

**KATYA KOZICKI**

**H.L.A. HART: A HERMENÊUTICA COMO VIA  
DE ACESSO PARA UMA SIGNIFICAÇÃO  
INTERDISCIPLINAR DO DIREITO**

**Ilha de Santa Catarina**

**1993**

**KATYA KOZICKI**

**H. L. A. HART: A HERMENÊUTICA COMO VIA DE ACESSO PARA UMA  
SIGNIFICAÇÃO INTERDISCIPLINAR DO DIREITO**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre. Curso de Pós-Graduação em Direito. Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina.

Orientador: Prof. Dr. Leonel Severo Rocha.

Ilha de Santa Catarina

1993

**KATYA KOZICKI**

**H. L. A. HART: A HERMENÊUTICA COMO VIA DE ACESSO PARA UMA  
SIGNIFICAÇÃO INTERDISCIPLINAR DO DIREITO**

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de mestre no Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, pela Comissão formada pelos professores:

Orientador: Prof. Dr. Leonel Severo Rocha  
Curso de Pós-Graduação em Direito, CCJ, UFSC

Prof. Dr. Celso Fernandes Campilongo  
Faculdade de Direito, USP

Prof. Dr. José Alcebiades de Oliveira Junior  
Curso de Pós-Graduação em Direito, CCJ, UFSC

*Leonel Severo Rocha*

.....  
Orientador: Prof. Dr. Leonel Severo Rocha

*Leonel Severo Rocha*

.....  
Coordenador do CPGD-UFSC: Prof. Dr. Leonel Severo Rocha

Ilha de Santa Catarina, 26 de março de 1993

R. Barthes

(...) que o sujeito futuro conhece, sem  
remorso, sem recalcivo, o gozo de ter a  
sua disposição duas instâncias de  
linguagem, que ele fala isto ou aquilo  
segundo as perverções, não segundo a lei.

Esta coisa dotada de codificação e não de coração,  
Pôs o conhecimento onde devia estar afetividade  
E agora nada  
Ihe altera a meditação. ( Ezra Pound )

A Jan e Guiomar, meus pais  
e aos meus irmãos, Dimitri e Kristyane

## AGRADECIMENTOS

Ao iniciar este trabalho, várias vezes vi-me a frente de sentimentos contraditórios, em razão das dificuldades intelectuais inerentes à sua realização. Neste sentido, posso dizer que "sonhá-lo" foi o primeiro passo da sua consecução. Parodiando Neruda, acredito que é a *intermitência do sonho que nos permite suportar os dias de trabalho*. E, à medida em que nossos sonhos são compartilhados por outros, a dimensão de nossa realidade ganha contornos cada vez mais definidos de prazer. Por isso agradeço a todos aqueles que dividiram e dividem comigo sonho e realidade, especialmente:

Vera Karam de Chueiri, pela amizade e cumplicidade intelectual.

Lilian Almeida Barra (Tiquita), presença amiga e imprescindível desde os tempos de "FAE".

À Simone Kohler, Tereza Marinoni, Luciane Bosquioli e Norma Pigozzi, amigas de sempre e companheiras de viagem.

João Corrêa Sobânia e Raquel Illescas Bueno, por dividirem comigo a esperança na vida acadêmica. À Raquel agradeço ainda a revisão deste trabalho.

Paulo César Albuquerque e Yáscara, pela amizade e o apoio decisivo na digitação deste trabalho.

A amiga Neyde Sydney, cujo incentivo foi muito importante.

Pelo apoio técnico e energia, às bibliotecárias da faculdade de direito da UFPr, Diamantina e Loiri.

Orides e Claudinha, Carlinhos e Ana Paula, Cecília, Alexandre, Marco, Ayres, Cláudia e Celso, por todos os momentos de magia que vivemos nesta ilha.

À CAPES, pelo auxílio financeiro concedido.

Ao Luis Alberto Warat por sua (irreverente e contagiante) leitura semiológica do direito.

Agradeço ainda aos professores José Alcebíades de Oliveira Júnior e Celso Fernandes Campilongo, cujas indagações representaram, na realidade, contribuições ao texto final deste trabalho.

E, " last but not least ", ao Leonel Severo Rocha, amigo, professor e orientador desta aventura onírica.

## SUMÁRIO

RESUMO .....	ix	
ABSTRACT .....	x	
INTRODUÇÃO .....	01	
CAPÍTULO I:		
A FILOSOFIA DA LINGUAGEM ORDINÁRIA E A SEMIOLOGIA: LUDWIG WITTGENSTEIN, JOHN LANGSHAW AUSTIN E FERDINAND DE SAUSSURE .....		07
1.1 - A FILOSOFIA DA LINGUAGEM ORDINÁRIA: WITTGENSTEIN .....	09	
1.1.1 - FILOSOFIA I: <i>TRACTATUS LOGICO-PHILOSOPHICUS</i> .....	11	
1.1.2 - FILOSOFIA II: A FILOSOFIA DA LINGUAGEM ORDINÁRIA .....	16	
1.1.2.1 - A CRÍTICA AO <i>TRACTATUS</i> .....	17	
1.1.2.2 - O OBJETIVO E O MÉTODO DE ANÁLISE DA LINGUAGEM .....	18	
1.1.2.3 - A LINGUAGEM ENQUANTO USO .....	20	
1.1.2.4 - A TEORIA DOS JOGOS DE LINGUAGEM .....	22	
1.1.2.5 - A TEXTURA ABERTA DA LINGUAGEM: VAGUEZA E AMBIGÜIDADE .....	24	
1.2 - A TEORIA DOS ATOS DE FALA: JOHN LANGSHAW AUSTIN .....	26	
1.3 - A SEMIOLOGIA DE SAUSSURE .....	32	
1.3.1 - CARACTERIZAÇÃO .....	32	
1.3.2 - A DISTINÇÃO LÍNGUA/FALA .....	34	
1.3.3 - O SIGNO: COMPOSIÇÃO E PROCESSO DE SIGNIFICAÇÃO .....	36	
1.3.4 - AS PROPRIEDADES DOS SIGNOS: ARBITRARIEDADE, LINEARIDADE, IMUTABILIDADE E MUTABILIDADE .....	38	
1.3.4.1 - A ARBITRARIEDADE .....	38	
1.3.4.2 - A LINEARIDADE .....	40	
1.3.4.3 - A IMUTABILIDADE .....	40	

1.3.4.4 - A MUTABILIDADE .....	42
1.3.5 - A ANÁLISE SINCRÔNICA E A ANÁLISE DIACRÔNICA .....	43
1.3.6 - RELAÇÕES SINTAGMÁTICAS E ASSOCIATIVAS .....	45
<b>CAPÍTULO II:</b>	
O CONCEITO DE OBRIGAÇÃO EM HART .....	48
2.1 - REGRAS SOCIAIS E HÁBITOS DE COMPORTAMENTO .....	51
2.2 - A ASSUNÇÃO DO PONTO DE VISTA HERMENÊUTICO .....	54
2.2.1 - PONTO DE VISTA INTERNO E EXTERNO DAS NORMAS .....	54
2.2.2 - O INTÉRPRETE OU PARTICIPANTE .....	56
2.2.3 - "SER OBRIGADO" OU "TER UMA OBRIGAÇÃO" .....	60
2.3 - O PROBLEMA DA "APLICAÇÃO" DO DIREITO .....	67
2.4 - OBRIGAÇÃO MORAL E OBRIGAÇÃO JURÍDICA .....	71
<b>CAPÍTULO III:</b>	
A ESTRUTURA DO SISTEMA JURÍDICO E A TEXTURA ABERTA DO DIREITO.....	77
3.1 - REGRAS PRIMÁRIAS E SECUNDÁRIAS: A PASSAGEM DO MUNDO PRÉ-JURÍDICO AO MUNDO JURÍDICO .....	79
3.2 - O PROBLEMA DA VALIDADE JURÍDICA .....	84
3.3 - NORMA FUNDAMENTAL E REGRA DE RECONHECIMENTO: SEMELHANÇAS E DESSEMELHANÇAS .....	90
3.4 - A TEXTURA ABERTA DO DIREITO .....	95
3.4.1 - DIREITO E LINGUAGEM .....	96
3.4.2 - A INDETERMINAÇÃO DA LINGUAGEM JURÍDICA.....	99
3.4.3 - FORMALISMO E CÉTICISMO SOBRE AS REGRAS .....	104
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS:</b> .....	109
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	119

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a teoria jurídica de Herbert Lionel Adolphus Hart, a partir de uma (re) leitura da Filosofia da Linguagem Ordinária (especialmente através de Ludwig Wittgenstein e John Lagshaw Austin) e da semiologia (através das categorias de Ferdinand de Saussure). Tal método deriva do fato de Hart realizar uma abordagem do direito a partir de uma perspectiva hermenêutica, privilegiando a função do intérprete (participante) do sistema e destacando o papel exercido pela linguagem na formação dos enunciados jurídicos. Ao mesmo tempo, ao reconhecer uma textura aberta do direito, este autor abre a ciência jurídica à possibilidade de uma abordagem interdisciplinar. Inicialmente realizamos uma leitura da obra de WITTGENSTEIN, com especial atenção à segunda fase de sua obra, marcada pela publicação do livro Investigações Filosóficas, procurando uma compreensão da linguagem enquanto instrumento de intermediação na relação sujeito-sujeito. Em seguida apresentamos a "teoria dos atos de fala" de J. L. AUSTIN, a qual nos possibilitará responder a questão de como as palavras podem produzir efeitos jurídicos. O Capítulo I contém ainda a exposição das principais categorias de SAUSSURE, objetivando explicitar a sua concepção dos signos lingüísticos e do processo de significação. Em seguida, no Capítulo II, procuramos explicitar a concepção de Hart acerca do fenômeno da obrigação jurídica, enfocando o caráter hermenêutico da sua teoria jurídica e demonstrando a importância daquilo que este autor denomina o "ponto de vista interno" sobre as normas. O Capítulo III se destina a fornecer uma compreensão da estrutura global do sistema jurídico de Hart, entendido este como a união de normas primárias e secundárias e destacando o seu funcionamento. Realizamos ainda uma abordagem da textura aberta do direito, procurando enfatizar o caráter incompleto dos enunciados jurídicos e de que forma o direito operacionaliza esta questão. Ao final do trabalho, apresentamos uma síntese crítica do pensamento de Hart, objetivando levantar as questões que permanecem em aberto na sua obra e algumas das críticas que lhe são feitas.

## ABSTRACT

The present work intends to analyse Herbert Lionel A. Hart's legal theory from a (re) reading of the philosophy of ordinary language ( especially through Ludwig Wittgenstein and J.L.Austin ) and of the semiology ( through F. de Saussure's categories ). Such a method comes from the fact that Hart approaches law from an hermeneutic perspective, emphasizing the function of the interpreter, participant, of the system and outstanding the role played by language in legal statements formation. At the same time, as he recognizes an open texture of the law, this author brings to the legal science the possibility of an interdisciplinary approach. First, we read WITTGENSTEIN's work, with special attention to the 2nd phase of his work, known for the publishing of his Philosophical Investigations, searching for an understanding of language as an intermediation instrument in the subject/subject relation. Following this, we present J.L. AUSTIN's "theory of the speech acts", which will make it possible for us to answer the question of how the words can make legal effects. The 1st Chapter also contains an exposition of SAUSSURE's main categories, trying to make clear his conception of the linguistical signs and the signification process. Following this, in the II Chapter, we try to express HART's conception about the legal obligation phenomenon, focusing the hermeneutic feature of his legal theory and demonstrating the importance of what this author calls the " intern point of view ". The 3rd Chapter aims to provide a comprehension of the global structure of HART's legal system, this understood as the linking of primary and secondary rules and pointing out their functioning. We also make an approach of the open texture of the law, trying to emphasize the incomplete feature of legal statements and how law works this question. By the end of the work we present a critical synthesis of HART's ideas, trying to raise questions that remain unanswered in his work and some of the critics that are made about it.

## INTRODUÇÃO

O conhecimento que vem sendo produzido neste final de século retoma - reinventando - certos questionamentos que acompanham a humanidade ao longo da sua história. A problemática ético-jurídica, assim como as questões política e social significam a própria existência do homem em sociedade e, portanto, serão sempre recorrentes.

As novidades, entretanto, surgem quando novos atores se imiscuem nesse cenário, desempenhando papéis até então restritos aos seus titulares tradicionais. Neste ponto, o direito passa a atuar dentro do espaço das humanidades não mais como um cristalizador das reivindicações sociais para uma vida mais justa, mas sim como agente por excelência de modificação e de consecução de tais reivindicações.

Neste sentido, cumpre-nos (re) estudá-lo, sem a ingenuidade da sua auto-suficiência epistemológica, mas nos limites da interdisciplinariedade que a modernidade reivindica à compreensão das ciências, de uma maneira geral. A tradição discursiva jurídicista encontrou seu esgotamento ao fechar-se cada vez mais na certeza da verdade dos seus enunciados, o mesmo ocorrendo com a sua contrapartida - o discurso anti-jurídicista. Ou seja, este acusava o discurso jurídico de conservador, mas também a partir da ortodoxia de idéias não menos fechadas e obtusas.

Nossa opção por **Herbert Lionel Adolphus HART** não se limita à tentativa de dissecar (esmiuçar) uma das inúmeras teorias jurídicas existentes mas vai ao encontro da clarificação das idéias deste que foi o precursor do movimento hermenêutico no âmbito da ciência jurídica. Outrossim, a eleição deste autor como

objeto de análise deveu-se basicamente a nossa preocupação em relacionar a teoria jurídica aos movimentos filosóficos que redimensionam o saber da atualidade.

O método utilizado no trabalho foi o método indutivo, através do estabelecimento de algumas premissas básicas - tomadas da Filosofia da Linguagem e da lingüística - e aplicadas ao conhecimento do direito, por via das quais pretendemos explicitar as várias nuances do discurso jurídico. Para a realização do trabalho, utilizamos a técnica de pesquisa bibliográfica.

A ciência e o conhecimento neste século sofreram significativas transformações, e a teoria jurídica não esteve alheia a tais mudanças. Este - enquanto possibilidade - sofreu profundos questionamentos, a partir da assim chamada " crise da razão moderna ". No âmbito da ciência, um dos movimentos que buscaram lançar luz ao processo de conhecimento elegeu a linguagem como paradigma, nas várias perspectivas de análise possíveis. Através desta e da existência de vários níveis de expressão lingüística, procurou-se estabelecer planos conceituais distintos entre a ciência e aquilo que lhe serve de objeto. Na teoria jurídica, o positivismo representa com clareza essa intenção.

O neopositivismo lógico, notadamente através dos representantes do Círculo de Viena (CARNAP, SCHLICK) estabeleceu as bases para uma ciência elaborada a partir da construção de uma linguagem artificial, desprovida de imperfeições, desvinculada de especulações metafísicas e, ao mesmo tempo, capaz de produzir um conhecimento neutro. O estabelecimento de dois níveis de linguagem - linguagem-objeto e metalinguagem - permite que se controle logicamente o processo de comunicação, evitando situações paradoxais. Ocorre que a necessidade de neutralidade na formação do saber e a construção de uma

linguagem artificial para o estudo dos objetos da ciência produz um conhecimento desconectado de compromissos ideológicos e políticos.

Para o positivismo jurídico (especialmente o kelseniano, mais identificado com o neopositivismo lógico), o direito - enquanto objeto de conhecimento - se situa num plano conceitualmente diverso da teoria jurídica, a qual nos revela a possibilidade de conhecer aquele objeto. A ciência jurídica, nesta perspectiva, é a metalinguagem que fala o seu objeto, o direito. Ao realizar tal separação conceitual, o positivismo cria a possibilidade teórica do saber jurídico neutro, desideologizado. A ciência jurídica funciona, então, como possibilidade descritiva do direito.

A partir da metade deste século, começa a surgir na Inglaterra uma escola de pensamento que se auto-denominou Filosofia da Linguagem Ordinária. Tal movimento tem em Ludwig WITTGENSTEIN - Investigações Filosóficas, 1953 - um de seus maiores representantes. Este vai adotar uma concepção pragmática da linguagem, preocupada com a utilização das palavras pelos seus usuários e com a verificação do contexto em que se situa o processo comunicacional.

Paralelamente a estas correntes filosóficas que privilegiaram o estudo da linguagem, a lingüística vai sofrer grandes transformações no século XX, especialmente com Ferdinand de SAUSSURE, o qual verificou a necessidade de se construir uma teoria geral dos sistemas sígnicos. Neste autor, a linguagem é um fato social, e o signo, bem como o processo de significação, vai se construir dentro do ato de comunicação. Partindo das concepções da semiologia saussuriana nos é possível compreender de que forma se processa - a nível propriamente lingüístico -

o ato comunicativo. A exata compreensão dos diversos sistemas sógnicos proporciona uma melhor apreensão do sentido dos diversos jogos de linguagem utilizados pelos sujeitos falantes. E é no correto encadeamento dos signos dentro da situação comunicativa - de acordo com as regras que regem o sistema sógnico que é a linguagem - que se fazem possíveis estes jogos. Na realidade, a semiologia de SAUSSURE e a Filosofia da Linguagem são matrizes teóricas preocupadas com o esclarecimento da linguagem enquanto base do processo de comunicação e da significação nele contida, motivo pelo qual se interligam neste estudo.

Nos parece inegável a filiação de HART ao positivismo jurídico, ainda que em bases diversas daquelas que mencionamos acima. Na realidade, vínhamos mencionando até agora o positivismo kelseniano - marcadamente um positivismo de estatuição - ao contrário do positivismo de molde inglês, na linha de BENTHAN e AUSTIN. Em termos filosóficos, temos que o positivismo de KELSEN busca sua matriz teórica no neopositivismo lógico, ao passo que o positivismo hartiano filia-se às concepções da viragem pragmática da filosofia da linguagem.

A abordagem hermenêutica que este autor realiza do direito deriva diretamente de uma concepção que privilegia o aspecto pragmático da linguagem, nos moldes adotados pela Filosofia da Linguagem Ordinária. O viés hermenêutico presente na sua obra centra-se, principalmente, na sua constatação de que existe uma textura aberta do direito, o que torna a interpretação elemento indispensável na produção do conhecimento jurídico. Assim, seu interesse não é construir uma teoria jurídica que privilegie um objeto distanciado da realidade que o comporta mas, antes de tudo, verificar a multiplicidade de situações onde se verificam condutas obrigatórias, não-facultativas. A sua índole positivista manifesta-se na

utilização de um conceito descritivo do direito, o qual permite a compreensão da existência e do conteúdo do sistema jurídico sem vinculações de índole moral ou compromissos valorativos.

A teoria deste autor (HART) é plena de significações e se movimenta por praticamente todas as áreas do saber jurídico. Como já dissemos, antes de dissecar o conteúdo de sua teoria, nossa intenção é lançar luz a algumas de suas idéias. Nosso objetivo maior é compreender a noção hartiana do conteúdo e do funcionamento de um sistema jurídico desenvolvido, bem como captar o papel da linguagem na formação dos enunciados normativos. Para tanto, elegemos como objeto central de nossa análise O Conceito de Direito, buscando no restante de sua obra material que nos permitisse uma melhor compreensão das noções ali contidas ou que contivesse modificações de sua posição original.

Como via de acesso à sua obra e por esta manter profundas relações de conteúdo com a Filosofia da Linguagem Ordinária, o Capítulo I deste trabalho se destina a expor as teorias de Ludwig WITTGENSTEIN, John Langshaw AUSTIN e Ferdinand de SAUSSURE, este no âmbito da Semiologia. Nos primeiros dois autores buscamos a compreensão dos fundamentos filosóficos presentes na obra de HART. Em SAUSSURE, procuramos a compreensão das principais categorias semiológicas, bem como a elucidação de alguns conceitos jurídicos a partir destas.\*

---

\* A inclusão de Saussure na nossa análise, a qual, em um primeiro momento, poderia parecer paradoxal, uma vez que estamos trabalhando com uma concepção da linguagem a partir da filosofia e não da semiologia, se justifica em face dos conceitos fundamentais por ele fornecidos para a compreensão dos sistemas signícos em geral (nos quais se inclui a linguagem e, especialmente, a linguagem do direito).

Ao iniciarmos propriamente a análise do pensamento hartiano centramos nossas preocupações em compreender o problema da obrigação jurídica e a estrutura do sistema jurídico, tal como ele os concebe.

Nesta perspectiva, o capítulo II tenta responder aos seguintes problemas: o do caráter obrigatório do direito e o da forma pela qual ele atua na vida dos sujeitos participantes do sistema. Para tanto, analisamos alguns jogos lingüísticos que podem expressar a imposição de condutas e a forma pela qual os participantes do jogo "lêem" o direito. Outrossim, podemos conceber o direito como um jogo de linguagem, tomando os diversos enunciados jurídicos como possibilidades de jogos lingüísticos, os quais necessitam de "treino" - no caso, a compreensão do caráter normativo destes enunciados. Nesta concepção hermenêutica reside a importância do intérprete enquanto sujeito do conhecimento. Isso nos remeteu à outra órbita da questão, qual seja, o problema da aplicação do direito ( ou a relação conhecimento/ação ).

O Capítulo III contém uma análise da estrutura do sistema jurídico, enquanto união de normas primárias e secundárias. O problema da validade jurídica está, em HART, indissociavelmente ligado à regra de reconhecimento, motivo pelo qual esta mereceu a nossa especial atenção. Terminamos o capítulo com uma análise da textura aberta do direito e dos problemas que dela advêm.

Por fim, não esperamos estabelecer posições definitivas em relação ao tema, motivo pelo qual nossas considerações finais constituem mais uma síntese de nossas inquietações do que um ideário de soluções.

## Capítulo I

### **A FILOSOFIA DA LINGUAGEM ORDINÁRIA E A SEMIOLOGIA: LUDWIG WITTGENSTEIN, JOHN LANGSHAW AUSTIN E FERDINAND DE SAUSSURE**

**E conceber uma linguagem é conceber uma forma de vida.**

L. WITTGENSTEIN

Existe no século XX uma forte tendência lingüística no pensamento filosófico e várias foram as correntes que privilegiaram a linguagem como fator determinante na resolução dos problemas filosóficos e científicos. Na realidade, podemos dizer que a partir de autores como Bertrand RUSSEL, FREGE, DILTHEY e os integrantes do Círculo de Viena, houve uma verdadeira " linguistic turn " no pensamento filosófico. Esta mudança de posição frente às várias possibilidades de conhecimento deve-se, fundamentalmente, à crença de que é a linguagem que determina a produção do objeto da ciência.

Desde a concepção da filosofia clássica, até o final do século passado e início do século XX, a linguagem era tida principalmente como um instrumento de designação de objetos, a qual se utiliza de signos e símbolos próprios para tanto. Este sistema convencional representado pela linguagem servia, assim, para "designar conteúdos já pensados".<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> LAMEGO, José. Hermenêutica e jurisprudência. Lisboa, Ed. Fragmentos, 1990. p. 127.

De início, a Filosofia da Linguagem encara a linguagem, na continuidade do pensamento ocidental, como um sistema convencional de representação dos fatos e objetos. Ela funcionaria, tão somente, como afiguração da realidade. Até esse momento não se leva em conta que, na realidade, não pode haver referência a objetos independentemente da linguagem. Isso significa que não é a linguagem apenas possibilidade de representação dos objetos, mas é ela a nossa possibilidade de nos referirmos a estes objetos e à própria realidade. Dentro desta perspectiva, então, a primeira Filosofia da Linguagem considera unicamente o uso referencial ou descritivo da linguagem.

Como iremos ver adiante (item 1.1) WITTGENSTEIN, à época do *Tractatus Logico-Philosophicus* (1921) apoiava-se nesta perspectiva de uma função essencialmente descritiva da linguagem. Neste momento, a premissa ainda era a de que a estrutura interna da realidade determinava a estrutura da linguagem.

Posteriormente, quando da publicação do seu *Philosophische Untersuchungen* - *Investigações Filosóficas* (1953) - WITTGENSTEIN abandona a sua teoria da linguagem como "afiguração dos fatos", em prol da concepção de uma linguagem pragmática (isto é, a relação dela com os seus usuários). Como veremos, passa-se agora à verificação do contexto em que se situa o movimento comunicacional. Este livro marca o nascimento de uma preocupação com os usos e funções ordinários da linguagem, movimento que viria a ser conhecido como Filosofia da Linguagem Ordinária.

Também neste sentido é que se insere a obra de John Langshaw AUSTIN (item 1.2). Em seguida à "linguistic turn" do início do século XX, o pensamento filosófico, a partir de 1950, é marcado pelo que poderíamos chamar

de " pragmatic turn ". Toma-se, cada vez mais, a posição do sujeito dentro do processo comunicativo e a linguagem é vista a partir de seus usos e funções. J. L. AUSTIN nos apresenta uma " teoria dos atos de fala " ou "speech acts " onde a linguagem e os proferimentos lingüísticos são encarados como atividade ou verdadeiras ações (objeto do nosso item 1.2).

Paralelamente a estes movimentos filosóficos, a lingüística do século XX também passava por grandes transformações. No item 1.3 deste capítulo procuraremos situar o pensamento de Ferdinand de SAUSSURE frente a estas modificações. Dentro das dicotomias que ele nos apresenta - língua/fala; análise diacrônica/sincrônica e de suas noções de signo e processo de comunicação nos será possível apreender alguns dos conceitos básicos utilizados na enunciação do discurso jurídico.

Conforme ressaltamos na introdução, a opção epistemológica fundamental deste trabalho reside na escolha da linguagem como instrumento de análise do direito. Pretendemos, pois, realizar uma abordagem deste a partir dos diversos enunciados que compõem o discurso jurídico. Isso se dará a partir da compreensão de certas noções chaves deste discurso, tais como dever, obrigação, regra, .... Por outro lado, é a Filosofia da Linguagem Ordinária que nos possibilitará a compreensão do aspecto hermenêutico do direito, presente em toda a obra de Herbert HART.

### 1.1 - A FILOSOFIA DA LINGUAGEM ORDINÁRIA:

#### WITTGENSTEIN

Podemos dividir a filosofia de WITTGENSTEIN em duas fases bastante diferenciadas, ainda que exista conexão entre algumas das idéias dos dois

períodos. O primeiro período é marcado pela publicação, em 1921, do *Tractatus Logico-Philosophicus*; o segundo é marcado pela publicação, em 1953, das *Philosophische Untersuchungen* (*Investigações Filosóficas*). Estas duas obras contêm praticamente todo o pensamento do autor, sendo as mais importantes da sua bibliografia.

O que caracteriza o pensamento wittgensteiniano dos dois períodos é o estudo da linguagem. A WITTGENSTEIN interessava compreender a estrutura e os limites do pensamento e ele acreditava poder realizar tal intuito a partir do estudo da estrutura e dos limites da linguagem. Diferencia-se a maneira como o estudo é feito, em uma e outra fase.

Podemos notar duas mudanças significativas entre um e outro período. A primeira é que, no *Tractatus*, WITTGENSTEIN acreditava que a estrutura interna da realidade determinava a estrutura da linguagem. Esta concepção foi depois abandonada, passando ele a acreditar que ocorre justamente o contrário: é a linguagem que determina a estrutura da realidade, uma vez que é através da linguagem que as coisas são vistas. A segunda alteração se refere à teoria da linguagem. De início, WITTGENSTEIN acreditava que as línguas partilham de uma estrutura lógica uniforme, apresentam uma essência comum. Posteriormente, passou a acreditar que isto não se verificava; a linguagem não possui uma estrutura comum e, se a possuir, ela será tão ínfima que não permitirá explicar as relações entre as suas várias formas.<sup>2</sup> Estas duas alterações marcam uma mudança de método entre uma fase e outra.

---

<sup>2</sup> PEARS, David. *As idéias de Wittgenstein*. São Paulo, Cultrix, 1988. p. 14-16.

A seguir, veremos as suas principais idéias, contidas no *Tractatus* e passaremos depois a uma abordagem do conteúdo das Investigações Filosóficas. Esta exposição não pretende realizar uma análise profunda do pensamento wittgensteiniano, o que fugiria aos objetivos do nosso trabalho. Interessa, tão somente, estabelecer as principais bases de seu pensamento, uma vez que este teve profunda influência na chamada " Escola de Oxford " (que tem em HART um de seus maiores expoentes), especialmente o WITTGENSTEIN da segunda fase.

### 1.1.1 - FILOSOFIA I : TRACTATUS LOGICO-PHILOSOPHICUS

O principal objetivo de WITTGENSTEIN na primeira fase de seu pensamento era o de descobrir a natureza essencial da linguagem. Isto tornaria possível a determinação da sua estrutura e dos seus limites. O que esse autor construiu foi uma teoria da linguagem, com a qual esperava ter encontrado a chave final dos problemas de filosofia.

Com a publicação do *Tractatus*, operou-se um deslocamento dos problemas filosóficos, os quais passaram a ser encarados dentro de parâmetros lógico-lingüísticos. Este livro viria a inserir-se em um debate mais amplo, realizado já a partir da segunda metade do século XIX, acerca dos fundamentos da lógica. A investigação de WITTGENSTEIN coloca-se como investigação dos fundamentos da lógica, a partir das doutrinas lógico-matemáticas de GOTTLÖB, FREGE e Bertrand RUSSEL. Elaborava-se uma doutrina do logicismo, a partir da qual haveria a redução dos métodos de análise e prova matemáticos à lógica, através de instrumentos apropriados e rigorosos de dedução. Para FREGE e RUSSEL, a " (...) *matemática e a lógica deveriam constituir uma totalidade sistemática, coerente e indivisível. As proposições matemáticas compartilhavam as mesmas*

*propriedades de forma dos enunciados lógicos e revelavam-se moldadas em termos de variáveis e de conexões lógicas.* " <sup>3</sup>

° A obra de FREGE constitui uma das matrizes fundamentais do *Tractatus*, tendo este estabelecido a dimensão de rigor e de certeza formal dos enunciados lógicos. Esta dimensão de rigor e de certeza formal foi por ele colocada em prática através da tentativa de criação de uma linguagem ideal, logicamente controlada. Tal linguagem é a ideografia, sendo ela contrária à linguagem natural. Segundo Aldo GARGANI, esta linguagem estaria " (...) destinada a exprimir os enunciados matemáticos nos termos de uma notação algorítmica rigorosamente disciplinada por regras de inferência, que deviam eliminar aquelas lacunas no processo de raciocínio, que eram colmatadas pelos matemáticos profissionais com o constante recurso ao critério da evidência. " <sup>4</sup> Esta linguagem suplantaria o método de análise das proposições em termos de sujeito e predicado, realizado pela linguagem comum.

É neste contexto, das doutrinas de FREGE e RUSSEL, e da Escola de Cambridge, que o *Tractatus* é produzido. Procurava-se, basicamente, uma análise conceitual realizada a partir da elaboração de instrumentos analíticos destinados ao esclarecimento dos aparelhos lógico-lingüísticos.

O eixo desta obra é a busca da natureza dos enunciados da lógica e da matemática. WITTGENSTEIN considerava que a filosofia estava repleta de confusões, devido à utilização incorreta da linguagem; ele já não encarava a filosofia como uma teoria, mas como atividade, a qual teria como função a clarifi-

---

<sup>3</sup> GARGANI, Aldo G. *Wittgenstein*. . Lisboa : Edições 70. p. 11.

<sup>4</sup> GARGANI, op. cit., p. 11.

cação lingüístico-conceitual. O instrumento de realização desta atividade seria a sintaxe lógica.<sup>5</sup>

Buscar a estrutura e os limites da linguagem, de maneira a encontrar a sua essência, encontrar a linguagem ideal: eis o objetivo principal do *Tractatus*. Alcançando-se esse objetivo, estariam afastadas as proposições da metafísica, consideradas pseudo-proposições, pois pretendem dizer o "indizível". Para compreendermos bem o mundo, temos que ir além dessas proposições. A última frase do *Tractatus* sintetiza bem este pensamento: "*Acerca daquilo de que se não pode falar, tem que se ficar em silêncio.*"<sup>6</sup>

Segundo Diego FARREL, citado por Luis Alberto WARAT, a palavra metafísica comporta dois tipos de atitudes: "*a) asserções transcendentais, isto é, indemonstráveis em princípio; b) a convicção de que existem verdades fáticas, que podem validar-se a priori, isto é, de forma totalmente independente dos dados observáveis.*"<sup>7</sup> Já para WITTGENSTEIN, toda necessidade é uma necessidade lógica. As necessidades lógicas, por sua vez, seriam todas tautologias vazias. Isto equivale a dizer que não existem verdades necessárias substanciais, ou seja, não existem verdades sintéticas *a priori*.

A lógica escapa à tentação metafísica, nela todas as respostas são coordenadas *a priori*, antes de qualquer experiência. As proposições lógicas já têm expressos, no seu próprio signo, sua verdade ou falsidade. Através de uma

---

<sup>5</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tratado lógico-filosófico*. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, p. 47, proposição 3.325.

<sup>6</sup> WITTGENSTEIN, *Tratado lógico-filosófico*, p. 142, proposição 6.54.

<sup>7</sup> FARREL, Diego. *La metodología del positivismo lógico: su aplicación al derecho*. Buenos Aires: Astrea, 1979. Citado por WARAT, Luis Alberto. ROCHA, Leonel Severo e CITTADINO, Gisele Guimarães. *O direito e sua linguagem*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1984, op. cit., p. 42.

concepção extensional da lógica, é possível dizer que (...) *as proposições são funções de verdade dos valores de verdade das proposições argumentos, ou de seus fundamentos de verdade, constituídos pelas proposições elementares.* " <sup>8</sup>

Disso decorrem dois casos limites: a) as tautologias - estas são funções de verdade que são incondicionalmente verdadeiras (há sempre consonância com as funções de verdade das proposições argumentos); b) as contradições - não são verdadeiras sob nenhuma condição (elas nunca vão estar de acordo com nenhuma das funções de verdade das proposições de verdade das proposições argumentos). Entre estes dois casos limites é possível encontrar uma série de casos intermediários, dependendo das possíveis combinações dos valores de verdade.

As proposições argumentos são todas constituídas por proposições elementares. Essas proposições constituem a unidade mínima de análise do signo proposicional; na decomposição deste aquela é o seu menor ponto. WITTGENSTEIN, na proposição 4.22 do *Tractatus* <sup>9</sup>, coloca que a proposição elementar é um nome. De acordo com a proposição 3.203<sup>10</sup>, o nome denota o objeto. Isto permite a WITTGENSTEIN ter a proposição como a figuração de um fato elementar, de um "estado de coisas". Assim: "*O sentido da proposição é a sua concordância ou a sua não-concordância com as possibilidades da existência e da não-existência de estado de coisas.*" <sup>11</sup> Avançando-se um pouco mais, temos que este autor criou uma teoria da linguagem como afiguração dos fatos.

---

<sup>8</sup> GARGANI, op. cit., p. 24.

<sup>9</sup> WITTGENSTEIN, *Tratado lógico-filosófico*: "*A proposição elementar consiste em nomes. Ela é uma conexão entre um encadeamento de nomes.*" p. 71, proposição 4.22.

<sup>10</sup> WITTGENSTEIN, *Tratado lógico-filosófico*: "*O nome denota o objeto. O objeto 'e a sua denotação (A é o mesmo sinal que A)*" p. 42, proposição 3.203.

<sup>11</sup> WITTGENSTEIN, *Tratado lógico-filosófico*, p. 71, proposição 4.2.

É a partir desta teoria que se constrói o pensamento wittgensteiniano acerca do critério de significação das proposições. Ou seja, a teoria do significado, neste autor, é uma teoria da afiguração dos fatos, conforme já colocamos. Se as proposições da lógica são incondicionalmente verdadeiras (independem da experiência e dos fatos), o mesmo não se passa com as demais proposições, que vão depender da experiência factual para o acerto dos seus valores de verdade. Ele estabelecia, assim, uma conexão entre a realidade e a linguagem. Disso decorre que a sintaxe lógica por ele pretendida proibia a ocorrência de expressões lingüísticas que não apresentassem uma determinação semântica.<sup>12</sup> A linguagem, para que pudesse revelar tão perfeitamente os fatos, não poderia ser a linguagem natural, cheia de imperfeições. Teria que ser uma linguagem artificial, adequada a exprimir os simbolismos da lógica.

Esta teoria nos leva, no rol dos empiristas lógicos, à necessidade de um critério empírico de verificabilidade. Ou seja, a denotação dos conceitos deve referir estados de coisas existentes.

Em síntese, esta é a teoria da linguagem contida no *Tractatus*. Veremos agora o abandono desta teoria por WITTGENSTEIN, através de uma breve análise das suas "Investigações Filosóficas".

---

<sup>12</sup> WITTGENSTEIN. Tratado lógico-filosófico: " *Toda proposição possível é construída regularmente, e se não tem sentido, então isso só pode resultar do fato de não termos dado qualquer denotação a algumas das suas partes constituintes.* " p. 100, proposição 5.4733.

## 1.1.2 - FILOSOFIA II : A FILOSOFIA DA LINGUAGEM ORDINÁRIA

Antes de realizarmos a análise da filosofia da linguagem ordinária, é conveniente proceder à explicitação de alguns conceitos básicos para a filosofia da linguagem.

A semiótica, segundo CARNAP, pode ser dividida em pura ou descritiva. A semiótica pura cuida da análise dos sistemas de linguagem formalizados, artificiais, construídos de acordo com critérios precisos. A semiótica descritiva tem como preocupação linguagens dadas, historicamente formadas (as chamadas linguagens naturais).<sup>13</sup>

Em um outro ponto de vista, considerando os elementos que se distinguem em cada linguagem, a semiótica pode ser dividida em: sintaxe, semântica e pragmática. A sintaxe estuda as regras de formação e derivação de uma linguagem, ou seja, estuda as relações dos signos entre si (expressões faladas ou escritas). À semântica cabe o estudo do significado das expressões: o seu *designatum* (aquilo a que elas se referem). Já a pragmática se preocupa com aqueles que usam a linguagem: é o estudo dos seus usos e funções.<sup>14</sup>

No estudo da sintaxe e da semântica também é importante a divisão entre linguagem-objeto e metalinguagem. Segundo STEGMÜLLER " A

---

<sup>13</sup> A este respeito ver: STEGMÜLLER, Wolfgang. A filosofia contemporânea. São Paulo : E.P.U., 1977. vol. I, p. 319. Também WARAT, op. cit. p. 39.

<sup>14</sup> Segundo WARAT, o problema central da semântica é o da verdade. Uma expressão, além de bem formulada sintaticamente, deve ser capaz de fornecer uma informação verificável sobre os fatos. Já a preocupação da pragmática envolve o modo de significar. Nessa perspectiva, pode haver deslocamento do significado a partir do uso que se faça da expressão. op. cit., p. 40-46.

*linguagem-objeto é uma linguagem a ser construída simbólica e artificialmente, ainda não formulada no princípio de uma investigação. A metalinguagem é a linguagem na qual são elaboradas as regras que hão de vigir na linguagem-objeto. Também na metalinguagem são formulados os resultados teóricos referentes à linguagem-objeto".*<sup>15</sup> A metalinguagem "fala" a linguagem-objeto. É possível existir um número indeterminado de metalinguagens, sucessivas umas às outras. Essa distinção é necessária para que possamos evitar antinomias semânticas.

#### 1.1.2.1 - A CRÍTICA AO "TRACTATUS "

O *Tractatus* girava em torno de um ideal de exatidão, de precisão inquestionável. Embora pretendesse ser um ataque frontal às chamadas pseudo-proposições da metafísica, a doutrina ali exposta acabava por partir de pressuposições ontológicas que iam contra o objetivo pretendido. Ao basear a análise da linguagem como afiguração dos fatos, WITTGENSTEIN via esta como a descrição de um mundo a ela preexistente. À linguagem caberia descrever os fatos do mundo; as proposições que a isto se referissem deveriam ser o mais exatas possível. Estava afastada qualquer indeterminação ou vaguidade das expressões e, por conseguinte, dos fatos.

Nesta obra também estavam contidos um certo absolutismo e atomismo. O atomismo se manifesta no fato de que as proposições (em sentido amplo), podem ir sendo decompostas (assim, as proposições-argumentos levariam às proposições elementares, sendo estas a menor unidade de análise e denotando um objeto). O absolutismo se revela na crença de que haveria apenas um único

---

<sup>15</sup> STEGMULLER. op. cit., 320.

modo de realizar esta decomposição. Desta forma, todos os fatos seriam contextualmente invariantes.

Além da concepção de que a estrutura da realidade determina a estrutura da linguagem, está presente ainda a busca da essência da linguagem, a partir da crença de que esta tem uma essência comum às suas várias formas. WITTGENSTEIN altera também o sentido da lógica.

Todas estas concepções são abandonadas na segunda fase do pensamento de WITTGENSTEIN, mudando completamente o eixo da sua análise da linguagem.

#### 1.1.2.2 - O OBJETIVO E O MÉTODO DE ANÁLISE DA LINGUAGEM

No *Tractatus*, as preocupações de WITTGENSTEIN situavam-se no eixo sintaxe/semântica. Nas Investigações Filosóficas a análise volta-se à pragmática, no sentido em que CARNAP a emprega (relação dos usuários com a linguagem: análise dos seus usos e funções, do modo de significar).

Uma concepção pragmática da linguagem privilegia sempre uma verificação do contexto onde ocorre a situação comunicacional. Expressões exatamente iguais podem apresentar significados diferentes, dependendo do seu contexto de utilização. Esta alteração do modo de significar é característica do processo de comunicação, uma vez que as expressões possuem sempre sentidos incompletos, abertos.

É precisamente nesta linha de análise que podemos inserir a obra de WITTGENSTEIN do segundo período. Ele propõe a descrição e o entendimento do uso da linguagem ordinária como forma de resolver os principais problemas filosóficos. Aqui, ele já não acredita mais ser necessária a criação de uma linguagem artificial; os problemas filosóficos não derivam de problemas inerentes à linguagem comum e sim da utilização que dela fazemos.

Qual é, então, o objetivo de WITTGENSTEIN na segunda fase?

Pretendia ele conhecer a linguagem vulgar; compreender a operatividade da linguagem humana, dentro de um contexto bastante amplo e elástico. As palavras são instrumentos dos quais se servem os indivíduos (e a própria ciência) para exprimir os seus pensamentos ou idéias. Neste sentido, os indivíduos operam com palavras e expressões, eles instrumentalizam a própria linguagem. O significar é, assim, sempre o reflexo de um ato de aprender. O sujeito falante aprende a utilizar-se da linguagem, a partir do entendimento que tenha do funcionamento desta. Sancionar o estatuto de significância e funcionalidade da linguagem comum, eis o seu objetivo. WITTGENSTEIN " (...) reconhecia na estrutura e nas modalidades de emprego da linguagem vulgar a matriz original do significado das operações linguísticas, que, por isso, não exigiam serem reconduzidas a um paradigma ideal de significância definido por requisitos lógicos de certo tipo." <sup>16</sup> Neste entendimento, é o uso que atribui um significado à palavra.

Dito isto, cabe-nos agora indagar qual é o método que WITTGENSTEIN utilizou para encontrar respostas às suas novas preocupações.

---

<sup>16</sup> GARGANI, op. cit., 53.

De início, podemos dizer que o método utilizado por ele é o empírico, voltado às descrições das práticas lingüísticas efetivas (isto está bastante claro na proposição número 8 das Investigações Filosóficas, onde o autor nos mostra o modo de emprego de determinadas palavras).<sup>17</sup> Para a realização desta análise, WITTGENSTEIN constrói um instrumental metodológico denominado "jogos de linguagem" (o qual será exposto no item 1.1.2.4). Estes jogos constituem modelos ou paradigmas estabelecidos pelas modalidades de emprego das expressões lingüísticas. Neste sentido, GARGANI coloca: *" Os ' jogos lingüísticos' apareceram, de fato, introduzidos por WITTGENSTEIN não com vista a ' uma futura regulamentação da linguagem ', mas sim com as roupagens de paradigmas alternativos de funcionalidade lingüística que, através de semelhanças e dessemelhanças, cumprem a tarefa de romper com a pretensão de codificar a linguagem segundo as regras de um modelo gramatical unitário, rígido e invariável, derivados das regras lógicas e rigorosas de um cálculo."*<sup>18</sup>

### 1.1.2.3 - A LINGUAGEM ENQUANTO USO

Conforme já vimos, WITTGENSTEIN reduziu o significado ao uso determinado da expressão lingüística. O que interessa, agora, é a linguagem enquanto uso. Nesta ótica, retomamos a visão da língua como sendo algo coletivo,

---

<sup>17</sup> ver WITTGENSTEIN, Ludwig. Investigações Filosóficas. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian. p. 177-178. proposição número 8: *" Consideremos agora uma extensão da linguagem (2). Além das quatro palavras ' bloco ', ' coluna ', etc., dispõe-se de uma série de palavras que serão usadas como o empregado (1) usou os numerais (pode ser a série de letras do alfabeto); além disso, ponhamos duas palavras, que podem ser ' ali ' e ' este ' (porque isso já sugere, grosso modo, a sua finalidade) que serão usadas em conexão com o gesto de apontar a mão; e finalmente um certo número de amostra de cores. A dá uma ordem do género ' d-lajes-ali- '. Nesta altura mostra ao seu ajudante uma amostra de cor e ao pronunciar a palavra 'ali' aponta um sítio no local de construção. B tira da pilha de lajes uma da cor da amostra para cada letra do alfabeto até a letra 'd' e trá-las ao sítio designado por A. - Noutras ocasiões A dá a ordem 'está-ali'. Ao dizer 'esta' aponta uma pedra de construção. Etc. "*

<sup>18</sup> GARGANI, op. cit., 83.

público, intersubjetivo. Não é o indivíduo, isoladamente, que detém o poder de se comunicar através da linguagem; este poder pertence ao grupo, a uma determinada comunidade lingüística. O significado de um termo ou expressão existe de uma ou de outra forma enquanto reconhecido pela comunidade que o emprega. Neste reconhecimento influenciam diversos fatores, uma vez que ele é produto de um hábito cultural, de práticas sociais e das instituições vigentes. A linguagem funciona como instrumento da comunicação pública, intersubjetiva, e como tal deve ser compreendida.

Decorre disto que o significado sempre existe " em aberto ". Ou seja, é no contexto da enunciação fática que ele vai ser " preenchido ". Podemos dizer que um termo possui dois níveis básicos de significação: o significado de base e o significado contextual. Para WARAT - *" 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 efeito de sentido derivado dos processos efetivos de comunicação social. "*<sup>19</sup>

É necessário que existam, então, regras globais de referência no contexto em que a comunicação ocorre. Quando falamos, falamos sobre algo. E falar sobre o falar pressupõe o uso correto das palavras (ou o uso legítimo das palavras). E a justificação para o uso de uma expressão deve ser intersubjetiva, deve valer também para o outro.<sup>20</sup> As regras, para WITTGENSTEIN, já não devem mais identificar procedimentos ideais de comunicação, elas devem servir para dirigir e modificar a comunicação (no sentido em que elas também passam a influir

---

<sup>19</sup> WARAT, op. cit., 65.

<sup>20</sup> WITTGENSTEIN, Investigações filosóficas . p. 391. proposição 378.

na conduta dos indivíduos). Assim: " *Não: Sem a linguagem não poderíamos comunicar uns com os outros - mas antes: sem a linguagem não podemos influenciar as outras pessoas desta e daquela maneiras, não podemos construir estradas e máquinas, etc. E também: sem o uso da fala e da escrita, as pessoas não poderiam comunicar.* " <sup>21</sup>

É seguindo as regras da linguagem que estabelecemos os seus usos. A regra já não existe como reflexo de um modelo ideal ou de uma prática de conduta. A regra é agora o próprio procedimento que conduz ao estabelecimento de condutas. O disciplinamento da linguagem passa a residir na concomitância dos seus diversos usos, na regularidade de padrões em que é empregada e na consciência que os indivíduos dela possuem (o que determina a sua utilização).

#### 1.1.2.4 - A TEORIA DOS JOGOS DE LINGUAGEM

A teoria dos jogos de linguagem representa o instrumental analítico utilizado por WITTGENSTEIN para compreender o fenômeno da comunicação. Estes jogos são conceituados por ele da seguinte maneira: " *Chamarei também ao todo formado pela linguagem com as atividades com as quais ela está entrelaçada o 'jogo de linguagem'.* " <sup>22</sup>

Explicitando melhor este conceito, STEGMÜLLER coloca: " *Um jogo de linguagem consta, nas situações normais, de uma seqüência de manifestações lingüísticas, a que se associa, ainda, uma determinada situação*

---

<sup>21</sup> WITTGENSTEIN, *Investigações filosóficas*, p. 431. proposição 491.

<sup>22</sup> WITTGENSTEIN, *Investigações filosóficas*, p. 177. proposição 07.

*externa, e a que se juntam, na maioria das vezes, outras ações.* " <sup>23</sup> Vários são os exemplos que podemos dar desses jogos: ler um discurso, dar uma aula, assistir a uma peça de teatro, escrever esse trabalho, etc....Em suma, esses jogos representam um modo fático de utilizar a linguagem.

Existe uma multiplicidade de jogos de linguagem, e a sua possibilidade de criação é quase infinita. Estes jogos mudam com as circunstâncias e as formas de vida. Da mesma forma, mudam as maneiras de " jogar " e as regras que disciplinam o jogo. Com o passar do tempo, novos jogos " *vão surgindo, outros vão desaparecendo e sendo esquecidos*" ( Investigações Filosóficas, proposição 23).

Na realidade, os jogos lingüísticos representam escolhas. Escolhemos uma e não outra possibilidade de combinação dos signos lingüísticos. WITTGENSTEIN prende-se a estes jogos como modelos explicativos, comparando-os várias vezes a outros jogos (como o xadrez). Como todo jogo, os jogos lingüísticos necessitam de regras que os disciplinem (conforme já colocamos) e também de " treino ". O treino, nesse caso, consiste no aprendizado da técnica, das possibilidades de realização dos jogos. A este " processo de treinamento ", WITTGENSTEIN denomina adestramento ( " *Ensinar a linguagem aqui não é explicar, mas antes adestrar* " , Investigações Filosóficas, proposição 5). A linguagem, antes de ser utilizada, tem que ser dominada (e é esse domínio que adquirimos pelo treino).

Para jogar, é necessário saber operar com os elementos que compõem a linguagem (palavras, frases, expressões). A linguagem comporta, assim, um

---

<sup>23</sup> STEGMÜLLER. op. cit., 449.

ponto de vista operativo. Este lado operacional implica em intencionalidade; o indivíduo, quando fala, deseja expressar algo. Esse "algo" pode assumir várias formas: reconhecer um fato, dar uma ordem, fazer um pedido, etc...São todas diferentes opções realizadas com as ferramentas fornecidas pela linguagem (esclareceremos melhor esse ponto no item 1.2).

Se levarmos em consideração que não existe um único jogo de linguagem, mas uma multiplicidade deles, estes jogos estão sempre interrelacionados. O que nos leva à constatação de que eles são influenciados por vários fatores. Entre estes fatores podemos mencionar: a) o tempo (passado, presente e futuro) em que dizemos algo; b) o sujeito com quem falamos; c) as manifestações extra-lingüísticas do ato comunicacional; d) a situação concreta da comunicação.

Como podemos ver, há uma enorme complexidade circundando a utilização da linguagem. O que confirma a necessidade, verificada por WITTGENSTEIN, de haver um adestramento por parte do usuário; ele deve aprender a "jogar".

#### 1.1.2.5 - A TEXTURA ABERTA DA LINGUAGEM: VAGUEZA E AMBIGÜIDADE

A linguagem possui limites que lhe são inerentes, limites que fazem parte do próprio processo de comunicação. WITTGENSTEIN parte da compreensão de que a linguagem determina a estrutura da realidade, as coisas são vistas através dela. Existindo uma indeterminação no mundo dos fatos, existe também indeterminação na linguagem.

Conforme já dissemos, as expressões lingüísticas não possuem por si só um significado unívoco. Existe sempre uma indeterminação de sentido, uma vez que o significado é obtido a partir do uso e do contexto em que ele é referido. Independentemente desse fato, mesmo contextualizando as expressões, por vezes elas continuarão com um sentido vago ou indeterminado. Mas o que nos interessa ressaltar é que a indeterminação da linguagem situa-se quase sempre no nível da significação de base.

A essa impossibilidade de estabelecer sempre um significado preciso para as expressões, WAISMANN chamou " *a textura aberta da linguagem* ".<sup>24</sup> Segundo este autor, este tipo de indeterminação não pode jamais ser completamente eliminado. Embora possam ser tomadas decisões sobre em qual sentido um termo deve ser empregado, restarão ainda inúmeras possibilidades onde o conceito ainda não foi delimitado. Também WITTGENSTEIN reconhece essa possibilidade nas Investigações Filosóficas.

São duas as principais formas de indeterminação de sentido: a vagueza e a ambigüidade.

Um termo é vago se ele não apresenta uma resposta definida quanto à sua utilização. Segundo WARAT, a vagueza constitui um problema de denotação do termo.<sup>25</sup> A denotação explicita os exemplares que podem ser referidos a um termo. A vagueza deixa indeterminada, assim, a qual classe de objetos que pode ser aplicado um termo. O exemplo clássico é o do careca: quantos fios de cabelo

---

<sup>24</sup> WAISMANN, Friedrich. *Verifiability*. In: ALSTON, P.W. *Filosofia da linguagem*. Rio de Janeiro : Zahar, 1977, p. 134.

<sup>25</sup> WARAT, op. cit., 76.

uma pessoa deve ter (ou não ter) para ser chamada de careca? Nesse caso (e em vários outros), não existe uma resposta precisa.

Outro tipo de imprecisão é a ambigüidade, esta situada no âmbito da designação de um termo. A designação enumera os atributos que podem ser derivados de um termo; ela explicita certos critérios comuns que devem conter os objetos ou indivíduos para que possam ser agregados numa mesma classe. Se um termo possui mais de uma série de propriedades designativas, ele poderá ser empregado em classes diferentes. A este respeito, WARAT coloca: "*Em suma, dizemos que um termo é ambíguo quando temos dúvidas sobre qual a classe a que o rótulo se aplica. Especificada a classe, pode surgir a dúvida em torno da sua extensão. Estaremos, então, frente a um problema de vagueza.*"<sup>26</sup>

## 1.2 - A TEORIA DOS ATOS DE FALA: JOHN LANGSHAW AUSTIN

John Langshaw AUSTIN pode ser considerado um dos maiores representantes da "Escola Analítica de Oxford". Conforme já colocamos no item 1.1. deste capítulo (ao nos referirmos à primeira fase do pensamento wittgensteiniano), a análise lingüística que dominou a filosofia até os anos 40, inspirada pelo positivismo lógico, centrava-se na compreensão das proposições descritivas, sendo estas alicerçadas no rigor do cálculo lógico. Nesta primeira fase da filosofia da linguagem, interessava basicamente a possibilidade da construção de uma linguagem artificial, que servisse ao propósito de "purificar" a filosofia das confusões que a impregnavam, devidas principalmente ao caráter metafísico ou ontologizante daquela.

---

<sup>26</sup> WARAT, op. cit., 79.

Já a segunda fase de WITTGENSTEIN é marcada por uma concepção da linguagem assentada nos seus usos e funções; voltada a uma compreensão pragmática desta. Já colocamos anteriormente que a sua teoria dos " jogos de linguagem " tomava esta dentro do seu contexto de utilização; cada vez mais, a preocupação é desvendar os meandros da situação comunicacional. Entretanto, WITTGENSTEIN não explicitou suficientemente as diversas possibilidades de utilização dos aparelhos lingüísticos e é justamente neste aspecto que J.L. AUSTIN presta sua maior contribuição ao pensamento filosófico. O seu estudo dos diferentes significados das expressões lingüísticas e a sua colocação de que a linguagem é uma **atividade** - de que a utilização das expressões lingüísticas corresponde a uma ação - contribui em muito para a clarificação do contexto de comunicação de uma comunidade lingüística.

J. L. AUSTIN refuta, de pronto, o paradigma central da primeira filosofia da linguagem, segundo o qual esta teria essencialmente uma função descritiva. A isso J. L. AUSTIN chama de " falácia descritiva ", colocando que " *Proferir óbvias frases rituais nas circunstâncias apropriadas não é descrever a ação que praticamos, mas praticá-las ( ...).* " <sup>27</sup> E é precisamente neste ponto que exsurge a sua teoria dos atos de fala (" speech acts ").

Numa análise pragmática da linguagem, esta é compreendida em relação à sua função de mediação na relação sujeito/ sujeito. Qualquer entendimento no processo comunicativo demanda um terreno prático de atuação automática onde os sujeitos conhecem as regras - a gramática - do jogo lingüístico. Os agentes deste processo também devem atuar no sentido de confirmar sempre os

---

<sup>27</sup>AUSTIN, J. L. Outras mentes. in: Os Pensadores. São Paulo. Nova Cultural. 1989. p. 38.

critérios de aplicação destas regras.<sup>28</sup> Em J. L. AUSTIN, o ato de fala, a circunstância comunicativa propriamente dita tem um caráter contratual, convencional. A linguagem é uma prática social concreta e como tal deve ser analisada.

AUSTIN parte do pressuposto de que existe uma série de proferimentos lingüísticos cuja função não é meramente a de dizer algo mas, ao contrário, cuja própria enunciação representa um fazer algo. O proferimento, neste caso, é a própria realização da ação. A estes proferimentos, que não declaram algo mas fazem algo, chama proferimentos performativos. Ao cometê-los, se está realizando uma ação. Daí chamarmos a esta teoria de "teoria dos atos de fala". Os proferimentos performativos não se submetem a um critério de verdade/falsidade, posto que nada declaram. Estes proferimentos possuem uma determinada força, e devem ser analisados em relação ao êxito que obtiveram.

Em oposição a estes, temos os proferimentos constatativos, que são atravessados pelo critério de verdade/falsidade e cuja função é declarar algo.

Os atos performativos referem-se àquilo que mencionamos acima - ao problema das regras constitutivas do sistema: eles estão inseridos dentro de determinadas instituições sociais, devendo haver, por detrás deles, um consenso por parte dos participantes do processo. Assim é que, em determinadas circunstâncias, que AUSTIN chama de " rituais " , eles logram alcançar êxito ou não.

---

<sup>28</sup> Neste sentido: " Não há intencionalidade sem um fazer, sem o uso intersubjetivo da própria linguagem; não há sentido, nem qualquer figuração de estados de coisas, sem a prática da própria linguagem corrigindo-se a cada instante ". GIANNOTI, José Arthur. "Habermas: mão e contramão." in: Racionalidade e Ação. coord. Valério Rohden. Porto Alegre. Ed. da Universidade. 1992. p. 65.

Para esclarecermos melhor, tomemos os seguintes exemplos: <sup>29</sup>

- a) " Aposto cem cruzados como vai chover amanhã " ;

- b) " Está chovendo " .

No primeiro caso, o sujeito que faz o proferimento não está declarando, constatando e nem descrevendo nada; ele está, na realidade, realizando algo (no caso presente, realizando uma aposta). Seu proferimento não é, então, um mero enunciado, mas corresponde à própria ação.

Já no segundo caso, o sujeito que profere o enunciado não está realizando nada, mas meramente constatando ou descrevendo uma situação de fato. Ao mesmo tempo, esta situação declarada por ele pode ser verdadeira ou falsa (embora o emissor do enunciado o dissesse, poderia não estar chovendo). O primeiro caso corresponde a um proferimento performativo, o segundo caso corresponde a um proferimento constativo.

J. L. AUSTIN divide ainda os atos de fala em locucionais e ilocucionais. Os atos locucionais correspondem aos proferimentos constativos, os ilocucionais correspondem aos proferimentos performativos. Dentro dos atos ilocucionais, temos ainda a classe dos atos perlocucionais (também chamados perlocutórios). Passaremos, daqui para a frente, a utilizar as expressões " atos locucionários " , " atos ilocucionais " e " atos perlocucionários " .

---

<sup>29</sup> AUSTIN, J. L. Quando dizer é fazer. . Porto Alegre. Artes Médicas. 1990. p. 24.

O ato locucionário corresponde a um proferimento simples, não produzindo efeito prático algum. Já o ato ilocucionário produz um determinado efeito em alguém.

São exemplos de atos ilocucionais os seguintes verbos: <sup>30</sup> "relatar", "anunciar", "predizer", "admitir", "opinar", "perguntar", "admoestar", "solicitar", "sugerir", "ordenar", "propor", "expressar", "felicitar", "prometer", "agradecer", "exortar". São exemplos de atos perlocucionários: "fazer X saber que", "persuadir", "iludir", "encorajar", "incitar", "assustar", "divertir", "levar X a fazer", "inspirar", "imprimir", "desviar", "levar X a pensar sobre", "aliviar a tensão", "embaraçar", "trair atenção", "entediar".

Conforme colocamos antes, os atos ilocucionais não se submetem à critérios de verdade e sim aquilo a que J. L.AUSTIN chama de "infelicidades" ou "maus usos". Ou seja, eles podem ser incorretamente empregados ou podem não alcançar êxito.

Para J. L .AUSTIN, são as seguintes as condições para "performativos felizes":

(A-1) a existência de uma convenção, aceita pelos membros de uma comunidade lingüística, devendo ainda existir uma associação entre cada maneira de agir e o seu efeito, levando em conta aquela convenção e em certas circunstâncias: <sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> ALSTON, P. W. Filosofia da Linguagem. op. cit., p. 57.

<sup>31</sup> AUSTIN, Quando dizer é fazer. op. cit., 31.

(A-2) a convenção pode ser aplicada apenas em certas circunstâncias, ditas apropriadas, e em relação a pessoas idôneas, tendo em vista o procedimento utilizado;

(B-1) a ação deve ser corretamente executada por todos os participantes envolvidos;

(B-2) esta ação deve ser completamente executada por todos;

(C-1) este é considerado um requisito adicional, por determinar que as pessoas envolvidas no ato partilhem idéias ou sentimentos, e também que os participantes tenham a intenção de realizar a conduta apropriada no futuro e

(C-2) no futuro, devem realmente se conduzir daquela maneira.

Em relação aos quatro primeiros itens (A-1, A-2, B-1, B-2), quando neles incidem falhas, dizemos que o ato - proferimento performativo - não chega a concretizar-se, não se realiza com êxito.

Ao contrário, quando ocorre violação das regras C-1 e C-2 os atos são executados, concretizam-se, porém acontece o que J. L. AUSTIN chama de "abusos".<sup>32</sup>

Em síntese, essas são as condições dos chamados "performativos felizes" (uma explicação mais detalhada fugiria aos objetivos do nosso trabalho).\*

---

<sup>32</sup> AUSTIN, Quando dizer é fazer. op. cit., p. 33.

\* A este respeito consultar J. L. Austin, Quando dizer é fazer. conferências II, III e IV.

J. L.AUSTIN nos alerta ainda para o chamado caráter convencional dos atos performativos. Nos coloca ainda que somente a obsessão dos juristas em considerar que os proferimentos judiciais ou legais sejam declarações " falsas " ou " verdadeiras " os impedem de perceber as " infelicidades " que podem acometer tais atos.

Na análise dos atos de fala sobressaem, assim, dois aspectos - um intencional e outro convencional - nos importando enormemente a relação entre ambos. Ou seja, a partir desta constatação se nos impõe o reconhecimento do caráter institucional da linguagem. E, no aspecto que nos interessa mais de perto, o caráter institucional do direito, cujo discurso se enuncia através dessa linguagem essencialmente convencional.

### 1.3 - A SEMIOLOGIA DE SAUSSURE

#### 1.3.1 - CARACTERIZAÇÃO

Enquanto vivo, SAUSSURE publicou somente duas obras: a "Memória sobre o sistema primitivo das vogais nas línguas indo-européias" (Leipzig, Teubner, 1879) e sua tese de doutorado sobre o genitivo absoluto em sânscrito (Genebra, 1881). Porém, foi com a publicação póstuma (ele faleceu em 22 de fevereiro de 1913) do seu " Curso de Lingüística Geral ", em 1916, que ele ganhou considerável espaço no campo da lingüística e da semiologia em geral. Este livro foi redigido por BALLY e SECHEHAYE, baseados em notas dos alunos que

assistiram ao curso do mestre genebrino na Universidade de Genebra, no período compreendido entre 1907-1911.<sup>33</sup>

Logo no início do *Cours*, SAUSSURE nos manifesta uma nítida preocupação epistemológica, ao colocar: "*Bem longe de dizer que o objeto precede o ponto de vista, diríamos que é o ponto de vista que cria o objeto ...*".<sup>34</sup> Esta afirmação acentua em sua obra o primado do teórico sobre o real. Isto equivale a dizermos que a realidade não se constitui em objeto da ciência por si própria, importando enquanto substrato de base para um plano real reconstruído pela ciência.

Como conciliarmos esta colocação com a constatação de que em SAUSSURE a linguagem é um fato social e, mais ainda, que são todas as manifestações da linguagem humana que se constituem na matéria da lingüística? Aqui não se daria o inverso (o real seria primordial em relação ao teórico)?

Na realidade, temos uma conjugação destes dois fatores, aparentemente opostos. É o processo de elaboração teórica que vai dar sentido e revelar a função dos dados reais. Assim, "*SAUSSURE propõe como objeto de sua ciência, a resultante de um processo teórico, que funciona como um modelo capaz de dar conta do sistema de significação subjacente à aparência empírica dos signos.*"<sup>35</sup>

Mas qual seria esta ciência?

---

<sup>33</sup> MOUNIN, Georges. A lingüística do século XX. Lisboa, Editorial Presença, p. 54.

<sup>34</sup> SAUSSURE, Ferdinand de. Curso de lingüística geral. São Paulo : Cultrix, p. 15.

<sup>35</sup> WARAT, Luis Alberto, ROCHA, Leonel Severo, CITTADINO, Gisele. O direito e sua linguagem. op. cit., p. 20.

Para SAUSSURE esta ciência é a Semiologia, da qual a Lingüística é apenas uma parte. Neste autor, o problema lingüístico é antes de tudo um problema semiológico. Nesta ótica, caberia à semiologia estudar " (...) *a vida dos signos no seio da vida social.* " <sup>36</sup> Disso decorrem duas importantes conseqüências: a) o signo é, por sua própria natureza, social e b) a linguagem não é o único sistema de signos existentes. Com o signo ser social, queremos dizer que ele é um produto da elaboração humana; como ato comunicacional, o signo se manifesta na sociedade. Por sua vez, existem n outros signos que não a linguagem, tais como: os gestos, os ritos simbólicos, as formas de polidez, etc...

A semiologia, se constituindo em uma ciência geral dos signos, vai se preocupar com todos os sistemas significativos. E é justamente no entrelaçamento destes sistemas que vai ser possível à lingüística descobrir a verdadeira natureza da língua. Até aqui temos ressaltado que a lingüística é apenas uma parte da semiologia, a qual não se esgota no estudo dos signos lingüísticos. No entanto, não há como deixarmos de constatar que é através dos signos verbais que SAUSSURE vai buscar a compreensão dos demais sistemas sígnicos.

Feitas essas observações iniciais, cumpre-nos agora identificar os principais traços da semiologia, conforme a concebeu SAUSSURE.

### 1.3.2 - A DISTINÇÃO LÍNGUA/FALA

Um dos principais traços da obra de SAUSSURE é justamente o da distinção que ele faz entre língua e fala. Esta dicotomia (talvez a mais importante no conjunto da sua obra) nos revela uma característica importante deste autor:

---

<sup>36</sup> SAUSSURE, op. cit., 24.

aquilo que muitos identificam como " mania dicotômica ". Na realidade, a análise de SAUSSURE é constituída de diversas oposições, formadas sempre de forma binária, em pares. Assim, tem-se: língua/fala, significante/significado, relações sintagmáticas/ paradigmáticas, entre outras. Se estas dicotomias não são irreduzíveis, são o suficiente para emprestar à abordagem de SAUSSURE um caráter nitidamente estrutural.

A linguagem é sempre heterogênea, enquanto conjunto global. Essa sua não explicitação concreta lhe confere um caráter bastante complexo, dificultando o seu estudo. Ao concebê-la como o somatório da língua + fala, diferenciamos os seus componentes e é justamente essa diferenciação que vai nos possibilitar a sua compreensão. Com efeito, SAUSSURE coloca: "*O estudo da linguagem comporta, portanto, duas partes: uma, essencial, tem por objeto a língua, que é social em sua essência e independente do indivíduo; esse estudo é unicamente psíquico; outra, secundária, tem por objetivo a parte individual da linguagem, vale dizer, a fala, inclusive a fonação e é psico-física.*"<sup>37</sup>

Nesta estrutura está implícita uma tensão entre dois pólos opostos da linguagem: um pólo é constituído pela língua, sendo codificado, coletivo e sucessivamente transmitido, o outro pólo é constituído pela fala, ele é individual, livre e criativo. Mas o que vem a ser exatamente a língua?

A língua é, antes de mais nada, um fato social. Considerada a linguagem como uma faculdade, a língua se constitui no conjunto das convenções necessárias ao exercício desta faculdade pelos indivíduos. Nesta ótica, a língua é

---

37 SAUSSURE, op. cit., 27.

um código que não pode ser alterado individualmente (as alterações só serão verificáveis quando aceitas pelo conjunto da massa falante de uma comunidade).

Em oposição à língua, a fala é individual. A execução da fala é feita pelo indivíduo e ele, ao falar, produz uma série de enunciados. Toda enunciação requer um código que a regule, função que aqui é cumprida pela língua.

Diversas relações se estabelecem entre a língua e a fala. Uma delas é de anterioridade, haja visto que a língua é sempre anterior à fala, uma vez que lhe fornece os critérios de significação. Pelo mesmo motivo, fica estabelecida uma relação de dependência entre ambas.

SAUSSURE nos coloca que o verdadeiro e único objeto da ciência lingüística, em sentido estrito, é a língua, embora não descarte a possibilidade de criação de uma lingüística da fala.

No que mais importa desta oposição, no âmbito deste trabalho, podemos dizer: "*A língua é definida por sua função como método de abordagem dos fatos lingüísticos e a fala como os fatos sígnicos que obtém sua significação mediante sua inscrição na língua.*"<sup>38</sup>

### 1.3.3 - O SIGNO: COMPOSIÇÃO E PROCESSO DE SIGNIFICAÇÃO

A análise semiológica está diretamente centrada na unidade sígnica. Esta é uma unidade bifásica composta, de um lado, pelo significante e, de outro,

---

38 WARAT, op. cit., 22.

pelo significado. Segundo SAUSSURE, o signo é formado pela união de um conceito a uma imagem acústica, de uma idéia a um suporte fonético (não se une uma palavra a uma coisa). O signo não tem jamais um engate direto com o mundo real, ele funciona como instrumento mediador das formações culturais (disto decorre também a arbitrariedade do signo, que abordaremos no item 1.3.4).

Ao realizarmos a análise do signo, é possível distinguirmos no seu interior dois planos conceituais: o plano de expressão (ou plano material), representado pelo significante (som, sinal, gesto,...) e o plano de conteúdo, representado pelo significado (fenômeno, fato). Assim: "*O signo, portanto, é um conceito teórico que empregamos para nos referir ao ponto de articulação indissociável entre o indício material (significante) e o seu conteúdo conceitual (significado).*"<sup>39</sup> Desta forma, é o significante que dá acesso ao significado.

SAUSSURE também nos afirma que o signo não deve ser confundido com o significante (imagem acústica), embora este seja um erro freqüente. A título ilustrativo, ele cita o caso do signo arbor. Este signo contém em si um conceito (árvore), ao mesmo tempo que contém a sua representação acústica.

A significação, por sua vez, constitui-se em um processo (o "processo de significação"). A significação é, então, a união entre o significante e o significado, união cujo produto é o signo. Porém, embora SAUSSURE não ressalte explicitamente, o processo de significação não deve ser interpretado numa perspectiva reducionista. Construimos a significação não só a partir da união conceito/imagem acústica, mas também a partir da relação entre os vários signos do sistema.

---

<sup>39</sup> WARAT, op. cit., 25.

Sendo dinâmica, a significação não ocupa um lugar estanque, diferente do signo. Não podemos, então, opor signo à significação. A significação atravessa o signo de ponta a ponta (ela se acha no encontro recíproco dos componentes sígnicos); disto decorre que, no limite, não existe signo puro. Ao entendermos o signo como a união de uma imagem acústica a um conceito, e a significação como esta união, temos que sempre o signo terá significação. Podemos dizer que a significação realiza e confirma o signo.

Nos é possível dizer que, nesta ótica, o signo é em si próprio insignificante? Aqui devemos introduzir um novo conceito: o de significância. Esta " (...) designa a capacidade do signo de desdobrar-se ou redobrar-se, de converter-se em signo de si mesmo ou de outros signos. " <sup>40</sup> Com efeito, evidenciamos um duplo movimento do signo no processo de significação: consigo mesmo e com os demais signos do sistema.

#### 1.3.4 - AS PROPRIEDADES DOS SIGNOS: ARBITRARIEDADE, LINEARIDADE, IMUTABILIDADE E MUTABILIDADE

##### 1.3.4.1 - ARBITRARIEDADE

Segundo SAUSSURE, o signo lingüístico é arbitrário. Numa análise inicial, isto nos quer dizer simplesmente que o significado não está de forma alguma ligado à seqüência de sons que formam o significante. Na época em que o

---

40 RESWEBER, Jean Paul. A filosofia da linguagem. São Paulo : Cultrix, 1982, p. 11. Diferentemente de Saussure, este autor acredita que a significação reside na estrutura refletiva do signo. Esta " (...) implicaria um sistema de remissões indefinidas a outros signos; provém ela, antes, da natureza referencial do enunciado que permite a cada um dos signos mobilizados tornar-se em figura de alguma coisa, elemento de uma 'linguagem do real'. " Esta perspectiva não se coaduna com o princípio da arbitrariedade do signo, encontrado em Saussure.

*Cours* foi publicado, esta idéia dominava toda a lingüística (o fato de que hoje este princípio não seja aceito sem restrições vai ser abordado mais adiante).

Por arbitrário, o mestre genebrino entende que o significante é imotivado -a arbitrariedade existe em relação ao significado - aquele não mantém com este nenhum vínculo natural. Assim, o signo está sempre vazio. Nesta ótica, o ideal do procedimento semiológico só seria realizado inteiramente pelos signos completamente arbitrários.

Um determinado grupo lingüístico estabelece uma série de signos. A partir do momento em que estes signos estão estabelecidos (baseados em um hábito coletivo ou em uma convenção), não depende mais da livre escolha do indivíduo que fala alterar o significado. Deste modo, a arbitrariedade do signo não representa a possibilidade de o indivíduo falante efetuar esta alteração. Ela representa, isto sim, a inexistência de qualquer vínculo natural a unir a imagem acústica ao significado.

SAUSSURE nos apresenta uma exceção a este princípio. Trata-se do símbolo, que é comumente confundido com o significante. O símbolo difere do signo a partir do fato de que existe um resquício de vínculo natural que une o significante ao significado. Desta forma, este termo comporta uma idéia de motivação. O exemplo clássico do símbolo (também citado no *Cours*) é o caso da balança. Neste exemplo, o símbolo da justiça - que é a balança - não poderia ser substituído por outra coisa qualquer (um carro ou uma árvore, por exemplo).

Por último, devemos ressaltar que a arbitrariedade do signo é relativa, visto constituir-se a língua em um sistema. Estabelecido dentro do sistema, através

de simultaneidades e oposições, o signo recebe do próprio grupo social que constituiu o sistema lingüístico um caráter motivador para a união de seus componentes.

#### 1.3.4.2 - A LINEARIDADE

Para SAUSSURE, este princípio é bastante simples mas nem por isto menos importante, sendo que todo mecanismo da língua depende dele. Ele está diretamente relacionado à natureza do significante - que é auditiva - e suas principais características são: *"a) representa uma extensão e b) essa extensão é mensurável numa só dimensão: é uma linha."*<sup>41</sup>

Os elementos dos significantes acústicos constituem uma cadeia, estando encadeados uns após os outros, através da linha do tempo. Na representação escrita isso fica bastante claro, ao substituímos esses significantes por signos gráficos (substituímos a linha do tempo por uma linha espacial).

Segundo Luis Alberto WARAT<sup>42</sup>, este princípio decorre do princípio da discrição. Este princípio baseia-se no fato de que toda unidade lingüística tem um único valor, sem matizes intermediárias. Os signos são independentes entre si e, no discurso, não há possibilidade de encavalamento (duas palavras não podem ser pronunciadas ao mesmo tempo).

#### 1.3.4.3 - A IMUTABILIDADE

Dizer que o signo lingüístico é imutável significa dizer que, em princípio, ele resiste a toda e qualquer substituição. Com isso, retiramos ao

---

41 SAUSSURE, op. cit., 84.

42 WARAT, op. cit., 27.

indivíduo, e à própria massa falante, a possibilidade de exercer qualquer modificação sobre eles.

Entendendo a língua como uma herança transmitida sucessivamente de geração a geração, SAUSSURE desloca o problema da origem da língua para o seu estudo num dado momento. A língua é sempre um produto transmitido pelas gerações anteriores (é sempre a resultante de fatores históricos <sup>43</sup>), e nos cabe recebê-la tal como ela se apresenta. Essas colocações nos permitem compreender a imutabilidade do signo.

Esta problemática está situada num plano mais amplo. Sendo a língua uma instituição, caberia a indagação de como se transmitem as instituições. Principalmente a de saber qual o grau de liberdade que rege essa transmissão. Constataremos que, no caso específico da língua, esse grau é praticamente inexistente, o que nos veda qualquer transformação geral e repentina.

Porém, alguns fatores nos permitem entender melhor esta propriedade dos signos.

Em primeiro lugar, temos que a imutabilidade está diretamente relacionada ao princípio da arbitrariedade do signo lingüístico. Teoricamente, este caráter arbitrário permitiria uma alteração (visto não existir nenhum vínculo natural entre o significante e o significado) do signo. O hábito coletivo que preside os processos de significação impede que eles sejam alterados pela vontade do indivíduo.

---

43 SAUSSURE, op. cit., 86.

A imutabilidade também está assente na multidão de signos exigidos para constituir um sistema lingüístico, o que dificulta qualquer transformação. Da mesma forma, a complexidade do sistema lingüístico demonstra a incapacidade da massa falante para transformá-la.

Um último fator de extrema importância é "*A resistência da inércia coletiva a toda renovação lingüística* ." <sup>44</sup> A língua não é utilizada por um indivíduo em particular ou por apenas um grupo determinado; ela é manejada por toda a coletividade. Esta comunidade, como um todo, exerce uma pressão contrária a qualquer tentativa de alteração.

O fator tempo também é determinante deste princípio. A fixidez da língua existe porque ela está situada no tempo e, sem este caráter, não poderia ser transmitida como é. A escolha do signo é arbitrária (depende de uma convenção), mas é o tempo que fixa essa escolha e a transmite.

#### 1.3.4.4 - A MUTABILIDADE

Em princípio pode nos parecer paradoxal colocar que o signo lingüístico seja ao mesmo tempo mutável e imutável. Aprofundando a análise, veremos que estas duas qualidades não são incompatíveis. O que nos garante a possibilidade de alteração do signo é a sua continuidade, pois não podemos alterar algo que não chegou a concretizar-se e estabelecer-se.

O que se nos apresenta como fundamental é que: "*Sejam quais forem as alterações, quer funcionem isoladamente ou combinadas, levam sempre a*

---

44 SAUSSURE, op. cit., 88.

*um deslocamento da relação entre o significante e o significado.* " 45 Continuando a analisar esse fenômeno, SAUSSURE acrescenta ainda que " (...) *é inútil, porém, distinguir as duas partes do fenômeno, basta verificar in globo que o vínculo entre idéia e signo se afrouxou e que houve um deslocamento em sua relação.* " 46 Por duas partes desse fenômeno devemos ler alteração do significante e do significado (alterando um, ou ambos, alteramos a relação existente entre os dois).

Esse deslocamento também é um dos fatores da arbitrariedade do signo, o que sempre nos permite associar uma idéia qualquer a uma seqüência de sons ou sinais gráficos. Este fenômeno marca o processo evolutivo de qualquer sistema lingüístico e é inevitável.

### 1.3.5 - A ANÁLISE SINCRÔNICA E A ANÁLISE DIACRÔNICA

Ao dividir o estudo da lingüística em dois eixos fundamentais - um, sincrônico, o outro, diacrônico - SAUSSURE lança as bases para aquele que será o seu critério epistemológico fundamental. 47 A análise sincrônica vai utilizar-se do método estrutural, enquanto o método característico da análise diacrônica é o histórico.

O que nos chama atenção nesta divisão é a importância do fator tempo na abordagem semiológica. É justamente esse fator que coloca a lingüística frente a caminhos opostos. O primeiro deles leva em consideração esse elemento e

---

45 SAUSSURE, op. cit., 89. Para esclarecer tal colocação, Saussure cita o seguinte exemplo: " o latim *necare*, 'matar', deu em francês, 'afogar'. " No caso houve tanto mudança na imagem acústica (significante), quanto no conceito (significado).

46 SAUSSURE, op. cit., 89.

47 SAUSSURE, op. cit., 31.

é marcado pela evolução dos sistemas lingüísticos. Aliás, é justamente a compreensão dessa evolução que vai se constituir em seu objeto. Esta é a "lingüística diacrônica", evolutiva ou histórica. Ao mesmo tempo, diacronia vai significar também uma fase da evolução do sistema.

Ao contrário, a lingüística sincrônica (ou estática), ocupar-se-á do estudo da língua em um momento dado. Da mesma forma, sincronia significará um estado da língua.

↳ Assim: "A lingüística sincrônica se ocupará das relações lógicas e psicológicas que unem os termos coexistentes e que formam o sistema, tais como são percebidos pela consciência coletiva. A lingüística diacrônica estudará, ao contrário, as relações que unem termos sucessivos não percebidos por uma mesma consciência coletiva e que se substituem uns aos outros sem formar sistema entre si." 48

Com esta divisão, SAUSSURE estabelece os elementos que serão estudados através de cada método. Ele coloca que a lingüística moderna é quase que completamente absorvida pela diacronia, e defende a importância da análise sincrônica.<sup>49</sup>

Esta divisão de métodos permite ao lingüista expurgar de sua área de análise os fatores a ela externos, delimitando o seu campo de atuação.

---

48 SAUSSURE, op. cit., 116.

49 SAUSSURE, op. cit., 97.

### 1.3.6 - RELAÇÕES SINTAGMÁTICAS E ASSOCIATIVAS

Em virtude de sua possibilidade de ocorrência num contexto dado, uma unidade lingüística entra em relações de duas espécies diferentes. Assim: " *Entra em relações paradigmáticas com todas as unidades que também poderiam ocorrer no mesmo contexto, ou em oposição, ou em variação livre com a unidade em questão; e entra em relações sintagmáticas com as outras unidades do mesmo nível com as quais ela ocorre e que constituem o seu contexto.* " <sup>50</sup>

Em SAUSSURE, estas relações correspondem a duas formas diferentes de atividade mental e são geradoras de ordens distintas de valores.

As relações sintagmáticas estão baseadas no caráter linear da língua, que exclui a possibilidade de pronunciarmos dois elementos ao mesmo tempo.

A cadeia da fala alinha esses elementos uns após os outros; esses elementos constituem os sintagmas. Estes termos existem no discurso. Por outro lado, " (...) *fora do discurso, as palavras que oferecem algo de comum se associam na memória e assim se formam grupos dentro dos quais se estabelecem relações muito diversas.* "

Estas relações não têm por base a extensão e são chamadas de associativas, existindo no cérebro. Estas relações existem in absentia (estão

---

<sup>50</sup> LYONS, John. Introdução à lingüística teórica. São Paulo : Ed. Nacional : Ed. da USP, 1979, p. 75. Este autor entende que as unidades estão em variação livre quando ocorrem em um mesmo contexto, sem contrastarem umas com as outras. Na oposição este contraste se verifica.

contidas na memória); ao passo que as relações sintagmáticas existem in praesentia (ou seja, seus termos repousam em uma série efetiva).

SAUSSURE não vê, no interior das relações sintagmáticas, limite entre o fato da língua (uso coletivo) e fato da fala (uso individual). Para ele, é impossível determinar qual seja o seu limite.<sup>51</sup>

É no campo das relações associativas que podemos encontrar o que SAUSSURE chamou de paradigmas. Estes são " (...) agrupamentos provocados pelas afinidades mais diversas, da ordem dos significantes ou dos significados. " 52

No entanto, devemos ressaltar que estas relações não constituem mecanismos independentes e não-relacionados. O processo de significação depende sempre da interação mútua entre as relações sintagmáticas e as associativas (também chamadas de paradigmáticas).

São estas diferentes espécies de relações que vão dar origem aos diversos jogos de linguagem possíveis. Estes vão se formando à medida em que dominamos o instrumental da língua - estamos "adestrados", nas palavras de WITTGENSTEIN - e este treinamento constitui o seu próprio limite de criação. Ao mesmo tempo, a existência de determinadas convenções - o código da língua - impede que se formem infinitos jogos de linguagem, uma vez que eles encontram limites nestas convenções, no momento em que a fala vai se inscrever na língua.

---

51 A este respeito, ver Jean-Paul RESWEBER, op. cit., 66-67.

52 WARAT, op. cit., 32.

Neste capítulo procuramos fazer uma análise da Filosofia da Linguagem Ordinária - a partir da obra de L. WITTGENSTEIN e J.L. AUSTIN, bem como da semiologia estruturalista de Ferdinand de SAUSSURE. Estas noções nos servirão de suporte teórico na análise que iremos realizar da obra de HART, tendo em vista o papel de destaque do discurso jurídico dentro da sua teoria. Isto é tão mais importante à medida em que HART constrói sua teoria dentro de uma perspectiva hermenêutica, onde se destaca o papel do intérprete. A exata compreensão da função deste só pode ser obtida a partir do conhecimento que se tenha dos instrumentos de comunicação. Ao mesmo tempo, estas noções nos permitem um melhor entendimento da linguagem que serve de base à enunciação do direito.

No próximo capítulo, vamos realizar uma análise do conceito de obrigação em HART, procurando evidenciar as diferenças existentes entre o conceito de obrigação moral e jurídica. Veremos também alguns dos jogos de linguagem possíveis no discurso jurídico e a maneira como os seus usuários os recebem.

## CAPÍTULO II

### O CONCEITO DE OBRIGAÇÃO EM HART

Há uma convergência entre as várias correntes que buscam a compreensão do direito - especialmente no assim chamado positivismo jurídico <sup>1</sup> - no sentido de atribuir importância à noção de obrigação jurídica. De certa forma, poder-se-ia dizer que é a explicitação de certos comportamentos como obrigatórios - ou não - que permite a apreensão do significado do fenômeno jurídico. Ou seja, compreender o direito seria, antes de mais nada, a compreensão do " conteúdo obrigatório " de suas normas.

Isto é tão mais verdadeiro quando se busca a posição de HART frente ao direito. Se é certo - como de resto em toda sua obra - que este autor não nos fornece um " conceito " ou " definição " do termo obrigação, preferindo, ao invés, explicar o termo dentro do seu contexto de utilização, também é certo que

---

<sup>1</sup> Aqui se faz necessário explicitarmos o conceito de positivismo jurídico, nos termos em que este aparece na obra de HART. O positivismo hartiano pode ser chamado de positivismo institucionalista, dentro da concepção de que, em HART, o direito é tomado como um fato institucional. HART satisfaz a condição positivista da adoção de um conceito descritivo do direito (no sentido de ser possível determinar a existência e o conteúdo de um sistema jurídico sem recorrer a considerações de ordem valorativa). Não obstante, podemos afirmar também que HART não realiza uma abordagem descritiva do direito, posto que toda sua teoria coloca em relevo que o direito necessita, para sua compreensão, de um método cognitivo-interno (hermenêutico). Também não se pode esquecer a influência que a obra de BENTHAN teve na obra de HART e, de forma geral, em toda teoria jurídica anglo-americana. Jeremy BENTHAN oferece ao estudo do direito uma teoria geral, que se divide em duas partes distintas: uma normativa (preocupada com aspectos normativos do direito) e outra conceitual (preocupada com questões filosóficas). Isto implicou em que alguns autores tratem a teoria jurídica hartiana como uma versão sofisticada da parte conceitual da teoria geral do direito de BENTHAN (como, por exemplo, Ronald DWORKIN. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1982. p. ix.). Também não podemos deixar de observar que o chamado positivismo institucionalista de HART se distancia do positivismo de estatuição de KELSEN, quer quanto às matrizes filosóficas presentes em uma e outra obra (em HART a Filosofia da Linguagem Ordinária, em KELSEN o neopositivismo lógico), quer quanto ao problema da ontologia das regras, que em HART pressupõe uma compreensão mais alargada, possibilitando que ele dê conta do caráter fortemente institucionalizado do direito.

este serve praticamente como um " fio condutor " no sentido de explicitar o fenômeno jurídico. Assim, para HART " (...) *onde há direito, aí a conduta humana torna-se em certo sentido não facultativa, obrigatória.* " <sup>2</sup>

Ao mesmo tempo em que HART destaca a importância de caracterizarmos o que é uma obrigação (vale dizer, em que contexto as condutas são ou não obrigatórias), ele vincula diretamente a obrigação à existência de uma regra. Com isto queremos dizer que, em certo sentido, onde existe uma obrigação haverá, por certo, uma regra a estabelecê-la, uma pauta objetiva para atuar (ainda que, ao contrário, nem toda regra prescreva, necessariamente, uma obrigação). HART nos coloca, textualmente, que " (...) *existe um mundo inteiro de questões onde a obrigação e o dever estão verdadeiramente em casa: este mundo é o direito, já que ambas as expressões resultam quase sempre apropriadas para toda proibição em virtude das normas de um sistema jurídico em vigor.* " <sup>3</sup>

Dentro da tradição hermenêutica em que se insere a sua obra, HART analisa o direito, antes de mais nada, como um fato institucional. Nesta perspectiva, ele supera a noção imperativista de obrigação de John AUSTIN (a qual receberá uma abordagem mais específica no Cap. III), bem como a noção preditiva da obrigação jurídica, cara ao realismo jurídico. Ao conceber o problema da obligatoriedade jurídica como um fato social, ou seja, relacionada à "prática efetiva do participante do grupo social" <sup>4</sup>, HART evidencia a importância mesmo de uma abordagem hermenêutica do direito. Com isso, queremos dizer que não

<sup>2</sup> HART, H.L.A. O conceito de direito. Lisboa, Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, p. 92.

<sup>3</sup> HART, H.L.A. Obbligazione morale e obbligazione giuridica. in: Contributi all'analisi del diritto. Milão, Ed. Giuffrè, 1964, p. 171.

<sup>4</sup> HART, Obbligazione morale e obbligazione giuridica, op. cit., p.176.

basta a análise do direito como comportamento governado por regras ou a consideração de que o direito é uma antecipação do que os tribunais farão. É necessário, nesta ótica, a compreensão do " ponto de vista " do participante do sistema. Isto só é possível a partir da elucidação da forma com os membros da coletividade atuam no sistema e recebem suas prescrições.

Esta questão nos leva a outra problemática levantada por HART, agora no contexto da Filosofia da Linguagem Ordinária, marcadamente na esteira de WITTGENSTEIN e J. L. AUSTIN. Do primeiro, podemos conceber o universo das diferentes proposições jurídicas como sendo o de diferentes jogos de linguagem. De J. L. AUSTIN, socorremo-nos de sua teoria dos " atos de fala " (*speech acts*) para compreendermos " como as palavras podem produzir efeitos jurídicos. " <sup>5</sup>

Neste capítulo procuraremos, basicamente, situar a tematização hartiana da noção de obrigação. Com este intento, nosso objetivo será, em primeiro lugar, compreender de que forma as regras sociais se diferenciam dos meros hábitos de comportamento. A partir da compreensão do ponto de vista interno e do ponto de vista externo do participante do sistema, é também possível compreender a diferença fundamental existente nos jogos de linguagem " ter uma obrigação " e " ser obrigado a ". Da mesma forma, é a partir do ponto de vista interno das regras que poderemos tematizar a questão de ser ou não possível um conhecimento do direito sem aceitação, o que nos levará ao problema da "applicatio" no direito. Por último, procuraremos evidenciar de que forma a obrigação jurídica se contrapõe (ou não) à obrigação moral.

---

<sup>5</sup> LAMEGO, José. op. cit., 242.

## 2.1 - REGRAS SOCIAIS E HÁBITOS DE COMPORTAMENTO

A caracterização acerca das regras sociais surge em HART quando este toma como evidente que o direito não pode ser entendido apenas como um conjunto de hábitos sociais. Ainda que estes dois grupos - regras e hábitos - tenham em comum a generalidade (ou seja, dirigem-se e normalmente são aceitos pela maioria das pessoas), possuem nítidos traços que os diferenciam e devem ser ressaltados. Aliás, como SAUSSURE, HART estrutura grande parte de seu pensamento em dicotomias (no caso presente, regras X hábitos), explicitando o significado dos termos a partir de sua oposição a outros que, se não lhe são antagônicos, deles se diferenciam muito.

Afora a semelhança acima ressaltada - a generalidade de que se revestem regras e hábitos - eles se diferenciam basicamente em três aspectos, de que passaremos a tratar.

Primeiramente, a mera convergência de comportamento de um grupo basta para configurar que ele tem um hábito. O hábito se caracteriza independentemente de se o desvio a ele é ou não objeto de crítica. Ao contrário, a mera convergência de atitudes-padrão dos membros do grupo não basta para caracterizar a existência de uma regra. Para que seja correto falar em regras - no sentido de uma pauta objetiva de atuação - é necessário que o desvio a elas seja

não somente objeto de crítica mas também que haja uma pressão social no sentido de atuar conforme a regra.<sup>6</sup>

Em segundo lugar, quando estamos frente a uma regra o desvio ao padrão de comportamento por ela imposto não só determina a realização de críticas mas também determina que elas sejam encaradas como legítimas ou justificadas. Ou seja, em ocorrendo desvio na conduta recomendada pela regra, serão formuladas críticas a esses desvios. Porém, mais importante, é que tanto aqueles que fazem estas críticas quanto - em sua maior parte - aqueles a quem elas são dirigidas, aceitam-nas como justificadas ou justificáveis. Isto porque o participante, a par da identidade e generalidade de comportamentos que levaram ao estabelecimento da regra, " interiorizou " a pauta de atuação nela contida. O que nos leva à mais importante distinção entre regras e hábitos (e à qual retornaremos no item 2.2).

As regras sociais - ao contrário dos simples hábitos - possuem um aspecto interno e um aspecto externo. O aspecto interno diz respeito ao participante do grupo, aquele que aceita a regra como norma de comportamento, mas que a tem também como um padrão geral de comportamento a ser aceito pelo grupo como um todo. Em contraposição, o aspecto externo da norma diz respeito àquele observador externo ao sistema, que não aceita a conduta imposta pela norma (ou a ela é indiferente) - ainda que possa atuar segundo seu comando -, limitando-se à verificação daquele comportamento físico e regular, perceptível a qualquer um. Esse aspecto externo o possuem as regras sociais e também os hábitos.

---

<sup>6</sup> HART, O conceito de direito. op. cit., p. 64.

Em que medida estas distinções entre regras e hábitos nos permitem esclarecer melhor a noção de obrigação?

Segundo Nelson Reyes SOTO <sup>7</sup>, isto se dá por dois motivos: "1) porque a existência de tais regras é o fundo normal ou contexto próprio, ainda que não expresso, de tal enunciado (obrigação), e 2) porque a função distintiva deste último é aplicar tal regra a uma pessoa particular, destacando o fato de que seu caso está compreendido por ela."

Conforme já colocamos, HART considera que, em havendo direito, haverá a imposição de condutas, no sentido de estabelecer-se comportamentos obrigatórios, não-facultativos. Também já mencionamos que "A afirmação de que alguém tem ou está sujeito a uma obrigação traz na verdade implícita a existência de uma regra: todavia, nem sempre se verifica o caso de, quando existem regras, o padrão de comportamento exigido por elas ser concebido em termos de obrigação." <sup>8</sup> Com isso queremos frisar que: a) o direito se caracteriza por estabelecer obrigações; b) é através das regras que estas obrigações são estabelecidas e c) embora as regras imponham obrigações (ou melhor, que as obrigações estejam enunciadas nas regras), nem toda regra contém necessariamente uma obrigação.

Da oposição entre regras e hábitos sociais, nos é possível identificar três traços que caracterizam as regras como obrigatórias.

<sup>7</sup> SOTO, Nelson Reyes. La teoría de la Obligación en el concepto de derecho de H. L. A. HART. in: H. L. A. HART y el Concepto de Derecho. Revista de Ciencias Sociales, n.28. Valparaíso, Ed. Edeval, 1986. p. 253.

<sup>8</sup> HART, O conceito de direito. op. cit., 95-96.

Em primeiro lugar, a constatação de que a procura de conformidade às regras é acentuada, havendo uma forte pressão social no sentido de que elas sejam respeitadas. Em segundo lugar, estas regras são tidas - pela maioria dos membros do grupo - como "boas" ou, no mínimo, convenientes. E, "last but not least", HART nos coloca que " (...) é geralmente reconhecido que a conduta exigida por estas regras pode, enquanto beneficia outros, estar em conflito com o que a pessoa que está vinculada pelo dever pode desejar fazer. " <sup>9</sup> Ou seja, a conduta imposta pela norma pode ir de encontro ou ir contra aquilo que a pessoa poderia pretender fazer naquele momento.

Na realidade, o caráter obrigatório da regra deriva em grande parte da pressão social que é exercida no sentido de vê-la respeitada e isto depende de estar o seu destinatário em acordo ou desacordo a ela. Embora também seja verdadeiro que é a "aceitação" da regra como conveniente ou não pelo grupo que leva à sua inclusão no sistema. Em última análise, esta "aceitação" terá sempre um conteúdo ideológico, norteador dos ideais do grupo.

É precisamente neste último ponto que reside a importância do que vem a ser o " aspecto interno e o aspecto externo " das regras, inclusive no sentido de superar a teoria de John AUSTIN da obrigação jurídica, como veremos.

## 2.2 - A ASSUNÇÃO DO PONTO DE VISTA HERMENÊUTICO

### 2.2.1 - PONTO DE VISTA INTERNO E EXTERNO DAS NORMAS

---

<sup>9</sup> HART, O conceito de direito. op. cit.. 97.

Conforme acentua José LAMEGO<sup>10</sup>, é a partir da correta análise do que vem a ser o ponto de vista interno das regras que poderemos não só superar a teoria preditiva clássica (marcadamente de John AUSTIN), como também poderemos estabelecer a diferença fundamental existente entre os jogos de linguagem "ter uma obrigação" e "ser obrigado a" (objeto no nosso próximo item). Também é a partir dessa análise que nos será permitido estabelecer em que medida é possível um conhecimento do direito sem aceitação, ou um "saber descomprometido" (o qual nos remete ao problema da aplicação no direito - "applicatio"). E, por fim, é a partir desta análise que também nos será possível avançar nas teorias jusnaturalistas, as quais não esclarecem suficientemente as especificidades da obrigação moral e da obrigação jurídica preferindo, ao invés, identificar sempre um caráter "moral" das regras jurídicas.

No início deste capítulo sublinhamos que HART adota uma posição eminentemente hermenêutica frente ao direito. Para ele já não é possível remeter-se a uma análise descritiva daquele, centrada basicamente na idéia de que ele vem a ser apenas um comportamento baseado em regras. É preciso, antes de mais nada, a compreensão do fenômeno enquanto fato institucional, que deve ser apreendido a partir das práticas sociais vigentes entre os membros do grupo ou, em outras palavras, das regras em seu contexto de utilização.

Na esteira da Filosofia da Linguagem Ordinária de WITTGENSTEIN e J. L. AUSTIN, HART assume a noção de que a linguagem não se presta à função de mediador entre o sujeito e a realidade (mediação sujeito-objeto) mas reconhece nela um fator fundamental de mediação na relação sujeito-

---

<sup>10</sup> LAMEGO, op. cit., p.243.

sujeito. Da linguagem como representação da realidade através de signos e símbolos próprios (característica de WITTGENSTEIN na sua chamada primeira fase, a do " *Tractatus Logico-Philosophicus* " ), parte-se para uma concepção dos fenômenos sociais onde se destaca a mediação intersubjetiva realizada por ela . Ou seja, ressalta-se a instrumentalidade da linguagem não mais como representativa de objetos ou referente à realidade e sim como instrumento de mediação dentro de uma situação comunicacional.

Com isso opera-se um deslocamento do aspecto semântico da linguagem (aquele que se relaciona aos objetos por ela designados), que nos permite estabelecer condições de verdade para os enunciados lingüísticos , para o âmbito pragmático da linguagem. Ou seja, entende-se esta enquanto uso, enquanto modo de significar. Conforme afirmamos no Cap. I , p.21 / uma análise pragmática da linguagem importará sempre em uma verificação do contexto em que se realiza o processo de comunicação. É essa mediação sujeito/sujeito, realizada pela linguagem, que interessa ao conhecimento interpretativo ou hermenêutico.

Verdadeiramente, é esta teoria do significado a partir de uma base pragmática que vai permitir a " *atuação (applicatio) do sistema no ato discursivo concreto* " .<sup>11</sup> É dentro desta perspectiva - acentuadamente hermenêutica - em que o ponto de vista determinante é o do intérprete, que podemos precisar a concepção de HART acerca do fenômeno da obrigatoriedade jurídica.

### 2.2.2 - O INTÉRPRETE OU PARTICIPANTE

---

<sup>11</sup> LAMEGO, op. cit., p.136.

Em HART, compreender o direito passa a ser, necessariamente, compreender o seu caráter institucional, o que demanda um ponto de vista " interno " na compreensão do seu sentido.

No viés da teoria dos jogos de linguagem de WITTGENSTEIN, vemos que o direito também é constituído por um universo de diferentes usos lingüísticos (os enunciados jurídicos), os quais permitem que os seus usuários os interpretem de diferentes formas. Assim também a postura do usuário frente ao sistema pode assumir mais de um aspecto. Na perspectiva do conhecimento jurídico, um professor de direito e um juiz - este encarregado da aplicação da lei, mas ambos relacionados a um mesmo ordenamento - podem assumir pontos de vista radicalmente opostos em relação a este sistema.

Aquilo a que chamamos o ponto de vista interno ou " aspecto interno das regras " é pressuposto da compreensão das regras que compõem a prática institucional. A explicitação de noções como a de regra ou obrigação jurídica só pode ser feita a partir do conhecimento das " regras constitutivas " do sistema, da gramática do jogo de linguagem em questão. Existe, dessa forma, uma circularidade na compreensão dos significados. É também neste sentido que dizemos ter HART estabelecido uma noção social de obrigação.

Explicitando o que vem a ser o aspecto interno e externo, HART coloca: "*Quando um grupo social tem certas regras de conduta, este 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 não as aceita ele próprio, quer como membro de um grupo*

que as aceita e usa como guias de conduta. "<sup>12</sup> O primeiro representa o ponto de vista externo do intérprete e o segundo o ponto de vista interno.

O ponto de vista externo - ou do observador do sistema - pode assumir diferentes formas. Neste aspecto, o observador pode referir-se à forma sob a qual os membros do grupo comportam-se de acordo com as regras, destacando o ponto de vista interno que estes adotam. Mas ele pode também contentar-se com a mera observação de padrões regulares de conduta em conformidade com as regras, observando também que às atitudes em desconformidade a estas se seguirão reações hostis por parte dos membros do grupo. Neste último sentido, é possível ao observador externo "predizer" a sanção ou castigo que será imputado àquele que violar a regra.

Nesta linha de raciocínio, HART nos coloca que este observador jamais poderá se referir àquela regularidade de comportamentos como vinculada a regras, ou a noções que lhes são vinculadas, como obrigação e dever. Assim: "*Em vez disso, será feita em termos de regularidades observáveis de conduta, de predições, de probabilidades e de sinais.*"<sup>13</sup> Este ponto de vista pode reproduzir de forma aproximada a maneira como as regras funcionam. Não lhe será possível, porém, a compreensão de como as pessoas que aceitam tais regras e que pautam suas condutas em conformidade a elas o fazem. Também não lhe será possível a compreensão da aceitação que aquelas pessoas têm do sistema.

Ao contrário, tem-se que em HART, para entender o aspecto interno do direito, é necessária "*(...) uma atitude crítico-reflexiva em relação a certos*

---

<sup>12</sup>HART, O conceito de direito, op. cit., p. 99.

<sup>13</sup> HART, O conceito de direito, op. cit., p. 99.

*tipos de comportamento enquanto padrões comuns e que ela própria se manifeste crítica - incluindo auto-crítica - em exigências de conformidade e no reconhecimento de que tais críticas e exigências são justificadas (...).*"<sup>14</sup>

O ponto de vista interno exige, assim, um elemento cognitivo (atitude reflexiva) e um elemento volitivo (atitude crítica). O elemento cognitivo manifesta-se na descoberta da correlação entre certos atos (e suas conseqüências) e o conteúdo da regra de conduta. Esta correlação dá origem a padrões de conduta em consonância com a norma. Já o elemento volitivo refere-se ao desejo ou preferência que este padrão se mantenha, para o sujeito que formula o enunciado e para os outros.

O ponto de vista interno é um reflexo da maneira pela qual o grupo encara o seu comportamento de acordo com as normas, utilizando-se delas como base para a sua conduta social. Ao mesmo tempo, deste ponto de vista, justifica-se a hostilidade para com aqueles que violam as normas do grupo. O formulador deste raciocínio age de acordo com as regras e as aceita como tal, esperando que os outros ajam da mesma forma.

Não é possível se compreender o direito em HART sem que estejamos atentos a estes dois aspectos. Assim: "*L'existence d'un ordre juridique est un phénomène social qui présente toujours deux aspects auxquels nous devons rester également attentifs si nous voulons que notre vision soit réaliste.*"<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> HART, O conceito de direito, op. cit., p. 66.

<sup>15</sup> SHAKANKIRI, Mohamed el. Analyse du langage et droit chez quelques juristes anglo-américaine de Bentham à Hart. in Archives de Philosophie du Droit. Paris, Syrei, 1970. tome XV, p. 143. "A existência de uma ordem jurídica é um fenômeno social que apresenta sempre dois aspectos, em

É este ponto de vista interno que vai posicionar o participante frente ao sistema jurídico, permitindo-lhe a exata compreensão da dimensão do seu significado. Esta apreensão do significado jamais será possível ao observador externo. Para LAMEGO " *A rejeição de um paradigma puramente observacional ou ' externo ' na análise dos fenômenos da interação humana é comum quer à tradição hermenêutica quer a algumas orientações no âmbito da filosofia analítica e da ação.* " <sup>16</sup> O comportamento significativo é um comportamento governado por regras - a explicitação do seu sentido implica a apreensão de tais regras - e não uma mera regularidade de conduta ou convergência de hábitos de comportamento.

É deste aspecto interno que HART ressalta a noção de obrigação, explicitando-a na oposição " ser obrigado a " e " ter uma obrigação " .

### 2.2.3 - " SER OBRIGADO A " E " TER UMA OBRIGAÇÃO "

Nas palavras de Joseph RAZ, o direito é, para HART " (...) *um fenômeno cultural modelado pela linguagem* " .<sup>17</sup> É necessário, então, a clarificação do fenômeno lingüístico para uma correta apreensão das práticas sociais reguladas pelo direito.\* Mas que espécie de conhecimento nos interessa como instrumento de análise do direito?

---

relação aos quais nós devemos sempre estar igualmente atentos, se quisermos que nossa visão seja realista. "

<sup>16</sup> LAMEGO, op. cit., p. 145.

<sup>17</sup> RAZ, Joseph. H. L. A. HART. in : H. L. A. HART y el Concepto de Derecho. Revista de Ciencias Sociales, n. 28. Valparaíso, Ed. Edeval, 1986, p. 19.

\* Retornaremos sempre, ainda que com o risco de sermos repetitivos, à questão do aspecto institucional do direito e à mediação intersubjetiva realizada pela linguagem, incidente também na práxis jurídica.

Antes de mais nada, convém ressaltar, mais uma vez, que é o aspecto pragmático (ou base pragmática) da linguagem que nos interessa especificamente: a linguagem enquanto referencial de base do fenômeno jurídico, apreendida em relação aos seus usos e funções, enquanto maneira (forma) de significar o direito.

Para além da noção wittgensteiniana de jogos de linguagem (à qual já tivemos oportunidade de nos referir no item precedente) e cientes de que os enunciados acima mencionados - " ser obrigado " e " ter uma obrigação " - constituem diferentes espécies destes jogos, interessa-nos agora, além da compreensão das distinções entre eles, o entendimento de como as palavras podem produzir efeitos jurídicos. <sup>18</sup> Para tanto, aliada à teoria de WITTGENSTEIN, nos utilizaremos da teoria dos atos de fala (" speech acts ") de J. L. AUSTIN.

Para J. L.. AUSTIN, a linguagem é também, acima de tudo, uma atividade. Essa concepção de linguagem como atividade vai lhe permitir compreender a função dos enunciados lingüísticos dentro do discurso (para nós interessa esta " atividade " promovida no âmbito do discurso jurídico), indo além do potencial teórico ou cognitivo da linguagem. Assim, em J. L. AUSTIN (como dissemos no Cap. I), o ato de fala - ou seja, a interação comunicativa propriamente dita - apresenta um caráter contratual, ou de compromisso entre as partes. A linguagem é tratada então como ação e não como representação. Como ação justamente por ser tratada enquanto uso.

A teoria dos atos de fala de J. L. AUSTIN supera aquela concepção da linguagem como representação ou afiguração dos fatos. Em seu Quando dizer é

---

<sup>18</sup> LAMEGO, op. cit., p. 242.

fazer,<sup>19</sup> este autor nos explicita sua intenção de demonstrar que a linguagem não possui meramente uma função declarativa ou apenas descritiva da realidade. Para além das simples declarações ou constatações, existem proferimentos lingüísticos cuja mera enunciação representa um " fazer algo " . Aos primeiros chamamos atos locucionários, sendo estes constatativos e sujeitos a um critério de verdade/falsidade. Aos segundos chamamos atos ilocucionários, estando estes performativos (representam a própria ação), condicionados ao êxito ou sucesso (a que J. L. AUSTIN chama, na forma negativa de " infelicidades").<sup>20</sup> Ao lado destes, temos os atos perlocutórios, que se realizam através das ilocuições.

No momento presente nos interessa a compreensão dos jogos de linguagem " ser obrigado " e " ter uma obrigação " , tal como eles nos são apresentados por HART, e para isso nos reportaremos à teoria de J. L. AUSTIN.

HART nos coloca que, em um primeiro momento, a afirmação " ser obrigado " (ou, na sua forma pretérita " foi obrigado a ") é, freqüentemente, uma afirmação respeitante às crenças e motivos que levam o sujeito a comportar-se de tal ou qual forma. Geralmente estes " motivos de obediência " estão vinculados à convicção do sujeito de que um mal lhe seria infringido caso não se comportasse de acordo com o comando:

Analisando o enunciado " ser obrigado ", verificamos que se trata de um enunciado constatativo no sentido de que demonstra (declara) a convicção do sujeito de estar vinculado ao cometimento da ação. É, de início, um ato ilocutório,

---

<sup>19</sup> AUSTIN, Quando dizer é fazer. op. cit., p. 21.

<sup>20</sup> AUSTIN, Quando dizer é fazer. op.cit. A este respeito ver as conferências III e IV desse livro, as quais nos trazem os " desacertos " e " maus usos " dos atos performativos.

visando à produção de um efeito pelo receptor. Isto significa que o locutor utiliza a sentença com o intuito de obter a realização da conduta pelo destinatário dela, influenciando-o na sua esfera de decisão. Num segundo momento, aquele ato ilocutório inicial pode servir de veículo para a realização do ato perlocutório (se o locutor logra êxito com a ordem proferida, isto é, se o destinatário o executa).

É precisamente por esta possibilidade do ato assumir distintamente a configuração de locutório, ilocutório e perlocutório que podemos começar a compreender as diferenças entre ambas as expressões. Para HART, a expressão "foi obrigado a" representa nitidamente a implicação de que o sujeito destinatário do ato ilocucional realizou a ação pretendida. Ou seja, proferido o enunciado (no caso um comando ou ordem), seu destinatário seguiu o comando e produziu o efeito pretendido. Ao contrário, o enunciado "ter uma obrigação" não conduz à implicação de que a pessoa efetivamente se comporta como pretendido. Assim, no contexto da obra de HART, a expressão "foi obrigado a" deve-se (no sentido de se ter efetivamente realizado a conduta proposta) ao proferimento performativo "ser obrigado a", sendo este um ato perlocutório, significando que a ação do locutor conseguiu (atingiu) o resultado por ele pretendido. Já o enunciado "ter uma obrigação" pode alcançar ou não o "estágio perlocucionário", conforme aquela conduta entendida como obrigatória seja ou não realizada.

Prosseguindo no estabelecimento das distinções que HART ressalta, vemos que o enunciado de que alguém "tinha a obrigação de" é um enunciado que independe de quaisquer motivações psicológicas por parte do sujeito que o recebe. Assim, o sujeito pode ter a obrigação de comportar-se de determinada forma, ainda que em seu íntimo não se sinta "obrigado a fazê-lo". Esta enunciação é, assim, geralmente um ato constatativo (ou locucional), no sentido

de que declara a obrigação (descreve-a), sem que se vincule a sua realização e, também, no sentido de que não acarreta a implicação da realização da conduta.

Uma outra distinção, não explicitada suficientemente por HART, diz respeito a que o contexto institucional deve estar referido ou incluído no ato comunicativo. Assim, a práxis jurídica (no sentido de fenômeno institucionalizado) serve como contexto de referência a que determinadas sentenças produzam efeitos jurídicos. Assim também no caso da obrigação. Podemos considerar, inequivocamente, que a expressão "foi obrigado a" pode referir-se a qualquer situação fática, incluindo-se ou não a práxis do direito. O locutor (mais especificamente) pode ser um gangster ou um policial e o significado da expressão vai buscar-se no seu contexto de uso. Já a expressão "ter a obrigação de", pelas características acima mencionadas, pressupõe já um contexto de uso referido institucionalmente, quer porque independa de motivações psicológicas, quer porque pode ou não produzir-se e, ainda, porque reporta-se a um sistema de convenções acordado pela coletividade (onde o direito é apenas um exemplo). Neste aspecto também se ressalta a aceitação do participante do sistema, a quem se destina a imposição.

Para esclarecer, tomemos o seguinte exemplo, ainda que bastante simples: <sup>21</sup>

- A foi obrigado por B a entregar-lhe uma quantia X de dinheiro (onde A é um cidadão comum e B um assaltante armado) sob pena de, não o fazendo, sofrer um mal físico. Enunciado: Entregue-me X;

---

<sup>21</sup> O exemplo citado foi elaborado a partir do exemplo citado por Hart no livro "O conceito de direito", op. cit., p. 92-93.

- A tinha a obrigação de entregar a B uma determinada importância X de dinheiro (onde A é um cidadão comum e B um agente do Estado, responsável pela arrecadação de tributos) sob pena de, não o fazendo, ser responsabilizado na esfera penal-tributária. Enunciado: Entregue-me X.

Ambos os exemplos reportam-se à mesma sentença (Entregue-me X), mas vão possuir distintos significados:

- no primeiro exemplo, A foi obrigado a entregar a B o dinheiro. Da locução enunciada pelo assaltante, podemos dizer que foi performativa, no sentido de que produziu um resultado e caracteriza uma ação (imperativa) completa. O resultado produzido deveu-se à crença de A de que sofreria o mal contido na ameaça, assim como aos fatos de que A entendeu o proferimento de B e de que este entendimento o induziu à prática do ato;

- no segundo exemplo, A " tem a obrigação " de entregar a B a quantia solicitada, mas não podemos dizer se ele vai ou não fazê-lo. O enunciado (Entregue-me X) é um ato locucional, declara a obrigação em questão, mas não implica a sua realização, A obrigação de entregar o dinheiro, neste caso, é verdadeira, independentemente do resultado produzir-se e dos motivos psicológicos de A. A afirmação da sanção é, no máximo, reafirmação do conteúdo obrigatório do que se pretende, mas não implica na sua realização.

Resumidamente, podemos dizer que o enunciado " ser obrigado a " é uma ilocução, a qual visa à produção de um efeito no receptor, assumindo então um carácter performativo. Inversamente, o enunciado " ter uma obrigação " declara uma situação referida, cujo objetivo pode ou não realizar-se. A primeira expressão dá conta da relação de causalidade entre o resultado e suas motivações, mas não

explicita nenhum caráter normativo do enunciado. Somente a expressão " ter uma obrigação " (com as características que já lhe ressaltamos) pode dar conta deste aspecto.

Com estas constatações HART supera o conceito imperativista ou preditivo da obrigação de John AUSTIN. \* A teoria preditiva da obrigação, de John AUSTIN, trabalha o conceito de obrigação ou dever a partir da idéia de previsão ou probabilidade de um castigo quando do seu inadimplemento. <sup>22</sup> HART contesta esta teoria com base nos aspectos que passaremos a enunciar.

A objeção mais simples que HART levanta a esta teoria é a de que nem sempre há coincidência entre o enunciado de que alguém tinha uma obrigação e o enunciado de previsão da probabilidade de um castigo em caso de descumprimento da obrigação. Ou seja, o sujeito pode furtar-se ao cumprimento da obrigação e mesmo assim não sofrer nenhuma sanção. <sup>23</sup>

Por outro lado, a análise da afirmação da obrigação como cálculo das probabilidades da imputação de sanção encobre o fato de que, ainda que os desvios de comportamento sofram reações hostis, o uso ou função característico do termo

---

\* Aproveitamo-nos deste momento para marcar uma referência que já está sendo utilizada em todo o texto: nos referimos ao filósofo da linguagem de Oxford - John Langshaw Austin - apenas como J. L. Austin, ao passo que o teórico do direito - John Austin - vem designado no texto pelo nome e prenome.

<sup>22</sup> A este respeito Nelson Reyes SOTO coloca que " (...) *los enunciados acerca de la existencia de obligaciones consisten en enunciados predictivos acerca de reacciones hostiles respecto de alguien para el caso que no obedezca lo que se le ha mandado.* " op. cit. p. 251.

<sup>23</sup> Hart cita o exemplo do sujeito que tinha a obrigação de apresentar-se ao serviço militar mas que, ou por ter escapado à jurisdição, ou por ter corrompido com sucesso o funcionário ou o tribunal, não tinha a menor possibilidade de vir a sofrer a sanção prevista. O conceito de direito, op. cit., p. 94.

obrigação não consiste em predizer a sanção e sim " (.....) dizer que o caso de uma pessoa cai sobre tal regra. " <sup>24</sup>

Porém, a objeção fundamental que HART faz a esta teoria deriva do fato de que, quando da existência de regras sociais, o seu descumprimento não é um fundamento para que se preveja a imputação da sanção. O desvio da regra representa, na realidade, a " razão ou justificação " para o castigo. <sup>25</sup>

HART supera, com a distinção levantada entre os dois enunciados de que estamos tratando, não só a teoria de John AUSTIN como também a corrente que pretende ver atrás do conceito de obrigação somente sentimentos de compulsão ou pressão social. Conforme já colocamos no primeiro item deste capítulo, a explicitação do fenômeno da obrigatoriedade jurídica passa pela análise das regras e suas especificidades. <sup>26</sup>

### 2.3 - O PROBLEMA DA " APLICAÇÃO " NO DIREITO

Já tivemos a oportunidade de nos referir, tanto no Cap. I quanto no item 2.2 deste capítulo, à importância da compreensão do fenômeno lingüístico para a clarificação do direito. Nesses momentos, procuramos tornar explícitos quais os aspectos da linguagem que nos interessam e de que forma ela se prestaria à consecução deste objetivo. Também já nos referimos à problemática do aspecto

---

<sup>24</sup> HART, O conceito de direito, op. cit., p. 98.

<sup>25</sup> HART, O conceito de direito, op. cit., p. 94.

<sup>26</sup> No item 2.1 (Regras e Hábitos Sociais) procuramos demonstrar as principais características das chamadas regras sociais, opondo-as aos hábitos sociais. Procuramos também firmar os pressupostos que a obrigação deriva da estatuição destas regras e de que o direito é basicamente um impositor de condutas não facultativas. No Cap. III iremos analisar a estrutura do sistema jurídico, caracterizando as regras de obrigação.

interno e externo das regras e à necessidade, em HART, da assunção de um ponto de vista eminentemente hermenêutico como instrumento de viabilização do conhecimento jurídico. Nos interessa, de momento, a compreensão da aplicação do direito, bem como o fato de o problema do aspecto interno e externo das regras nos remeter à questão de saber se é possível (e em que medida) um " conhecimento sem aceitação " do direito.

Da idéia da linguagem como representação ou afiguração dos fatos - característica de WITTGENSTEIN na sua primeira fase - e da idéia da linguagem como descrição da realidade - o que J. L. AUSTIN chama de " falácia descritiva ",<sup>27</sup> a " linguistic turn " (guinada lingüística) foi substituída pela " pragmatic turn " (ou guinada pragmática), própria do WITTGENSTEIN da segunda fase (marcadamente o de " Investigações Filosóficas " ) e de J. L. AUSTIN. Deslocou-se o âmbito de análise do fenómeno lingüístico - aquele do neo-positivismo lógico - que pretendia a construção de uma linguagem artificial, alicerçada nos rigores da lógica para o âmbito pragmático da mesma, pretendendo a clarificação desta a partir da sua ótica de utilização.

Esta nova tomada de posição frente ao problema da linguagem desloca também a questão do conhecimento como um todo. É o conhecimento em " práticas e atividades " que vai marcar a sua tradição hermenêutica.

Esta possibilidade de conhecimento via hermenêutica vai se caracterizar por uma recusa do ponto de vista meramente observacional (externo) e

---

<sup>27</sup> AUSTIN, Quando dizer é fazer, op. cit., p. 23.

pela adoção de um ponto de vista interno, ou seja, do participante do sistema. \* Isto nos reporta, imediatamente, ao problema das regras constitutivas do sistema.

Temos que, em WITTGENSTEIN, a linguagem é concebida para além da mera atividade. sendo tomada - acima de tudo - como uma forma de vida. Por sua vez a atividade lingüística assume a forma de diferentes jogos de linguagem. Porém, para que se " saiba jogar " é necessário o conhecimento das regras do jogo em questão - em outras palavras, da gramática do jogo. Esse conhecimento se adquire a partir de um processo de treinamento, a que WITTGENSTEIN chama de " adestramento ". É precisamente neste sentido que se refuta o paradigma puramente observacional, uma vez que esse aprendizado requer um ponto de vista interno, do participante.

Aqui, LAMEGO <sup>28</sup> nos coloca que "*O comportamento significativo é um comportamento governado por regras - a explicitação do seu sentido implica a ' apreensão ' de tais regras - e não uma mera regularidade ou convergência de hábitos de comportamento.*" No tocante ao fenômeno jurídico isto vai significar que este não pode ser significado de um ponto de vista externo das regras, além da compreensão das práticas do sistema e do aspecto social do termo obrigação, privilegiando uma visão do direito como instituição (daí dizermos que HART realiza uma abordagem hermenêutica do direito). Porém, mesmo a assunção destas concepções não é suficiente para clarificar alguns problemas da teoria jurídica.

---

\* A cuja configuração, no âmbito do direito, já nos referimos nos itens 2.2.1 e 2.2.2 deste capítulo.

<sup>28</sup> LAMEGO, op. cit., p. 109.

Referimo-nos acima ao problema de que mesmo se o conhecimento derivar daquele ponto de vista interno, da " apreensão " das regras constitutivas do sistema, ainda assim existe a possibilidade de um conhecimento sem aceitação (ou seja, compreensivo mas sem aceitação das regras e instituições). No direito, a interpretação correta das regras ou das práticas judiciais (de um ponto de vista interno) não implica, necessariamente, na adoção de tais regras ou práticas. Neste sentido, dizemos que HART não dá conta de que a correta compreensão dos enunciados não os torna vinculativos.

Isto nos interessa no sentido de situar a questão da aplicação do direito, ou a maneira como os " funcionários do sistema " atuam com os instrumentos jurídicos. Do ponto de vista, por exemplo, do estudante de direito, basta que ele assuma um ponto de vista interno para a compreensão do fenômeno jurídico. Porém, no tocante ao aplicador da lei, aquele que a vai pôr em prática, tal ponto de vista não é suficiente. A interpretação operativa (exercida pelos juizes) vai requerer ainda um plus. Este é precisamente a aceitação das regras do sistema.

29

Do juiz, espera-se que, além de compreender as normas, possua um grau de comprometimento com o sistema, uma vez que a atividade decisória não se esgota com o "compreender" . O comprometimento vai significar um conhecimento com aceitação. O juiz, a par de compreender as normas e de estar apto a adequar os fatos às hipóteses normativas, deve possuir a convicção de tomar os enunciados em questão como enunciados vinculativos. Entendemos então, por aplicação

---

<sup>29</sup> LAMEGO, op. cit., p. 164.

(applicatio), aquela linguagem normativa utilizada pelo juiz no caso concreto, a atuação do direito nesse caso.

A aplicação revela, então, a problemática existente entre conhecimento e ação; no direito, a questão de como se relacionam o seu conhecimento e a sua aplicação. Para LAMEGO, é esta possibilidade de conhecimento sem aceitação que vai permitir um conhecimento " analítico-formal " do direito sem resvalar para uma abordagem crítico-valorativa. <sup>30</sup> Ao mesmo tempo, esta possibilidade de " saber descomprometido " também afirma a possibilidade de um analista da prática social compreender perfeitamente o seu funcionamento (sob um ponto de vista interno) sem a ele se vincular (por exemplo: o professor de direito anarquista que compreende o sistema jurídico mas não o aceita).

#### 2.4 -OBRIGAÇÃO MORAL E OBRIGAÇÃO JURÍDICA

Após termos estabelecido de que forma as regras sociais - nas quais as obrigações jurídicas se explicitam (ainda que nem toda regra enuncie uma obrigação) - diferem dos meros hábitos e também termos explicitado pontos diversos do conceito de obrigação em HART, cumpre-nos, agora, esclarecer de que forma a obrigação jurídica se diferencia da obrigação moral. Em um primeiro momento, deixaremos de abordar os traços específicos das regras jurídicas, em suas diferentes espécies, tendo em vista que esse será o objetivo de nosso próximo capítulo.

---

<sup>30</sup> LAMEGO, op. cit., p.161.

Para HART, existem dois grandes setores nos quais a moral se divide e que importam distintas considerações: o setor da moral individual e o setor da moral coletiva. O campo da moral individual diz respeito àquelas pautas de regulação da conduta que se reportam ao indivíduo em especial, mas que não são partilhadas por um número especial ou relevante de pessoas. Ao contrário, a moral coletiva se reporta àquelas pautas de conduta que são aceitas e compartilhadas por um grupo social.

A chamada moral coletiva possui alguns traços que, para HART, marcam a sua oposição àquela moral individual. O primeiro destes traços é que a moral coletiva se assenta sobre determinadas regras - pautas de conduta - compartilhadas pelo grupo e que se diferenciam das demais regras, quer pela pressão social séria que as sustentam quer pelo "considerável sacrifício" dos interesses ou inclinações individuais em que o seu cumprimento implica. Em segundo lugar, esta moral engloba também determinados ideais do grupo social. E, por último, esses princípios e ideais referidos pelo grupo servem também como um instrumento de crítica no momento da violação da regra moral.<sup>31</sup>

HART reconhece a semelhança existente entre regras de obrigação jurídica e regras de obrigação moral, considerando que "*Em qualquer comunidade há uma sobreposição parcial de conteúdo entre a obrigação moral e a obrigação jurídica (...)*".<sup>32</sup> Ele nos apresenta os seguintes traços de semelhança entre ambos os tipos de obrigações: "*são semelhantes na medida em que são concebidas como vinculativas, independentemente do consentimento do indivíduo e são sustentadas por uma pressão social séria para a sua observância; o cumprimento das*

<sup>31</sup> SOTO, op. cit., p. 256.

<sup>32</sup> HART, O conceito de direito, op. cit., p. 185.

*obrigações, quer jurídicas, quer morais, é encarado não como motivo de elogio, mas como um contributo mínimo para a vida social que é tomado como coisa corrente. " 33*

Já nos referimos, neste capítulo, ao fato de que HART tem uma noção de obrigação como possuindo esta um caráter nitidamente social. Quer isso dizer que, para ele, é impossível precisar esse conceito fora de um espaço institucional, no qual a interação dos sujeitos funda-se em determinados acordos e convenções. Também a moral se situa neste contexto, sendo primordialmente social. Assim é que " *Esta consiste en reglas sociales de conducta que en gran medida (por lo menos si consideramos a las reglas en que se formulan deberes como el nucleo de la moralidad) se preocupan de asegurar las condiciones necesarias que se requieren para mantener la vida social.* "34 HART também nega que exista, necessariamente, uma autoridade moral intrínseca ao direito e propõe como base de sustentação do sistema jurídico uma certa colaboração dos sujeitos, os quais se " comprometem " e vinculam-se às regras por ele estabelecidas.

Em HART, a noção de obrigação está vinculada a uma pauta de avaliação dos compromissos e resultados. Ou seja, aceitar uma obrigação é aceitar se submeter a uma pauta de avaliação a ela referente. Em outras palavras, submeter-se a uma crítica (que pode ser produzida tanto em padrões legais quanto em padrões morais). A crítica de um comportamento pode ser baseada em apenas um ou em ambos estes padrões. Assim como a moral, HART também evidencia a

<sup>33</sup> HART, O conceito de direito, op. cit., p. 187.

<sup>34</sup> RAZ, op. cit., p. 23. "Esta consiste em regras sociais de conduta que em grande medida (ao menos se considerarmos as regras em que se formulam deveres como o núcleo da moralidade) se preocupam em assegurar as condições necessárias que se requerem para manter a vida social." Na realidade, a maior preocupação de Hart não é a de separar a moral social de outras regras sociais. Sua nítida intenção foi sempre a de estabelecer as distinções entre regras jurídicas e outras regras sociais.

obrigação moral como nitidamente convencional, evidenciando também " *implicações normativas gerais da obrigação moral* ".<sup>35</sup> Na realidade, HART concebe a obrigação jurídica e a obrigação como espécies distintas de um mesmo gênero.

Mas, em última análise, quais são os traços que as diferenciam?

Na visão hartiana, estas distinções podem ser estabelecidas a partir de quatro pontos fundamentais: a) importância; b) imunidade à alteração deliberada; c) caráter voluntário dos delitos morais; d) a forma de pressão moral.

Quanto à importância, temos que as regras morais são mantidas e respeitadas ainda quando vão de encontro aos interesses e emoções individuais, exigindo uma grande dose de sacrifício do indivíduo. Também nesta ótica, existe uma pressão social bastante séria, não só para que as regras que impõem obrigações morais sejam respeitadas, mas também para que elas continuem a ser disseminadas no interior do espaço público.

Porém, HART rejeita uma abordagem utilitarista das regras morais, argumentando que em muitos setores da vida em comunidade as regras morais não trazem nenhuma contribuição à consecução do bem comum e mesmo assim são mantidas. De acordo com uma abordagem utilitarista, uma regra moral só obriga e só tem razão de existir enquanto forma de propiciar alguma parcela de bem-estar para a população. Caso não possa servir à esta finalidade, não haveria razão para que continuasse a existir enquanto pauta de conduta que deve ser respeitada pelos sujeitos da coletividade. HART rejeita esta abordagem justamente por verificar que

---

<sup>35</sup> LYONS, David. As regras morais e a ética. . Campinas, Ed. Papirus, 1990. p. 76

isto não ocorre. Para tanto, traz à baila a questão da moral sexual, cujos desvios são repudiados não por serem socialmente prejudiciais, mas por considerações de outras ordens (vergonha, pudor, intolerância, ...).<sup>36</sup>

Ao contrário, as regras jurídicas podem - em um dado momento - já não se revestirem de importância alguma, mas continuarem a valer como regras porque o sistema jurídico ainda não se encarregou de extingui-las.

A imunidade à alteração deliberada é um dos aspectos onde a distinção se nos apresenta de forma mais nítida. Uma das características mais evidentes das regras jurídicas é o fato de estarem elas sempre aptas a criação, modificação ou extinção por um ato legislativo convencional. Em oposição a elas, as regras morais não podem ser criadas, alteradas ou extintas por este modo (intencional), podendo, porém, ser alteradas por outras formas. A evolução natural da sociedade pode determinar que um certo fato, antes considerado imoral, deixe de sê-lo. Bem assim, a aceitação no sistema jurídico de uma conduta antes imoral pode ocasionar a mesma alteração. Ocorre é que as regras morais não podem ser alteradas por atos intencionais.<sup>37</sup>

No tocante ao caráter voluntário dos delitos morais, temos que nele está compreendido o problema da responsabilidade moral e jurídica. No plano

<sup>36</sup> HART, O conceito de direito, op. cit., p. 189.

<sup>37</sup> A este respeito. Hart nos apresenta o seguinte exemplo (Hart, O conceito de direito, op. cit., p. 190): " (...) revela um perfeito bom senso fazer afirmações tais como 'A partir de 1 de janeiro de 1960 será um fato criminoso fazer isto ou aquilo' ou 'A partir de 1 de janeiro de 1960 já não será ilícito fazer isto ou aquilo' e apoiar tais afirmações a regras jurídicas que foram aprovadas ou revogadas. Em confronto com isso, afirmações tais como 'A partir de amanhã já não será normal fazer isto ou aquilo' ou 'Em 1 de janeiro último tornou-se imoral fazer isto ou aquilo' e tentativas para apoiar por referência a atos legislativos intencionais constituiriam paradoxos surpreendentes, se não mesmo desprovidos de sentido. "

moral, uma conduta pode ser desculpada ou justificada, demonstrando-se que a pessoa não poderia prever o resultado produzido (culpa) ou, ainda, que não "queria" produzi-lo (dolo). Ao contrário, o direito pode estabelecer pautas de responsabilidade objetiva, a sancionarem o autor da conduta, ainda que este tenha atuado sem dolo ou culpa.

Por último, quanto à forma da pressão moral, temos que esta é dirigida fundamentalmente no sentido de destacar a "importância das regras em si mesmas", apelando-se para a consciência do indivíduo e reportando-se, apenas de forma secundária, ao "castigo" que poderá sobrevir ao descumprimento da regra. Já as condutas exigidas juridicamente vinculam-se de modo muito mais imediato à ameaça de sanção em caso de descumprimento.

Em suma, para HART são estas as principais diferenças que podemos estabelecer entre a obrigação moral e a obrigação jurídica. Um aspecto que foi temporariamente "esquecido" - o problema das regras jurídicas - será objeto do nosso próximo capítulo. Ao fazer a caracterização das regras jurídicas estaremos, por oposição, destacando ainda mais sua contraposição às regras morais.

## CAPÍTULO III

### A ESTRUTURA DO SISTEMA JURÍDICO E A TEXTURA ABERTA DO DIREITO

É a partir da crítica sistemática ao pensamento de John AUSTIN, para quem o direito é um modelo " simples " de ordens coercitivas, que HART vai buscar compreender a estrutura e o funcionamento do sistema jurídico. Para tanto, ele identifica três " defeitos " ou " falhas " na teoria de John AUSTIN.<sup>1</sup>

- em primeiro lugar, o modelo do direito como ordens baseadas em ameaças não dá conta do caráter auto-vinculante da legislação, uma vez que as leis também se aplicam àqueles que as criam;

- em segundo lugar, aquela parte do direito onde são constituídos poderes públicos ou privados não se adaptaria de forma alguma à noção de ordens baseadas em ameaças;

- em terceiro lugar, tal modelo também é incapaz de explicar a continuidade da autoria legislativa existente nos sistemas jurídicos modernos.

Avançando sobre esta teoria, HART substitui esse modelo "simples" do direito por um modelo complexo, no qual este é encarado como a união de normas primárias e secundárias. Desta forma, é a partir do aspecto interno e externo das regras (ao qual já nos referimos no Capítulo II) e desta reunião de

---

<sup>1</sup> HART, O conceito de direito. op. cit., p. 89 - 90.

diferentes ordens de normas, que HART vai dar conta do caráter institucionalizado do direito.

Neste sentido, sendo o direito um fato social complexo, ao entendermos os seus elementos componentes estaremos também aptos a entender sua complexidade e, principalmente, o seu mecanismo de funcionamento. Em HART, a compreensão do que venham a ser as regras primárias e as regras secundárias, bem como a sua interação recíproca, ocupa um lugar central no estudo jurídico. Estas duas ordens de regras constituiriam os elementos centrais do direito.

As regras primárias seriam, antes de tudo, regras de conduta, ou regras que impõem obrigações. Ao contrário, as regras secundárias não impõem obrigações, o seu conteúdo se destina a criar poderes, públicos ou privados. Para HART, o que caracteriza a passagem do mundo pré-jurídico ao mundo jurídico é precisamente a inclusão no sistema das regras secundárias.

Na realidade, ocorre que aquele, assim chamado, mundo pré-jurídico, conteria determinados " defeitos ", inerentes a um ordenamento integrado apenas por normas de obrigação. É para sanar estes defeitos que o ordenamento se serviria de determinados " remédios " - as normas secundárias. A sua colocação no sistema vai determinar que este assumo um caráter complexo, típico de um sistema jurídico desenvolvido.

No item 3.1 vamos analisar os diferentes " defeitos " de um sistema jurídico assentado somente em regras primárias, bem como aquelas regras secundárias que, uma vez presentes, se encarregarão de dirimir tais problemas. Estabelecidas e caracterizadas estas duas ordens normativas, buscaremos a

compreensão da validade jurídica em HART, a partir da análise da chamada " regra de reconhecimento " (item 3.2) . Na análise desta se nos apresentam algumas semelhanças que a mesma possui com a norma fundamental de Hans KELSEN, motivo pelo qual faremos - no item 3.3 - uma análise comparativa de ambas.

Em relação ao último item deste capítulo - 3.4, a textura aberta do direito - valem algumas considerações iniciais. Conforme temos procurado ressaltar nos dois primeiros capítulos deste trabalho, é somente a partir da compreensão do significado de alguns dos enunciados que permeiam o discurso jurídico que poderemos nos dar conta do seu caráter institucional. Neste sentido é que nos referimos - no Capítulo II - à necessidade de se assumir um ponto de vista eminentemente hermenêutico no estudo do direito. Isto significa colocar, de pronto, a importância destacada do participante ou " intérprete " do sistema, o que nos remete à linguagem utilizada no discurso. E, se o direito é um fenômeno social que se nos apresenta - ou enuncia - através de uma linguagem natural, é consequência que a linguagem jurídica também vai apresentar as imperfeições daquela linguagem (como, por exemplo, a vagueza e a ambigüidade). Assim sendo, neste item procuraremos analisar o que vem a ser esta " textura aberta " presente no discurso jurídico, bem como a forma pela qual o direito a operacionaliza.

### 3.1 - REGRAS PRIMÁRIAS E SECUNDÁRIAS: A PASSAGEM DO MUNDO PRÉ-JURÍDICO AO MUNDO JURÍDICO

HART identifica na estrutura do sistema jurídico duas classes de normas, as quais denomina normas primárias e secundárias. Nesta abordagem, a união dessas duas classes normativas representa a chave para a elucidação do conceito de direito.

Entretanto, HART somente identifica a existência de normas secundárias em um sistema jurídico desenvolvido. Nos sistemas primitivos não existiriam tais normas, e estas estruturas sociais estariam integradas por regras primárias de obrigação.<sup>2</sup> Nestas estruturas não haveria legislativo, tribunais ou funcionários de qualquer espécie.

Por sua vez, a distinção entre normas primárias e secundárias revela outro traço característico da concepção do direito em HART, qual seja, o problema da obrigatoriedade jurídica. Isto porque HART vincula a existência do direito à existência de condutas obrigatórias, não facultativas.

As regras primárias poderíamos chamar " regras de obrigação ", uma vez que impõem condutas ou a abstenção de certos atos, independentemente da vontade do sujeito a quem se destinam. Estas regras envolvem ações que dizem respeito a movimentos ou mudanças no mundo físico.<sup>3</sup>

Segundo SHAKANKIRI : " *Les normes primaires sont ' pré-juridiques ' , elles traduisent un certain nombre de valeurs admises depuis les formes primitives des sociétés humaines (dont surtout la limitation de l'usage libre des forces physiques et le respect des promesses). Les sujets les acceptent parce qu'elles se manifestent et se développent par la nécessité et la pression de leur vie en commun. "*<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> HART, O conceito de direito, op. cit., p. 101.

<sup>3</sup> HART, O conceito de direito, op. cit., p. 91.

<sup>4</sup> SHAKANKIRI, op. cit., p. 143. "As normas primárias são 'pré-jurídicas', elas traduzem um certo número de valores admitidos desde as formas primitivas de sociedades humanas (principalmente a limitação da utilização livre da força física e o respeito às promessas). Os sujeitos as aceitam porque elas se manifestam e se desenvolvem pela necessidade e pela pressão da sua vida em comum. "

No entanto, uma sociedade altamente desenvolvida e complexa não pode regular a existência do todo social somente através destas normas. Isto porque estas normas contêm " defeitos ", os quais lhes são inerentes. Devido a estes defeitos, a sociedade cria normas secundárias, as quais vão atuar como corretivos dos defeitos intrínsecos das normas primárias e, juntamente com estas, vão constituir o sistema jurídico. No momento em que se dá a colocação no sistema jurídico das normas secundárias ocorre, segundo HART, a passagem do mundo pré-jurídico ao mundo jurídico.

O primeiro defeito na estrutura social simples das regras primárias é a incerteza. O grupo, nesta situação, somente tem regras de obrigação. Daí que, quando ocorrem dúvidas acerca de qual a regra a ser aplicada ao caso concreto, ou quanto ao âmbito de uma regra, não exista um processo para dirimir estas dúvidas.

Um segundo defeito é o caráter estático das regras. O único processo de alteração das regras primárias nesta sociedade será o desenvolvimento da mesma, o qual é lento e impreciso. Não existem aqui autoridades capazes de alterar, extinguir ou acrescentar novas regras primárias ao sistema.

Por último, temos a ineficácia da pressão social difusa pela qual se mantêm as regras. Os castigos pela violação de uma regra não são aplicados por uma instância especial, mas são deixados ao ofendido ou ao grupo social.<sup>5</sup>

Visando sanar estas deficiências do sistema, são introduzidas as normas secundárias. Estas regras " (...) *asseguram que os seres humanos possam criar, ao fazer ou dizer certas coisas, novas regras do tipo primário, extinguir ou*

---

<sup>5</sup> HART, O conceito de direito, op. cit., p. 103.

*modificar as antigas, determinar de diferentes modos a sua incidência ou fiscalizar a sua aplicação. Estas regras impõem poderes, públicos ou privados, tornam possíveis atos que conduzem não só a movimentos ou mudanças físicas, mas à criação ou alteração de deveres ou obrigações.*<sup>6</sup>"

As regras secundárias situam-se num plano diferente das normas primárias; aquelas sempre dizem respeito a estas. Elas especificam os modos pelos quais as regras primárias podem ser determinadas de forma concludente, ou ser criadas, eliminadas ou alteradas, bem como a possibilidade de que a respectiva violação seja determinada de forma inequívoca.

Neste sentido, as regras primárias seriam formuladas em termos de linguagem-objeto e as normas secundárias em termos de metalinguagem. Georges KALINOWSKI coloca : " (...) *il va de soit que les règles secondaires sont formulées dans le langage d'un degré plus élevé que le langage dans lequel sont énoncées les règles primaires. Le langage de celles-ci constitue donc le langage objet par rapport au langage de celles-là.* " <sup>7</sup>

As regras secundárias são de três espécies: regras de reconhecimento, de alteração e de julgamento ( " rules of adjudication " ).

As regras de reconhecimento estabelecem um critério ou critérios segundo os quais uma norma primária é identificada. A existência da regra de

---

<sup>6</sup> HART, O conceito de direito, op. cit., p. 91.

<sup>7</sup> KALINOWSKI, Georges. Théorie, métathéorie ou philosophie du droit. in: Archives de Philosophie du Droit. Paris, Syrei, 1970, tome XV, p. 191. "(...) resulta que as regras secundárias são formuladas em uma linguagem um degrau mais elevado que a linguagem naquela em que são enunciadas as regras primárias. A linguagem destas constitui, então, a linguagem objeto em relação à linguagem daquelas. "

reconhecimento é uma questão de fato, empírica; na maior parte das vezes sua existência não é enunciada. Esta regra é distinta das outras regras do sistema e sua natureza vai depender do ponto de vista com o qual se encara o direito (interno ou externo). A regra de reconhecimento está diretamente relacionada à validade das outras regras do sistema, uma vez que ela estabelece os critérios de validade destas normas. Neste sentido, ela seria a regra última do sistema.

Embora HART não esclareça o caráter da regra de reconhecimento, nos parece que ela contém um nítido conteúdo prescritivo. Esta regra contém critérios de autoridade e estabelece modos pelos quais as outras regras serão identificadas e aplicadas. Ela estabelece, assim, um comando aos juizes e funcionários. Assim, podemos dizer que, em certos aspectos, a regra de reconhecimento também é uma regra de obrigação. No entanto, HART se insurge contra esta redução.

Ao mesmo tempo, a existência de uma única regra de reconhecimento caracteriza a existência de um ordenamento jurídico. Ela é concebida como sendo o fundamento deste.

Já as regras de alteração conferem poderes a pessoas ou órgãos para que modifiquem, retirem ou acrescentem novas regras ao sistema jurídico. As regras de alteração têm estreita conexão com a regra de reconhecimento, uma vez que esta as identifica e valida.

Em terceiro lugar temos as regras de julgamento, que são: " (...) *regras secundárias que dão o poder aos indivíduos para proferir determinações dotadas de autoridade respeitantes à questão sobre se, numa ocasião concreta, foi*

*violada uma norma primária. Além de identificar os indivíduos que devem julgar, tais regras definirão também o processo a seguir. "*<sup>8</sup>

É da interação recíproca das normas primárias e secundárias que têm surgido grande parte das respostas às questões centrais que têm sido formuladas acerca do direito.

### 3.2 - O PROBLEMA DA VALIDADE JURÍDICA

Conforme dissemos no primeiro item deste capítulo, a validade do sistema jurídico está diretamente relacionada à existência e à configuração da regra de reconhecimento. Ao mesmo tempo em que fornece critérios de identificação das regras do sistema jurídico, a regra de reconhecimento reafirma a perspectiva institucional deste, uma vez que sua natureza depende do ponto de vista (interno ou externo) do participante.

Também já nos reportamos - no capítulo II - à diferença existente entre os enunciados " *ter uma obrigação* " e " *ser obrigado a* ". Tal diferença é conceitual, determinando um hiato entre o que pode ser um mero constrangimento e o que venha a ser uma obrigação imposta pelo direito positivo. Estas noções se vinculam, de forma imediata, ao problema da fundamentação ético-teórica do direito ou, mais claramente, à questão de determinarmos o porquê da obrigatoriedade jurídica. E, dentro do sistema jurídico, devemos *reconhecer*, antes de mais nada, quais condutas nos são juridicamente exigidas.

---

<sup>8</sup> HART, O conceito de direito, op. cit., p.106.

Ainda que a nossa intenção, neste momento, não seja a de realizar uma análise da fundamentação ética do direito ( ou, especificamente, atribuir uma perspectiva ética - fundamentada em um conceito de justiça - ao problema da validade normativa ), ao tematizarmos a validade jurídica, deparamo-nos com duas ordens distintas de problemas, as quais não podem ser isoladas: a primeira, a determinação da origem do fenômeno coercitivo do direito, a qual HART responde com uma teoria do reconhecimento e a segunda, a determinação da própria regra de reconhecimento como instrumento conferidor de validade às regras jurídicas.

De início, nos interessa fornecer, de maneira sucinta, a postura de HART em face do problema da fundamentação do direito. Criticando a teoria de John AUSTIN, para o qual o direito era um modelo *simples* de ordens baseadas em ameaças ( teoria imperativista ), HART vai buscar a autoridade da coerção jurídica em critérios empíricos, baseados em uma concordância interior de submissão às regras.

Na esteira do positivismo, John AUSTIN, assim como BENTHAN, nos coloca que nem toda coerção é autorizada ou possui caráter jurídico. Somente a coerção fundada em um mandato ( a ordem provinda do soberano ) para o seu exercício assume o caráter de obrigatoriedade jurídica. A origem desse poder coercitivo deve-se a instâncias adequadamente autorizadas e é essa autorização que legitima a imposição de condutas. No dizer de Otfried HÖFFE " *um poder de direito não significa um simples ' poder despido ' , mas um poder autorizado; ele é potestas, não violentia; um ordenamento jurídico tem legalidade.* " <sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> HÖFFE, Otfried. Justiça política. Fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do estado. Petrópolis : Vozes, 1991. p. 111.

Para HART, não obstante as várias críticas que podem ser feitas ao pensamento austinianiano ( algumas já referidas por nós ), essa noção de autorização conferida ao soberano para ditar *ordens* também seria insuficiente como critério de pertença e individualização de regras num sistema jurídico desenvolvido. Conquanto possa servir a um sistema jurídico num estágio de pré-desenvolvimento - com uma única fonte de enunciados jurídicos (o soberano), não se adapta a um sistema complexo, onde existe uma variedade de *fontes* de direito.<sup>10</sup>

Dentro da leitura hermenêutica que realiza do direito, HART assenta a fundamentação deste em uma teoria do reconhecimento, baseada na concordância interior dos sujeitos participantes (elemento psicológico de definição) e aliada à existência de uma regra de reconhecimento, fornecedora de critérios empíricos e/ou contextuais. A teoria imperativista de AUSTIN reduz a obrigatoriedade jurídica ao enunciado *ter a obrigação de* ou *ter que realizar algo*. Ao contrário, ao assentar a obrigação jurídica na concordância do participante (o chamado ponto de vista interno, a adoção da norma jurídica como padrão de comportamento), HART identifica um livre querer do sujeito jurídico. Nesta ótica, apenas uma parte dos participantes (aqueles que adotam um ponto de vista externo frente ao sistema) seria estrangida à aceitação da regra por temor à sanção que adviria do seu descumprimento. HART não dá conta, porém, dos reais motivos de concordância, os quais podem variar de uma íntima conexão entre a obrigação moral e a obrigação jurídica, à chamada coerção internalizada (o temor à punição ou à sanção, do qual nem mais se tem consciência<sup>11</sup>), podendo também dizer respeito às posturas político-ideológicas do grupo.

---

<sup>10</sup>HART, O conceito de direito. op. cit., p. 112.

<sup>11</sup>HÖFFE, Justiça política. op. cit., p. 136.

Se uma teoria de direito nos permite - na perspectiva hartiana de direito - dar conta do caráter obrigatório deste, é a existência da chamada regra de reconhecimento que vai possibilitar a identificação do direito válido. Em outras palavras, a validade das regras jurídicas se vincula ao fato delas se adequarem (conformarem-se) aos critérios estabelecidos na regra de reconhecimento. Por outro lado, como veremos, a noção de validade jurídica é sucedâneo da adoção de um ponto de vista interno, e não se confunde com a noção de eficácia, à qual se reporta a assunção de um ponto de vista eminentemente externo.

Num sistema jurídico complexo são várias as fontes do direito, desde o direito consuetudinário até decisões judiciais. O que confere o estatuto de direito ao produto destas diversas fontes é justamente a regra de reconhecimento. Para HART, quotidianamente o sistema jurídico convive com dita regra, ainda que somente em raras circunstâncias o direito atribua de forma expressa a uma regra a condição de ser ela a indicativa de critérios de validade.<sup>12</sup>

No nosso direito positivo, um exemplo de manifestação expressa de um critério de reconhecimento é o artigo 1080 do código civil brasileiro: "*A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso*". Este artigo é a previsão geral de direito segundo a qual *pacta sunt servanda*, ou seja, que os contratos fazem lei entre as partes. Vale dizer, nas circunstâncias mencionadas, o sistema jurídico reconhece à vontade das partes, validamente manifestadas na

---

<sup>12</sup> Hart em seu Conceito de direito, p. 113, coloca: "*Na maior parte dos casos a regra de reconhecimento não é enunciada, mas a sua existência manifesta-se no modo como as regras concretas são identificadas, tanto pelos tribunais ou outros funcionários, como pelos particulares ou seus consultores.*" Neste sentido, dizemos ser a regra de reconhecimento não uma norma pressuposta (tal qual a norma hipotética fundamental de Kelsen), e sim uma norma cuja existência se manifesta de fato; a sua aplicabilidade é empiricamente verificável.

celebração do contrato, um caráter vinculante, se lhes impondo, posteriormente, o respeito ao pactuado. No nosso sistema jurídico positivo, fruto da elaboração teórica romano-germânica, a(s) regras(s) de reconhecimento estão, inúmeras vezes, expressas na legislação ( exemplo disto são também os artigos da Constituição Federal que estabelecem a competência legislativa das diferentes pessoas jurídicas de direito público).

Conforme mencionamos acima, a regra de reconhecimento pode ser utilizada tanto pelos funcionários do sistema quanto pelos particulares. A postura de uns e de outros frente ao sistema jurídico pode assumir diferentes configurações. Quando os funcionários do sistema ( juízes, promotores, procuradores, ...) identificam as regras deste de acordo com aquela regra de reconhecimento, eles estão nitidamente assumindo um ponto de vista interno. Mais do que isso: eles estão revelando a aceitação dos critérios de reconhecimento que o sistema lhes fornece, bem como a aceitação das próprias regras identificadas de acordo com estes critérios. Em outras palavras, eles revelam seu grau de comprometimento com o sistema. Ao operacionalizar o uso dos instrumentos jurídicos disponíveis, realizam eles a chamada interpretação operativa, a qual não pode existir de forma neutra ou descompromissada. Ao contrário, os particulares, ao identificarem uma regra de direito em face dos critérios propugnados pela regra de reconhecimento, podem fazê-lo assumindo um ponto de vista puramente observacional ou externo.

Em HART, a validade jurídica é conseqüência da conformidade da regra à regra de reconhecimento. Mais: é esta conformidade que outorga à regra a condição de regra jurídica, retirando-a daquele vasto campo de meros hábitos de comportamento ou regras sociais e conferindo à conduta que ela impõe o "status"

de obrigação jurídica (ou, por outro lado, de poder ou competência juridicamente reconhecidos). Assim é que *"dizer que uma dada regra é válida é reconhecê-la como tendo passado por todos os testes facultados pela regra de reconhecimento e, portanto, como uma regra do sistema"*.<sup>13</sup>

Ao mesmo tempo, temos que não existe uma vinculação necessária entre os conceitos de validade e eficácia (entendida esta como a obediência ao comportamento prescrito pela regra). Tal vinculação só se manifestará se a eficácia for um dos critérios de validade expressos pela regra de reconhecimento, o que pode ou não ocorrer.

A noção de eficácia jurídica, que em HART é acentuadamente uma questão empírica, revela-se em perfeita adequação à assunção de um ponto de vista externo, o que é possível aos particulares. Se do ponto de vista interno é necessária a aceitação da regra de reconhecimento, do ponto de vista externo o observador pode limitar-se à verificação de que as regras contidas no sistema são normalmente respeitadas, o que lhes confere um grau geral de eficácia.

Por fim, cumpre-nos esclarecer em que sentido HART coloca a regra de reconhecimento como regra última ou critério supremo do sistema.

HART nos coloca, reiteradamente, que a existência da regra de reconhecimento é uma questão de fato, no sentido de que a sua existência se verifica na sua aplicação fática, no momento em que a prática complexa dos membros do sistema jurídico a utiliza para identificar o direito por certos critérios que ela faculta. Isso nos faz concluir que a validade da própria regra de

---

<sup>13</sup> HART, O conceito de direito. op. cit., p. 114.

reconhecimento não pode ser questionada, ou que em relação a ela a questão seja colocada da mesma forma em que se coloca para as demais regras.<sup>14</sup> Em relação a ela, não se afirma a sua validade e sim a sua utilização para o fim a que se destina.

Nesta esteira de raciocínio temos que, ao excluirmos a própria regra de reconhecimento de testes de validade, ela se afirma como o critério supremo de validade das demais regras.<sup>15</sup> Dizemos critério supremo porque, uma vez que uma regra do sistema esteja adequada às suas exigências, ela terá reconhecido seu estatuto de direito, ainda que não esteja de acordo com outros critérios de juridicidade. Havendo conflito entre regras do sistema jurídico identificadas pela regra de reconhecimento e regras identificadas de acordo com outros critérios, prevalecem aquelas.

Ao mesmo tempo, a regra de reconhecimento se afirma como regra última de validade, evitando, na cadeia normativa, um regresso *ad infinitum*.

### 3.3. NORMA FUNDAMENTAL E REGRA DE RECONHECIMENTO: SEMELHANÇAS E DESSEMELHANÇAS

Uma vez que explicitamos o que, em HART, constitui o ponto fundamental para a compreensão do direito - justamente a união de normas primárias e secundárias - podemos nos aperceber que, dentre estas, a regra de

---

<sup>14</sup> A este respeito Hart nos coloca em seu Conceito de direito, à p. 120 que : " *Uma tal questão não pode ser posta quanto à validade da própria regra de reconhecimento que faculta os critérios, esta não pode ser válida ou inválida, mas é simplesmente aceita como apropriada para tal utilização.*"

<sup>15</sup> Hart chama atenção ao fato de que não devemos confundir critério supremo com poder legislativo, juridicamente ilimitado. O poder legislativo, quando aparentemente possui a autoridade última de ditar ou regras normas, a possui porque a própria regra de reconhecimento lhe faculta tal autonomia. Ou seja, a regra de reconhecimento é o critério supremo a facultar que o poder legislativo atue de tal ou qual forma.

reconhecimento assume um papel central. Isto por ser ela a facultar o sistema de regras, de acordo com os critérios de validade que estabelece.

É bastante comum a identificação, errônea, entre a regra de reconhecimento de HART e a norma fundamental de KELSEN.<sup>16</sup> Isto porque, também para KELSEN - e aí há coincidência entre ambos - é a norma fundamental a fonte comum de validade de todo sistema normativo: "*A norma fundamental é a fonte comum de validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum.*"<sup>17</sup> Neste ponto, não podemos deixar de mencionar as três designações da norma fundamental na Teoria Pura do Direito: "a) como primeira constituição histórica; b) como fundamento de validade do sistema normativo e c) como pressuposição lógico transcendental." E, conforme acentua ROCHA: "A norma fundamental como fundamento de validade é a norma onde as demais da pirâmide jurídica vão encontrar seu fundamento último"<sup>18</sup>. Disto não resulta, porém, terem a norma de reconhecimento de HART e a norma fundamental o mesmo significado.

Provavelmente o maior ponto de contato entre ambas - regra de reconhecimento e norma fundamental - resida no fato de ocuparem um lugar central na obra de HART e KELSEN, respectivamente. Também o fato de ambas serem fonte de validade das outras regras dentro da ordem normativa. Para evitarmos falsas equiparações, vamos nos ocupar agora de ressaltar os traços gerais

---

<sup>16</sup>A este respeito ver: CRACOGNA, Dante. Regla de reconocimiento y norma basica .in: H. L. A. HART y el Concepto de Derecho. Revista de Ciencias Sociales, n. 28. Valparaíso, Ed. Universidad de Valparaíso, 1980.

<sup>17</sup> KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 2a. ed. São Paulo, Martins Fontes, 1987. p. 207.

<sup>18</sup> ROCHA, Leonel Severo. O sentido político da Teoria Pura do Direito. in: Revista Sequência, n. 9. Florianópolis: Editora da UFSC, jun/1984. p. 66-67.

que as diferenciam, bem como estabelecer se existem ou não pontos coincidentes entre as mesmas.

Inicialmente, temos o fato óbvio de que HART e KELSEN adotam uma terminologia diferente para designá-las. HART emprega o termo **regra de reconhecimento** (" rule of recognition " no original), enquanto KELSEN utiliza **norma fundamental** (no original, " Gründnorm"). Esta diferença terminológica é proposital em HART, para quem: *"Uma razão para usar o a expressão ' regra de reconhecimento' em vez de' norma fundamental' é para evitar qualquer comprometimento com a visão de KELSEN do conflito entre o direito e a moral.*"<sup>19</sup> Não somente neste aspecto, mas em vários outros, HART nega identidade a ambas.

Quanto à possibilidade de enunciação, temos que a regra de reconhecimento de HART raramente se expressa sob a forma de uma regra, ainda que ele não coloque objeção para que isto ocorra.<sup>20</sup> Na maior parte das vezes, a regra de reconhecimento se manifesta na prática dos participantes do sistema, ao identificarem o direito. Já para KELSEN, a norma fundamental se expressa de várias maneiras, mas todas elas " (...) *en el sentido de otorgar competencia al legislador originario, es decir, a quien dictó las primeras normas positivas del sistema.*"<sup>21</sup>

---

<sup>19</sup>HART, O conceito de direito, op. cit., p. 276.

<sup>20</sup>Neste sentido: " *Na vida quotidiana de um sistema jurídico, a sua regra de reconhecimento só muito raramente é formulada de forma expressa como tal, ...* " ; em HART, O conceito de direito, op. cit., p. 113.

<sup>21</sup>NINO, Carlos S. Introducción al análisis del derecho. Buenos Aires, Astrea, 1980. p. 121: " (...) *no sentido de outorgar competência ao legislador originário, quer dizer, a quem ditou as primeiras normas positivas do sistema.* "

Um ponto delicado, onde a semelhança destas duas normas se nos apresenta como mais provável é no tocante à sua função. A regra de reconhecimento tem como função permitir a identificação das normas primárias de obrigação. Nesta função, ela estabelece os critérios de validade que as regras devem respeitar para receberem o estatuto de direito. Ela funciona como fundamento de validade à medida em que permite precisar quais regras compõem o sistema. Também a norma fundamental de KELSEN funciona como fundamento de validade do sistema, porém, conforme já colocamos, realiza tal intento à medida " (...) em que assinala competência ao constituinte originário."<sup>22</sup> No sistema concebido por KELSEN, as normas vão buscar sucessivamente sua validade em normas superiores, todas fundamentadas na primeira constituição. Esta tem sua validade afirmada na pressuposição de competência dos constituintes, dentro da hipótese da norma fundamental. Nisto reside a sutil distinção entre ambas, neste particular: em HART, a regra de reconhecimento outorga validade ao identificar, na prática, as regras do sistema; em KELSEN, a norma fundamental é fonte de validade objetiva do sistema por ter outorgado competência ao primeiro constituinte, cujo produto ( a Constituição) vai validar as demais normas.<sup>23</sup>

A distinção mais evidente entre a regra de reconhecimento e a norma fundamental de KELSEN revela-se quanto à existência de cada uma delas. HART

---

<sup>22</sup>CRACOGNA, Dante. Regla de reconocimiento y norma basica. op. cit., p. 376.

<sup>23</sup>Não podemos nos esquecer que KELSEN trabalha o conhecimento do direito a partir de dois níveis lingüísticos diferentes: um é o plano do direito, outro o da ciência jurídica; nesta análise, a ciência jurídica é a metalinguagem que fala o seu objeto, o direito. Segundo ROCHA, o nível lingüístico da linguagem-objeto (o ordenamento jurídico) " possui como condição fundamental de validade a última constituição histórica", na qual todas as demais normas vão buscar a sua validade. E a ciência jurídica (a nível de metalinguagem) possui como condição de significação a norma fundamental gnoseológica. Disto decorre ser a norma fundamental condição de validade do ordenamento jurídico e da própria ciência do direito. Neste sentido, a norma fundamental " (...) interliga, a nível do conhecimento - fenomenologicamente - o 'sein' e o 'sollen'; o ser e o dever-ser. A este respeito ver ROCHA, Leonel Severo. O sentido político da teoria pura do direito, op. cit., p. 67.

afirma categoricamente que a existência da regra de reconhecimento é uma questão de fato, uma vez que ela se revela na e enquanto prática do sistema. Não se trata, então, de tê-la como pressuposta ou admiti-la como hipótese. Ao contrário, a norma fundamental de KELSEN é hipotética, uma vez que não é colocada (posta) e sim pressuposta, por estabelecer a validade de uma instância constituinte superior que não pode receber validade de outra norma posta por ainda outra instância superior. Uma é fato; a outra, hipótese.<sup>24</sup>

Um notável ponto de semelhança entre ambas verifica-se no tocante a terem elas um caráter de regra última. Tanto a regra de reconhecimento como a norma fundamental proporcionam validade a todas as demais regras do sistema e, assim fazendo, colocam um "fim" na tarefa de fundar dita validade nas normas superiores evitando, com isso, um regresso *ad infinitum*.

Antes de finalizarmos, resta lembrar os pontos em que o próprio HART assinala como diferentes na regra de reconhecimento e na norma fundamental: a) os critérios de validade colocados pela regra de reconhecimento são sempre uma questão empírica, de fato, enquanto a norma fundamental coloca pressupostos de validade; b) a validade da regra de reconhecimento não é jamais questionada, enquanto a validade da norma fundamental é pressuposta; c) a regra de reconhecimento tem conteúdos distintos, segundo o ordenamento a que se refere, enquanto a norma fundamental teria praticamente sempre o mesmo sentido.

25

---

<sup>24</sup> Não obstante, CRACOGNA, *op. cit.*, citando Ricardo GUIBOURG, considera menor esta diferença, tendo em vista que também a norma fundamental é determinada por fatos.

<sup>25</sup> HART, O conceito de direito, *op. cit.*, p. 275-275.

Ainda que tenhamos apontado estas diferenças, mesmo assim se nos impõem a constatação que, apesar delas, tanto a regra de reconhecimento de HART, quanto a norma fundamental de KELSEN, constituem a base do sistema jurídico de cada um destes autores, servindo como regra última destes sistemas.<sup>26</sup>

### 3.4. A TEXTURA ABERTA DO DIREITO

Temos ressaltado, no decorrer deste trabalho, a perspectiva **eminentemente** hermenêutica de HART frente à possibilidade de conhecimento do direito. Este acesso hermenêutico ao direito elege como marco fundante de análise teórica a posição do participante em face do conjunto de normas que compõem o sistema jurídico. Como decorrência, é o ponto de vista - interno ou externo - do participante em face dos diversos conteúdos normativos que vai nos permitir compreender o que, em HART, é um dos elementos definidores do direito: o problema da obrigação jurídica.

Por outro lado, uma vez que HART identifica o direito a partir da união de normas primárias e secundárias - as primeiras, de obrigação, as segundas, meta-normas respeitantes àquelas, as quais possibilitam a operacionalização do instrumental jurídico pelos funcionários do sistema - ele dá conta do caráter sistêmico do direito. Este já não é somente o universo das normas de obrigação mas é, antes de mais nada, um sistema de regulação de condutas e absorção de conflitos, com um caráter institucional manifestado de forma clara.

Inegável neste autor é a influência que ele recebeu da chamada escola da Filosofia da Linguagem Ordinária, conforme já colocamos anteriormente. A

---

<sup>26</sup> CRACOGNA, Dante. Regla de reconocimiento y norma basica. op. cit., p. 387.

linguagem - enquanto instrumento de mediação da relação sujeito-sujeito - serve à compreensão do universo discursivo a partir do momento em que explicita as diversas possibilidades do agente no processo comunicacional. Transplantada para o universo jurídico, a linguagem na qual se manifesta o processo discursivo do direito deve ser apreendida no contexto das suas práticas sociais geradoras. Isto implica que a compreensão do direito não pode estar dissociada daquela linguagem que lhe serve de enunciado.

Distanciando-nos um pouco do enfoque da Filosofia da Linguagem Ordinária (marcadamente através das colocações de WITTGENSTEIN e John Langshaw AUSTIN), podemos nos socorrer - para a compreensão de algumas das categorias hartianas - do referencial teórico da semiologia estrutural de SAUSSURE. Especificamente, o caráter fortemente institucionalizado do direito pode ser compreendido através da oposição estabelecida por SAUSSURE entre língua/fala. E, no tocante à interação dos agentes no universo discursivo do direito, temos que a noção de relações paradigmáticas deste autor esclarece um universo de questões que permanecem obscurecidas pelo discurso juricista dos teóricos do direito.

Até este momento, temos nos preocupado em tornar claras algumas das opções epistemológicas deste trabalho, explicitando os referenciais de análise da obra de HART. No que agora é o nosso objetivo, importa-nos compreender algumas particularidades da linguagem jurídica, procurando ressaltar algumas das deficiências e mitos que a encobrem.

#### 3.4.1. DIREITO E LINGUAGEM

O direito, na sua expressão lingüística, é composto por uma série de signos os quais, em sua grande maioria, assumem significados absolutos. De certa forma, negar a possibilidade de significados plurais a um mesmo signo jurídico constitui um fetiche dos juristas, para os quais a lei ganha contornos de verdade absoluta, mascarando o seu conteúdo ideológico. Ressaltar a insuficiência da linguagem jurídica, revelando o seu caráter simbólico é, ao mesmo tempo, desmistificar o direito enquanto sistema fechado e revelar a possibilidade de sua compreensão enquanto práxis institucional e instrumento regulador de conflitos e interesses.

Já tivemos oportunidade de expor, no Capítulo I deste trabalho, algumas das principais categorias da semiologia estrutural de SAUSSURE: Provavelmente a principal dicotomia revelada no seu pensamento é a oposição que ele identifica nas noções de língua e fala. Na explicitação do conceito de uma e de outra nasce uma nova oposição, agora entre o social e o individual. Por definição, a língua é um fato social, sendo codificada e coletiva, ao passo que a fala é individual, livre e criativa. A fala adquire significação precisamente quando inscrita na língua, revelando-se como ato e possibilidade de conhecimento. No discurso jurídico, poderíamos conceber a língua enquanto código de enunciação dos sujeitos atuantes no processo comunicacional, a qual permite a este mesmo discurso revelar-se como objeto de conhecimento. Com isto queremos dizer que a linguagem jurídica revela-se no momento em que os diversos sujeitos inscrevem suas falas (através da estatuição de leis, interpretação ou decisões judiciais) no universo da ação comunicativa.

O signo, nesta abordagem estrutural, é significante e significado.<sup>27</sup> A vinculação entre significante e significado, no interior do signo, é relativamente arbitrária, uma vez que não existe vinculação natural entre eles; esta vinculação é convencional, na medida em que é adotada pela comunidade lingüística. Um dos mitos que cercam a linguagem jurídica é justamente atribuir significados naturais aos enunciados jurídicos, como se eles, pos si sós, fossem portadores de significados próprios. É o intérprete, enquanto sujeito do conhecimento, quem vincula o objeto a um significado. Se é verdade que, neste processo, ele não tem autonomia plena, haja visto que as convenções estão gravadas institucionalmente, também é verdade que a sua leitura, revelando novas conexões de sentido, possa lhe atribuir significados outros. Assim, não é verdade que as regras jurídicas possuam um significado único, revelado inequivocamente pelo legislador. Ao contrário, elas se revestem de uma ampla área de incertezas, o que ressalta a atuação do intérprete.

A este respeito o que ocorre, na realidade, é a transformação dos enunciados jurídicos em símbolos.<sup>28</sup> O jurista, quando portador de um conhecimento acrítico do direito, mistifica o conteúdo da lei, negando a função criadora do intérprete - inclusive dos tribunais - e encobrendo o seu caráter ideológico. Nesta perspectiva, os textos legais seriam sempre portadores de certas significativas as quais, em última análise, remeteriam a uma equiparação entre o direito e o justo.

---

<sup>27</sup> Acerca das noções de significante e significado ver o Capítulo I deste trabalho.

<sup>28</sup> Saussure entende que o signo se diferencia do símbolo á medida em que neste existe um resquício de vínculo entre significante e significado. É o caso da justiça, cujo símbolo é a balança.

Tomada a linguagem como mediadora da relação sujeito-sujeito, temos que analisar o contexto onde se realiza a comunicação. A conexão de sentido dos diversos enunciados jurídicos se evidencia na medida em que haja relação entre eles, e na forma como esta se processa.

Estas relações - verificadas dentro e fora do sistema - podem ser de duas espécies: sintagmáticas e associativas.<sup>29</sup> As relações sintagmáticas ocorrem no encadeamento dos signos jurídicos entre si, através da combinação ou oposição. Assim, a proteção do direito de propriedade, por exemplo, coaduna-se com as garantias que lhe são atribuídas pela ordem jurídica, ao mesmo tempo que exclui as atuações que constituem violação ao mesmo. Quanto às relações associativas, elas se revelam na medida em que um termo tem o poder de evocar outros, através da afinidade que revelam entre si. Estes termos formam agrupamentos, aos quais SAUSSURE denominou de *paradigmas*<sup>30</sup>. A função pragmática do discurso jurídico revela esta série de evocações contextuais, as quais possibilitam ao intérprete, de forma mediata, estabelecer a correlação entre as regras jurídicas e o conteúdo normatizado. São justamente estas relações paradigmáticas que possibilitam a multiplicidade de significações dos enunciados jurídicos, na medida em que se processam como diferentes jogos de linguagem.

### 3.4.2. A INDETERMINAÇÃO DA LINGUAGEM JURÍDICA

Grande parte da contribuição de HART à compreensão do direito deve-se à análise que esse autor faz de alguns dos principais enunciados jurídicos

---

<sup>29</sup>Para um melhor esclarecimento do tema ver WARAT, L. A., ROCHA, L. S. e CITTADINO, Gisele. O Direito e sua linguagem. op. cit., p. 31-32.

<sup>30</sup>SAUSSURE, op. cit., p. 147.

(dever, obrigação, regra,...), esclarecendo o seu significado de base e o significado que eles possuem no jogo institucional da prática jurídica. Sua preocupação com o significado das expressões que povoam o universo dos juristas põe em relevo o papel central que ele atribui à linguagem do direito.

Reconhecendo uma textura aberta da linguagem, HART fundamenta a existência de uma textura aberta do direito. Isto, no conjunto de o Conceito de Direito, vai determinar que se compreenda o direito como sistema aberto e auto-referente. Os limites naturais da linguagem impedem que o direito se expresse sempre através de enunciados unívocos, gerando a necessidade do intérprete buscar - dentro desse mesmo sistema - a complementação de significado dos termos não claros.

Neste aspecto, HART coloca: "*Em todos os campos da experiência, e não só no das regras, há um limite, inerente à natureza da linguagem, quanto à orientação que a linguagem geral pode oferecer*".<sup>31</sup> É precisamente este limite da linguagem que constitui a sua chamada textura aberta.<sup>32</sup> De acordo com esta teoria, existe uma indeterminação de sentido na linguagem que não pode jamais ser eliminada. Podem ser tomadas inúmeras determinações acerca do sentido de um termo, mas sempre existirão possibilidades em que o conceito ainda não foi delimitado. As principais imprecisões e sentido que podem atingir um termo são a vagueza e a ambigüidade.<sup>33</sup>

<sup>31</sup>HART, O conceito de direito, op. cit., p. 139.

<sup>32</sup>WAISSMANN, Friedrich. Verifiability, op. cit. p. 134.

<sup>33</sup>Estas noções são explicadas no Capítulo I. Para uma abordagem mais aprofundada, ver WARAT, L.A. et alii. O direito e sua linguagem, op. cit..

Esta impossibilidade da comunicação ser sempre precisa resulta, em última análise, de que o significado de uma expressão só é obtido em função do seu uso dentro de um determinado contexto. E a multiplicidade dos usos e funções dos diversos jogos lingüísticos obsta a uma comunicação sem entraves.

O direito, enquanto instrumento de controle social, cumpre com sua função através do estabelecimento de regras e padrões gerais de conduta. Para HART, é essa possibilidade do direito de comunicar padrões gerais de condutas a categorias de pessoas que torna possível sua atuação. Tal não ocorreria se os destinatários das regras jurídicas não pudessem compreender o conteúdo das mesmas e, conseqüentemente, pautar sua conduta em consonância a elas.

Na órbita do direito anglo-saxão, referencial de HART, os padrões gerais de conduta são comunicados através da legislação e dos precedentes. O fazem, respectivamente, com um uso máximo e um uso mínimo de palavras.<sup>34</sup> O precedente constitui-se, por assim dizer, em exemplos dotados de autoridade. Essa comunicação de padrões de conduta através do precedente traz consigo uma grande zona de imprecisão, no tocante aos sujeitos atingidos e quanto às condutas pretendidas. Ao contrário, aparentemente a regra de conduta comunicada através da legislação (usando formas explícitas de linguagem) seria, nas palavras de HART, " (...) *clara, certa e segura*. " <sup>35</sup> No entanto, a evolução do pensamento jurídico tem possibilitado a compreensão de que em ambos os casos as regras do conduta não nos são comunicadas de forma absolutamente segura ou clara. Neste momento, uma conclusão mais apressada poderia nos fazer crer que a "interpretação" da legislação e dos precedentes bastaria para aclarar seu conteúdo.

---

<sup>34</sup>HART, O conceito de direito, op. cit., p. 138.

<sup>35</sup>HART, O conceito de direito, op. cit., p. 138.

HART refuta tal possibilidade, uma vez que a própria maneira de os interpretar está submetida aos limites gerais da linguagem (ou seja, em certos casos, até mesmo as regras de interpretação poderiam necessitar ser interpretadas).

Ainda dentro do pensamento hartiano, o que determinaria esta deficiência na comunicação dos padrões gerais de conduta seria a combinação de duas desvantagens: "*A primeira desvantagem é a nossa relativa ignorância de fato; a segunda, a nossa relativa indeterminação de finalidade.*"<sup>36</sup> Isto decorre de ser impossível prever-se antecipadamente todas as situações que podem ocorrer e a maneira de as regular.

Em conseqüência, o direito deve ser capaz de estabelecer situações inequívocas, em relação às quais a incidência do padrão de conduta contido na regra não deixe dúvidas, bem como solucionar, de acordo com mecanismos próprios, as questões que só podem ser resolvidas quando surgem no caso concreto.

Segundo WARAT<sup>37</sup> a linguagem natural apresenta três zonas: "*a) de luminosidade positiva - composta pelos objetos ou situações onde não existe nenhuma dúvida em relação à sua inclusão na denotação; b) de luminosidade negativa - composta pelos objetos ou situações que com certeza não entram na denotação; c) de incerteza - onde existem legítimas dúvidas quanto ao objeto entrar ou não na denotação.*"

---

<sup>36</sup>HART, O conceito de direito, op. cit., p. 141.

<sup>37</sup>WARAT, O direito e sua linguagem, op. cit., p. 77.

O mesmo raciocínio, se aplicado ao direito, permite concluir que inúmeras vezes as regras aplicam-se ou não em relação a certas pessoas e ao comportamento por elas adotado. O problema reside naquela área da textura aberta, onde o conteúdo normado não é suficientemente explícito. Em relação à primeira situação, onde não ocorrem dificuldades na situação comunicacional, dizemos estar frente a casos paradigmáticos.<sup>38</sup>

Neste momento, duas ordens de questões nos surgem. A primeira diz respeito à maneira de decidir o caso concreto, quando o seu imediato enquadramento à regra resulta duvidoso. A segunda, derivada desta, diz respeito àquelas teorias denominadas "formalismo" e "ceticismo" sobre as regras. Por ora, tentaremos expor a posição de HART frente ao problema da discricionariedade dos juízes - a forma de resolver aqueles casos - deixando para o item seguinte a exposição destas duas teorias.

HART responde ao problema da textura aberta do direito reconhecendo um poder discricionário aos juízes: "A textura aberta do direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso."<sup>39</sup> Afirma a existência deste poder discricionário, porém reconhece que a regulamentação de condutas pelo direito exercita-se, em larga medida, através do estabelecimento de regras determinadas, as quais não exigem uma apreciação nova de caso para caso. O que importa

---

<sup>38</sup>Já nos referimos à concepção de paradigma de Saussure, "para quem este seria um agrupamento de signos que possuem alguma afinidade entre si".

<sup>39</sup>HART, O conceito de direito, op. cit., p. 148.

reconhecer é que HART expressamente admite que os tribunais exerçam uma função criadora do direito. Ao mesmo tempo, adverte que esta função criadora muitas vezes é menosprezada, através da afirmação de que o que os tribunais fazem é, na realidade, buscar a intenção do legislador e o direito que já existe.

A questão da discricionariedade não é pacífica entre os filósofos do direito. A exemplo, HART vai ser severamente criticado neste ponto por seu sucessor na cátedra em Oxford, Ronald DWORKIN.<sup>40</sup> Segundo este, os juizes deverão ser sempre originais, no sentido da renovação para um melhor direito sem, no entanto, criarem um novo direito. Tal entendimento respeita a chamada **tese dos direitos**, propugnada por DWORKIN. Segundo esta, as decisões judiciais se darão sempre no sentido de dar cumprimento a um direito individual, que pode estar tanto na legislação, quanto nos precedentes ou nos costumes, sob a forma de um princípio ou de uma diretriz. Quer dizer, nos casos em que nem a legislação, nem os precedentes indiquem expressamente a existência de um direito - os chamados casos controversos - o julgador não "inventará" o direito, mas recorrerá aos princípios ou diretrizes implícitos quer nas regras, quer nos precedentes. Para tanto, lançarão mão da interpretação. Interpretação esta que escapa a uma mera exegese do texto legal, na medida em que não busca desvelar a intenção dos legisladores que a fizeram, mas sim desocultar o direito ali existente e em nome do qual o preceito foi confeccionado. Assim, DWORKIN entende que há outras pautas de regulação (*standarts*), além das regras e dos precedentes que fundamentam as decisões judiciais. São estes os princípios e as diretrizes, aquelas

---

<sup>40</sup>A este respeito ver DWORKIN, Ronald, especialmente: Casos Díficiles. México, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1981.

atendendo a algum direito individual ou de grupo e estas a um fim coletivo da comunidade em geral.<sup>41</sup>

### 3.4.3. FORMALISMO E CÉTICISMO SOBRE AS REGRAS

Em decorrência de possuir o direito uma zona de textura aberta, onde o conteúdo prescritivo das regras jurídicas não pode ser determinado de forma conclusiva, duas posturas podem ser adotadas quanto a estas regras: uma, formal; outra, cética.

O formalismo sobre as regras procura minimizar a existência desta área de imprecisão das normas jurídicas. De acordo com esta teoria, as regras gerais, uma vez editadas, seriam suficientes, por si sós, para comunicarem o padrão de conduta exigido. A maneira de se conseguir isto, segundo HART,<sup>42</sup> seria fixando precisamente os termos das regras gerais, de forma que o seu significado fosse o mesmo para cada todo que caísse na sua órbita de aplicação.

O risco que se corre, com tal postura dogmática, é o de, em prol de uma segurança e certeza inquestionáveis, colocar sob o domínio de uma regra fixa casos que ainda não ocorreram e, assim sendo, acerca dos quais não conhecemos detalhes ou a sua própria configuração. Ao precisar em demasia o significado da norma, restringe-se a mobilidade que deve ser concedida àquele que vai aplicá-la.

---

<sup>41</sup> A este respeito também ver CHUEIRI, Vera Karam de. A filosofia jurídica de Ronald Dworkin como possibilidade de um discurso instituinte de direitos. Florianópolis, 1993. Dissertação (Mestrado em Filosofia do Direito e da Política). Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina. (inédito)

<sup>42</sup>HART, O conceito de direito, op. cit., p. 142-143.

A esta postura HART chama " *paraíso de conceito dos juristas* ",<sup>43</sup> a qual encobre a realidade dinâmica da ordem normativa sob a máscara de um sistema jurídico fechado e completo.

Uma postura oposta a esta é a de negar a existência das regras do sistema ou, em uma versão menos radical da teoria, afirmar que o direito se constitui em predições generalizadas acerca do que os tribunais farão. A afirmação de que a regra jurídica funciona como previsão de decisões futuras dos tribunais não se coaduna com o fato de que os membros de uma comunidade submetida a um determinado ordenamento jurídico não encaram a conduta que lhes é imposta pela regra como mera previsão da atividade judicial e sim como padrões de conduta que aceitam como devida. Em outras palavras, o direito funciona na vida deles como impositor de condutas que os mesmos reconhecem como institucionalmente necessárias. Esta postura é característica de um ponto de vista interno. Os membros do grupo interiorizam a conduta exigida como socialmente devida, tomando-a como pauta de regulação de suas atividades. O agente não pensa a regra jurídica tendo em vista a sua aplicação futura em um tribunal; "(...) *os enunciados normativos internos são usados em um contexto normal de aceitação geral das regras e eficácia do sistema*".<sup>44</sup>

Em relação à textura aberta do direito e às teorias acima mencionadas, HART chega à conclusão de que, em qualquer sistema jurídico desenvolvido, chega-se a um compromisso entre necessidades aparentemente distintas: por um lado, a de outorgar segurança ao sistema, através de regras precisas de comportamento; por outro lado, garantir que cada caso será apreciado

---

<sup>43</sup>HART, *O conceito de direito*, op. cit., p. 143.

<sup>44</sup>LAMEGO, op. cit., p. 230.

pelos tribunais de acordo com suas particularidades, sem pré-julgamentos. Em alguns períodos da história prepondera uma postura mais formalista, em outros uma postura judicial mais livre, aumentando o poder discricionário dos tribunais.

Ao desenvolver este capítulo, procuramos estabelecer de que forma o sistema jurídico se assenta, em HART, na união de normas primárias e secundárias. Isto nos permitiu verificar de que forma as regras secundárias - metanormas respeitantes às normas primárias - atuam em relação aos funcionários do sistema e aos próprios particulares. Disto se nos impôs a constatação do papel fundamental da regra de reconhecimento como conferidora de validade às demais regras do sistema e como critério de identificação das mesmas. Por outro lado, procuramos demonstrar de que forma a chamada "textura aberta" da linguagem se faz presente na linguagem jurídica, impedindo uma comunicação das normas aos seus destinatários desprovida de entraves. O que resultou nas teorias do "formalismo" e "ceticismo" sobre as regras e na conclusão, hartiana, de que os juízes exercem uma função criadora do direito, como forma de suprir as lacunas do sistema (o que não é pacífico entre os filósofos do direito, entre eles DWORKIN). Deste estudo não resultam conclusões definitivas, mas já nos é possível estabelecer algumas conclusões preliminares, inclusive no sentido de identificarmos algumas das insuficiências da teoria hartiana, o que faremos a seguir. Ao mesmo tempo, o método de estudo do tema resultou da necessidade, para nós imperiosa, de realizar uma leitura do direito - na esteira de HART - em que se destacasse o papel do intérprete das normas jurídicas. Como resultado, nossa leitura se efetuou a partir de uma re-leitura da Filosofia da Linguagem Ordinária e de algumas concepções da semiologia, as quais nos permitiram compreender o papel da linguagem como instrumento de mediação na relação sujeito-sujeito. No plano do direito, de que

forma os membros do sistema com ele se relacionam, a partir da sua enunciação como discurso portador de significados múltiplos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do trabalho procuramos expor a estrutura conceitual da teoria do direito deste pensador de Oxford, ressaltando em detalhes os seus principais e, talvez, mais controversos pontos. Resulta deste trabalho a certeza da sua importância para uma compreensão mais alargada do fenômeno jurídico, especialmente para um país cuja cultura jurídica ou se limita a um positivismo de segunda mão, através de uma importação distorcida e simplista do pensamento kelseniano, ou à internalização da prática burocrática e todos os seus *macetes*, que faz dos profissionais do direito sofisticadíssimos despachantes.

Entretanto, cumpre trazermos à discussão alguns dos pontos controvertidos desta teoria, a partir dos quais possamos formular alguma crítica. Importante ressaltarmos que através do viés hermenêutico inscrito na teoria hartiana, ela própria se expõe - sem medo - à crítica; finalmente, toda linguagem possui uma certa zona de indeterminação, uma *textura aberta*. A linguagem de HART não seria, portanto, uma exceção.

Dentro da sua obra, HART toma o direito como fato institucional, considerando-o enquanto prática social vigente entre os membros de um grupo. Nesta perspectiva, as regras jurídicas devem ser analisadas dentro do seu contexto de utilização. É precisamente neste ponto que as partes componentes da teoria jurídica de HART se internalizam, formando um todo coerente ( ainda que, como veremos, alguns pontos desta teoria não se encontrem suficientemente explicitados ). Assim, é a partir da concepção de direito como fato institucional que HART vai lançar os fundamentos de seu paradigma hermenêutico. E é a adoção deste paradigma - onde o que nos interessa é o ponto de vista do intérprete - que vai

permitir a compreensão de alguns enunciados-chave do direito, marcadamente, a noção de obrigação e de regras jurídicas. Para tanto HART alinha-se aos ensinamentos da escola da Filosofia da Linguagem Ordinária (especialmente, WITTGENSTEIN e J.L. AUSTIN) enfatizando o aspecto pragmático da linguagem (no caso o discurso jurídico), voltado à compreensão daquela enquanto modo de significar dentro da situação comunicacional. Neste ponto é que HART vai se distanciando dos moldes do positivismo clássico: o direito, tomado como prática institucional e analisado numa perspectiva hermenêutica, no que esta acarreta, não mais pode ser compreendido como um sistema fechado, nem a norma jurídica pode ser compreendida como realidade em si mesma.

Entretanto, a abertura que um tal ponto de vista traz não exclui a observação de algumas complicantes: finalmente, os comportamentos não convencionais, instados a ficar fora do espaço institucional podem ser fonte de direito? Há, pois, uma classe de falantes privilegiada para a significação do direito?

Um dos méritos da teoria hartiana é superar a concepção imperativista do direito, nos moldes da teoria de John AUSTIN, para quem o direito era um modelo simples de ordens baseadas em ameaças. Esta teoria não consegue explicar a diversidade de situações em que são utilizadas formas imperativas de linguagem, caso característico do direito. Além disso, ela não dava conta de demonstrar a natureza das normas instituintes dos poderes de julgar e legislar, as quais conferem ao sistema jurídico este caráter institucionalizado. Superando este modelo simples, HART toma o direito como a união de regras primárias e secundárias. Estas seriam metanormas, reportando-se sempre àquelas. Com esta inclusão no sistema jurídico das normas secundárias ( adjudicação, câmbio e reconhecimento ), abre-se a possibilidade de compreender o direito

enquanto prática social complexa, bem como a compreensão do caráter social da obrigação jurídica.

Esta concepção social da obrigação nos remete a duas ordens de questões: a primeira é sabermos de que maneira as normas de obrigação são colocadas, alteradas ou reconhecidas no sistema (o que é respondido pela inclusão das normas secundárias); outra questão é a de sabermos como as palavras podem produzir efeitos jurídicos. É aqui onde se configura a perspectiva hermenêutica, no problema das regras constitutivas do sistema.<sup>1</sup>

A possibilidade de conhecimento do direito não se esgota na mera observação de regularidades de comportamento, ou seja, um ponto de vista meramente observacional - externo. Para além deste ponto de vista, é necessário um ponto de vista que reflita a maneira como as pessoas adotam as regras como pautas de regulamentação das condutas, o ponto de vista interno. HART, porém, não esclarece exatamente de que forma os enunciados jurídicos se tornam vinculativos, nem o fato de que a correta compreensão destes enunciados não implica na sua aceitação.

No Capítulo II explicamos detalhadamente o que vem a ser o ponto de vista interno e externo sobre as regras. Naquela oportunidade, colocamos que o ponto de vista interno é um reflexo da maneira pela qual o grupo encara o seu comportamento de acordo com as normas, servindo-se delas como instrumentos regulamentadores de comportamentos. Já o ponto de vista externo se situa num plano distinto deste; o observador externo pode ou não ser um participante do sistema.

---

<sup>1</sup> Sobre este particular, ver Cap. II, p. 56 deste trabalho.

Este é um dos pontos cruciais da teoria hartiana; contudo, não fica perfeitamente elucidado em sua obra. Este autor se declara um positivista, colocando que a correta interpretação da lei ou o conhecimento do sistema jurídico independem da nossa moral ou de qualquer compromisso moral que os torne vinculativos. Como conciliar isto com outra de suas colocações, precisamente aquela que diz que somente a adoção de um ponto de vista interno permite a correta apreensão do caráter obrigatório, não-facultativo, existente em qualquer sociedade onde o direito se faça presente?

Neste momento, podemos fazer duas observações que, de início, podem parecer paradoxais, mas através das quais tentaremos esclarecer algumas particularidades da teoria jurídica ora em análise. Várias vezes chamamos a atenção ao fato de um dos méritos de HART residir nele não fazer uma análise descritiva do direito. Isto deriva do fato de que uma de suas preocupações fundamentais é esclarecer a situação do participante do sistema, o qual não se limita a conceber o direito como mera regularidade de hábitos/ comportamentos ou ainda ordens baseadas em ameaças. No entanto, nos parece fora de dúvida que este autor adota um conceito descritivo do direito. Como conciliar tais afirmações?

Dizemos que nosso autor de Oxford não se limita a fazer uma análise descritiva do direito porque toda sua teoria é perpassada pela idéia de um método compreensivo deste, ou cognitivo-interno (hermenêutico). Neste sentido, a noção de regra não se esgota na sua observação. Paralelamente, a sua adoção de um conceito descritivo do direito se evidencia justamente nesta possibilidade de um conhecimento sem aceitação (ou descomprometido), ainda que a simples oposição ponto de vista interno/externo não dê conta suficientemente desta possibilidade. Bem assim, seu conceito também é descritivo por desvincular qualquer

comprometimento moral com o ordenamento. Em momentos posteriores ao "*Conceito de Direito*", HART apresenta uma tendência a conceber as pautas jurídicas como razões para atuar.<sup>2</sup> Esta noção nos remete à relevância da sanção dentro do sistema jurídico, uma vez que, se prescindirmos de quaisquer considerações morais, a única forma do direito fornecer razões para o cumprimento de suas normas é estabelecendo conseqüências jurídicas para o seu descumprimento.

A oposição ponto de vista interno/externo é insuficiente para esclarecer alguns dos múltiplos usos e funções de que se podem revestir os termos jurídicos. Para HART, uma correta apreciação das particularidades do direito só pode ser efetuada a partir do ponto de vista do intérprete ou participante do sistema. Neste sentido, dissemos no Capítulo II que o aspecto interno se reveste de um aspecto crítico-reflexivo. O aspecto reflexivo diz respeito ao conhecimento do sistema, enquanto o aspecto crítico respeita a um elemento volitivo, de aceitação. Nesta análise, só seria possível uma correta compreensão do funcionamento do sistema para aquele que o aceitasse. Necessariamente o ponto de vista interno corresponderia à aceitação (conhecimento + aceitação). Tal pressuposto é falso.

Conhecer as regras ou compreendê-las não é equivalente a aceitá-las. Como vimos no segundo capítulo, é perfeitamente possível uma abordagem analítico-formal do direito, sem que esta análise assuma um caráter crítico ou valorativo. Ou seja, é possível um "saber" descomprometido (é o exemplo, já mencionado, do professor de direito anarquista, que compreende o sistema jurídico

---

<sup>2</sup>Para um aprofundamento destas colocações, ver FARREL, Martin S. *Obligaciones jurídicas y razones para actuar. La evolución del pensamiento de Hart.* in: H. L. A. Hart y el Concepto de Derecho. Revista de Ciencias Sociales, n. 28. Valparaíso: Ed. Universidad de Valparaíso, 1986. p. 271-295.

mas não o aceita). Aqui reside o problema da aplicação (applicatio) do direito, a relação entre conhecimento e ação.

A aplicação resulta naquela interpretação operativa realizada pelo juiz ao desenvolver a atividade decisória. Para este e para os funcionários do sistema, faz-se necessário um comprometimento com os enunciados jurídicos. Estes devem compreendê-los efetivamente como enunciados vinculativos.

Retornando à questão da possibilidade de conhecimento sem aceitação, vimos que o ponto de vista interno, do modo como foi concebido por HART, não comporta esta possibilidade. Nos parece que a análise que Neil MACCORMICK<sup>3</sup> faz da teoria de HART equaciona melhor este problema.

HART reconhece que o ponto de vista externo pode assumir diversas formas. Ele pode referir-se à forma pela qual os membros do grupo comportam-se de acordo com as normas, destacando o ponto de vista interno que eles adotam. Mas ele também pode apenas observar a forma pela qual eles se comportam, detectando padrões regulares de conduta de acordo com as regras e predizendo sanções hostis ao seu descumprimento. MACCORMICK reconhece uma terceira possibilidade naquela oposição interno/externo: um observador externo "*não-extremado*".<sup>4</sup> Este seria precisamente o ponto de vista hermenêutico. Para configurá-lo, seria necessário: a) total apreensão do conteúdo das pautas jurídicas e b) total participação do elemento volitivo (crítico), representando a preferência de conformar-se ou não àquelas regras. Com este ponto de vista hermenêutico - que

---

<sup>3</sup>McCORMICK, Neil. Reglas sociales. in: H. L. A. Hart y el Concepto de Derecho. Revista de Ciencias Sociales, n. 28. Valparaíso: Ed. Universidad de Valparaíso, 1986. p. 297-319.

<sup>4</sup>McCORMICK, Neil. op. cit., p. 310-311.

não corresponde com exatidão ao ponto de vista interno de HART - é possível um conhecimento descomprometido.

Outro aspecto que não nos parece suficientemente claro na obra de HART é o que respeita ao problema da natureza da regra de reconhecimento. Para ele, é a regra de reconhecimento que vai permitir a identificação de todas as demais regras do sistema, bem como constituir-se no fundamento de validade destas. Em relação a esta norma, não se trata de supor - ou pressupor - a sua validade. A existência desta regra se manifesta de fato e a sua aplicabilidade é empiricamente verificável.

A regra de reconhecimento funciona como conferidora de validade das demais normas à medida em que revela uma prática social. O que não nos parece fora de questionamento é a questão de sabermos quais são as práticas sociais que constituem condição para reconhecermos a existência da regra de reconhecimento.<sup>5</sup> Seria apenas a prática dos tribunais, ou dos órgãos aplicadores do direito, ou envolveria também a participação dos particulares, reconhecendo as pautas jurídicas de acordo com os critérios facultados pela regra de reconhecimento? E quais são, em última análise, estes critérios quando, por exemplo, a regra de reconhecimento é uma norma não escrita? HART encobre esta questão e remete o problema da regra de reconhecimento à adoção do ponto de vista interno, o qual deveria ser suficiente para permitir o seu conhecimento.

Outro aspecto central de sua teoria é a consciência por ele manifestada do que chama de textura aberta do direito. Se a linguagem possui limites que lhe são inerentes, não poderia o direito, construído a partir desta mesma

---

<sup>5</sup>Sobre isto ver LAMEGO, José. op. cit., p. 252-253.

linguagem, evitar situações vagas ou ambíguas. Na esteira de WITTGENSTEIN e J. L. AUSTIN, HART enfatiza a importância de se contextualizar os enunciados jurídicos, tomando-os dentro do universo discursivo em que se apresentam. O significado de uma expressão só pode ser obtido a partir do seu uso dentro de um determinado contexto. E é a multiplicidade de usos e funções da linguagem que impede uma comunicação desprovida de entraves. No campo do direito isto cria situações onde nem sempre é possível fazer uma perfeita adequação entre a norma e o caso concreto.

Uma das principais críticas feitas a HART, especialmente por DWORKIN, reside no fato dele solucionar o problema desta textura aberta do direito reconhecendo um poder discricionário aos tribunais (leia-se: estes exerceriam também um papel de criação do direito). Para DWORKIN, a função dos tribunais nos casos controversos seria não a de criar um novo direito - posterior ao acontecimento do fato em questão - mas sim a de descobrir o direito que se acha oculto até então. Este descobrimento se faria através dos princípios e das diretrizes. Todavia, não nos parece adequada tal colocação, uma vez que mesmo a adoção destes princípios e diretrizes é insuficiente para prover o sistema jurídico de forma a que este não apresente fissuras. Outrossim, a polêmica HART x DWORKIN é bastante complexa, não sendo nosso objetivo, neste momento, descrevê-la em pormenores.

Poderíamos prosseguir quase que indefinidamente levantando tópicos da teoria de HART, as eventuais críticas que se lhe façam, bem como a refutação destas. Porém, esse não é nosso objetivo aos escrevermos estas considerações. Com elas pretendemos, tão somente, sistematizar algumas das colocações que

foram feitas ao longo do trabalho, bem como levantar alguns aspectos que - no nosso entendimento - não estão suficientemente claros na teoria jurídica de HART.

A teoria de HART se insere, no âmbito da teoria jurídica, no chamado positivismo jurídico. Ainda que este proporcione uma matriz teórica suficientemente adequada a um conhecimento descritivo do direito, nos parece que não dá conta das inúmeras variáveis que incidem e, ao mesmo tempo, determinam o acontecer dos fatos que são regulados juridicamente. Estas variáveis - determinadas por condições histórico-sociais, quer sejam elas de índole moral, ou não - impedem uma compreensão global do fenômeno jurídico, se delas prescindirmos.

Ao defender a tese do "conhecimento sem aceitação", HART admite a possibilidade de um saber descomprometido do direito, o que o torna, sem dúvida alguma, um legítimo interlocutor do positivismo jurídico. Tal opção não é isenta da carga político-ideológica delineada pela tradição liberal inglesa, segundo a qual o direito serve à lógica do mercado, impondo, através das normas, condutas ( interessadas ) e cuja obrigatoriedade não se questiona, pois decorrente de uma aceitação social pretérita.

Desta forma, HART hipostasia, duplamente, a solução ao tradicional dilema legalidade/legitimidade, prevalecendo a supremacia daquela. Primeiro, ao obrigar à observância e cumprimento da norma mesmo que dela discordemos. Segundo, ao remeter a sua validade a uma convenção passada, fruto do contrato social estabelecido, mas cujas regras constitutivas, também, não se questionam.

Mesmo que ignorássemos a influência do contratualismo e, conseqüentemente, o individualismo que lhe é inerente, buscando atenuar o peso

ideológico da teoria hartiana, este re-incide, claramente, quando HART desonera o jurista da responsabilidade do conteúdo do ordenamento. A este é dado compreender seu objeto, ainda que discorde da configuração global do mesmo.

Além disso, o direito, enquanto práxis institucional, só obtém significação plena **enquanto e quando** resposta aos anseios da sociedade que o possibilita. HART encobre, na sua análise, o papel que a ideologia exerce na leitura do discurso jurídico. Este papel permanece implícito, mas não é discutido ou elaborado.

Ainda que vejamos em HART um positivista, acreditamos que ele supera algumas teses deste movimento. Ao conceber o direito como prática institucional e ao dar relevância às práticas sociais da comunidade, bem como à contextualização dos enunciados jurídicos, HART abre a teoria jurídica ao universo do mundo, para além do universo do direito.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALSTON, P. W. Filosofia da linguagem. Rio de Janeiro: Zahar, 1977. (Trad. Álvaro Cabral)
- AUSTIN, John Langshaw. Outras mentes. in: Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1989. (Trad. Balthazar Barbosa Filho et alii)
- \_\_\_\_\_. Quando dizer é fazer. Palavras e ações. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990. (Trad. Danilo Marcondes de Souza Filho)
- BARTHES, Roland. Aula. São Paulo: Cultrix, s/d. (Trad. Leyla Perrone)
- \_\_\_\_\_. Elementos de Semiologia. Lisboa: Edições 70, s/d. (Trad. Maria Margarida Barahona)
- BENTHAM, Jeremy. Fragmento sobre el gobierno. Madrid : Aguilar, 1973. ( Trad. Julian Larios Ramos )
- BOBBIO, Norberto et al. Dicionário de política. , Brasília : Ed. da Universidade de Brasília, 1986. ( Trad. Carmen C. Varriale et al. )
- BODENHEIMER, Edgar. Hart, Dworkin and the problem of judicial lawmaking discretion. Georgia Law Review, Athens, Georgia, v. 11, n. 5, p. 1143-1172, Set.1977.
- BULYGIN, Eugenio e ALCHOURRÓN, Carlos e. Definiciones y normas. in: El lenguaje del derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1982.
- \_\_\_\_\_. Sobre la regla de reconocimiento. in: Filosofia y derecho, n. 3. Buenos Aires: Astrea, 1976. p. 31-39.
- CARRIÓ, Genaro R. Sobre los límites del lenguaje normativo. Buenos Aires: Ed. Astrea, 1973.
- CHUEIRI, Vera Karam de. A filosofia jurídica de Ronald Dworkin como possibilidade de um discurso instituinte de direitos. Florianópolis, 1993. Dissertação (Mestrado em Filosofia do Direito e da Política) - Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina. (inédito)

- COSTA, Newton C. A. da, PUGA, Leila Zardo, VERNENGO, Roberto J. Lógica, moral e direito. In: CONGRESSO DE FILOSOFIA DO DIREITO, 4, 1990. João Pessoa. Anais... João Pessoa : , 1991. p. 112-24
- CRACOGNA, Dante. Regla de reconocimiento y norma basica. in: H. L. A. HART y el concepto de derecho. Revista de Ciencias Sociales, n. 28. Valparaíso: Ed. Universidad de Valparaíso, 1986. p. 367-387.
- DWORKIN, Ronald. Casos difíciles. México: Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1981. (Trad. Javier Esquivel)
- \_\_\_\_\_. Filosofia del derecho (compilador). Cidade do México : Fondo de Cultura Economica, 1980. ( Trad. Javier Sainz de los Terreros )
- \_\_\_\_\_. Taking rights seriously. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1982.
- FARREL, Martin D. Obligaciones jurídicas y razones para actuar: la evolución del pensamiento de HART. in: H. L. A. HART y el concepto de derecho. Revista de Ciencias Sociales, n. 28. Valparaíso: Ed. Universidad de Valparaíso, 1986. p. 271-295.
- GARGANI, Aldo G. WITTGENSTEIN. São Paulo : Cultrix e Ed. da Universidade de São Paulo, 1973. ( Trad. Octanny S. da Mota e Leonidas Hegenberg )
- GIANOTTI, José Arthur. Habermas: mão e contramão. in: Racionalidade e ação. coord. Valério Rohden. Porto Alegre: Ed. da Universidade, 1992.
- GUIBOURG, Ricardo A. et alii. Introducción al conocimiento juridico. Buenos Aires: Astrea, 1984.
- GÓMEZ, Astrid C. Acerca de la vinculación de la regla de reconocimiento con las restantes reglas secundarias. in: Filosofía y derecho, n. 3. Buenos Aires: Astrea, 1976. p. 47-53.
- HART, H. L. A. Derecho y moral. Contribuciones a su análisis. Trad. de Genaro Carrió. Buenos Aires: Ed. Depalma, 1962.
- \_\_\_\_\_. Direito, liberdade, moralidade. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Editor, 1987. 102 p. ( Trad. Gerson Pereira dos Santos )
- \_\_\_\_\_. Essays on Bentham. Oxford : Claredon Press, 1982.
- \_\_\_\_\_. Obbligazione morale e obbligazione giuridica. in: Contributi all'analisi del diritto. Milão: Ed. Giuffré, 1964. (Trad. Vittorio Frosini)

- \_\_\_\_\_. O conceito de direito. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, s/d. ( Trad. Ribeiro Mendes )
- \_\_\_\_\_. The concept of law. Oxford : Clarendon Press, 1975.
- \_\_\_\_\_. American jurisprudence through English eyes: the nightmare and the noble dream. Georgia Law Review, Athens, Georgia, v. 11, n. 2, p. 969-989, Set.1977.
- HÖFFE, Otfried. Justiça política. Petrópolis : Vozes, 1991. ( Trad. Ernildo Stein )
- HOOFT, M. Ph. Visser't. La philosophie du langage ordinaire et le droit. in: Archives de Philosophie du Droit. Paris: Syrei, 1974, tome XIX. p. 19-23.
- KALINOWSKI, Georges. Théorie, métathéorie ou philosophie du droit. in: Archives de Philosophie du Droit. Paris: Syrei, 1970, tome XV. p. 179-195.
- KATZ, Jerrold J. Filosofia del lenguaje. Barcelona : Ediciones Martinez Roca, 1971. ( Trad. Marcial Suarez )
- KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 4 ed., Coimbra : Arménio Amado Editor. ( Trad. João Batista Machado )
- KUHN, Thomas S. A estrutura das revoluções científicas. São Paulo: Perspectiva, s/d. (Trad. Beatriz Vianna Boeira e Néelson Boeira)
- LAMEGO, José. Hermenêutica e jurisprudência. Lisboa : Editorial Fragmentos, 1990.
- LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. 2. ed., Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. ( Trad. José Lamego )
- LYONS, David. As regras morais e a ética. Campinas: Ed. Papyrus, 1990. (Trad. Luís Alberto Peluso)
- LYONS, John. Introdução à lingüística teórica. São Paulo: Ed. Nacional, EDUSP, 1979. (Trad. Rosa Virgínia Mathos e Silva e Hélio Pimentel)
- MAcCORMICK, Neil. Reglas sociales. in: H. L. A. HART y el concepto de derecho. Revista de Ciencias Sociales, n. 28. Valparaíso: Ed: Universidad de Valparaíso, 1986. p. 297-319.
- MOUNIN, Georges. A lingüística do século XX. Lisboa: Editorial Presença, s/d. (Trad. Conceição Jardim e Eduardo Lúcio Nogueira)

NINO, Carlos Santiago. El concepto de derecho de HART. in: H. L. A. HART y el concepto de derecho. Revista de Ciencias Sociales, n. 28. Valparaíso: Ed. Universidad de Valparaíso, 1986. p. 33-54.

\_\_\_\_\_. Introducción al análisis del derecho. Ed. ampliada y revisada de " Notas de introducción al derecho ". Buenos Aires : Editorial Astrea, 1980.

\_\_\_\_\_. La validez del derecho. Buenos Aires: Ed. Astrea, 1985.

PEARS, David. As idéias de WITTGENSTEIN. São Paulo : Cultrix e Ed. da Universidade de São Paulo, 1973. ( Trad. Octanny S. da Mota e Leonidas Hegenberg )

PEDRALS, Antonio. El sentido del texto. Un inventario de problemas. in: H. L. A. HART y el concepto de derecho. Revista de Ciencias Sociales, n. 28. Valparaíso: Ed. Universidad de Valparaíso, 1986. p. 389-399.

RAZ, Joseph. H. L. A. HART. in: H. L. A. HART y el concepto de derecho. Revista de Ciencias Sociales, n. 28. Valparaíso: Ed. Universidad de Valparaíso, 1986. p. 17-31.

RESWEBER, Jean-Paul. A filosofia da linguagem. São Paulo: Cultrix, 1982. (Trad. Yvone Toledo e José Paulo Paes)

ROCHA, Leonel Severo. A problemática jurídica: uma introdução transdisciplinar. Porto Alegre : Sergio Fabris Editor, 1985.

\_\_\_\_\_. O sentido político da teoria pura do direito. in: Revista Sequência, n. 9. Florianópolis: Editora da UFSC, jun/1984. p. 57-75.

SAUSSURE, Ferdinand de. Curso de lingüística geral. São Paulo: Cultrix, s/d. (Trad. Antonio Chelini el alii)

SHAKANKIRI, Mohamed el. Analyse du langage et droit chez quelques juristes anglo-américaine de BENTHAN à HART. in: Archives de Philosophie du Droit. Paris: Syrei, 1970, tome XV. p. 113-149.

STEGMÜLLER, Wolfgang. A filosofia contemporânea. São Paulo : Ed. Universitária e Pedagógica, v. 1, 1977.

\_\_\_\_\_. A filosofia contemporânea. São Paulo : Ed. Universitária e Pedagógica, v. 2, 1977.

SIMON, Joseph. Filosofia da Linguagem. Lisboa: Ed. 70, 1990.

SOTO, Nelson Reyes. La teoría de la obligacion en el concepto de derecho de H. L. A. HART. in: H. L. A. HART y el concepto de derecho. Revista de Ciencias Sociales, n. 28. Valparaíso: Ed. Universidad de Valparaiso, 1986. p. 243-269.

VERNENGO, Roberto. La interpretation jurídica. Cidade do México : Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1977.

VIEHWEG, Theodor. Tópica e Jurisprudência. Brasília : Departamento de Imprensa Nacional e Ed. da Universidade de Brasília, 1979. ( Trad. Tércio Sampaio Ferraz )

WARAT, Luís Alberto, ROCHA, Leonel Severo e CITTADINO, Gisele. O direito e sua linguagem. Porto Alegre : Sergio Fabris Editor, 1984.

WITTGENSTEIN, Ludwig. Investigações filosóficas. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1987. ( Trad. M. S. Lourenço )

\_\_\_\_\_. Observaciones. Mexico: Siglo Veintiuno Editores, 1986.

\_\_\_\_\_. Tratado Lógico-Filosófico. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1987. (Trad. M. S. Lourenço)