da obra de Searle, no qual o filósofo distingue entre dois tipos de regras, a saber, as “regras normativas” e as “regras constitutivas” (Searle, 1981). Segundo Searle (1981, p. 47), “as regras normativas governam formas de comportamento preexistentes ou que existem de modo independente”. Exemplo delas são as regras de cortesia que governam as relações interpessoais, que existem independentemente das regras. Por outro lado, as “regras constitutivas” não governam apenas comportamentos, mas “criam ou definem novas formas de comportamento” (Searle, 1981, p. 48). Como exemplo de “regras constitutivas”, o filósofo menciona as regras do futebol, que não indicam somente sobre como se

joga futebol, mas criam a própria possibilidade de se jogar o jogo. Assim, jogar futebol é uma atividade composta pela aplicação de suas regras no jogo, ou, como assevera Searle, aplicação de pelo menos grande parte dessas regras (Searle, 1981).

Em relação às “regras normativas”, Searle (1981) declara que elas têm a forma típica das construções imperativas, conforme os exemplos que elenca: “quando cortar a comida, segure a faca com a mão direita” e “os oficiais devem usar gravata ao jantar”. No que tange às “regras constitutivas”, o filósofo exemplifica desde a regra do “xeque-mate” no jogo de xadrez: “dá-se xeque-mate quando o rei é atacado de tal modo, que nenhum movimento lhe é permitido” (Searle, 1981). Ao mencionarmos as regras, sugerimos habitualmente como exemplos as “regras normativas imperativas”. Por outro lado, as “regras constitutivas não imperativas”, por vezes, inspiram dificuldades na sua identificação como regras, pois elas têm uma condição quase tautológica. Isso se verifica, à medida que o que a regra parece adicionar, conforme o exemplo supracitado, é parte da definição de “xeque-mate” (Searle, 1981). Nesse contexto, Searle (1981, p. 49, grifos do autor) delineia

que, por ex., um xeque-mate em xadrez, seja conseguido de tal ou tal modo, pode aparecer ora como uma regra, ora como uma verdade analítica baseada na significação de ‘xeque-mate em xadrez’. Que tais afirmações possam ser interpretadas como analíticas é um indício para xeque-mate. Que tais afirmações possam ser interpretadas como analíticas é um indício de que xeque-mate ou golo devem ‘definir’ o *xeque-mate, no xadrez, e o golo, no futebol*, do mesmo modo que as regras de futebol definem ‘futebol’ ou as regras de xadrez definem ‘xadrez’ – o que não significa, evidentemente, que uma leve modificação de uma regra de detalhe torne-o um jogo diferente; haverá sempre elementos mais ou menos marginais em todo sistema de regras constitutivas. As regras normativas têm como força característica, ou podem ser parafraseadas por ‘Faça X’ ou ‘Se Y faça X’. Dentro de sistemas de regras constitutivas, algumas terão essa forma, mas algumas terão a forma ‘X conta como Y’, ou ‘X conta como Y no contexto C’.

O autor salienta que as “regras constitutivas” possuem dois aspectos distintivos: i) criam a possibilidade de novas formas de comportamento e ii) possuem, frequentemente, a forma “X conta como Y no contexto C”. Acerca de “i”, o filósofo dispõe que não se trata do sentido óbvio de que toda regra cria uma nova forma de comportamento (Searle, 1981). Nos casos em que a regra é exclusivamente normativa, a conduta conforme a regra pode ser descrita de modo

igual à sua descrição (resposta idêntica à questão: “o que ele fez?”), a regra existindo ou não, desde que a descrição não se refira explicitamente à regra. Searle (1981) exemplifica com uma regra de um círculo social imaginário, que recomenda que os convites sejam enviados com duas semanas de antecedência; com efeito, a descrição da conduta “João mandou os convites com duas semanas de antecedência” pode ser realizada independentemente da existência da regra. Por outro lado, em se tratando de “regras constitutivas”, o comportamento conforme a regra pode receber especificações que não poderia se a regra não existisse. Ou seja, a descrição: “João jogou futebol” depende de que existam as regras do futebol, pois do contrário seriam apenas movimentos físicos sem o sentido próprio de um jogo de futebol - o sentido do jogo de futebol está atrelado à aplicação das regras do futebol (Searle, 1981).

Acerca de “ii”, Searle (1981) ressalva que o esquema não se trata de um “critério formal” para identificação das “regras constitutivas”. Importante destacar, porém, que as “regras constitutivas” aparecem em “sistemas de regras” e, assim, é o sistema todo que pode exemplificar a forma “X conta como Y no contexto C” (Searle, 1981). Por essa razão, mesmo que não se cumpra a primeira regra do futebol, que determina que são onze os jogadores para cada lado, agindo-se de acordo com um número suficientemente grande das demais regras, estar-se-á a jogar futebol. Ademais, nesses sistemas, o termo “Y” demarca consequências posteriores, tais como: penalidades, pontos etc.; assim sendo, expressões como “falta”, “gol”, “xeque-mate” não são meras representações linguísticas de estados de coisas especificados pelo termo “X”, pois implicam consequências (Searle, 1981).

Realizada essa digressão acerca das “regras constitutivas”, devemos relacioná-las com os argumentos da “falácia da falácia naturalista”. Essa última determina que não esteja vetado derivar-se lógico-racionalmente um “dever-ser” de um “ser”, quando uma das premissas fáticas do argumento possuir uma “regra constitutiva”, ou, como bem observa o professor Michelon Jr. (2004, p. 164): “[...] desde que pelo menos uma das premissas ‘factuais’ do argumento tenha como condição de verdade a existência de uma regra constitutiva”. A “RR” hartiana está salva da “falácia naturalista”, pois se trata de uma regra constitutiva enquanto estabelece critérios para analisar a validade das demais regras do sistema. Entretanto, outras questões sobre a natureza da “RR” foram postas em debate, a partir de um artigo do jurista russo-argentino Eugenio Bulygin, publicado em 1976 e

intitulado: “Sobre la regla de reconocimiento”, em que o autor sustenta que a “RR” tem natureza conceitual.

3.3.2.2 Debate sobre a natureza da regra de reconhecimento¹⁶²

Em mil novecentos e noventa, o jurista espanhol Juan Ruiz Manero publicou a obra “Jurisdiccion y Normas: dos estudios sobre función jurisdiccional y teoría del Derecho”, em que se posicionou de maneira crítica frente ao núcleo do que havia sido exposto por Bulygin há catorze anos. A partir de então, ascendeu-se uma polêmica que teve assento no número nove da prestigiada Revista de Filosofia do Direito “Doxa”. Bulygin replicou a posição de Ruiz Manero em “Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos”, ao que Ruiz Manero novamente respondeu em: “Normas independientes, criterios conceptuales y trucos verbales – Respuesta a Eugenio Bulygin”. A última instância do debate foi conferida por Bulygin no artigo: “Regla de reconocimiento: norma de obligacion o criterio conceptual? Réplica a Juan Ruiz Manero” (Guibourg, 1993; Michelon Jr., 2004).

No artigo inicial do debate, Bulygin (1976) distingue dois tipos de regras, a saber, “regras de conduta” e “regras conceituais”. Ele explica que os dois tipos são claramente distintos, embora não totalmente diferentes, bem como que essa diferença não é evidente em todos os casos (Bulygin, 1976). Acerca das regras de conduta, destaca o seu viés prescritivo (ou normativo), apontando que elas prescrevem como devem ser os comportamentos (obrigando, proibindo ou permitindo). O caráter normativo ou “modalidade deôntica” é uma característica definatória (necessária, embora não suficiente) das regras de conduta, explana Bulygin. O autor afirma, por outro lado, que existem diversos tipos de regras conceituais e que a sua essência comum é o caráter “definicional”, ou seja, “pode-se considerá-las como definições de certos conceitos” (Bulygin, 1976, p. 32).

O autor sustenta, ao longo do texto, que o Direito é constituído por regras de conduta e por regras conceituais, como também que a “RR” de Hart é uma regra conceitual, pois tem caráter “definicional” (estabelece critérios para identificação de enunciados jurídicos válidos) e “carece de todo caráter normativo” (Bulygin, 1976). Aliás, acerca da ausência de normatividade, Bulygin (1976) destaca que, nos casos

¹⁶² O primeiro contato com esse debate foi oriundo da referência feita pela obra do professor Michelon Jr. (2004).

concretos, não é a regra de reconhecimento que prescreve aos juízes o dever de aplicar as regras jurídicas (e que esse dever de aplicação é meramente contingente), isto é, essa obrigação surge de determinada regra do sistema, que já foi identificada conforme a regra de reconhecimento.¹⁶³ Bulygin (1976) acusa Hart de confusão conceitual no tratamento da categoria das “regras” e afirma que ter pensado a “RR” como uma regra de conduta deveu-se à ausência das “regras conceituais” entre suas ferramentas teóricas. Esse aspecto fez com que Hart ficasse preso à dicotomia “hábito ou regra de conduta” ao conceber a “regra de reconhecimento” (Bulygin, 1976).

No texto de 1990¹⁶⁴, Ruiz Manero principia destacando que a grande maioria dos comentadores da obra hartiana sustenta a interpretação normativa da “RR”, ou seja, que ela é uma regra genuína que se destina aos juízes. Entre esses intérpretes de Hart, Ruiz Manero destaca Raz (2009), Hacker (1977) e MacCormick (2006; 2010). O jurista ataca os argumentos de Bulygin por uma via de mão dupla. Em primeiro lugar, observa que a caracterização da “RR” manejada pelo seu interlocutor confunde a própria regra de reconhecimento (enquanto regra de conduta aceita pelos juízes) e o critério de identificação das regras do sistema calcado na regra de reconhecimento (enquanto critério usado por um observador externo). Em segundo lugar, se Bulygin está certo acerca do caráter conceitual da “RR”, então, ficamos “impotentes para entender a natureza e a fonte do dever judicial de decidir conforme regras válidas” (Ruiz Manero, 1990, p. 138). O cerne da argumentação de Ruiz Manero (1990) é:

[...] deve-se dizer que uma coisa é a regra de reconhecimento de um sistema jurídico – enquanto conjunto hierarquicamente ordenado de critérios últimos de validade jurídica, aceitos como vinculantes por

¹⁶³ Bulygin (1976) argumenta com exemplos para justificar a sua posição: “II.a) o juiz identifica corretamente o direito válido aplicável ao caso, mas se nega a aplicar as normas que ele identificou como válidas. Suponhamos, por exemplo, que existe uma norma válida que penaliza o homicídio. Um homem que matou outro comparece perante o juiz, e esse diz: ‘conforme o Direito, devo castigar este homem, mas não o farei’. Nessa situação, devemos considerar separadamente o que o juiz diz e o que faz. Não há nenhuma contradição na afirmação do juiz; pode ser perfeitamente razoável reconhecer que se deve fazer algo conforme o Direito e não deva fazê-lo, por exemplo, por razões morais ou religiosas. Com respeito ao que o juiz faz, a situação é muito clara também. O juiz certamente não faz o que deve fazer (se absolve o homicida). Portanto, não cumpre a obrigação jurídica estabelecida pela lei. Mas essa obrigação não surge da regra de reconhecimento (que ele aplicou corretamente), porém da norma identificada por ele, com ajuda da regra de reconhecimento. O juiz desobedece é à norma que estabelece que o homicídio deve ser punido, não à regra de reconhecimento” (Bulygin, 1976, p. 39, grifos do autor).

¹⁶⁴ Especificamente, no segundo capítulo, item “III”, número “1” (“Norma genuína ou regra conceitual?”).

juízes em seu conjunto – e outra é o critério mediante o qual um observador externo identifica as regras desse mesmo sistema [...]. Em outros termos, a regra de reconhecimento é uma regra social, que existe enquanto aceita pelo conjunto dos juízes, que prescreve a cada um desses o usar, como fundamento de suas decisões, as regras e, em geral, os standards que satisfaçam a determinados critérios. É a existência dessa regra social – isto é, o fato de que os juízes, em seu conjunto, aceitem como vinculantes determinados critérios últimos de validade jurídica – o que permite formular, no nível da teoria do Direito, um critério de identificação das regras do sistema, que poderia formular-se assim: são regras do sistema aquelas que satisfazem direta ou indiretamente aos critérios últimos de validade jurídica, aceitos como vinculantes pelos juízes em seu conjunto, isto é, os critérios de validade estabelecidos na regra de reconhecimento (Ruiz Manero, 1990, p. 138).

Ruiz Manero (1990) observa que está na natureza da “RR” a sua distinção entre regra social aceita por juízes e critério teórico-jurídico de identificação das regras por meio da regra última. O autor afirma que esse aspecto fica comprovado nas críticas que dirigimos, por um lado, ao juiz que não decide baseado em regras que cumprem os critérios de validade estabelecidos pela “RR”, e, por outro, ao conselheiro jurídico privado ou ao teórico do Direito que não identifica corretamente as regras do sistema (Ruiz Manero, 1990).

Acerca do dever judicial de decidir conforme regras válidas, Ruiz Manero critica a posição de Bulygin, que afirmava tratar-se de um dever contingente, ou seja, de um dever que os juízes “normalmente” têm. O jurista espanhol argumenta que esse dever constitui as propriedades definitórias do que é ser um juiz e que é isso que o diferencia, por exemplo, de um árbitro ou de um mediador (Ruiz Manero, 1990). Ruiz Manero argumenta, junto com Raz, que o dever do juiz é o de aplicar um “conjunto de disposições jurídicas com independência de suas opiniões sobre seus méritos, e que lhe está permitido atuar com base em suas próprias opiniões só até onde isso é permitido por ditas disposições jurídicas” (Raz *apud* Ruiz Manero, 1990, p. 140).

Subsequentemente, Bulygin (1991a) respondeu a Ruiz Manero no escrito “Algumas considerações sobre o sistema jurídico”. A ideia de “sistema jurídico”, como destacado anteriormente, guarda relação próxima com as regras secundárias, em especial, com a “RR”. Ao ser responsável pela identificação das regras válidas do sistema, a “RR” tem o papel fundamental de conferir unidade ao sistema jurídico. Bulygin (1991a) parte desse contexto teórico até chegar ao coração da polêmica com Ruiz Manero sobre a natureza conceitual da “RR”.

A noção de sistema jurídico de Bulygin (1991a) destaca o aspecto da criação e revogação das regras, e o tema vincula-se com a identificação das regras jurídicas; portanto, diretamente relacionado com a “RR”. A tese do autor portenho manifesta que “a unidade de uma ordem jurídica e de cada um dos sistemas que pertencem a ela está constituída por uma regra conceitual (critério de identificação) e não por uma regra de conduta” (Bulygin; 1991a, p. 268). Bulygin (1991a) argumenta que sem um critério conceitual que permita identificar as regras do sistema, não se pode falar de deveres que estabeleçam tais regras (primeiro, é necessário o critério conceitual que permita a identificação). De outra banda, Hart e Ruiz Manero sustentam que primeiro temos uma regra que obriga a aplicar as regras que reúnem certas características, e que, a partir de então, manifesta-se o critério conceitual que define quais regras pertencem ao sistema (Bulygin, 1991a). Segundo Bulygin (1991a), a sua pretensão era conferir uma interpretação alternativa da “RR” que explicasse melhor o seu funcionamento e a sua função na dinâmica do Direito.

No que diz respeito à primeira crítica que Ruiz Manero dirigiu a Bulygin, o jusfilósofo argentino sustentou novamente o seu ponto de vista de que na “ordem das razões”, primeiramente, é necessário o critério conceitual que permita a identificação das regras. Ele refere que se propôs a chamar de “RR” o conjunto de todos os critérios de identificação. Reitera que tal proposta foi realizada, pois considera “que faz falta usar um critério de identificação para poder identificar as regras jurídicas válidas, e porque o dever dos juízes de aplicar as regras jurídicas válidas provém dessas mesmas normas identificadas conforme esse critério” (Bulygin, 1991a, p. 270).

Bulygin (1991a) refuta a segunda crítica de Ruiz Manero, que diz respeito à sua leitura de que a “RR” deixa-nos impotentes para compreendermos a fonte do dever judicial de decidir conforme regras válidas. Ele alega que a interpretação padrão da “RR” não nos permite saber quais são os deveres jurídicos dos juízes, se não identificamos previamente as regras jurídicas, sendo que sequer ficamos em condições de identificar os próprios juízes (Bulygin, 1991a). O autor dispõe (neste ponto em concordância com Ruiz Manero) que Hart resvala em um círculo vicioso, pois, se na vida pedestre as pessoas identificam os juízes por meio de regras jurídicas (“juízes são os indivíduos nomeados por um procedimento previsto na Constituição e nas leis, que têm a competência para resolver os conflitos mediante a aplicação das regras jurídicas”), então, como identificar os juízes se as regras ainda

não foram identificadas como válidas? Em síntese: para determinar quem são os juízes, temos de usar a “RR”, e para identificar a “RR”, temos de saber quem são os juízes (Bulygin, 1991a).

O teórico argentino critica Hart e seus seguidores, apontando que tentaram fugir da circularidade com teorias engenhosas, mas insatisfatórias. Ele analisa e critica a solução proposta por Ruiz Manero - o autor espanhol sustenta que as regras sociais que estabelecem os deveres do juiz conferem-lhe também o poder de enunciar resoluções obrigatórias, com autoridade (Bulygin, 1991a). Segundo Bulygin (1991a), Ruiz Manero pretende oferecer uma qualificação normativa do conceito de juiz sem incorrer em circularidade, apelando às regras sociais que conferem poderes e determinam deveres (e, assim, quem são os juízes), e que não são regras jurídicas válidas, identificadas conforme o critério estabelecido pela “RR”.

Bulygin (1991a) aponta três defeitos na proposta de Ruiz Manero. O primeiro revela que nos sistemas jurídicos modernos existe um grande número de regras legisladas, que regulam detidamente o status normativo dos juízes e que os juristas e o cidadão comum usam para identificá-los (os juízes). “E como essas regras são identificadas como válidas, segue-se que os critérios de validade surgem da regra de reconhecimento, voltamos a cair na circularidade.” (Bulygin, 1991a, p. 277). O segundo defeito indica que a tese de Ruiz Manero implica deixar de fora do Direito um número grande de regras que habitualmente são consideradas como regras jurídicas. Isso ocorre, pois o espanhol recorre às regras sociais que não compõem o sistema jurídico (caracterização “extrassistemática”). Ou seja, é inconsistente basear o sistema jurídico em uma variedade de regras não jurídicas (regras sociais); ademais, essas regras são encaradas pelos juristas como sendo genuínas regras jurídicas (Bulygin, 1991a). Em terceiro lugar, Bulygin (1991a) acusa Ruiz Manero de cometer um truque verbal ao denominar regras sociais as que estabelecem o status normativo dos juízes, e que o cidadão comum menciona como sendo regras jurídicas. Ora, “uma mudança de nome não é uma solução satisfatória para um problema conceitual”, declara o autor (Bulygin, 1991a, p. 278).

O mesmo autor esclarece, ainda, que há uma diferença entre “uso” e “menção”¹⁶⁵, que é vital no contexto de identificação e aplicação das regras. Ou seja, para justificar uma ação com uma regra, não é suficiente mencioná-la, deve-se usá-

¹⁶⁵ Hart detalha essa diferença em seu texto sobre Kelsen (2010b, p. 329-333).

la. Bulygin (1991a) parece dar a entender que primeiro os juízes *mencionam* as regras ao identificá-las por meio dos critérios conceituais; depois de identificadas, eles as *usam* para decidir os casos. O autor explica que

é óbvio que o juiz não pode usar normas jurídicas se previamente não as identificou e não pode identificá-las se não dispõe de um critério que lhe diga quais são. Portanto, a ordem lógica das coisas é a seguinte: primeiro, o juiz tem de ter um critério de identificação das regras jurídicas; logo, usando esse critério identifica as regras, e são essas as que lhe dizem o que deve fazer. Logo, atua (dita sentença) e usa as regras para justificar a sua ação (Bulygin, 1991a, p. 274-275).

Bulygin (1991a) resume a sua argumentação no parágrafo final, partindo das questões que envolvem a identificação conceitual das regras como parte essencial de uma ordem jurídica, até o problema da aparente circularidade na definição de “juiz”. Vejamos abaixo:

todas essas dificuldades desaparecem como por arte de magia uma vez que reconheçamos que não há deveres jurídicos que não sejam estabelecidos por normas jurídicas, e que, para saber quais são as regras jurídicas, temos de dispor de um critério de identificação (uma definição) de tais regras. Por isso, propus que a regra de reconhecimento de Hart seja interpretada não como uma regra que estabelece deveres aos juízes, mas como uma regra conceitual que fixa os critérios de identificação de uma ordem jurídica e das regras que pertencem aos diversos sistemas dessa ordem. Desde logo, pode haver diferentes critérios. Diferentes pessoas podem usar diferentes definições (de fato, as definições vão variar na cláusula [1]), ou seja, sobre a constituição que é adotada como ponto de partida, mas somente haverá uma ordem jurídica quando a população em geral e, sobretudo, os juízes e outros órgãos oficiais compartilharem a mesma definição: a unidade da ordem jurídica depende do fato de que uma e a mesma definição seja efetivamente usada em um grupo social (Bulygin, 1991, p. 278).

No texto “Normas independientes, criterios conceptuales y trucos verbales. Respuesta a Eugenio Bulygin”, Ruiz Manero oferece as suas palavras derradeiras no debate. Ele estrutura os seus argumentos novamente, partindo de dois aspectos, tal como havia feito na crítica manejada ao artigo de Bulygin de 1976. Rememoremos: o primeiro alvo é a caracterização da “RR” como uma regra conceitual, assim como pensa Bulygin; Ruiz Manero, de outro modo, está junto com a maioria dos intérpretes de Hart, que pensam a “RR” como uma regra de conduta (que determina o dever dos juízes de aplicar as regras). O segundo aspecto da

controvérsia traz o ponto da função judicial de decidir conforme regras válidas; subjacente a ela, a explicação de como se verifica a identificação dos juízes (Ruiz Manero buscará refutar a última crítica de Bulygin à definição “extrasistemática” de juiz, baseada em regras sociais).

Sobre o primeiro aspecto, “o critério ou regra conceitual empregada pelos teóricos do Direito, com o fim cognoscitivo de determinar os limites do sistema jurídico, pressupõe a regra de reconhecimento como regra de conduta aceita pela judicatura” (Ruiz Manero, 1991, p. 282). O autor exemplifica: um enunciado de um teórico do Direito referido a uma regra distinta da “RR”, cujo conteúdo é: “a regra ‘r’ pertence ao sistema jurídico ‘S’”, é verdadeiro apenas se a regra ‘r’ está conforme os critérios de validade jurídica, aceitos como vinculantes pela judicatura do sistema ‘S’ (Ruiz Manero, 1991). Ele observa, na sequência, que o conjunto dos critérios de validade jurídica aceitos pela judicatura constitui a “RR” do sistema ‘S’.

Ruiz Manero reprisa parte da argumentação de seu livro, pois enuncia enxergar o problema de forma similar. Afirma que o termo “confusão”, que atribuiu à tese de Bulygin, é injusto, mas que ele erra ao não distinguir a “prescrição” de aplicar as regras que satisfazem aos critérios da regra última do sistema do critério conceitual calcado em uma proposição normativa que “descreve” quais são esses critérios (Ruiz Manero, 1991). O autor coloca o problema nos termos da diferenciação feita por Bulygin entre “uso” e “menção”. Assim sendo, os juízes “usam” certos critérios de validade jurídica que são aceitos pelo conjunto da judicatura, visando à prática de identificar regras que devem aplicar. Os teóricos do Direito, por sua vez, “mencionam” os critérios de validade com o intuito teórico de demarcar as regras constitutivas do sistema jurídico, considerando-as como as que satisfazem aos critérios de validade usados pela judicatura (Ruiz Manero, 1991).

O mesmo autor afirma que são duas questões distintas, ou seja, a do “fundamento normativo” do dever de aplicar as regras (ou classes de regras) que possuam certos aspectos, e a das “*condições de verdade* dos enunciados que afirmam a existência de tal dever em relação à determinada regra ou classe de regras (e, conseqüentemente, a pertença de tal regra ou classe de regras ao sistema jurídico)” (Ruiz Manero, 1991, p. 283, grifos do autor). Ele conclui observando que o problema do “fundamento normativo” situa-se no âmbito da instituição social normativa que é o sistema jurídico, enquanto a questão das

“condições de verdade” situa-se no âmbito da descrição dessa instituição social normativa (Ruiz Manero, 1991).

Sobre o segundo aspecto da disputa, há um triplo ataque de Bulygin a Ruiz Manero. O primeiro, que a teoria de Manero ignora que nos sistemas jurídicos modernos há um grande número de regras que tutelam o status normativo dos juízes, e que os juristas e o cidadão comum usam essas regras para identificação dos juízes. Manero observa que não ignorou as diversas regras de adjudicação do sistema, como também que não desconsiderou que não temos dificuldade de identificar os juízes em um sistema jurídico (Ruiz Manero, 1991). Ele expõe que a sua intenção era ressaltar que, dado que o sistema jurídico está constituído por uma regra última de reconhecimento aceita pelos juízes, e por regras válidas segundo seus critérios, então, necessita-se de um “critério teórico geral para identificar os integrantes de dita judicatura, que não nos remeta a regras cuja identificação pressuponha a prévia identificação de ditos integrantes” (Ruiz Manero, 1991, p. 291). Posição que pressupõe um recurso às regras sociais para explicar a identificação dos juízes.

O segundo alvo de Bulygin contra Ruiz Manero afirma que uma teoria do Direito que deixa de fora um grande número de regras jurídicas é insatisfatória. Ruiz Manero pontua que não vê razão para a observação de seu interlocutor, pois a sua proposta não implica deixar de fora as múltiplas regras de adjudicação, que ele concebe como sendo regras jurídicas. Segundo ele, a sua teoria implica que, para identificar as regras jurídicas, necessita-se identificar previamente os juízes, portanto, “não podemos nos referir a regras jurídicas ao estabelecer um critério teórico para identificar juízes” (Ruiz Manero, 1991, p. 291). A terceira crítica de Bulygin dirigiu-se ao “truque verbal” de Ruiz Manero de chamar de regras sociais o que o cidadão comum menciona como sendo regras jurídicas (em relação à determinação do status normativo dos juízes). Vejamos a resposta de Ruiz Manero (que cita Hart):

[...] não acredito haver recorrido a truque verbal algum: limitei-me a propor considerar a afirmação ‘X é juiz na sociedade Z’ como sujeita a condições de verdade análogas às que, segundo Hart, está sujeita a afirmação de que ‘na sociedade Z existe o sistema jurídico S’. Como se sabe, Hart insistiu na ideia de que ‘a afirmação de que um sistema jurídico existe é um enunciado bifronte, em que um dos rostos olha para a obediência por parte dos cidadãos ordinários e a outra para aceitação de regras secundárias como pautas ou critérios

comuns críticos de conduta oficial, por parte dos funcionários' (Hart, 1980, p. 145). Também a afirmação 'X é juiz na sociedade Z' deveria ser considerada, a meu juízo, 'como um enunciado bifronte, cada um dos rostos faz referência a uma condição distinta: a primeira, a que as decisões ditadas por X sejam, em geral, efetivas (isto é, consigam obediência), e a segunda, que X seja reconhecido, por parte dos aparatos (grupos organizados de pessoas) que possuem o monopólio da força nessa sociedade, como titular dos deveres e poderes que definem a posição institucional de juiz' (Ruiz Manero, 1990, pág. 134) (Ruiz Manero, 1991, p. 292, grifos do autor).

A palavra final no debate foi dada por Bulygin, em um pequeno artigo intitulado: "Regla de reconocimiento: norma de obligacion o criterio conceptual? Réplica a Juan Ruiz Manero" (1991b). O primeiro ponto refutado por Bulygin tem como conteúdo a natureza da "RR", isto é, com natureza conceitual, segundo seus apontamentos. Bulygin observa que Ruiz Manero confunde dois problemas distintos: a identificação das regras que constituem um sistema jurídico (problema conceitual) e o problema empírico de determinar quais desses sistemas são vigentes ("reais", na terminologia de Ruiz Manero). O autor reitera que a questão da identificação de uma ordem jurídica ocorre como descrição das regras que satisfazem aos critérios de pertença àquela, citando como exemplo a afirmação conceitual de que "qualquer conjunto de regras que contenha ao menos uma regra de competência pode ocupar a posição de uma primeira constituição e dar origem a uma ordem jurídica" (Bulygin, 1991b).

Bulygin (1991b) afirma ter sido claro ao sustentar que a identificação das regras independentes de uma ordem jurídica (constituição originária) forma parte de seu critério de identificação. O autor reforça que a proposição que descreve a identificação das regras originárias não é uma proposição empírica. Vejamos abaixo:

[...] as regras independentes identificadas pela regra (1) – ou seja, não a identificação, mas o identificado – ocupam uma posição similar à dos axiomas de um sistema dedutivo. Daqui se segue que o enunciado que identifica as regras independentes de um sistema não é um enunciado empírico, não diz nada acerca do mundo e, por fim, não é nem verdadeiro nem falso sobre o mundo. É um enunciado analítico sobre a definição da ordem jurídica em questão. Na terminologia que usa J. R. M., é um 'axioma irrefutável' (embora eu deva acrescentar que essa terminologia tampouco me entusiasma) (Bulygin, 1991b, p. 313, grifo do autor).

O segundo ponto refutado por Bulygin (1991b) refere-se ao fundamento do dever dos juízes de aplicar as regras jurídicas vigentes no momento e no lugar em

que o juiz atua. Ele destaca que as indagações pelo fundamento do dever de aplicá-las pode se estender ao infinito, pois não há regra última que encerre a possibilidade de se questionar pelo dever de obedecê-la (Bulygin, 1991b). Conforme o mesmo autor, Kelsen e Hart postularam, sem qualquer fundamento, a existência dessas regras últimas. Ele afirma, ainda, que no plano da ação deve-se “usar” a regra e não apenas mencioná-la e, por essa razão, frente à decisão de

usar a regra cabe a pergunta acerca de sua justificação, mas essa nos remete a outra regra e assim ao infinito, e aquele que deseja romper essa cadeia deve tomar uma decisão de atuar conforme uma regra, e essa decisão já não estará justificada por nenhuma regra anterior (Bulygin, 1991b, p. 315).

Nesse contexto, a cadeia de regras justificatória do dever de obedecer outras regras não deve ser infinita e encontra-se, em última instância, em uma decisão não justificada. Bulygin (1991b) asseverou que isso não significa que esteja errado questionar a justificação de usar uma regra, entretanto, em algum momento, deverá parar-se de perguntar pela justificação e usar a regra, algo que, em última instância, implica que “sempre haverá uma decisão não justificada (nunca pensei que uma regra conceitual pudesse justificar a decisão de usar uma regra como pauta de conduta; para isso, faz falta uma genuína regra)” (Bulygin, 1991b, p. 316). É válido indagar pela fundamentação de uma regra, mas não se pode fundamentar todas as regras. A cadeia de justificações deverá encerrar-se por razões práticas, e isso deverá acontecer no plano da constituição originária, isto é, “no nível das regras independentes do sistema” (Bulygin, 1991b, p. 316).

O terceiro ponto da controvérsia Bulygin-Ruiz Manero tem como objeto a circularidade na definição de juiz nas teorias de Hart e Ruiz Manero, segundo o autor portenho. Bulygin (1991b) reafirma que a solução de Ruiz Manero é insatisfatória, por dois motivos. Primeiro, porque há certas regras jurídicas que indicam quem são os juízes e os juristas usam essas regras para identificá-los. Segundo, porque chamar de regras sociais as regras que identificam os juízes é um mero truque verbal. Além disso, Bulygin acrescenta que a circularidade desaparece se a “RR” é concebida como um critério conceitual de identificação das regras que constituem uma ordem jurídica (Bulygin, 1991b).

Conforme Bulygin (1991b), a distinção entre questões conceituais e empíricas emerge novamente no que se refere à identificação dos juízes. Observando-se a

conduta dos juízes, pode-se demarcar a existência de um critério de identificação e, partindo-se do uso desse critério, determinar as regras que pertencem a essa ordem jurídica, bem como os juízes que a compõem (Bulygin, 1991b). O autor afirma que as regras não independentes, que têm a pertença à ordem jurídica decorrente do princípio de legalidade (regras promulgadas por autoridade competente), não são determinadas de modo puramente conceitual, pois envolvem a visualização de certos fatos, ou seja, os fatos de criação normativa. No entanto, a determinação das regras originárias (independentes) e das regras derivadas do princípio de deducibilidade (regras que são consequência lógica de outras regras da ordem jurídica) é uma questão puramente conceitual. Visando à determinação desses últimos dois tipos de regras, não há necessidade de se buscar amparo em qualquer experiência, portanto, não se carece da observação de nenhum fato (Bulygin, 1991b). Bulygin (1991b, p. 317-318) finaliza, apontando que

somente para estabelecer se a ordem assim identificada é ou não vigente (em um lugar e tempo determinados), temos de recorrer à observação da conduta dos juízes dessa ordem. Em consequência, em minha construção, à diferença da de Hart, não há nenhum círculo, nem vicioso, nem virtuoso. A existência de um critério de identificação das regras do sistema não depende do que façam ou deixem de fazer os juízes; mais ainda, cabe determinar quais regras formam parte da ordem jurídica, sem saber quem são os juízes. A conduta dos juízes só é relevante para a vigência dessa ordem. De outro modo, em Hart, a existência mesma da regra de reconhecimento depende da conduta dos juízes, porque a regra de reconhecimento é um costume judicial, e se para determinar a identidade dos juízes temos de recorrer à regra de reconhecimento (que determina quais são as regras de adjudicação válidas), movemo-nos em um círculo. Nada disso ocorre se a regra de reconhecimento é interpretada como um critério conceitual cuja existência não depende de conduta alguma.

Sobre a referida circularidade, Bulygin e Ruiz Manero posicionaram-se criticamente frente à definição da “RR” elaborada por Hart, porém, cada um apresentou uma proposta diferente para superar o problema. Ruiz Manero ofereceu uma definição extrassistemática de juiz, por meio de “regras sociais que impõem deveres e conferem poderes”. Sustentou uma necessidade de se recorrer a regras não jurídicas para superar a circularidade que é “intolerável”, segundo ele. Por outro lado, Bulygin delineou a “RR” como uma regra conceitual que funciona como axioma na ordem jurídica. Além disso, manifestou que o agir governado por regras depende não apenas da menção ou pergunta por elas, mas de seu uso em ações segundo as

suas consequências. A última regra usada na cadeia de justificação articular-se-á por si própria como axioma e não dependerá de fundamentação ulterior (Guibourg, 1993).

Guibourg (1993) acerta ao descrever que os autores da controvérsia parecem não falar a mesma linguagem conceitual, pois partem de núcleos reflexivos diferentes e consideram o objetivo alheio insatisfatório. Bulygin enfatiza o conceito de sistema, assumindo como certo que cada pessoa ou comunidade terá suas razões para justificar um sistema ou outro. Manero investiga o modo de justificar o sistema mesmo e não se contenta com a indeterminação das razões na tese de seu interlocutor; aliás, sua preocupação com a verdade e a realidade minimiza o valor de certos argumentos formais (Guibourg, 1993).

Os sistemas jurídicos são sistemas normativos, e esses se caracterizam por serem sistemas dedutivos, ou seja, há demonstrações disponíveis a todos os seus enunciados, inclusive, para os seus axiomas. Isso implica que, analisado desde dentro, todo sistema seja circular (Guibourg, 1993). Essa razão levará Hart a traçar a distinção relativa à “RR” entre ponto de vista interno e externo. Nesse contexto, a “RR”, analisada desde baixo, não é válida nem inválida, pois é ela própria que comporta os critérios de validade. Também não é verdadeira nem falsa, pois desde o ponto de vista interno é uma regra secundária que se usa e aceita ao se determinar a validade das demais regras. De outra forma, analisada desde cima ou de fora do sistema (ponto de vista externo), a “RR” pressupõe que é aceita pela comunidade, e, nesse sentido, ela existe, à medida que possa ser demonstrada à luz da prática efetiva do grupo social (Guibourg, 1993).

Ademais, a saída “extrassistemática” que Ruiz Manero e MacCormick propõem (com identidade, mas também com diferenças), partindo da prática social efetiva de identificação das regras pela judicatura de determinada ordem jurídica, parece-nos mais fiel aos delineamentos hartianos apresentados no tópico anterior. De fato, a ancoragem do fundamento de obediência às regras jurídicas repousa em uma regra social, que se materializa enquanto prática social complexa de identificar e aplicar regras jurídicas como fundamento do Direito.

Sobre o caráter conceitual da “RR”, Bulygin observou que o descumprimento de regras primárias gera censura por desobediência, enquanto a não utilização da “RR” gera censura por ignorância, pois a “RR” é um critério puramente conceitual de identificação das regras - critério constitutivo e não regulativo (Michelon Jr., 2004).

Como exposto acima, a maioria dos comentadores de Hart (Ruiz Manero, MacCormick, Raz, Hacker) discordam da tese de que são as regras primárias, após serem identificadas pelos critérios estabelecidos pela “RR”, que estabelecem o dever de aplicar as próprias regras primárias, como sustentou Bulygin no exemplo que colocamos antes.

Pensem em um mundo pré-jurídico de apenas regras primárias, em que, em um dado momento do tempo, a comunidade opta por introduzir regras secundárias (reconhecimento, alteração e adjudicação/julgamento) como complemento às regras de obrigação. Enquanto a comunidade foi pré-jurídica, ela tinha dificuldades de identificar quais eram as regras dotadas de autoridade e quais eram as pessoas competentes para decidir com autoridade, pois estava composta apenas por regras que ordenavam, permitiam ou proibiam certas condutas. Essas regras não abarcavam problemas práticos envolvidos na crítica pública das condutas. Por razões práticas, assim, introduzem-se regras secundárias, visando a uma melhor organização e manutenção das pautas de conduta do grupo. A partir desse momento, dispõe-se de uma “RR” que estabelece os aspectos que as regras devem cumprir para serem dotadas de autoridade, portanto, válidas. Agora, há um sistema de regras, e dissipam-se as incertezas sobre quais regras são oficiais e quais são as autoridades oficiais. A aplicação das regras deixa de ocorrer mediante as próprias regras de conduta (mundo pré-jurídico), passando a ter assento na “RR” e nas regras de adjudicação/julgamento identificadas como válidas por aquela. Esse argumento apela à evolução histórica e quer indicar que foi para corrigir a dificuldade de ter de identificar as regras primárias válidas (por meio de outras regras primárias, como parece sugerir Bulygin) que as regras concebidas sem unidade passaram a constituir um “sistema”, cuja “RR” é o fundamento normativo do dever de aplicar regras válidas perante seus critérios. Desse modo, concordamos com Hart e seus comentadores citados, quando sustentam que a “RR” é normativa, no sentido de pautar a conduta dos juízes no que se refere ao seu dever de atuar. Como observa o professor Michelin Jr. (2004), a questão não foi bem-posta por Bulygin, todavia, tem a virtude de trazer à baila a relação entre a prática social complexa e a fundamentação e validade da ordem jurídica.

3.3.2.3 Retomada e palavras finais

Então, obtivemos valorosas noções acerca das regras, eixo central deste trabalho. Faremos uma breve retomada deste tópico sobre a “RR”, buscando relacionar os seus aspectos com a tese de as regras jurídicas constituírem-se como padrões explicativos do conceito de Direito. A conexão entre as regras da linguagem, conforme Wittgenstein, e as regras do Direito, segundo Hart, concebida a partir de algo que identifica ambas: o seguimento de regras sociais, ou seja, considerar os casos de aplicação das regras ao se trabalhar com a noção de “regra”. Seguir uma regra configura-se como uma prática social, à medida que compartilhamos regras sociais no cotidiano. Enquanto comportamentos governados por regras sociais, Direito e linguagem comungam de um aspecto: seus participantes seguem as regras em práticas reiteradas de certas condutas (“fazer o mesmo”, Hacker), isto é, de seguir uma regra. Ideia que está conforme o conceito de regra de “The Concept of Law”: padrões compartilhados de conduta para crítica dos comportamentos. E já que mencionamos a noção de “prática social complexa”, recapitulemos as feições da “RR” pari passu à tese da “gramática das regras jurídicas”.

A prática social do seguimento de regras organiza-se desde o compartilhamento de padrões de conduta para crítica dos comportamentos. As regras jurídicas são usadas como padrões de comportamento a ser seguido, e é nesse sentido que afirmamos que funcionam como critérios das práticas jurídicas, isto é, o uso das regras jurídicas confere sentido a certos fenômenos sociais como fenômenos jurídicos. Enfim, as regras jurídicas especificam certas experiências cotidianas como experiências jurídicas. Em relação à “RR”, fica evidente o papel central que ela ocupa na gramática (lógica de funcionamento) do conceito de Direito, afinal, a identificação das regras de obrigação consiste no fundamento da ordem jurídica, como nos mostrou Hart. Desse modo, se as regras são os critérios explicativos dos fenômenos propriamente jurídicos, então, saber quais são as regras dotadas de autoridade é uma condição fundamental para a estruturação desses critérios. Assim, a “RR” estabelece critérios (certas características) para identificar os padrões válidos e, por essa razão, funciona como condição do seguimento de regras jurídicas, que é parte fundamental do (conceito de) Direito. A “RR” estabelece os

padrões que são válidos e unifica-os em um sistema, sendo essa a sua função primordial na lógica de funcionamento do Direito.

A “RR” manifesta a existência de “critérios dotados de autoridade” voltados aos cidadãos e às autoridades oficiais. Assim, verifica-se uma prática geral de identificar as regras por meio desses critérios, realizada por autoridades oficiais e por particulares. No que tange à ordenação dos critérios, estão dispostos em uma hierarquia de subordinação e primazia relativas. Essa estreita relação com os critérios que validam as regras do Direito reafirma a “RR” como uma espécie de “fecho da abóbada” da ordem jurídica.

O princípio metodológico de Hart de diferenciar os pontos de vista interno e externo das regras remete-nos novamente às influências de Wittgenstein e P. Winch sobre o autor. Ao nos movermos na influência wittgensteiniana sobre Hart, acerca do seguimento de regras sociais, passamos da gramática das regras da linguagem à gramática das regras do Direito. Nesse contexto, a “RR” pode ser afirmada desde um ponto de vista interno como uso pelas autoridades oficiais, mirando identificar as demais regras da ordem jurídica. Esse uso revela a aceitação das regras como regras de orientação, e a descrição desse aspecto não se faz possível pela via externa das observações meramente naturais. A afirmação característica do ponto de vista interno (que manifesta a existência da “RR” – tratando-se, portanto, de uma afirmação sobre o “seguimento de regras”) é “o Direito dispõe que”. Essa expressão transparece a avaliação de uma circunstância em referência a regras, que são reconhecidas como adequadas para essa finalidade, além de que explicita a aceitação compartilhada de regras. De outro modo, um observador externo do seguimento de regras jurídicas no Brasil dirá: “No Brasil, reconhecem como direito [...]” - sem ele próprio aceitar a “RR” do grupo, refere-se ao grupo como a aceitando. As afirmações internas são utilizadas pelos que aceitam a “RR”, mesmo que de forma não expressa, quando reconhecem uma regra concreta como uma regra oficial válida.

Hart (2001) qualifica a “RR” como “critério supremo” e “regra última”. Em relação ao primeiro, significa que os critérios estabelecidos pela “RR” têm primazia frente a outros critérios na identificação das regras válidas da ordem jurídica. O segundo aspecto relaciona-se ao fundamento normativo do dever de seguir as regras. Ou melhor, a cadeia normativa que se estabelece até chegar à regra última, que é a “RR”. E sobre o qual já não se pode perguntar pela validade, pois é ela que

define o critério de válido ou inválido quanto às regras (funciona para o Direito, tal como a barra do metro-padrão funciona à metricidade). Afirmar a validade de uma regra implica reconhecer que ela passou por todos os testes estabelecidos pela “RR”, sendo reconhecida, portanto, como uma regra do sistema. Desse modo, afirmar que uma regra é válida é idêntico a dizer que a regra satisfaz aos critérios estabelecidos pela “RR” (Hart, 2001).

Hart (2001) afirma que a validade da “RR” pode ser demonstrada; o autor apresenta o “teste” da tese nas condições de uso na linguagem. O uso característico do termo “validade” é voltado às regras constituintes do sistema, que estão condicionadas pela satisfação dos critérios estabelecidos pela “RR” (Hart, 2001). A avaliação da regra que oferece os critérios não se dá em termos de validade ou invalidade, pois ela deve ser analisada como apropriada ou não para fornecer os critérios de validade às regras da ordem jurídica. Nesse contexto, Hart (2001) posicionou-se contrário à tese de que a “RR” é pressuposta, mas não pode ser demonstrada. Segundo ele, seria como pressupor, sem poder demonstrar, que a barra do metro-padrão em Paris (teste último de correção métrica) é ela própria correta (Hart, 2001).

A distinção entre ponto de vista interno e ponto de vista externo também incide nas questões referentes à validade. No mundo “pré-jurídico” das regras primárias, afirmar a existência de uma regra tratava-se de uma afirmação externa de fato. Ou seja, uma afirmação de um observador externo que, sem aceitar as regras, verifica se o comportamento no grupo é aceito como padrão, além, é claro, de afirmar a distinção entre regras sociais e hábitos convergentes. Pensemos no exemplo da regra social que existe na Inglaterra, e que determina que se deve descobrir a cabeça ao entrar em uma igreja. Enfim, se tais regras existem efetivamente na prática de uma comunidade, então, não faz sentido questionar se são válidas, apesar de poder ser pertinente indagar pelo seu valor. Estabelecida a existência da “RR” como um fato, seria fonte de confusão dizer que supomos, mas não podemos demonstrar a sua validade (Hart, 2001).

O tema da pressuposição da validade da “RR” implica indagar pela natureza da “RR” (que Hart apontou como tendo um caráter essencialmente fático), embora, é importante referir, Hart mencione duas descrições possíveis da “RR”, a saber, como “Direito” e como “fato”. Essas duas perspectivas acerca da natureza da regra de reconhecimento expressam os dois sentidos em que se pode concebê-la, seja como

afirmação externa do fato de que a regra existe na prática efetiva do sistema, seja como afirmação interna de validade dos que a usam para identificar o Direito. O critério metodológico de Hart (distinção entre ponto de vista interno e externo na descrição das regras) diferencia a sua Teoria do Direito das demais, quando define a noção de regra considerando os seus casos de aplicação, portanto, considerando a prática concreta de como os indivíduos seguem as regras (usando padrões compartilhados para crítica dos comportamentos) (Hart, 2001).

Um aspecto importante de ser rememorado aqui diz respeito à relação entre os funcionários oficiais e as regras secundárias que pautam as suas ações. Segundo Hart, é decisiva a existência de uma aceitação oficial conjunta da “RR”, portadora oficial dos critérios de validade do sistema. Os padrões que regem os atos dos funcionários oficiais são públicos ou comuns. Esses padrões públicos ou comuns conferem eficiência à ordem jurídica e configuram-se como uma condição necessária para se afirmar a existência de um sistema jurídico. A afirmação da existência de um sistema jurídico tem uma condição necessária e uma condição suficiente. A condição necessária indica que as regras primárias que passaram nos testes estabelecidos pela “RR” devem ser frequentemente obedecidas. Essa é a única condição a ser cumprida pelos cidadãos; seu cumprimento independe dos motivos e ocorre mesmo que cada qual obedeça por sua conta (Hart, 2001). A condição suficiente dispõe que a “RR” deve ser aceita juntamente com as demais regras secundárias, como padrões públicos de conduta oficial de seus funcionários. Os funcionários do sistema deparam-se com essas regras como padrões comuns de conduta oficial, sendo os desvios passíveis de crítica justificada (Hart, 2001).

Um último comentário deve ser reafirmado antes de irmos ao próximo capítulo. Diz respeito à relação entre o debate que expusemos acima e a distinção metodológica entre ponto de vista interno e ponto de vista externo relativo às regras (seguimento de regras sociais). O argumento está amparado analogicamente à posição de Hart de afirmar que a existência de um sistema jurídico é um enunciado bifronte, isto é, com uma das faces voltada à obediência por parte dos cidadãos e a outra para a aceitação de regras secundárias como pautas comuns críticas de conduta oficial por parte dos juízes (Hart, 2001). Desse modo, a identificação dos juízes por meio da prática social de identificação das regras válidas encontra suporte no viés bifronte das descrições, que identificam certas pessoas como juízes de certas comunidades (Ruiz Manero). Portanto, uma das faces indica que ser juiz em

certa comunidade implica que as decisões ditadas sejam, em geral, efetivas (consigam obediência), e a outra supõe que o juiz seja reconhecido, por parte dos aparatos que possuem o monopólio da força nessa sociedade, como titular dos deveres e poderes que definem a posição institucional de juiz (Hart, 2001).

4 HERBERT HART: UM GIRO LINGUÍSTICO NA TEORIA DO DIREITO

Neste capítulo, inicialmente, faremos uma retomada das análises precedentes, visando a arregimentar as conclusões parciais dos tópicos desenvolvidos e projetando, assim, a tese do giro linguístico em Hart. Subsequentemente, faremos uma breve descrição de pontos fundamentais da “Teoria Pura do Direito” de Kelsen, buscando contrastá-la com a Teoria do Direito de Hart (método e regras), delineando as distinções que conduzem a tese do giro linguístico em Hart e não permitem manifestá-la em Kelsen. Finalizaremos sedimentando a ideia da introdução da perspectiva do participante na Teoria do Direito de Hart, bem como apontando que “a abordagem hermenêutica” de Hart (Bix) indica um giro linguístico na teoria do autor. Destacaremos, ainda, possíveis desdobramentos teóricos da presente investigação.

4.1 BALANÇO DAS ANÁLISES PRECEDENTES (PARADA METODOLÓGICA)

Neste tópico, faremos uma espécie de parada metodológica, destinada a retomar os ganhos oriundos das análises desenvolvidas, como também projetar esses ganhos como pano de fundo do que será exposto nos próximos tópicos do presente capítulo. O marco inicial desta investigação foi o giro linguístico na filosofia contemporânea. Expomos que há uma motivação anti-idealista na assunção da filosofia analítica da linguagem, exemplificada na “revolta contra o idealismo” que Moore e Russell protagonizaram. Aliás, certas reflexões de Moore parecem emprestar um critério que boa parte da filosofia da linguagem posterior adotou, a saber, a ideia de que as teses filosóficas não podem estar à revelia do sentido comum da linguagem, ou seja, divorciadas de como o senso comum as entende (o que parece estar relacionado à busca de clareza característica da tradição analítica).

As reflexões de Frege e de Russell sobre a linguagem têm como um importante tema o problema do sentido, que está situado na relação entre linguagem e mundo ou realidade. Ambos desconfiavam das armadilhas da linguagem natural para a correta expressão do pensamento e, assim, apostaram na construção de uma linguagem lógica perfeita voltada para aquela missão. Uma dessas armadilhas são frases com expressões que têm sentidos (modos de apresentação) diferentes, mas têm a mesma referência ou designam o mesmo objeto (por exemplo, “A estrela da

manhã” e “A estrela da tarde” são expressões distintas que designam a mesma coisa, o planeta Vênus). Daí a importância da distinção fregeana entre “sentido” e “referência”, elaborada no escrito “Sobre sentido e referência”. Russell, no artigo “On denoting”, sustenta que o significado de um nome deve ser identificado com o objeto que o nome denota. As proposições fazem menção a coisas com que estamos familiarizados (*acquaintance*), mas também a coisas com que não estamos familiarizados, sendo que essas últimas são possibilitadas pela denotação. A noção de conhecimento direto (*acquaintance*), todavia, deixou traços empíricos no desenvolvimento russelliano da noção de número, o que Wittgenstein não deixou de notar.

A articulação do sentido a partir da relação entre linguagem e realidade estrutura o contexto teórico do *Tractatus* de Wittgenstein. A herança de certas ideias de Frege e de Russell deve ser mencionada. Wittgenstein identificou problemas com a natureza da lógica em Russell (elementos empíricos no conceito de número). Não é à toa que uma de suas importantes teses é que a lógica não tem conteúdo (lógica sem pressuposições), pois não trata de nada - ela apenas “descreve a armação do mundo”, nas palavras do filósofo (Wittgenstein, 1994). Propriamente, a lógica é o que faz possível a representação do mundo. Essa representação ocorre por meio de proposições que são constituídas por concatenações de nomes. Os nomes estabelecem ligações possíveis entre si desde a forma lógica que possuem, sendo a sua *referência* externa ao próprio nome, isto é, o objeto que designam. De outro modo, a proposição tem o *sentido* oriundo de uma certa combinação dos nomes e, portanto, interno à própria estrutura. Em resumo, entender um nome é entender a sua referência, enquanto entender uma proposição é entender o seu sentido. A “condição última do sentido” no *Tractatus* (1994) são as “proposições elementares”, que descrevem quais são as concatenações possíveis entre nomes (às proposições elementares correspondem “fatos atômicos”). O mundo é a totalidade dos fatos e não das coisas, pois os nomes não têm sentido fora da proposição (“princípio do contexto”), possuindo apenas referência objetiva. Somente na ligação de nomes, que configura a proposição, há o sentido do fato afigurado. Eis a “teoria pictórica do significado”, que estabelece que “figuramos os fatos” do mundo por intermédio das proposições. Nela, ocorre a incidência decisiva da “forma lógica”, enquanto “mínimo irreduzível compartilhado” entre linguagem (lógica) e realidade (onto-lógica). Afinal,

no *Tractatus*, Wittgenstein quer fazer coincidir os limites do que pode ser dito e pensado com os limites do mundo (Wittgenstein, 1994).

Após o *Tractatus*, Wittgenstein abandonou a filosofia, pois acreditava ter resolvido todos os problemas filosóficos com a obra. Em seu retiro no interior da Áustria, o filósofo manteve conversas com o matemático F. Ramsey, que estava traduzindo o livro para a língua inglesa. Nesse contexto, Wittgenstein reavaliou a posição defendida no *Tractatus*, criticando ideias fundamentais da obra, tais como as noções de “sentido”, de “linguagem” e de “realidade”. Afinal, o *Tractatus* não era uma velharia querendo passar-se por um relógio, era, contudo, um relógio que não marcava a hora certa. O problema do *Tractatus* reside na independência do sentido das proposições elementares, em relação à verdade de outras proposições. Em outros termos, há um abalo na lógica sem pressuposições do *Tractatus*, tendo-se em vista a existência de proposições com a forma de proposições empíricas entre as proposições lógicas, portanto, entre as condições de possibilidade do sentido.

Após o retorno do filósofo a Cambridge, seu interesse teórico estava voltado para uma reavaliação da concepção de lógica do *Tractatus*. Ele promoveu uma expansão do escopo da lógica, de modo que toda forma de dependência de uma proposição passa a ser sua matéria. É nesse contexto que, por volta de 1930, Wittgenstein deixa de usar o termo “lógica” e, em substituição, passa a usar o termo “gramática”. Gramática corresponde à lógica em sentido amplo, isto é, lógica formal e lógica material (proposições empíricas estabelecendo padrões). A gramática elucida as regras de uso das proposições no interior de sistemas linguísticos. Além disso, a gramática manifesta que a linguagem é algo compartilhado, que as formas em que nos embasamos para haver sentido são formas humanas (que impõem limites humanos), “e que quando eu digo o que nós ‘podemos’ ou ‘não podemos’ dizer, o que faço é expressar necessidades que outros admitem, i.e., obedecem (conscientemente ou não)” (Cavell, 2003, p. 70). A investigação da gramática da nossa linguagem (fenômenos espaço-temporais da linguagem) é desenvolvida por Wittgenstein nas “Investigações Filosóficas”.

Podemos ler as *Investigações Filosóficas* desde o projeto crítico kantiano, ou seja, como a explicitação das condições de possibilidade do sentido (§90, IF). Uma das principais noções que articula essa tarefa é a de “jogos de linguagem” (§23, IF). Aliás, “jogo” e “linguagem” são termos que indicam “semelhanças de família”, pois há muitas coisas que estamos dispostos a referir como “jogos” e como “linguagem”

(“rede de similaridades que se entrecruzam”), embora não haja uma essência comum a todas elas. Segundo Wittgenstein (1986), há uma multiplicidade de “jogos de linguagem”, e são eles que conectam a linguagem às atividades a ela vinculadas (inclusive, atividades não linguísticas). Os “jogos de linguagem” possuem regras próprias e são constituídos por práticas e instituições que dotam de sentido os termos e as proposições (“princípio do contexto”, aplicado às proposições). Assim, os “jogos de linguagem” são ações linguísticas e não linguísticas regidas por regras, que são adquiridas pelo costume e remetem a uma determinada “forma de vida” (Wittgenstein, 1986).

Há uma proximidade entre as noções de “jogo de linguagem” e de “formas de vida”. Retomando o ponto do aprendizado da linguagem (citação de Agostinho ao começo das IF), assinalamos, junto com Cavell (2003), que a aprender não é apenas aprender quais são os nomes das coisas, mas também o que é um nome; não apenas como se expressa um sentimento, mas o que é expressar um sentimento; não apenas qual é a palavra para “tristeza”, mas o que é a tristeza. Portanto, aprender a linguagem não é redutível ao aprendizado de como se pronunciar certos sons, pois está relacionado ao aprendizado das formas-de-vida que estabelecem esses sons como as palavras que são. Wittgenstein (1986) dispõe que as relações entre “formas de vida” são gramaticais, no sentido de que são relações que se configuram como critério explicativo de uso dos termos nos contextos práticos, portanto, enquanto critérios de sentido.

Tal como vimos, “forma de vida” é um conceito “quase biológico”, pois significa espécie humana. Sobre a “forma de vida” humana, deve-se observar que os seres humanos usam determinada linguagem e que ela está vinculada a atividades que outras “formas de vida” não compartilham. Wittgenstein dizia nas IF (1986) que o que é dado são as “formas de vida” e que todo processo de justificação deve chegar a um fim, isto é, na “forma de vida” humana. Então, a concepção de que as “formas de vida” fornecem o fundamento da linguagem desenvolveu-se em duas vias opostas, a saber, “transcendental” e “naturalista”. A leitura “transcendental” sugere que as noções de “jogo de linguagem” e de “forma de vida” substituem as condições de possibilidade para a representação simbólica do *Tractatus*. De outro modo, a via “naturalista” (“biológica” ou “orgânica”) defende que a “forma de vida” humana constitui a natureza biológica humana inflexível, que condiciona o modo como agimos. Essa leitura vincula-se ao que Wittgenstein observou no §25 das IF

como constitutivo da “história natural do homem”, isto é, atividades como: ordenar, perguntar, narrar, conversar estariam ao lado de andar, comer, beber, brincar. Tais atividades são formas de interação social, ou seja, são atividades culturais (Wittgenstein, 1986).

As IF propõem uma alternativa ao monismo semântico da concepção tradicional da linguagem (“teoria referencial do sentido”), devido à circunstância de estar voltada restritamente para a designação de objetos pelas palavras (uso descritivo da linguagem como prioritário). Contudo, as *Investigações* mostra que as palavras fazem parte de um “contexto global de vida” que orienta seu uso. O problema do sentido, dessa forma, passa a estar alocado no contexto de uso dos termos. Os diferentes contextos são governados por diferentes regras, que pautam o sentido das expressões linguísticas. Wittgenstein desenvolveu a ideia da normatividade semântica, que se faz expressar na conduta dos falantes (Wittgenstein, 1986).

Chegamos às “regras”, fundamento de nossa investigação. E, por esse motivo, ao (re)apresentarmos abaixo o ponto nas IF, iremos salientar aspectos que manifestam semelhanças com a teoria hartiana das regras. Neste primeiro momento, apenas destacaremos os pontos. Após, quando recapitularmos as regras hartianas, traremos à tona esses princípios (no sentido de pontos de partida) sobre “seguimento de regras sociais” que Hart colheu nas IF. Assim como viemos delineando, essa influência da “gramática filosófica da linguagem” na concepção hartiana (de seguimento) de regra jurídica estamos denominando como “gramática das regras jurídicas”. Desejamos, porém, acrescentar uma nova questão: que essa influência repercute no conceito hartiano de regra: “padrões de conduta para avaliação crítica dos comportamentos”. Afinal, esses padrões passam, em alguma medida, pela linguagem. Algo que também nos remete, para além do método linguístico e do critério metodológico, ao fato de Hart ter promovido um giro linguístico na sua Teoria do Direito. Os próximos tópicos deste capítulo estarão relacionados a essa tese do “linguistic turn” na Filosofia do Direito de Hart. Mas, não nos adiantemos, isso será analisado após revermos o que as IF dizem sobre “regras” e “seguimento de regras”.

A ação dos seres humanos nos jogos-de-linguagem ocorre mediante regras compartilhadas com os outros. As regras assentam um “quadro de referência intersubjetivo”, estabelecendo limites das ações possíveis no grupo social. A

comunidade aparece no ato de jogar por meio do reconhecimento das regras (reconhecimento como uso compartilhado de padrões em casos particulares). Nas regras do cálculo (*Tractatus*) (1994), os limites já estavam previamente estipulados, enquanto nos jogos-de-linguagem somente o uso determina o sentido e estabelece não completamente os limites. Essa imprecisão assegura certa flexibilidade ao jogo, de modo que ao dominar a técnica de lidar com as figuras do jogo é que aprendemos suas regras. Dissemos que os termos “jogo” e “linguagem” são termos que expressam atividades governadas por regras. Detalhe é que essas regras não são estritas, ou seja, não coordenam todas as ações dos jogadores ou todas as ações linguísticas (Wittgenstein, 1986).

Wittgenstein (1986) não deixou de distinguir regra de formulação da regra - por exemplo, numa placa, pode haver três formulações em diferentes idiomas de uma mesma regra (Hacker). Portanto, há uma diferença entre a função normativa que a regra executa e a forma linguística utilizada para concretizar essa função (embora “regra” e “formulação da regra” não estejam em compartimentos estanques). Esse aspecto está conexo com a tese wittgensteiniana de que seguir uma regra não é o mesmo que se acreditar estar seguindo-a (não basta formular a regra), tendo-se em vista que seguir uma regra é uma prática social, vinculada primeiramente às ações dos sujeitos e não ao pensamento (a ideia de que a “aceitação” das regras no ponto de vista interno não é uma questão privada, em Hart, parece guardar relação com esse aspecto). Wittgenstein (1986) não avoca a ideia de que compreender uma regra seja um processo ou estado mental, que funcionaria como pilar cognitivo à aplicação das palavras. Segundo o autor (1986), “compreender uma linguagem significa dominar uma técnica” (§199, IF), ou seja, somos treinados a compreender as regras da linguagem na prática de uso das expressões. Ainda no §199, Wittgenstein (1986) refere que uma regra não pode ter sido seguida uma única vez por um único homem, pois seguir uma regra são costumes, instituições, ou seja, práticas sociais (pensemos no exemplo de uma universidade, que é uma instituição de ensino: o que mais ela seria, senão um conjunto de regras sobre o ensino/aprendizado?!). Isso está vinculado com o que dissemos acima sobre a compreensão de a regra não ser um processo ou estado mental, mas uma prática. Wittgenstein (1986) declara que ao se seguir uma regra, faz-se “cegamente”, pois, se a regra foi estabelecida com certo sentido, então deixamos de ter escolha. Somos treinados a compreender as “formas de vida” nos

contextos práticos que articulam (concordância na compreensão das “formas de vida”, §241), o que equivale a dizer que somos treinados a seguir sem escolhas as regras da linguagem (visando ao uso com sentido) (Wittgenstein, 1986).

A mera regularidade do comportamento distingue-se do seguimento de regras. Wittgenstein (1986) mostrou que o comportamento regular não é suficiente para diferenciá-lo das regularidades naturais (movimento dos planetas), bem como de ações humanas não intencionalmente conformes a uma regra. Hart (2001) distinguiu o seguimento de regras dos meros hábitos convergentes, visando a refutar a base do conceito de Direito da “Jurisprudência Analítica” enquanto “hábitos de obediência”. Ambos afirmaram que a regra deve ser parte da razão de um agente para realizar certo ato e não apenas uma causa. Não há necessidade de se pensar na formulação da regra ou consultá-la, pois é suficiente que se possa apresentá-la como justificação da ação realizada (Hart, 2001; Wittgenstein, 1986).

O problema do formalismo e do ceticismo sobre regras é objeto do §198 das IF, tema que é abordado no capítulo sétimo da obra mestra de Hart. Se Wittgenstein enfoca a questão da ligação entre regras e ações, Hart centra a sua atenção em como o ceticismo e o formalismo deram conta da textura aberta das regras erigidas em termos classificatórios gerais. Segundo Wittgenstein (1986), a posição platônico-formalista sustenta que regras e ações existem de modo separado umas em relação às outras. Nela, os casos possíveis de aplicação já estão definidos de antemão pela própria regra (exclui-se o uso da constituição da regra). O cético não aceita a concepção platônica, tendo em vista que ela não entrega a objetividade professada, pois ao ser independente do agir humano, deixa de ser guia às condutas. O ceticismo acerca de regras recusa a concepção platônica e sustenta que ou as regras não existem, ou é impossível conhecê-las (haverá sempre múltiplas interpretações, que inviabilizam a objetividade na sua aplicação). Wittgenstein (1986) também rejeita a posição cética, concluindo, ao final do §198, que a conexão entre regras e ação repousa no treinamento para seguir regras, portanto, verifica-se pelo costume, como uma prática humana.

Wittgenstein (1986) abandonou o ideal de exatidão na linguagem nas *Investigações*. Não faz sentido pensar-se em um ideal de exatidão plenamente desvinculado das situações concretas de uso da linguagem, assim como dispõe o §88 das IF. Os contextos práticos determinam o significado das palavras. Assim, a significação não é estabelecida de modo definitivo e de antemão, porém, a partir de

semelhanças entre as expressões. Nessa perspectiva, a linguagem, de certa forma, é ambígua, porquanto seus termos não têm um significado definitivo. A flexibilização da noção de exatidão é o horizonte em que o tema da “vagueza” é mencionado no §71 das IF. O filósofo caracteriza-a por meio do conceito de “bordas borradas” ou “margens indistintas” (“blurred edges”). Entretanto, para Wittgenstein, a vagueza dos conceitos não deve ser vista como um mal a ser eliminado. Afinal, o que é exato em um contexto não o é em outro, isto é, a linguagem utilizada nos variados contextos não funciona com o mesmo referencial de exatidão (Wittgenstein, 1986).

O filósofo austríaco Waismann (1945; 1976) denomina essa vagueza essencial dos termos da linguagem ordinária como “textura aberta da linguagem”. Ele observa que, no máximo, é possível diminuir o âmbito da indeterminação dos conceitos empíricos e dos conceitos da linguagem ordinária, por intermédio da especificação de certas regras. Porém, excluir toda a textura aberta é impossível. Essa impossibilidade ocorre, pois o significado não é estabelecido de forma definitiva e tampouco se pode determinar, de antemão, regras para todos os casos. A vagueza dos termos flutuantes (“banco”, “pilha”) pode ser dirimida pelas especificações linguísticas, já a textura aberta dos conceitos empíricos, estruturados sob termos classificatórios gerais, não pode. A possibilidade de casos não previstos está sempre aberta; por esse motivo, a expressão “abertura dos conceitos”.

A “textura aberta da linguagem” é um problema que afeta as regras jurídicas, pois elas são formuladas em termos classificatórios gerais (e são empiricamente referidas). Hart (2001) tratou o problema como “textura aberta do Direito”, isto é, o fato de os casos concretos não comportarem a etiqueta da regra geral a ser-lhes aplicada. Nos casos claros ou simples, há concordância geral sobre os termos gerais classificatórios a serem aplicados. No entanto, nos casos-limite ou de fronteira, a indeterminação resultará em discricionariedade para o aplicador da regra. Os casos fronteirços que serão incertos quanto à aplicação do Direito possuirão o que Hart designou como textura aberta. O problema da “textura aberta do Direito” vincula-se ao ideal de que as regras dessem conta de todos os detalhes fáticos e possuíssem, antecipadamente, respostas aos problemas. Isso se deve a “nossa relativa ignorância de fato” (não há como as regras descreverem todas as circunstâncias fáticas, pois sempre surgem novos contextos ainda não previstos), bem como a “nossa relativa indeterminação de finalidade” (saber qual é a regra que

deve ser aplicada depende da ocorrência de certas circunstâncias fáticas) (Hart, 2001).

Hart (2001) promoveu o debate entre formalismo e ceticismo sobre regras, no horizonte do problema da “textura aberta do Direito”, portanto, das regras compostas por termos classificatórios gerais. Segundo Hart (2001), o formalismo (conceitualismo) jurídico tentou superar o problema da textura aberta da classificação em termos gerais pela atribuição de um significado fixo aos termos nos casos concretos de sua aplicação. Assim, o formalismo tentou mitigar a discricionariedade na aplicação da regra geral aos casos particulares fronteiriços. O “ceticismo sobre regras” estabelece que as regras não ocupam lugar central em um ordenamento jurídico, sustentando que a juridicidade de uma regra depende de que ela seja aplicada pelos tribunais. Hart desenvolveu uma posição “intermediária” entre formalismo e ceticismo, ao se beneficiar das correções que dirige a ambos, isto é, estabeleceu que a “textura aberta do Direito” não é um mal a ser evitado, à medida que se configura como a flexibilidade (na “exatidão”, diria Wittgenstein), que possibilita a abertura das regras aos casos não previstos (Hart, 2001).

Após a caracterização da “textura aberta do Direito” quanto às regras elaboradas em termos classificatórios gerais, devemos recapitular a influência wittgensteiniana desde a ideia de “regras sociais”. As *Investigações* (1986) apontam as “regras sociais” como o tronco de uma árvore que se ramifica em diversas espécies de regras (por exemplo, regras jurídicas, regras da linguagem, regras de etiqueta etc.). Com efeito, uma de suas contribuições é demonstrar como se verifica o seguimento de regras sociais, isto é, desde práticas sociais complexas, cujo treinamento nos é ensinado pelo costume (Wittgenstein, 1986).

Devemos destacar que a distinção entre regras sociais e hábitos sociais é uma tarefa hartiana, pois o conceito de Direito que ele busca superar é o da “Jurisprudência Analítica”, que é ancorado na ideia de “obediência habitual”. A ideia de hábito social é insuficiente para descrever a complexidade do fenômeno jurídico, daí a relevância da noção de regra (desde um ponto de vista interno). Assim sendo, ao seguirem regras, as pessoas manifestam uma atitude crítica reflexiva ou “aceitação”, que diferenciam as regras dos meros hábitos convergentes (Hart, 2001). Essa característica diz respeito ao seguimento de regras, inspirado nos desenvolvimentos teóricos das IF. A “aceitação” envolvida no seguimento de regras vincula-se ao ponto de vista interno das regras, critério metodológico que Hart

(2001) explicita, inspirado em Wittgenstein e Winch. O critério metodológico confere a distinção entre comportamento habitual e comportamento conforme regras, sendo importante para que Hart justifique o ponto central do conceito de Direito que desenvolve, a saber, “a união de regras primárias com regras secundárias”. Então, as regras primárias e secundárias deverão ser pensadas à luz de seu aspecto interno, ou seja, partindo dos seus casos de aplicação, o que equivale a dizer que o seguimento dessas regras é constitutivo da própria noção de regras primárias e de regras secundárias.

Devemos elucidar os vieses da abordagem hartiana sobre regras primárias, seja no contexto da sua união junto às secundárias, seja no horizonte do critério metodológico de Hart: o seguimento das regras primárias (aspecto interno das regras primárias). Hart (2001) considera que o Direito como “união de regras primárias e secundárias” é um novo começo à Teoria do Direito, devendo-se recusar o modelo insuficiente da “Jurisprudência Analítica” (“ordens baseadas em ameaças e habitualmente obedecidas”). As regras primárias ou de conduta organizam-se desde um antigo princípio do Direito, que estabelece que onde há Direito, então, algumas condutas são obrigatórias. Elas exigem, assim, que certas ações sejam feitas e que outras não sejam, com independência ao desejo de seus destinatários. Efetivamente, elas impõem deveres. Segundo Hart (2001), são regras que dizem respeito ao movimento e a mudanças físicas. Não apenas nessa última referência, mas na argumentação acerca das regras de conduta como um todo, assume-se o seu seguimento ou o seu não seguimento como referência. É o ponto de vista interno (critério metodológico), incidindo como pano de fundo das regras de obrigação ou conduta.

A existência do Direito está atrelada a condutas que são obrigatórias em um dado grupo social. Deve-se analisar a noção de “obrigação”, assim, para que se possa compreender a articulação das regras de obrigação ou conduta. Essas últimas têm aspectos constitutivos que as distinguem de outros fenômenos normativo-sociais (Hart, 2001). Hart (2001) estabelece uma distinção entre o significado de “ser obrigado” e de “ter uma obrigação”. “Ser obrigado a fazer algo” é uma asserção psicológica, pois se refere às crenças e motivos que condicionaram certa ação. “Ter a obrigação de fazer algo” é outro tipo de proposição, em que as crenças e motivos não são necessários para afirmar-se que uma pessoa tinha a obrigação de fazer algo. Além disso, afirmar “ter uma obrigação” é independente do

seu cumprimento, enquanto “ser obrigado” implica normalmente o cumprimento efetivo da obrigação. É válido salientar que a noção geral de obrigação é tratada como passo preliminar à compreensão da obrigação em sua feição jurídica (Hart, 2001).

O critério metodológico de Hart (seguimento das regras/aspecto interno) volta-se contra o modelo das “obrigações como predições” (“Jurisprudência Analítica”: obrigações como predição da sanção em caso de violação). Em um sentido semelhante ao que Wittgenstein enunciara nas IF (razão para crítica ao desvio), Hart (2001) dirá que as regras são também razão ou fundamento para a reação de censura e para a aplicação da sanção. Isso revela o aspecto interno das regras, à medida que os participantes de um sistema social usam-nas como critérios de censura e/ou aprovação das condutas. Portanto, as afirmações de obrigações como predições não captam a relação interna entre regras e seus casos de aplicação, ou seja, desconsideram o aspecto interno das regras. Considerar o critério metodológico de Hart indica considerar as regras sociais como uma grande família de regras, de que as regras jurídicas de obrigação ou conduta fazem parte. As regras sociais assinalam o contexto (mesmo que implícito) em que aparecem as afirmações de “ter uma obrigação”. Além disso, afirmar que uma pessoa “tem uma obrigação” significa que uma regra social está incidindo sob um particular, salientando a concretude de que o seu caso cai sob essa regra. Afinal, as afirmações de obrigação têm como uso característico dizer que o caso de uma pessoa recai sob tal regra. O vocabulário propriamente normativo das regras sociais, no entanto, não permite usar as palavras “obrigação” e “dever” no contexto de certas espécies de regras sociais, pois isso poderia gerar equívocos (nas “regras de etiqueta”, por exemplo). Hart (2001) alertou que a utilização indevida descreveria erroneamente uma situação social, à medida que a linha demarcatória entre as regras de obrigação e as demais regras sociais é suficientemente clara, apesar de ter pontos de vagueza (Hart, 2001).

Ainda sobre o seguimento de regras de obrigação ou conduta (ponto de vista interno das regras), no exemplo do semáforo, as pessoas param quando a luz vermelha está acesa, pois essa é uma razão para pararem, relativa às regras que transformam o ato de parar em um “padrão de comportamento” e em uma “obrigação” (Hart, 2001). Eis o aspecto interno das regras, visto desde o ponto de vista interno a ele. O ponto de vista interno descreve como as pessoas usam as

regras como guia de conduta (“aceitam” as regras). No ponto de vista externo, o observador não está preocupado com as regras, pois não as aceita. Registra apenas comportamentos regulares observáveis. A teoria da predição das regras de obrigação sustentou um ponto de vista externo extremo na explicação do Direito (probabilidade do castigo no caso de violação da obrigação). Portanto, desconsiderou o ponto de vista interno do grupo social (o modo como esse grupo segue as regras) (Hart, 2001).

É interessante que a argumentação de Hart (2001) sobre as regras secundárias origine-se na hipótese de uma comunidade primitiva, que dispusesse apenas de regras de obrigação ou conduta. É sempre bom lembrar que seguimos as regras de obrigação no uso prático de padrões compartilhados para crítica dos comportamentos. Hart (2001) observou que apenas pequenas comunidades (muito coesas) conseguiriam sobreviver sob um regime exclusivo de regras primárias. As dificuldades que ele identifica nesse regime são dificuldades que dizem respeito ao seguimento dessas regras, pois, para segui-las, é preciso, primeiro, identificá-las; além disso, deve ser possível a atualização dos padrões, bem como que existam decisões dotadas de autoridade sobre se certo padrão foi violado ou não.

A primeira dificuldade da comunidade que vive sob o regime exclusivo das regras não oficiais é que elas não constituem um sistema de regras, porque são apenas padrões separados sem identidade comum (à exceção de que são aceitos por aquele grupo social). Dessa forma, verifica-se um defeito na estrutura social simples das regras primárias, que Hart caracteriza como a sua “incerteza” (Hart, 2001). O seguimento de regras no regime exclusivo de regras primárias fica prejudicado, pois não há certeza sobre os critérios para identificar os padrões oficiais do grupo a serem seguidos. A segunda dificuldade volta-se à feição “estática” das regras. Em outras palavras, não há um modo ágil de atualização dos padrões de comportamento, o que também resulta em problemas no seguimento das regras, pois se estabelece novamente uma confusão na identificação de quais são as regras de conduta que devem ser seguidas no grupo. A terceira dificuldade do modelo exclusivo de regras não oficiais trata-se da “ineficácia” da pressão social difusa em favor da manutenção das regras. As disputas sobre se determinada regra foi violada devem ter uma instância autorizada e definitiva que decida com autoridade. Nesse caso, faz-se evidente como a insuficiência desse regime está atrelada aos

problemas no seguimento das regras, pois decidir se a regra foi violada equivale a estabelecer se determinada regra foi seguida ou não (Hart, 2001).

Hart (2001) indica que as dificuldades no seguimento das regras no modelo exclusivo de regras primárias correspondem a correções, que indicam a passagem do mundo “pré-jurídico” (não oficial) ao “jurídico”. As três correções ao modelo correspondem a tipos de regras secundárias, que transformam o modelo de regras primárias em um verdadeiro “sistema jurídico”. Responsável pela correção da “incerteza”, a “regra secundária de reconhecimento” estabelece os aspectos que identificam se certa regra é uma regra oficial da comunidade. Responsáveis pela correção do viés “estático”, as “regras de alteração” possibilitam que uma pessoa ou grupo de pessoas introduzam novas regras de conduta na comunidade, portanto, atualizando os padrões de comportamento. Notoriamente relacionadas ao seguimento de regras, as “regras de julgamento” visam a corrigir o defeito da “ineficácia” da pressão social difusa no regime simples de regras primárias. As “regras de julgamento” atribuem poderes a certas pessoas para determinarem com *autoridade* se certa regra foi violada ou não (Hart, 2001).

Teceremos mais algumas notas sobre a regra de reconhecimento, tendo em vista o lugar central que ocupa no conceito hartiano de Direito. Hart descarta a ideia de “ordens respaldadas por ameaças” como fundamento do sistema jurídico. Visando a essa tarefa, o autor aposta em uma situação social mais complexa, que revele uma regra secundária de reconhecimento aceita e utilizada para a identificação das regras de obrigação. Frequentemente, nos sistemas jurídicos em geral, a regra de reconhecimento não é formulada expressamente, pois ela se manifesta no modo como as regras são identificadas pelas autoridades oficiais e pelos cidadãos (Hart, 2001). O critério metodológico de Hart (distinção entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na explicação das regras) não deixaria de incidir aqui. Hart observa que o uso pelos funcionários da regra de reconhecimento não formulada é uma característica do ponto de vista interno. Usar a regra dessa forma manifesta a própria aceitação das regras como regras de orientação (seguimento das regras), associando-se, assim, a um vocabulário diferente das expressões naturais do ponto de vista externo. As “afirmações internas” originam-se do ponto de vista interno. Além disso, são utilizadas por aqueles que aceitam a regra de reconhecimento, mesmo que de forma não expressa, ao reconhecerem uma regra do sistema como uma regra oficial válida (afirmações do tipo “o Direito dispõe

que”). Por outro lado, as “afirmações externas” são a linguagem típica de um observador externo que, sem aceitar a regra de reconhecimento do grupo, refere-se ao grupo como a aceitando (“Na Inglaterra, o que a Rainha no parlamento aprova é Direito”) (Hart, 2001).

A relação entre validade e regra de reconhecimento indica que afirmar que determinada regra é válida significa reconhecer que ela passou pelos testes estabelecidos pela regra de reconhecimento e que, assim, ela foi reconhecida como uma regra oficial do sistema. Sistema jurídico cuja lógica de funcionamento articula-se desde a regra de reconhecimento como “critério supremo” e “regra última”. A regra de reconhecimento estabelece os critérios pelos quais as demais regras do sistema são avaliadas, portanto, é uma regra última na cadeia de validade das regras. Os critérios estão ordenados segundo a “subordinação e a primazia relativas”, logo, um deles é supremo (ser supremo significa que as regras identificadas como regras do sistema por referência a ele ainda serão reconhecidas como tal, mesmo que estejam em conflito com outros critérios). Portanto, a regra última estabelece critérios para apreciação da validade de outras regras, sendo que não há regra que faculte critérios para a apreciação da sua própria validade jurídica (a sua apreciação deverá ser feita enquanto apropriada ou não para fornecer os critérios de validade) (Hart, 2001).

A regra de reconhecimento possui uma condição essencialmente fática. O tema vincula-se com a análise da prática dos funcionários oficiais e dos cidadãos, desde a existência concreta de uma regra de reconhecimento. Segundo Hart, porém, é possível afirmar-se também que tal regra é uma questão de “Direito”, pois, ao estabelecer critérios para a identificação das demais regras, investe-se de elemento definidor do sistema jurídico, dispondo, portanto, de natureza jurídica. Porém, a natureza fática não desaparece, pois está articulada em afirmações sobre se determinada regra existe. Essas se configuram como afirmações externas de fatos reais, relativos ao modo pelo qual as regras de um sistema eficaz são identificadas. Por esse motivo, Hart destaca que os dois aspectos da regra de reconhecimento, “Direito” e “fato”, são dignos de serem pensados, não devendo ser concebidos de forma disjuntiva (“Direito” ou “fato”). Afinal, são perspectivas sobre a natureza da regra de reconhecimento que expressam os dois tipos de afirmações possíveis: i) afirmação externa do fato de que a regra existe na prática efetiva do sistema; ii) afirmação interna de validade manejada pelos que a utilizam para

identificar o Direito. Hart não deixou de notar que se poderia tentar buscar uma expressão mais ampla, que abarcasse o que os particulares fazem em relação ao Direito, como também o que os tribunais fazem quando juízes identificam uma regra como Direito. Entretanto, isso velaria diferenças fundamentais que devem ser explícitas, caso se busque a compreensão do Direito como fenômeno social complexo que é. Acerca do ponto de vista interno, a regra de reconhecimento deve ser considerada um “padrão público comum” de decisão judicial correta. Esse padrão não é apenas um ponto de eficiência de um sistema jurídico, pois se trata de uma condição necessária para se referir à existência desse sistema (Hart, 2001).

Wittgenstein (1986) menciona o seguimento de regras sociais como uma prática que somos treinados a compreender (dominar a técnica de usar padrões sociais). Falar uma linguagem, assim, é parte de uma prática social de seguir regras sociais. Hart caracteriza a regra de reconhecimento como uma prática social complexa, uma prática social de identificação das regras dotadas de autoridade por certos funcionários do sistema. Propriamente, a regra de reconhecimento é uma regra social, cujo seguimento ocorre na constituição dos padrões válidos. A prática social efetiva de identificação das regras válidas pela judicatura de determinada ordem jurídica constitui-se como o fundamento da normatividade dessa ordem jurídica. Portanto, a ideia de “regra social”, como parte do conceito de regra de reconhecimento, também é um elemento da “gramática das regras jurídicas”.

Então, antes de prosseguirmos, devemos relembra algumas notas sobre a noção de “gramática das regras jurídicas”. Estamos utilizando a expressão de um duplo modo: em sentido amplo e em sentido estrito. Assim sendo, “gramática das regras jurídicas” em sentido amplo significa a influência do seguimento de regras sociais (Wittgenstein) na elaboração do critério metodológico de Hart (distinção entre ponto de vista interno e externo na descrição das regras). Em sentido estrito, significa as regras jurídicas (padrões compartilhados para crítica das condutas) como critério gramatical ou explicativo (lógica de funcionamento) do conceito de Direito. A função da “gramática das regras jurídicas”, até aqui, foi pavimentar o caminho que manifestasse o “método linguístico” hartiano, implicando um possível giro linguístico na sua teoria do Direito. A pavimentação desse caminho está sendo delineada desde o seguimento de regras sociais, expresso no critério metodológico de Hart. Queremos testar essa tese nos próximos dois tópicos. No tópico sobre a linguagem de Hart e de Kelsen sobre as regras jurídicas, analisaremos brevemente

a concepção kelseniana de pureza metódica e de regra jurídica e apontaremos como elas se defrontam com o critério metodológico de Hart (afinal, poderia extrair-se um giro linguístico da Teoria do Direito de Kelsen?). No último tópico deste trabalho, ressaltaremos junto a Brian Bix a importância da introdução da “perspectiva interna” (seguimento de regras) na Teoria do Direito, visando a sedimentar os conceitos antes trabalhados. Demonstraremos, ainda, o significado de sua menção a um “giro hermenêutico” na Teoria do Direito de Hart, bem como que ela não se opõe à ideia de um giro linguístico nessa mesma teoria.

4.2 A LINGUAGEM DAS REGRAS JURÍDICAS: KELSEN VS. HART

Neste tópico, faremos um breve recorte da teoria geral do Direito kelseniana, mirando explicitar a concepção de regra jurídica do autor como também as relações entre os tipos de regras jurídicas (fenômeno que estamos chamando de “linguagem das regras jurídicas em Kelsen”). Demonstraremos que a teoria geral do direito desenvolvida na “Teoria Pura do Direito” configura-se como uma “teoria do direito positivo em geral”, portanto, abstraída de qualquer contexto fático-particular e com validade universal. Aliás, nesse horizonte, demonstraremos, ainda, que a “Teoria Pura do Direito” articula-se com o dualismo metodológico ao sustentar uma firme distinção entre as dimensões do “ser” e do “dever ser”. Mencionaremos os principais eixos temáticos da Teoria Pura, mas destacaremos aqueles que vêm ao encontro do presente trabalho: uma teoria das normas jurídicas e das relações entre normas jurídicas. Destacaremos a definição kelseniana de que as normas jurídicas são o sentido objetivo de atos de vontade dirigidos à conduta das pessoas. Detalharemos, assim, o sentido subjetivo e objetivo na constituição das regras. Afinal, o sentido conferido por um ato de vontade é subjetivo, quando a pessoa interpreta certo fato como algo diferente do que um mero acontecimento físico, sendo o padrão interpretativo desse evento a norma jurídica. De outro modo, o sentido objetivo que se liga a esse ato, ou seja, a sua particular significação jurídica origina-se na norma, cujo conteúdo está voltado a ele, conforme será explicitado.

Apresentaremos a tipologia das regras kelseniana presente na Teoria Pura; todavia, comentaremos apenas os principais tipos, no horizonte do que este estudo reclama. Nesse sentido, segundo Kelsen, as normas primárias sancionadoras (normas autônomas) distinguem os ordenamentos jurídicos dos demais

ordenamentos sociais. Elas são prescrições que imputam a obrigatoriedade a um comportamento (o “dever ser” de uma sanção), sendo, propriamente, as normas que estatuem a sanção, como será observado. Afinal, a função principal das regras sociais, sejam jurídicas ou não, é a função imperativa ou prescritiva, isto é, prescrever condutas obrigatórias - condutas que são introduzidas no sistema por autoridades competentes e que assim revelam um aspecto que aparecerá em nossas análises, o “viés dinâmico dos ordenamentos jurídicos positivos”. Mostraremos, ainda, que, à diferença de Hart, as normas secundárias em Kelsen são as normas de conduta, já que as “primárias” são as que estatuem a sanção. Destacaremos os principais aspectos da noção de validade, mas, já nos antecipando, gostaríamos de afirmar que, segundo Kelsen, a validade é a existência específica das normas, além de que ser válida, para uma regra, significa que se deve agir segundo ela (“validade normativa”). Outro ponto que merecerá a nossa atenção será a relação entre validade e eficácia, à medida que, surpreendentemente frente ao programa positivista de Kelsen, ele afirma que o que determina a juridicidade de um sistema jurídico é a eficácia.

Chegaremos à “norma fundamental” por uma via de mão dupla: primeiro, pelo questionamento da objetividade (realidade) das normas. Para tal, iremos acompanhados da leitura do professor Michelon Jr., que poderíamos descrever como “Kelsen e o projeto moderno para a ciência do Direito”. Delinearemos o problema kelseniano a ser resolvido, a saber, o do estatuto ontológico das normas jurídicas, condição de possibilidade do projeto de uma ciência pura do Direito. Analisaremos como Kelsen dá conta da objetividade (realidade) das normas jurídicas e, assim, torna possível a essa ciência. Explicitaremos como o problema sobre a objetividade das normas jurídicas é um questionamento pela sua existência e que esse aspecto remete às cadeias de validade normativas. Kelsen aponta que a cadeia de validade das normas deve ter um fim, e esse é o “local” onde repousa o fundamento de validade e de objetividade de toda a ordem jurídica, a norma fundamental. Como veremos, ela não pode ser definida como “sentido objetivo de um ato de vontade”, tal como as demais normas são definidas. Destacaremos que, nas reflexões iniciais de Kelsen, a norma fundamental era pensada como uma “hipótese”; porém, no Kelsen tardio, passa a ser pensada como uma “ficção”. Interessante notar que a postulação da norma fundamental tem uma condição

subjetiva, pois depende de atos de vontade de se interpretar fatos físicos como fatos jurídicos.

A segunda via de chegada à norma fundamental tem origem em certas reflexões do professor da Universidade de Washington, Paulson. Partiremos do que ele aponta como um problema a ser resolvido por Kelsen, a saber, a antinomia entre jusnaturalismo e realismo, sendo o projeto kelseniano o desenvolvimento de uma posição intermediária. Como veremos, Paulson refere que a introdução da noção de norma fundamental ocorre nesse contexto, cujo horizonte é estabelecer um “normativismo sem direito natural”, bem como um “positivismo sem reducionismo” (buscando elementos em ambas as teorias para a sua própria formulação). A norma fundamental, segundo Paulson, configura-se como o fundamento último da autorização jurídica - o fundamento final da validade do Direito e o fundamento final da obrigação. As análises demonstrarão que as variadas formulações da norma fundamental indicam um “conceito pluridimensional”, nos termos de Paulson. Indicaremos ainda o conceito de “imputação”, importante na sistemática kelseniana, que vincula condição e consequência jurídica (“consequência da ilegalidade”). Dessa forma, o modo de conectar os fatos é denominado como “imputação” e, segundo a “Teoria Pura do Direito”, trata-se da “especial legalidade do Direito”.

4.2.1 Definições iniciais

Kelsen nasceu em 1881 e faleceu em 1973, e é considerado um dos mais importantes autores da história da Filosofia do Direito. Sustentou uma posição vinculada ao positivismo jurídico¹⁶⁶, à luz de o Direito positivo (regras) ser um

¹⁶⁶ Paulson (2000), no começo de sua obra sobre Kelsen, explica a noção: “o positivismo jurídico tem sido caracterizado de forma comum por intermédio da tese da facticidade: segundo essa, o Direito seria explicitado ao final, invocando situações factuais, sejam elas de poder, a vontade do soberano ou a aceitação geral da ordem jurídica e suas normas pelos membros da comunidade” (Paulson, 2000, p. 19). O autor afirma, mais adiante, a discordância de Kelsen frente à tese da facticidade: “em lugar da conhecida tese da facticidade do positivismo jurídico corrente, Kelsen defendeu, desde o início, a ‘tese da normatividade’, cuja consequência deve levar ao esclarecimento dos conceitos fundamentais do Direito, especialmente o conceito de dever, completamente separado das categorias para descrever o mundo externo, factual. Reduzir o conceito de dever a algo puramente descritivo seria, segundo Kelsen, um caso de ‘sofisma reducionista’” (Paulson, 2000, p. 20-21, grifos do autor). O professor Faria (2004), no prefácio à obra do professor Michelon Jr., define, com clareza, a tradição positivista nas duas teses que a distinguem: “a primeira é a tese segundo a qual a existência e o conteúdo de uma ordem jurídica devem ser explicados, exclusivamente, por certos fatos sociais: em outras palavras, que o Direito é uma criação humana; que nada do que é jurídico é simplesmente *dado*, como o seria um objeto que o entendimento humano descobriria e compreenderia como um constituinte, entre outros, da

elemento “real” (empírico), bem como traço distintivo dos fenômenos propriamente jurídicos. Suas teses estão registradas em diversas publicações, entre as quais uma das principais (senão, a principal) é a sua Teoria Geral do Direito, desenvolvida na “Teoria Pura do Direito”. Nela, além de um grupo de teses explicativas sobre o Direito em geral, há também uma “teoria do conhecimento jurídico”, na qual se estabelece o estatuto conceitual da teoria geral do Direito e das “ciências jurídicas setoriais”, “determinando seu objeto, fins, postulados epistemológicos, métodos, além de sua respectiva localização no mapa das disciplinas do Direito” (Chiassoni, 2017, p. 375).

Logo nas primeiras páginas da “Teoria Pura do Direito” (doravante, “TPD”), Kelsen declara que ela é uma “teoria do direito positivo em geral”¹⁶⁷, pois não está voltada a uma ordem jurídica específica, tampouco está preocupada com normas jurídicas específicas (Calsamiglia, 1977; Chiassoni, 2017; Kelsen, 1976). Portanto, a TPD oferece a descrição de todo o fenômeno jurídico por meio de conceitos formais, que se ajustam a todo Direito particular em todo tempo e lugar. Ou seja, essas ferramentas teóricas são a-históricas: podem ser utilizadas para descrever o Direito primitivo e o atual. A teoria de Kelsen (1976) não leva em consideração o conteúdo das normas jurídicas, posto que a sua análise volta-se exclusivamente ao “dever ser lógico”, que caracteriza as normas jurídicas isoladas da moral, da política e da sociologia (Calsamiglia, 1977; Kelsen, 1976).

realidade objetiva; podemos chamá-la a tese das *fontes sociais do Direito*. A segunda é que o valor moral não é condição de juridicidade de uma norma: podemos chamá-la a tese da *independência entre direito e moral*” (Faria, 2004, p. 12-13, grifos do autor). Conferir ainda Bobbio (1995) e Nino (2007, p. 27). Contudo, foi Hart (2010a, p. 53-96) quem introduziu a “tese da separação” em “O Positivismo e a Separação entre o Direito e a Moral; há uma conhecida resposta de Lon Fuller a esses argumentos de Hart (“debate Hart-Fuller”): Hart e Fuller, (2016, p. 49-87). Hart (1987) trabalhou também questões concretas da moralidade “positiva” e “crítica”, em “Direito, Liberdade, Moralidade”. Voltaremos à “tese da separação” no decorrer do presente tópico.

¹⁶⁷ Chiassoni (2017) resume os eixos conceituais da Teoria Pura do Direito: “os principais componentes da ‘doutrina’ ou ‘teoria’ pura do Direito – como *teoria geral do direito*, como *teoria do Direito positivo em geral* – são, como assinalei antes: (1) uma *teoria das relações* entre *Direito e moral*, *direito e religião*, *Direito e força*, dirigida a prover uma redefinição cientificamente adequada dos conceitos pertinentes, entre eles, em primeiro lugar, o conceito de Direito positivo; (2) uma *teoria das normas jurídicas*, que inclui um concepção de sua forma lógica, ou ‘forma fundamental’; (3) uma *teoria dos conceitos jurídicos fundamentais* (sanção, dever jurídico, Direito subjetivo, responsabilidade, sujeito de direito, pessoa jurídica etc.); (4) uma *teoria das relações entre normas jurídicas* ou *teoria da estrutura dos ordenamentos jurídicos*; (5) uma *teoria das relações entre Direito e estado*; (6) uma *teoria das relações entre ordenamentos jurídicos*; (7) uma *teoria da interpretação jurídica*” (Chiassoni, 2017, p. 413-414, grifos do autor). Para os fins do presente trabalho, buscando elucidar a “linguagem das regras jurídicas em Kelsen”, circunscrever-nos-emos à primeira parte de “(2)” uma *teoria das normas jurídicas* e “(4)” uma *teoria das relações entre normas jurídicas*.

Assim como no caso de Hart, Kelsen está colocando a pergunta pela natureza geral do Direito; o que significa, em seus termos, fazer ciência do Direito¹⁶⁸ e não política do Direito (essa última voltada para como “deve ser” o Direito). Kelsen enuncia que a “pureza” da TPD é metódica: seu “princípio metodológico fundamental” aponta que o conhecimento relevante é apenas aquele cujo objeto é, propriamente, o Direito – “libertar a ciência jurídica daquilo que não lhe pertence”¹⁶⁹ (Calsamiglia, 1977; Kelsen, 1976; Nino, 2007). Por outro prisma, Michelon Jr. (2004) acentua, desde uma perspectiva que será analisada adiante, que o objetivo da TPD é “oferecer um esquema racional de compreensão dos atos de coação eficazes em uma sociedade” (Michelon Jr., 2004, p. 101).

Partamos do elemento central: o Direito positivo. As normas jurídicas¹⁷⁰ configuram-se como o sentido objetivo de atos de vontade, dirigidos à conduta de seres humanos em um contexto social. Atos de vontade¹⁷¹ no sentido de que atrás

¹⁶⁸ “O problema da constituição de uma autêntica ciência do Direito havia sido enfrentado já pela dogmática alemã do Direito público. Gerber, Laband e, sobretudo, Jellinek consideraram a necessidade de se perguntar sobre um método especificamente jurídico, que permitisse à ciência jurídica alcançar a ansiada autonomia. Kelsen parte dos resultados das investigações da escola dogmática alemã e tenta – polemizando com seus predecessores – elevar a jurisprudência à categoria de saber rigoroso” (Calsamiglia, 1977, p. 7).

¹⁶⁹ Nino (2007) complementa o ponto: “assim, a célebre qualificação de sua teoria como ‘pura’ é, em realidade, aplicável à ciência jurídica que a teoria caracteriza e elucida. Mais que uma teoria ‘pura’ do Direito, a de Kelsen é uma teoria para uma ciência jurídica ‘pura’, ou seja, é uma teoria que está a serviço de uma descrição de sistemas jurídico-particulares, realizada com abstração de considerações axiológicas, por um lado, e sociológicas, pelo outro (abstração que, em seu duplo alcance, outorga à ciência jurídica a ‘pureza’ que Kelsen exige)” (Nino, 2007, p. 20, grifos do autor).

¹⁷⁰ Sobre as normas jurídicas como estrutura de “dever-ser”, Kelsen (1976) dispõe que “a distinção entre ser e dever-ser não pode ser mais aprofundada. É um dado imediato da nossa consciência. Ninguém pode negar que o enunciado: tal coisa é – ou seja, o enunciado por meio do qual descrevemos um ser fáctico – distingue-se essencialmente do enunciado: algo deve ser – com o qual descrevemos uma norma – e que da circunstância de algo ser não se segue que algo deva ser, assim como da circunstância de que algo deve ser não se segue que algo seja” (Kelsen, 1976, p. 23). Nesse contexto, o professor Michelon Jr. (2004) delinea a “simplicidade” como característica da noção de norma no horizonte kelseniano: “a noção de norma (de um dever-ser) é considerada por Kelsen uma noção simples e, portanto, uma noção não analisável. Essa é uma noção que não pode ser problematizada, já que é considerada como um dado imediato da consciência. Ele afirmará, mais adiante, que não é possível duvidar seriamente da noção de dever-ser (ainda que seja possível duvidar da noção de dever-ser *objetivo*). A noção de dever-ser é parte da geografia do ‘lugar’ onde ocorrem os eventos não exteriores e, nesse sentido, assemelha-se a um dado do mundo interior de Descartes” (Michelon Jr., 2004, p. 96, grifo do autor). Barzotto (2007) é cristalino sobre a norma como estrutura de “dever ser”: “o dever ser (Sollen) é o sentido subjetivo de qualquer ato de vontade dirigido à conduta de outrem. Mas nem todo ato de vontade tem como sentido uma norma. Somente quando o sentido subjetivo coincide com o objetivo, estamos diante de uma norma” (Barzotto, 2007, p. 32-33).

¹⁷¹ “Se eu ordeno a outro que ele deve conduzir-se de uma determinada maneira, posso verificar, pela auto-observação, que em mim acontece algo que é de igual qualidade a: se eu decido ir de avião para a Europa ou decido votar no candidato A, a saber: um ato de vontade; existe, porém, sempre uma diferença. Esta, a saber: nos dois últimos casos, meu querer é dirigido à própria conduta, mas no primeiro caso, à conduta de um outro. Eu quero conduzir-me de uma determinada

de toda norma há um querer (coletivo ou individual) que algo deva ser ou deva acontecer (Barzotto, 2007; Calsamiglia, 1977; Chiassoni, 2017; Kelsen, 1976; Michelon Jr., 2004; Nino, 2007). O sentido subjetivo de um ato de vontade é o sentido que o agente próprio confere ao seu ato, enquanto estado psicológico que condiciona representar certa ação como obrigatória ou permitida (Nino, 2007). Desse modo, as normas jurídicas são “conteúdos de significado” de atos subjetivos (significados possíveis de expressão nas mais variadas formas linguísticas). Pertencem ao mundo do “dever ser” (“Sollen”), ou seja, a esfera prática do que se deve, não se deve ou pode-se fazer. Portanto, relacionam-se com o mundo sensível como “esquema de interpretação” da realidade (Barzotto, 2007; Chiassoni, 2017; Kelsen, 1976). O sentido atribuído por um ato de vontade é subjetivo, quando a pessoa interpreta livremente o fato como algo diferente do que um simples acontecimento físico, sendo a norma jurídica o padrão interpretativo¹⁷² (Kelsen, 1976; Michelon Jr., 2004).

Kelsen refere-se às normas jurídicas, portanto, como “esquema de interpretação”. O ato jurídico é constituído por um fato externo que é uma parcela da natureza, sendo determinado pela lei da causalidade (em seu aspecto físico). Barzotto destaca que Kelsen abre a TPD buscando elucidar se o Direito é um “fenômeno natural ou social”; essa distinção, contudo, não é total, pois os fatos jurídicos têm um aspecto natural¹⁷³ (Barzotto, 2007). O conhecimento

maneira, quero fazer ou omitir alguma coisa; ou eu quero que um outro *deva* conduzir-se de um determinado modo. Só o querer dirigido à conduta de um outro tem o sentido de um dever-ser, quer dizer, de um comando, de um mandamento, de uma prescrição, de uma norma” (Kelsen, 1986, p. 40-41, grifo do autor).

¹⁷² Kelsen (1976) expõe exemplos de eventos físicos interpretados com significado jurídico por meio das normas jurídicas: “em uma sala, encontram-se reunidos vários indivíduos, fazem-se discursos, uns levantam as mãos e outros não – eis o evento exterior. Significado: foi votada uma lei, criou-se o Direito. Nisso reside a distinção familiar aos juristas entre o processo legiferante e o seu produto, a lei. Um outro exemplo: um indivíduo, de hábito talar, pronuncia, de cima de um estrado, determinadas palavras em face de outro indivíduo que se encontra de pé à sua frente. O processo exterior significa, juridicamente, que foi ditada uma sentença judicial. Um comerciante escreve a outro uma carta com determinado conteúdo, à qual esse responde com outra carta. Significa isso que, do ponto de vista jurídico, eles fecharam um contrato. Certo indivíduo provoca a morte de outro em consequência de uma determinada actuação. Juridicamente, isso significa: homicídio” (Kelsen, 1976, p. 18-19).

¹⁷³ O professor Barzotto (2007) complementa o ponto: “de fato, uma parte dos fatos reconhecidos como ‘jurídicos’ têm lugar no tempo e no espaço, e são apreendidos pelos sentidos. Na votação de uma lei, veem-se pessoas em pé levantando as mãos. Na conclusão de um contrato, observam-se duas pessoas escrevendo sucessivamente sobre um papel. Mas, além dessa dimensão puramente natural, é obrigatório afirmar a existência de uma outra dimensão: a do significado do fato. O significado não se encontra na esfera espaço-temporal. Não se pode, recorrendo exclusivamente ao que é apresentado aos sentidos, distinguir entre a execução de uma pena capital e um assassinato. Há necessidade de uma operação intelectual que capte o

especificamente jurídico de um ato jurídico, porém, não está em sua facticidade, não é o seu ser natural. O sentido objetivo que se liga a esse ato, a sua particular significação jurídica, origina-se em uma norma que tem conteúdo dirigido a ele (Barzotto, 2007; Chiassoni, 2017; Kelsen, 1976). Dessa forma, o ato pode ser interpretado conforme essa regra, isto é, “[...] o juízo em que se enuncia que um acto de conduta humana constitui um acto jurídico (ou antijurídico) é o resultado de uma interpretação específica, a saber, de uma interpretação normativa” (Kelsen, 1976, p. 20). A norma que confere ao ato o significado de um ato jurídico (ou antijurídico) é também originada em um ato jurídico, que recebe a significação jurídica de outra norma (Torres, 2017). Salienta-se a condição da “consciência” na argumentação kelseniana acerca das normas como esquema de interpretação; assim, vejamos:

o que faz com que um facto constitua uma execução jurídica de uma sentença de condenação à pena capital e não um homicídio, essa qualidade – que não pode ser captada pelos sentidos – somente surge por meio desta *operação mental*: confronto com o código penal e com o código de processo penal (Kelsen, 1976, p. 20-21, grifo nosso).

4.2.2 Tipologia das regras

As normas jurídicas não são redutíveis às prescrições (ordens e proibições), pois também possuem outras funções: permitir, autorizar (conferir poderes normativos) e derogar. Desde a perspectiva cognoscitiva da interpretação dos fenômenos jurídicos, as normas possuem uma importância distinta. As normas primárias sancionadoras (normas autônomas) distinguem os ordenamentos jurídicos dos demais ordenamentos sociais. Elas autorizam (e, frequentemente, mas não necessariamente, obrigam) os juízes a imponem sanções (ressaltando o caráter coercitivo e dinâmico do Direito) (Chiassoni, 2017; Kelsen, 1976; 1986). Kelsen estabelece no viés coativo o aspecto distintivo das normas jurídicas frente às normas morais ou sociais.¹⁷⁴ Ele observa que as sanções que os diferentes tipos de

significado do fato. Esse é constituído pelo sentido que o homem atribui aos seus atos” (Barzotto, 2007, p. 32, grifo do autor).

¹⁷⁴ “Seria aconselhável esclarecer que, em geral, as sanções tentam provocar uma conduta determinada. A distinção entre sanções jurídicas, morais e sociais é muito sutil. Toda sanção é coativa, à medida que motiva a conduta. Para a ciência jurídica kelseniana, interessam apenas as sanções de caráter imanente e, especificamente, as jurídicas. A distinção entre sanções sociais e sanções jurídicas é muito difícil de precisar, desde a perspectiva da Teoria Pura do Direito. Kelsen deve remeter a sanção, em última instância, a um elemento unificador que permita interpretar dita

regras sociais imprimem são de tipos diferentes: por exemplo, enquanto a norma religiosa estabelece uma sanção que é “transcendente”, a norma jurídica estabelece uma sanção que é “imaneente”, com autorização, em certas circunstâncias, de coação física (Calsamiglia, 1977). As normas não autônomas (que não estatuem a sanção) - ou bem estão implicadas pelas primeiras, ou bem são funcionalmente parasitárias em relação às que estatuem¹⁷⁵ (Chiassoni, 2017; Kelsen, 1976; 1986). Vejamos, abaixo, outras características de certas regras relevantes na tipologia kelseniana.

A função primordial das regras sociais, sejam jurídicas ou não, é a função imperativa ou prescritiva, isto é, prescrever condutas comissivas ou omissivas. Na função imperativa, frequentemente, costuma-se diferenciar entre ordenar e proibir. Kelsen (1976) sustenta, porém, que ambas cumprem a mesma função, embora referidas a condutas distintas. Afinal, dar uma ordem para que se tenha um certo comportamento equivale à proibição da omissão desse mesmo comportamento (Chiassoni, 2017; Kelsen, 1976; 1986). Há uma conexão essencial, segundo Kelsen,

sanção como jurídica, porque está prevista pelo ordenamento jurídico e é aplicada por certos órgãos especialmente habilitados para isso. O autor assinala, com ênfase, que uma conduta é má porque está juridicamente proibida. Na ciência jurídica, não existe *mala in se* (pela natureza das coisas), mas, unicamente, *mala prohibita*. Uma conduta é sancionável porque está proibida por um ordenamento jurídico válido e relativamente eficaz. A sanção não é algo independente da norma, mas é a consequência da realização do ato, condição da norma. De fato, o que permite diferenciar uma sanção jurídica de outro tipo de sanção é que seja consequência de uma norma jurídica válida. É essa norma jurídica que confere caráter jurídico à sanção” (Calsamiglia, 1977, p. 30-31, grifos do autor).

¹⁷⁵ Kelsen oferece uma classificação das regras jurídicas desde múltiplas perspectivas. O professor Pierluigi Chiassoni apresenta uma visão sinóptica dessa classificação: “desde o aspecto da ‘função’, Kelsen distingue, como foi assinalado, entre regras em função imperativa, regras em função permissiva, regras de competência, regras derogatórias. Desde o aspecto do ‘âmbito temporal de validade’, distingue, sem originalidade particular, entre regras retroativas e regras não retroativas, assim como entre regras temporais (fornecidas com um final de sua validade expressamente estabelecida) e regras permanentes. Desde o aspecto do ‘âmbito espacial de validade’, distingue, novamente na linha da teoria dominante, entre regras universais, estatais e locais. Desde o aspecto do âmbito ‘pessoal’ e ‘material’ de ‘validade’, distingue entre regras gerais e regras individuais. Desde o aspecto da forma ou estrutura lógica, distingue entre ‘regras autônomas’ (as regras ‘primárias’) e regras ‘não autônomas’; dentro desse último conjunto, distingue, então, entre regras ‘implícitas’ em outras regras (por exemplo, como veremos, as regras ‘secundárias’) e regras parasitárias, auxiliares ou ‘fragmentos de regra’ (as regras permissivas ou de exceção, as regras de competência, as regras derogatórias, as regras definitórias e interpretativas). Desde o aspecto de sua ‘existência’, distingue entre regras objetivamente válidas (vigentes, obrigatórias, dotadas de força vinculante desde o ponto de vista objetivo da ciência jurídica) e regras objetivamente inválidas; entre regras reais e regras ‘fictícias’ – categoria, esta última, a que pertence, na última fase de sua reflexão epistemológica, o construto capital da teoria jurídica de Kelsen: a ‘norma fundamental’ (*Grundnorm*). Finalmente, desde o aspecto de sua relevância normativa efetiva, Kelsen distingue – tacitamente – entre regras relevantes e regras irrelevantes, como, por exemplo, as regras que atribuem um direito subjetivo-pretensão, um *claim right*, segundo a terminologia de W. N. Hohfeld, sendo correlativas das regras que impõem obrigações” (Chiassoni, 2017, p. 422-423, grifos do autor).

entre normas jurídicas na função prescritiva e a (pré)disposição de sanções, sendo as sanções o elemento distintivo da primeira. Essa relação articula-se “em imputar a condutas humanas o ‘dever’ (em sentido genérico) de sanções coercitivas imanentes e organizadas” (Chiassoni, 2017, p. 425, grifo do autor). Essas normas são, conforme a terminologia kelseniana, normas jurídicas primárias, isto é, as normas que estatuem a sanção. A relação entre normas jurídicas como prescrição e sanções é interna, pois as sanções constituem (ao menos em parte) a definição daquelas normas como prescrição de condutas obrigatórias. Assim sendo, elas são prescrições que imputam a um comportamento a obrigatoriedade (o “dever ser”) de uma sanção. A questão da relação entre Direito e sanção é posta, em muitos casos, como a relação entre “Direito e força”. Kelsen destaca, nesse contexto, que o Direito é organização da força, ou seja, a regulação do uso da força em um contexto nacional ou internacional (Chiassoni, 2017; Kelsen, 1976; 1986).

O viés dinâmico¹⁷⁶ dos ordenamentos jurídicos positivos (regras introduzidas por autoridades competentes) expressa a existência de normas em função de autorização: normas de competência, normas que conferem poderes (poderes de produzir, aplicar e executar regras). Pensemos no caso da produção e aplicação das normas jurídicas por legisladores, pela judicatura e por outros funcionários; trata-se, de fato, de atividades “autorizadas” e não apenas “permitidas”. Uma identidade entre normas permissivas e normas de competência é que elas não podem ser violadas, à medida que não faz sentido falar de seu cumprimento ou violação; elas se limitam a ser utilizadas ou não por seus destinatários (Chiassoni, 2017; Kelsen, 1976; 1986). Ambas são, também, normas não autônomas ou “fragmentos de normas primárias”, tendo-se em vista a sua pertinência à ordem jurídica estar atrelada diretamente a outras normas do sistema. Ainda sobre as normas de competência, deve-se afirmar

¹⁷⁶ Barzotto (2007) esclarece acerca do caráter dinâmico dos ordenamentos jurídicos: “uma norma pode ser fundamento de validade de outra de dois modos, de acordo com o princípio que estrutura o sistema normativo. Para Kelsen, dois são esses princípios: o princípio estático e o princípio dinâmico. Pelo princípio estático, uma norma está em conformidade com outra quando procede dessa última por derivação lógica de conteúdo, no sentido do geral ao particular. O exemplo utilizado por Kelsen é o da moral cristão. Do mandamento ‘Amarás o teu próximo’, o sistema moral cristão deriva todas as outras normas particulares: ‘alimenta os famintos’, ‘visita os cativos’ etc. A norma ‘inferior’ é válida à medida que o seu conteúdo é extraído, por derivação lógica, do conteúdo da norma ‘superior’. Ao passo que o princípio estático é próprio de sistemas morais, o princípio dinâmico é próprio dos sistemas jurídicos. Pelo princípio dinâmico, as relações de validade dão-se por meio do estabelecimento de uma autoridade produtora de normas. Exemplo: uma norma constitucional cria um órgão legislativo apto a editar normas gerais (leis), e esse, por sua vez, cria um órgão jurisdicional competente para emanar normas individuais (sentenças) etc. A norma ‘inferior’ é válida, se foi criada por uma norma instituída por uma norma ‘superior’” (Barzotto, 2007, p. 36, grifos do autor).

que o poder de produzir normas implica que os seus destinatários tenham o dever de obedecê-las (“poder implica dever”). Isso indica que estabelecer normas obrigatórias significa estabelecer normas secundárias (normas de conduta) que devem ser obedecidas, porque existem normas primárias correspondentes que determinam o dever de estabelecer a sanção (Chiassoni, 2017; Kelsen, 1976; 1986).

Encontra-se no “último Kelsen” (escritos posteriores a 1960)¹⁷⁷ uma articulação teórica mais consistente sobre as normas derogatórias. Kelsen sustenta que a derrogação é a anulação da validade de uma norma válida por intermédio de outra norma (“anula-se o ser-devido”). Elas se dirigem exclusivamente para outras normas e não para comportamentos, como as normas de conduta o fazem (Chiassoni, 2017; Kelsen, 1976; 1986). As normas derogatórias relacionam-se com a validade das demais normas e não com o seu conteúdo; são relativas à validade e obrigatoriedade das outras normas, determinando o seu “não-dever” ou inexistência. A sua forma lógica característica é a forma do tipo: “a validade da norma X é

¹⁷⁷ Estamos trabalhando com a tradução portuguesa da segunda edição alemã da “Teoria Pura do Direito”, na qual Kelsen introduziu certas modificações conceituais frente à primeira edição. Essas modificações conceituais foram alvo de prolíficos debates que transcendem o escopo da presente investigação, motivo pelo qual indicamos algumas referências que abordam o tema, desde a perspectiva das “fases” do pensamento kelseniano, conforme: Paulson (1985; 1991; 2000) (no primeiro capítulo [2000], distinguindo três etapas na fundamentação filosófica de Kelsen: construtivista, neokantiana e cética [periodização não pacífica entre os especialistas]); Calsamiglia (1978) (“capítulo 4”, item “IV”, “O último Kelsen”); Losano (1985) (com atenção à repercussão da “Teoria geral das normas” sobre o sistema consolidado da “Teoria Pura”), e, finalmente, Chiassoni (2017) (“capítulo V”, item “3”, pp. 375-403, com a caracterização em etapas da “epistemologia jurídica kelseniana”). Paulson, em artigo sobre “Hans Kelsen como neokantiano”, periodiza os estágios da reflexão do autor: “a primeira fase de Hans Kelsen, que pode ser denominada de ‘construtivismo crítico’, tem sua mais clara expressão em sua primeira grande obra, publicada no ano 1911, o escrito de habilitação *Problemas capitais da doutrina do Direito do Estado* (*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*) (em diante: *Hauptprobleme*). Nessa primeira fase, Kelsen trata principalmente de construir um conjunto de conceitos não reducionistas, para responder ao antigo positivismo jurídico e estatal, que sempre foi baseado em fatos. A segunda fase, clássica ou neokantiana, que transcorre aproximadamente desde 1920 até 1960, pode ser caracterizada com base nos desenvolvimentos que já haviam vindo à tona em meados dos anos vinte. Por um lado, Kelsen tenta fundamentar, pelo menos parcialmente, os conceitos básicos do Direito mediante uma argumentação transcendental. As particularidades de dita argumentação podem ser expostas com ajuda de diferentes doutrinas que remontam a Kant e aos neokantianos. Por outro lado, já ao começo dos anos vinte, Kelsen adotou plenamente a doutrina do escalonamento jurídico (*Stufenbaulehre*), de Adolf Julius Merkl. A concepção estática, apresentada nos “*Hauptprobleme*”, que só estava composta por normas jurídicas gerais, foi substituída por Kelsen por uma concepção “jurídico-dinâmica”, em virtude da qual as normas jurídicas progridem “em uma concreção escalonada que vai desde a Constituição [...] até os atos jurídicos individuais de execução”. Id., 2ª. Edição, com novo prólogo, 1923, p. XV. No início dos anos quarenta, Kelsen começa a introduzir em sua Filosofia do Direito alguns componentes analíticos e empíricos, sem renunciar, porém, à argumentação neokantiana. Então, por volta de 1960, Kelsen substituiu completamente o seu instrumental neokantiano por uma teoria voluntarista do Direito, bastante disfarçada, na qual assumiu autênticas posições céticas. Entre elas, encontram-se, por exemplo, as reservas quanto à aplicabilidade da lógica ao Direito. Essa fase cética é a terceira e última, que vai até a morte de Kelsen” (Paulson, 2003, p. 548, Nota 3).

anulada”. Tais regras são não autônomas (“parasitárias”), pois não são válidas em si mesmas, ao passo que a sua existência é condicionada pela relação que mantêm com as normas de que subtraem validade (Chiassoni, 2017; Kelsen, 1976; 1986).

Lancemos um primeiro olhar à teoria kelseniana acerca da validade das normas jurídicas. Conforme o autor, a validade é, propriamente, a existência específica das normas (Barzotto, 2007). Uma norma válida significa que se deve agir segundo ela. Kelsen observa que ter força obrigatória, ou seja, ser válida, manifesta que ela dispõe dos efeitos normativos que pretende ter (se ela torna uma conduta obrigatória ou permitida, concretamente obriga ou permite a ação) (Nino, 2007). As condições de validade das normas são diferentes entre as normas originárias e as normas não originárias. As condições de validade das normas originárias (constitutivas da primeira constituição histórica) são: I) o seu efetivo estabelecimento, isto é, que resultem de um ato ou fato de produção originário (como, por exemplo, um poder constituinte revolucionário, ou a adoção de uma constituição escrita); II) que a eficácia perdure perante possíveis supressões revolucionárias, perante a ineficácia duradoura (desuetudo¹⁷⁸) ou perante a derrogação (Chiassoni, 2017; Kelsen, 1976; 1986). De outro modo, as condições de validade das normas não originárias (introduzidas por autoridade competente) são: I) legalidade no ato de produção (conformidade com as normas de competência); II) que o seu conteúdo seja um comportamento possível; III) que não tenha caído em desuso e que não tenha perdido a possibilidade de ser eficaz; IV) que não tenha sido anulada por outra norma (Chiassoni, 2017; Kelsen, 1976; 1986). O fundamento da validade de uma norma não originária repousa em cadeias de validade normativa, que se sucedem até a validade das normas originárias da primeira constituição histórica de uma ordem jurídica.¹⁷⁹ A validade das normas originárias é

¹⁷⁸ Sobre a “desuetudo”, Barzotto (2007) esclarece que “Na *Teoria Geral do Direito e do Estado*, Kelsen já dedicava um tópico à desuetudo. Nessa obra, ele afirmava que a desuetudo, enquanto costume negativo, poderia privar uma norma de validade. Essa tese volta a ser afirmada na segunda edição alemã da *Teoria Pura do Direito* [...]. Para Kelsen, não há como excluir essa possibilidade de o costume revogar normas, se é aceito que ele possa produzir normas” (Barzotto, 2007, p. 54, grifos do autor).

¹⁷⁹ Nesse sentido, Paulson (1991) esclarece que, “desde seu ponto de vista, a validade de uma norma jurídica se estabelece em referência à apropriada norma de nível superior, cuja própria validade se estabelece, sucessivamente, com referência à correspondente norma de nível superior a ela, e assim sucessivamente, até que se alcance a norma de nível mais alto no sistema jurídico, o nível da constituição. Mais além do nível constitucional, não pode haver mais referências. Uma referência a um nível, todavia mais alto de normas de Direito positivo, exclui-se *ex-hypothesi*. E uma referência a algum tipo de fato está fechada pela forte e firme distinção entre

pressuposta ou fictícia, pois é condicionada pela “norma fundamental”, que não é uma norma positiva, tratando-se, todavia, de uma norma pensada (como veremos melhor adiante)¹⁸⁰ (Barzotto, 2007; Chiassoni, 2017; Kelsen, 1976; 1986; Michelon Jr., 2004).

Sobre a relação entre validade e eficácia¹⁸¹, Barzotto aponta que Kelsen estabelece que o que determina a juridicidade de uma ordem jurídica é a eficácia (Barzotto, 2007; Kelsen, 1976). Ocorre que apenas sistemas coativos que pressupõem a norma fundamental podem ser referidos como sendo Direito. “E somente em relação a ordenamentos eficazes essa pressuposição pode ser feita, pois somente ordenamentos eficazes podem ser considerados válidos” (Barzotto, 2007, p. 47). O filósofo do Direito gaúcho destaca que a relação entre validade e eficácia revela, portanto, que a segunda noção é constitutiva da própria definição de Direito. A noção de eficácia, assim, possui certa relevância na teoria de Kelsen, o que não deixa de gerar alguma perplexidade, como o professor Barzotto nota, pois Kelsen, ao proceder assim, introduziu um elemento fático em seu conceito de Direito, algo que estaria em divergência com o programa teórico da TPD (Barzotto, 2007).¹⁸²

‘é’ e ‘deve’, como reflexo do dualismo metodológico. Uma terceira via de referência, a da moral, está fechada pela tese da separação” (Paulson, 1991, p. 177, grifos do autor).

¹⁸⁰ “Essa, aliás, a razão que leva Kelsen a sustentar — depois de reconhecer que o processo de regressão mediante o qual se busca o fundamento de validade, de uma norma em outra norma, não pode prosseguir indefinidamente — que a última e mais elevada norma, a *norma fundamental*, não pode ser considerada como *posta*, devendo-se entender, antes, que ela é *necessariamente pressuposta*” (Torres, 2017, p. 505-506, grifos do autor).

¹⁸¹ Barzotto (2007) destaca que a eficácia, segundo Kelsen, está voltada à “conduta real” dos homens e não especificamente ao Direito, embora o autor austro-húngaro utilize o termo em referência às normas individuais, como também ao sistema de normas. Conferir: Barzotto (2007, p. 44-45).

¹⁸² O professor Barzotto (2007) cita, em sua obra, uma passagem de Kelsen, que reproduzimos do autor original, pois ela colore bem o ponto da “eficácia” no sistema kelseniano: “se no lugar do conceito de realidade — como realidade da ordem jurídica — coloca-se o conceito de poder, então o problema da relação entre validade e eficácia coincide com a existente entre Direito e força — bem mais corrente. E, então, a solução aqui tentada é apenas a formulação cientificamente exacta da antiga verdade de que o Direito não pode, na verdade, existir sem a força, mas que, no entanto, não se identifica com ela. É — no sentido da teoria aqui desenvolvida — uma determinada ordem (ou ordenação) do poder” (Kelsen, 1976, p. 300). Adiante, Barzotto (2007) explicita que a eficácia é uma “condição de validade” e não “fundamento de validade”: “Mas Kelsen adverte para não se confundir condição de validade com fundamento de validade. Fundamento de validade de uma norma só pode ser outra norma. Não há transição do dever ser ao ser. E fundamento último de validade é a norma fundamental. A eficácia, como a estatuição, é apenas uma condição de validade” (Barzotto, 2007, p. 52).

4.2.3 Duas vias de chegada à “norma fundamental”

O professor Michelon Jr., em sua obra sobre o positivismo jurídico contemporâneo (“Aceitação e objetividade: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do Direito” [2004]), mais especificamente no estudo sobre Kelsen (“Kelsen e o projeto moderno”), traz-nos aportes fundamentais para o nosso contexto teórico da “linguagem das regras jurídicas”. Seguiremos algumas de suas interpretações nos próximos argumentos. Michelon Jr. menciona o pano de fundo da teoria kelseniana, a saber, o “paradigma empirista moderno para a Ciência do Direito”, que é um mundo de “fatos brutos”¹⁸³, ou seja, que estão despidos de toda a subjetividade em sua constituição - característica dos fatos naturais. O problema é que esse paradigma tem de dar conta da questão aberta acerca de as regras não serem entidades do mundo externo (nem do interno, pois senão não nos entenderíamos sobre elas). Nesse sentido: “os enunciados jurídicos descrevem normas jurídicas, e essas são entidades reais, ainda que não existam no mundo exterior” (Michelon Jr., 2004, p. 99).

O problema kelseniano a ser resolvido é o do estatuto ontológico das normas jurídicas, pois o projeto de uma Ciência pura do Direito¹⁸⁴ depende dele. Afinal, ou bem as normas jurídicas são objetivas (reais) e a Ciência Pura do Direito é possível, ou bem elas são impressões ou ilusões subjetivas e a consistência da Ciência do Direito parece desmaterializar-se (Michelon Jr., 2004). Kelsen deve conseguir uma forma de “considerar objetivo um fenômeno não externo, qual seja a atribuição de sentido em que consiste uma norma jurídica” (Michelon Jr., 2004, p. 102). O professor Michelon Jr. observa que Kelsen deverá quebrar um postulado clássico do “empirismo moderno”: a identificação entre “objetivo” e “exterior” (“como tornar objetivo algo que não ocorre no mundo exterior?”) (Michelon Jr., 2004).

¹⁸³ Sobre o tema, conferir: Anscombe (1958).

¹⁸⁴ Sobre o projeto de uma ciência do Direito, Paulson (1991) observa que “Kelsen está buscando um argumento em apoio da *função constitutiva* da ciência jurídica cognitiva. Sustenta que a ciência jurídica centra-se em certos dados (atos de vontade), conhecidos por meio de uma interpretação ‘objetiva’. A ciência jurídica em relação a isso estabelece novamente os dados obtidos de matérias-primas regulamentadas. Os dados conhecidos, ‘objetivamente’ interpretados, agora, tomam forma de *normas jurídicas* hipoteticamente formuladas ou *reconstruídas*, que constituem os apropriados objetos de conhecimento da ciência jurídica” (Paulson, 1991, p. 175-176, grifos do autor).

Kelsen não oferece uma resposta específica para esse problema, mas é possível tirar algumas conclusões sobre o assunto a partir de seus textos fundamentais. É bom lembrar que a norma é o sentido *objetivo* de um ato de vontade. Existir para uma norma (em termos kelsenianos, valer) significa ser o sentido objetivo de um ato de vontade. A norma é, por definição, algo objetivo, de modo que o simples fato de ser válida implica sua objetividade. Isso quer dizer que toda a extensão de ‘normas válidas’ está contida em ‘dados objetivos’. Mas o que significa para uma norma ser válida (existente)? A validade da norma jurídica é simplesmente o resultado da interpretação de um ato de vontade segundo uma outra norma jurídica. A validade dessa segunda norma depende, por sua vez, da interpretação de outro ato de vontade em que se utiliza uma terceira norma como esquema de interpretação (Michelon Jr., 2004, p. 102-103, grifo do autor).

Portanto, o problema sobre a objetividade das normas jurídicas é uma pergunta pela sua existência. E a existência de uma norma remete a sua validade (que se articula em cadeias de validade). Kelsen aponta que a cadeia de validade das normas deve ter um fim. Contudo, o que garante a validade da última norma? O limite da cadeia de validação é registrado no ato constituinte (Michelon Jr., 2004). Não há disposição humana que confira um padrão para interpretar as normas constitucionais originárias. Assim sendo, deve-se perguntar: o que garante a sua objetividade e validade? Visando a responder a essa demanda, Kelsen (1976) introduz a ideia de “norma fundamental” (fundamento da objetividade e da validade das normas jurídicas)¹⁸⁵ (Barzotto, 2007; Chiassoni, 2017; Kelsen, 1976; Michelin Jr., 2004).

Destacaremos alguns aspectos da norma fundamental. Como ela é a última norma na cadeia de validação, não se pode defini-la nos mesmos moldes em que se definiram as demais normas do sistema (isto é, como “sentido objetivo de um ato de vontade”). Se fosse definida assim, então, necessitar-se-ia de outra norma como esquema de interpretação, visando à validação da norma fundamental, que já não seria uma norma última (Barzotto, 2007; Kelsen, 1976; Michelin Jr., 2004; Paulson, 1991). Michelin Jr. observa que o aspecto de a norma fundamental não ser uma

¹⁸⁵ O professor Barzotto (2007) destaca que “a norma fundamental é um dos mais importantes conceitos kelsenianos. Ela tem uma dupla função em Kelsen. A primeira, de ordem epistemológica: ela é a condição lógico-transcendental de possibilidade do conhecimento jurídico. É uma hipótese necessária a uma ciência do Direito de corte positivista. A segunda, ontológica: a norma fundamental é necessária para fundar a validade do ordenamento jurídico” (Barzotto, 2007, p. 38-39).

norma posta, combinado ao seu aspecto de ser o fundamento do sistema jurídico, aproxima a TPD das teorias de corte jusnaturalista.¹⁸⁶

Já delineamos que Kelsen refere-se às normas como o sentido objetivo de um ato de vontade; entretanto, refere-se a elas também como “conteúdo de um ato de pensamento”.¹⁸⁷ Segundo Michelin Jr., “o ato de pensamento é explicado na teoria

¹⁸⁶ Nesse contexto, importantes as palavras de Kelsen (1993, p. 115-117, grifos do autor): “tem-se oposto à teoria jurídica positivista da Teoria Pura do Direito que ela própria é apenas uma teoria jusnaturalista, pois vê o fundamento de validade do Direito positivo na por ela chamada norma fundamental, ou seja, afinal, em uma norma que se situa fora do Direito positivo. É verdade que a norma fundamental não é uma norma do Direito positivo, isto é, de uma ordem coativa globalmente eficaz posta por meio da legislação ou do costume. Esse é, porém, o único ponto em que existe uma certa semelhança entre a teoria da norma fundamental e a do jusnaturalismo. Em todos os outros pontos, as duas teorias estão em oposição diametral uma à outra. A Teoria do Direito Natural pergunta pelo fundamento de validade do Direito positivo, quer dizer, se e por que uma ordem jurídica positiva vale, e dá a essa pergunta uma resposta categórica, isto é, absoluta (incondicional), afirmando que ela vale porque seu conteúdo corresponde ao conteúdo do Direito natural e, por isso, é justo, ou que ela não vale porque o seu conteúdo contradiz o conteúdo do Direito natural. O fundamento de validade do Direito positivo é essencialmente vinculado ao seu conteúdo. O Direito positivo é válido porque tem um determinado conteúdo, e, por isso mesmo, é justo; não é válido porque tem o conteúdo oposto, e, por isso mesmo, é injusto. Nessa determinação do conteúdo do Direito positivo por meio do Direito natural, situado para além do Direito positivo, reside a essencial função desse mesmo Direito natural. Também a Teoria Pura do Direito pergunta pelo fundamento de validade de uma ordem jurídica positiva, isto é, de uma ordem coativa criada pela via legislativa ou consuetudinária e globalmente eficaz. Porém, não dá a essa pergunta uma resposta categórica, isto é, incondicionada, mas tão só uma resposta hipotética, isto é, condicionada. Ela diz que se consideramos o Direito positivo como válido, então pressupomos a norma segundo a qual nos devemos conduzir, tal como prescreve a primeira constituição histórica em conformidade com a qual foi criada a ordem jurídica positiva. Essa norma é designada pela Teoria Pura do Direito como norma fundamental. Não é uma norma estabelecida por intermédio do ato de vontade de uma autoridade jurídica, isto é, uma norma positiva, mas uma norma pressuposta pelo pensamento jurídico. A sua pressuposição é a condição sob a qual uma ordem de coação criada pela via legislativa ou consuetudinária e globalmente eficaz é considerada como válida – como objetivamente válida. A norma fundamental determina somente o *fundamento* de validade, não o *conteúdo* de validade do Direito positivo. Esse fundamento de validade é completamente independente do conteúdo de validade. A norma fundamental abandona a determinação do conteúdo do Direito positivo ao processo determinado pela constituição, da criação positiva do Direito. A determinação do conteúdo do Direito positivo é função originária e própria desse mesmo Direito. A questão de saber se o conteúdo jurídico definido por meio do processo de Direito positivo é justo ou injusto nada importa para a sua validade”. Conferir ainda: Calsamiglia (1977, p. 45-46) e Nino (2007, p. 25-26)

¹⁸⁷ Kelsen (1976) destaca o ponto: “se, porém, a norma fundamental não pode ser o sentido subjetivo de um acto de vontade, então apenas pode ser o conteúdo de um acto de pensamento. Por outras palavras: se a norma fundamental não pode ser uma norma querida, mas a sua afirmação na premissa maior de um silogismo é logicamente indispensável para a fundamentação da validade objectiva das normas, ela apenas pode ser uma norma pensada. [...] Uma ciência jurídica positivista apenas pode constatar que essa norma é pressuposta como norma fundamental – no sentido que acabamos de patentear – na fundamentação da validade objectiva das normas jurídicas e bem assim na interpretação de uma ordem coercitiva globalmente eficaz como um sistema de normas jurídicas objectivamente válidas. Como essa norma fundamental não é uma norma querida e, por isso, também não pode ser uma norma querida pela ciência jurídica (quer dizer: pelo sujeito que faz ciência jurídica), e tal norma (melhor: a sua afirmação) é logicamente indispensável para a fundamentação da validade objectiva das normas jurídicas positivas, ela apenas pode ser uma norma pensada, e uma norma que é pensada como pressuposto quando uma ordem coercitiva globalmente eficaz é interpretada como um sistema de normas jurídicas válidas” (Kelsen, 1976, p. 280-284). No mesmo sentido, conferir ainda: Kelsen (1976, p. 28).

geral das normas como a figuração mental de um estado de coisas” (Michelon Jr., 2004, p. 106). O estado de coisas que é representado determina o dever de obediência à primeira constituição histórica. Nas reflexões iniciais de Kelsen, o estado de coisas figurado pela norma fundamental era pensado como uma hipótese; porém, no Kelsen tardio, é pensado como uma ficção.¹⁸⁸ Desse modo, a validade das normas (elemento balizador da objetividade do Direito) está condicionada pela pressuposição da norma fundamental enquanto hipótese ou ficção¹⁸⁹ (Calsamiglia, 1977; Kelsen, 1976; Michelin Jr., 2004). Portanto, a objetividade do Direito depende de que se postule a norma fundamental (possibilidade e não necessidade).

¹⁸⁸ O autor deixa claro esse ponto na “Teoria Geral das Normas”: “a norma fundamental de uma ordem jurídica ou moral positiva – como evidente do que precedeu – não é positiva, mas meramente pensada, e isso significa uma norma fictícia, não o sentido de um real ato de vontade, mas, sim, de um ato meramente pensado. Como tal, ela é uma pura ou ‘verdadeira’ ficção no sentido da vaihingeriana Filosofia do Como-Se, que é caracterizada pelo fato de que ela não somente contradiz a realidade, como também é contraditória em si mesma, pois a suposição de uma norma fundamental – como porventura a norma fundamental de uma ordem moral religiosa: ‘deve-se obedecer aos mandamentos de Deus, como determina historicamente a primeira Constituição’ – não contradiz apenas a realidade, porque não existe tal norma como sentido de um real ato de vontade; ela também é contraditória em si mesma, porque descreve a conferição de poder de uma suprema autoridade da Moral ou do Direito e, com isso, parte de uma autoridade – com certeza apenas fictícia – que está mais acima dessa autoridade. Segundo Vaihinger, *Die Philosophie des Als-Ob*, 7. und 8. Aufl., Leipzig 1922, uma ficção é um recurso do pensamento, do qual se serve se não se pode alcançar o fim do pensamento com o material existente (ob. cit., p. 19). O fim do pensamento da norma fundamental é: o fundamento de validade das normas instituintes de uma ordem jurídica ou moral positiva, é a interpretação do sentido subjetivo dos atos ponentes dessas normas como de seu sentido objetivo; isto significa, porém, como normas válidas, e dos respectivos atos como atos ponentes de normas. Esse fim é atingível apenas pela via da ficção. Por conseguinte, é de se observar que a norma fundamental, no sentido da vaihingeriana Filosofia do Como-Se, não é hipótese – como eu mesmo, acidentalmente, qualifiquei-a –, e, sim, uma ficção que se distingue de uma hipótese pelo fato de que é acompanhada pela consciência ou, então, deve ser acompanhada, porque a ela não corresponde a realidade (ob. cit., p. 143 e ss.)” (Kelsen, 1986, p. 328-329, grifos do autor).

¹⁸⁹ Kelsen (1976) observa que, “dado que o fundamento de validade de uma norma somente pode ser uma outra norma, esse pressuposto tem de ser uma norma: não uma norma posta por autoridade jurídica, mas uma norma pressuposta, quer dizer, uma norma que é pressuposta sempre que o sentido subjectivo dos factos geradores de normas postas de conformidade com a Constituição é interpretado como o seu sentido objetivo. Como essa norma é a norma fundamental de uma ordem jurídica, isto é, de uma ordem que estatui actos coercivos, a proposição que descreve tal norma, a proposição fundamental da ordem jurídica estadual em questão, diz: devem ser postos actos de coerção sob os pressupostos e pela forma que estatuem a primeira Constituição histórica e as normas estabelecidas em conformidade com ela (de forma abreviada: devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve). As normas de uma ordem jurídica cujo fundamento de validade comum é essa norma fundamental não são – como o mostra a recondução à norma fundamental anteriormente descrita – um complexo de normas válidas colocadas uma ao lado das outras, mas uma construção escalonada de normas supra-infra-ordenadas umas às outras” (Kelsen, 1976, p. 277). Sobre as consequências da validade de uma norma só poder ser outra norma, Torres (2017) observa que “essa posição evidentemente clausura o espaço normativo. A admiti-la, será forçoso aceitar que, quanto à gênese, o sistema de normas não tem exterior, sendo absolutamente vão o esforço para ancorá-lo em realidades sociológicas, políticas ou institucionais que, de um modo ou de outro, em uma ou outra circunstância, factualmente o circunscrevam. Quando enunciada com ânimo polêmico, essa tese vai a ponto de dizer que, quanto à validade, nem mesmo o comando divino, ainda que proferido diretamente pelo próprio Deus, pode ser admitido como fundado na autoridade de quem prescreve” (Torres, 2017, p. 505).

A norma fundamental é uma norma (uma estrutura de dever-ser) que está pressuposta no sistema jurídico, *se se deseja dar um sentido objetivo aos atos de vontade que o instituem*. Postular uma norma fundamental é uma opção de quem quer compreender de um determinado modo (o modo especificamente jurídico) alguns atos de vontade humanos (Michelon Jr., 2004, p. 106-107, grifos do autor).

O que deve ficar registrado, então, é que a postulação da norma fundamental tem uma condição subjetiva, pois depende de atos de vontade de se interpretar fatos brutos como fatos jurídicos. A norma fundamental deve ser postulada apenas por aqueles que desejam interpretar certos fatos como fatos jurídicos. Portanto, para Kelsen, a concretude do Direito está atrelada à norma fundamental, cuja existência depende de que um sujeito a postule em um ato de vontade (Kelsen, 1976; Michelin Jr., 2004). A objetividade da ordem jurídica, desse modo, tem uma condição subjetiva.¹⁹⁰ Segundo Kelsen, “uma parte do mundo objetivo (o seu aspecto jurídico) depende, em última instância, da subjetividade, ou seja, da decisão de alguém assumir um determinado ponto de vista” (Michelon Jr., 2004, p. 109). Entretanto, postulá-la só faz sentido no contexto explicativo de “atos de coação globalmente eficazes”. Esses atos são também limites de conteúdo ao que pode ser postulado (Kelsen, 1976; Michelin Jr., 2004).

Adiante, analisaremos certos delineamentos sobre a norma fundamental desde outro enfoque. Um importante intérprete da obra kelseniana, professor Paulson, noticia que o projeto de Kelsen de uma teoria geral do Direito implicou para o autor resolver uma antinomia jusfilosófica (Kelsen, 1976; Paulson, 2000). A TPD posiciona-se entre as pretensões empíricas (também referidas por Kelsen como “sociológicas”) que definem o Direito como um pedaço da realidade dada naturalmente, conforme o método científico-causal, e entre as pretensões jusnaturalistas, que evocam a passagem do âmbito das proposições de Direito positivo às proposições ético-políticas (Kelsen, 1976; Paulson, 2000). Portanto, as teses que estão em contradição, gerando a antinomia, revelam que ou bem a natureza do Direito não pode ser delineada sem o auxílio de conceitos morais, ou

¹⁹⁰ “A objetividade de um sistema jurídico decorre de um ato subjetivo, mas essa subjetividade não é absoluta na definição de quais são as normas jurídicas e, conseqüentemente, na definição do sentido dos enunciados jurídicos. Meus direitos não decorrem de minha subjetividade, no sentido de que eu decido quais os direitos que tenho, mas no sentido de que o conjunto de normas que me conferem direitos e atribuem deveres depende de uma atitude determinada: a decisão de explicar juridicamente os fatos” (Michelon Jr., 2004, p. 110-111).

bem ela pode ser delineada tranquilamente sem os conceitos morais.¹⁹¹ A tese moral preceitua que Direito e moral são inseparáveis, e a sua antítese verifica-se na “tese da separação” entre eles, conforme mencionado antes. Os defensores da tese da separação admitem haver certos vínculos negativos e positivos entre Direito e moral, mas esses vínculos não são de natureza conceitual, pois são contingentes. Assim, as condições formais de legalidade no ato de produção são suficientes para determinar o que é Direito (Kelsen, 1976; Paulson, 2000).

A tese da separação não é constitutiva apenas da teoria kelseniana, pois, normalmente, faz-se presente nas elaborações do “positivismo jurídico tradicional ou reducionista”, que sustenta que o Direito deve ser reduzido a fatos empíricos. Contrário a essa determinação, Kelsen defende uma “tese normativista”, que sustenta a separação entre Direito e fatos (Kelsen, 1976; Paulson, 2000). A tese da normatividade habilita Kelsen a afastar-se da ideia “difundida, com amplitude, de que o Direito, em último termo, só poderia explicar-se por meio da referência a fatos ou conceitos naturalísticos; que Direito e fatos seriam, ao fim e ao cabo, inseparáveis” (Paulson, 2000, p. 135). Portanto, Kelsen assume as teses da separação e da normatividade, contrapondo-se, respectivamente, à tese moral e à tese reducionista. A tarefa kelseniana é, nesse contexto, desenvolver uma via intermediária entre as doutrinas jusnaturalistas¹⁹² e o positivismo jurídico tradicional (Barzotto, 2007). Vejamos isso nas palavras do autor:

uma teoria jurídica positivista é posta perante a tarefa de encontrar entre os dois extremos, ambos insustentáveis, o meio termo correcto. Um dos extremos é representado pela tese de que, entre validade como um dever-ser e eficácia como um ser, não existe conexão de espécie alguma, que a validade do Direito é completamente independente da sua eficácia. O outro extremo é a tese de que a validade do Direito se identifica com a sua eficácia. A primeira solução do problema tende para uma teoria idealista, a segunda para uma teoria realista. A primeira é falsa, pois, por um lado, não pode negar-se que uma ordem jurídica como um todo, tal como uma norma jurídica singular, perde a sua validade quando deixa de ser eficaz; por outro lado, é também falsa à medida que existe uma conexão entre o dever-ser da norma jurídica e o ser da realidade natural, já que a norma jurídica positiva, para ser válida, tem de ser

¹⁹¹ “Como Kelsen não aceita um critério ético de identificação do jurídico, ele deverá buscar em outro lugar, longe da esfera valorativa, um critério objetivo que permita qualificar um ordenamento normativo como Direito, ou, no caso que nos ocupa, um critério que permita diferenciar um ‘verdadeiro’ ordenamento jurídico de um ordenamento que rege a atividade de um bando de piratas ou ladrões” (Barzotto, 2007, p. 46, grifo do autor).

¹⁹² Para um aprofundamento dos conceitos fundamentais da tradição jusnaturalista: Barzotto (2010).

posta por meio de um acto-de-ser (da ordem do ser). A segunda solução é falsa, pois não pode ser negado que há – como acima se mostrou – numerosos casos nos quais as normas jurídicas são consideradas como válidas, se bem que não sejam, ou não sejam ainda, eficazes (Kelsen, 1976, p. 292-297).¹⁹³

Paulson (2000) menciona que é nesse contexto que Kelsen introduziu a noção de norma fundamental, isto é, visando a estabelecer um “normativismo sem direito natural”, como também um “positivismo sem reducionismo”; extraindo elementos das duas teorias para a sua própria formulação (Kelsen, 1976; Paulson, 2000). Dessa forma, a norma fundamental indica a via média kelseniana: é possível não aceitar o jusnaturalismo sem cair, por isso, na redução do Direito aos fatos. Segundo Paulson, Kelsen teve bastante trabalho com a aspiração teórica projetada para a norma fundamental. Cada (re)elaboração de sua doutrina envolveu uma complexidade de concepções, concretizadas em variadas formulações¹⁹⁴, seja nos textos de Kelsen, seja na literatura secundária. Kelsen, ele próprio (e, portanto, não os seus comentadores) desenvolveu duas concepções acerca da norma fundamental, partindo de dois princípios distintos¹⁹⁵ (Kelsen, 1976; Paulson, 2000).

A primeira das concepções de norma fundamental que Kelsen elaborou está vinculada ao neokantismo, que influenciou diretamente o autor. Ela estabelece a norma fundamental como a condição transcendental da interpretação normativa do Direito (Kelsen, 1976; Paulson, 2000). Segundo Paulson (2000), a outra concepção decorre da influência de Ernst Mach sobre Kelsen, e nela a norma fundamental significa “‘hipótese auxiliar’ pragmático-investigativa, ou melhor, de economia de pensamento” (Paulson, 2000, p. 140). O filósofo do Direito norte-americano destacou que a escolha kelseniana por um desses dois princípios gerou problemas à

¹⁹³ O professor Barzotto reconstrói com maestria os argumentos de Kelsen em prol de uma “via intermédia”, na refutação de “idealismo” (jusnaturalismo) e realismo: Barzotto (2007, p. 50-51).

¹⁹⁴ Paulson (2000) menciona que há certa “falta de clareza conceitual da norma fundamental de Kelsen” e indica consistente bibliografia sobre o tema: Paulson (2000, p. 138).

¹⁹⁵ “Nota 8: Neste trabalho, aludo somente a essas duas concepções de norma fundamental que introduziu o próprio Kelsen (sobre a concepção da norma fundamental de Vaihinger que Kelsen sustentou em sua teoria tardia, ver nota 26). Como é obvio, poder-se-iam introduzir também outras concepções distintas das sustentadas por Kelsen - por exemplo, descreve Ralf Dreier, no curso de sua exposição, diferentes versões da norma fundamental: ‘em uma terceira versão, indica a norma fundamental que alguém deve comportar-se conforme a Constituição, pressupondo que essa preenche os critérios do Estado de Direito, e conforme as normas impostas segundo uma tal Constituição, pressupondo que essas não se encontram em uma contradição evidente com a moral e/ou contra princípios de justiça’ (Ralf Dreier, *Recht-Moral-Ideologie*, Frankfurt a. M., 1981, pp. 180 a 216 (197))” (Paulson, 2000, p. 139, grifos do autor).

concepção de norma fundamental. Adiante, ele detalha a sua versão da norma fundamental, afirmando que ela é

[...] o ponto cardinal de uma fundamentação completa do Direito, isto é, ela oferece seu ‘fundamento final’ e precisamente de uma tripla forma: percebido desde o ponto de vista dinâmico, configura o fundamento último da *autorização* jurídica; do ponto de vista estático, o fundamento final da *validade do Direito*, e, desde o normativo, o fundamento final da *obrigação*. Para prosseguir e verificar em todos os três casos a fundamentação indicada, requer-se um princípio teórico-científico adequado; nisso se trata, como já se disse, de uma parte, de um princípio neokantiano, e de outra, um princípio de Mach (Paulson, 2000, p. 143-144, grifos do autor).

Paulson (2000) passa a analisar o que ele chama de um “catálogo das diferentes formulações da norma fundamental”, assim elencadas: a) como fundamento último da validade das normas (validade enquanto pertinência de uma norma a uma dada ordem jurídica) (Paulson, 2000); b) “como a fonte comum da unidade de todas as normas configuradoras de uma ordem compreendida ‘dinamicamente’” (Paulson, 2000, p. 146); c) como autorização da autoridade que estabelece as normas¹⁹⁶; d) como Constituição em sentido lógico-jurídico; e) como autorização dos funcionários que executam a sanção; f) como sentido de dever ser (relação entre condição e consequência jurídica); g) “como uma definição pressuposta de Direito como norma coativa” (Paulson, 2000, p. 150); h) como fundamento último da validade enquanto obrigatoriedade¹⁹⁷; i) como meio de constituição de uma ordem jurídica unificada; j) como meio de uma ordem jurídica razoável (Paulson, 2000).

O autor destaca que essas formulações da norma fundamental não se articulam de modo plenamente independente entre si. Na verdade, elas estão associadas umas com as outras. Essas variadas formulações da norma fundamental

¹⁹⁶ Sobre a norma fundamental, Barzotto (2007) afirma que “ela é, assim, o ponto de partida de um processo de criação normativa. Institui um fato produtor de normas, sem estabelecer materialmente qual deve ser o conteúdo das normas do ordenamento. Ela funciona como condição última de interpretação do sentido subjetivo de dever ser dos atos que produzem normas como seu sentido objetivo. A norma fundamental poderia receber aqui a seguinte formulação: ‘deve-se interpretar o sentido subjetivo de dever ser do ato constituinte e dos demais atos em conformidade com esse como seu sentido objetivo’” (Barzotto, 2007, p. 39).

¹⁹⁷ A norma fundamental é o que confere, segundo o professor Barzotto (2007), “a força vinculante à constituição e, por consequência, às normas produzidas em conformidade com ela. Ela se torna, assim, o fundamento de obediência às normas do ordenamento, obediência essa presente na fórmula da norma fundamental: ‘devemos obedecer ao que foi determinado pelo primeiro constituinte histórico’” (Barzotto, 2007, p. 40, grifo do autor).

indicam um conceito pluridimensional, modo indispensável, segundo Paulson (2000), de se tratar a noção. Paulson (2000) tece algumas relações entre as formulações da norma fundamental elencadas. Acompanharemos os seus argumentos, pois as caracterizações manejadas sobre a norma fundamental, além de ajudarem a circunscrever melhor a teoria do Direito kelseniana, iluminarão a relação entre norma fundamental e demais normas jurídicas - passo prévio à explicação do que estamos denominando como a linguagem das normas jurídicas em Kelsen. Vejamos algumas relações expostas por Paulson.

Acerca das formulações “a” (como fundamento último da validade das normas [validade enquanto pertinência de uma norma a uma dada ordem jurídica]) e “b” (fonte comum da unidade das normas de uma ordem compreendida dinamicamente), o autor explica que a pertinência das normas a uma certa ordem jurídica é também fundamento para se tratar tais normas como uma unidade. Isso se deve ao fato de que as normas têm a mesma norma fundamental, isto é, um fundamento final de validade idêntico¹⁹⁸. A formulação “b”, então, está contida na “a”, à medida que validade enquanto pertinência implica uma concepção da unidade do Direito (Kelsen, 1976; Paulson, 2000). Acerca das formulações “a” (como fundamento último da validade das normas [validade enquanto pertinência de uma norma a uma dada ordem jurídica]) e “c” (como autorização da autoridade que põe as normas), deve-se referir que a norma fundamental institui a produção do Direito, delegando a uma suprema autoridade normativa a autorização do estabelecimento de normas. No que se refere à validade enquanto pertinência, deve-se distinguir entre duas perspectivas: “ex-ante” e “ex-post”, isto é, o potencial de produção “jurídica que carrega consigo a norma de autorização *antes* do fato de expedição de uma norma e a validade jurídica *depois* do fato de expedição dessa norma são dois aspectos de uma mesma coisa” (Paulson, 2000, p. 160, grifos do autor). Portanto, certa regra de grau elevado pode ser pensada desde a perspectiva da validade jurídica (“ex-post”), mas também como norma de autorização (“ex-ante”), conferindo competência à elaboração da norma de grau inferior (Kelsen, 1976; Paulson, 2000). Acerca das formulações “c” (como autorização da autoridade que põe as normas) e “d” (como Constituição em sentido lógico-jurídico), Paulson afirma que ambas podem

¹⁹⁸ “A norma fundamental funciona, assim, como o supremo critério de pertinência de uma norma a um ordenamento. Ela poderia adquirir a seguinte formulação: ‘consideram-se normas do ordenamento aquelas produzidas em conformidade com os procedimentos previstos na Constituição’” (Barzotto, 2007, p. 40, grifo do autor).

valer como diferentes especificações de uma mesma função (por essa razão, o autor conserva apenas a formulação “c”). Ademais, a referência à formulação “d” ocorreu, segundo Paulson, porque ela aparece com frequência nos textos de Kelsen (Kelsen, 1976; Paulson, 2000).

Na formulação “c”, aparece a ideia de “autorização”. Acontece que as normas positivas vinculam condição e consequência jurídica (“consequência da ilegalidade”). O modo de conectar os fatos é denominado como “imputação” e, segundo a TPD, trata-se da “especial legalidade do Direito” (Kelsen, 1976; Paulson, 2000). A noção de imputação conduz-nos à autorização da imposição de sanção, à luz da norma fundamental, como autorização dos funcionários que a executam (formulação “e”). Paulson formula a noção de imputação no contexto teórico da TPD:

Trata-se da autorização ou a exclusão da autorização (incompetência) do órgão jurídico, de uma parte, e da correspondente sujeição ou imunidade do sujeito de direito, da outra. Sobre certas circunstâncias, atribuir-se-á a um indivíduo determinada consequência jurídica, e essa ‘imputação da consequência jurídica a um indivíduo’ significa que esse último está subordinado a um órgão jurídico, e, com efeito, aquele órgão está autorizado a impor-lhe uma determinada sanção. Quando, de outra parte, o órgão jurídico não está autorizado para sancionar esse indivíduo, então o indivíduo é juridicamente imune frente a esse órgão (Paulson, 2000, p. 170-171, grifo do autor).

Delineado sinteticamente o sistema kelseniano, passaremos a analisar algumas críticas que lhe foram dirigidas e que nos parecem indicar algo sobre a (des)consideração do seguimento de regras jurídicas como seguimento de regras sociais em Kelsen.

4.2.4 Linguagem das regras jurídicas em Kelsen

Apresentamos neste tópico um breve recorte da teoria geral do Direito kelseniana. Embora se trate de um olhar parcial sobre o sistema de Kelsen, acreditamos que seja o suficiente para elucidar a linguagem das normas jurídicas (desde que método o autor as concebeu), como também as relações entre as normas jurídicas e, especialmente, a relação entre normas jurídicas e o fundamento de sua validade, ou seja, a norma fundamental. Devemos esclarecer, agora, se essas relações havidas no corpo da teoria kelseniana, à luz do critério metodológico

de Hart, consideram ou pressupõem a prática social do seguimento de regras na constituição da noção de regra jurídica. O ponto de vista de Kelsen sobre as regras jurídicas indica um ponto de vista interno ou um ponto de vista externo, nos termos de Hart? O modo como Kelsen formula a noção de regra autorizaria extrairmos um giro linguístico de sua teoria do Direito? Preliminarmente, a resposta a essa última questão parece ser negativa (devido à ausência da ideia de “uso prático de padrões compartilhados”). No entanto, essas perguntas serão respondidas neste subtópico, a partir de algumas críticas que foram dirigidas ao sistema kelseniano. Portanto, ilustraremos alguns problemas decorrentes da construção de Kelsen e, nesse procedimento, explicitaremos as respostas as nossas indagações, que convencionamos chamar de “linguagem das regras jurídicas em Kelsen”.

O critério metodológico de Hart configura-se como a consideração do seguimento de regras na configuração da noção de regra jurídica por ele desenvolvida. Dessa forma, o ponto de vista interno descreve a “aceitação” das regras pelos que são governados por elas, o que equivale a apontar como as regras são seguidas no interior de sistemas jurídicos. De outro modo, o ponto de vista externo extremo articula a noção de regra sem considerar o modo efetivo, com o qual os participantes de sistemas jurídicos relacionam-se com ela na realidade social. Enquanto Hart está trabalhando com a noção de regra como “uso de padrões compartilhados para crítica dos comportamentos”, Kelsen explicita as regras jurídicas como o “sentido objetivo de atos de vontade” (ou de “atos de pensamento”, no caso da norma fundamental). Essas duas ideias acerca das regras indicam, nos termos de Hart, um ponto de vista interno no seu próprio caso e um ponto de vista externo extremo no caso kelseniano.

Tal como delineado anteriormente, a TPD principia sustentando a pureza metódica, que nada mais é do que a exclusão de elementos exógenos ao Direito na determinação do sistema jurídico. Kelsen pretende desenvolver uma ciência jurídica autônoma, que esteja purificada de qualquer resíduo empírico, tendo em vista o seu objeto ser propriamente o Direito positivo (e a norma fundamental). E esses se caracterizam por serem atribuições de sentido, portanto, intrinsecamente não empíricos (Kelsen, 1976). Há, portanto, uma firme separação entre os planos do “ser” e do “dever ser”. Segundo Kelsen, as regras articulam estruturas de “dever ser”, que são dados imediatos da nossa consciência, fixando limites de uma ciência

pura do Direito¹⁹⁹ (Kelsen, 1976). Kelsen encerra as regras jurídicas no âmbito da consciência e tenta, assim, eliminar a facticidade como constitutiva de sua determinação. No entanto, o seguimento de regras, enquanto prática social complexa (“uso de padrões compartilhados para crítica das condutas”), é verificado na facticidade social cotidiana. Desse modo, quando Kelsen clausura as regras no âmbito do “dever ser” lógico-racional, limita-se a pensá-las desde um “ponto de vista externo” ao modo como os participantes de sistemas sociais as utilizam na prática. Nesse contexto, Kelsen afirma a sanção como elemento distintivo da normatividade jurídica frente a outras normatividades sociais (não à toa as “normas primárias”, segundo Kelsen, são aquelas que estatuem a sanção). Essa condição revela um “ponto de vista externo extremo”, conforme delineado no segundo capítulo, manifestando, dessa forma, uma não consideração da prática social do seguimento de regras como pressuposto fundamental da noção de regra jurídica. Há, portanto, críticas ao sistema kelseniano, que, de algum modo, estão conectadas com esse aspecto da não consideração do seguimento de regras sociais.

A sanção como elemento definidor do Direito, segundo o ponto de vista externo extremo, deixa problemas em relação à norma fundamental. A TPD estabelece que para uma norma ser independente e autônoma, ela deve determinar uma conduta como devida (“dever ser”) e, no caso da violação, prescrever uma sanção. Caso esses requisitos não sejam observados, a norma é incompleta e depende de outra para que junto a ela seja constituída uma verdadeira norma jurídica (Kelsen, 1976; Pascua, 2021). Acontece que a norma fundamental não estabelece sanção, pois se restringe a estabelecer a obediência à Constituição. Esse aspecto viria a determiná-la como uma norma incompleta e dependente, o que parece divergente de sua condição que expusemos no tópico anterior. As reformulações kelsenianas da norma fundamental parecem indicar a previsão de sanções. Porém, essas determinações referem-se ao que foi estatuído pelo legislador positivo, o que implica uma relação de dependência entre a norma fundamental e outras normas inferiores a si. Por conseguinte, resulta abalada a ideia da norma fundamental como fundamento de validade das demais normas (Pascua, 2021).

¹⁹⁹ Hart aborda algumas questões da Teoria Pura do Direito enquanto “descrição do dever ser” no escrito “Kelsen visitado” (2010b).

Desde o ponto de vista externo extremo, a norma fundamental não é pensada como uma prática social complexa (assim como a regra de reconhecimento hartiana), mas como uma pressuposição do pensamento.²⁰⁰ Essa pressuposição não é obrigatória, pois a sua possibilidade é verificada nos casos em que se deseja conceber as regras jurídicas como Direito objetivamente válido (Pascua, 2021). Entretanto, parece problemático que um ato adstrito à vontade de efetivá-lo (subjetivo, portanto) tenha o condão de fundamentar objetivamente o Direito. Portanto, se a pressuposição da fundamentação objetiva do Direito é apenas uma possibilidade, então, a obrigação jurídica resultará relativa. A validade objetiva das normas no ato de pensamento que pressupõe a norma fundamental, enquanto reflexo exclusivo desse ato, parece desvelar-se incapaz de oferecer às normas jurídicas algum aspecto que já não possuíssem (Pascua, 2021).

A separação entre “ser” e “dever ser” implicou a desconsideração dos elementos fáticos na fundamentação da TPD. As práticas sociais complexas que constituem o Direito, portanto, ficaram excluídas, à medida que repousam na dimensão espaço-temporal do “ser”. A exclusão da prática social do seguimento de regras aponta para um aspecto da norma fundamental como fundamento de validade: a relação entre eficácia e validade. A eficácia relaciona-se com as condutas humanas, ou seja, com a questão fática de as condutas seguirem ou não certa regra ou certa ordem jurídica. Kelsen explicita que a eficácia é uma das condições fáticas da validade, o que significa que só se pode afirmar a validade de uma ordem jurídica em termos de eficácia geral (“condição necessária da validade”) (Kelsen, 1976). Kelsen parece “contrabandear” um elemento fático e situá-lo no núcleo de sua teoria, algo que está em desacordo com a sua base metodológica. Para além da dificuldade que confere à ideia de validade meramente formal, a introdução dos fatos na ciência pura do Direito é aparentemente contraditória com algumas de suas ideias, tais como as noções conexas de pureza metódica e

²⁰⁰ Warat descreve a norma fundamental como critério de significação: “epistemologicamente, a norma fundamental constitui um princípio cognoscitivo ou um postulado de significação. Como critério gnosiológico, afirma que a diferença das ciências da natureza, nas quais um juízo enunciativo é verdadeiro, quando a realidade da experiência sensível o confirma, um juízo normativo é verdadeiro quando reproduz o conteúdo de validade das normas positivas. Para isso, deve também reproduzir o processo de legitimação, conhecido na ordem jurídica globalmente considerada, quer dizer - segundo Kelsen -, deverá constituir no plano do conhecimento uma hipótese da razão, por meio da qual se conseguem derivar cognoscitivamente todas as normas positivas de uma norma hierarquicamente superior e última: a norma fundamental suprema para o conhecimento jurídico, que não integra o Direito positivo, senão somente o universo de seu conhecimento” (Warat, 2002, p. 285-286).

separação entre “ser” e “dever ser”²⁰¹ (Pascua, 2021). Se por um lado, interpretássemos esse movimento kelseniano como uma tentativa de salvar a facticidade no Direito, por outro, essa tentativa resultaria infrutífera de qualquer modo, devido aos pilares epistemológicos da pureza (que lhe seriam contraditórios), tornando a TPD inconsistente nesse aspecto.

Assim como viemos destacando, a “gramática das regras” aponta para a influência do seguimento de regras sociais (Wittgenstein) sobre o “critério metodológico” de Hart. Por outro lado, vimos que Kelsen sofreu uma forte influência do neokantismo em seu modelo de fundamentação jurídica. Se no segundo Wittgenstein a “metafísica”²⁰² foi abandonada, já não podemos dizer o mesmo sobre Kant e o princípio da “subjetividade constitutiva”. O outrora pesquisador do Instituto Max-Planck, professor Benvindo, noticia algumas críticas à “metafísica formal-normativa” kelseniana. Acompanharemos um de seus argumentos e, ao final, relacionaremos isso com a teoria do Direito kelseniana: não considerar o seguimento de regras jurídicas como parte do seguimento de regras sociais (como prática social complexa).

Segundo o professor Benvindo (2008) a TPD não é apenas voltada ao objeto normativo, mas é uma abordagem de como se constrói o conhecimento jurídico, à medida que Kelsen quer determinar um novo critério para o conhecimento no Direito, que deve ser purificado na norma. A racionalidade humana perfaz-se como a “condição de possibilidade” da experiência propriamente jurídica, ao unificar o sentido objetivamente jurídico (norma) a certos fatos físicos; exerce, portanto, o papel da “subjetividade constitutiva” nos moldes kantianos. Dessa forma, a condição de que algo seja jurídico ocorre na objetivação da realidade, que se origina do

²⁰¹ O professor Barzotto (2007) ilustra o ponto: “o binômio ser/dever ser, distinção metodológica fundamental do sistema kelseniano, sofre um duro golpe com esse tratamento dispensado à eficácia. Para não assumir de um modo direto que tudo aquilo que é eficaz é também válido, o que seria grotesco, pois estaríamos derivando normas de fatos, Kelsen situa a eficácia na norma fundamental. Desse modo, estaria solucionado o problema de uma transição abrupta entre normas e fatos, logicamente insustentável. Essa transição seria mediada pela norma fundamental. Essa ‘converteria’ os fatos em Direito. Mas essa mediação, se cria uma ponte entre o ser e o dever ser, acarreta outros problemas. Um dos mais graves é a implosão da concepção hierárquica de ordenamento preconizada por Kelsen [...]. A ideia do escalonamento hierárquico desaparece, pois a eficácia de cada norma garantiria a sua validade, dispondo, assim, todas as normas em um mesmo nível de hierarquia” (Barzotto, 2007, p. 57-58).

²⁰² O termo “metafísica” foi utilizado, aqui, num sentido muito próximo ao que Heidegger utiliza em ambas as fases de seu pensamento, a saber, como teorias sobre os entes que derivam os seus postulados desde um princípio reitor (“Ideias”, “Substância”, “Cogito”, “Eu transcendental”). O próprio Wittgenstein do *Tractatus*, nesse sentido, poderia ser interpretado como um filósofo da “metafísica da forma lógica”. Aliás, alguns autores trabalham certas relações entre as ideias de Wittgenstein e as de Heidegger, conforme: Apel (1985, p. 217-264).

significado que possui para a razão (Benvindo, 2008). “A norma, por conseguinte, torna-se o referencial objetivo para o conhecimento puro, desvincilhado, a partir de então, de uma direta relação com a realidade concreta.” (Benvindo, 2008, p. 116). Afinal, a norma é pura abstração (concepção puramente formal), à medida que deve funcionar como esquema de interpretação da realidade, segundo Kelsen.²⁰³

As críticas do professor Benvindo estabelecem que a “metafísica formal-normativa” kelseniana concebe as regras de modo meramente formal, portanto, enquanto regras “desencarnadas” da realidade social. Kelsen (1976) opta metodologicamente pela ênfase na estrutura lógica de “dever ser” das regras, em detrimento de concebê-las a partir de seu conteúdo normativo. É importante que o leitor perceba que as críticas elencadas acima, tal como a presente, podem ser reunidas em sua relação com o critério metodológico exposto pela TPD: a “pureza metódica”. Ela determina que a ciência do Direito deva ser articulada com independência de todos os elementos estrangeiros ao Direito positivo, portanto, devendo apartar-se do mundo do “ser”, que é contingente e particular (logo, impróprio para um autêntico conhecimento científico, que é necessário e universal). Observa-se, nesse aspecto, uma influência kantiana sobre Kelsen, tendo-se em vista a distinção entre “ser” e “dever ser” situar-se na filosofia do primeiro, além de consagrar certas bases do pensamento moderno na Teoria do Direito. Desse modo, em Kelsen, temos um critério metodológico que determina a exclusão da realidade

²⁰³ “Possivelmente, é nesse contexto que se evidencia a característica da concepção formalista da norma. Não importa conhecer o conteúdo normativo, importa, na verdade, a norma enquanto objeto constituído pelo conhecimento. O enfoque, portanto, não é o que esse dever-ser tem de concreto, tem de possível no mundo real. O dever-ser é relevante apenas enquanto estrutura formal constituída pelo ato de conhecimento. Por isso, para a *Teoria Pura do Direito*, o fundamental é a estrutura formal normativa e não o conteúdo normativo das normas. Desse modo, se a *Teoria Pura* se preocupasse com o conteúdo normativo, se tivesse como algo inerente ao seu projeto científico a razão prática, não se conseguiria a pureza do ato de conhecer. Se a *Teoria Pura do Direito* se voltasse para a orientação do prático, ela não seria científica. A teoria, afinal, pode apenas descrever o prático, jamais orientá-lo. O resultado dessa investigação está na verificação de que, também na *Teoria Pura do Direito*, é consagrada, além de uma metafísica formal-normativa, como antes investigada, uma metafísica da subjetividade. Isso porque é a subjetividade constitutiva que fornece a possibilidade da constituição do objeto normativo e, por conseguinte, da qualificação científica da *Teoria Pura do Direito*. Essa cientificidade jurídica é alcançada, porque o conhecimento puro passa a ser universal e necessário” (Benvindo, 2008, p. 120, grifos do autor). Sobre a não incorporação da dimensão prática na TPD e sua “qualificação científica”, Warat (2002) complementa desde outro enfoque crítico: “para a Teoria Pura do Direito, existe somente uma relação de significação entre o Direito positivo (conjunto de normas válidas) e esse Direito, visto como objeto de conhecimento da ciência jurídica (conjunto de proposições sobre as normas do sistema). A ciência cumpre seu destino teórico, organizado em um sistema de significações, que, quando se aproxima do Direito positivo, consegue descrevê-lo sem afetar a função prescritiva, exclusiva das normas integrantes do sistema jurídico vigente. Desse modo, o processo teórico é incapaz de incorporar a experiência jurídica à esfera de conceitualização da ciência jurídica, que se torna mera retórica” (Warat, 2002, p. 286).

social na definição do que é o Direito - aspecto que se contrapõe diretamente ao critério metodológico de Hart. A distinção entre ponto de vista interno e ponto de vista externo, desde a prática social do seguimento de regras, sequer faz sentido no sistema kelseniano, pois está impedida desde a assunção de seu critério metodológico. A ciência pura do Direito pensa as regras jurídicas exclusivamente desde relações de forma e, assim, não consegue abarcar a prática cotidiana do seguimento de regras sociais.

Os problemas oriundos da “pureza metódica” são correntes entre os críticos de Kelsen. Desde um ponto de vista “semiológico” (em seus próprios termos), Warat tece críticas à TPD. Vejamos o critério que utiliza para manejá-las:

ao postulado da pureza metódica, que dá estrutura à obra de Kelsen, oponho o postulado da *heteronímia significativa*, que aponta para o esclarecimento do papel desempenhado pelos fatores extranormativos nas diferentes modalidades de produção dos sentidos jurídicos e, em particular, a influência das práticas jurídicas na formação das crenças e representações que funcionam como códigos reguladores da produção dos diferentes discursos jurídicos (Warat, 2002, p. 144-145, grifo nosso).

A ideia de práticas jurídicas como portadoras de significação abala a pureza metódica e, assim, é importante em nosso contexto teórico. Warat (2002) observa que a TPD sustenta o “princípio da imanência significativa” (sentido das normas encerrado nelas próprias) na determinação da significação jurídica.²⁰⁴ A noção waratiana de “heteronímia significativa” visa a evitar o “reducionismo semiológico” (considerar os fatores excluídos que colaboram à significação jurídica), bem como evitar “a ideia derivada da pureza metódica, de que por meio do sistema de normas jurídicas válidas se esgota o processo de sua significação” (Warat, 2002, p. 145). Warat observa que Kelsen reduz a significação a um modelo único de “sistema linguístico”: a “linguagem das normas positivas válidas”. O significado estrutural das normas jurídicas pensadas isoladamente é insuficiente para que as normas sejam

²⁰⁴ “O princípio da imanência metodológica, que a Teoria Pura adota, conduz a uma autolimitação da Ciência do Direito, que não aceitaria construir o objeto jurídico fora de um sistema de relações normativas. Tal limitação obriga-nos a pensar também – como já foi dito – que uma Ciência do Direito não poderia definir-se como tal, apreender juridicamente seu objeto, tendo-o como norma jurídica ou conteúdo de uma norma jurídica” (Warat, 2002, p. 156).

interpretadas linguisticamente, pois os fatores extranormativos colocam o Direito em movimento e, assim, produzem significados.²⁰⁵

Então, a complexidade do sistema kelseniano ensejou diversas críticas aos seus fundamentos, que se encontram espalhadas pela literatura secundária. Para os propósitos do presente trabalho, porém, selecionamos pontualmente algumas, mirando responder se é possível verificar a pressuposição do seguimento de regras jurídicas como seguimento das regras sociais no sistema kelseniano. Relacionamos as críticas expostas, portanto, ao nosso fio condutor especificado em nossos questionamentos. Mencionamos o problema de a sistemática kelseniana da norma fundamental, aparentemente, não estabelecer sanção; o problema de que a pressuposição da norma fundamental seja relativa à vontade de objetivar as regras como válidas; certas consequências da influência kantiana da “subjetividade constitutiva” na concepção puramente formal de norma jurídica; o problema da exclusão do papel dos fatores extranormativos na produção dos significados jurídicos pela TPD (Warat). Sem sombra de dúvida, essas críticas podem (e devem, na seara apropriada) ser aprofundadas, à medida que oferecemos apenas uma visão panorâmica, tendo em vista o objeto desta tese. Da mesma forma, existem diversos outros argumentos críticos, que recomendam um estudo dirigido devido à complexidade da jusfilosofia kelseniana.

As críticas acima elencadas encontram-se em conexão com um aspecto decisivo para a TPD: a “pureza metódica”. Ela estabelece que se deve liberar o conhecimento do Direito de tudo aquilo que não seja o Direito positivo. O mundo do “ser” (fatos), que é contingente e particular, fica excluído da ciência pura do Direito. Ela se ocupará da norma em sentido puro, purificada de seu conteúdo, ou seja, como pura forma (estruturada em cadeias de validade formal). É o âmbito do “dever ser” lógico-racional (necessário e universal) que (pressu)põe a norma jurídica. Segundo Kelsen, a distinção entre esses planos é firme, não sendo redutíveis um ao

²⁰⁵ O enfoque crítico semiológico waratiano explicita a norma fundamental como “critério de significação”: “mediante a teoria da norma fundamental, pretende-se, simultaneamente, purificar o objeto temático da ciência jurídica normativa e superar o sincretismo metodológico e a falta de unidade sistemática do conhecimento tradicional do Direito, fundamentando também as regras de significação, a partir das quais a ciência jurídica, mediante suas propostas, pode explicar o sentido jurídico que as normas do Direito positivo outorgam à conduta dos homens. Estamos, portanto, diante de uma teoria que pretende explicar o processo de produção do sentido normativo objetivo, atribuído à conduta dos indivíduos pelas normas jurídicas, como também indicar as regras de constituição das propostas, por meio das quais esses sentidos são verificados” (Warat, 2002, p. 280).

outro. A pureza metódica, contudo, deixa um custo alto para a explicação do Direito, pois a facticidade social comporta relevantes sentidos a serem mencionados em uma teoria do Direito.²⁰⁶ Como exemplo, poderíamos referir o uso prático da ideia de “Direito”. As pessoas falam sobre o Direito na vida pedestre, e o sentido que utilizam articula-se desde padrões compartilhados, que são as regras jurídicas. Há, porém, outras formas de se abordar a facticidade social no Direito, mas o caso, aqui, é a que Hart estabeleceu.

Assim como já observamos, o método de Hart é o linguístico, e sua diretriz é que a análise dos sentidos produzidos pelos fenômenos sociais revela as condições de uso dos conceitos a eles relacionados. Ora, o Direito é um fenômeno social. Hart promoveu uma análise linguística do Direito enquanto fenômeno social e, assim, esclareceu aspectos (do uso) do seu conceito. As regras sociais mostram-nos que somos treinados socialmente a seguir regras (somos treinados a compreender o que é uma regra; aprendemos, assim, que diante de uma regra, age-se em conformidade a ela; somos efetivamente educados a segui-las). Hart concebeu a sua “teoria das regras” (união de regras primárias com regras secundárias) desde o seu critério metodológico (diferença entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na descrição das regras). Desde o ponto de vista interno, o seguimento de regras é registrado na “aceitação” dos padrões, manifestando-se no seu uso compartilhado para crítica dos comportamentos. O compartilhamento dos padrões é verificado nos fenômenos sociais. Em Hart, os padrões são seguidos na prática; em Kelsen, de outro modo, as normas são esquemas de interpretação em “operações mentais”. Além disso, a pureza metódica aboliu a possibilidade de a ciência pura do Direito pensá-lo enquanto fenômeno social. A pureza metódica e seus compromissos kantianos (separação firme entre “ser” e “dever ser”) não conseguiram abarcar a multiplicidade de significações jurídicas oriundas dos fenômenos sociais (Warat). Na TPD, a relação entre linguagem e fenômenos sociais está fechada, encerrada na

²⁰⁶ “Um aspecto diferente da dimensão sociológica da teoria do direito de Hart é sua rejeição à teoria pura do direito de Kelsen. A principal doutrina metodológica da ‘ciência normativa’ pura do direito de Kelsen é que, na explicação de conceitos jurídicos, os únicos elementos admissíveis devem ser encontrados no ‘material jurídico’, e nenhuma referência a fenômenos extraleais é permitida. Em contraste, Hart insiste que uma ampla gama de conceitos e fenômenos jurídicos só pode ser adequadamente explicada quando se faz referência a fatos sociais subjacentes. Isso é, em certo sentido, um corolário da hermenêutica de Hart, pois, se fenômenos e conceitos normativos são inteligíveis apenas por referência ao ponto de vista interno, que informa todos os fenômenos distintamente sociais, então, a análise jurisprudencial que omite toda referência a fatos sociais deve ser equivocada. A rejeição de Hart à ‘teoria pura’ manifesta-se em muitos níveis” (Hacker, 1977, p. 10, grifos do autor).

concepção puramente formal de norma. Por essas características díspares entre Hart e Kelsen, sustentamos haver um giro linguístico²⁰⁷ na teoria do Direito do primeiro e não haver na do segundo. Claro que isso não era um objetivo de Kelsen, e talvez conscientemente não tenha sido o de Hart, mas utilizamos a comparação como princípio heurístico, bem como pela grande importância de Kelsen na história da Teoria do Direito. Portanto, dado o contexto que nos trouxe até aqui, parece-nos que as análises do compartilhamento de padrões para crítica dos comportamentos, desde o método linguístico, justificam mencionarmos um giro linguístico na teoria do Direito de Hart. Brian Bix, porém, em um relevante artigo, refere haver um “giro hermenêutico” nessa teoria. Faremos uma exposição de seus argumentos, visando a sedimentar as análises anteriores da noção de “perspectiva interna”, explicitando o que ele significou com a expressão “giro hermenêutico na teoria do Direito de Hart” (o que não parece excluir a verificação de um giro linguístico).

4.3 HART E O GIRO HERMENÊUTICO NA TEORIA DO DIREITO: DIÁLOGO COM BRIAN BIX²⁰⁸

Neste tópico, apresentaremos alguns argumentos de Bix (1999), no artigo “H. L. A. Hart and the Hermenutic Turn in Legal Theory”, mostrando algumas questões que a obra de Hart introduziu, bem como projetando futuros desdobramentos teóricos da presente pesquisa. A nossa exegese será guiada, no que tange ao conteúdo, para explicação do que Bix (1999) quer dizer com a expressão “giro hermenêutico” e da sua relação com o seguimento de regras na teoria do Direito de Hart; portanto, esse será o nosso foco na análise do artigo (visando a sedimentar alguns conceitos trabalhados no tópico sobre “regras sociais”). Com relação ao critério de abordagem do texto, tentaremos nos manter fiéis aos argumentos do autor, descrevendo-os sem pressuposições, afora referências às ideias (de Hart) que já tenhamos mencionado. Portanto, descreveremos as noções o mais próximo possível de como foram delineadas.

²⁰⁷ “[...] os trabalhos mais importantes de H. L. A. Hart marcam a incorporação da agenda de discussões filosóficas acerca da linguagem na Teoria do Direito. Nesse sentido, ele é uma espécie de introdutor da chamada ‘virada linguística’ na teoria e filosofia do Direito” (Macedo Junior, 2013, p. 203).

²⁰⁸ Bix (1999, p. 167-199).

4.3.1 Hart e o giro hermenêutico (argumentos de Bix)

O artigo de Bix (1999) principia referindo que uma das principais colaborações de Hart para o desenvolvimento conceitual da Teoria do Direito foi a introdução da perspectiva do participante em uma teoria jurídica descritiva. Ao mencionar esse aspecto, faz referência ao “ponto de vista interno” e ao “aspecto interno” das regras. O ponto de vista interno, nos termos de Bix, indica um “giro hermenêutico” na Teoria do Direito (Bix, 1999).

Bix (1999) observa que a teoria do Direito de Hart é uma “resposta hermenêutica” às teorias que reduziram o fenômeno jurídico a um “tipo fundacional básico”. O objetivo principal do seu escrito, portanto, será descrever essa resposta (Bix, 1999). Hart estruturou a sua teoria considerando que as regras não são todas de um mesmo tipo, como também que cumprem funções diferentes na sistemática jurídica e na vida dos indivíduos. A redução das regras a um tipo implicaria problemas para descrever o funcionamento e a percepção da ordem jurídica pelas pessoas²⁰⁹ (Bix, 1999). Claro, está em jogo, aqui, a concepção hartiana de regras primárias e de regras secundárias, ou, em outros termos, de regras que impõem deveres e de regras que conferem poderes. Assim, o modo como as pessoas vivenciam o Direito na prática é um aspecto decisivo para a refutação das teorias empírico-científicas do Direito, que reduziram o fenômeno jurídico, em uma de suas instâncias, ao comando do soberano (obediência habitual) (Bix, 1999).

Então, Bix (1999) passa a abordar a importância de se acrescentar uma perspectiva interna à Teoria do Direito. A abordagem científica não conseguirá abarcar muitos de seus aspectos, mesmo enfatizando fatos, que se constituem como elementos mais acessíveis à verificação. Dessa forma, deve-se incluir o modo como os participantes de sistemas jurídicos têm a sua conduta governada por regras (Bix, 1999). O autor menciona a distinção entre hábitos e regras, que trabalham outrora. No horizonte dessa diferenciação, a noção de regra estabelece que, ao seguirmos uma regra, ela se constitui como explicação ou justificação a um possível

²⁰⁹ Aqui, Bix (1999) faz uma nota importante, comparando a (tentativa de) não redução do fenômeno jurídico hartiano à crítica de Wittgenstein à “teoria referencial do sentido” (redução da linguagem ao modelo “objeto-designação”): “Nota 19: Não muito tempo antes de Hart, Wittgenstein introduziu um argumento similar na área da filosofia da linguagem: tratar de reduzir a linguagem e o significado a um tipo simples de fenômeno não captura os diferentes papéis que os enunciados desempenham em diferentes contextos (diferentes ‘jogos de linguagem’). Ver “LUDWIG WITTGENSTEIN, PHILOSOPHICAL INVESTIGATIONS, §§ 1-65 (3d ed., G. E. M. Anscombe trans., 1958)” (Bix, 1999, p. 171, grifos do autor).

questionamento sobre a nossa conduta. Além disso, ela é também o fundamento da crítica que se estabelece quando da sua violação. Essa explicação revela o “aspecto interno das regras”, segundo Hart (Bix, 1999). Por outro lado, as observações externas não são suficientes para a descrição dos significados de uma conduta social. Hart estabelece que se deve acrescentar a atitude para as próprias condutas dos participantes de sistemas sociais. A distinção entre hábitos e regras, nesse contexto, remete à diferenciação entre o ponto de vista do observador, que é externo, e o ponto de vista daquele que aceita as regras e as usa como guia da conduta, o ponto de vista interno (Bix, 1999).

O mesmo autor faz uma referência a algo que expusemos no tópico sobre regras primárias: a distinção entre se sentir obrigado e ter uma obrigação. Desde o ponto de vista externo, é opaca a distinção entre aqueles que agem porque se sentem obrigados (temor à sanção) e aqueles que o fazem porque há uma regra determinando (Bix, 1999). Bix (1999) cita como exemplo alguém que quer estacionar o carro, e não o faz na vaga para idosos; perguntado por que não estacionou lá, já que naquele contexto a probabilidade de ser descoberto era pequena, a pessoa poderia responder: ‘porque a lei assim o determina’. Nesse caso, a regra é uma razão para a ação e não (apenas) a sanção (Bix, 1999). Ele observa que Hart não se volta para os aspectos psicológicos das ações dos cidadãos e funcionários - o que importa, para ele, desde o seguimento das regras, é que as pessoas tratem as regras como regras, isto é, como guia para as suas condutas e fundamento das críticas às condutas desviantes (Bix, 1999). O autor passa, então, a tratar da perspectiva interna como “hermenêutica”. É recomendável que uma teoria social não retrate apenas fatos sociais, mas também abarque a compreensão que os participantes têm desses fatos, esclarecendo, preliminarmente, que

a abordagem de Hart, com sua ênfase no aspecto interno das regras e do Direito, é ‘hermenêutica’ no sentido de que busca compreender uma prática de modo que leve em consideração a forma como a prática é percebida por seus participantes. Ao estudar o mundo físico, uma teoria que consiga explicar adequadamente os movimentos dos objetos ou suas mudanças, ou prever movimentos e mudanças futuras, é uma teoria bem-sucedida. Porém, as ações dentro das práticas sociais têm um elemento adicional: as ações são realizadas com intenção e propósito. Os participantes refletem sobre suas ações (Bix, 1999, p. 176, grifo do autor).

Nesse contexto da perspectiva dos participantes, Bix (1999) rememora que, para Hart, a existência do sistema jurídico tem duas condições: que os cidadãos obedeçam à maioria das regras do sistema e que os funcionários “aceitem” (perspectiva interna) as regras secundárias desse mesmo sistema. Ele não deixa de advertir que Hart não exige como requisito que todos ou a maioria tenha uma perspectiva interna das regras, sendo suficiente que haja “obediência geral” (Bix, 1999).

O autor introduz a relação entre aspectos internos e neutralidade moral. Há uma preocupação hartiana de que a incorporação do ponto de vista interno à teoria implique adesão aos valores ligados a essa perspectiva. Ele aponta que, segundo Hart, os teóricos do Direito podem seguir sustentando que seus trabalhos descritivos são moralmente neutros, à medida que não há necessidade de se aceitar o sistema jurídico que se descreve. Tampouco se precisa estar em conformidade com quem vê ao sistema como moralmente obrigatório, afinal, a função que desempenha o teórico é a de um comentador (Bix, 1999). Portanto, um teórico dos sistemas jurídicos modernos, segundo Hart, pode descrever a aceitação de padrões sociais pelo grupo sem os subscrever. Bix (1999) critica Hart por certa imprecisão na distinção entre ponto de vista “interno” e “externo” acerca das regras. Hart utiliza o termo “externo”, segundo o teórico, ora referindo-se à “distância física”, ora para analisar condutas, além de utilizá-lo, também, como “atitude para regras ou sistema em questão”. Ele expõe que as noções de “interno” e “externo” revestem-se de grande importância, desde a ideia de Hart de que a Teoria do Direito deve assumir a perspectiva interna (Bix, 1999).

O “ponto de vista interno” é geralmente aceito pelos críticos de Hart, isto é, há acordo quanto à valorosa incorporação na Teoria do Direito da perspectiva interna dos participantes. (Bix, 1999) Segundo Bix (1999), o desacordo repousa em dois pontos: a) no fato de a perspectiva dos participantes ensejar um lugar mais central na teoria de Hart; b) pela teoria jurídica de Hart excluir teses que a dispõem como meramente descritiva e/ou segundo as quais “o Direito pode ser conceitualmente separado da moral” (Bix, 1999). É válido lembrar que o contexto teórico de Hart, de seus críticos e de seus comentadores é o da análise conceitual. Bix (1999) aponta que há certas peculiaridades na aplicação desse tipo de análise, quando dirigida a práticas sociais. Nesse contexto, pode-se perguntar: faz sentido elaborar uma teoria geral do Direito? Assumindo-se a posição de que deve haver uma teoria geral do

Direito, pode-se estar pressupondo que haja uma essência comum, ou aspectos partilhados por uma diversidade de sistemas e instituições, por meio da história, em diferentes grupos sociais (Bix, 1999). Porém, um cético poderia argumentar que o Direito não é uma “classe natural”, ou seja, não tem sentido criar uma teoria do Direito; e que qualquer tese que se pretendesse verdadeira, em todos os sistemas ao longo da história, seria tão geral, que não ensinaria interesse. O autor indaga, ainda: em que medida uma teoria geral do Direito, como análise conceitual, deve basear-se “na observação (quase) científica das práticas concretas?”. A ideia do autor é concentrar-se na explicação da noção de perspectiva interna, ou se a abordagem hartiana é adequada, mas sem deixar de abordar essas circunstâncias também elencadas (Bix, 1999).

No contexto dos dois aspectos críticos da perspectiva interna mencionados acima, “lugar central na teoria” e “teoria descritiva não subscrevendo valores”, Bix (1999) faz referência a refinamentos teóricos que alguns autores teceram sobre o tema. É importante realçar que o autor delinea esses comentários de forma quase introdutória, à medida que o esforço teórico deve concentrar-se no conceito de perspectiva interna e na adequação da abordagem de Hart (Bix, 1999).

O primeiro teórico do Direito mencionado é Raz. Segundo Bix (1999), a tentativa de Raz é esclarecer o modo no qual alguém pode discutir um ponto de vista normativo, sem subscrever simultaneamente as exigências normativas envolvidas (Bix, 1999). Raz²¹⁰ apresenta uma distinção entre dois tipos de enunciados sobre o Direito: i) os realizados por quem acredita na validade do ponto de vista jurídico; ii) os que versam sobre as atitudes e crenças dos indivíduos em relação às normas. Eles correspondem, respectivamente, aos pontos de vista interno e externo de Hart. A tese de Raz sustenta que os enunciados normativos acerca do Direito aparentemente não se enquadram nas categorias de ponto de vista interno ou externo; ou seja, proposições de “dever” referidas a regras jurídicas, sem adesão a tais regras. Raz classifica essas proposições como realizadas desde um “ponto de vista jurídico”. Bix (1999) cita como exemplo as proposições que geralmente os advogados fazem aos seus clientes, que não necessitam que se acredite na ideia de que o Direito cria obrigações morais, mas que, mesmo assim, podem ser informativas, no que se referem ao intuito dos clientes de permanecerem

²¹⁰ “Nota 75: JOSEPH RAZ, PRACTICAL REASON AND NORMS 171-72 (1990) (ênfase adicionada)” (Bix, 1999, p. 183, grifos do autor).

dentro da lei. Portanto, “tais declarações pressupõem a existência de um sistema normativo, mas não o aceitam expressa ou implicitamente como vinculativo para o falante” (Bix, 1999, p. 184).

Outro refinamento teórico sobre a perspectiva interna é o proposto por Finnis, em seu “Natural law and Natural Rights”. Ele sugere uma correção à proposta de Hart. Bix observa que Finnis chega ao ponto de vista interno “desde uma direção diferente, como resposta a um conjunto diferente de problemas” (Bix, 1999). Finnis está preocupado em elucidar como fazer uma teoria descritiva do Direito, já que o termo “Direito” nomeia diversas práticas sociais distintas. Finnis não compartilha a abordagem de Kelsen, que sustenta que as variadas formas de Direito são passíveis de descrição, desde que apontem para a essência comum a todas elas (Bix, 1999). Ao invés de buscar o “mínimo denominador comum”, Finnis sustenta que uma explicação deveria focar o “caso central”. De acordo com ele, o papel da perspectiva interna é auxiliar a demarcar o “caso focal” e os “casos periféricos”, ao se analisar a variedade de sistemas sociais. Nesse contexto, o ponto de vista interno ajuda a manifestar o que é importante e significativo no sistema jurídico, resultando no estabelecimento dos sentidos centrais e periféricos de “Direito” (Bix, 1999). O autor identifica dois problemas na teoria de Hart: i) uma variedade de pontos de vista diferentes; ii) razões para se escolher alguns pontos de vista em detrimento de outros. Sobre “i”, Hart não diferencia aqueles que usam as regras “por cálculos de interesse a longo prazo”, “em um interesse desinteressado nos outros”, “em uma atitude irreflexiva tradicional” etc (Bix, 1999). Para Finnis, não se pode tratar como casos iguais pontos de vista que têm significados diferentes. Ele sugere duas distinções à teoria hartiana:

- (1) preferir o ponto de vista daqueles que seguem o Direito (‘no qual a obrigação jurídica é tratada como, ao menos presumivelmente, uma obrigação moral’), porque ‘o estabelecimento e a manutenção da ordem jurídica... [separada de outras práticas e instituições sociais] são considerados um ideal moral, senão uma demanda imperiosa de justiça...’, em contraste com aqueles que adotam um ponto de vista interno por outras razões (menores); (2) preferir o ponto de vista daqueles que são ‘razoáveis no âmbito prático’ (isto é, bons avaliadores em questões morais) (Bix, 1999, p. 185-186, grifos do autor).

O escrito de Bix (1999), subsequentemente, passa a analisar certas ideias de Hill e Perry acerca da relação entre aspecto interno e metodologia teórica. Segundo

Hill²¹¹, a posição metodológica de Hart é um “compromisso instável” entre a via empírico-científica das ciências sociais e a via hermenêutica (“abordagem *Verstehen*”), sustentada por Winch. À luz da “abordagem *Verstehen*”, os diferentes grupos sociais apresentam valores diferentes, além de distintas formas de organizar as “observações, percepções e experiências”. Desse modo, para entender outra comunidade, é preciso introduzir-se na sua forma de vida particular e compreensiva (Bix, 1999). Bix observa algo que já destacamos: a influência de Winch na formação da perspectiva interna de Hart. Há uma dupla importância da “abordagem *Verstehen*” (Winch) para a teoria de Hart:

(1) só podemos compreender o comportamento normativo, incluindo o direito, compreendendo o funcionamento das regras; (2) parte da compreensão das regras consiste em compreender o aspecto interno das regras, a atitude reflexiva que os grupos têm em relação às regras aceitas como vinculantes para o grupo [...] (Bix, 1999, p. 187).

Hill aponta uma terceira importância da “abordagem *Verstehen*” de Winch para Hart, isto é, que entender as crenças dos participantes, ou seja, suas perspectivas internas sobre o sistema jurídico, exige subscrevê-las. Esse ponto é controverso, pois Hart não o referendou. As suas manifestações, geralmente, indicam que considerar o ponto de vista interno dos participantes não enseja compromisso do investigador (Bix, 1999). Bix (1999) ressalta que a controvérsia sobre esse aspecto envolve ainda a descrição do que implica a posição de Hart (segundo Hill, outras posições de Hart conduzem a esse terceiro ponto), além de tocar o tema da real condição da teoria social (há autores que discordam da opinião de que não se pode criticar valores e práticas de outro grupo social) (Bix, 1999).

Segundo Bix (1999), a descrição de Hill muda provisoriamente o foco de atenção da perspectiva do participante para a perspectiva do teórico-social. Seu objetivo é explicitar que para a elaboração de uma teoria do Direito, deve-se considerar a perspectiva usada para coletar os dados das ciências sociais, como também a perspectiva usada na sua avaliação (Bix, 1999). A crítica de Hill a Hart dirige-se ao fato de Hart centrar sua atenção apenas na segunda perspectiva. Hill solicita que descartemos, momentaneamente, o exame das nossas informações acerca de nosso próprio sistema jurídico. Nesse caso, portamos um ponto de vista

²¹¹ “Nota 12: [...] Ver, e.g., H. Hamner Hill, H.L.A. Hart’s Hermeneutic Positivism: On Some Methodological Difficulties in THE CONCEPT OF LAW, 3 CAN. J. LAW & JURIS. 113, 118-19 (1990)” (Bix, 1999, p. 170, grifos do autor).

interno conosco, pois as nossas experiências fornecem o conhecimento de nosso sistema (Bix, 1999). Assim, um teórico do Direito que está trabalhando com um sistema não familiar deverá dar conta de como ele funciona para os participantes, ou seja, de como é percebido por eles. Há duas possibilidades para tal. A primeira, segundo Hill, revela que seria suficiente registrar as regularidades de conduta e considerar as informações dos participantes acerca de suas atitudes, crenças e valores (Bix, 1999). Isso abalaria a crítica de Hart de que um observador externo de fatos empíricos estaria em condições de explicar a conduta normativa. A teoria de J. Austin, criticada por Hart pelo seu reducionismo, não estaria habilitada a realizar essa tarefa, pois não agrega as motivações e atitudes dos participantes; todavia, uma teoria fática mais sofisticada estaria habilitada para a tarefa. A outra possibilidade seria o teórico colocar-se no lugar do participante, participar nas condutas, “pertencer”, enquanto aceitação do modo em que se realizam as coisas (Bix, 1999). Bix projeta implicações da análise de Hill, afirmando:

em outras palavras, não há meio termo, pelo menos na coleta de dados: basta ser um observador externo, capaz de capturar e explicar o comportamento normativo em termos empíricos, sem perdas; ou é preciso recorrer à atuação como um participante pleno, ou seja, alguém que aceita as regras e os valores como válidos e vinculantes. O propósito de Hill no artigo não é dizer que qualquer uma das abordagens seja válida; em vez disso, o ponto de Hill é enfatizar que Hart tentou, sem sucesso, manter uma posição intermediária onde nenhuma posição intermediária era possível. À medida que se aceita a ênfase de Hart, no ponto de vista interno, ao explicar a normatividade, então se deve aceitar uma abordagem *Verstehen* semelhante à de Winch (Bix, 1999, p. 188-189, grifo do autor).

Então, Bix (1999) passa a analisar alguns argumentos de Perry²¹². Perry diz que Hart não consegue oferecer uma teoria do Direito descritiva e moralmente neutra. Bix delineia que Perry enfatiza algo que ele também mencionou, isto é, uma “confusão” de Hart no uso das expressões “interno” ou “externo”. Essa ambiguidade implica uma condição para que a teoria do Direito desenvolva-se desde o ponto de vista interno: há alguns pontos de vista internos disponíveis e, primeiramente, deve-se escolher um deles (escolha que não é moralmente neutra, segundo Perry) (Bix, 1999). Perry argumenta por um ponto de vista de alguém que quando obedece ao

²¹² “Nota 28: [...] Ver Stephen R. Perry, Interpretation and Methodology in Legal Theory, in LAW AND INTERPRETATION 97, 108-09 (Andrei Marmor ed., 1995)” (Bix, 1999, p. 174, grifos do autor).

Direito obedece apenas por temor à sanção. Essa é a figura do “homem mau”, de Holmes. De acordo com Bix (1999), Perry propõe que a perspectiva do homem mau de Holmes constitua-se como uma forma de “perspectiva prudencial”, abordagem que a teoria de Hart não pode oferecer (Bix, 1999). Hart quer afastar esse ponto de vista, mas proceder assim seria incorrer em uma avaliação, algo que o tornaria infiel ao seu programa de uma teoria do Direito puramente descritiva. O ponto de vista do homem mau de Holmes é também um ponto de vista interno, segundo Perry. O homem mau e os que creem verdadeiramente no Direito o aceitam, no sentido de que o utilizam como “fonte de razões para a ação” (Bix, 1999).

Segundo a leitura de Perry, Hart foca na perspectiva interna devido à necessidade de explicação da “natureza normativa do Direito”, ou seja, de que ele nos oferece razões para a ação. Centrando-se no modo como o Direito pode fornecer razões para a ação das pessoas, bem como na ideia de que tanto o homem mau quanto o verdadeiro crente acreditam que o Direito as fornece, Perry indaga: qual a justificativa de Hart para escolher um desses pontos de vista como a base da teoria jurídica?

A conclusão de Perry é que a abordagem de Hart do Direito só pode ser favorecida em relação à abordagem prudencial se, primeiramente, argumentar-se a favor de um tipo de perspectiva interna em detrimento de outra, de um tipo de razão para a ação em detrimento de outra. Esse tipo de escolha, no entanto, insiste Perry, requer uma escolha entre diferentes concepções do Direito e de suas funções. Ou seja, o teórico deve oferecer um argumento moral para uma concepção do propósito do Direito em detrimento de outra (a concepção que corresponde à teoria de Hart em detrimento da concepção que corresponde à perspectiva prudencial de Holmes, [...]) (Bix, 1999, p. 191).

No que se refere à explicação da normatividade, boa parte das disputas teóricas entre os comentadores de Hart originam-se de divergências quanto a essa explicação, segundo Bix. Uma parte da prática jurídica, enquanto é vivenciada por seus participantes, vincula-se ao fato de o Direito fornecer razões para a ação de funcionários e demais cidadãos, e, entre esses, os que aceitam o Direito percebem-no como conferindo essas razões (Bix, 1999). Bix não deixa de observar que a expressão “explicar a normatividade” soa como uma estranha combinação entre descrição e avaliação, em que se tenta abordar de modo neutro uma atividade que é antípoda à descrição. O autor afirma que as dificuldades que decorrem da tentativa

de explicação da normatividade conduziram alguns comentadores a declarar que esse aspecto não integra a teoria de Hart. Outros teóricos defenderam que, independentemente do passado do positivismo jurídico, a tarefa de explicar a normatividade desde a perspectiva interna não deve ter assento em suas projeções futuras (Bix, 1999). Nas páginas derradeiras do artigo, Bix (1999) menciona algo importante em nosso contexto argumentativo, ou seja, a posição hermenêutica básica de Hart, de que o ponto de vista do participante deve ser considerado, pelo menos o suficiente para distinguir hábitos de regras e ser obrigado a agir sob uma obrigação (Bix, 1999).

Em síntese, o artigo de Bix (1999) destaca uma das principais colaborações de Hart para a Teoria do Direito, isto é, a introdução da perspectiva do participante na base metodológica. O ponto de vista interno compreende a percepção que os participantes de sistemas sociais têm de seu próprio comportamento e, desse modo, motiva Bix a descrever a “abordagem hermenêutica” de Hart. A perspectiva interna articula-se desde o modo como os participantes de sistemas jurídicos têm a sua conduta guiada por regras. O nosso foco na perspectiva interna é este: a sua manifestação enquanto seguimento de regras. A relevância da introdução do ponto de vista interno na Teoria do Direito, conforme mostrou a primeira parte do texto de Bix, é quase pacífica entre os comentadores. No próximo tópico, teceremos breves comentários sobre a referida primeira parte do artigo, bem como projetaremos futuros desdobramentos científicos desta pesquisa, desde as posições teóricas críticas ao texto de Hart (recolocando perguntas, ao invés de fornecendo respostas precárias; nosso eixo, aqui, é o seguimento de regras como uma noção que influenciou o critério metodológico de Hart).

4.3.2 Hart: um giro linguístico na teoria do direito

A primeira parte do artigo de Bix (1999) deixa um legado importante para o presente estudo, isto é, que o seguimento de regras como introdução da perspectiva interna na Teoria do Direito é uma resposta hermenêutica de Hart às teorias redutoras do fenômeno jurídico. O seguimento de regras remete ao funcionamento do sistema jurídico, além de manifestar como ele é experimentado pelos seus participantes. Afinal, uma teoria do direito que dê conta desse aspecto, em princípio,

deve ser melhor do que uma teoria que passe por alto pela percepção das próprias ações dos participantes ao seguirem regras (Bix, 1999; Hart, 2001).

Está em questão, aqui, a diferença entre hábitos e regras, isto é, entre o que meramente fazemos e o que fazemos guiados por uma regra. Seguir uma regra significa usá-la como fundamento para nossas ações, principalmente se indagados pelo comportamento havido. Além disso, as regras são utilizadas para crítica às violações. Assim como já foi delineado, esse é o “aspecto interno” das regras, e ele estabelece a consideração dos seus casos de aplicação na noção de regra jurídica (Hart, 2001). Um observador externo capta apenas movimentos regulares físicos, e isso não é suficiente para explicar aspectos significativos da conduta social. O seguimento de regras enquanto atitude dos participantes para a própria conduta trata-se de um melhor critério para descrever a ação humana. Nesse contexto, aparece a diferenciação hartiana entre “ponto de vista externo” (que se preocupa com as regras como possíveis fontes de punição) e “ponto de vista interno”, que guia a conduta desde as regras (Bix, 1999; Hart, 2001).

Então, por que Bix (1999) menciona a perspectiva interna como “hermenêutica”? A resposta para essa indagação passa pela ideia de compreensão, ou seja, compreender como a prática do Direito é percebida pelas pessoas. Nas práticas sociais, as ações dos indivíduos têm intenções e propósitos, as pessoas pensam sobre o que estão fazendo (Bix, 1999). Voltando à atenção para o ponto de vista externo, Bix observou que há variações no sentido de “externo” na teoria de Hart. Esse é um tema que merece um estudo específico, dada à complexidade das questões envolvidas. Quando analisamos o conceito no texto hartiano, não nos pareceu ambíguo, talvez, porque Hart frequentemente posicione bem o contexto de utilização das expressões. Entretanto, essa é uma impressão provisória que, como dissemos, carece de análises mais detidas.

Enfim, vimos nesta primeira parte do artigo algumas relações conceituais importantes no contexto desta tese. Primeiro, que o giro hermenêutico de Hart é uma resposta às teorias que reduziram o Direito a um “tipo fundacional básico”, e que essa resposta passou pela introdução da perspectiva do participante na Teoria do Direito, afinal,

[...] grande parte da discussão crítica do trabalho de Hart (seja oferecido como emenda amigável ou como alternativa concorrente) tende a aceitar o ponto principal da abordagem de Hart: a teoria

jurídica precisa ser construída em torno, ou pelo menos incorporar a perspectiva interna dos participantes (Bix, 1999, p. 181).

O ponto de vista interno remete ao seguimento de regras e, portanto, à distinção entre hábitos e regras. A aceitação ou atitude crítico-reflexiva é o que distingue o seguimento de regras da mera habitualidade regular. A compreensão da “aceitação” das regras manifesta a “abordagem hermenêutica” de Hart (como as pessoas percebem a sua ação de seguir regras), lembrando que as regras articulam-se como sendo padrões compartilhados para crítica dos comportamentos. A atitude crítico-reflexiva demonstra que, em alguma medida, os padrões são constituídos pela linguagem. Nesse contexto, temos uma razão para Hart empregar o método linguístico na construção da sua teoria do Direito. A conjunção de método e padrões, à luz do desenvolvimento da “gramática das regras jurídicas”, indica um giro linguístico na teoria do Direito de Hart.

Nesta investigação, voltamos a nossa atenção para a influência do seguimento de regras no desenvolvimento da teoria de Hart, ou seja, focando no caminho que conduziu até Hart (“pré-Hart”) e no próprio autor (“The Concept of Law”). Essa opção teórica decorreu de dois aspectos. Primeiro, a escassa literatura (teses e livros) sobre o autor no Brasil, sobretudo, no que toca à parte construtiva da teoria das regras (centrada especialmente no texto de Hart). Assim, um dos nossos objetivos foi fixar algumas noções importantes no contexto hartiano, para que, posteriormente, possamos assumir os ganhos desta pesquisa como uma espécie de condição de acesso às críticas que lhe foram dirigidas. Portanto, demarcamos os conceitos básicos que serão futuramente a referência para possíveis críticas, no contexto dos desdobramentos científicos deste trabalho. Foi nesse horizonte que trouxemos à baila a segunda parte do artigo de Bix. Se a nossa ideia inicial era focar (apenas) na primeira parte do texto, visando a retomar e fixar as noções trabalhadas alhures, na segunda parte elencaram-se introdutoriamente certas questões, que projetam complexos debates a serem estudados em breve (complexidade que implica que se faça(m) pesquisa(s) específica(s) sobre os pontos). Assim sendo, teceremos rápidos comentários acerca da segunda parte do artigo de Bix, mais no sentido de levantar questões que articulem os desenvolvimentos futuros do que manifestar alguma posição precária sobre o tema, pois ainda é carente dos melhores fundamentos. Então, passemos à segunda parte do artigo de Bix.

Acerca da posição de Raz, o texto declara que ele (Raz) buscou articular um modo de discutir um ponto de vista normativo sem subscrever as exigências normativas envolvidas. Assim como vimos, Raz apresenta uma distinção entre dois tipos de enunciados normativos sobre o Direito, equiparando-os aos pontos de vista interno e externo de Hart. Raz descreve esses enunciados como realizados desde um “ponto de vista jurídico” (conforme o exemplo, antes citado, do advogado que aconselha o seu cliente a ficar dentro da lei) (Bix, 1999). Segundo Bix, Raz menciona que essa terceira classe de enunciado está relacionada aos tipos básicos de Hart, embora não se identifique com eles. Deve-se perguntar, assim: quais são essas relações e, principalmente, no que se distingue o “ponto de vista jurídico” de Raz do “ponto de vista externo não extremo” de Hart? O texto de Bix faz referência à tentativa de Raz de não subscrever as normas ao descrevê-las internamente. No entanto, manter a neutralidade do teórico ao descrever a aceitação do Direito é um ponto que merecerá maior atenção, devido às controvérsias conceituais que suscita. Passemos, agora, às observações de Finnis.

Finnis propõe uma correção à perspectiva interna de Hart. O horizonte em que Finnis coloca a perspectiva interna é o do estabelecimento do caso central do Direito, pois ela orienta o que é significativo e importante no contexto jurídico, distinguindo os sentidos centrais e periféricos de “Direito” (Bix, 1999). Segundo Finnis, há diversos pontos de vista internos disponíveis, e Hart não os diferencia (não distingue os motivos da aceitação). O autor sustenta que se deve escolher o ponto de vista interno apoiado em razões morais, pois se constituem como razões mais importantes do que as outras. Além disso, devem-se preferir os “bons avaliadores em questões morais” (portanto, duas correções à teoria hartiana) (Bix, 1999). Dessa forma, é auspicioso perguntar: as escolhas de Finnis não fariam com que a perspectiva interna de Hart transpassasse a neutralidade moral? O projeto positivista hartiano (descrição moralmente neutra) não restaria desfigurado em seus pilares? Outro aspecto que se deverá perscrutar, visando a possíveis desdobramentos científicos, é que parece problemática a determinação de quem seriam os “bons avaliadores em questões morais” (caráter difuso da moral). Vejamos, abaixo, as questões abertas pelas observações de Hamner Hill.

Hill desloca o foco da perspectiva do participante para a perspectiva do teórico. Essa última caracteriza-se pelo ponto de vista externo não extremo (Hart), assim como delineamos antes. Dessa forma, substitui-se a ênfase na compreensão

da percepção que os participantes têm de suas ações, centrando-se na perspectiva do teórico, que efetivamente é quem coleta os dados (Bix, 1999). Segundo Hill, há apenas duas possibilidades de um teórico do Direito lidar com um sistema jurídico que lhe é estranho, isto é, explicitar como esse sistema de normas é percebido pelos seus participantes. A primeira indica que o teórico seja um “bom observador”, capaz de captar a regularidade das condutas, atitudes, crenças e valores dos participantes (segundo Hill, uma teoria baseada em fatos, mas que seja mais sofisticada que a de Austin, poderia cumprir com essa tarefa) (Bix, 1999). A outra opção seria o teórico colocar-se no lugar do participante, pertencer, “participar com sentido pleno nas condutas” (Bix, 1999). Portanto, segundo Hill, não há via intermediária possível, tal como a teoria de Hart está estruturada (Bix, 1999). A primeira questão que se coloca é saber no que se distingue o ponto de vista externo não extremo (Hart) do ponto de vista do teórico que é um “bom observador” de Hill. Aliás, o que seria uma “teoria sofisticada baseada em fatos”, e como se estruturam os elementos que devem estar presentes para que haja teorias mais sofisticadas do que as teorias fáticas tradicionais? Há relação entre as variações do ponto de vista externo e a impossibilidade de uma via intermediária, conforme Hill? Afinal, por que é inviável a descrição de uma perspectiva interna não comprometida? Enfim, essas serão abordagens que guiarão futuras reflexões após o presente trabalho. Então, projetemos agora as nossas questões derradeiras, de acordo com as ponderações de Perry.

Segundo Perry, a teoria do Direito deve ser desenvolvida desde a perspectiva interna (não externa enquanto não comprometida). Entretanto, Perry destaca haver “ambiguidade” e “confusão” na maneira com que Hart usa os termos “interno” e “externo”. Essa ambiguidade, no que se refere ao termo “interno”, implica ter de se fazer uma opção moralmente comprometida entre os pontos de vista internos disponíveis (Bix, 1999). Perry sugere uma perspectiva interna desde o “homem mau” de Holmes, que aceita o Direito apenas por temor à sanção (uma espécie de “razões prudenciais”). Ele aceita o Direito, tal como os demais aceitantes, pois utiliza-o como “fonte de razões para a ação”. Perry lê a teoria de Hart como centrando a atenção no ponto de vista interno, uma vez que deve explicar a “natureza normativa do Direito”, isto é, a circunstância de o Direito fornecer razões para a ação (Bix, 1999). A posição desse sujeito que age por razões prudenciais situa-se entre o ponto de vista interno dos verdadeiros aceitantes e o ponto de vista externo extremo de um

observador não comprometido. Portanto, segundo Perry, Hart faz uma escolha avaliativa em sua teoria descritiva do Direito, ao optar por um tipo de perspectiva interna em detrimento da outra (escolha moralmente comprometida) (Bix, 1999). A primeira questão que desponta relaciona-se a uma afirmação do próprio Bix, de que a teoria de Hart em uma leitura menos ambiciosa, mas também menos problemática, articula-se como uma teoria social descritiva ao invés de uma teoria da obrigação (o que não significa que Hart não tenha nada a dizer sobre a obrigação jurídica) (Bix, 1999). Dessa forma, pergunta-se: qual é o papel das regras secundárias na construção de uma teoria descritiva do Direito, tendo-se em vista ser uma teoria da obrigação que aparentemente foca nas regras de conduta? As regras secundárias apontam para uma leitura (da teoria de Hart) menos ambiciosa do que a de Perry? Existe apenas o ponto de vista interno do sujeito que age por razões prudenciais de Perry, entre o ponto de vista externo extremo e o ponto de vista interno dos verdadeiros aceitantes? Qual é a distinção entre o ponto de vista interno de quem age por razões prudenciais (Perry) e o ponto de vista externo não extremo de Hart?

Enfim, esses desenvolvimentos pós-Hart sobre a introdução da perspectiva interna na Teoria do Direito configuram-se como uma complexa rede de conceitos. Nos casos acima apresentados, relacionam a ideia de perspectiva interna com a ocorrência ou não da subscrição dos valores pelo teórico do Direito (a descrição da perspectiva interna pode ser moralmente neutra?). Em conexão com esses pontos, abordam questões de articulação da Teoria do Direito como teoria social descritiva. Esses serão possíveis desdobramentos teóricos que, assentada a “gramática das regras jurídicas” hartiana, estaremos em condições de futuramente enfrentar.

Antes de encerrarmos este tópico, cabe mencionar um último aspecto de cunho terminológico sobre o giro linguístico na teoria do direito de Hart. Bix mencionou que Hart promoveu um “giro hermenêutico” na Teoria do Direito, desde a “abordagem hermenêutica” que está na base da sua teoria. Convencionou-se denominar a “tradição hermenêutica” no século XX como uma corrente teórica que também constitui o giro linguístico, verificado após a sua primeira manifestação de índole sintático-semântica. A dimensão prática do ambiente hermenêutico também manifesta a linguagem como elemento fundamental em suas explicações. Portanto, não apenas as raízes na filosofia da linguagem, mas também a abordagem hermenêutica remete a um giro linguístico na teoria do Direito de Hart.

5 CONCLUSÃO

A Teoria do Direito de Hart, expressa em sua obra principal, é desenvolvida a partir do método linguístico. O autor estabeleceu uma análise linguístico-descritiva dos sentidos da prática social de uso das regras, que constituem o conceito de Direito. A literatura secundária costuma referir que a Teoria do Direito de Hart promoveu um giro linguístico em sua abordagem. A partir disso, questionou-se como evidenciar esse giro linguístico, ou seja, como estruturar o vínculo entre o método linguístico hartiano e a verificação do giro linguístico em sua Teoria do Direito. Ao responder a essa indagação, esta investigação chega a algumas considerações conclusivas, que elencamos abaixo.

1. O método linguístico de Hart articula-se desde duas noções fundamentais, isto é, a noção de critério metodológico e a noção de regra. Essas noções estão diretamente relacionadas. O critério metodológico de Hart indica uma herança conceitual de Wittgenstein e Winch sobre a formulação hartiana. O critério aponta que ao analisarmos regras sociais, devemos distingui-las entre o seu aspecto interno e o seu aspecto externo, bem como entre o ponto de vista interno e externo na consideração sobre regras. O ponto de vista interno ou aceitação das regras (atitude crítico-reflexiva) vincula-se à prática social do seguimento de regras. E, devido às regras jurídicas serem espécies de regras sociais, o seguimento das regras jurídicas como seguimento das regras sociais é uma das noções responsáveis pelo desenvolvimento do método linguístico, na Teoria do Direito de Hart. Por outro lado, o ponto de vista externo das regras registra apenas comportamentos regulares observáveis, não compreendendo a forma como os participantes de sistemas sociais percebem a própria conduta ao seguirem as regras. Com efeito, as regras configuram-se como padrões compartilhados para crítica dos comportamentos. E apesar da diferença entre regras e as suas formulações, os padrões, em alguma medida, passam pela linguagem (ao menos no elemento cognitivo do reconhecimento de padrões), pois regras e formulações de regras não estão em compartimentos estanques. Portanto, o método linguístico desenvolve suas análises desde a conjunção das noções de critério metodológico e de regra, que pode ser expressa na ideia de seguimento das regras.

2. Hart expôs que o ponto central do conceito de Direito é a união entre regras primárias e regras secundárias. As regras primárias e as regras secundárias

constituem a lógica de funcionamento do conceito de Direito, sendo itens que configuram a condição e o sentido de uso desse conceito. Se o critério metodológico de Hart manifesta o seguimento de regras, então, possui papel importante na constituição das regras primárias e das regras secundárias. A análise linguística da prática social do seguimento de regras jurídicas exhibe peculiaridades dos dois tipos de regras, que não se destacariam sem a distinção do ponto de vista interno e externo das regras. Elas expressam, assim, a importância da perspectiva do participante (ponto de vista interno) em uma teoria do Direito.

3. O critério metodológico de Hart incide nas regras primárias de obrigação. Essas regras determinam as condutas que são valiosas para um grupo social. Segui-las, portanto, estrutura certas obrigações para os participantes da comunidade. O seguimento das regras torna-se um critério fundamental às regras de obrigação, pois, na prática, segui-las ou não se relaciona com características que as compõem, tal como a ideia de “sanção”. Sanção não no sentido de sua predição no caso do não seguimento das regras de obrigação, porém desde o ponto de vista interno, no sentido de que os participantes do sistema jurídico usam as regras como razão ou fundamento para crítica dos comportamentos. Afinal, o uso característico das afirmações de obrigação é indicar que o caso de uma pessoa recai sob certa regra, à medida que as afirmações de obrigação têm como pano de fundo (mesmo que implícito) as regras sociais. O ponto de vista externo extremo não capta esse aspecto, o que implica que as suas observações não compartilham o significado do contexto de uso das regras de obrigação na estrutura normativa da sociedade. Desse modo, segundo o método linguístico de Hart, a perspectiva do participante (ponto de vista interno) é fundamental para que se expresse a amplitude da noção de regras de obrigação.

3.1. As características das regras de obrigação estruturam-se a partir do seguimento dessas regras. Assim, verifica-se uma pressão social séria (centralizada e organizada) em favor da obediência às regras de conduta. A pressão social pelo seu seguimento revela um cuidado do grupo com aspectos valiosos da vida social e/ou com a sua integralidade. A obrigação de seguir as regras de conduta pode revelar sacrifício ou renúncia daquele que deve segui-las, pois o seu desejo pode estar em oposição ao que a regra prescreve. A pressão social pelo seguimento das regras estabelece um vínculo entre aqueles que têm a obrigação de segui-las e a comunidade. Além disso, a pressão social pelo seguimento das regras de conduta

distingue-se do sentimento de pressão ou compulsão, pois “sentir-se obrigado” e “ter uma obrigação” são atributos diferentes - algo constatável nas afirmações que essas expressões podem formular, conforme o método linguístico.

4. Apenas comunidades pequenas e muito coesas conseguiriam manter a estabilidade do grupo em um regime exclusivo de regras primárias de obrigação. A dificuldade está atrelada ao seguimento desse tipo de regras pelos participantes desse sistema social hipotético. Na verdade, registram-se três tipos de dificuldades na prática social do seguimento de regras não oficiais. A primeira delas aponta para a incerteza quanto à identificação de quais são os padrões a serem seguidos pelo grupo. Nesse caso, a falta de um procedimento oficial que identifique as condutas valiosas à comunidade resulta em imprecisão na reação das pessoas ao que as regras determinam. Portanto, se as regras são incertas, então, o seu seguimento também fica comprometido. A segunda dificuldade indica uma impossibilidade de modificação ágil dos padrões a serem seguidos pelo grupo. A substituição de padrões que não são mais valiosos para a comunidade e a introdução de novos padrões que o grupo passa a respeitar como importantes são essenciais para que os participantes percebam no seguimento das regras um reflexo da dinâmica social existente (não estática por definição). A terceira dificuldade atinge o coração do seguimento de regras ou ponto de vista interno: como decidir, com autoridade, se uma regra foi seguida ou não? Tal dificuldade versa, portanto, sobre a ineficácia da pressão social difusa para manutenção das regras. Dessa forma, o critério metodológico de Hart fornece o horizonte em que faz sentido mencionar problemas no seguimento das regras, no regime exclusivo de regras primárias.

4.1. As três dificuldades do regime exclusivo de regras primárias ensejam a existência de regras secundárias para correção de suas insuficiências. As regras primárias estabelecem as condutas que as pessoas devem seguir, enquanto as regras secundárias visam a dirimir os problemas no seguimento das primárias. A primeira correção é fornecida por uma “regra de reconhecimento” (“rule of recognition”), que está orientada a transpassar a incerteza na identificação dos padrões oficiais da comunidade. Dessa forma, as regras passam a ser identificadas por alguma propriedade comum que possuem, tornando claros os padrões a serem seguidos na prática social do grupo. Para corrigir o viés estático das regras no modelo exclusivo de regras primárias, os sistemas jurídicos modernos desenvolveram “regras de alteração” (“rules of change”). A possibilidade de

alteração ágil dos padrões a serem seguidos confere maior precisão ao seguimento das regras primárias, à medida que a dinâmica social articula-se para modificar os padrões que são valiosos comunitariamente ao longo do tempo. As “regras de julgamento” (“rules of adjudication”) visam a estabelecer, com autoridade, se determinada regra do grupo foi seguida ou não. Essa modalidade de regra secundária está intimamente relacionada com o ponto de vista interno daqueles que seguem as regras. Aliás, no que se refere às regras primárias, o ponto de vista interno manifesta as regras como padrões utilizados para crítica das condutas. As regras secundárias ampliam o âmbito de realização do ponto de vista interno, pois certos conceitos devem ser ressignificados: legislação, jurisdição, validade, poderes privados e públicos. Os diferentes modos de criação do Direito vinculam-se com as regras secundárias e remetem à distinção entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na consideração sobre regras (critério metodológico).

4.2. A regra de reconhecimento pode ser considerada o fundamento de um sistema jurídico, pois anota a passagem do mundo “pré-jurídico” ao propriamente “jurídico”. Ela transforma padrões desconexos uns com os outros, típicos do regime exclusivo de regras primárias, em um verdadeiro sistema jurídico. A regra de reconhecimento unifica os padrões por meio de critérios que estabelecem as suas propriedades comuns, identificando, assim, quais são os padrões válidos (oficiais) do grupo social. Efetivamente, a regra de reconhecimento configura-se como uma prática social complexa de identificação dos padrões válidos por funcionários e cidadãos. O uso da regra de reconhecimento pelas autoridades oficiais, visando à identificação das regras válidas do sistema jurídico, é um traço do ponto de vista interno (revela a aceitação das regras como regras de orientação). As afirmações internas de validade caracterizam-se pela expressão “o Direito dispõe que”, mediante a aplicação da regra de reconhecimento geralmente não formulada, mas aceita, a uma determinada regra de um sistema jurídico. A existência da regra de reconhecimento ocorre como uma afirmação externa, enquanto descrição de um modo de comportamento aceito pelo grupo como um padrão na prática social. Isso acontece porque ela existe como prática social complexa de autoridades oficiais e de cidadãos, quando identificam o Direito sob determinados critérios. Portanto, há duas perspectivas acerca da natureza da regra de reconhecimento, manifestas em dois tipos de afirmações: a) afirmação externa do fato de que a regra existe na prática efetiva do sistema; b) afirmação interna de validade realizada pelos que a

utilizam para identificar o Direito. Desse modo, o método linguístico, desde o seu critério metodológico, condiciona os modos de afirmação da regra de reconhecimento.

5. No contraste entre o método linguístico hartiano e a “pureza metódica” kelseniana, aparecem diferenças que apontam para os critérios desses métodos de trabalho. A Teoria do Direito de Hart tem como critério metodológico a distinção entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na consideração sobre regras. Por outro lado, Kelsen desenvolveu a sua teoria desde a separação entre os planos do “ser” e do “dever ser”. As influências de Wittgenstein e Kant, respectivamente, colaboraram para o modo como essas elaborações teóricas estruturaram-se. Kelsen pretendia estabelecer uma ciência pura do Direito, que excluísse os elementos exógenos ao Direito positivo de sua constituição, excluindo, assim, a facticidade social de sua base, à medida que seus sentidos eram signo de contingência e não universalidade, segundo o autor. Hart foi em direção oposta, ciente de que as práticas sociais manifestam sentidos que são decisivos para a descrição do Direito, algo que pode ser conferido em sua concepção de regra como uso de padrões compartilhados para crítica dos comportamentos. Não considerar as regras sociais como pano de fundo (contexto) das regras jurídicas indica realizar uma teoria do Direito que não captura elementos significativos do conceito de Direito. Repousa aí a relevância do método linguístico de Hart, que, por meio do seu critério metodológico, ofereceu à Teoria do Direito a introdução da perspectiva do participante em seus delineamentos.

Ao começo desta tese, constatamos em “The Concept of Law” e na literatura secundária a afirmação de que a obra estava construída a partir do método linguístico. Constatou-se também, entre alguns comentadores de Hart, a ideia de que o autor promoveu um giro linguístico com a sua Teoria do Direito. Acreditamos que o presente trabalho colaborou de forma relevante com a temática, ao pavimentar um caminho que conduzisse do método linguístico de Hart à identificação de um giro linguístico na sua Teoria do Direito. Denominamos a via entre esses dois aspectos da teoria hartiana de “gramática das regras jurídicas”. A partir dela, estabelecemos a influência do seguimento de regras sociais (Wittgenstein) na formulação do critério metodológico de Hart, como também a ideia de que as regras articulam-se como critérios explicativos da lógica de funcionamento do conceito de Direito.

Ao avaliarmos os resultados desta investigação, julgamos que a hipótese foi confirmada, isto é, a conjunção das noções de critério metodológico e de regra (“gramática das regras jurídicas”) é um instrumento teórico capaz de demonstrar como o método linguístico implicou um giro linguístico na Teoria do Direito de Hart. Mencionamos “um” giro linguístico, bem como na Teoria do Direito “de Hart”, pois um dos limites da presente tese relaciona-se ao fato de a fundamentação que apresentamos estar restrita à Teoria do Direito de nosso autor. Não poderíamos, à luz dos argumentos apresentados, estender a nossa tese ao giro linguístico na Teoria do Direito como um todo, mesmo que seja corrente, na literatura secundária, que Hart é o responsável por tal fenômeno. Essa tarefa implica contrastar as análises sobre Hart com possíveis análises, por exemplo, sobre autores do Realismo Jurídico Escandinavo, do Realismo Jurídico Norte-Americano e Jusnaturalistas “analíticos”, como Finnis. Algo semelhante com o que fizemos com Kelsen, no segundo capítulo, ou seja, mostrando por que há um giro linguístico na teoria de Hart e não na desses autores. Provavelmente, esses serão desdobramentos teóricos da presente pesquisa. Outros desdobramentos futuros versarão acerca dos problemas envolvidos na introdução da perspectiva do participante na Teoria do Direito, seja em relação aos problemas de realizar teorias descritivas de práticas sociais, seja em questões avaliativas (morais) decorrentes da descrição conceitual. Importante frisar que essas questões que se abrem, agora, já possuem um ponto de partida: a existência de um giro linguístico na Teoria do Direito de Hart, justificada a partir da “gramática das regras jurídicas”.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Cláudio de. Racionalidade epistêmica e o paradoxo de Moore. **Veritas**, Porto Alegre, v. 54, n. 2, p. 48-73, maio/ago. 2009.
- ALSTON, William P. **Filosofia da linguagem**. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1972.
- ANSCOMBE, G. E. M. **Introducción al Tractatus de Wittgenstein**. Traducción Marcelo Pérez Rivas. Buenos Aires: El Ateneo, 1977.
- ANSCOMBE, G. E. M. La simplicidad en el Tractatus. Traducción de Alberto Vargas e Isabel Cabrera. **Diánoia**, Ciudad de México, v. 35, n. 35, p. 1-10, 1989.
- ANSCOMBE, G. E. M. On bruce facts. **Analysis**, [S. l.], v. 18, n. 3, p. 69-72, Jan. 1958.
- APEL, Karl-Otto. **La transformación de la filosofía**. Análisis de la lenguaje, semiótica y hermenéutica. Versión castellana de Adela Cortina, Joaquín Chamorro y Jesús Conill. Madrid: Taurus Ediciones, 1985. t. 1.
- AYER, Alfred Jules (comp.). **El positivismo logico**. Traducción de L. Aldama, U. Frisch, C. N. Molina, F. M. Torner y R. Ruiz Harrel. México: Fondo de Cultura Economica, 1981.
- AYER, Alfred Jules. **La filosofía del siglo XX**. Traducción castellana de Jorge Vigil. Barcelona: Crítica, 1983.
- BAKER, Gordon Park; HACKER, Peter Michael Stephan. Following a rule. *In*: BAKER, Gordon P.; HACKER, Peter Michael Stephan (ed.). **Wittgenstein: rules, grammar and necessity: essays and exegesis of §§185–242**. 2nd. ed. ext. rev. Oxford: Wiley-Blackwell, 2009b. p. 135-140.
- BAKER, Gordon Park; HACKER, Peter Michael Stephan. Rules and rule-formulations; Philosophy and grammar. *In*: BAKER, Gordon Park; HACKER, Peter Michael Stephan. (ed.). **Wittgenstein: rules, grammar and necessity: essays and exegesis of §§185–242**. 2nd. ed. ext. rev. Oxford: Wiley-Blackwell, 2009a. p. 46-59.
- BARBOSA FILHO, Balthazar. Notas sobre o conceito de jogos-de-linguagem nas investigações. *In*: DALL'AGNOL, Darlei. **Wittgenstein no Brasil**. São Paulo: Escuta, 2008b. p. 163-190.
- BARBOSA FILHO, Balthazar. Sobre o positivismo de Wittgenstein. *In*: DALL'AGNOL, Darlei. **Wittgenstein no Brasil**. São Paulo: Escuta, 2008a. p. 141-162.
- BARZOTTO, Luis F. **Filosofia do direito: os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BARZOTTO, Luis F. **O positivismo jurídico contemporâneo**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BASSOLS, Alejandro Tomasini. **Los atomismos lógicos de Russell y Wittgenstein**. 3. ed. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 2012.

BIX, Brian. H. L. A. Hart and the hermeneutic turn in legal theory. **Southern Methodist University Law Review**, [S. l.], v. 52, p. 167-199, 1999. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=163810>. Acesso em: 10 jan. 2025.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BULYGIN, Eugenio. Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos. **Doxa**. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Madrid, n. 9, p. 257-279, 1991a. DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA1991.9.13>.

BULYGIN, Eugenio. Regla de reconocimiento: norma de obligación o criterio conceptual? Réplica a Juan Ruiz Manero. **Doxa**. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Madrid, n. 9, p. 311-318, 1991b.

BULYGIN, Eugenio. Sobre la regla de reconocimiento. *In*: DERECHO, Filosofía y Lenguaje. Prólogo de Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Astrea, 1976.

CALSALMIGLIA, Albert. **Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica**. Barcelona: Ariel, 1978.

CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre derecho y lenguaje**. 3. ed. aum. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986.

CAVELL, Stanley. **Reinvindicaciones de la razón**. Wittgenstein, escepticismo, moralidad y tragedia. Traducción Diego Ribes Nicolás. Madrid: Síntesis, 2003.

CHIASSONI, Pierluigi. **La tradición analítica en la filosofía del derecho**: de Bentham a Kelsen. Traducido por Félix Morales Luna. Lima: Palestra, 2017.

D'AGOSTINI, Franca. **Analíticos e continentais**: guia à filosofia dos últimos trinta anos. Tradução Benno Dischinger. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003.

DALL'AGNOL, Darlei. **Seguir regras**: uma introdução às investigações filosóficas de Wittgenstein. Pelotas: Editora da Ufpel, 2011.

DUMMETT, Michael. Frege. Comunicación entregada en inglés en el Departamento de Lógica de la Universidad de Valencia em 20 de febrero de 1975. La presente versión castellana ha sido realizada por Alfonso García Suárez y Maria Teresa Begueristain. **Teorema**: Revista Internacional de Filosofía, Granada, ES, v. 5, n. 2, p. 149-188, 1975.

FALCÓN Y TELLA, María José. **Conceito e fundamento da validade do direito**. Tradução de Stefani Borba de Rose Trunfo. 2. ed. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2000.

FARIA, Paulo E. Discriminação e afecção. *In*: ZANUZZI, Inara; KLAUDAT, André; LEVY, Lia (org.). **Filosofia na UFRGS**: textos escolhidos. Pelotas: Editora da UFPEL, 2024.

FARIA, Paulo E. Prefácio. *In*: MICHELON Jr., Claudio. **Aceitação e objetividade: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 11-25.

FERREIRA NETO, Arthur Maria **O cognitivismo e não cognitivismo moral e sua influência na formação do pensamento jurídico**. 2013. Tese (Doutorado em Filosofia) -- Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013. Disponível em: <https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/2914/1/446750.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2025.

FREGE, Gottlob. **Fundamentos de la aritmética**. Investigación lógico-matemática sobre el concepto de número. Con un estudio de Claude Imbert y prólogo de Jesús Mosterín. Versión castellana de Ulises Moulines. 2. ed. Barcelona: Laia, 1973.

FREGE, Gottlob. Sobre o sentido e a referência (1892). *In*: FREGE, Gottlob. **Lógica e filosofia da linguagem**. Seleção, tradução, introdução e notas de Paulo Alcoforado. 2. ed. amp e rev. São Paulo: Edusp, 2009. p. 129-158.

GLOCK, Hans-Johann. **Dicionário Wittgenstein**. Tradução de Helena Martins; revisão técnica de Luiz Carlos Pereira. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editores, 1998.

GUIBOURG, Ricardo A. Hart, Bulygin y Ruiz Manero: tres enfoques para un modelo. **Doxa**: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Madrid, n. 14, p. 429-434, 1993.

HACKER, Peter M. S. Hart's philosophy of law. *In*: STEPHAN, Peter Michael (ed.). **Law, morality and society**. Essays in honour of H. L. A. Hart. Hacker e J. Raz. Oxford: Clarendon Press, 1977.

HART, Herbert L. A. A teoria do direito norte-americana pelos olhos ingleses: o pesadelo e o nobre sonho. *In*: HART, Herbert L. **Ensaaios sobre teoria do direito e filosofia**. Tradução José Garcez Ghirardi, Lenita Maria Rimoli Esteves; Revisão técnica Ronaldo Porto Macedo Junior e Leonardo Penteado Rosa. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010c. p. 137-161.

HART, Herbert L. A. Definição e teoria na teoria do direito. *In*: HART, Herbert L. **Ensaaios sobre teoria do direito e filosofia**. Tradução José Garcez Ghirardi, Lenita Maria Rimoli Esteves; revisão técnica Ronaldo Porto Macedo Junior, Leonardo Penteado Rosa. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010d. p. 23-52.

HART, Herbert L. A. **Direito, liberdade, moralidade**. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Fabris, 1987.

HART, Herbert L. A. Discrecionalidad. **Doxa**. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Madrid, n. 37, p. 86-98, 2014.

HART, Herbert L. A. Kelsen visitado. *In*: HART, Herbert L. **Ensaaios sobre teoria do direito e filosofia**. Tradução José Garcez Ghirardi, Lenita Maria Rimoli Esteves; revisão técnica Ronaldo Porto Macedo Junior, Leonardo Penteado Rosa. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010b. p. 323-347.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 3. ed. Com um pós-escrito editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2001.

HART, Herbert L. A. O positivismo e a separação entre o direito e a moral. *In*: HART, Herbert L. **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Tradução José Garcez Ghirardi, Lenita Maria Rimoli Esteves; revisão técnica Ronaldo Porto Macedo Junior, Leonardo Penteado Rosa. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010a. p. 53-96.

HART, Herbert L. A. **The concept of law**. Oxford: Clarendon Press, 1972.

HART, Herbert L. A.; FULLER, Lon L. **El debate Hart-Fuller**. Traducción de Jorge González Jácome. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2016.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. 5. ed. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Introdução e notas de Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1986.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges; revisão técnica Péricles Prade. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 4. ed. Tradução de Dr. João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1976.

KENNY, Anthony. **Introducción a Frege**. Traducción de Carmen García Trevijano. Madrid: Catedra, 1997. (Colección Teorema).

KENNY, Anthony. **Wittgenstein**. 2. ed. Versión española de Alfredo Deaño. Madrid: Alianza, 1984.

LOSANO, Mario G. La teoría pura del derecho: del logicismo al irracionalismo. **Doxa**. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Madrid, n. 2, p. 55–85, 1985. DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA1985.2.03>

LUZATTI, Cláudio. Indeterminação. *In*: ARNAUD, A. **Dicionário enciclopédico de teoria e sociologia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 403-405.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACCORMICK, Neil. **H. L. A. Hart**. Tradução Cláudia Santana Martins; revisão técnica Carla Henriete Beviláqua. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Ensaio de teoria do direito**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARRADES, Julián. Sobre la noción de ‘forma de vida’ en Wittgenstein. **Agora Papeles de Filosofía**, [S. l.], v. 33, n. 1: 139-152, 2014.

MICHELON Jr., Cláudio. **Aceitação e objetividade**: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MOORE, George Edward. **O que é filosofia?** Tradução de Pablo Rubén Mariconda. São Paulo: Abril Cultural, 1974a. p. 365-388. (Coleção Os pensadores, v. 42).

MOORE, George Edward. **Principia ethica**. Edición al cuidado de Huberto Batis. México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1959.

MOORE, George Edward. **Prova de um mundo exterior**. Tradução de Pablo Rubén Mariconda. São Paulo: Abril Cultural, 1974c. p. 343-361. (Coleção Os pensadores, v. 42).

MOORE, George Edward. **Uma defesa do senso comum**. Tradução de Pablo Rubén Mariconda. São Paulo: Abril Cultural, 1974b. p. 309-330. (Coleção Os pensadores, v. 42).

MORA, Maribel Narváez. **Wittgenstein y la teoría del derecho**. Una senda para el convencionalismo jurídico. Madrid: Marcial Pons, 2004.

MOUNCE, Howard Owen. **Introducción al ‘Tractatus’ de Wittgenstein**. Traducción de Jose Mayoral y Pedro Vicente. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2001.

NINO, Carlos Santiago. **Algunos modelos metodológicos de ‘ciencia’ jurídica**. México D. F.: Distribuciones Fontamara, 2007.

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**. Tradução de Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2010.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 1996.

PARAMO ARGUELLES, Juan Ramon de. **H. L. A. Hart y la teoría analítica del derecho**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

PASCUA, José Antonio Ramos. **La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H. L. A. Hart**. Un intento de configuración del derecho como sistema normativo autónomo. Santiago: Olejnik, 2021.

PAULSON, Stanley. El período posterior a 1960 de Kelsen ¿ruptura o continuidad? **Doxa**. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Madrid, n. 2, p. 153–157, 1985. DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA1985.2.09>.

PAULSON, Stanley. **Fundamentación crítica de la doctrina de Hans Kelsen**. Traducción del alemán Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad de Externado, 2000.

PAULSON, Stanley. La alternativa kantiana de Kelsen: una crítica. **Doxa**. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Madrid, n. 9, 173–187, 1991. DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA1991.9.08>.

PAULSON, Stanley. La distinción entre hecho y valor: la doctrina de los dos mundos y el sentido inmanente. Hans Kelsen como neokantiano. **Doxa**. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Madrid, n. 26), 547–582, 2003. DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA2003.26.23>.

PEARS, David. **Wittgenstein**. Traducido por José Planells. Barcelona: Grijalbo, 1973.

PITKIN, Hanna F. **Wittgenstein**: el lenguaje, la política y la justicia. Introducción y traducción de Ricardo Montoro Romero. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

RAZ, Joseph. **Practical reason and norms**. Oxford: Oxford University Press, 2002.

RAZ, Joseph. The identity of legal systems. *In*: RAZ, Joseph. **The authority of law**. Essays on law and morality. 2dn. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 78-102.

RORTY, Richard. **El giro lingüístico**: dificultades metafísicas de la filosofía lingüística. Barcelona: Paidós, 1998.

ROSS, Alf. Hart sobre el concepto del derecho. *In*: CASANOVA, Pompeu; MORESO, Juan José (ed.). **El ámbito de lo jurídico**. Barcelona: Crítica, 1994. p. 466-474.

ROSS, Alf. **Teoría de las fuentes del derecho**. (Una contribución a la teoría del derecho positivo sobre la base de investigaciones histórico-dogmáticas). Traducción del alemán, notas y estudio preliminar de José Luis Muñoz de Baena Simón, Aurelio de Prada García y Pablo López Pietsch. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

RUIZ MANERO, Juan. **Jurisdicción y normas**: dos estudios sobre función jurisdiccional y teoría del derecho. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

RUIZ MANERO, Juan. Normas independientes, criterios conceptuales y trucos verbales – respuesta a Eugenio Bulygin. **Doxa**. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Madrid, n. 9, p. 281–293, 1991.

RUSSEL, Bertrand. **Os problemas da filosofia**. Tradução e prefácio de António Sérgio. 2. ed. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1959.

RUSSEL, Bertrand. **Os problemas da filosofia**. Tradução Jaimir Conte. Oxford: Oxford University Press, 1972. Disponível para download em: <https://conte.prof.ufsc.br/txt-russell.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2025.

RUSSEL, Bertrand. Sobre el denotar. Traducción de Tomás Moro Simpson y Néstor Míguez. **Teorema**: Revista Internacional de Filosofía, Granada, ES, v. 29, n. 3, p. 153-169, 2005.

RUSSEL, Bertrand. Vagueza. Tradução de Fabrício Pires Fortes. **Problemata: Revista Internacional de Filosofia**, [S. l.], v. 8, n. 2, p. 263-271, 2017. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6116315>. Acesso em: 10 fev. 2025.

SCHAUER, Frederick. On the open texture of law. **SSRN**, [S. l.], Sept. 13, 2011. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1926855>. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1926855>. Acesso em: 10 fev. 2025.

SCHLICK, Morritz. The turning point in philosophy. Translated by David Rynin. In: AYER, A. J. (ed.). **Logical positivism**. Glencoe, IL: Free Press, 1959. p. 53-59. Disponível em: http://zolaist.org/wiki/images/7/79/The_Turning_Point_in_Philosophy.pdf. Acesso em: 02 maio 2023.

SEARLE, John. **Os actos de fala**: um ensaio de filosofia da linguagem. Tradução de Carlos Vogt, Ana Cecília Maleronka, Balthazar Barbosa Filho, Maria Stela Gonçalves, Adail Ubirajara Sobral. Coimbra: Livraria Almedina, 1981.

SHAPIRO, Scott. **Legalidad**. Traducción de Diego M. Papayannis y Lorena Ramírez Ludeña. Madrid: Marcial Pons, 2014.

SOAMES, Scott. **El surgimiento de la filosofía analítica**: Frege, Moore, Russell y Wittgenstein. Edición y revisión: Eduardo Villanueva Chigne. Traducción: Francisco Melgar Wong, Jaime Castillo Gamboa, Pamela Lastres Dammert, Eduardo Villanueva Chigne. Madrid: Tecnos, 2019.

TORRES, João Carlos Brum. Kant, Kelsen, Carl Schmitt e a teoria da fundação constitucional. **Revista de Filosofia Aurora**, Curitiba, v. 29, n. 47, p. 503-521, maio/ago. 2017.

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS (UNISINOS). Biblioteca. **Manual para elaboração de trabalhos acadêmicos, dissertações e teses da Unisinos**. 31. ed. rev. e ampl. São Leopoldo, RS: UNISINOS, 2025. Disponível em: https://biblioteca.asav.org.br/pergamumweb_api/files/restricted-access/672c50ad-3f2d-443a-991b-ec0366e4474f. Acesso em: 26 abr. 2025.

VERÍSSIMO, Luís. O ataque de Moore ao naturalismo ético. Filosofia. **Revista da Faculdade de Letras da Universidade do Porto**, Porto, PT, n. 32, p. 143-158, 2015.

WAISMANN, Friedrich. **Verifiability**. [S. l.], 1945. Disponível em: <http://users.umi.acs.umd.edu/~horty/courses/readings/waismann-verifiability.pdf>. Acesso em 15 de agosto de 2020.

WAISMANN, Friedrich. Verificabilidad. In: PARKINSON, G. H. R. **La teoría del significado**. México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1976. p. 57-94.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito II**: a epistemologia jurídica da modernidade. Tradução de José Luis Bolzan. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. Colaboração de Leonel Severo Rocha. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1984.

WINCH, Peter. **A ideia de uma ciência social e sua relação com a filosofia.** Tradução de Anísio Teixeira e Vera Freitas De Castro. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1970.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigaciones filosóficas.** Traducción Alfonso García Suárez y Carlos Ulises Moulines. Madrid: Gredos, 2009.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Philosophical investigations.** Translated by G. E. M. Anscombe. 3rd ed. Oxford: Basil Blackwell, 1986.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus logico-philosophicus.** Tradução, apresentação e estudo introdutório de Luiz Henrique Lopes dos Santos; Introdução de Bertrand Russell. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1994.