

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
ESCOLA DE EDUCAÇÃO E HUMANIDADES
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA**

ANGELO FERNANDES BARATELLA

**LINGUAGEM, REGRAS E TEXTURA ABERTA DO DIREITO EM HERBERT
HART: UMA LEITURA WITTGENSTEINIANA**

**CURITIBA
JUNHO / 2020**

ANGELO FERNANDES BARATELLA

**LINGUAGEM, REGRAS E TEXTURA ABERTA DO DIREITO EM HERBERT
HART: UMA LEITURA WITTGENSTEINIANA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR como requisito parcial para obtenção de grau de Mestre em Filosofia.

Orientador Prof. Dr. Léo Peruzzo Júnior.

**CURITIBA
JUNHO / 2020**

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central
Pamela Travassos de Freitas – CRB 9/1960

B226l
2020 Baratella, Angelo Fernandes
Linguagem, regras e textura aberta do direito em Herbert Hart : uma leitura Wittgensteiniana / Angelo Fernandes Baratella ; orientador: Léo Peruzzo Júnior. – 2020.
89 f. ; il. ; 30 cm

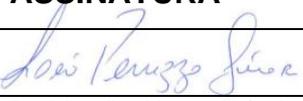
Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020
Bibliografia: f. 83-89

1. Filosofia. 2. Direito - Filosofia. 3. Figuras de linguagem. 4. Hart, H.L.A. (Herbert Lionel Adolphus). 5. Positivismo jurídico. 6. Representação (Filosofia). 7. Wittgenstein, Ludwig 1889-1951. I. Peruzzo Júnior, Léo. II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pós-Graduação em Filosofia. III. Título.

CDD 20. ed. – 100

ATA N.º 187/PPGF – DEFESA DE DISSERTAÇÃO

Aos quinze dias do mês de junho de dois mil e vinte, às treze horas, realizou-se a sessão pública de defesa da dissertação do mestrando **Ângelo Fernandes Baratella** intitulada: LINGUAGEM, REGRAS E TEXTURA ABERTA DO DIREITO EM HERBERT HART: UMA LEITURA WITTGENSTEINIANA. A Banca Examinadora foi composta pelos professores: Dr. Léo Peruzzo Júnior, Dr. Bortolo Valle e Dr. Paulo César Busato. Após a instalação dos trabalhos pelo presidente da banca, professor Léo Peruzzo Junior, o candidato fez uma exposição sumária da dissertação, em seguida procedeu-se à arguição pelos membros da banca e à defesa do candidato. Encerrada essa fase, os examinadores, em reunião reservada, apresentaram suas avaliações, tendo considerado o candidato **Aprovado** em sua defesa de dissertação conforme as notas e o conceito registrados abaixo. Após a proclamação dos resultados, o presidente da banca **Confere** ao candidato o título de Mestre em Filosofia. Encerrados os trabalhos às 15h00. Para constar, lavrou-se a presente ata que segue assinada pelos membros da Banca Examinadora. Os avaliadores Prof. Dr. Bortolo Valle e Prof. Dr. Paulo César Busato tiveram participação na banca de Defesa de Dissertação por videoconferência e estão de acordo com as notas e conceitos descritos.

MEMBROS DA BANCA		ASSINATURA	NOTA
Prof. Dr. Léo Peruzzo Júnior – PUCPR			9,0
Prof. Dr. Bortolo Valle – PUCPR		Participação videoconferência	9,0
Prof. Dr. Paulo César Busato – UFPR		Participação videoconferência	9,0
MÉDIA FINAL	9,0	CONCEITO	A


Prof. Dr. Jelson Oliveira
Coordenador do Programa de Pós-Graduação
em Filosofia – *Stricto Sensu*



À Patrícia, pela tenacidade em lidar comigo.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador Prof. Dr. Léo Peruzzo Júnior que teve paciência hercúlea para lidar e ampliar o meu horizonte de pesquisa. Com diligência e competência incentivou e orientou esta pesquisa frente às sutilezas da relação entre Filosofia e Direito.

Aos Professores Dr. Bortolo Valle e Dr. Valdir Borges, pelas preciosas sugestões e comentários por ocasião da banca de qualificação.

Ao estimado Prof. Dr. Paulo César Busato, com quem apreciei ainda mais as aporias jurídicas e filosóficas.

Ao programa de Pós-Graduação em Filosofia da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR pelo ambiente de pesquisa proporcionado.

À CAPES pelo auxílio financeiro.

A todos os meus familiares e amigos.

*Enfrentamos uma das grandes fontes da desorientação filosófica:
um substantivo faz-nos procurar uma coisa que lhe corresponda.*

(WITTGENSTEIN, 2008, p. 21)

RESUMO

O objetivo desta pesquisa é mostrar que o tema da *textura aberta do Direito*, particular questão encontrada na filosofia de Hart, foi construída, por um lado, na seara do positivismo jurídico e, por outro, na tessitura dos fragmentos da obra de Wittgenstein. Para isso, inicialmente, apresenta-se como Hart situa o tratamento dispensado às regras primárias (*primary rules*) e de reconhecimento (*recognition*), buscando reconstruir a argumentação que calca no exercício semântico o dilema da discricionariedade. Assim, se o trabalho filosófico de Hart parte, de maneira significativa, do positivismo jurídico analítico, é porque a indeterminação da linguagem ordinária constitui a armadilha que parece enfeitiçar o suposto rigor normativo das regras e normas jurídicas. Posteriormente, o trabalho procura analisar as bases semântica-pragmáticas da teoria de Hart à luz, especialmente, dos escritos tardios de Wittgenstein. Isso permite, como consequência, reconstruir a crítica ao positivismo radical e à teoria imperativa do Direito. E, por fim, mostra-se que as críticas realizadas por Hart ao relativismo jurídico e ao poder discricionário dos Tribunais não estão restrita apenas àquilo que o autor intitulou “casos de penumbra”, mas à esfera geral do ordenamento jurídico que, regado pela natureza da *linguagem*, ao estilo da concepção wittgensteiniana, não pode funcionar sem um exercício terapêutico.

Palavras-chave: Textura aberta. Regras de Reconhecimento. Jogos de linguagem. Positivismo. Hart. Wittgenstein.

ABSTRACT

The intent of this research is to show that the theme of the open texture of law, a particular issue found in Hart's philosophy, was built, on the one hand, in the field of legal positivism and, on the other, in the fabric of fragments of Wittgenstein's work. For this, initially, we present how Hart situates the treatment given to primary rules and recognition, seeking to reconstruct the argumentation that underlies the dilemma of discretion in the semantic exercise. Thus, if Hart's philosophical work is significantly based on analytical legal positivism, and because the indeterminacy of ordinary language is the trap that seems to bewitch the supposed normative rigor of legal rules and norms. Subsequently, the work seeks to analyse the linguistic-semantic bases of Hart's theory in the light, especially, of Wittgenstein's late writings. This allows, as a consequence, to reconstruct the critique of radical positivism and the imperative theory of law. And finally, we show that Hart's criticisms of the legal relativism and the discretionary power of the Courts are not restricted only to what the author called "penumbra cases", but to the general sphere of the legal system that, governed by the nature of language, in the style of the Wittgensteinian conception, it cannot function without therapeutic exercise.

Keywords: Open texture. Recognition Rules. Language games. Positivism. Hart. Wittgenstein.

LISTA DE ABREVIATURAS

- DTJ *Definition and Theory in Jurisprudence* (1953)
- AJM *Analytic Jurisprudence in Mid-Twentieth Century: a Reply to Professor Bodenheimer* (1957)
- PSLM *Positivism and Separation of Law and Morals* (1958)
- CL *The Concept of Law* (1961)
- KV *Kelsen Visited* (1963)
- NDPJ *El nuevo desafío del positivismo jurídico* (1980)
- EB *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory* (1982)
- EJP *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (1983)
- Discr *Discretion* (2013)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. O POSITIVISMO ANALÍTICO NA ESTEIRA DA FILOSOFIA DA LINGUAGEM	13
1.1. Kelsen – O DIREITO COMO ILUSÃO	22
1.2. O POSITIVISMO MODERADO DE HART E O PAPEL DAS REGRAS JURÍDICAS	26
1.3 A UNIÃO ENTRE REGRAS PRIMÁRIAS E REGRAS SECUNDÁRIAS COMO “CHAVE DA CIÊNCIA DO DIREITO”	31
1.4. REGRAS DE RECONHECIMENTO E A VALIDADE DAS REGRAS JURÍDICAS	35
2. A TEXTURA ABERTA DA LINGUAGEM E A REVIRAVOLTA PRAGMÁTICA....	37
2.1. REGRAS E SIGNIFICAÇÃO EM WITTGENSTEIN	43
2.2. A COMPREENSÃO DE TEXTURA ABERTA EM WAISMANN	49
2.3. A TEXTURA ABERTA DO DIREITO.....	52
3. A PENUMBRA DO DIREITO E A QUESTÃO NORMATIVA DAS REGRAS.....	58
3.1. AS REGRAS JURÍDICAS NO CONTEXTO SOCIAL	64
3.2. O EXERCÍCIO DO PODER DISCRICIONÁRIO E SEUS LIMITES	68
3.3. A IMPRECISÃO DAS REGRAS NORMATIVAS E OS LIMITES DA VALIDADE JURÍDICA	72
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	78
REFERÊNCIAS	83

INTRODUÇÃO

A estrutura metodológica e conceitual do sistema jurídico é um objeto de investigação que contempla, por um lado, a seara epistemológica da justificação e, por outro, a construção normativa advinda da sociedade. O embate entre o domínio semântico e aquele estabelecido pela axiomatização através das regras constituem o itinerário da filosofia de Herbert Hart. É a partir do modo como o autor compreende tais ensaios que se pode realizar uma crítica ao dedutivismo positivista do Direito e ao papel que a linguagem representa na justificação política da aplicação de tais regras.

O objetivo desta dissertação é investigar de que modo Hart, filósofo do Direito, situa o tratamento dispensado às *regras* bem como aos limites existentes entre a interpretação destas e a determinação jurídica que é daí derivada. Uma destas primeiras interlocuções é que o trabalho filosófico de Hart foi influenciado, de maneira significativa, pelos escritos tardios de Wittgenstein. É neste autor que Hart nucleia um dos conceitos preliminares de sua obra, a saber, o conceito de *textura aberta*, uma vez que o autor de Oxford pretende associar-se àquilo que a linguagem ordinária representa ao espaço da interpretação das regras e, conseqüentemente, à natureza da justificação de tais regras.

A hipótese deste trabalho é configurada a partir da compreensão de que, para Hart, as regras de reconhecimento não apenas constituem o elemento necessário para o funcionamento dos sistemas legais, mas também devem ser sustentadas a partir de um núcleo semântico como o próprio autor adverte ao afirmar que “as regras jurídicas podem ter um núcleo central de sentido indiscutível, e em alguns casos pode parecer difícil imaginar que surja uma discussão acerca do sentido de uma regra” (CL, 1994, p. 17). Deste modo, este trabalho pretende analisar, em primeiro lugar, a construção teórico-filosófica que constitui a base do pensamento de Hart, calcada principalmente na crítica ao positivismo imperativo de Bentham (*A Fragment on Government-1776, Theory of Legislation-1802*), Austin (*The Province of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence-1832, Lectures on Jurisprudence: Or, The Philosophy of Positive Law-1880*) e Kelsen (*Teoria Pura do Direito-1934, Teoria Geral do Direito e do Estado-1945; Teoria Geral das Normas-1979, A Ilusão da Justiça-1985*) para, posteriormente, identificar a maneira que o autor estabelece o conceito de *textura aberta*. E, como itinerário conclusivo, mostrar de que forma o filósofo do Direito sustenta suas críticas ao relativismo jurídico, ao papel discricionário dos Tribunais e a imprecisão linguística das regras.

Para esclarecer os pontos desta dissertação dividir-se o trabalho em três capítulos. No primeiro capítulo apresenta-se o positivismo jurídico e a influência da filosofia da linguagem na compreensão das regras primárias e secundárias. Para isso, parte-se do argumento de que a moralidade permanece indissociável das interlocuções do sistema jurídico. Uma possível neutralidade semântica seria herdeira, na seara do escopo filosófico, de um mundo destituído de valores. Ao mesmo tempo, deve-se saber qual é o limite entre a justificação do discurso jurídico e o movimento realizado no processo de descrição daquilo que constitui tal mundo. Assim, nesta primeira etapa, mostra-se algumas possíveis leituras que Hart faz do cenário kelseniano para, então, apresentar os antecedentes filosóficos advindos da filosofia da linguagem ordinária de Wittgenstein, em especial descritas em *Investigações Filosóficas*.

O segundo capítulo é caracteriza-se, especialmente, pela tentativa de mostrar que o conceito de *textura aberta* foi assumido por Hart a partir de uma dívida com os trabalhos da “reviravolta pragmática” ocorrida no seio da filosofia da linguagem a partir da década de 40¹. O autor, neste caso, permanece herdeiro da ideia wittgensteiniana de que a linguagem constitui um problema filosófico por excelência. Denegar uma crítica à linguagem é limitar o papel criativo do Direito, uma vez que este é o *locus* fundante da “justiça” subsistente no interior da relação entre interpretação e discurso. Para isso, Hart confere às regras um papel eminentemente prático, pois é nelas que se encontra a extensão ou digressão do processo de significação.

À margem destas últimas interlocuções, o terceiro capítulo tem como objetivo desenvolver as investigações que Hart realiza a partir da hipótese de que a *textura aberta* deve ser caracterizada por uma *zona de penumbra* onde as regras primárias e secundárias estão situadas. Segundo o autor, o espaço do discurso não é preenchido exclusivamente pela legalidade advinda do próprio universo jurídico. Ao contrário, há espaços que são conduzidos para além daquilo que seria o interesse da própria regra, aqui pensada como um elemento aberto cuja validade está empenhada, por um lado, com a estrutura estatal e, por outro, com o papel legislativo exercido pelos Tribunais. Se há um esforço filosófico desenvolvido por Hart este consiste em mostrar que os pontos obscuros da linguagem antecedem a aplicação da própria regra. A semântica, neste caso, não representa apenas um momento dialógico entre o fato e o significado, mas a própria condição que subjaz ao exercício do trabalho jurídico e filosófico.

Desta maneira, se se compreender que o Direito se expressa como fenômeno semântico, o questionamento de Hart sobre o conceito de Direito revelará uma construção

¹ Conforme Lacey (2004, p. 146) “Yet more importantly, ‘The Ascription of Responsibility and Rights’, published in 1948, exemplifies the intellectual cross-fertilization between law and linguistic philosophy which was to make Herbert famous over the next decade”.

teórica inovadora que avança para além deste, embora Dworkin afirme que isso não dissolve a análise dos casos difíceis. Segundo o próprio autor, ao observar os fenômenos jurídicos em sua complexidade, reconhece-se que a carência da sintaxe da linguagem antecede à construção das regras e de sua possível normatividade. Assim, “o juiz tem de escolher entre sentidos alternativos a dar às palavras de uma lei ou entre interpretações conflitantes do que um precedente ‘significa’” (CL, 1994, p. 17). Isso quer dizer, que a reflexão sobre a “natureza das regras jurídicas” pauta-se em elementos que compõem fenômeno social normativo e requer o reconhecimento do uso convencional de expressões semânticas, além da sua dependência ao contexto que permite sua justificação.

A questão da *textura aberta* do Direito, pauta deste trabalho, possibilita uma reinterpretção do fenômeno jurídico a partir do modo como este é indissociável aos processos de sintaxe da linguagem. O autor de Oxford está convicto de que não é possível separar a natureza normativa do Direito de seu vocábulo conceitual. Segundo MacCormick (2010, p. 26), “a tentativa de Hart, assim como a de outros, de esclarecer a natureza da ordem jurídica é forçosamente, pelo menos em parte, linguística em seu foco e preocupação”. Por conseguinte, o trabalho do autor está inserido tanto na tradição caracterizada como positivismo moderado como na gênese das primeiras interpretações realizadas pela “filosofia da linguagem ordinária”. A posição pragmática da linguagem é, neste caso, determinante para a funcionalidade da interpretação e aplicação de normas jurídicas, tornando o processo de compreensão conceitual das regras normativas, segundo o próprio autor, um elemento chave para o Direito a “ideia de uma união de regras primárias e secundárias, à qual foi atribuído um lugar tão importante neste livro” (CL, 1994, p. 227).

O apontamento indicado por Hart, em *O Conceito de Direito*, descreve que a “definição, como a palavra sugere, é primariamente uma questão de traçado de linhas ou de distinção entre uma espécie de coisa ou outra, as quais a linguagem delimita por palavras distintas” (CL, 1994, p. 18). É neste sentido que para o filósofo a definição conceitual de uma palavra depende do “uso-padrão destas palavras [...]. A palavra é utilizada, através da indicação dos aspectos que partilha em comum com uma família mais vasta de coisas e dos que a distinguem de outras da mesma família” (CL, 1994, p. 19), tornando cada vez mais próxima a localização de seu pensamento com uma possível dívida com Wittgenstein.

Segue-se como linha argumentativa deste trabalho o fato de que Hart aponta que a significação das palavras possui uma importante função na investigação sobre a natureza do Direito e na aplicação de suas regras. O uso-padrão das palavras, como observa, é dependente

das regras sociais, pois estas nada mais são do que convenções suscitadas no âmbito da forma de vida humana. Assim, o autor incorpora questões marginalizadas em filosofia do Direito a partir de um entrelaçamento deste com a linguagem. Lacey (2004), por exemplo, afirma que o cerne do pensamento do filósofo é a caracterização de um sistema normativo estruturado por regras, a união entre regras primárias e regras secundárias e, por fim, a incerteza ou ineficiência das regras primárias que formam um sistema jurídico ou, segundo o autor “dizer que uma dada regra é válida é reconhecê-la como tendo passado todos os testes facultados pela regra de reconhecimento e, portanto, como uma regra do sistema” (CL, 1994, p. 114).

As notas que constituem o esforço filosófico de Hart, inseridas no cenário contemporâneo não se resumem a uma teoria da argumentação. Ao contrário, estão dispostas como um caminho crítico realizado pelo interlocutor quando este pretende investigar os pontos nebulosos entre a linguagem jurídica, o papel exercido pelos Tribunais como guardiões e intérpretes das regras e, por que não, do nascimento das *(in)justiças*. A empreitada deste trabalho, por fim, pretende mostrar que o relativismo, seja ele jurídico ou não, é um problema filosófico genuíno de primeira ordem. Entretanto, se partir de Hart, este só aparece quando a linguagem sai de férias, utilizando de uma expressão mencionada pelo autor extraída de Wittgenstein (*IF*, 2011, § 132).

Enfim, o desdobramento realizado pelo trabalho de Hart, objeto desta investigação, consistirá no reconhecimento da atividade semântica como caminho para o desvelamento do Direito. O Direito, aqui entendido como um conjunto de regras, deve ser colocado entre parênteses até que o processo de justificação contemple, preliminarmente, a significação pois, conforme o questionamento de Hart, a “Filosofia analítica do Direito estaria preocupada meramente com palavras?” (*AJM*, 1957, p. 967).

1. O POSITIVISMO ANALÍTICO NA ESTEIRA DA FILOSOFIA DA LINGUAGEM

*Em direito, bem como em outros campos,
podemos conhecer e apesar disso não entender.*

(DTJ, 2010, p. 23)

O positivismo jurídico² se caracteriza pela postura científica frente ao Direito, um esforço para atribuir ao estudo das ciências jurídicas os critérios das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais. Mas, quais premissas são responsáveis por sustentá-lo? Se o elemento fundamental da ciência é a neutralidade, ou seja, a ausência de juízo de valor, então, o campo da ciência deverá se ocupar com juízos de fato (BOBBIO, 1995, p. 135)³. Por sua vez, é neste critério de cientificidade da natureza do Direito que se encontra a estrutura genealógica da discussão entre *jusnaturalismo* e *juspositivismo*. A tradição do positivismo jurídico tem como representantes Jeremy Bentham, John Austin e Hans Kelsen, os quais pretendiam uma definição precisa do Direito como exigência das ciências jurídicas, uma vez que a falta de cientificidade caracterizava uma espécie de inferioridade metodológica⁴. Segundo Hespanha (2012, p. 417):

² O positivismo jurídico, na interpretação de Bobbio (1995, p.15), contempla “toda a tradição do pensamento jurídico ocidental [que] é dominada pela distinção entre ‘direito positivo’ e ‘direito natural’, distinção que, quanto ao conteúdo conceitual, já se encontra no pensamento grego e latino; [...] a contraposição entre ‘positivismo’ e ‘natural’ é feita relativamente à natureza não do direito mas da linguagem: traz a si o problema (que já encontra-se nas disputas entre Sócrates e os sofistas) da distinção entre aquilo que é por natureza (*physis*) e aquilo que é por convenção ou posto pelos homens (*thésis*)”. Conforme Bobbio, portanto, a corrente positivista é oriunda como uma contraposição à concepção de Direito natural. Neste sentido, a reflexão sobre a natureza da linguagem importa ao positivismo jurídico porque ela serve para fundamentar a semântica das “regras postas”, isto é, das regras convencionadas. O positivismo jurídico buscaria esclarecer a compreensão conceitual dos termos (Direito, lei, norma etc.) e, conseqüentemente, auxiliaria numa análise criteriosa do funcionamento regulador do Estado. O uso da expressão “positivismo analítico” é tomado por Kelsen como portadora do mesmo significado do termo anterior, no qual a análise conceitual seria fundamental para explicar a estrutura lógica das regras que constituem o sistema jurídico.

³ Importante salientar que os neokantianos Karl Larenz e Rudolf Stammler contrapõem a consideração de Bobbio no sentido que afirma “com exceção da lógica e da matemática, o conceito positivista de ciência só admite como científicas as disciplinas que se servem dos métodos das ciências da natureza, ou seja, de uma pesquisa causal que assente na observação, na experimentação e na recolha de factos. Ora, não só a ciência do Direito, mas também as chamadas ciências do espírito, como, por ex., a linguística, a história da arte, da filosofia e da literatura, e, muito mais ainda, a filosofia e a teologia, são manifestadamente incompatíveis com semelhantes métodos [...] fica ainda de pé a pergunta se com os métodos das ciências «exactas» da natureza se logra verdadeiramente compreender o conjunto da realidade que é susceptível de experiência” (LARENZ, 1997, p. 125).

⁴ Segundo Sanchez (1997, p. XXIII), “a exigência de cientificidade, que tem sido qualificada com justiça como o produto de um complexo de inferioridade por parte da Jurisprudência frente às ciências positivas ou duras, é aquilo que conduzem a tradição positivista representada por Kelsen e, antes mesmo, por Bentham e Austin, a estabelecer uma determinação precisa do âmbito do jurídico, uma definição de Direito que se constitui não como fruto de uma teoria jurídica ou da ciência jurídica, mas como seu ponto de partida”.

O saber jurídico devia, justamente, garantir a sua cientificidade por meio deste formalismo, ou seja, desta recusa de, na construção jurídica, ultrapassar as preocupações de rigor de observação e de rigor conceitual, envolvendo-se em considerações pessoais sobre a justiça material dos resultados.

Desta maneira, além do objeto de investigação, o ponto de convergência entre o Direito Natural e o positivismo jurídico é que ambos pretendem explicar a concepção de Direito. Entretanto, o positivismo jurídico se afasta de questões metafísicas, isto é, fundamenta-se num método empírico da ciência para análise de fatos sociais. Assim, no positivismo se compreende o Direito e a Moral como sistemas normativos diferentes e, o segundo, com uma natureza semântica (STOLZ, 2007).

Segundo Bobbio, em *O Positivismo Jurídico* (1961), observa-se o traçado de uma linha evolutiva do pensamento desde os pressupostos históricos do Direito Natural ao Direito Positivo. Segundo o autor, “o positivismo jurídico nasce do impulso histórico para a legislação, se realiza quando a lei se torna a fonte exclusiva do Direito, e seu resultado último é representado pela codificação” (BOBBIO, 1995, p. 119), bem como da secularização. A observação à prevalência da lei como fonte do Direito deriva das transformações da sociedade, pois se “o homem pode controlar a natureza através do conhecimento das leis, assim ele pode transformar a sociedade através da renovação das leis que a regem” (BOBBIO, 1995, p. 120).

Sobre a definição do positivismo jurídico, Hart esclarece que “a expressão ‘positivismo’ usada pelos filósofos do Direito não tem um significado estabelecido ou unânime”⁵, cita Bentham e Austin como os antigos positivistas (NDPJ, 1980, p. 1-2) e afirma que não conhece nenhum filósofo cujo trabalho tenha todas as características variadas que em um momento ou outro foram rotuladas como “positivistas”.

Na Universidade de Oxford, Hart⁶, catedrático em Filosofia do Direito, propôs um novo olhar sobre as teses positivistas de Bentham e Austin ao observar que a doutrina positivista

⁵ Tradução nossa: “la expresión ‘Positivismo’ usada por los filósofos del Derecho no tiene un significado establecido o unánime, y no sé de ningún filósofo cuya obra tenga todas las variadas características que en un tiempo o en otro han sido etiquetadas como ‘Positivistas’. [...] ¿Qué entenderemos por Positivismo Jurídico o por Positivismo en Filosofía Jurídica? Planteo la pregunta de esta forma en lugar de preguntar lisa y llanamente qué es el Positivismo Jurídico, porque la expresión “Positivismo” usada por los filósofos del Derecho no tiene un significado establecido o unánime, y no sé de ningún filósofo cuya obra tenga todas las variadas características que en un tiempo o en otro han sido etiquetadas como ‘Positivistas’”.

⁶ Enquanto advogado, Hart especializou-se na elaboração de documentos. O trabalho detalhado e exigente, possivelmente, colaborou na consolidação de suas ideias através das quais ele aplicou um treinamento de precisão e lógica meticulosas às regras jurídicas. Deste modo, a busca pela primazia na formação intelectual de Hart concede-lhe o privilégio da atração às questões filosóficas, conforme descreve Lacey (2004, p. 51) “Herbert was always drawn to the idea of himself as a philosopher, and saw the development of ideas, when pursued to the highest level, as a distinctively valuable way of life. He communicated his persisting yen to return to philosophy to old friends in Oxford, and during his time at the Bar he received several inquiries from colleges about whether he might be interested in taking up a fellowship”.

insistia na “distinção entre o Direito como ele é e como deveria ser, eles tinham em mente leis *específicas*, cujos sentidos estavam claros e, [...] mesmo que moralmente ultrajantes” (PSLM, 2010, p. 61). Assim, Hart propõe uma investigação da natureza do Direito, com a obra intitulada *The Concept of Law (O Conceito de Direito)*⁷, onde reflete sobre “O que é o Direito?, que nada de suficientemente conciso, susceptível de ser reconhecido como uma definição, lhe podia dar resposta satisfatória” (CL, 1994, p. 21)⁸.

A influência dos positivistas Bentham e Austin pode ser verificada por meio de diversas menções nos textos de Hart⁹. Por exemplo, numa entrevista o filósofo afirma que “aquela época (1953), o único trabalho teórico original da teoria do direito com o qual os estudantes de inglês de Oxford estavam familiarizados era [a obra] *The Province of Jurisprudence Determined*, Austin (1832)”¹⁰ (PÁRAMO, 1988, p. 342). E, ainda, nas palavras do filósofo, esclarece que as críticas ao positivismo imperativo de Austin foram objeto do primeiro capítulo da obra *O Conceito de Direito*.

Apesar das críticas de Hart à Austin, na obra *O Conceito de Direito* pode-se ler a declaração que Austin foi quem conseguiu chegar mais perto da maneira clara de elucidar o conceito de Direito com elementos imperativos (CL, 1994, p. 23). Percebe-se também o fascínio de Hart quanto ao pensamento de Bentham, conforme relata sua biógrafa Lacey (2004, p. 97-98)¹¹: “essa passagem quase poderia ter sido retirada dos escritos posteriores de Herbert sobre filosofia jurídica e prefigura o seu fascínio posterior pelo utilitarismo benthamita”. Essa consideração é confirmada por Hart a Páramo (1988, p. 352) ao afirmar que o

maior sucesso de Bentham como teórico, creio, é encontrado em suas contribuições originais, brilhantes e importantes à lógica e à teoria da linguagem, e à identificação da confusão e falácias que podem surgir das várias formas de comunicação humana¹².

⁷ Apesar da obra *O Conceito de Direito* ser a principal considerada a principal obra de Hart, diversas outras publicações compõem o rol bibliográfico de sua reflexão filosófica sobre a Filosofia e o Direito. Vide lista de abreviaturas.

⁸ Um outro estudo sobre este tema pode ser encontrado na obra *H.L.A Hart abogado del positivismo jurídico*, tese doutoral de Cristóbal Orrego Sánchez elaborada entre os anos de 1991 e 1994, nas Universidades de Londres, Oxford e Navarra.

⁹ Ver obras: *Analytical Jurisprudence in Midtwentieth Century: A Reply to Professor Bodenheimer* (1957); *Between Utility and Rights* (1979); *Essays on Bentham* (1982); *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (1983) etc.

¹⁰ Tradução nossa: “En esa época (1953), el único trabajo teórico original de teoría del Derecho con el que los estudiantes ingleses de Oxford estaban familiarizados era *The Province of Jurisprudence Determined*, de Austin (1832)”.

¹¹ Tradução nossa: “This passage could almost have been taken from Herbert’s later writings in legal philosophy, and prefigures his later fascination with Benthamite utilitarianism”.

¹² Tradução nossa: “El mayor acierto de Bentham como teórico creo que se encuentra en sus originales, brillantes e importantes contribuciones a la lógica y la teoría del lenguaje, y a la identificación de las confusiones y falacias que pueden surgir de las diversas formas de la comunicación humana”.

Contudo, a admiração de Hart a Bentham não ausentou críticas ao modelo positivista imperativo, como pode-se ler no *Essays on Bentham, jurisprudence and political theory* (EB, 1982, p. 20) nas palavras de Hart “então eu diria sobre o erro de Bentham em focar na ideia de um comando”¹³.

Nota-se que, na obra *O Conceito de Direito*, Hart questiona as correntes da filosofia jurídica que o antecedeu com a pergunta chave sobre “o que é o Direito?” (CL, 1994, p. 21). Para atingir seu objetivo o filósofo agregou às suas reflexões jurídicas concepções derivadas de sua formação filosófica, fazendo uma análise e compreensão da concepção de Direito à luz da filosofia da linguagem de Wittgenstein, conforme assevera no prefácio da obra *O Conceito de Direito*¹⁴ (CL, 1994, p. 2), no qual observa que

Não obstante a sua preocupação com a análise, o livro pode ser também encarado como um ensaio de sociologia descritiva; porque a sugestão de que as investigações sobre os significados das palavras apenas lançam luz sobre palavras é falsa. Muitas distinções importantes, que não são imediatamente óbvias, entre tipos de relações ou situações sociais, podem ser mais bem trazidas à luz por um exame dos usos-padrão de expressões relevantes e do modo porque estes dependem de um contexto social, ele próprio deixado frequentemente por afirmar. Neste campo de estudos é particularmente verdade que podemos usar, como disse o professor J. L. Austin, “uma consciência afiada das palavras para aguçar a nossa percepção dos fenômenos”.

A preocupação do filósofo, nas investigações sobre os significados das palavras não apenas lançam luzes sobre o problema em questão, mas revelam uma essencial análise para explicar as complexas relações sociais e os conteúdos de regras. Nela Hart explicita a aproximação de seus argumentos com questões incipientes da filosofia da linguagem. Posteriormente, seus estudos procurarão mostrar que a significação conceitual dos termos utilizados em expressões semânticas desencadeiam consequências na aplicação das regras normativas do sistema jurídico (CL, 1994, p. 306). Em outras palavras, a obra de Hart não pretende filiar-se ao legalismo normativista do sistema jurídico mas, ao contrário, apontar que as esferas semântica e pragmática possuem um peso significativo na aplicação das normas jurídicas. Neste sentido, Serna (1997, p. XVIII)¹⁵ afirma que “sua concepção de regras legais permanece normativa, mas sua concepção do sistema repousa no elemento factual representado pela regra do reconhecimento”. Adiante ver-se-á que a regra de reconhecimento se alinha à

¹³ Tradução nossa: “So I would say of Bentham’s mistake in focusing on the idea command”.

¹⁴ A publicação original da obra em inglês ocorreu em 1961, utiliza-se como referência a 2ª. edição publicada em 1994, traduzida pela Fundação Calouste Gulbenkian de Lisboa-Portugal.

¹⁵ Tradução nossa: “su concepción de las reglas jurídicas sigue siendo normativa, pero su concepción del sistema descansa sobre el elemento fáctico representado por la regla de reconocimiento”.

análise dos significados das palavras e os seus usos-padrão para entender os fenômenos jurídicos.

Seguindo também a proposta anterior, Lacey (2004) indica que para Hart a busca pela clareza e precisão nos detalhes foi iluminada pela abordagem linguística aplicada à seara do Direito. Segundo MacCormick (2010, p. 47), o filósofo “rejeitou as ideias de que regras são um tipo de comando ou imperativo”. Entretanto, Bodenheimer (1981, p. 105) afirma que o filósofo de Oxford “busca construir uma passarela entre as concepções imperativas e sociológicas do Direito. Hart também procura temperar a agudizada confrontação que tem caracterizado frequentemente a relação entre juspositivistas e jusnaturalistas”¹⁶. Esta reformulação Hart denominará de *positivismo moderado*, descrito no pós-escrito da obra *O Conceito de Direito*, onde o filósofo se defende da crítica de ser um positivista de “simples questão de fatos” escrito por Dworkin na obra de *Law's Empire* (1986). Hart contra-argumenta demonstrando, ao final, que, em relação à regra de reconhecimento, admite a existência de princípios morais, o que será fundamental para considerá-lo um positivista moderado (CL, 1994, p. 299 ss), conferindo uma flexibilidade na aplicação de normas oriunda da questão conceitual dos termos empregados na regra.

Inicialmente, a análise de concepções sobre o entendimento do positivismo jurídico da “ciência do Direito” revela um formalismo na interpretação do funcionamento do ordenamento jurídico. Contudo, Hart incorpora à compreensão das “ciências jurídicas” um elemento dinamizador na aplicação das regras, fundamenta o seu positivismo com a união de regras primárias e secundárias (CL, 1994, p. 229), e segundo MacCormick (2010, p. 141) essa interrelação de regras evidencia “a qualidade sistêmica do Direito”. Assim, em oposição ao formalismo, o filósofo destaca a importância da semântica e pragmática na filosofia do Direito.

A partir dessa reconsideração de um sistema jurídico formado por leis coercitivas defendida por positivistas como Austin, Bentham e Kelsen¹⁷ (AJM, 1957, p. 958) foi que Hart repensou o conceito de Direito sob influência do pensamento wittgensteiniano. Hart publicou, em 1958, um artigo com o título *Positivism and the Separation of Law and Morals* onde descreve suas considerações sobre o positivismo jurídico. Nessa publicação anterior a obra *The*

¹⁶ Tradução nossa: “It is obvious that this view of the law avoids the one-sidedness of the Austinian command theory and seeks to construct a bridge between the imperative and sociological conceptions of law.4 Hart also attempts to mitigate the sharp confrontation that has often characterized the relation between legal positivists and believers in natural law”.

¹⁷ Tradução nossa: “Of course the later analysts like Kelsen had seen that the tools used by Austin and Bentham were too crude to do justice to the phenomenon of law”.

Concept of Law (1961), descreveu uma nota de cinco afirmativas sobre características atribuídas ao positivismo. São elas (EJP, 2010, p. 62, nota 25):

1) A afirmação de que leis são comandos de seres humanos; 2) A afirmação de que não há conexão necessária entre direito e moral ou entre o direito como ele é e o direito como deve ser; 3) A afirmação de que a análise (ou estudo do significado) dos conceitos jurídicos vale a pena perseguir e (b) deve ser distinguida da investigação histórica sobre causas e origens das leis, das investigações sociológicas sobre a relação do direito com outros fenômenos sociais, e da crítica ou apreciação do direito seja em termos morais, de objetivos sociais, “funções”, ou de outro tipo; 4) A afirmação de que um sistema jurídico é um “sistema lógico fechado” em que decisões jurídicas corretas podem ser deduzidas por meios lógicos a partir de regras jurídicas pré-determinadas sem referência a fins sociais, políticas públicas (policies), padrão morais; 5) A afirmação de que o julgamento moral não pode ser estabelecido ou defendido, como declarações de fato podem, por argumento racional, evidência ou prova (“não cognitivismo” em ética).

Segundo a explicação de Hart, em primeiro lugar, descreve-se o ponto do positivismo imperativo em que o Direito é entendido como um sistema de regras normativas de comando, obrigação e punição. O pensamento da filosofia do Direito de Hart ensina que o sistema jurídico não possui apenas regras coercitivas. Há, por sua vez, regras descritivas. A seguir, um ponto comum entre os positivistas, como Bentham, Austin e Hart, é a questão da separação entre o Direito e a moral, que mais tarde desenvolverá o tema de discussão com Dworkin (1999, p. 122) que discorda do

positivismo, que insiste em que o direito e a moral são totalmente diferenciados por regras semânticas que todos aceitam para usar a palavra “direito”, e o direito natural que, ao contrário, insiste em que eles são unidos por essas regras semânticas.

Já no terceiro ponto, fundamental àquilo que se pretende mostrar, Hart reafirma a questão da importância do positivismo analítico com aproximação à filosofia da linguagem wittgensteiniana, uma vez que assimila a filosofia analítica ao Direito às questões semânticas abordadas por Wittgenstein. Apoiar-se no precedente de Austin, quando afirma que

Austin achou da maior importância, se quisermos entender a lei, que busquemos uma análise cuidadosa de palavras como “obrigação”, “dever” ou “direito”, mesmo que tenhamos que permitir uma multiplicidade de significados e nos casos em que os conceitos são vagos, de modo que não poderíamos ter, como ele diz em uma frase marcante, mais do que “testes falíveis” para determinar se uma determinada situação de fato foi ou não coberta por ele?¹⁸ (AJM, 1957, p. 956)

¹⁸ Tradução nossa: “Nevertheless Austin thought it of the greatest importance, if we are to understand law, that we pursue the close analysis of the words such as “obligation”, “duty” or “right”, even though we have to allow for a multiplicity of meanings and for cases where the concepts are vague so that we could not have, as he says in a striking phrase, more than “fallible tests” of whether a given fact-situation was covered by it or not”.

O apontamento destacado por Hart ressalta a importância da investigação analítica para entender a natureza jurídica das regras no Direito. A partir desta, o positivismo jurídico conseguiria adquirir a característica de analiticidade, uma vez que estaria pautado na interpretação semântica e pragmática das regras normativas. Em outras palavras, compreende-se a necessária adequação das regras normativas ao contexto social, que por sua vez evidencia a penumbra interpretativa presente no texto legislativo, ou seja, descobre-se áreas de sombra sobre a significação dos termos em situações que possibilitam uma análise à margem da clareza explícita no núcleo do conceito.

Ao tratar da interpretação dos termos empregados nas regras jurídicas, Hart exemplifica que a análise criteriosa destas mostraria se elas são coercitivas ou descritivas. Assim, o autor exemplifica que a diferença da concepção entre as regras estaria no fato de que “ser obrigado” refere-se às regras coercitivas, enquanto a expressão “ter obrigação”¹⁹ amplia a interpretação numa característica descritiva. A peculiaridade de “ser obrigado” refere-se às regras primárias de obrigação que traduzem a marca coercitiva do Direito; “ter uma obrigação”, por sua vez, refere-se às regras prescritivas e descritivas, as quais possibilitariam a desobediência da lei.

Para o filósofo de Oxford, ainda que reconhecendo a predominância da coação como elemento distintivo de um ordenamento jurídico, o Direito é um sistema regulador para além do caráter punitivo. Tais considerações são desencadeadas pelo questionamento sobre o significado das regras, sua aceitação e cumprimento em determinada sociedade, pois, considerando a existência de um sistema jurídico como fenômeno social este “envolve as atitudes e comportamentos implicados na aceitação voluntária das regras e também as atitudes e comportamentos mais simples envolvidos na pura obediência ou aquiescência” (CL, 1994, p. 217).

Para Hart, ainda que reconhecendo a predominância da coação como elemento distintivo de um ordenamento jurídico, o Direito é um sistema regulador para além do caráter punitivo. Tais considerações são desencadeadas pelo questionamento sobre o significado das regras, sua aceitação e cumprimento em determinada sociedade, pois, um sistema jurídico “contém elementos estreitamente ligados com os casos simples de ordens baseadas em ameaças, também contém óbvia e igualmente elementos estreitamente ligados com certos aspectos da moral” (CL, 1994, p. 11). A crítica de Hart ao positivismo imperativo se justifica que este

¹⁹ Argumento exposto no Capítulo V da obra *O Conceito de Direito*, p. 92 e ss.

carrega apenas um caráter sancionador, onde a regra normativa descreve o dever de obedecer ao soberano com uma punição pela desobediência. Conforme explica Struchiner (2005, p. 61):

A teoria imperativa, utilizando os métodos analíticos tradicionais, explica o conceito de direito como uma série ou conjunto de comandos emanados do soberano. Os comandos são definidos como ordens amparadas por sanções. As ordens são definidas como expressões de uma vontade e as sanções como a possibilidade efetiva de causar um mal ou infligir um dano pelo não cumprimento da vontade. O soberano é aquele que é habitualmente obedecido por todos e que, por sua vez, não possui o hábito de obedecer a mais ninguém.

Nas palavras de Hart, o comportamento e a função das regras normativas foram primordialmente seu objeto de estudo, conforme escreveu para uma conferência pronunciada na *Universidad Autónoma de Madrid* em 29 de outubro de 1979 (NDPJ, 1980, p. 1):

O que entenderemos pelo Positivismo Jurídico ou pelo Positivismo na Filosofia Jurídica? Coloco a questão desta forma em vez de perguntar sem rodeios que é o positivismo jurídico, porque o termo ‘positivismo’ usado por filósofos do direito não tem significado estabelecido ou unânime, e eu não sei de nenhum filósofo cujo trabalho tem características variadas que em um momento ou outro foram rotulados como “Positivistas”. Não tentarei dar qualquer definição genérica de “positivismo” ou estabelecer sua essência. Em vez disso, selecionarei três teses sobre a natureza da lei. Tais teses não são encontradas somente no trabalho de todos os filósofos do direito, incluindo Bentham, Austin e eu mesmo, cujo trabalho é considerado como parte de uma tradição positivista anglo-saxã, mas também são elementos de seu trabalho que ambos os autores assim como seus críticos antipositivistas atribuem uma importância central²⁰.

As três teses de defesa do positivismo jurídico descritas por Hart são a separação conceitual de Direito e moral, as fontes sociais do Direito e a discricionariedade jurídica. Essas teses possuem novas perspectivas positivistas para a compreensão do Direito e provocaram diversas críticas e debates entre Hart com outros autores, especialmente Dworkin. As críticas traduzem, por um lado, a relação entre Moral e o Direito e, por outro, a consequente interpretação e aplicação das regras pelo poder discricionário, como verifica-se no terceiro capítulo.

²⁰ Tradução nossa: “¿Qué entenderemos por Positivismo Jurídico o por Positivismo en Filosofía Jurídica? Planteo la pregunta de esta forma en lugar de preguntar lisa y llanamente qué es el Positivismo Jurídico, porque la expresión «Positivismo» usada por los filósofos del Derecho no tiene un significado establecido o unánime, y no sé de ningún filósofo cuya obra tenga todas las variadas características que en un tiempo o en otro han sido etiquetadas como «Positivistas». No trataré por ello de dar ninguna definición genérica de «positivismo» o de establecer cuál es su esencia. En lugar de ello, seleccionaré tres tesis acerca de la naturaleza del Derecho. Tales tesis no sólo se encuentran en la obra de todos los filósofos del derecho, incluidos Bentham, Austin y yo mismo, cuya obra es considerada como parte de una tradición positivista anglosajona, sino que son también elementos de su obra a los que tanto los autores mismos como sus críticos antipositivistas atribuyen una importancia central”.

Um exemplo de crítica contra o filósofo de Oxford é a realizada por Bodenheimer (1981, p. 1082) onde afirma “que o método de amplificação na elucidação de conceitos jurídicos que o professor Hart parece favorecer não resultaria em uma melhoria mensurável de nossa metodologia jurídica”²¹. E como resposta Hart responde a crítica de Bodenheimer no artigo *Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century: A Reply to Professor Bodenheimer* (AJM, 1957, p. 953):

Considero, de fato, a jurisprudência analítica, se perseguida com os métodos apropriados, como um tema importante capaz de dar uma contribuição importante para pelo menos um objetivo que eu acho que devo ter em comum com o Professor Bodenheimer: ou seja, o aumento de nossa compreensão do caráter da lei como um meio de controle social.²²

Segundo MacMacormick (2010, p. 39), “uma virtude autoproclamada da análise de Hart é que se fornece uma estrutura analítica para a elucidação de tais ‘conceitos jurídicos’ com os quais gerações de pensadores jurídicos e políticos haviam lutado sem muito sucesso”. Noutra passagem, Hart responde e ainda completa sobre a questão da elucidação dos conceitos jurídicos sob a análise da *textura aberta* (AJM, 1957, p. 957):

De fato, é evidente que um dos resultados da própria jurisprudência analítica tem sido e é cada vez mais a demonstração da “textura aberta” ou imprecisão da periferia dos conceitos usados no cotidiano da lei [...] é confuso e de fato falso afirmar a identidade da jurisprudência analítica com jurisprudência ‘conceitual’ ou ‘mecânica’ ou (para usar as palavras do professor Bodenheimer) com a visão de que ‘o direito é uma ciência independente que não precisa de assistência de outras disciplinas sociais para seu bom funcionamento’²³.

Em defesa a acusação de estar preocupado com conceitos, Hart esclarece que sua filosofia analítica do Direito não está preocupada meramente com palavras (AJM, 1957, p. 967). O filósofo de Oxford destaca que Bodenheimer não distingue ou não considera importante distinguir entre Direito, conceitos jurídicos ou teorias sobre Direito e definições de conceitos jurídicos (AJM, 1957, p. 955). A importância da elucidação do conceito de Direito ocorre na

²¹ Tradução nossa: “I submit, however, that the method of amplification in the elucidation of legal concepts which Professor Hart appears to favor would not result in a measurable improvement of our legal methodology”.

²² Tradução nossa: “I do indeed consider analytical jurisprudence, if pursued with the appropriate methods, to be an important subject capable of making an important contribution to at least one aim which I think I must have in common with Professor Bodenheimer: namely, the increase of our understanding of the character of law as a means of social control”.

²³ Tradução nossa: “In fact it is plain that one of the results of analytical jurisprudence itself has been and is increasingly the demonstration of the “open texture” or vagueness of the periphery of the concepts used in the daily life of the law [...] it is confusion and indeed false to assert the identity of analytical jurisprudence with ‘conceptualism’ or ‘mechanical’ jurisprudence or (to use Professor Bodenheimer’s words) with the view that ‘law is a self-contained science which does not need assistance of other social disciplines for its proper functioning’”.

distinção de regras, a qual o filósofo distingue no sistema jurídico em regras primárias e regras secundárias (CL, 1994. p. 122), sendo que, algumas regras normativas são obrigatórias no sentido de exigir que as pessoas se comportem de certas maneiras, por exemplo, abster-se de violência ou pagar impostos (CL, 1994. p. 23). Já outras regras, que prescrevem procedimentos, formalidades e condições, como exemplo, regras de etiqueta, indicam como as pessoas devem se comportar em determinadas situações (CL, 1994, p. 250). O método analítico adotado por Hart associado ao positivismo moderado descreve a necessidade de adequação contextual na aplicação das regras normativas (CL, 1994, p. 71):

Não podemos, todavia, limitar a nossa perspectiva das leis ao tempo de vida dos seus criadores, porque a característica que temos de explicar é justamente a persistente capacidade de sobreviverem aos seus criadores e àqueles que habitualmente lhes obedeciam.

Dessa forma, Hart, como positivista moderado, salienta que as regras normativas pertencem a um sistema de regras geralmente efetiva da vida social. Reconhece, por isso, que algumas normas jurídicas são imprecisas, isto é, não determinam o conteúdo completo que pretendem abarcar. Sem dúvida, aqui, encontra-se um elemento fundamental à tese deste trabalho, a saber, o debate existente entre a regra jurídica e a extensionalidade dos termos que fazem parte de tal estrutura semântica.

As críticas de Hart à Bentham e Austin, portanto, revelam um movimento contrário ao positivismo e à metodologia utilitarista. Assim, contrariamente a tais posições, o filósofo postulará que a compreensão dos conceitos é um passo fundamental na determinação de sua validade e aplicação. Hart pretende mostrar que, em geral, a jurisprudência analítica deve definir-se a partir de uma cuidadosa análise da linguagem que o Direito se formula (Cf. TAMAYO Y SALMÓRAN, 2000, p. XIX). O filósofo aponta, inicialmente, para a necessidade de uma investigação analítica sobre o conteúdo das regras normativas pois estas, de algum modo, indicariam que sua aplicação não é dedutiva como pensava Kelsen, mas uma práxis calcada sobre a natureza da linguagem.

1.1. KELSEN – O DIREITO COMO ILUSÃO

Ao ler o título da obra póstuma de Kelsen intitulada *Die Illusion der Gerechtigkeit* (1985), têm-se as considerações do filósofo do Direito sobre a filosofia platônica. Seria uma mera semelhança ao filósofo de Oxford? A investigação do significado do termo “ilusão” na

obra de Kelsen aponta diversos questionamentos, entre os quais a reflexão sobre conceitos nas ciências jurídicas, neste ponto vê-se as aproximações entre o trabalho de Hart e o pensamento kelseniano. Neste sentido, sobre o conceito de *Justiça*, Kelsen (2000, p. 492) afirma

Se o Bem – ou a justiça – é um segredo inexprimível não pode haver mais discutível do que aquilo que Platão busca em seus diálogos mais importantes: uma teoria ético-política. E tal busca, nada mais significando do que a tentativa de exprimir o inexprimível, pode apenas conduzir às definições inteiramente vazias de conteúdo nas quais viceja todo tipo de irracionalismo, e especialmente o político.

O formalismo e a radicalidade positivista de Kelsen revelam uma busca da natureza do Direito como lógica-formal. Para o filósofo alemão, Platão descreve sobre conceitos ideais, ilógicos e não-formais, o que revela uma lacuna interpretativa na compreensão do que venha a ser Justiça, desencadeando uma característica relevante atribuída a aplicação do Direito. Segundo afirma, “Platão, em seu Estado Ideal, exige que os juízes tenham que decidir em conformidade com a Justiça, conseqüentemente, que eles não devem ser limitados por normas jurídicas positivas” (KELSEN, 1986, p. 288).

Na introdução à obra *Teoria Geral do Direito e do Estado* (1945), o filósofo afirma que “o objetivo específico de uma ciência jurídica é o Direito positivo ou real, em contraposição a um Direito ideal, objetivo da política” (2000, p. XXIX), equiparando a teoria pura do Direito à jurisprudência analítica (2000, p. XXX). A partir das afirmações de Kelsen, Hart apresenta o traço característico da teoria analítica do Direito (EJP, 2010, p. 326):

Nas palavras de Kelsen, em entender ‘o sentido específico de regras jurídicas’ há muitos sentidos diferentes em que isto pode ser feito. O jurista analítico pode não oferecer definições de palavras isoladas, mas sinônimos ou ‘traduções’ de orações inteiras (‘definições em uso’); ou ele pode abster-se completamente de oferecer sinônimos e, em vez disso, dedicar-se a descrever o uso padrão de certas expressões.

Considerando que a “tarefa da ciência do Direito é descrever o Direito de uma comunidade” (KELSEN, 2000, p. 63), Kelsen ressalta que há diferença entre a norma e os enunciados no propósito de esclarecer a aplicação das regras jurídicas, questões aprofundadas na obra *Teoria Geral das Normas* (KELSEN, 1986, p. 34):

Admite-se a expressão: a norma “reza” que algo deve ser ou acontecer, contanto que através dessa expressão não se induza confundir a norma com um enunciado. Pois a norma não é nenhum enunciado e – como ainda mostraremos com mais por menores – precisa ser claramente diferenciado de um enunciado, nomeadamente também de enunciado sobre uma norma. Pois o enunciado é o sentido de um ato de pensamento, e a norma, como foi observado, é o sentido de um ato de vontade intencionalmente dirigido a uma certa conduta humana.

O ato de vontade que Kelsen destaca para a compreensão de norma é realizado por meio de expressões linguísticas. Logo, nem todo enunciado é uma norma, mas certamente uma norma é expressa por um enunciado. Ou seja, tanto enunciado quanto norma se expressam pela linguagem. Contudo a norma, conforme o direito formal, pretende regular uma conduta. Quando o filósofo diz que a “norma é norma”²⁴ implicitamente traduz que os usos de expressões linguísticas são meios ou formas de manifestação da norma. Desta forma, Kelsen concorda que as expressões linguísticas possuem vários significados e sentidos, e os enunciados devem ser lidos como atos de vontade para a aplicação da norma (KELSEN, 1986, p. 46). Segundo Silveira Souza (2017, p. 159):

Para Kelsen, as normas jurídicas carecem de determinação semântica tendo em vista a pluralidade de sentidos admitidos. Quem dará essa significação, ao final do sistema normativo, é a autoridade, a qual impõe a sua interpretação da norma como sentido objetivo de ato de vontade, isto é, a interpretação da autoridade cria direito inicialmente através do seu sentido subjetivo de um ato de vontade, que, por ser autorizado por uma norma superior, é interpretado como sentido objetivo desse mesmo ato de vontade.

Contudo, mesmo que as normas careçam de determinação semântica, a significação ou interpretação dos termos enunciados da norma deverão obedecer a uma moldura “dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação” (KELSEN, 1999, p. 247). A observação de possibilidades de aplicação normativa revela o método analítico de Kelsen, em que pretende afastar da Teoria do Direito questões duvidosas e “ilusórias”, ideais metafísicos como defende Platão na teorização sobre a Justiça. Mas, como, então, falar da justiça e de sua efetividade?

A preocupação de Kelsen ao escrever obras como *O Problema da Justiça* (1960) e *O que é Justiça?* (1957) demonstra a preocupação com a imprecisão conceitual de Justiça. A compreensão conceitual de Justiça para Kelsen “é o que o juiz competente tem como justo, para a decisão do caso, o que pode ser muito diferente do que um outro juiz tem como justo” (1986, p. 287).

A autorização de Kelsen em deixar o juiz decidir o caso concreto de acordo com o seu próprio arbítrio ou segundo uma norma geral de Direito revela a dinamicidade frente a constatação da multiplicidade de conteúdo dos ordenamentos jurídicos. Afirma Kelsen (1999, p. 10), que a discricionariedade do juiz está “em constante aumento com o decorrer da evolução,

²⁴ Hart narra episódio em que esteve com Kelsen num debate com objetivo de “meras discussões sobre detalhes dentro do campo ‘positivista’” e chegou a cair para trás com a resposta de Kelsen que ‘a norma era a norma’ qual a compreensão de norma (KV, 2010, p. 323-324).

uma teoria geral do Direito corre sempre o risco de não abranger todos os fenômenos jurídicos nos conceitos jurídicos fundamentais por ela definidos”.

Apesar do reconhecimento do Direito ser dinâmico, a analiticidade do positivismo jurídico requer um caráter científico, conforme explica Coelho (2014, p. 180), o objetivo do caráter científico do positivismo jurídico é trilhar uma neutralidade axiológica reducionista de um ideal de Direito. Para o jurista analítico, a noção de Justiça decorre da norma, logo, a compreensão de justo revela-se no teor da lei.

Assim, o método do positivismo jurídico abrange a analiticidade que revela preocupação da “ciência jurídica” com a validade da norma e sua aplicação. A busca conceitual do que é Direito não comporta a teorização sobre o conceito de Justiça, uma vez que o “problema da Justiça, enquanto problema valorativo, situa-se fora de uma teoria do Direito que se limita à análise do Direito positivo como sendo a realidade jurídica” (KELSEN, 1999, p. X-XI). Dessa forma, Kelsen (1999, p. 1) explica o Direito positivo:

Como teoria, [que] quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito.

O positivismo jurídico, nas linhas do autor, demonstra uma análise da norma jurídica que obedece a uma espécie de moldura. Kelsen reconhece a existência de inúmeros significados possíveis nas palavras, e atribui à autoridade competente a tarefa de expressar o significado válido do texto legal. A moldura interpretativa apresentada por Kelsen funciona como um meio para solucionar os casos de indeterminação das leis, servindo como limite de significação ao exercício do trabalho semântico.

Enfim, a afirmação de Kelsen (2000, p. XXX) de que a “teoria pura do Direito é, em princípio a mesma da chamada jurisprudência analítica [...] procura obter os seus resultados exclusivamente por meio de uma análise do Direito positivo” é reafirmada na interpretação de Bodenheimer (1981, p. 95), ao mostrar que:

O positivismo jurídico se manifestou de maneira mais evidente em uma jurisprudência de tipo analítico, aqui designada como positivismo analítico. O positivismo analítico toma como ponto de partida uma determinada ordem jurídica e, por meio de um método predominantemente indutivo, purifica certas noções, conceitos e distinções fundamentais, comparando-as talvez com as noções, conceitos e distinções

fundamentais de outras ordens jurídicas, a fim de determinar alguns elementos comuns²⁵.

Apesar das abordagens discordantes entre Hart e Kelsen sobre o significado dos conceitos das palavras, é reconhecido a semelhança entre ambos os autores no quesito da análise semântica. Pode-se verificar a concordância entre os filósofos quando Hart descreve “que o maior sucesso de Kelsen como jurista foi ter insistido em que todas as análises reducionistas de declarações legais (declarações de direitos e deveres) deveriam ser rejeitadas, mantendo seu caráter normativo completo”²⁶ (PÁRAMO, 1988, p. 351).

MacCormick (2010, p. 25) afirma, neste caso, que a análise de palavras e conceitos visam “um melhor entendimento do Direito e das ideias jurídicas, tanto pelo entendimento em si quanto pelo valor prático de tal entendimento”. Isso recorda, por exemplo, a metáfora de uma “moldura” proposta por Kelsen. Nela o autor reconhece a polissemia dos termos, a qual seria responsável por mostrar que o positivismo jurídico é apoiado nas bases da filosofia analítica [da linguagem]. De qualquer modo, a “flexibilização da moldura” significaria a ampliação do método de análise conceitual e, conseqüentemente, serviria para descrever as nuances entre as regras sociais e jurídicas. O itinerário desta questão, então, constituiria o germe das investigações realizadas por Hart em seu trabalho.

1.2. O POSITIVISMO MODERADO DE HART E O PAPEL DAS REGRAS JURÍDICAS

Considerando que Hart participou da tarefa de recuperar e editar as obras de Jeremy Bentham parece ser notória a influência que teve “segundo a tradição do positivismo analítico de Bentham e John Austin e embasado na filosofia da linguagem de Ryle, John Langshow Austin e Ludwig Wittgenstein. Hart entra no mundo das definições dos conceitos jurídicos”²⁷ (TAMAYO Y SALMÓRAN, 2000, p. XXI). O fato é que Hart romperá, por um lado, com

²⁵ Tradução nossa: “Legal positivism has manifested itself most conspicuously in a jurisprudence of an analytical type, here designated as analytical positivism. Analytical positivism takes as its starting point a given legal order and distills from it by a predominantly inductive method certain fundamental notions, concepts, and distinctions, comparing them perhaps with the fundamental notions, concepts, and distinctions of other legal orders in order to ascertain some common elements”.

²⁶ Tradução nossa: “Pienso que el mayor acierto de Kelsen como jurista consistió en haber insistido en que todos los análisis reducionistas de los enunciados jurídicos (enunciados de derechos y deberes) se deben rechazar, mientras que se debe mantener su pleno carácter normativo”.

²⁷ Tradução nossa: “Siguiendo la tradición del positivismo analítico de Jeremy Bentham y John Austin y basándose en la filosofía del lenguaje de Ryle, John Langshow Austin y Ludwig Wittgenstein. Hart penetra al mundo de las definiciones de los conceptos jurídicos”.

algumas bases fundamentais do positivismo, em especial com a ideia de *norma* e, por outro, aproximar-se-á do Direito a partir de uma crítica da linguagem e ao papel das *regras*²⁸.

Segundo MacCormick (2010, p. 13), “o trabalho analítico de Hart é fundamentado em uma crítica das teorias de Bentham e de Austin do Direito como sempre derivado da vontade do soberano”. Essa crítica de Hart é esclarecida na obra *O Conceito de Direito* onde descreve que as regras ditadas por um soberano numa sociedade simples preenchiam uma finalidade (utilitarismo de Bentham) e a validade dessa regra era oriunda da autoridade do soberano sobre os seus súditos. Entretanto, na concepção de Estado Moderno “a simples ideia de ordens, hábitos e obediência não é adequada para a análise do Direito” (CL, 1994, p. 86).

O filósofo reconhece, como explicitamente se pode observar, que a leitura do positivismo jurídico não é suficiente para analisar a estrutura dos conceitos, uma vez que apenas a filosofia analítica do Direito e a filosofia da linguagem possuiriam as ferramentas para dissolver os enigmas da interpretação. Hart compreende que o “estudo da filosofia aprimora os poderes da argumentação sobre qualquer problema”²⁹. O viés semântico da filosofia analítica acabou atendo-se ao uso das regras sociais para a compreensão dos conceitos e do sistema normativo. Conforme descreve MacCormick (2010, p. 19):

Para Hart, porém, a Teoria Geral do Direito era, em primeiro lugar, uma ramificação da Filosofia, envolvendo a aplicação de ideias e métodos filosóficos tanto à crítica do Direito quanto à análise conceitual do Direito, aos sistemas jurídicos e aos conceitos jurídicos.

Ao descrever o Direito, Hart relata uma complexidade no sistema moderno em que requer uma análise aprofundada e pautada no uso e significado das palavras bem como nas origens das regras. Assim, conforme afirma MacCormick (2010, p. 12), “os juristas devem analisar o uso da linguagem jurídica nos trabalhos práticos do Direito”. Neste sentido, reconhece-se aos operadores das ciências jurídicas um “tecido linguístico de sua própria profissão” (MACCORMICK, 2010, p. 8).

²⁸ Antes da publicação de sua principal obra o autor já se preocupava com os usos dos termos “lei”, “norma” e “regra”. Isso se confirma quando escreve que “os predecessores nessas questões pareciam não ter percebido suficientemente as características especiais dos conceitos envolvidos no uso de regras, nem ter visto a multiplicidade e variedade de diferentes fenômenos adotados sob os termos extremamente gerais ‘lei’, ‘norma’ ou ‘regra’ (AJM, 1957, p. 957-958). Fica claro, portanto, a discordância do filósofo em tomar a significação das palavras isoladamente, uma vez que o significado dos termos “regra”, “norma” ou “lei” deve ser lido a partir da função que exerce. Assim, a “regra” possui uma característica ampla e se refere, na maioria dos casos, aos comportamentos (CL, 1994, p. 13); já a “norma”, em alusão a Kelsen, são regras disciplinadas pelo ordenamento jurídico (KV, 2010, p.325). O termo “lei”, tanto para Hart quanto para Kelsen, por sua vez, se refere diretamente à estrutura do Direito.

²⁹ Tradução nossa: “El estudio de la filosofía agudiza las facultades de la argumentación sobre cualquier problema”.

Desta maneira, a caracterização do positivismo moderado de Hart permanece próximo a determinados argumentos utilizados por Kelsen, em especial aqueles que remetem a dificuldade semântica na análise do Direito e ao papel do juiz no caso concreto. Essa aproximação pode ser verificada nas palavras de Hart no artigo *Kelsen Visited* (1963) o qual afirma que se pode “considerar que Kelsen inteligentemente antecipara a importante distinção entre o uso e a menção de palavras, mas o fizera de forma infeliz” (KV, 2010, p. 330). Desta forma, Hart reconhece o método analítico empregado por Kelsen na significação das palavras e, por outro tece críticas ao modelo de positivismo jurídico que Kelsen mantém (EJP, 2010, p. 325-326):

Esta caracterização da Teoria Pura do Direito como uma versão mais estrita, mais convincente e mais sistemática da teoria analítica do direito, juntamente com as frequentes referências de Kelsen à tarefa da teoria jurídica como sendo a de “entender o sentido específico de regras jurídicas”, naturalmente conduz a uma expectativa de que o principal produto dessa forma de teoria do direito sejam declarações apresentando ou explicando o sentido de expressões como “lei”, “sistema jurídico”, “regra jurídica”, “direito”, “dever”, “obrigação”, “propriedade”, e “posse”. [...] Se o traço característico da teoria analítica do direito é sua preocupação, nas palavras de Kelsen, em entender “o sentido específico de regras jurídicas”, há muitos sentidos diferentes em que isto pode ser feito. O jurista analítico pode não oferecer definições de palavras isoladas, mas sinônimos ou “traduções” de orações inteiras (“definições em uso”); ou ele pode abster-se completamente de oferecer sinônimos e, em vez disso, dedicar-se a descrever o uso padrão de certas expressões.

Realizada tal distinção, um elemento significativo na filosofia de Hart é aquele derivado da crítica ao imperativo normativo de Kelsen. Hart enfatiza que as normas são aceitas não apenas porque são comandos, mas porque as pessoas as consideram como padrões de conduta. Além disso, elas também não são expressões de um soberano (CL, 1994, p. 77). A regra se revela numa prática social de conduta que se diferencia do hábito de obediência que teme uma punição. Para Hart, as pessoas obedecem porque reconhecem as regras como padrões de conduta a serem seguidos. Segundo MacCormick (2010, p. 47), esses padrões aceitos possuem um significado que se traduz em regra social, pois

o elemento mais característico e valioso na obra de Hart como um jurista é a maneira como ele aborda a explicação das leis como regras sociais e a explicação das regras sociais. Ele rejeitou as ideias de que regras são um tipo de comando ou imperativo. Rejeitou a ideia de que podem ser representadas como simples generalizações comportamentais sobre regularidades observáveis externamente no comportamento humano e de que a descrição dos “hábitos” sociais pode levar à conclusão sobre as regras sociais. Rejeitou a ideia correlata de que são apenas proposições proféticas ou uma base para prever como as pessoas agirão em certas circunstâncias. Rejeitou a ideia de que são meramente expressões das emoções ou sentimentos humanos.

Segundo MacCormick, (2010), a abordagem de Hart sobre as regras sociais deve-se à influência de leituras sobre a análise linguística de J.L. Austin, à ideia de ciência social de Peter Winch³⁰ e à filosofia da linguagem exposta por Wittgenstein. Desta forma, Hart compreende o Direito enquanto um sistema moderado de regras, uma vez que se fundamenta em argumentos semânticos para caracterizá-lo como união entre regras primárias e as regras secundárias, como “remédio” contra os defeitos da “incerteza quanto à identificação das regras, a sua qualidade estática, e a ineficiência, causadora de desperdícios de tempo, da pressão social difusa” (CL, 1994, p. 311).

De acordo com a afirmação de Hart de que “Kelsen inteligentemente antecipara a importante distinção entre o uso e a menção de palavras”. Observa-se que ambos explicam teses da ciência do Direito por meio da filosofia analítica e da filosofia da linguagem. Segundo Raatz (2018), isso ocorre porque a linguagem científica não responde mais as necessidades de compreensão de validade e significado da regra, sendo necessário o esclarecimento do sentido dos enunciados das regras, que carregam em si a multiplicidade da linguagem natural. Raatz afirma que (2018, p. 360):

Disso decorre o fato de que, para uma teoria analítica do direito, atualmente, os problemas da teoria do direito vão se resumir a questões de definição linguística, de modo que o significado das expressões jurídicas passa a ser encontrado de acordo com o uso que delas é feito na linguagem corrente.

A análise do Direito a partir da linguagem ordinária é característica do positivismo moderado de Hart, ao passo que o filósofo afirma que muitos aspectos importantes das regras jurídicas foram negligenciados e são expostos num “exame mais paciente dos conceitos jurídicos e da linguagem jurídica, com novas ferramentas e com uma nova sensibilidade às distinções lógicas e linguísticas”³¹ (AJM, 1957, p. 958). Assim, o filósofo explica que a investigação do significado dos termos usados na regra normativa possui a função de elucidar os conceitos jurídicos nos enunciados e esclarecer as condições de aplicação das regras. (TAMAYO Y SALMORYAN, 2000, p. XXII). Isto se deve ao fato de que a análise de conceitos empregados pelos legisladores não abarcarem o conhecimento de todas as possíveis situações

³⁰ A influência de Winch no pensamento de Hart refere-se a questão das regras sociais. Enquanto “Winch endeavors to explain the participant’s viewpoint in terms of what the participants are doing. On the other hand, Hart aims to provide an explanation of how the law enables judges and law-abiding citizens to determine what they ought to do” (RODRIGUEZ-BLANCO, 2007, p. 2).

³¹ Tradução nossa: “Hence many important aspects of the subject had been quite neglected; these remained to be revealed by a more patient examination of legal concepts and legal language with new tools and with a new sensitivity to logical and linguistic distinctions”.

de circunstâncias futuras. Essa incapacidade de antecipar significados à regra acarreta uma relativa imprecisão do Direito.

Hart reconhece que a imprecisão do Direito é uma questão linguística, pois o uso das palavras é aberto a significados futuros, e a precisão normativa pretendida pelo legislador encontra a limitação característica da semântica. O filósofo de Oxford explica que o significado das regras jurídicas possui uma regra geral de conduta, como, por exemplo, a proibição de veículos no parque, que requer uma análise da linguagem ordinária na significação do termo “veículo” (PSLM, 2010, p. 68):

Uma regra jurídica nos proíbe de levar um veículo a um parque público. Isto claramente proíbe um automóvel, mas o que dizer de bicicletas, patins, carrinhos de brinquedo? E aviões? Todos esses devem ser chamados de “veículos” para os fins dessa regra ou não? Se temos que nos comunicar minimamente uns com os outros e se, na forma mais elementar de direito, temos que expressar nossas intenções de que um certo tipo de comportamento seja regulado por regras, então as palavras gerais que utilizamos – como “veículo” no caso que estou analisando – devem ter algum caso padrão (standard instance) na qual não há dúvidas quanto à sua aplicação. Deve haver um núcleo de sentidos estabelecidos (core of settled meaning), mas haverá, também uma zona de penumbra de casos discutíveis nos quais as palavras nem são obviamente aplicáveis, nem obviamente descartadas.

Bix (1993, p. 7)³² interpreta o exemplo de Hart dizendo que o argumento segundo o qual as regras possuem um núcleo de significado claro como, por exemplo, a regra proibitiva de veículos nos parques, delimita o processo aleatório de interpretação. Por isso, o conteúdo de decisão da regra proibitiva é o que permitiria tanto a aplicação como seu significado. Entretanto, seria possível dizer que ela abrange também uma infinidade de outros veículos, entre os quais skates, bicicletas, carrinhos de bebê etc.? Hart observa que, em muitos casos, não é possível estabelecer previamente todos os objetos que devem ser considerados como sendo um veículo, motivo este que revelaria os casos de penumbra quanto à abrangência de aplicação das regras. A importância da compreensão do conceito de veículo na aplicação da norma, explica que não se trata de uma mera questão de palavras (AJM, 1957). Assim, a compreensão de veículos para aplicação da regra é um exemplo da importância de análise conceitual e aceitação das regras sociais.

Hart explica que a compreensão de conceitos jurídicos se dá “à luz por um exame dos usos-padrão de expressões relevantes e do modo por que estes dependem de um contexto social” (CL, 1994, p. 2), isto é, no caso padrão do uso da palavra “veículo” importa numa compreensão

³² “Hart argued that legal rules, whether promulgated by a legislature or derived as the ratio of a prior case, characteristically have a core of plain meaning. The decision whether a rule applies to a particular situation often turns on the meaning - on delimiting the range of meanings - of a general term”.

ordinária das pessoas no que se entende por veículo bem como na aceitação da proibição. Assim, reconhece-se um uso padrão do termo veículo e, a partir disso, se averiguam sombras conceituais em torno do termo, caracterizando a imprecisão conceitual como *zona de penumbra*.

A compreensão do significado do termo “veículo” perpassa as características da aceitação das regras sociais, os atos de fala e a linguagem ordinária empregada. A ausência desses elementos na análise da regra dificultará a aplicação da regra jurídica. Em outras palavras, à aplicação e validade das regras requer o reconhecimento e aceitação social, semelhante às regras de um jogo de xadrez. A regra³³ do jogo pode ser definida “como um padrão para todos quantos pratiquem o jogo” (CL, 1994, p. 66), no qual as regras do jogo de xadrez devem ser reconhecidas por todos, pois a interpretação diferente descaracteriza o jogo de xadrez.

Neste sentido, Hart se baseia na afirmação do filósofo Wittgenstein (*IF*, 2011, § 199) que “seguir uma regra, fazer uma comunicação, dar uma ordem, jogar uma partida de xadrez, são costumes (usos, instituições)”. Neste sentido, o significado das palavras é dependente das práticas sociais, o que torna impossível que um único indivíduo isolado possa ter critérios para distinguir o que é seguir regras corretamente (STERN, 1995, p. 178). Semelhante afirmação de Hart em que descreve o ponto fundamental de análise da função da palavra deve abrigar a “advertência de Bentham de que não devemos, como se faz no método convencional de definição, abstrair palavras como ‘direito’ e ‘dever’, ‘Estado’ ou ‘corporação das frases em que sua função integral pode ser observada’” (DTJ, 2010, p. 35).

O positivismo moderado de Hart identifica na estrutura do sistema jurídico duas classes de normas, as quais denomina normas primárias e secundárias. A compreensão da união dessas duas normas representa a chave para a elucidação do conceito de Direito. Já o funcionamento desta relação, segundo Hart, nasce da união entre regras primárias e secundárias, por meio das quais a estrutura normativa passa a manter desempenho do ordenamento jurídico.

1.3 A UNIÃO ENTRE REGRAS PRIMÁRIAS E REGRAS SECUNDÁRIAS COMO “CHAVE DA CIÊNCIA DO DIREITO”

A definição de Direito para Hart caracteriza-se pela aplicação das regras que formam o sistema jurídico. O funcionamento desse sistema é explicado pela união de regras primárias

³³ Segundo nota de Stolz (2007, p.115, n. 8): “Hart sempre se refere à expressão “regras jurídicas”. Outros autores anglo-saxões, entre eles, Raz e MacCormick, também utilizam o vocábulo regras”. No decorrer deste trabalho, conforme expressão adotada por Hart o termo regras substituí o termo “norma” (norma jurídica).

e secundárias. Assim, por um lado, as regras primárias exigem que os seres humanos pratiquem ou se abstenham de praticar certos atos, impondo, dessa forma deveres. Por sua vez, as regras secundárias são aquelas instituidoras ou as atribuidoras de poderes, sejam públicos ou privados e, por outro, regras secundárias são parasitárias das primeiras, pois são estas que estipulam o que as pessoas podem fazer ou dizer, introduzir novas regras, extinguir ou modificar as antigas e ainda controlar sua aplicação (CL, 1994, p. 91).

Segundo o jurista, o enunciado dessas regras pode ser analisado sob o ponto de vista interno, ao que se refere a regras de jogos, regras morais ou jurídicas, e a partir do ponto de vista externo, a questão de regularidades comportamentais (CL, 1994, p. 100). Este ponto de vista diferente é denominado de *regras primárias e regras secundárias* (MACCORMICK, 2010, p. 35):

As regras primárias são aquelas que estabelecem obrigações e deveres e proíbem as formas de transgressões que chamamos crimes, contravenções, atos infracionais e delitos. As regras do outro tipo são “secundárias” no sentido de que, por si mesmas, não constituem standards vinculantes de conduta obrigatória. Em vez disso, essas outras regras se relacionam às primárias de diversos modos, e nesse tipo especial de relação está a qualidade sistemática do Direito.

Segundo Machado (2015, p. 112) “Hart tomou consciência de que o Direito se compõe de regras de várias espécies, cujos conceitos teriam que ser determinados por seu uso, e não por construções doutrinárias e abstratas”. Essas várias espécies de regras representam um método ampliado de análise e são classificadas em regras primárias e regras secundárias.

A questão de regras secundárias aponta para o cerne do positivismo moderado de Hart, uma importante renovação das concepções de regra na filosofia do Direito. Essas regras são classificadas em três espécies, a saber regra de reconhecimento (*rule of recognition*), regra de alteração (*rules of change*) e regra de julgamento (*rules of adjudication*). Em primeiro lugar analisa-se as diferenças entre tipos de regras segundo o filósofo (CL, 1994, p. 91):

As normas de um tipo, que pode ser considerado o tipo básico ou primário, exigem que os seres humanos pratiquem ou se abstenham de praticar certos atos, quer queiram, quer não. As normas do outro tipo são, num certo sentido, parasitárias ou secundárias em relação às primeiras, pois estipulam que os seres humanos podem, ao fazer ou dizer certas coisas, introduzir novas normas do tipo principal, extinguir ou modificar normas antigas ou determinar de várias formas suas incidências, ou ainda controlar sua aplicação. As normas do primeiro tipo impõem deveres; as do segundo tipo outorgam deveres, sejam estes públicos ou privados. As do primeiro tipo dizem respeito a atos que envolvem movimento físico ou mudanças físicas; as do segundo dispõem sobre operações que conduzem não apenas a movimentos ou mudanças físicas, mas, também, à criação ou modificação de deveres ou obrigações.

Aparentemente, no original da obra *O Conceito de Direito*, os verbos utilizados na distinção de tipos de regras feita pelo filósofo afirmam uma clareza: “regras do primeiro tipo impõem direitos; regras do segundo tipo conferem poderes, públicos ou privados”³⁴ (CL, 1994, p. 81). Entende-se que as regras primárias se referem ao positivismo imperativo onde as normas são caracterizadas por comandos de uma autoridade soberana. Por outro lado, as regras secundárias apresentam aquilo que o Direito “concede”, ou seja, por meio das espécies de regras secundárias insere-se uma leitura ampliada do significado da regra normativa baseada no positivismo jurídico (MACCORMICK, 2010, p. 141):

A qualidade sistêmica do Direito é evidenciada no fato de que as regras primárias de obrigação podem ser e normalmente são suplementadas por “regras secundárias”, que estão logicamente inter-relacionadas com regras primárias. Dessa forma, estabelece-se uma rede de inter-relações entre as várias regras do meio da qual a totalidade pode ser vista com um único sistema do Direito.

Segundo Hart, a união de regras primárias de obrigação com as regras secundárias de reconhecimento, alteração e julgamento explicam o sistema jurídico. No funcionamento deste, as regras de reconhecimento são essenciais para tratar da validade de uma norma para além da característica coercitiva do positivismo imperativo. É no reconhecimento de validade de uma regra que a idealização de Justiça é concretizada. O filósofo opõe-se, portanto, a compreensão de que o Direito é um sistema exclusivamente constituído por regras coercitivas afirmando que “Austin incorretamente pretendeu ter descoberto na noção de ordens coercitivas, nomeadamente ‘a chave para a ciência do Direito’” (CL, 1994, p. 91)³⁵.

Por sua vez, explica Stolz (2007), as regras secundárias desempenham funções distintas das primeiras e caracterizam-se como remédio para males de um sistema jurídico, exercendo a função de complementação das regras primárias. Entre as deficiências do sistema normativo fundado exclusivamente em regras primárias estão fatores como “a falta de certeza, a dificuldade para assimilar as mudanças (sociais, culturais, econômicas, etc.) ocorridas na sociedade e a ineficácia da pressão social difusa que se exerce com a intenção de que se cumpram as normas” (STOLZ, 2007, p. 105).

Resta evidenciado que o conceito de Direito, para Hart, depende da consideração de regras que caracterizem as funções que o Direito exerce na sociedade. O uso de diferentes tipos de regras revela *a necessidade de regras sobre as regras*, sendo estas classificadas como regras

³⁴ Tradução nossa: “rules of the first type impose duties; rules of the second type confer powers, public or private”.

³⁵ Tradução nossa: “the combination of these two types of rule there lies what Austin wrongly claimed to have found in the notion of coercive orders, namely, ‘the key to the science of jurisprudence’”.

secundárias para modificar, para julgar e possibilitar a conferência de direitos, além de verificar a validade da autoridade no sistema jurídico. Por exemplo, “as regras primárias dizem respeito às acções que os indivíduos devem ou não fazer” (CL, 1994, p. 104), a aplicação da regra é simples de carácter obrigacional. Por sua vez, as regras secundárias “definem um grupo de conceitos jurídicos importantes: neste caso, os conceitos de juiz ou tribunal, jurisdição e sentença” (CL, 1994, p. 107).

Segundo Hart, na maior parte dos casos a regra de reconhecimento não é enunciada e sua percepção se dá por meio das regras concretas identificadas no ordenamento jurídico, no qual há um aspecto peculiar na autoridade interpretativa. Neste sentido, “a regra de reconhecimento de um sistema jurídico é análoga à regra de pontuação de um jogo” (CL, 1994, p. 113), pois as declarações de autoridade de um árbitro ou juiz são derivadas do reconhecimento da validade de outras regras. Essa legalidade interpretativa das regras significa “reconhecê-la como tendo passado todos os testes facultados pela regra de reconhecimento e, portanto, como uma regra do sistema” (CL, 1994, p. 114):

A este respeito, como em muitos outros aspectos, a regra de reconhecimento de um sistema jurídico é análoga à regra de pontuação de um jogo. No decurso do jogo, a regra geral que define as atividades que constituem os pontos a marcar (corridas, golos, etc.) raramente é formulada; em vez disso, é usada pelas autoridades do jogo e pelos jogadores, na identificação das fases particulares que contam para a vitória. Também aqui as declarações das autoridades (árbitro ou marcador) têm um estatuto especial de autoridade que lhes é atribuído por outras regras. Mais ainda, em ambos os casos há a possibilidade de conflito entre estas aplicações da regra dotadas de autoridade e a compreensão geral do que a regra claramente exige, segundo os seus termos. Como adiante veremos, trata-se de uma complicação que tem de ser assumida em qualquer explicação do que significa a existência de um sistema de regras deste tipo.

Percebe-se que o próprio Hart esclareceu em seu modelo metodológico analítico de investigação do Direito a preocupação com o conceito e emprego das palavras evidenciando que um dos propósitos da jurisprudência analítica consiste na “demonstração da ‘textura aberta’ ou imprecisão dos conceitos usados no cotidiano da lei e das muitas maneiras pelas quais as regras do Direito envolvem tais conceitos”³⁶ (AJM, 1957, p. 956-957). Deste modo, o filósofo amplia a compreensão de regra para além de uma obrigação. E aponta que “sejam quais forem as regras, quer se trate de regras de jogos, como críquete ou o xadrez, ou de regras morais ou jurídicas, podemos, se quisermos, ocupar a posição de um observador” (CL, 1994, p. 99) o que

³⁶ Tradução nossa: “In fact it is plain that one of the results of analytical jurisprudence itself has been and is increasingly the demonstration of the “open texture” or vagueness of the periphery of the concepts used in the daily life of the law and the many ways in which rules of law involving such concepts fail to determine uniquely decisions in particular cases”.

nem sempre ajudará a elucidar o significado adequado da regra observada, devido a limitação de ponto de vista interno da regra.

Assim, a estrutura conceitual do Direito requer, segundo o filósofo, que a aplicação das regras siga o ponto de vista interno e externo dos próprios enunciados. A hipótese de Hart é que a análise dos *usos conceituais* e das *regras*, portanto, são fundamentais para explicar a validade do sistema jurídico. Sendo assim, a norma jurídica, embora expressa textualmente, possuiria uma indeterminação oriunda do significado das palavras empregadas. Este alerta serve, em outras razões, para mostrar que o esforço filosófico do Direito não está adstrito à natureza da ideia de justiça, mas às condições linguísticas que subjazem à *práxis* jurídica.

1.4. REGRAS DE RECONHECIMENTO E A VALIDADE DAS REGRAS JURÍDICAS

Hart sustenta que o fundamento de validade de um complexo sistema normativo é a regra de reconhecimento, ou seja, a ação de reconhecer como Direito regras criadas a partir de determinada condição sob o prisma do contexto linguístico em uso. MacCormick (2010, p. 26) afirma que “[...] um aspecto distintivo da obra de Hart é ser linguística em um sentido mais forte, pois ele foi um dos principais defensores do que costuma ser chamado de ‘Análise Linguística’ ou ‘Filosofia da Linguagem Ordinária’”. Deste modo, Hart (CL, 1994, p. 128) descreve as regras de reconhecimento como essenciais para o funcionamento do ordenamento jurídico:

Há, portanto, duas condições mínimas necessárias e suficientes para a existência de um sistema jurídico. Por um lado, as regras de comportamento que são válidas segundo os critérios últimos de validade do sistema devem ser geralmente obedecidas e, por outro lado, as suas regras de reconhecimento especificando os critérios de validade jurídica e as suas regras de alteração e de julgamento devem ser efetivamente aceites como padrões públicos e comuns de comportamento oficial pelos seus funcionários.

Observa-se que as regras de reconhecimento possibilitam uma dinamicidade na aplicação das regras (CL, 1994, p. 135). Estas funcionam como um “remédio” para os problemas apontados pela positivação exclusiva das regras primárias que, por sua vez possuem um caráter estático das normas. Se não houvesse regras secundárias, a modificação dependeria de um processo de lento crescimento através do hábito e costume (formas de vida) até se tornar uma regra social aceita como um padrão passível de crítica e de pressão social (CL, 1994, p. 102).

Desta forma, “é o ambiente social que determinará o reconhecimento do sistema jurídico como legítimo e o fundamentará. A eficácia do sistema jurídico é maior quanto mais próximo este for do contexto social a que se destina” (MACHADO, 2015, p. 122). Assim, o filósofo aponta que a regra de reconhecimento impõe aos juízes o dever de considerar certas características específicas como identificadoras das regras que devem ser aplicadas na decisão dos casos (CL, 1994, p. 114). Quando as regras são interpretadas a partir de seus contextos, o significado da regra pode abarcar outras significações novas. Por isso, a necessidade das regras secundárias, e sobretudo, das regras de reconhecimento.

De acordo com Hart, a imprecisão linguística normativa não impede a eficácia do Direito, devido ao fato de que toda norma jurídica, por mais imprecisa que seja, possui um núcleo de certeza ou aspecto interno, “um núcleo de sentido estabelecido” (PSLM, 1958, p. 607). Os aplicadores do Direito reconhecem o seu significado e a necessidade de interpretação no caso de aplicação das normas, tornando o processo de análise dos conceitos jurídicos uma ferramenta indispensável com o intuito de mitigar a “dualidade de um núcleo de certeza e de uma penumbra de dúvida” (CL, 1994, p. 134) oriunda das questões semânticas.

Sendo assim, a hipótese de compreender o positivismo analítico como “clarificação do quadro geral do pensamento jurídico” (CL, 1994, p. 1) permitiria fundamentar e investigar a natureza das regras. O pensamento do filósofo de Oxford baseia-se, portanto, na análise das regras primárias e secundárias como formas de ampliar o limite do campo conceitual sobre a estrutura metodológica do Direito. O caminho percorrido até o momento serve para afirmar que a tese de Hart, por sua vez, afastar-se-á da “moldura” kelseniana em direção à filosofia de Wittgenstein. Entre as possíveis razões estariam, por um lado, a dificuldade de caracterização da *textura aberta* e da zona de penumbra e, por outro, a guinada da linguagem como horizonte decisivo para compreender os problemas oriundos da interpretação. Obviamente, a questão seguinte não é especular, por exemplo, porque Hart optou pelos escritos tardios de Wittgenstein e não pelo *Tractatus Logico-Philosophicus*, mas mostrar que sem tais posições filosóficas assumidas pelo “filósofo da linguagem” as conclusões deveriam ter sido outras.

2. A TEXTURA ABERTA DA LINGUAGEM E A REVIRAVOLTA PRAGMÁTICA

Os conceitos nos conduzem às investigações. Eles são a expressão de nosso interesse, e conduzem o nosso interesse.
(IF, 2011, § 570)

Ao reconhecer na obra de Hart o apontamento de que as esferas semântica e pragmática possuem um peso significativo na aplicação das regras jurídicas, também deve-se analisar outra inquietação no funcionamento normativo que se refere a questão das regras sociais. Se o positivismo analítico jurídico caracterizou a organização de regras através da sintaxe da linguagem e hierarquização normativa com uma regra fundante como critério para a validação de outra regra, no modelo do positivismo moderado hartiano a validação e aplicação de regras dependem de análises das regras de reconhecimento que, por sua vez, requerem a investigação sobre o seu significado que por vezes se dão a partir de análise das regras sociais.

Para Hart, as regras sociais abarcam considerações de “uso” com o escopo de demonstrar a necessidade de refletir sobre a dinamicidade do Direito (CL, 1994, p. 229). A partir da compreensão do Direito transformando-se constantemente, colabora na argumentação do filósofo quando explica que a construção jurídica se dá através da união das regras primárias e das regras secundárias, e estas últimas são descritas como regras de alteração, regras de julgamento e regras de reconhecimento. Ao revelar uma ampliação do horizonte interpretativo na obra *O Conceito de Direito*, Hart recusa-se a estabelecer uma definição inequívoca de Direito. Deste modo, aponta que a tessitura normativa abriga um núcleo semântico e uma *zona de penumbra* que orientam na compreensão das palavras, conforme escreve Raz (2004, p. 3):

O Direito lei oferece uma ilustração fácil da não identidade de conceitos e significados (da palavra). *O Conceito de Direito* de Hart não explica, nem visa explicar o significado da palavra “direito”. Não tem nada a dizer sobre lei divina, leis matemáticas ou lógicas, leis da natureza, nem muitos outros. Também não acho que seja uma explicação parcial do significado da palavra. “Direito” não é ambíguo, e *O Conceito de Direito* não explica um de seus significados. Quando usado em contextos legais “direito” tem o mesmo significado que em outros contextos. Também não é plausível pensar que seu significado unívoco é explicado por uma lista de alternativas, como se dizer que “direito” significa o que significa em contextos legais, ou o que significa em contextos religiosos, ou o que significa em contextos matemáticos, etc.

A palavra é usada em todos esses contextos para se referir a regras de permanência e generalidade, dando origem a um tipo de necessidade ou de outra.³⁷

Em outras palavras, Hart utiliza o método analítico da filosofia da linguagem para esclarecer o significado das palavras empregadas nas regras e como a interpretação dos termos colabora no funcionamento de um sistema jurídico. Por meio da análise conceitual das palavras, investiga o que se compreende por Direito e como se dá a interpretação normativa e consequente aplicação das regras.

A demonstração da relação do significado das palavras com o funcionamento do Direito é ilustrada por Raz (2004), onde esclarece que este é expresso em palavras e, na maioria das vezes, é criado pelo uso dos termos. Mas é errado concluir que, portanto, existe uma relação de replicação direta entre a vagueza das palavras e expressões e a vagueza do Direito. O sistema jurídico é regrado e cada uma de suas regras deriva seu significado não somente do proferimento que deu origem a ela, mas de outras partes do Direito. Como resultado, a vagueza das palavras utilizadas pode não ser transferida para o campo jurídico e outros fatores podem tornar o Direito vago mesmo quando as palavras usadas na sua composição não o eram.

Segundo Raz, na relação do Direito com as palavras destaca-se a característica de vagueza³⁸ que pode estar presente tanto em um como no outro. E se no Direito há algo vago deve-se na maior parte em consequência da sintaxe da linguagem como ferramenta utilizada propiciando a vagueza oriunda da imprecisão semântica. Logo, no campo jurídico a ausência de uma exatidão conceitual permite interpretações variadas sobre o conteúdo das regras, e consequentemente diferentes aplicações normativas. Por sua vez, as diversas circunstâncias que contribuem na constituição de uma definição de Direito se modificam no tempo, mas não alteram o núcleo da estrutura jurídica. Assim, similarmente pode-se entender que, apesar de alternativas na análise contextual no exercício da semiótica jurídica, os significados das palavras possuem um núcleo de certeza que sustenta o ordenamento jurídico. Conforme o entendimento de Struchiner (2011, p. 132):

³⁷ Tradução nossa: “The law offers an easy illustration of the non-identity of concepts and (word) meanings. Hart’s The Concept Of Law does not explain, nor does it aim to explain the meaning of the word “law”. It has nothing to say about divine law, mathematical or logical laws, laws of nature, nor many others. Nor do I think that it is a partial explanation of the meaning of the word. “Law” is not ambiguous, and The Concept of Law does not explain one of its meanings. When used in legal contexts “law” bears the same meaning as in other contexts. Nor is it plausible to think that its univocal meaning is explained by a list of alternatives, as if saying that “law” means what it means in legal contexts, OR what it means in religious contexts, OR what it means in mathematical contexts, etc. The word is used in all these contexts to refer to rules of some permanence and generality, giving rise to one kind of necessity or another”.

³⁸ Nos próximos tópicos explora-se a distinção entre os termos de imprecisão, indeterminação e vagueza que são atributos à textura aberta do Direito.

o direito é socialmente construído, se o direito é um artefato humano, então ele incorpora as nossas insuficiências, sendo uma delas a falta de onisciência. Também é possível a existência de algum tipo de intoxicação linguística que afete a linguagem do direito, tornando-o indeterminado.

Outras limitações linguísticas são descritas por Endicott (2003) como variadas fontes de indeterminação do Direito. Entre estas encontra-se a imprecisão, a textura aberta, a incompletude, a incomensurabilidade, a imensurabilidade, a contestabilidade, as semelhanças de família, os padrões falsos, a vagueza pragmática e, por fim, a ambiguidade. Neste sentido explica Peruzzo Júnior (2018, p. 159)³⁹, que no Direito a “indeterminação que as palavras apresentam torna difícil o fato de atribuir algum crédito à previsibilidade das decisões judiciais. Assim, o maior problema do Direito é essencialmente de natureza linguística”. Deste modo, a limitação semântica pode atingir tanto o significado dos termos gerais das proposições, como também o sentido do próprio enunciado, sobretudo na interpretação das regras jurídicas. Adiante ver-se-á que Hart (CL, 1994 p. V) sustenta a investigação sobre as palavras como análise da *textura aberta* no Direito ao argumentar que

a sugestão de que as investigações sobre os significados das palavras apenas lançam luz sobre palavras é falsa. Muitas distinções importantes, que não são imediatamente óbvias, entre tipos de situações ou relações sociais, podem ser mais bem trazidas à luz por um exame dos usos-padrão de expressões relevantes e do modo porque estes dependem de um contexto social, ele próprio deixado frequentemente por afirmar. Neste campo de estudos é particularmente verdade que podemos usar, como disse o Professor J.L. Austin, ‘uma consciência afiada das palavras para aguçar a nossa percepção dos fenômenos’.

Os argumentos acima revelam que o rigor do positivismo jurídico na aplicação das regras é desafiado pela significação semântica das regras, posto que, segundo Peruzzo Júnior (2018, p. 152), “os conceitos jurídicos devem ser vistos como uma mancha, pois não é possível definir claramente quais são as fronteiras de sua interpretação”⁴⁰, isto é, algumas situações reguladas pelo Direito revelam casos complexos onde as palavras carregam uma imprecisão na interpretação das regras sem a análise semântica contextual. Assim, Hart destaca a imprecisão sintática da linguagem do Direito e esclarece que para o sistema jurídico cumprir a função de disciplinador da conduta dos sujeitos na sociedade, as regras devem ser observadas a partir de um núcleo semântico o que afasta a consideração das ciências jurídicas como uma ciência

³⁹ Tradução nossa: “In this sense the indetermination presented by the words aggravate the fact that we gave some credit to the predictability of the legal decisions. Therefore the major problem of the law is essentially of linguistic nature”.

⁴⁰ Tradução nossa: “Due to the impossibility of clearly defining the boundaries if their interpretation, the legal concepts must be seen as a blur”.

inexata e sem critérios normativos (CL, 1994, p. 134). Então, para a eficácia de um sistema normativo, a interpretação do conteúdo da lei deve ocorrer por meio de análise entre as regras sociais e as regras de reconhecimento, estabelecendo um elemento significativo válido ao Direito, pois,

se não fosse possível comunicar padrões gerais de conduta que multidões de indivíduos pudessem perceber, sem ulteriores directivas, padrões esses exigindo deles certa conduta conforme as ocasiões, nada daquilo que agora conhecemos como direito poderia existir. Daí resulta que o direito deva predominantemente, mas não de forma alguma exclusivamente, referir-se a categorias de pessoas, e a categorias de actos, coisas e circunstâncias, e o seu funcionamento com êxito sobre vastas áreas da vida social depende de uma capacidade largamente difundida de reconhecer actos, coisas e circunstâncias particulares como casos das classificações gerais que o direito faz (CL, 1994, p. 137).

A consideração acima afasta o entendimento de regras com conteúdo fechado e significados herméticos. Entrevistado por Páramo (1988, p. 342), Hart descreve uma de suas principais teses do seguinte modo: “a favor da separação conceitual entre Direito e moral e sublinhei a ‘textura aberta’ de inúmeras regras legais, com a necessidade subsequente dos tribunais exercerem uma função criativa limitada da lei ou ‘discricionariedade’”⁴¹. A declaração aponta para duas direções: a primeira, que a separação entre Direito e moral poderia ser remediada pela hipótese da ‘textura aberta’; a segunda, que o estabelecimento do significado cumpriria uma função criativa do Direito, mas limitada pela existência das outras regras.

Como afirma-se a *textura aberta* e, conseqüentemente, a possibilidade de uma margem criativa no Direito, se devem a constatação de que há espaço de imprecisão entre a linguagem e a descrição de novos casos. Assim, por um lado, a hipótese de Hart é que tais questões influenciam de maneira significativa no que tange à tomada de decisões, uma vez que a imprecisão semântica não afastaria dos aplicadores do Direito o dever julgar. Por outro lado, ocorre que nos casos em que a aplicação das regras primárias [regras de obediência] se apresentam de forma imprecisa, o sistema jurídico deveria contemplar, como uma espécie de válvula de escape, regras secundárias que permitam uma análise da porosidade conceitual. Entretanto, mesmo nestas há, segundo Hart, um núcleo semântico que deve ser considerado para examinar o contexto social e atribuir-lhe um significativo que seja normativo. Conforme afirma Hart (PSLM, 1958, p. 607):

⁴¹ Tradução nossa: “a favor de la separación conceptual entre el Derecho y la moral y subrayé la «textura abierta» de numerosas reglas jurídicas, con la subsiguiente necesidad para los Tribunales de ejercer una limitada función creativa del Derecho o «discrecionalidad»”.

Deve haver um núcleo de sentido estabelecido, mas haverá, também, uma zona de penumbra de casos discutíveis nos quais os termos nem são obviamente aplicáveis, nem obviamente descartados. Cada um desses casos apresentará algumas características em comum com o caso padrão; e não apresentará outras, ou será acompanhado por outras características não presentes no caso padrão. A invenção humana e os processos naturais continuamente trazem essas variações àquilo que é familiar, e se devemos dizer que essas séries de fatos se enquadram ou não nas regras existentes, então aquele que as classifica deve tomar uma decisão que não lhe é ditada (por outrem), pois os fatos e fenômenos aos quais empregamos nossos termos e aplicamos nossas regras são como se fossem mudos. (...) As situações fáticas não nos aguardam nitidamente rotuladas, passadas e dobradas, nem trazem escrita em si sua classificação jurídica para que o juiz simplesmente a leia⁴².

A imprecisão semântica e a variedade de situações fáticas que o Direito visa regular acabam instituindo, segundo o autor, uma espécie de imbróglio ou mecanismo conflitivo de interpretação. Assim, uma alternativa é que a hipótese de verificação dos *usos semânticos* como “casos padrão” funcionaria como elemento relevante para estabelecer os significados dos termos empregados. O filósofo chama a atenção, também, para outro aspecto importante: os hábitos ou usos das palavras influenciam na significação dos conceitos empregados às regras. Por exemplo, a observação de uma situação fática pode se fazer necessária para a compreensão das regras, ao passo que em contextos objetivos e claros as regras primárias poderiam funcionar independentemente da figura do observador. Já em circunstâncias complexas, isto é, as quais demandam a investigação sobre o significado e validação das regras, Hart afirma que essa função deveria ser exercida pelo conteúdo inferido das regras secundárias.

A circunstância ou *contexto dos hábitos* na aplicação das regras, remetendo-se implicitamente à segunda filosofia de Wittgenstein, é exemplificado por Hart ao tomar em consideração alguns exemplos: *o modo como movemos uma peça no tabuleiro de xadrez, como paramos diante do sinal vermelho de trânsito, e assim por diante*. Por isso, afirmara que o comportamento de cumprimento das regras é frequentemente “uma resposta directa a uma situação concreta, não mediada por um cálculo em termos de regras. A prova de que tais acções são verdadeiras aplicações da regra reside na sua situação concreta em certas circunstâncias” (CL, 1994, p. 153). Lacey (2004, p. 225), neste sentido, mostra que

⁴² Tradução nossa: “There must be a core of settled meaning, but there will be, as well, a penumbra of debatable cases in which words are neither obviously applicable nor obviously ruled out. These cases will each have some features in common with the standard case; they will lack others or be accompanied by features not present in the standard case. Human invention and natural processes continually throw up such variants on the familiar, and if we are to say that these ranges of facts do or do not fall under existing rules, then the classifier must make a decision which is not dictated to him, for the facts and phenomena to which we fit our words and apply our rules are as it were dumb. [...] Fact situations do not await us neatly labeled, creased, and folded, nor is their legal classification written on them to be simply read off by the judge”.

O cerne da teoria de Herbert é a ideia surpreendentemente simples de que a lei é um sistema de regras estruturalmente semelhantes, tanto na forma como na função, às regras dos jogos, xadrez ou críquete. As regras são de diferentes tipos, com funções complementares. Algumas regras primárias, regem diretamente o comportamento. Mas um sistema inventado unicamente de regras primárias levaria, Herbert argumentou, a um mundo de incerteza, ineficiência. Daí ‘regras secundárias’ de reconhecimento, adjudicação e alteração saem, prevendo a validação, aplicação e alteração do regras primárias. [...] Para Herbert, esta união das regras primárias e secundárias foi ‘a chave para a ciência do Direito’⁴³.

O argumento de Hart sobre a “chave da ciência” do Direito remete à reconsideração do posicionamento de Austin que explicava a ciência jurídica baseada em ameaças, o positivismo imperativo (CL, 1994, p. 21). Hart refuta a ideia de Austin da compreensão do Direito pautada apenas em ordem e comando. Interpreta que o Direito calcado apenas em regras primárias apresenta uma “incerteza quanto à identificação das regras, a sua qualidade estática, e a ineficiência, causadora de desperdícios de tempo” (CL, 1994, p. 311). Desse modo, o filósofo ressalta que a “chave para a ciência do Direito” é a união das regras primárias e das regras secundárias. O remédio para os defeitos das regras primárias são as regras secundárias que complementam e se apoiam em investigações sobre a validade e dos significados das palavras, o que permitem uma dinamicidade ao Direito (CL, 1994, p. 103). Especificamente neste ponto, encontra-se a confissão de Hart sobre a influência de Wittgenstein no desenvolvimento de sua obra (EJP, 2010, p. 309):

Wittgenstein e o Professor John L. Austin. Eles não se ocupavam especificamente do direito, mas muito do que tinham a dizer sobre as formas da linguagem, sobre o caráter dos conceitos gerais e sobre as regras que determinam a estrutura da linguagem tem implicações importantes para a teoria do direito e a filosofia do direito, e tem sido explorado por autores que, tanto na Inglaterra quanto nos Estados Unidos, escrevem sobre o tema.

Apesar do reconhecimento da influência de Wittgenstein sobre o papel das *regras*, Hart afirmara que elas conferem legitimidade ao sistema jurídico porque seriam uma espécie

⁴³ Tradução nossa: “In other words, Herbert sought to elucidate a concept of law which would be relevant to all forms of law, wherever or whenever they arose. In pursuing this project, he returned to the insights of Austin and Bentham, Hobbes and Hume, but—in a crucial philosophical innovation—combined their methods with those of the new linguistic philosophy represented by the work of J. L. Austin, Friedrich Waismann, and—to some degree—Ludwig Wittgenstein. The nub of Herbert’s theory is the startlingly simple idea that law is a system of rules structurally similar, in both form and function, to the rules of games such as chess or cricket. The rules are of different kinds, with complementary functions. Some—‘primary rules’—directly govern behaviour. But a system made up solely of primary rules would, Herbert argued, lead to a world of uncertainty, inefficiency, and stasis. Hence ‘secondary rules’ of recognition, adjudication, and change emerge, providing for the identification, application, and alteration of the primary rules. The most obvious example of primary rules would be criminal laws; examples of secondary rules range from constitutional laws to laws governing the creation of contracts, marriages, or wills. For Herbert, this union of primary and secondary rules was ‘the key to the science of jurisprudence’”.

de mecanismo interno do próprio sistema. Entretanto, segundo Hart, a aplicação das regras dependerá de uma interpretação do aplicador da lei, uma vez que a presença de critérios normativos do Direito, em alguns casos, é insuficiente. As regras guiam o comportamento e determinam o significado das palavras, pois é o seu jogo que vai determinando a própria compreensão do jogador. Apesar de Wittgenstein não fornecer uma definição para o conceito de “regra”, Hart defenderá que elas poderiam legitimar o significado das palavras e descrever a zona de questões que as circundam. De qualquer modo, um primeiro passo para compreender o movimento destas questões é analisar como o tema da linguagem está inserido nos escritos tardios de Wittgenstein.

2.1. REGRAS E SIGNIFICAÇÃO EM WITTGENSTEIN

Wittgenstein apresenta que o significado das palavras deve ser compreendido por meio das práticas públicas compartilhadas pelos usuários da linguagem. Essa combinação aponta para uma nova compreensão sobre o significado das coisas em que observa a etiqueta dos objetos, e reconhece o ensino sobre o uso das palavras na linguagem dentro dos *jogos de linguagem* que se dão como ferramentas com diferentes finalidades e emprego. Segundo Valle (2009, p. 389), ao refletir sobre isso, fica claro que “o núcleo da linguagem, sua suposta essência, está constituído tão somente pelos jogos e estes só se esclarecem em seu uso”. Logo, não há suposta essência da linguagem, pois o “conceito” de jogos de linguagem estão diluídos na *práxis* do próprio uso.

Ao analisar o significado que as regras possuem, Hart menciona que “Wittgenstein disse uma vez que se: queremos compreender nossos conceitos, devemos considerá-los quando estão ‘trabalhando’, não quando estão ‘ociosos’ ou ‘de férias’” (EJP, 2010, p. 313). Noutra passagem, Wittgenstein compara a atividade de seguir uma regra com uma prática social, referindo-se a “costumes”, “hábitos” e “instituições” (IF, 2011, § 199)⁴⁴. Dessa forma, seguir regras exige uma interação comunicativa, nem há que se falar em um subjetivismo individualista. Conforme mostra Valle (2009, p. 389), “seguir uma regra pressupõe a conformidade com uma prática intersubjetivamente dada e é isso que determina se eu estou seguindo tal regra”. Assim, o filósofo do Direito se aproxima de uma leitura do pensamento

⁴⁴ IF, § 199: “Seguir uma regra, fazer uma comunicação, dar uma ordem, jogar uma partida de xadrez, são *costumes* (usos, instituições)”.

wittgensteiniano na apuração do significado através do uso, conforme Peruzzo Júnior (2011, p. 74):

as palavras e as sentenças mostram seu significado através de seu uso, e sabendo que a linguagem se presta tanto para expressar as realidades regulares quanto aquelas não regulares, Wittgenstein reconhece que é necessário haver um conjunto de regras que permitam o ordenamento do uso da linguagem.

Wittgenstein investiga “por meio da análise dos diversos usos possíveis da linguagem, o filósofo expõe um conjunto de ideias, imagens e exemplos que abordam a questão da significação sem recorrer às noções internas privadas” (PERUZZO JÚNIOR, 2011, p. 78). Dessa forma, “Ele [Wittgenstein] observou que explicações de significado são padrões empregados para determinar se as palavras são usadas corretamente ou incorretamente. Eles [padrões] funcionam em nossa prática como regras para o uso de expressões”⁴⁵ (BAKER; HACKER, 2009, p. 83). Essa análise do significado semântico pautado no uso das palavras sustenta a aproximação da filosofia de Hart do pensamento wittgensteiniano. Conforme esclarece Struchiner (2011, p. 136-137):

Os usos refletem hábitos que posteriormente se transformam em convenções dentro de uma comunidade linguística. Se o significado só existisse dentro de um contexto particular de uso por um falante individual, então o aspecto da composicionalidade da linguagem – o fato de entendermos proferimentos linguísticos que nunca ouvimos antes – não poderia ser explicado. Assim, quando Wittgenstein fala do uso ele está falando de acordos ou convenções ou regras.

Conforme mostra Valle (2018, p. 497), os conceitos se estabelecem pelo “acordo partilhado por meio do uso que fazemos de nossas proposições discursivas”. Dessa forma, demonstra-se que os usos descritos por Wittgenstein não se referem a práticas individuais, os conceitos se dão no uso de um significado compartilhado. Hart, quando se refere a Wittgenstein para explicar a investigação do significado no uso das palavras remete aos jogos de linguagem em nota de rodapé na obra *O Conceito de Direito*, conforme (1994, p. 258-259):

Para a noção de «semelhança de família», veja-se Wittgenstein, *Philosophical Investigations*, i, parágrafos 66-67. Cf. capítulo VIII, seção 1 sobre a estrutura do termo «justo». A recomendação de Wittgenstein (ob. cit., parágrafo 66) é especialmente relevante para a análise de termos jurídicos e políticos. Considerando a definição de «jogo», escreveu: «Não digam que deve haver algo de comum ou não seriam chamados «jogos», mas olhem e vejam se há algo de comum a todos. Porque

⁴⁵ Tradução nossa: “He noted that explanations of meaning are standards employed in determining whether words are used correctly or incorrectly. They function in our practice as rules for the use of expressions”.

se olharem para eles, não verão nada de comum a todos excepto semelhanças, relações e uma série completa delas».

Diferentes usos e significados podem ser atribuídos a uma palavra, e a assimilação do sentido semântico será extraído na observação da regra que acompanha o emprego da palavra em diferentes jogos de linguagem. Segundo Valle (2003, p. 95), no advento das *Investigações Filosóficas*, Wittgenstein revela que o princípio da reflexão sobre os jogos de linguagem “coincide com a tomada de consciência da inadequação da teoria da linguagem como uma linguagem figurativa, bem como com a consciência do absurdo de se adotar uma linguagem única”, ou seja, “uma palavra só tem sentido no contexto de uma proposição” (IF, 2011, § 49). Assim, o significado semântico se revela de acordo com as regras gramaticais que coordenam os jogos de linguagem e se mostram como critério para afirmar o significado de uma determinada palavra na análise do uso estabelecido em um determinado contexto. Dessa forma, pode-se concluir que não há uma determinação fixa do significado das palavras.

No parágrafo 43 das *Investigações Filosóficas*, Wittgenstein apresenta a concepção de significado como *uso*, onde afirma que a compreensão de um significado diz respeito a utilização da palavra no contexto de sua aplicação, ou seja, é através do emprego da palavra em determinado contexto que o significado deve ser analisado. Esse modelo de significação amplia a definição dos termos, pois a noção de significado como uso da linguagem deixa de depender de objetos, pois “pode-se para uma *grande* classe de casos de utilização da palavra ‘significação’ – se não para *todos* os casos de sua utilização –, explicá-la assim: ‘o sentido de uma palavra é seu uso na linguagem’”. (IF, 2011, § 43). Conforme explica Valle (2003, p. 96):

A vinculação entre o significado e o uso, agora defendida, reclama a observação de três condições: a primeira diz respeito ao modo como as palavras são utilizadas; a segunda deve observar o contexto em que se empregam as palavras; e a terceira tem de atentar as funções que elas devem desempenhar. São, portanto, o modo, o contexto e a função os elementos que constituirão a organicidade dos jogos de linguagem.

Sobre as funções das palavras, Wittgenstein faz uma analogia com uma caixa de ferramentas, onde cada instrumento, como martelo, alicate, serra, possuem uma função (IF, 2011, § 11) e o mesmo ocorre com a aplicação das palavras. Assim, quando o filósofo afirma que para extrair o significado dos termos deve ser considerado a partir das possibilidades de usos das palavras, pois “todo o símbolo, *isolado*, parece morto. [...] Só o uso lhe dá *vida*” (IF, 2011, § 432). Embora a estrutura da semântica seja derivada dos jogos de linguagem, Wittgenstein não apresenta uma definição para a expressão. Desta forma, apoia-se na explicação de Valle (2003, p. 98), entende-se que “o jogo de linguagem esclarece as condições

do uso da linguagem em cada caso particular, evidenciando, também, a necessidade de saber quando uma palavra ou um enunciado está sendo utilizado de tal maneira e não de outra”.

Segundo Backer e Hacker (2009, p. 58), o interesse da filosofia por regras gramaticais se expressa nas “regras para o uso de expressões, apenas na medida em que esclarecem problemas filosóficos específicos”⁴⁶. É por essa razão que se pode sustentar que as regras gramaticais não explicam os significados. Segundo Wittgenstein (*IF*, 2011, § 125), as regras não devem ser fixas e entendidas como uma técnica. O *seguimento de uma regra*, portanto, pode revelar alternativas que ainda não se tinha em mente, mas que aprioristicamente elas não indicavam. Hart, em sua obra principal, no capítulo dedicado ao formalismo e ao ceticismo sobre as regras (CL, 1994, p. 280), aponta que estas deixariam “aberta uma série de possibilidades”, referindo-se à Wittgenstein na questão:

Comunicação das regras através de exemplos. Para uma caracterização do uso do precedente nestes termos, veja-se Levi, «An Introduction to Legal Reasoning», secção 1, in *University of Chicago Law Review*, n.º. 15 (1948). Wittgenstein, *Philosophical Investigations*, (espec. I, secções 208-38) faz observações muito importantes respeitantes às noções de ensinar e de seguir regras. Veja-se a discussão de Wittgenstein in Winch, *The Idea of a Social Science*, págs. 24-33, 91-93

Na obra *Zettel* (1979, § 318), na afirmação “não consigo descrever como (em geral) aplicar as regras, exceto ensinando-te, treinando-te, a aplicar as regras”⁴⁷, nota-se a dificuldade de Wittgenstein em explicar sobre o emprego e uso das regras. O filósofo utiliza o exemplo de um jogo de xadrez para esclarecer sobre as regras do jogo e de usos das palavras. O reconhecimento de que é necessário aprender sobre cada elemento e o particular movimento das peças que traduzem a regra do jogo, ou seja, a compreensão de uma peça ocorre no jogo em seu conjunto, é na partida do jogo que se definem cada peça e o possível movimento. Com o uso de uma palavra analisa-se o seu lugar no jogo da linguagem e o significado que será definido pelas regras gramaticais empregadas contextualmente. Conforme Wittgenstein (*IF*, 2011, § 31):

Considera ainda este caso: eu explico a uma pessoa o jogo de xadrez; e começo por apontar para uma peça e dizer: ‘esta peça é o rei’. Pode mover-se desta e daquela maneira, etc. – Neste caso diremos: as palavras ‘esta peça é o rei’ (ou peça chama-se rei) só são, pois, uma explicação se a pessoa a quem se explica já ‘sabe o que é uma peça do jogo’, se porventura já jogou outros jogos ou observou ‘com compreensão’ outras pessoas a jogar – e considerações semelhantes. Só então é que ao aprender o

⁴⁶ Tradução nossa: “Philosophy is interested in rules of grammar, rules for the use of expressions, only in so far as they shed light upon particular philosophical problems”.

⁴⁷ Tradução nossa: “No puedo describir la forma (en general) en que ha de usarse una regla, como no sea enseñando, entrenando en el uso de la regla”.

jogo poderá relevantemente perguntar ‘Como é que se chama isto?’ – isto é, a peça do jogo.

O conhecimento de peças isoladas do jogo não é o bastante, se faz necessário saber os possíveis movimentos das mesmas no tabuleiro para entender o “jogo de xadrez”. Comparado a isso, a percepção de que alguém segue uma regra se dá quando existe uma interação na fala dos participantes do diálogo, ou seja, a interação entre os participantes de um “jogo de linguagem”.

A consistência no uso dos termos para significar algo figura como o pano de fundo da compreensão semântica, pois só se pode compreender e aplicar conceitos quando há um uso constante de um conceito nas regras de cada jogo de linguagem que permita ser entendido por todos os falantes da linguagem. Pois “as interpretações por si só não determinam o significado” (IF, 2011, § 198).

O problema quanto a este argumento, segundo Backer e Hacker (2009, p. 82), é o de que se toda regra é uma interpretação e estas podem variar, então haveria várias interpretações sobre o que é correto e incorreto, de acordo com a leitura que se faz destes. Se estabelecer a interpretação como critério para entender o processo de seguir regras, encontra-se dificuldades diante de novas interpretações possíveis a um regresso *ad infinitum*, ou seja, sem um critério último que garantisse e pudesse justificar a regra da linguagem ao fim de todas as interpretações que são postas uma após a outra traduzissem um significado. Com isso, na proposta wittgensteiniana, “‘seguir a regra’ é um uso. E acreditar seguir a regra não é: seguir a regra” (IF, 2011, § 208). Quando alguém afirma, por exemplo, que sabe jogar xadrez deve ser capaz de trabalhar com novos movimentos de orientação no próprio jogo. Para Wittgenstein, portanto, saber usar uma regra é tipicamente uma espécie de exercício.

Considerando ainda a argumentação de Wittgenstein sobre as regras de uso e o estabelecimento do significado semântico, deve-se ter em mente que Hart compreenderá que a atualização do Direito é indissociável da relação entre regras primárias e secundárias. Obviamente, o autor de *O conceito de Direito* não quer inferir algum tipo de relativismo mas, ao contrário, alertar para o fato de que a *textura aberta* da linguagem é uma consequência do modo como as regras são submetidas ao processo de interpretação. Conforme descreve (CL, 1994, p. 140-141):

Seja qual for o processo escolhido, precedente ou legislação, para a comunicação de padrões de comportamento, estes, não obstante a facilidade com que actuam sobre a grande massa de casos correntes, revelar-se-ão como indeterminados em certo ponto

em que a sua aplicação esteja em questão; possuirão aquilo que foi designado como *textura aberta*.

Segundo Bix, (2019, p. 250), o próprio Wittgenstein sugeriu uma aplicação de um tipo de *textura aberta* dado um determinado contexto jurídico, em uma citação de seu *Zettel*:

350. “É como se nossos conceitos fossem condicionados por uma estrutura de fatos”. Isso significaria: se você imagina certos fatos de uma maneira diferente e os descreve de maneira diferente, eles não são mais capazes de imaginar a aplicação de certos conceitos, porque as regras de sua aplicação não são análogas nas novas circunstâncias. - Consequentemente, o que estou dizendo chega a isto: existe uma lei para os seres humanos, e um jurista pode muito bem dar consequências para todos os casos que parecem comuns; dessa maneira, a lei obviamente tem sua aplicação, faz sentido. No entanto, sua validade pressupõe todos os tipos de coisas; e se o ser que ele deve processar se difere completamente dos homens comuns, então a decisão no caso, se ele agiu com más intenções, não se torna um pouco difícil, mas (simplesmente) impossível.⁴⁸

Apesar de Wittgenstein não mencionar o termo *textura aberta*, tem-se que “os jogos de linguagem nasceram do reconhecimento da multiplicidade de usos linguísticos” (VALLE, 2003, p. 98). A característica da *textura aberta* remete à admissibilidade dos jogos de linguagem como um fenômeno, e dessa forma as palavras, “o uso precisa ser entendido como parte de vida, ou melhor, só pode ser realmente compreendido numa estreita correlação com a práxis humana” (VALLE, 2003, p. 99). Assim, “a definição de uma palavra pode fornecer um tal mapa [...] guia o nosso uso de uma palavra e pode manifestar relações entre o tipo de fenômeno a que nós aplicamos a palavra e outros fenômenos” (CL, 1994, p. 19). Dessa forma, Hart se sustenta nos jogos de linguagem de Wittgenstein para explicar que os significados das palavras são pertinentes às regras jurídicas e expressam fenômenos sociais abrangidos pelo Direito.

⁴⁸ Tradução nossa: 350. “Es como si nuestros conceptos estuvieran condicionados por una armazón de hechos. Eso significaría: si te imaginas determinados hechos de una manera distinta, y los describes de manera distinta a como son, entonces ya no eres capaz de imaginarte la aplicación de determinados conceptos, porque las reglas de su aplicación no tienen ningún análogo en las nuevas circunstancias. —En consecuencia, lo que digo viene a parar en esto: se da una ley para los seres humanos, y un jurista bien podría desprender de ahí consecuencias para cada caso que le pareciera corriente; de este modo, la ley tiene obviamente su aplicación, tiene un sentido. No obstante, su validez presupone todo tipo de cosas; y si el ser que él ha de enjuiciar se aparta por completo de los hombres ordinarios, entonces la decisión, pongamos por caso, de si ha actuado con mala intención, no se hace un tanto difícil sino (simplesmente) imposible”.

2.2. A COMPREENSÃO DE TEXTURA ABERTA EM WAISMANN

Segundo Bix (2019, p. 246)⁴⁹, no âmbito jurídico o trabalho de Friedrich Waismann se tornou conhecido por causa de seu conceito de *textura aberta*, que originalmente foi chamado de “*a porosidade dos conceitos*” (*die Porosität der Begriffe*)⁵⁰. Makovec (2019, p. 1-2) afirma que Waismann é uma figura-chave no positivismo lógico e na filosofia da linguagem ordinária, e que atualmente é conhecido principalmente por sua documentação do trabalho de Wittgenstein e pelo tipo particular de indeterminação semântica pela qual cunhou o termo *textura aberta*.

Para Waismann, “muitos de nossos conceitos são de *textura aberta*, pois são definidos apenas em certos contextos mais ou menos familiares e permanecem abertos a aplicações surpreendentes”⁵¹, mas ainda assim concebíveis (MAKOVEC, 2019, p. 3). A *textura aberta*, apresentada por Waismann em seu artigo “*Verifiability*” (1945)⁵² nomeia a ideia de que os conceitos são apenas definidos para determinadas intenções e propósitos, e são úteis apenas em certos contextos (MAKOVEC, 2019, p. 19).

De acordo com Coliva (2019, p. 100), tanto Waismann quanto Wittgenstein “pensam que o significado é determinado pelo uso e, portanto, tendem a considerar que a filosofia da linguagem deveria tomar como diferenças de [...] aspectos pragmáticos de uma expressão, como acumulação de diferenças de significado”⁵³. Desta forma, as características atribuídas ao papel das regras, à análise da filosofia da linguagem ordinária e à preocupação com a indeterminação semântica, visualizados no itinerário wittgensteiniano, possibilitaram a hipótese da *textura aberta*.

Segundo Waismann (1945, p. 1), “o significado de uma afirmação é o método de sua verificação”⁵⁴, para obter o significado das palavras utilizadas deve-se adotar métodos de verificação. Por exemplo,

⁴⁹ Tradução nossa: “Legal scholars know of Friedrich Waismann’s work because of his concept of “open texture”—which Waismann had originally called “the porosity of concepts” (*die Porosität der Begriffe*).

⁵⁰ “I owe this term to Mr. Kneale who suggested it to me as a translation of *Porosität der Begriffe*, a term coined by me in German” (WAISMANN, 1945, p. 20).

⁵¹ Tradução nossa: “For Waismann, many of our concepts are open textured in that they are only defined in certain more or less familiar contexts and remain open to surprising but yet conceivable applications”.

⁵² Originally published in *Proceedings of the Aristotelian Society, Supplementary Volume XIX* (1945). The essay here is from the reprinted version in Antony Flew, ed., *Logic and Language, the First Series* (1951).

⁵³ Tradução nossa: “Similarly, both Waismann and Wittgenstein think that meaning is determined by use and thus tend to consider what mainstream philosophy of language would take as differences in tone (to use Frege’s terminology), or in the pragmatic aspects of an expression, as accruing to differences in meaning”.

⁵⁴ Tradução nossa: “When we reflect on such a sentence as ‘The meaning of a statement is the method of its verification’, we should, first of all, be quite clear as to what we mean by the term ‘method of verification’”.

alguém deveria nos dizer que ele possuía um cachorro capaz de pensar, deveríamos primeiro, não entendo direito do que estava falando e perguntaria a ele um pouco mais questões. Suponha que ele nos descreveu em detalhes o comportamento do cão em certas circunstâncias, então devemos dizer 'Ah, agora entendemos você, é assim que você chama pensando'. Não há necessidade de investigar a verificação de frases como 'O cachorro late ', ' Ele corre ', ' Ele é brincalhão ', e assim por diante, pois as palavras são usadas como podemos dizer em seu caminho normal. Mas quando dizemos 'O cachorro pensa', criamos um novo contexto, pisamos fora dos limites do discurso comum, e então surge a questão sobre o que é significada por uma série de palavras. Nesses casos, explicar a verificação é explicar o significado e alterar a verificação está mudando o significado. Obviamente, significado e a verificação estão conectadas.⁵⁵

No exemplo anterior Waismann descreve um novo uso derivado da combinação das palavras. Hipótese que confirma outras possibilidades do surgimento de novo significado da palavra a partir de alguma situação imprevista em que modifica a definição conhecida. “Por mais que tentemos, nenhum conceito é limitado de tal maneira que não há espaço para qualquer dúvida”⁵⁶ (WAISMANN, 1945, p. 3). A verificação neste caso revela o significado atribuído ao termo pensar descrito na afirmação o cachorro pensa e exemplifica que o conceito sobre “pensar” foi alterado.

A hipótese de atribuir um novo significado às palavras confirma que não é possível definir um conceito com precisão absoluta, bloqueado contra novas interpretações, essa abertura a novos significados é o que se entende pela *textura aberta* de um conceito. A porosidade do termo abarca novos significados com uma definição compartilhada coletivamente. Assim, na definição das palavras não é possível esgotar as inúmeras possibilidades de significados de usos. Nesse sentido, explica Waismann (1945, p. 3)

A textura aberta é uma característica fundamental da maioria dos empíricos, embora não de todos conceitos, e é essa textura que nos impede de verificar conclusivamente a maioria de nossas declarações empíricas. Tome qualquer declaração de objeto material. Os termos que ocorrem nele são não exaustivos; isso significa que não podemos prever completamente todas as condições possíveis em quais eles devem ser usados; sempre haverá a possibilidade, ainda que fraca, de que não levaram em consideração algo que possa ser relevante para seu uso; e isso significa que não podemos prever completamente todas as circunstâncias possíveis nas quais a declaração é verdadeira ou na qual é falsa. Sempre haverá uma margem de incerteza.

⁵⁵ Tradução nossa: “If, for instance, someone were to tell us that he owned a dog that was able to think, we should at first not quite understand what he was talking about and would ask him some further questions. Suppose he described to us in detail the dog's behaviour in certain circumstances, then we should say ‘Ah, now we understand you, that's what you call thinking’. There is no need to inquire into the verification of such sentences as ‘The dog barks’, ‘He runs’, ‘He is playful’, and so on, as the words are then used as we may say in their normal way. But when we say ‘The dog thinks’, we create a new context, we step outside the boundaries of common speech, and then the question arises as to what is meant by such a word series. In such cases explaining the verification is explaining the meaning, and changing the verification is changing the meaning”.

⁵⁶ Tradução nossa: “Try as we may, no concept is limited in such a way that there is no room for any doubt”.

Assim, a ausência de uma verificação conclusiva deve-se diretamente à textura aberta dos termos em causa⁵⁷.

A concepção de *textura aberta* mostra que os conceitos não apresentaram uma definição acabada. Portanto, para Waismann, o termo *textura aberta* diz respeito aos conceitos empíricos e a impossibilidade de serem definidos sem a consideração de outros possíveis significados. Nesse sentido explica Struchiner (2002, p. 17):

a maioria dos conceitos empíricos apresenta a propriedade da incompletude. A textura aberta dos conceitos empíricos faz com que eles sempre apresentem a possibilidade de serem vagos. Assim, enquanto a vaguidade pode ser corrigida por meio do fornecimento de regras mais claras sobre o uso do conceito, a textura aberta, que representa uma potencial vaguidade, não pode ser resolvida, já que sempre poderão surgir casos em que o uso do conceito não foi previsto e não sabemos ao certo se ele deve ou não ser aplicado. Como é frequente o uso dos termos que apresentam uma textura aberta nas afirmações, as verificações dessas afirmações não serão conclusivas.

Segundo Bix (2019), para entender o conceito de *textura aberta* de Waismann é fundamental analisar o termo num contexto amplo de seu pensamento. Considerando que o trabalho de Waismann foi dedicado em grande parte a apresentar as ideias de Wittgenstein de uma forma mais acessível e revelar algumas convicções próprias como extensão das ideias wittgensteinianas⁵⁸, o filósofo promove um entendimento das limitações da linguagem, incluindo a indeterminação semântica e a mudança de significado, que contribui para uma concepção mais realista e prática da linguagem e da comunicação por meio da sintaxe da linguagem (SHAPIRO; ROBERTS, 2019, p. 207).

Segundo Schauer (2019, p. 262), a *textura aberta*, para Waismann, não era simplesmente uma questão de imprecisão, trata-se da “possibilidade insuprível da imprecisão mesmo para os termos que parecem ser (e são) maximamente preciso (não vago) a qualquer momento”⁵⁹. E, dessa forma, o argumento de Schauer (2019, p. 266) descreve que o pensamento

⁵⁷ Tradução nossa: “Open texture is a very fundamental characteristic of most, though not of all, empirical concepts, and it is this texture which prevents us from verifying conclusively most of our empirical statements. Take any material object statement. The terms which occur in it are non-exhaustive; that means that we cannot foresee completely all possible conditions in which they are to be used; there will always remain a possibility, however faint, that we have not taken into account something or other that may be relevant to their usage; and that means that we cannot foresee completely all the possible circumstances in which the statement is true or in which it is false. There will always remain a margin of uncertainty. Thus the absence of a conclusive verification is directly due to the open texture of the terms concerned”.

⁵⁸ Tradução nossa: “To understand Waismann's concept of "open texture", it is useful to see it within the larger context of his work in general. Waismann's work was devoted largely to presenting Wittgenstein's ideas in a more accessible form; however, some of Waismann's concepts were his own extension of Wittgensteinian ideas”.

⁵⁹ Tradução nossa: “Open texture, to Waismann, was thus not simply vagueness, and not the vagueness of a currently vague term, but rather the ineliminable possibility of vagueness for even those terms that appear to be (and are) maximally precise (non-vague) at any given time”.

central de Waismann refere-se simplesmente que existem diferentes formas de linguagem e que cada uma dessas formas pode ter lógica e gramática próprias⁶⁰. Ver-se-á adiante a compreensão de Hart sobre a *textura aberta*.

2.3. A TEXTURA ABERTA DO DIREITO

Segundo Bix (1991, p. 1), “o trabalho de Waismann, *textura aberta* refere-se à imprecisão potencial das palavras em circunstâncias extremas (hipotéticas). O uso do termo por Hart foi bastante diferente”⁶¹. Apesar de semelhanças quanto a imprecisão linguística, a problemática assumida pelo trabalho do professor de Oxford revela outro caminho, “Hart estava preocupado com o problema do controle social por meio da lei”⁶² (BIX, 2003, p. 53).

Para Hart, a noção de *textura aberta* surge da imprecisão linguística dos termos empregados nas regras e nas proposições jurídicas. Esse argumento pode ser constatado quando Hart afirma que na lei “nada pode eliminar esta dualidade de um núcleo de certeza e de uma penumbra de dúvida [...] uma orla de imprecisão, ou *textura aberta*” (CL, 1994, p. 134). Assim, segundo Peruzzo Júnior (2018, p. 158), “Hart procura identificar os mecanismos internos da prática jurídica, o que significa que as grandes patologias da jurisprudência estão tanto na legalidade das normas como no problema de sua interpretação”⁶³.

Como remédio para interpretação das regras que comportam uma imprecisão semântica, Hart se apoia nos jogos de linguagem de Wittgenstein. Segundo Hart, o que se compreende por Direito depende, das práticas sociais, mais essencialmente do uso da linguagem, pois, considerando que “as regras são práticas sociais” (CL, 1994, p. 317) os mesmos repercutem sobre o modo como a interpretação e o significado das regras ocorrem efetivamente, ou seja, o “âmbito da aplicação de uma lei é sempre uma questão da sua interpretação” (CL, 1994, p. 51).

Deste modo, o filósofo elabora uma construção teórica sobre o uso da linguagem e dos modos de construção do significado conceituais empregados nas regras jurídicas. Revela que o interesse da Filosofia do Direito pela Filosofia da Linguagem se mostra pertinente ao problema

⁶⁰ Tradução nossa: “His core thought is simply that there are different forms of language, and that each of those forms may have a logic and grammar of its own”.

⁶¹ Tradução nossa: “In Waismann's work, "open texture" referred to the potential vagueness of words under extreme (hypothetical) circumstances. Hart's use of the term was quite different”.

⁶² Tradução nossa: “Hart was concerned with the problem of social control through law”.

⁶³ Tradução nossa: “Hart seeks to identify the internal mechanisms of the legal practice, which means that the great pathologies of jurisprudence lie both on the legality of the rules and on the problem of their interpretation”.

das indeterminações semânticas e, por conseguinte, àquilo que deriva da semiótica jurídica. Conforme revela MacCormick (2010, p. 43):

[...] o positivismo jurídico de Hart se refere à indeterminação relativa das regras sociais e, portanto, também das regras jurídicas. [...] que o Direito é composto essencialmente por regras. [...] Sendo moldadas pela linguagem, as regras têm “textura aberta” e muitas vezes são vagas. [...] Uma metáfora adequada seria comparar o Direito em ação com um espetáculo musical que é apenas parcialmente coberto pela partitura. Os músicos precisam improvisar um pouco e, embora devam tentar seguir o espírito geral da melodia como interpretada a partir da partitura incompleta – tarefa em que alguns músicos demonstram maior virtuosismo do que outros –, é uma ilusão supor que haja apenas uma maneira de preencher as lacunas para se obter um único encaixe adequado com as partes que a partitura determina de modo completo.

O exemplo de improvisação musical descrito anteriormente mostra a dinâmica jurídica, a ocorrência da situação nos tribunais ao tomar decisões a partir da inexistência de um sentido padrão para as regras. A partir da constatação desse fato, Hart argumenta que “todas as regras têm uma penumbra de incerteza em que o juiz tem de escolher entre alternativas” (CL, 1994, p. 17). As incertezas e alternativas, segundo Bix (2003, p. 66), revelam uma inexatidão da adaptação da ideia de *textura aberta* formulada por Waismann, posto que o próprio Hart “muitas vezes parecia se referir a palavras, frases e regras de forma intercambiável (...) estava adaptando uma análise de termos descritivos (...) uma análise da aplicação de regras dos juízes nos sistemas jurídicos modernos”⁶⁴.

Essa questão de escolhas alternativas do uso dos termos para a sua significação aproxima o pensamento de Hart aos jogos de linguagem. Em entrevista, Hart destaca que teve acesso as ideias de Wittgenstein com a leitura de uma cópia do *Blue Book* [ainda não publicado]⁶⁵. E salienta que “o tema da obra era não peça o significado, peça o uso. E isso eu achei muito interessante”⁶⁶ (SUGARMAN, 2005, p. 272). Neste sentido, Hart (CL, 1994, p. 148-149) apresenta uma das passagens que aproximam seu trabalho à filosofia da linguagem de Wittgenstein:

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 pelos

⁶⁴ Tradução nossa: “In Hart's discussion of “open texture”, he often seemed to refer to words, sentences and rules interchangeably. This may reflect an inexactness in transcribing an idea, not being sufficiently careful in describing the idea's domain or scope. It may also reflect a tension within Hart's concept, which arose because he was adapting an analysis of descriptive terms (Waismann's “open texture”) to an analysis of rules - and not just an analysis of rules as such, but analysis of the application of rules by judges in modern legal systems”.

⁶⁵ A publicação oficial ocorreu em 1958, trata-se de anotações de alunos das palestras que Wittgenstein ministrou nos anos de 1933 e 1934.

⁶⁶ Tradução nossa: “Wittgenstein to some extent ... George Paul - a gifted linguistic philosopher, who influenced me, put a copy of Wittgenstein's [still unpublished] Blue Book into my hands. [Its basic] ... theme was, don't ask for the meaning, ask for the use. And this I found very interesting”.

funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso. Seja como for, a vida do direito traduz-se em larga medida na orientação, quer das autoridades, quer dos indivíduos privados, através de regras determinadas que, diferentemente das aplicações de padrões variáveis, não exigem deles uma apreciação nova de caso para caso. Este facto saliente da vida social continua a ser verdadeiro, mesmo que possam surgir incertezas relativamente à aplicabilidade de qualquer regra (quer escrita, quer comunicada por precedente) a um caso concreto. Aqui, na franja das regras e no campo deixado em aberto pela teoria dos precedentes, os tribunais preenchem uma função criadora de regras que os organismos administrativos executam de forma centralizada na elaboração de padrões variáveis.

Noutras palavras, nota-se que, para Hart, a linguagem jurídica apresenta questões próprias de sua respectiva estrutura interna, ou seja, caberia à autoridade judicial uma interpretação sobre imprecisão das regras. E, como meio para remediar a semântica jurídica, Hart compartilha alguns pressupostos wittgensteinianos, “de tal forma que embora compreenda o Direito por meio de estruturas basilares, afirma que é necessário considerar a *textura aberta* do Direito como um mecanismo necessário”⁶⁷ (PERUZZO JÚNIOR, 2018, p. 158). Neste sentido, as regras sociais estão relacionadas aos contextos de sua justificação, uma vez que elas permitem demarcar a fronteira e o exercício, por exemplo, do poder discricionário. Conforme aponta Hart (CL, 1994, p. 38-39):

A conformidade com as condições especificadas pelas regras que conferem os poderes legislativos constitui um passo semelhante ao de um «movimento» num jogo como o de xadrez; tem consequências, passíveis de definição nos termos das regras, para cuja realização o sistema confere capacidade às pessoas. A legislação é um exercício de poderes jurídicos «operativo» ou eficaz quanto à criação de direitos e deveres jurídicos. A não conformidade com as condições da regra capacitadora torna o que se faz ineficaz e, portanto, um acto nulo para esta finalidade.

Para a compreensão da *textura aberta* da filosofia e da *textura aberta* do Direito, Bix mostra que a ideia de *textura aberta* de Waismann refere-se à linguagem em geral, por sua vez, “Hart estava escrevendo sobre a linguagem no contexto do Direito - em particular no contexto da aplicar e interpretar regras - e os problemas para os quais suas ideias responderam derivam desse contexto”⁶⁸ (2003, p. 66). Por outro lado, às vezes, a percepção da *textura aberta* do Direito é distorcida, confundida com o termo imprecisão e vacuidade conceitual. Esta opção, porém, é incongruente com o pensamento hartiano, uma vez que o autor afirma que as regras comportam uma imprecisão embora contenham um núcleo de certeza que afasta a possibilidade

⁶⁷ Tradução nossa: “Hart shares some Wittgensteinian presuppositions, and although he understands the law through basic structures, he affirms that it is necessary to consider the open texture of law as an unavoidable mechanism”.

⁶⁸ Tradução nossa: “Hart was writing about language in the context of law - in particular, in the context of applying and interpreting rules - and the problems to which his ideas responded derive from that context”.

de vácuo semântico. Assim, a *textura aberta* do Direito não deve ser entendida como lacuna ou omissão, corresponde a “existência de uma região de significado onde não conseguimos determinar com segurança se a palavra se aplica ou não” (STRUCHINER, 2001, p. 5). Pois, conforme afirma Hart “a área de textura aberta (...) deve exercer uma escolha, possui contudo, um núcleo de significado estabelecido” (CL, 1994, p. 158).

Para Hart, “algumas vezes, quando investigamos o significado de alguma expressão importante, descobrimos que realmente não há discordância sobre o que a expressão significa (...) a controvérsia é a maneira pela qual o termo é usado”⁶⁹ (Discr, 2013, p. 654). Para o filósofo, o exemplo de “uma regra de que nenhum *veículo* pode ser levado para um parque” revela a *textura aberta*, e “a linguagem usada neste contexto estabelece as condições necessárias que qualquer coisa deve satisfazer para se achar dentro do seu âmbito de aplicação” (CL, 1994, p. 141-142). Para evidenciar a *textura aberta* na aplicação da regra de proibição de *veículo* no parque, Hart questiona-se “a expressão *veículo* usada aqui inclui bicicletas, aviões e patins?” (CL, 1994, p. 139).

Em outra situação, Bix (1993, p. 66) argumenta sobre o uso do termo *veículo*, “enquanto estamos caminhando no parque, e meu amigo fala sobre ‘aquele *veículo*’ aponta em direção a um carro de brinquedo ou a um skate, posso achar seu uso estranho ou singular, mas eu entendo o que ela disse”⁷⁰. Neste exemplo, as considerações do significado a partir do uso do termo apontam outra compreensão da comunicação, onde falante e intérprete compreendem sem implicações jurídicas. Neste sentido, para Bix (1993, p. 67), no âmbito jurídico

a situação com comandos, instruções, sugestões e assim por diante é diferente. Com esses usos, porque o foco está na orientação do comportamento e porque essas frases costumam ser aplicadas (‘seguidas’) em um número indefinido de ocasiões, o escopo exato dos termos da regra - determinado pelo menos em parte pelo escopo exato dos termos da regra - é importante⁷¹.

Assim, a abordagem de Hart pautada na filosofia da linguagem carrega uma finalidade objetiva na reflexão sobre o significado das palavras. Segundo Bix (1993, p. 67), o filósofo de

⁶⁹ Tradução nossa: “Lastly, sometimes when we investigate the meaning of some important expression we find that there is really no disagreement about what the expression means — everybody clearly understands it — and that what the dispute is about is the way in which what the term stands for is used”.

⁷⁰ Tradução nossa: “If while we are walking through the park, and my friend talks about “that vehicle” while pointing towards a toy car or a skateboard, I may find her usage strange or quaint, but I understand what she said; I can understand the use of the term “vehicle” to refer to an object to which that label is not usually applied”.

⁷¹ Tradução nossa: “The situation with commands, instructions, suggestions, and so on, is different. With such uses, because the focus is on the guidance of behaviour and because such sentences are often meant to be applied (‘followed’) on an indefinite number of occasions, the exact scope of the rule’s application - determined at least in part by the exact scope of the rule’s terms - is important”.

Oxford descreveu que considerações exclusivas no significado dos termos das regras de linguagem não atendem a proposta do seguimento de regras do Direito. Pois, o significado das palavras importa no “significado da regra, de tal forma que os seus termos gerais devam ter o mesmo significado em cada caso em que esteja em causa a sua aplicação” (CL, 1994, p. 142). Neste sentido, Hart não está interessado no significado das palavras em geral, o que o filósofo destaca é a *textura aberta* de um termo que repercute na aplicação das regras jurídicas. Conforme afirma (CL, 1994, p. 141):

com as suas características de textura aberta, não devemos acarinhar, mesmo como um ideal, a concepção de uma regra tão detalhada, que a questão sobre se se aplicaria ou não a um caso particular estivesse sempre resolvida antecipadamente e nunca envolvesse, no ponto de aplicação efectiva, uma escolha nova entre alternativas abertas.

Neste sentido, Struchiner (2001, p. 76) compreende que a consequência da *textura aberta* para o Direito ocorre na aplicação das regras jurídicas que apresentando instâncias em que “suas aplicações são claras, a possibilidade da existência de casos fronteiros nos quais não sabemos se as regras devem ser aplicadas ou não (região de penumbra), e instâncias nas quais claramente devem ser aplicadas”.

Assim, o exemplo citado por Hart da *textura aberta* das regras jurídicas no caso da proibição de “veículos” no parque revela a necessária análise do significado de veículo, que certamente não pode ser delimitado ou fechado no uso. Pois, a significação do termo “veículo” é aberta, uma vez que historicamente foram inventados diversos meios de locomoção denominados veículos, e se o conceito de veículo fosse fechado, não abrangeria as novas criações futuras. Este exemplo revela uma situação fática simples. Mas, segundo Hart, haverá *casos difíceis* (CL, 1994, p. 314) em que caberá ao juiz com poder discricionário esclarecer o significado da regra, (EJP, 2010, p. 8):

Um sistema de direitos sem lacunas (entitlements) [...] é “um nobre sonho” tão distante da realidade quanto o “pesadelo” de crer que os juízes nunca encontram, mas sempre criam, o direito que aplicam a casos particulares. Pois embora a busca e o uso de princípios subjacentes ao direito adiem o momento em que isso ocorre, eles não podem eliminar, contudo, a necessidade de um poder legislativo (law-making power) do judiciário, uma vez que, em casos difíceis, podem surgir princípios diversos a apoiar analogias conflitantes, fazendo com que o juiz tenha que escolher entre elas, confiando, como um legislador consciencioso, em sua percepção daquilo que é melhor e não apenas em uma ordem prévia de prioridades entre os princípios que já lhe são prescritos pelo direito.

Em suma, para Hart, a *textura aberta* do Direito mostra que a aplicação das regras jurídicas é possível, por mais indeterminada que possa parecer. Elas possuem um “núcleo de

certeza”, no qual os operadores do Direito convergem a respeito de seu significado e de sua aplicação, embora detenham aspectos do contexto ordinário onde estão localizadas. De qualquer forma, fora desse “núcleo de certeza”, Hart compreende que existe uma *zona de penumbra* responsável pela discricionariedade atribuída ao juiz no momento da aplicação das regras ao caso concreto. Pensar filosoficamente sobre tais elementos requer, em primeiro lugar, avaliar os limites semânticos da linguagem jurídica para, posteriormente, determinar a crítica do autor ao positivismo jurídico a partir da influência dos escritos de Wittgenstein.

3. A PENUMBRA DO DIREITO E A QUESTÃO NORMATIVA DAS REGRAS

*O poder discricionário que assim lhe é deixado pela linguagem
pode ser muito amplo.
(CL, 1994, p. 140).*

Hart aponta que a significação das palavras possui uma importante função na investigação sobre a natureza do Direito e na aplicação de suas regras. O uso-padrão das palavras, como observa, é dependente das regras sociais, pois estas nada mais são do que convenções suscitadas no âmbito da forma de vida humana. A classificação de fatos, situações e características humanas, depende de um juízo e de um reconhecimento do significado do conceito aceito e aplicado no caso em questão. Por essa razão, este capítulo pretende mostrar como o horizonte semântico, segundo Hart, é responsável por corrigir os locais onde a regra jurídica não alcança, uma vez que a própria competência da linguagem deve estar assentada em um conjunto de outras práticas.

É interessante observar que o alcance das regras jurídicas, na concepção do autor, não são apenas a descrição do comportamento social considerado mais significativo em algum momento de uma sociedade. O Direito é uma prática social fundada nos costumes e nas crenças comuns tornando, portanto, necessário a participação das pessoas na validade de tais fundamentos. Mas, por que a validade das regras jurídicas depende de um reconhecimento que não está alicerçado apenas na participação das pessoas? Segundo Hart, “dizer que uma dada regra é válida é reconhecê-la como tendo passado todos os testes facultados pela regra de reconhecimento e, portanto, como uma regra do sistema” (CL, 1994, p. 114). Deste modo, o processo de reconhecimento ocorre porque no processo judicial os juízes analisam os casos à adequação da norma jurídica ao caso concreto, isto é, lançando as redes do conteúdo normativo em áreas antes não alcançadas pela esfera jurídica.

A partir do problema anterior, o filósofo sustenta que “todas as regras têm uma penumbra de incerteza em que o juiz tem de escolher entre alternativas” (CL, 1994, p. 17). Assim, a análise do juiz deve se fundar em conceitos jurídicos aplicados caso a caso e, quando houver casos em que se verifica a *textura aberta* do Direito, ele deve não apenas se ater em questões de princípios não delimitados conceitualmente, mas também a termos que usualmente são utilizados para determinadas significações. Por outro lado, apesar da incerteza que as regras

podem provocar, Hart descreve que todo sistema jurídico possui semelhanças na estrutura, ao passo que entre os elementos constitutivos do Direito estariam (CL, 1994, p. 7):

(i) regras que proíbem ou impõem certos tipos de comportamento, sob cominação de pena; (ii) regras que exigem que as pessoas compensem aqueles que por si são ofendidos de certas maneiras; (iii) regras que especificam o que deve ser feito para outorgar testamentos, celebrar contratos ou outros instrumentos que confirmem direitos e criem obrigações; (iv) tribunais que determinem quais são as normas e quando foram violadas e que estabeleçam o castigo ou compensação a ser pagos; (v) um poder legislativo para fazer novas regras e abolir as antigas.

Essa variedade de regras regem a vida social de pessoas inseridas numa sociedade. E o Direito se estrutura a partir dessas regras aplicadas contextualmente no cenário que se apresenta. Logo, segundo Hart, o conjunto de regras acrescido das decisões dos tribunais revelam o “complexo fenômeno social que chamamos sistema jurídico” (CL, 1994, p. 127). O filósofo salienta que, embora conheça-se a estrutura do Direito, não o entende-se completamente, compara o funcionamento do ordenamento jurídico a “um homem [que] possa saber seu próprio caminho sobre uma cidade familiar de maneira rotineira, sem poder desenhar um mapa ou explicar a outras pessoas como ele encontra seu caminho pela cidade” (AJM, 1957, p. 964). Isso mostra a dificuldade de mapear os caminhos percorridos pelo Direito numa decisão judicial, apesar de que a “tentação da uniformidade na ciência do Direito é forte” (CL, 1994, p. 40). Hart parece sustentar, implicitamente, que os labirintos que as regras jurídicas percorrem são um fenômeno não-jurídico, ou seja, na medida em que transportam um conteúdo também cruzam as complexidades da vida social. O paradoxo está, como apontará o autor, no confronto entre a estrutura normativa do sistema jurídico e o fluxo como se movimentam a linguagem que descreve tais complexidades.

Quanto ao papel das regras, Hart diz que, embora a ideia de que a lei seja de alguma forma explicável em termos que possam parecer indubitáveis, sua noção é de fato a fonte de 'insatisfação, confusão e incerteza' derivada da grande perplexidade sobre a natureza do Direito. Isto pode ser constatado ao notar o repetido uso de conceitos de regras na obra de Hart, sejam elas regras como deveres, aquelas que conferem poderes, reconhecimento, alteração, julgamento, entre outras. Considerando estes diversos conceitos, observa-se com transparência a pretensão do filósofo em clarificar os elementos constituintes do Direito, pautando-se nas práticas sociais aliadas às práticas jurídicas apresentar a abertura dos sentidos das palavras. Neste ponto de vista, Hart (CL, 1994, p. 13) introduz uma tese fundamental ao seu trabalho que pretende corroborar com o conceito de *textura aberta*, conforme já se discutiu no capítulo anterior:

- (a) As regras que pertencem a diferentes 'esferas' de atividade são de tipo diferente ('além das regras legais, existem regras de etiqueta e linguagem, regras de jogos e clubes');
- (b) Regras que 'se originam de maneiras diferentes' são de tipo diferente ('mesmo dentro da lei algumas regras são feitas por legislação; outras não são feitas por nenhum ato deliberado');
- (c) As regras que 'têm relações diferentes com a conduta com a qual estão preocupadas' são de tipo diferente ('algumas regras são obrigatórias no sentido de exigir que as pessoas se comportem de determinadas maneiras... [enquanto] outras regras... indica o que as pessoas devem fazer para efetivar os desejos que têm').

Os aspectos das situações humanas e da conduta mostram que nenhum esquema legislativo de regras e sanções poderia prever antecipadamente numa legislação. A partir dessa circunstância, Hart aponta a tese de insuficiência das regras primárias na descrição de obrigações e revela a incerteza como um defeito na estrutura social (CL, 1994, p. 102). Como consequência, descreve o argumento de que as regras secundárias, principalmente a regra de reconhecimento, são aquelas “que contêm os critérios de validade do sistema” (CL, 1994, p. 126), cuja função seria remediar as zonas de penumbra do Direito.

A respeito das regras secundárias, Hart afirma que “a existência de um tribunal implica a existência de regras secundárias que conferem jurisdição a uma sucessão mutável de indivíduos e atribuem autoridade às suas decisões” (CL, 1994, p. 150). Recordando que, se as regras secundárias podem ser de reconhecimento, alteração e julgamento, elas conferem a competência aos tribunais o papel frente à questão da validade normativa, pois a partir de análise interpretativa os tribunais poderiam realizar a aplicação em casos particulares.

Apesar do exame contextual das regras, o argumento de Hart é de que as interpretações “não podem eliminar estas incertezas, embora possam diminuí-las; porque estes cânones são eles próprios regras gerais sobre o uso da linguagem e utilizam termos gerais que, eles próprios, exigem interpretação” (CL, 1994, p. 139). Essa insuficiência destacada pelo filósofo é também apontada por Endicott (2013, p. 47)⁷² quando descreve a necessidade de uma análise particular das leis, refere-se

não apenas no sentido trivial de que as regras gerais se aplicam a particulares, mas porque as regras gerais não são suficientes: o sistema deve ter técnicas para a aplicação governada por regras da lei a particulares pelas instituições do sistema, principalmente para impor o estado de direito em sua própria operação.

⁷² Tradução nossa: “In fact, law is necessarily particular, not merely in the trivial sense that general rules apply to particulars, but because general rules are not enough: the system must have techniques for the rule-governed application of the law to particulars by the institutions of the system, chiefly to impose the rule of law on its own operation”.

É neste sentido que Hart compreenderá o argumento da insuficiência das regras gerais para um sistema jurídico, pois isso se revela na “dualidade de um núcleo de certeza e de uma penumbra de dúvida” (CL, 1994, p. 134). A análise das regras pode pressupor um *sentido* que caracteriza o núcleo de certeza mas estes, por sua vez, não eliminam as “beiradas interpretativas” e as “sombra” na análise dos fatos. Para sanar tais problemas, a “regra de reconhecimento é uma teoria a respeito de uma regra sobre os *standards* que os juízes são obrigados a observar” (MACCORMICK, 2010, p. 57), ou seja, essa hipótese pretende ser um remédio para a imprecisão do Direito, sobretudo a respeito da insuficiência das regras primárias num complexo sistema jurídico. A satisfação de certos critérios de validade da regra de reconhecimento impede que estas sejam “rotineiramente desobedecidas, pois ela somente existe como uma prática social eficaz e complexa” (STOLZ, 2007, p. 105).

A fim de atenuar o rigor de um sistema jurídico pautado apenas nas regras primárias, Hart sustenta que a “chave da ciência do Direito” é aquela referente à união das regras primárias e aquelas secundárias. A partir daquilo que considera ser a filosofia analítica do Direito, o filósofo constata a “insatisfação, confusão e incerteza” de um ordenamento jurídico com apenas regras primárias, e desenvolve o método de interpretação jurídica pautado nas regras secundárias que ampliam o horizonte do sistema jurídico. Neste sentido, Stolz (2007, p. 106) mostra que

é a presença da regra de reconhecimento que articula a ideia de sistema jurídico, ou seja, é ela que distingue o Direito de outros sistemas normativos, como a moral, as regras de trato social e as regras de jogo – dado que estes sistemas não dispõem, em seu interior, de uma regra última que identifique toda e cada uma das normas existentes estabelecendo a sua pertinência e validade.

Hart destaca, então, que a incerteza linguística é essencialmente a indefinição dos termos, pois “devemos evitar, se pudermos, os áridos desperdícios de definições inadequadas, [...] em relação a um conceito tão multifacetado e vago como o sistema jurídico” (PSLM, 2010, p. 88). Apesar da constatação da penumbra e da incerteza das regras primárias, Hart afirma que seu interesse sobre as regras secundárias não visam a “exclusão de toda a incerteza, seja a que preço for, sobre outros valores não é um objectivo que eu tenha alguma vez encarado para a regra de reconhecimento” (CL, 1994, p. 313). Na sequência dos argumentos, Hart mostra que a margem de incerteza, na verdade, “deveria considerar-se a mesma bem-vinda” (CL, 1994, p. 313), pois ela permite a ação das regras secundárias em reconhecer a validade, alterar o significado e mesmo julgar de acordo com as novas motivações do caso.

A hipótese suscitada por Bix (2019, p. 236)⁷³ é que a regra de reconhecimento contém os “critérios pelos quais é possível determinar quais regras fazem parte do sistema jurídico e quais não. [...] A regra de reconhecimento desempenha o mesmo papel no sistema de Hart que aquele desempenhado pela norma fundamental (*Grundnorm*)” de Kelsen. Já segundo Sebok (1999, p. 86), as razões não legais como, por exemplo, as práticas sociais são meios para o preenchimento dos casos penumbrados. Elas funcionam como parte da ‘lei’, uma vez que a escolha dos juizes “parece, na melhor das hipóteses, semântica; a diferença entre uma razão legal e não legal desapareceria e o conjunto de regras legais se expandiria para incluir praticamente todas as normas sociais”⁷⁴. A hipótese é que, a comparação entre a regra de reconhecimento de Hart com a norma fundamental de Kelsen coincide na perspectiva de um mecanismo de validação de regras subalternadas. Contudo, considerando a “moldura” kelseniana restringe a significação dos termos e, ao contrário o pensamento hartiano revela uma ampliação na significação das palavras com a *textura aberta*.

A partir da hipótese da *zona de penumbra*, Hart sustenta que a *textura aberta* do Direito não é preenchida exclusivamente pela legalidade advinda do próprio universo jurídico. O autor mostra que há espaços que são conduzidos para além daquilo que seria o interesse da própria regra, isto porque as regras secundárias traduzem um elemento aberto cuja validade está empenhada, por um lado, com a estrutura estatal e, por outro, com o papel legislativo exercido pelos Tribunais. O esforço filosófico desenvolvido por Hart, portanto, consiste em mostrar que os pontos obscuros da linguagem antecedem a aplicação da própria regra. A questão semântica, neste caso, não representa apenas um momento dialógico entre o fato e o significado, mas a própria condição que subjaz ao exercício do trabalho jurídico que é, em sua natureza, um exercício filosófico.

Assim, o autor afirmará que a competência do juiz, ao observar o núcleo do significado de uma regra, é dependente também do apoio de outras condições: de regras sociais, do motivo político ou moral e dos artefatos em geral que fazem parte da linguagem. Segundo Sebok (1999, p. 99), a abordagem de Hart, apoiado no pensamento de Wittgenstein, resolve problemas como, por exemplo, a explicação da distinção entre o núcleo e a penumbra da palavra e os limites do

⁷³ Tradução nossa: “la regla de reconocimiento contiene los criterios con los cuales puede determinarse cuáles reglas son parte del sistema jurídico y cuáles no. Es el paso final en la cadena normativa de razonamiento del por qué uno debe (jurídicamente) hacer lo que una regla jurídica particular establece. Como tal, la regla de reconocimiento juega el mismo papel en el sistema de Hart como el que juega la norma fundante (*Grundnorm*)”.

⁷⁴ Tradução nossa: “The significance of declaring all the non-legal reasons for filling in the penumbral cases part of “the law” seems at best semantic; the difference between a legal and non-legal reason would disappear and the set of legal rules would expand to include virtually all social norms”.

processo de significação. Entretanto, isso acaba levando à outras dificuldades: primeiro, porque as regras legais não parecem se comportar como a função das regras wittgensteinianas e, segundo, porque a teoria de Hart parece sugerir que toda interpretação na penumbra pode criar uma nova.

Se compreender que o Direito se expressa como fenômeno linguístico, o questionamento de Hart sobre o conceito de Direito revelará uma construção teórica inovadora. Ao observar os fenômenos jurídicos em sua complexidade, reconhece-se que a função da sintaxe da linguagem antecede à construção das regras e de sua possível normatividade. Por essa razão, o filósofo afirma que “o juiz tem de escolher entre sentidos alternativos a dar às palavras de uma lei ou entre interpretações conflitantes do que um precedente ‘significa’” (CL, 1994, p. 17). Isso significa dizer que a reflexão sobre a “natureza das regras jurídicas” pauta-se em elementos que compõem o fenômeno social e, portanto, requerem o reconhecimento da posição wittgensteiniana de que o uso das expressões linguísticas depende do contexto de uso como critério de justificação⁷⁵ (IF, 2011, § 43).

O tema da *textura aberta* do Direito, portanto, possibilita uma reinterpretação do fenômeno jurídico a partir do modo como este é indissociável aos processos linguísticos. Hart destaca que não é possível separar a natureza normativa do Direito de seu vocábulo conceitual. MacCormick (2010, p. 26) afirma, por exemplo, que “a tentativa de Hart [...] de esclarecer a natureza da ordem jurídica é forçosamente, pelo menos em parte, linguística em seu foco e preocupação”. Consequentemente, uma *práxis* da linguagem é, neste caso, determinante para a interpretação e aplicação das normas jurídicas.

Entretanto, no processo de compreensão das regras “deixa-se em aberto um vasto e importante domínio para o exercício do poder discricionário pelos tribunais e por outros funcionários” (CL, 1994, p. 149). Quais seriam, então, as consequências deste argumento para os outros pilares da filosofia do Direito de Hart? Uma primeira alternativa é investigar os pontos nebulosos entre a linguagem jurídica e o contexto social para, posteriormente, analisar o papel exercido pelos Tribunais como guardiões e intérpretes das regras e a discricionariedade judicial.

⁷⁵ “Para uma grande classe de casos – embora não para todos – do emprego da palavra «sentido» pode dar-se a seguinte explicação: o sentido de uma palavra é o seu uso na linguagem”.

3.1. AS REGRAS JURÍDICAS NO CONTEXTO SOCIAL

Ao buscar dar uma resposta aos questionamentos apontados na obra *O Conceito de Direito*, Hart procura enfrentar a complexidade do sistema jurídico situando-o como um artefato dentro do contexto social. Para isso, preliminarmente, descreve que “podemos dizer que as leis são irremediavelmente incompletas e que devemos decidir os casos da zona obscura racionalmente, tendo por referência os objetivos sociais” (PSLM, 2010, p. 77). A partir de então, uma das hipóteses que defende-se é que Hart compreende as circunstâncias jurídicas dentro dos objetivos sociais, isto é, as regras jurídicas estão circunscritas ao peso do contexto social. É este que permite sua validade, justificação e interpretação, embora não figure como um mecanismo isolado porque dentro dele está o poder exercido pelos Tribunais. Peruzzo Júnior, (2019, p. 191), neste sentido, afirma que “uma regra jurídica não pode receber uma espécie de interpretação que seja indiferente ao uso regular destes mesmos conceitos que lhe são característicos e regular sua normatividade a partir do próprio caso”.

Com base nos alicerces conceituais e sociais, Hart afirma anteriormente da publicação da obra *O Conceito de Direito*, que “deve haver um núcleo de sentidos estabelecidos (*core of settled meaning*), mas haverá também uma *zona de penumbra* de casos discutíveis nos quais as palavras nem são obviamente aplicáveis, nem obviamente descartadas” (PSLM, 2010, p. 69). Postema (2011, p. 262) afirma que “ele [Hart] se comprometeu a esclarecer conceitos jurisprudenciais básicos e aprofundar a compreensão da estrutura das formas modernas de ordenamento jurídico”. Deste modo, verifica-se que as hipóteses anteriores sustentam a tese de que o Direito se constitui a partir dos significados das palavras que dependem do emprego, do contexto analisado e da função dos elementos que constituirão um sistema jurídico. Nessa perspectiva Raz (1996, p. 237):

O conceito de direito faz parte de nossa cultura e de nossas tradições culturais. Ele desempenha um papel na maneira como as pessoas comuns e a profissão de advogado entendem suas próprias ações e as de outras pessoas. Faz parte do modo como eles “conceituam” a realidade social. Mas a cultura e tradição da qual o conceito faz parte não fornece contornos definidos nem um foco claramente identificável. Várias ideias, às vezes conflitantes, são exibidas nelas. Cabe à teoria jurídica escolher aquelas que são centrais e significativas na maneira como o conceito desempenha seu papel na compreensão da sociedade pelas pessoas, para elaborá-las e explicá-las⁷⁶.

⁷⁶ Tradução nossa: “The concept of law is part of our culture and of our cultural traditions. It plays a role in the way in which ordinary people as well as the legal profession understand their own and other people's actions. It is part of the way they ‘conceptualize’ social reality. But the culture and tradition of which the concept is a part

A afirmação de Raz de que a cultura e a tradição da qual o conceito faz parte não fornece contornos definidos nem um foco claramente identificável, em parte, explica a localização da *zona de penumbra* dentro do contexto social. Entretanto, o contexto social serve como parâmetro para o processo de justificação, uma vez que não há “zonas de penumbra” que possam estar localizadas fora de qualquer contexto. É neste sentido que Stolz (2007, p. 106) afirmará que “articular uma concepção do Direito como sistema é um requerimento teórico que possibilita estabelecer critérios para identificar e definir quais são as normas jurídicas que compõem um determinado conjunto normativo”.

Postema (2011, p. 285-286), ao discutir o tema em questão, aponta que uma solução alternativa proposta por Hart na afirmação de que a “regra do reconhecimento não é em si uma regra de Direito nem um pressuposto transcendental; pelo contrário, é uma regra social aceita e praticada por juízes e outros funcionários legais”⁷⁷. Agora, por outro lado, a concepção de Hart sobre a regra de reconhecimento é que esta “especificará algum aspecto ou aspectos cuja existência uma dada regra é tomada como uma indicação afirmativa e concludente de que é uma regra do grupo que deve ser apoiada pela pressão social que ele exerce” (CL, 1994, p. 104). Concorda-se com Sebok (1999, p. 86), ao dizer sobre a importância de declarar todos os argumentos não jurídicos para satisfazer a insuficiência dos “casos penumbrados da ‘lei’ parece, na melhor das hipóteses, semântica; a diferença entre uma razão legal e não legal desapareceria e o conjunto de regras legais se expandiria para incluir praticamente todas as normas sociais”⁷⁸.

É fundamental perceber que o pensamento hartiano compreende que as normas jurídicas são concebidas, essencialmente, como espécies de regras sociais. Tem-se, como consequência, que as práticas sociais intervêm no sistema jurídico na medida em que influenciam na elaboração, no seguimento e na supressão de regras anteriores. Hart sustenta que “as regras são práticas sociais convencionais, se a conformidade geral de um grupo em relação a elas constituir parte das razões que os seus membros individuais têm para a respectiva aceitação” (CL, 1994, p. 317). Assim, concorda-se que a caracterização de “práticas sociais” se refere ao caso padrão relativo ao uso de uma expressão, o que difere de “hábitos gerais” (CL,

provide it with neither sharply defined contours nor a clearly identifiable focus. Various, sometimes conflicting, ideas are displayed in them. It falls to legal theory to pick on those which are central and significant to the way the concept plays its role in people's understanding of society, to elaborate and explain them”.

⁷⁷ Tradução nossa: “The rule of recognition is neither itself a rule of law nor a transcendental presupposition; rather, it is a social rule accepted and practiced by judges and other legal officials”.

⁷⁸ Tradução nossa: “The significance of declaring all the non-legal reasons for filling in the penumbral cases part of “the law” seems at best semantic; the difference between a legal and non-legal reason would disappear and the set of legal rules would expand to include virtually all social norms”.

1994, p. 67). Neste sentido, Hart mostra a importância da análise sobre o uso de caso-padrão no significado das palavras (CL, 1994, p. 8-9):

Por vezes, o desvio do caso-padrão não é uma simples questão de grau, mas surge quando o caso-padrão é de facto um complexo de elementos normalmente concomitantes mas distintos, algum ou alguns dos quais podem faltar nos casos abertos a disputa. Um barco voador é um « navio»? Ainda se trata de xadrez, se o jogo é disputado sem rainhas? Tais perguntas podem ser instrutivas, porque nos obrigam a reflectir sobre a nossa concepção da composição do caso-padrão e a torná-la explícita; mas é claro que aquilo que se pode designar como o aspecto de fronteira das coisas é demasiado trivial para poder explicar o longo debate acerca do direito.

A afirmação que se acaba de ver revela a influência da filosofia analítica de Wittgenstein, em especial no recurso enxadrista. Um lance na partida de xadrez não é um movimento isolado, pois depende de outras regras e do movimento exercido pelo adversário. A metáfora serve para elucidar que tanto o movimento das regras como aquele realizado pelos jogadores só pode ser realizado dentro de determinadas coordenadas. Não é possível que uma regra de futebol possa valer para o xadrez, assim como uma regra de xadrez não valeria para o cricket. É aqui que o argumento de Postema (2011, p. 286), ou seja, que “com base em seu treinamento humanístico, ele [Hart] insistiu em um método alternativo: a interpretação”⁷⁹, parece estar mal empregado. A interpretação, diferentemente de uma leitura relativista, não é um processo que possa ocorrer de forma arbitrária à certas regras. Isso mostraria, portanto, que tal leitura do pensamento de Hart parece ser um equívoco.

Macedo Junior (2013, p. 48), por exemplo, afirma que o “método interpretativo” de Hart sugere que é “no jogo de linguagem da objetividade que se define o nosso uso significativo do conceito de objetividade” e que “o funcionamento da linguagem não pode ser caracterizado por um olhar de fora, ‘a partir de lugar nenhum’”. São hipóteses que defende na perspectiva de Hart de que os significados das palavras não podem ser analisados isoladas e possuem um aspecto interno “ilustrado de forma simples a partir das regras de qualquer jogo” (CL, 1994, p. 65). Nesse sentido, a interpretação do significado das palavras não pode ser arbitrária, pois requer um critério social apontado por Hart como sendo aquele das “regras sociais”. Macedo Junior (2013, p. 133) ainda aponta que

a justificação da objetividade de uma proposição vai se basear, em última instância, numa regra social aceita e compartilhada por indivíduos que vivem dentro de uma mesma “forma de vida”. A regra, aceita, compartilhada, é constitutiva do próprio conceito de objetividade. Este, por sua vez, depende, em certa medida, dos sujeitos.

⁷⁹ Tradução nossa: “but rather, drawing on his humanistic training, he insisted on an alternative method: interpretation”.

A exigência de uma “congruência de subjetividades” que partilham de uma mesma forma de vida é condição lógica necessária para a constituição da regra que determina o sentido da objetividade. Por esse motivo, para Wittgenstein (e Hart) um conceito de objetividade que fosse completamente independente de nossa perspectiva subjetiva (ou forma de vida) seria um *nonsense*. A sua afirmação apenas revela um erro gramatical (lógico) no uso do conceito de objetividade. Essa nova concepção de objetividade do mundo permitirá afirmar que o direito e seus conceitos são parte da realidade (e não uma ilusão, como afirmarão os realistas escandinavos) e que essa realidade não é redutível a fatos brutos. A realidade do direito depende de regras sociais e, dessa forma, depende de nós mesmos. Assim, ela não é passível de uma descrição “a partir de lugar nenhum”, isto é, externamente a nossa perspectiva humana manifesta em nossas formas de vida.

A hipótese anteriormente citada mostra a falta de sentido em casos que não há uma convergência de “formas de vida” revelando que o significado das palavras depende de um ponto de vista. Como pode-se notar, o argumento de Hart, isto é, de que as regras jurídicas são um fenômeno social, revela que a normatividade pretendida pela lei só pode ocorrer como processo interpretativo. Tal questão afasta-se, por exemplo, do positivismo radical de Kelsen, no qual o critério normativo e a moralidade das regras seriam totalmente distintas, e que “a validade de uma ordem jurídica positiva é independente da sua concordância ou discordância com qualquer sistema de Moral” (KELSEN, 1999, p. 47). Por outro lado, a tese de Hart considera que a regra tem validade fundado na regra de reconhecimento, e esta mesma abarca a regra social, conseqüentemente recorre a interpretação com ou sem juízo de valor das regras realizada pelos aplicadores do Direito. Em outras palavras, deve-se compreender simplesmente que as regras sociais são questões de fato social empiricamente observável, isto é, fatos sobre a prática dessas próprias regras.

A *análise pragmática* apontada por Hart requer um cuidado especial, pois não se trata de um mecanismo de correção interno, mas de um movimento que acontece a partir da práxis de outros elementos que fazem parte do contexto social. A linguagem, assim como escreve Wittgenstein em *Investigações*, é um conjunto de atividades (IF, 2011 § 22), e não apenas um artefato verbal ou simbólico. Com isso, as interpretações se traduzem em um importante critério do sistema jurídico, para o qual deveria haver uma regra de reconhecimento que sustentasse sua validade.

O tratamento interpretativo enfatizado por Hart serve para mostrar que, especialmente nos casos difíceis (CL, 1994, p. 314), caberá ao juiz o exercício do poder discricionário de esclarecer o significado da regra. Mas, quais seriam os limites deste “poder discricionário”? Não estaria criando uma competência legislativa e, por conseguinte, alterando o papel originário dos próprios Tribunais? Ao descrever o exercício de discricionariedade como atributo da função dos juízes, Hart revela que a consideração dos julgadores ultrapassa a concepção de “boca da

lei⁸⁰”. Em outras palavras, o pensamento hartiano parece apontar, para a ideia de que a literalidade de uma regra jurídica é uma ficção, uma vez ela sempre esbarra nos problemas da *textura aberta* e da *zona de penumbra*. Assim, os juízes não serão apenas “boca da lei”, como alguns críticos de Hart têm apontado, mas criadores do Direito (CL, 1994, p. 336).

3.2. O EXERCÍCIO DO PODER DISCRICIONÁRIO E SEUS LIMITES

Como já observado, Hart considera a *textura aberta* e *zona de penumbra* como questões indissociáveis do Direito. Isso ocorreria, fundamentalmente, por duas razões: a primeira, porque há áreas das regras sociais que independem do contexto jurídico; a segunda, porque para alcançá-las depende-se de uma análise da semântica dos termos. Deste modo, segundo Hart (CL, 1994, p. 148), “muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso”. A consideração do filósofo sobre o papel da discricionariedade atribuída aos juízes, como se pode notar, desencadeou diversas críticas de seus comentadores. Sebok (1999, p. 99), por exemplo, afirma que o conceito de discricionariedade proposto por Hart reflete dificuldades levantadas pelo uso de uma imagem wittgensteiniana de regras. Segundo Wittgenstein, as regras não são trilhos que determinam o significado de forma *a priori*, isto é, domina-se uma regra quando se sabe como jogar com ela.

Hart, neste caso, é enfático ao afirmar que quando investiga-se o significado de “alguma expressão importante, descobrimos que realmente não há discordância sobre o que a expressão significa - todos entendem claramente - e que a disputa é sobre a maneira pela qual o termo sustenta o uso” (Discr, 2013, p. 654). Os entraves de uma comunicação, segundo o autor, pautam-se nos diversos jogos de linguagem, e o significado de uma expressão pode ser obtido em função do seu uso dentro de um determinado contexto. A este respeito, Hart descreve que (Discr, 2013, p. 657-658):

Quando estamos considerando o uso de discricção na Lei, estamos considerando seu uso por funcionários que ocupam um cargo público responsável. Entende-se, portanto, que, se o que os funcionários devem fazer não é rigidamente determinado por regras específicas, mas lhes é dada uma escolha, eles escolherão responsavelmente considerando seu cargo e não cederão a fantasia ou mero capricho, embora possa, é claro, que o sistema falha em fornecer um remédio se eles satisfizerem seus caprichos. Talvez a posição possa ser esclarecida pela distinção entre o seguinte par de

⁸⁰ A expressão *bouche de la loi* ('boca da lei') foi originalmente utilizada na França após a Revolução Francesa (1789). Na obra *O Espírito das Leis* (1748), Montesquieu afirma “os juízes da nação são apenas, como já dissemos, a boca que pronuncia as palavras da lei” (2000, p. 175).

expressões: (1) a expressão “uma discricção”, que significa a autoridade para escolher, dada no entendimento de que a pessoa assim autorizada exercerá discricção em sua escolha; e (2) a expressão “discricção”, que significa um certo tipo de sabedoria ou escolha orientadora de deliberação, cujas características tentarei destacar a seguir⁸¹.

Os esforços interpretativos de Hart sobre aplicação de uma regra normativa apontam, como sustenta-se, para a ideia de que a discricionariiedade judicial implica, por vezes, na legitimação de uma arbitrariedade. Conforme sugere o próprio Hart, existe a possibilidade de que a discricionariiedade se torne um ato arbitrário. A primeira consequência que se tem, então, é que uma interpretação das regras “falha em fornecer um remédio se eles [juízes] satisfizerem seus caprichos” o que mostra, portanto, que a hipótese da *textura aberta* serviria apenas para corroborar uma leitura relativista. Segundo Peruzzo Júnior (2019, p. 183), por exemplo, a natureza da constituição das normas jurídicas “permanece(u) calcada sob os sulcos de problemas gramaticais. São nestes sulcos linguísticos [*ranuras, solcs, grooves, scanaleture*] que a apropriação jurídica é, não raras vezes, prefiguração de uma discricionariiedade arbitrária, seja ela legislativa ou judiciária”. Mas como a discricionariiedade pode, então, cumprir seu papel sem tornar-se um exercício de poder arbitrário insuflado pela leitura relativista da linguagem?

Postema (2011, p. 270) afirma que a questão da *textura aberta* nas regras jurídicas permite aos juízes e operadores da lei considerar uma ampla variedade de circunstâncias no significado normativo. Entretanto, já a constatação da *zona de penumbra* nas regras possibilita que as escolhas dos juízes possam resolver as disputas e questionamentos fazendo uso do poder da discricionariiedade. Ela não seria arbitrária, segundo Hart, porque o fenômeno de criação de leis no contexto do judiciário estaria evidenciado por uma regra de reconhecimento. Postema (2011, p. 324) esclarece que

mesmo na penumbra, a discricção judicial é restringida e disciplinada por fatores internos à prática jurídica - entre eles o raciocínio analógico, uma busca por princípios legais mais profundos por trás das regras superficiais, um senso geral de justiça e

⁸¹ Tradução nossa: “When we are considering the use of discretion in the Law we are considering its use by officials who are holding a responsible public office. It is therefore understood that if what officials are to do is not rigidly determined by specific rules but a choice is left to them, they will choose responsibly having regard to their office and not indulge fancy or mere whim, though it may of course be that the system fails to provide a remedy if they do indulge their whim. The position may perhaps be clarified by distinguishing between the following pair of expressions: (1) the expression “a discretion”, which means the authority to choose given on the understanding that the person so authorized will exercise discretion in his choice; and (2) the expression “discretion”, which means a certain kind of wisdom or deliberation guiding choice, the characteristics of which I shall try to bring out in what follows”.

igualdade sob a lei e uma demanda por tanta imparcialidade quanto um juiz pode reunir⁸².

Se, por um lado, Postema indica que a discricção judicial está adstrita aos fatores da prática jurídica, por outro, Shapiro (2007, p. 17) compreenderá que “a doutrina de Hart sobre discricção judicial não se baseia em um modelo de regras. Baseia-se, antes, em uma imagem da lei que privilegia atos sociais de orientação autorizada”. De qualquer modo, o poder discricionário é um problema que corre paralelamente a outras questões como, por exemplo, a não regulação de certos comportamentos ou a intencionalidade atribuída aos conceitos. Hart estaria sugerindo, como parece, que o ativismo jurídico não é um problema político que estaria enredado com a identificação daqueles que possuem a competência de julgar. Ao contrário, o cenário de “desconfiança” na aplicação das regras seria ocasionado por estes conflitos internos das próprias regras e da linguagem.

Um dos críticos do positivismo jurídico, em especial ao tratamento dispensado à validade última do ordenamento jurídico, é Ronald Dworkin. Segundo ele, a representação do modelo de regras atribuída ao pensamento hartiano falha porque as regras de reconhecimento, em primeiro lugar, são uma espécie de teste fundamental que acaba esbarrando naquilo que é inédito. Logo, elas mesmas não conseguiriam se sustentar, exceto apelando para uma ideia de poder discricionário em sentido forte. Dworkin (2002, p. 80), em *Levando os Direitos à Sério*, (1977), descreve que

Ele [Hart] acredita que em todo sistema legal as condições práticas são satisfeitas - através do comportamento dos juízes - por uma regra social que impõe um dever de identificar e aplicar certos padrões como sendo expressão do direito. Se, em uma determinada comunidade, tais funcionários (a) aplicam regularmente, ao tomar suas decisões, as regras estabelecidas pelo Poder Legislativo; (b) justificam essa prática apelando à “regra” segundo a qual os juízes devem seguir as determinações do Poder Legislativo; (c) censuram qualquer autoridade que não siga a regra.

Dworkin caracteriza o positivismo de Hart como fundamentado na tese da obrigação, ou seja, os juízes teriam a obrigação de aplicar uma regra sempre que dela se possa extrair de forma clara uma obrigação. Entretanto, em casos complexos que apresentem uma indeterminação, os juízes poderiam agir discricionariamente em sentido forte. Tentando desatar os problemas da crítica, Hart (CL, 1994, p. 335) se defende esclarecendo que

⁸² Tradução nossa: “So, even in the penumbra, judicial discretion is constrained and disciplined by factors internal to legal practice—among them analogical reasoning, a search for deeper legal principles behind surface rules, a general sense of justice and equality under the law, and a demand for as much impartiality as a judge can muster”.

O conflito directo mais agudo entre a teoria jurídica deste livro [*O Conceito de Direito*] e a teoria de Dworkin é suscitado pela minha afirmação de que, em qualquer sistema jurídico, haverá sempre certos casos juridicamente não regulados em que, relativamente a determinado ponto, nenhuma decisão em qualquer dos sentidos é ditada pelo direito e, nessa conformidade, o direito apresenta-se como parcialmente indeterminado ou incompleto. Se, em tais casos, o juiz tiver de proferir uma decisão, em vez de, como Bentham chegou a advogar em tempos, se declarar privado de jurisdição, ou remeter os pontos não regulados pelo direito existente para a decisão do órgão legislativo, então deve exercer o seu *poder discricionário* de *criar* direito para o caso, em vez de aplicar meramente o direito estabelecido preexistente. Assim, em tais casos juridicamente não previstos ou não regulados, o juiz cria direito novo e aplica o direito estabelecido que não só confere, mas também restringe, os seus poderes de criação do direito.

Hart, como se pode notar, afirma que a acusação de que casos juridicamente não regulados confeririam mais poder discricionário ao juiz não exclui a necessidade de aplicação do direito pré-existente. O equívoco de Dworkin, segundo Hart, é que o juiz é legitimado para criar o direito, não porque lhe seja facultado o exercício de órgão legislativo, mas porque os casos previstos e não regulamentados não poderiam ser analisados antes mesmo de sua existência. Por outro lado, Dworkin afasta-se desta leitura por considerar que os elementos que servem para fundamentar uma decisão jurídica não podem partir de um campo extrajurídico. Assim, se as justificativas não podem ser encontradas no conteúdo das regras, então, deveria haver princípios através dos quais os magistrados pesariam seus atos decisórios.

Na leitura de Sebok, por exemplo, um impasse pode ser encontrado porque Hart se utiliza de uma abordagem wittgensteiniana das regras para afirmar que há uma distinção entre um núcleo básico das regras e a *zona de penumbra*. É importante salientar, porém, que as regras não possuem um conteúdo, mas são a própria condição do jogo. Assim, Sebok (1999, p. 99) afirma que “primeiro, as regras legais não parecem se comportar como as regras wittgensteinianas e, segundo, a teoria de Hart parecia sugerir que toda interpretação na penumbra criou uma nova regra”⁸³.

Na mesma direção de Sebok, Shapiro (2007, p. 4) salienta que o debate de Hart-Dworkin diz respeito “a questões díspares como a existência de discricção judicial, o papel da política na adjudicação, os fundamentos ontológicos de regras, a possibilidade de jurisprudência descritiva, a função do direito, a objetividade do valor, a imprecisão de conceitos e a natureza

⁸³ Tradução nossa: “By taking a Wittgensteinian approach to the theory of legal rules, Hart solved some problems (it explained the core/penumbra distinction) but raised some further difficulties (first, legal rules do not seem to behave like Wittgensteinian rules, and second, Hart's theory seemed to suggest that every interpretation in the penumbra created a new rule)”.

da inferência legal”⁸⁴. Entretanto, o autor indica que a solução apontada por Dworkin seria mais satisfatória, uma vez que os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm, isto é, quando eles se cruzam poder-se-ia resolver o conflito levando-se em conta a força relativa de cada um. A discricionariedade, portanto, não seria um puro ato arbitrário, pois a mensuração do julgamento, mesmo que ocorram choques entre os princípios, poderia fazer uso das decisões históricas como forma de solucionar mais significativamente a questão.

Quando Dworkin atacou a questão da discricionariedade judicial acolhida por Hart, segundo Macedo Júnior (2013, p. 286), indicou que “ela seria uma consequência necessária da construção teórica desse autor e que seria equivocada justamente pelo fato de o jurista inglês não admitir a existência das razões morais anteriormente indicadas”. Portanto, Dworkin consideraria que o positivismo metodológico hartiano, infelizmente, continua privilegiando a função de descrever o Direito independentemente de qualquer tipo de consideração valorativa ou moral. Este problema, por sua vez, faria com que o poder discricionário esbarrasse na contramão de uma atividade descritiva, avaliativa e crítica.

De qualquer modo, tanto Hart como Dworkin parecem concordar que o problema do poder discricionário está na suposição de que as decisões não poderiam privilegiar a justificativa daquele que possui a competência de julgar. Regras ou princípios, embora conceitualmente distintos, não eliminam o ranço semântico e a natureza interpretativa do conteúdo. A ilusão seria supor, como recorda Hart em uma de suas passagens, que os juízes devam decidir “de acordo com as suas próprias crenças e valores” (CL, 1994, p. 336), desconsiderando o peso da moralidade como algo indissociável das interlocuções do sistema jurídico.

3.3. A IMPRECISÃO DAS REGRAS NORMATIVAS E OS LIMITES DA VALIDADE JURÍDICA

A obra *O Conceito de Direito* apresenta uma série de teses sobre a compreensão do que seja o Direito. Entre os apontamentos estão a consideração do Direito como uma prática social complexa formada de regras primárias e secundárias, destacando a regra de reconhecimento, que não precisa necessariamente incluir questões morais entre os critérios normativos. Hart

⁸⁴ Tradução nossa: “Thus, the Hart-Dworkin debate concerns such disparate issues as the existence of judicial discretion, the role of policy in adjudication, the ontological foundations of rules, the possibility of descriptive jurisprudence, the function of law, the objectivity of value, the vagueness of concepts, and the nature of legal inference”.

defendeu que seu objetivo foi o de “fornecer uma teoria sobre o que é o direito, que seja, ao mesmo tempo, geral e descritiva” (CL, 1994, p. 300) que não dependa de argumentos normativos ou valorativos para identificar e explicar a prática analisada, ou seja, na medida em que é moralmente neutro e não tem propósitos de justificação.

Hart esclarece que as suas considerações abordadas na obra *O Conceito de Direito* “não apresenta qualquer pretensão de identificar o cerne ou a finalidade do direito e das práticas jurídicas enquanto tais” (CL, 1994, p. 310). Neste sentido, o destaque da *textura aberta*, explica que toda regra legal é caracterizada por ‘indeterminação de objetivo’ e ‘indeterminação de fato’. E a visão wittgensteiniana de uma regra, conforme esclarece Sebok (1999, p. 96), afirmando que “nenhum objetivo único jamais poderia ser construído em todos os aspectos de suas aplicações. Para Hart, um precedente da lei comum e a linguagem geral em um estatuto eram ilustrações de como as instâncias-padrão marcavam os limites da imprecisão”. Hart (CL, 1994, p. 314) afirma que seu ponto de vista é o

de que as regras e os princípios jurídicos, identificados em termos gerais pelos critérios fornecidos pela regra de reconhecimento, têm, muitas vezes, o que designo, com frequência, por ‘*textura aberta*’, de forma que, quando a questão é de saber se uma dada regra se aplica a um caso concreto, o direito é incapaz de determinar uma resposta em qualquer dos sentidos e, assim, vem a provar-se que é parcialmente indeterminado. (grifos nossos)

A indeterminação linguística do Direito apontada reflete no interesse de ordem pública sobre uma decisão judicial, ou seja, uma interpretação normativa realizada por uma autoridade legal, os funcionários⁸⁵ (CL, 1994, p. 1). A partir deste ponto de vista, compreende-se que o exercício do poder discricionário pelos tribunais e por outros funcionários, ocorre na pretensão de “tornarem precisos padrões que eram inicialmente vagos, ao resolverem as incertezas das leis ou ao desenvolverem e qualificarem as regras comunicadas, apenas de forma imperfeita, pelos precedentes dotados de autoridade” (CL, 1994, p. 149). Deste modo, considera-se que o Direito possui dupla característica de indeterminação, seja ela linguística, e ou factual, uma vez que “os legisladores humanos não podem ter tal conhecimento de todas as possíveis combinações de circunstâncias que o futuro pode trazer. Esta incapacidade de antecipar acarreta consigo uma relativa indeterminação de finalidade” (CL, 1994, p. 141).

Dworkin, por sua vez, aponta que o pensamento de Hart apresenta equívocos ao considerar o Direito como um sistema de regras onde o critério de validade social, a regra de

⁸⁵ No original Hart utilizou o vocábulo inglês “*officials*” que foi traduzido em algumas passagens como “funcionários” e noutras como “autoridades”. Aqui, principalmente importa a decisão dos aqueles que possuem poderes de discricionários para interpretar e aplicar as regras normativas.

reconhecimento, não teria nada a ver com seu conteúdo normativo. Segundo Postema (2011, p. 317) a regra do reconhecimento é o último padrão de validação no sistema jurídico⁸⁶. Este padrão de validade normativa é criticado por Dworkin, ao passo que descreve a regra de reconhecimento como tese *pedigree*. Segundo Postema (2011, p. 405):

a tese de pedigree sustenta que a lei de uma comunidade é um conjunto de padrões determinados como leis válidas da comunidade por critérios preocupados apenas com o modo como eles foram estabelecidos com autoridade e, portanto, não com a moral ou razoabilidade moral de seu conteúdo. Os padrões legais válidos para um determinado sistema jurídico consistem em todos e somente aqueles que atendem ao teste de linhagem do sistema⁸⁷.

Nas palavras de Macedo Junior (2013, p. 160), a crítica denominada *pedigree* “se refere à tese das fontes sociais do direito (*source thesis*)”. Noutra crítica a Hart, Dworkin discorda da afirmação que “a regra de reconhecimento apenas existe como uma prática complexa, mas normalmente concordante, dos tribunais, dos funcionários e dos particulares, ao identificarem o direito por referência a certos critérios. A sua existência é uma questão de fato” (CL, 1994, p. 121). Dworkin compreende que a regra de reconhecimento se refere à tese da convencionalidade. Hart, por sua vez, responde à crítica recebida afirmando que “esta versão interpretativa do positivismo como convencionalismo não pode ser apresentada como uma versão plausível, ou como uma reconstrução plausível da minha teoria do direito” (CL, 1994, p. 310). Neste sentido esclarece Raz (1985, p. 125) sobre o pensamento hartiano:

Afirmar que em todo sistema jurídico existe uma regra de reconhecimento, não implica dar uma explicação sistemática e razoável dos limites de um sistema jurídico baseado em soluções, aceitas ou propostas, para toda a diversidade de problemas jurídicos como os mencionados. [...] Tentar formular critérios de validade baseados em práticas judiciais complexas que estão em constante mudança, necessariamente vagas e quase incompletas, envolve não apenas sensibilidade jurídica e conhecimento teórico, mas também julgamento sensato e razoável. decisões avaliativas. A teoria de Hart leva a um ponto em que a fronteira entre a teoria jurídica analítica e a teoria jurídica crítica, ou seja, onde a distinção entre teoria geral e teoria do direito em particular começa a desaparecer. No entanto, o próprio Hart não passa por isso, mas imagina as ferramentas conceituais para lidar com problemas específicos e críticos, mas ele não lida com esses problemas⁸⁸.

⁸⁶ Tradução nossa: “The rule of recognition is the ultimate validating standard in the legal system”.

⁸⁷ Tradução nossa: “The pedigree thesis holds that the law of a community is a set of standards determined to be valid law of the community by criteria concerned solely with how they were authoritatively established, and thus not by the moral rightness or reasonableness of their content. Valid standards of law of a given legal system consist of all and only those that meet the system’s pedigree test”.

⁸⁸ Tradução nossa: “Afirmar que em todo sistema jurídico existe una regla de reconocimiento, no implica dar una explicación sistemática y razonable de los límites de un sistema jurídico basado en soluciones, aceptadas o propuestas, para toda la diversidad de problemas jurídicos como los mencionados. [...] Tratar de formular criterios

A consideração de Raz explica a posição de Hart em sustentar a validade das regras a partir da regra de reconhecimento. Semelhante apontamento aparece nas palavras de Alexy (2011, p. 147) “Hart deduz a existência da *rule of recognition* de sua aceitação, que se manifesta na prática jurídica, e a utiliza como fundamento para a validade de todas as outras regras jurídicas”, e sugere que a dificuldade reside no conceito de aceitação. Outra razão de Dworkin ao criticar o pensamento hartiano é descrita na obra *O Império do Direito* (1999, p. 40):

Quando os filósofos da linguagem desenvolveram teorias mais sofisticadas do significado, os filósofos do direito tornaram-se mais cuidadosos em suas definições, e passaram então a afirmar que estavam descrevendo o “uso” dos conceitos jurídicos, com o que queriam dizer, em nosso vocabulário, as circunstâncias nas quais as proposições jurídicas são consideradas como verdadeiras ou falsas por todos os juristas competentes. Em minha opinião, porém, isso não foi muito além de uma troca de embalagem; de qualquer modo, pretendo incluir as teorias sobre o “uso” no grupo das teorias semânticas do direito, bem como as teorias anteriores, que tinham um caráter de definição mais claro.

A metodologia analítica utilizada por Hart para investigar os significados das regras através de seus usos semânticos e explicar a imprecisão de um sistema jurídico é nitidamente atacada por Dworkin. Segundo Macedo Junior (2013, p. 180), há contraposição ao pensamento hartiano quando Dworkin “procura descrever a genealogia do erro filosófico que está na raiz dessa teoria, notadamente a pressuposição semântica para a correta descrição do conceito de direito que ele denominará de “*agulhão semântico*” ou “*ferroada semântica*” (*semantic sting*)”. Ou seja, Dworkin afirma que (2006, p. 225):

deveria agora caracterizar o agulhão de maneira mais ampla: está no pressuposto de que todos os conceitos dependem de uma prática linguística [...] uma prática que marca a extensão do conceito por meio de critérios compartilhados de aplicação ou anexando o conceito a um tipo natural distinto. A infecção do agulhão semântico, devo dizer agora, é a suposição de que todos os conceitos de direito, inclusive doutrinário, dependem de uma prática convergente em um desses dois tipos. A patologia do agulhão semântico permanece o mesmo. Os advogados que são picados supõem que uma análise do conceito de direito deve se encaixar - e apenas se encaixar - no que os advogados concordam principalmente com o direito⁸⁹.

de validez basados en las prácticas complejas de los tribunales las cuales cambian constantemente, que son por fuerza vagas y ciertamente casi incompletas, supone no sólo sensibilidad jurídica y conocimiento teórico sino, además, sano juicio y razonables decisiones valorativas. La teoría de Hart conduce a donde la frontera entre teoría jurídica analítica y teoría jurídica crítica, es decir, donde la distinción entre teoría general y teoría particular del derecho, comienza a obscurecerse. Sin embargo, Hart mismo no la atraviesa, más bien prevé los instrumentos conceptuales para tratar con problemas particulares y críticos, pero no trata esos problemas”.

⁸⁹ Tradução nossa: “I should now characterize the sting more broadly: it lies in the assumption that all concepts depend on a convergent linguistic practice of the kind I described in the Introduction: a practice that marks out concept's extension either through shared criteria of application or by attaching the concept to a distinct natural kind. The infection of the semantic sting, I shall now say, is the assumption that all concepts of law, including

Para Hart a crítica de Dworkin ignora o “reconhecimento explícito de que a regra de reconhecimento pode incorporar, como critérios de validade jurídica, a conformidade com princípios morais ou com valores substantivos” (CL, 1994, p. 312). Eis, aqui, a principal novidade do pensamento hartiano, o positivismo moderado apresenta uma filosofia jurídica descritiva, fundamentada em regras sociais que atribui autoridade à regra de reconhecimento. Hart escreve que tem “dificuldade em seguir as razões precisas de Dworkin para rejeitar a teoria jurídica descritiva” (CL, 1994, p. 303). Assim, MacCormick (2010, p. 37) esclarece que

a regra de reconhecimento estabelece os critérios que determinam a validade de todas as outras regras de um sistema jurídico particular. Enquanto as regras secundárias de julgamento e alteração conferem poder, a regra de reconhecimento impõe deveres sobre aqueles que têm poder de agir como juízes e também têm o dever como juízes de aplicar todas e apenas as regras que satisfaçam certos critérios mais ou menos específicos de validade. Então o corpo de regras que esses juízes têm o poder de aplicar possui um conteúdo relativamente determinado ou determinável.

Para o positivismo jurídico analítico de Hart, a regra de reconhecimento funciona como um remédio sobre a questão da *textura aberta* do Direito, resultado da imprecisão linguística na qual se fundamenta as regras jurídicas. Dessa forma, a tolerância com uma margem de incerteza linguística nas regras jurídicas possibilita um saldo positivo na consideração de Hart, “de forma que pudesse tomar-se uma decisão judicial inteligente quando a composição do caso não previsto fosse conhecida e as questões em jogo na sua decisão pudessem ser identificadas e, assim, resolvidas racionalmente” (CL, 1994, p. 313). Importante destacar que a imprecisão das regras descrita por Hart não implica num sistema normativo indeterminado ou sem validade. Postema (2011, p. 323) esclarece que

Foi um erro fundamental, argumentou Hart, inferir da inevitável indeterminação da lei, que a lei era em toda parte e irremediavelmente indeterminada, não fornecendo orientação para o raciocínio jurídico. Tal “ceticismo de regras” falhou em reconhecer que, apesar de suas incertezas e indeterminações, regras legais, eles eram capazes de funcionar como guias para raciocínio e comportamento práticos precisamente porque a incerteza e a “textura aberta” na penumbra das regras surgem em torno de um núcleo da aplicação determinada das regras, um núcleo que é fixado não por alguma regra ou norma adicional, mas por “acordo geral em julgamentos quanto à aplicabilidade” das regras a casos particulares⁹⁰.

doctrinal, depend on a convergent practice in one of these two types. The pathology of the semantic sting remains the same. Lawyers who are stung will suppose that an analysis of the concept of law must fit - and only fit - what lawyers mainly agree is law”.

⁹⁰ Tradução nossa: “It was a fundamental mistake, Hart argued, to infer from law’s inevitable indeterminacy, that law was everywhere and irremediably indeterminate, providing no guidance for legal reasoning. Such ‘rule-skepticism’ failed to recognize that despite their uncertainties and indeterminacies, legal rules, they were able to

Assim, para Hart, a função importante da regra de reconhecimento consiste em promover a certeza com que o direito deve ser declarado (CL, 1994, p. 313). As incertezas ou indeterminações das regras “hão-de ser resolvidas, algo que apresenta a natureza de uma escolha entre alternativas abertas tem de ser feito por aquele que tem de as resolver” (CL, 1994, p. 140). Deste modo, mesmo que a linguagem geral de uma regra expresse guie de um modo incerto, cabe ao juiz o poder discricionário de remediar o Direito. “Quando a lei é clara, ela deve ser aplicada de acordo com seus termos e onde é incerta (na “penumbra” das regras), os funcionários devem exercer sua discricção objetiva e imparcialmente”⁹¹ (POSTEMA, 2011, p. 334-335). Neste sentido, explica Peruzzo Júnior (2019, p. 187):

A imprecisão da linguagem jurídica não é, propriamente, apenas um problema linguístico, onde a solução possa ser derivada da escolha de um conjunto de enunciados dos quais se possam deduzir premissas normativas ausentes, [...] partindo do pressuposto wittgensteiniano, é constitutiva da compreensão figurativa da realidade, isto é, da não-pressuposição de que um modelo realista possa englobar a natureza dos fenômenos enquanto tal. Um jogo de linguagem descritivo/prescritivo, é na melhor das hipóteses, um empreendimento alicerçado por semelhanças com outros jogos descritivos/prescritivos. Normas, assim como conceitos, não funcionam aquém de um fundamento contextualista, homogeneizado pela interdependência que lhe é característica.

Em resumo, afirmar que em todo sistema jurídico existe uma regra de reconhecimento, não implica dar uma explicação sistemática e razoável dos limites de um sistema jurídico baseado em soluções, aceitas ou propostas, para toda a diversidade de problemas jurídicos como os mencionados. Revela critérios de validade baseados em práticas judiciais complexas que estão em constante mudança, necessariamente vagas e quase incompletas, envolve não apenas sensibilidade jurídica e conhecimento teórico, mas também julgamento sensato e razoável. O pensamento hartiano se valerá, portanto, das *ferramentas* conceituais wittgensteinianas para lidar com problemas críticos do relativismo jurídico e a imprecisão linguística.

function as guides for practical reasoning and behaviour precisely because the uncertainty and ‘open texture’ in the penumbra of the rules arises around a core of determinate application of the rules, a core that is fixed not by some further rule or norm but by ‘general agreement in judgments as to the applicability’ of the rules to particular cases (CL, 1994, 126)”.

⁹¹ Tradução nossa: “When the law is clear, it should be applied according to its terms, and where it is uncertain (in the ‘penumbra’ of the rules), officials should exercise their discretion objectively and impartially”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nossa pesquisa não é sobre encontrar o significado exato e adequado das palavras; mas geralmente damos às palavras, no decorrer de nossa pesquisa, significados exatos.

(WITTGENSTEIN, *Zettel*, § 467).

O retrato jurídico-filosófico da obra de Hart mostra que a compreensão das *regras* jurídicas delimita a estrutura metodológica e conceitual. Assim, a mesma configura um argumento basilar na investigação sobre a natureza do Direito e, conseqüentemente, nos esboços da ideia de *justiça*, especialmente por resgatar a filosofia da linguagem dos escritos tardios de Wittgenstein. A partir deles, a possibilidade desta inferência é essencialmente promovida, quanto a semântica da linguagem, uma atividade intrínseca ao ordenamento jurídico. Deste modo, ao apresentar uma leitura da questão da *textura aberta* e do papel que os conceitos desempenham na interpretação e sentido das regras jurídicas, bem como outros aspectos do método interpretativo de Hart, busca-se sustentar que a influência wittgensteiniana exerce uma função significativa como ponto de dissolução do positivismo jurídico analítico.

Inicialmente partindo da proposta de mostrar que o sentido de uma análise conceitual se une ao positivismo jurídico, ousa-se afirmar que este se configura como uma analiticidade do Direito, uma vez que ele busca a natureza das regras e os significados das palavras. Observa-se que na obra *O Conceito de Direito*, portanto, Hart afirmou que a fragilidade de um sistema de jurídico não está pautada apenas em regras impositivas ou de coerção, pois o autor ressalta a necessidade de critérios flexíveis para o significado e a adequação das regras ao ordenamento jurídico. Assim, a tese de que o Direito é um complexo de regras – e não apenas regras coercitivas – deve abarcar também aquelas *descritivas* e *prescritivas*. Agora, se todas elas requerem uma espécie de interpretação semântica que advém de elementos atribuídos à filosofia da linguagem, então, a condição de possibilidade para a compreensão de sua significação é *exercício prático*.

Com base no argumento de que o positivismo jurídico antecedente, especialmente aquele kelseniano, não abrangeu a dinamicidade que o Direito exige em seu funcionamento, Hart apresenta as regras secundárias, as regras de reconhecimento (*rule of recognition*), as regras de alteração (*rules of change*) e as regras de julgamento (*rules of adjudication*) como um tipo de diagnóstico para pensar a complexidade do sistema social. Neste olhar ampliado do

positivismo, a filosofia hartiana mostra a hipótese de que as palavras empregadas nos enunciados das regras nem sempre são claras, e a ausência de clareza dos termos revela que a *textura aberta do direito* é um movimento conduzido pelos contornos da linguagem ao estilo daquilo que escreve Wittgenstein em *Investigações*, particularmente na metáfora das ferramentas.

Entre as diferentes concepções do positivismo jurídico, as quais são distintas da proposta de Hart, viu-se que para Kelsen as ciências jurídicas possuem um formalismo cujos critérios semânticos devem obedecer à *moldura* que a lei empresta às palavras em um enunciado. Este ponto é bastante distinto entre os autores, posto que uma moldura permite aplicar limites à significação dos termos enquanto a *textura aberta*, como apontado por Hart, expressa a possibilidade de uma abertura aos significados. Com esta distinção, Hart inaugura um positivismo mesclado de regras de obrigação (regras primárias) e regras secundárias, as quais ampliam a própria compreensão de Direito. A partir da hipótese deste trabalho, constata-se que no pensamento hartiano o significado das palavras se mostra em seu *uso*, ou seja, na forma como a palavra é utilizada nos mais diferentes modos e de acordo com as regras que coordenam sua práxis. A partir disso, aproxima-se o pensamento hartiano da concepção wittgensteiniana acerca dos conceitos, do significado das palavras, isto é, daquilo que o autor austríaco denominou de *jogos de linguagem e seguimento de regras*. Por sua vez, estes assumem um papel crucial nos escritos tardios da obra de Wittgenstein, sendo responsáveis por marcar uma geração de autores nas mais variadas áreas de investigação – da ciência à religião.

Já no segundo capítulo desse trabalho, apresenta-se a discussão sobre as várias formas de compreensão do conceito de *textura aberta* e, particularmente, da prática de *seguir regras*. Ao sustentar a aproximação do pensamento de Hart ao das *Investigações de Wittgenstein*, questionamentos à compreensão hartiana podem ser associadas a uma visão wittgensteiniana, sem esquecer que a origem do termo nasce de uma controvérsia dos trabalhos de Waismann, um leitor do filósofo vienense. Segundo Waismann, o termo *textura aberta* não descrevia um núcleo semântico ou uma zona de penumbra das palavras, e sequer se relacionava com regras jurídicas. De qualquer modo, Hart sustenta que a *textura aberta* reconhece que as palavras possuem um núcleo de significado, pois suas beiradas ou margens permitem ampliar o horizonte interpretativo. Se esta tese for correta, então, a aproximação de Hart ao pensamento wittgensteiniano fica enfraquecida, posto que para o segundo não há qualquer compreensão de um núcleo semântico que direciona o sentido das palavras, mas apenas *semelhanças de família*.

A função das regras na filosofia tardia de Wittgenstein, por sua vez, parece não ser a mesma que pode ser encontrada no pensamento de Hart. Quando o filósofo austríaco diz que seguir uma regra só é possível quando se compreende uma habilidade (*habitus*), o filósofo claramente estabelece um critério para afirmar em que momento nasce o significado e, conseqüentemente, a compreensão. Dessa maneira, não há a compreensão das regras ou casos-padrão antes da *prática* de uma regra, uma vez que o conteúdo conceitual é revelado nesta espécie de exercício. A *textura aberta*, assim, corresponderia a uma imagem calcada na imprecisão semântica que pretende abandonar o modelo ostensivo de linguagem e quaisquer bases metafísicas.

A hipótese de Hart sobre a prática jurídica também se mostra no reconhecimento de que regras sociais validam a aplicação das regras jurídicas caracterizando, assim, uma possível releitura dos escritos de Wittgenstein. Neste sentido, as regras jurídicas se assemelham à concepção wittgensteiniana de *práxis*, isto é, à legitimidade que nasce a partir do uso da própria linguagem. Com a demonstração das concepções dos filósofos, tenta-se iluminar o caminho da questão semântica e traçar a influência da filosofia da linguagem no itinerário hartiano. Percorrendo este trajeto, pode-se notar a forma distinta dos aspectos de usos das palavras e, conseqüentemente, como a ideia de seguimento de regras é significativa na instanciação de um conteúdo, seja ele jurídico ou não. A congruência entre os autores, por sua vez, não exclui a influência de uma compreensão filosófica sobre a ideia de *justiça* e, implicitamente, sobre os horizontes da linguagem com o mundo. A este respeito Hart confessa, por exemplo, ter lido o *Blue Book* de Wittgenstein.

A influência de Wittgenstein no desenvolvimento da filosofia jurídica de Hart teve como resultado, particularmente, uma espécie de corroboração indireta na argumentação sobre a possibilidade de que os significados das palavras se orientem pelas regras sociais. É neste movimento que se dinamiza a aplicação jurídica e sem a qual haveria uma esterilidade no plano formalista da concepção de justiça. Por isso, neste trabalho mostra-se como as regras e o processo de significação, no pensamento wittgensteiniano, diferem da argumentação de Hart, posto que encontra-se entre as concepções hartianas que a definição de uma palavra fornece um mapa, isto é, serve como um guia para o uso das palavras (CL, 1994, p. 45).

E, por fim, no terceiro capítulo, argumenta-se sobre a penumbra do Direito e a questão normativas das regras. O modo como Hart entende a estrutura jurídica e os mecanismos da linguagem instituem um problema que é aquele do exercício do poder discricionário. Segundo Hart (CL, 1994, p. 148), “muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos

tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso”. Isso acaba revelando os próprios pontos obscuros das regras jurídicas e, portanto, permitem ver a admissão de que o contato da linguagem com os fatos não é meramente um exercício arbitrário. Para Hart, o remédio para esse problema é a atribuição aos juízes da função interpretadora da lei, isto é, a capacidade de agir em função dos melhores interesses e resultados. Aos juízes, portanto, cabe a atividade de descrever os conceitos aplicados às regras jurídicas, uma vez que o reconhecimento da *textura aberta* não diminuiu a vagueza do Direito.

Segundo a tese investigada neste trabalho, para Hart a validade e o sentido das regras jurídicas dependem de critérios linguísticos analisados contextualmente pela autoridade jurídica. Assim, ainda que as regras possuam diferentes possibilidades de aplicação, a “escolha entre as alternativas que a lei deixa em aberto” (CL, 1994, p. 166) sugere que a solução depende do próprio exercício legislativo. Uma das críticas que possibilitaria esta discussão é aquela feita por Dworkin (2006, p. 225), na qual o autor descreve que a filosofia de Hart possui uma “infecção do agulhão semântico”, isto é, a “suposição de que todos os conceitos de direito, inclusive doutrinário, dependem de uma prática”. Segundo Dworkin, portanto, o pressuposto hartiano de que todos os conceitos dependem de uma prática linguística para fundamentar uma decisão jurídica esbarram em uma justificação que é advinda de um campo extrajurídico. Isso, por sua vez, abriria margem para uma infinidade de outros problemas.

Não obstante, este trabalho procurou revelar que existem aspectos fundamentais entre a *textura aberta* do Direito e os propósitos da filosofia da linguagem de Wittgenstein, embora este último não fosse adepto a quaisquer tipos de filiações. Em última instância, a distinção entre os autores diz respeito ao tratamento dispensado à linguagem e à capacidade de falar significativamente sobre as coisas. O tratamento dispensado por cada autor sobre tais questões abre espaço para pensar a ideia de (in)existência de um núcleo semântico na linguagem, isto é, daquilo que permite realizar o processo de compreensão dos conteúdos a partir da *práxis humana*. Assim, ainda que Hart e seus críticos (Alexy, Dworkin, Fuller, entre outros) tenham recebido alguma influência das concepções wittgensteinianas, isso não significa negar que a análise das regras não constitua o arcabouço fundamental que está por trás da estrutura jurídica.

Por fim, as possíveis perspectivas entre o positivismo moderado de Hart e a filosofia da linguagem das *Investigações* de Wittgenstein, denotam que as referências ou evidências de uma ideia de Justiça se baseiam nos critérios de *práxis semântica*. Deste modo, a percepção de um relativismo linguístico no Direito é derivada, essencialmente, de uma questão filosófica

profunda que vê na terapia gramatical a nova metodologia para o crivo do conteúdo jurídico. Hart, portanto, não deve ser lido como um autor inserido no quadro das referências tradicionais do positivismo, uma vez que o uso das palavras, nas pegadas de Wittgenstein, permanece aberto e os seus significados são um movimento interligado ao conjunto de uma série de outras práticas que compõem a linguagem.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- AUSTIN, John. **Lectures on Jurisprudence**. London: John Murray, Albemarle Street, 1880.
- _____. **The Province of Jurisprudence Determined**. 1832. Retirado da 5ª. edição de Robert Campbell, 1885. Disponível em <<https://www.nlnrac.org>> Acesso 19 fev. 2020.
- BAKER, G. P.; HACKER P. M. S. **Wittgenstein: Rules, Grammar and Necessity**. Essays and Exegesis of §§185–242 V. 2 Second, extensively revised edition. Singapura: Blackwell, 2009.
- BENTHAM, Jeremy. **The Works of Jeremy Bentham**. V. 1. Published under the Superintendence of his Executor, John Bowring (Edinburgh: William Tait, 1838-1843). 11 vols. Vol. 1. Disponível em <<https://oll.libertyfund.org/titles/2009>> Acesso 19 fev. 2020
- BIX, Brian. H. L. A. HART and the “Open texture” of Language. In: **Law and Philosophy** 10: 51-72, 1991, Oxford: Clarendon Press, 1993. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/3504835?seq=1>> Acesso 19 fev. 2020.
- _____. **Law, Language, and Legal Determinacy**. Oxford: Oxford University Press, 1993.
- _____. Hart and The Hermeneutic Turn in Legal Theory. 52 In: **SMU Law Review** 167 (1999). Disponível em <<https://scholar.smu.edu/smulr/vol52/iss1/17>> Acesso 19 fev. 2020.
- _____. Waismann, Wittgenstein, Hart, and Beyond: The Developing Idea of ‘Open Texture’ of Language and Law. In: **Friedrich Waismann The Open Texture of Analytic Philosophy**. Editado por Dejan Makovec e Stewart Shapiro. Suíça: Palgrave Macmillan, 2019.
- BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito**. Tradução e notas Marcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.
- _____. **Teoria da Norma Jurídica**. Tradução Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Batista. 2ª edição. Bauru - SP: EdoPRO, 2003.
- BODENHEIMER, Edgar. **Jurisprudence: The Philosophy and Method of the Law**. Revised Edition. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press 1981.
- BUNIKOWSKI, Dawid. The Origins of Open Texture in Language and Legal Philosophies in Oxford and Cambridge. In: **Oxford Journal of Legal Studies**, 2015. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2725400>> Acesso em 19 fev. 2020.
- COELHO, Vinicius Azevedo. O positivismo jurídico contemporâneo: direito e autoridade. In: **Revista Direito Mackenzie** v. 8, n. 2, p. 176-1, 2014. Disponível em: <<http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/7030>> Acesso em 17 fev. 2020.

COLIVA, Annalisa. Waismann on Belief and Knowledge. In: **Friedrich Waismann The Open Texture of Analytic Philosophy**. Editado por Dejan Makovec e Stewart Shapiro. Suíça: Palgrave Macmillan, 2019.

DALL'AGNOL, Darlei. **Seguir regras: uma introdução às “Investigações Filosóficas” de Wittgenstein**. Pelotas: Editora da Universidade Federal de Pelotas - UFPEL, 2011.

DEVLIN, Patrick. **The Enforcement of Morals**. Oxford: Oxford University Press, 1965.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

_____. **Law' Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

_____. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Justice in Robes**. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

ENDICOTT, Timothy A. O. **Vagueness in Law**. New York: Oxford University Press, 2003.

_____. The Generality of Law. In: **Reading HLA Hart's. The Concept of Law**. Editado por Luís Duarte d'Almeida, James Edwards e Andrea Dolcetti. Oxford and Portland, Oregon: HART Publishing, 2013.

FULLER, Lon Luvois. **The Morality of Law**. Revised Edition. New Haven, London: Yale University Press, 1969.

HART, Herbert L. A. **The Ascription of Responsibility and Rights**. (1948/1949) 49 Proceedings of Aristotelian Society, 171-94.

_____. Definition and Theory in Jurisprudence. Palestra Inaugural, Oxford: Clarendon Press, 1953. Também publicado em (1953) 70 In: **Law Quarterly Review**, 37.

_____. Are There Any Natural Rights? (1955) 64 In: **Philosophical Review**, 175-91. Também publicado in Political Philosophy, ed. A. Quinton. Oxford: Oxford University Press 1967, p. 53-66.

_____. **Analytic Jurisprudence in Mid-Twentieth Century: a Reply to Professor Bodenheimer**. (1957) 105 University of Pennsylvania Law Review, 953-75.

_____. Positivism and the Separation of Law and Morals. In: **Harvard Law Review**, Vol. 71, No. 4, pp. 593-629, 1958.

_____. **Causation in the Law**. Com Anthony Maurice Honoré, Oxford: Clarendon Press, 1959, 2a ed., por Honoré, 1986.

_____. **The Concept of Law.** Oxford: Clarendon Press, 1961; 2ª ed., com Post-script, editado por P.P. Buloch e J. Raz, 1994. Com tradução A. Ribeiro Mendes. 3ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

_____. **Law, Liberty and Morality.** Oxford Univ. Press, Londres, 1963. Com tradução Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1987.

_____. **The Morality of the Criminal Law.** Londres: Magnes Press, Hebrew University Jerusalém, Oxford University Press, 1965.

_____. **Social Solidarity and the Enforcement of Morality.** (1967/1968) 35 University of Chicago Law Review, I-13.

_____. **Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law.** Oxford: Clarendon Press, 1968.

_____. **Bentham on Legal Rights.** Oxford Essays in Jurisprudence, Second Series, ed. A.W.B. Simpson, Oxford: Clarendon Press, 1973, p. 171-91.

_____. **Bentham Utility and Rights.** The idea of Freedom, ed. A. Ryan. Oxford: Oxford University Press, 1979, p.77-98. Também publicado em (1979) 79 Columbia Law Review, 827-46.

_____. El nuevo desafío del positivismo jurídico. In: **Revista Sistema**, núm. 36, pág. 3-18. Traducción a cargo de Liborio Hierro, Francisco Laporta y Juan Ramón Páramo. 1980.

_____. **Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory.** Oxford: Clarendon Press, 1982.

_____. **Post Scríptum al Concepto del Derecho.** Tradução Rolando Tamayo y Salmorán. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

_____. **Essays in Jurisprudence and Philosophy.** Oxford: Clarendon Press, 1983. Com tradução de José Garcez Ghirardi, Lenita Maria Rimoli Esteves. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

_____. Discretion. In: **Harvard Law Review**, Vol. 127, No. 2, 2013.

HESPANHA, António Manuel. **A Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um Milénio.** Lisboa: Almedina, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas.** Tradução e Revisão José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.

_____. **O Que é Justiça?** Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

_____. **O Problema da Justiça.** Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **A Ilusão da Justiça**. Tradução Sérgio Tellaroti. 3ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LACEY, Nicola. **A life of H. L. A. Hart: the nightmare and the noble dream**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução de José Lamego. 3ª. edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MACCORMICK, Neil. **H.L.A. Hart**. 2ª ed. (2008). Tradução Cláudia Santana Martins. Rio de Janeiro: Ed. Elsevier, 2010.

MACHADO, Roberto Denis. A Influência de Ludwig Wittgenstein no Pensamento de H. L. Hart. In: **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos**. v. 10, n. 1, jan./jul. 2015. Disponível em: <<http://revistasgraduacao.una.emnuvens.com.br/rej/article/view/22>> Acesso 17 fev. 2020.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia - Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MAKOVEC, Dejan; SHAPIRO, Stewart. **Friedrich Waismann The Open Texture of Analytic Philosophy**. Suíça: Palgrave Macmillan. 2019.

MCGUINNESS, B.F. **Friedrich Waismann – Causality and Logical Positivism**. Vienna Circle Institute Yearbook 15, 2013.

MENDES, Sônia Maria Broglia. **A validade jurídica e o giro linguístico**. São Paulo: Noeses, 2007.

PÁRAMO ARGÜELLES, Juan Ramón. Entrevista A H. L. A. Hart. In: **Revista DOXA** n.05, 1988, pp. 339-361. Disponível em: <<https://doxa.ua.es/article/view/1988-n5-entrevista-a-hla-hart>> Acesso 18 fev. 2020.

PERUZZO JÚNIOR, Léo. O conceito de lebensform (formas de vida) na filosofia de Wittgenstein. In: **Revista Ítaca** n.17, 2011, pp. 73-85. Disponível em <<https://revistas.ufrj.br/index.php/Itaca/article/view/226>> Acesso 18 fev. 2020.

_____. Language and Open Texture of Law in the Philosophy of Herbert Hart. In: **Revista PERI** v.10, 2018, pp. 151-164. Disponível em <<http://www.nexos.ufsc.br/index.php/peri/article/view/1204>> Acesso 18 fev. 2020.

_____. Linguagem, Intencionalidade e Textura Aberta do Direito: Da Dogmática Penal à Crítica Filosófica. In: **Lenguaje y Dogmática Penal**. Valencia – Espanha: Tirant lo Blanch, 2019.

POSTEMA, Gerald J. **Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World**. Volume 11. California, USA: Springer, 2011.

RAATZ, Igor; DIETRICH, William Galle; MORBACH, Gilberto. A Filosofia da Linguagem Ordinária e a (Inescapável) Indeterminação do Direito. In: **Revista Estudos Institucionais**. Journal of Institutional Studies. Vol. 4, n.1, 2018. Disponível em: <<https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/214>> Acesso 19 fev. 2020.

RAZ, Joseph. **La Autoridad del Derecho**. Traducción Roland Tamayo y Salmorán. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1985.

_____. **Ethics In The Public Domain**. New York: Oxford University Press, 1996.

_____. Can there be a theory of law? In: **Blackwell Guide to Philosophy of Law and Legal Theory**. Martin Golding, William Edmundson, eds., Blackwell, 2004. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1010287>> Acesso 19 fev. 2020.

RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça**. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RODRIGUES-BLANCO, Veronica. Peter Winch and H.L.A. Hart: Two Concepts of the Internal Point of View. In: **Canadian Journal of Law & Jurisprudence**, 20(2), 453-473. 2007. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2179918> Acesso em 17 fev. 2020.

SÁNCHEZ, Cristóbal Orrego. **H.L.A. Hart – Abogado del positivismo jurídico**. Espanã: Universidad de Navarra, 1997.

SERNA, Pedro. Prólogo. In **H.L.A. Hart – Abogado del positivismo jurídico**. Espanã: Universidad de Navarra, 1997.

SHAPIRO, Stewart. The Hart-Dworkin Debate: A Short Guide for the Perplexed. In: **Law And Legal Theory Working Paper Series n. 77**, March 2007. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=968657> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.968657>> Acesso em 17 fev. 2020.

_____; ROBERTS, Craige. Open Texture and Analyticity. In: **Friedrich Waismann The Open Texture of Analytic Philosophy**. Suíça: Palgrave Macmillan, 2019.

SCHAUER, Frederick. **Las Reglas en Juego**. Marcial Pons. Madrid-Barcelona: Ediciones Jurídicas Y Sociales, S.A., 2004.

_____. Friedrich Waismann and the Distinctive Logic of Legal Language. In: **Friedrich Waismann The Open Texture of Analytic Philosophy**. Editado por Dejan Makovec e Stewart Shapiro. Suíça: Palgrave Macmillan, 2019.

SEBOK, Anthony J. Finding Wittgenstein at the Core of the Rule of Recognition. In: **SMU Law Review**, volume 52, 1999. Disponível em: <<https://scholar.smu.edu/smulr/vol52/iss1/>> Acesso em 17 fev. 2020.

SOUZA, Rubin Assis da Silveira. O sentido das normas para Kelsen. In: **Revista PERI**. v. 09 n. 01, 2017 p. 158 – 176. Disponível em <<http://www.nexos.ufsc.br/index.php/peri/article/view/1227>> Acesso em 17 fev. 2020.

STERN, David G. **Wittgenstein on Mind and Language**. New York: Oxford University Press, 1995.

STRUCHINER, Noel. **Uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao Direito**. PUC-RIO, Rio de Janeiro – RJ, 2001. Dissertação disponível em: <https://www.academia.edu/1021231/Uma_an%C3%A1lise_da_textura_aberta_da_linguagem_e_sua_aplica%C3%A7%C3%A3o_ao_Direito> Acesso 17 fev. 2020.

_____. **Direito e Linguagem. Uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Para Falar de Regras: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito**. Tese de Doutorado. Departamento de Filosofia. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2005.

_____. Indeterminação e objetividade: Quando o direito diz o que não queremos ouvir. In: **Direito e Interpretação**. Racionalidades e Instituições. Organizadores Ronaldo Porto Macedo Jr. e Catarina Helena Cortada Barbieri. São Paulo: Saraiva, 2011.

STOLZ, S. Um modelo de positivismo jurídico: o pensamento de Herbert Hart. In: **Revista Direito FGV**, 3(1):101-120. Jan-Jun 2007. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35200/34002>> Acesso em 17 fev. 2020.

SUGARMAN, David. Hart Interviewed: H.L.A. Hart in Conversation with David Sugarman. In: **Journal of Law and Society**, volume 32, number 2, June 2005. Cardiff University.

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. Estudio preliminar, traducción, notas y bibliografía. In **Post Scriptum al Concepto del Derecho**. Editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

VALLE, Bortolo. **Wittgenstein: a forma do silêncio e a forma da palavra**. Coleção Filosofia, 2. Curitiba: Champagnat, 2003.

_____. Ludwig Wittgenstein: sobre o tratamento dos conceitos psicológicos. In: **Revista de Filosofia Aurora**. Curitiba, v. 21, n. 29, p. 383-398, jul./dez. 2009. Disponível em: <<https://periodicos.pucpr.br/index.php/aurora/article/viewFile/2596/2506>> Acesso em 17 fev. 2020.

_____. Ludwig Wittgenstein: linguagem ordinária e cultura. In: **Revista Plurais – Virtual**, Anápolis - Go, Vol. 8, n. 3 – Set./Dez. 2018 – p. 491-501. Disponível em: <<https://www.revista.ueg.br/index.php/revistapluraisvirtual/article/view/9190>> Acesso em 17 fev. 2020.

VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos Del Sistema Penal**. 2ª edição, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

_____. **Reexame do Dolo**. In: **Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências**. 3ª edição, Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.

WAISMANN, Friedrich. **Verifiability**. Originally published in Proceedings of the Aristotelian Society, Supplementary Volume XIX (1945). The essay here is from the reprinted version in Antony Flew, ed., *Logic and Language, the First Series* (1951). Disponível em < <http://users.umiacs.umd.edu/~horty/courses/readings/waismann-verifiability.pdf> > Acesso 19 fev. 2020.

_____. **How I See Philosophy**. Edited by R. Harré. Suíça: Palgrave Macmillan, 1968.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Da Certeza**. Trad. Maria Elisa Costa. Lisboa: Edições 70, 1969.

_____. **Zettel**. Tradução Octavio Castro e Carlos Ulises Moulines. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1979.

_____. **Aforismos Cultura y Valor**. Trad. Elsa Cecilia Frost. Espanha: Pilar Cortés, 1995.

_____. **O Livro Azul**. Tradução Jorge Mendes. Lisboa – Portugal: Edições 70, 2008.

_____. **Investigações filosóficas**. Tradução Marcos G. Montagnoli, revisão da tradução e apresentação Emmanuel Carneiro Leão. 6ª ed., Petrópolis – RJ: Vozes, 2009.

_____. **Tratado Lógico-Filosófico – Investigações Filosóficas**. Tradução e Prefácio de M.S. Lourenço. 5ª. Edição. Lisboa – Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

ZAMORA, Jorge Luis Fabra; SPECTOR, Ezequiel. **Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho**. Volumen Tres. México: Universidad Nacional Autónoma, 2015.