A PENUMBRA DO DIREITO E A QUESTÃO NORMATIVA DAS REGRAS

On the penumbra zone in law and the normative problem of rules

Angelo Fernandes Baratella¹

Léo Peruzzo Júnior²

RESUMO

Este artigo apresenta reflexões sobre a margem das 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. O presente artigo tem por objetivo problematizar regras que são conduzidas para além daquilo que seria o interesse delas, 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. Os resultados retomam a importância de um esforço filosófico desenvolvido por Hart que consiste em mostrar os pontos obscuros da linguagem antecedentes da 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.

Palavras-chave: Textura aberta. Regras. Hart. Wittgenstein.

ABSTRACT

This article presents reflections on the margin of the investigations that Hart conducts based on the hypothesis that the open texture must be characterized by a penumbra zone where the primary and secondary rules are located. According to the author, the discourse space is not filled exclusively by the legality that comes from the legal universe itself. The present article aims to problematize rules that are conducted beyond what would be in the interest of the same, here considered as an open element whose validity is committed, on the one hand, with the state structure and, on the other hand, with the legislative role exercised by the Courts. The results return to the importance of a philosophical effort developed by Hart, which consists of showing the obscure points of language that preceded the application of the rule itself.

¹ Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

E-mail: angelobaratella@yahoo.com.br. ORCID: [0000-0003-0478-5653](https://orcid.org/0000-0003-0478-5653).

² Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

E-mail: leo.junior@pucpr.br. ORCID: [0000-0003-3084-5170](https://orcid.org/0000-0003-3084-5170).

Semantics, in this case, does not represent just a dialogical moment between fact and meaning, but the very condition that underlies the exercise of legal and philosophical work.

Keywords: Open texture. Rules. Hart. Wittgenstein.

Introdução

Este artigo tem origem em uma pesquisa de dissertação em filosofia que investigou de que modo Hart, filósofo e teórico 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.

As interlocuções demonstram 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 filósofo do Direito pretende associar-se àquilo que a linguagem ordinária representa ao espaço da interpretação das regras e, conseqüentemente, à natureza da justificação de tais regras.

Com base na hipótese anterior, sustentamos que 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” (HART, 1994, p. 17). Deste modo, este trabalho pretende demonstrar a construção teórico-filosófica que constitui a base do pensamento de Hart, e mostrar de que forma o filósofo e teórico do Direito sustenta suas críticas ao relativismo jurídico, ao papel discricionário dos Tribunais e a imprecisão linguística das regras.

A importância do significado das palavras na seara jurídica

Hart aponta que a significação das palavras possui uma importante função na investigação sobre a natureza do Direito e na aplicação de suas re-

gras. 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 dependem de um juízo e de um reconhecimento do significado do conceito aceito e aplicado no caso em questão. Por essa razão, pretende-se 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.

Em primeiro lugar, 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 comporta normas primárias que advêm de hábitos de obediência e refletem 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” (HART, 1994, p. 114). Deste modo, o processo de reconhecimento evidencia as “dúvidas acerca de quais são as regras ou acerca do preciso âmbito de certa regra dada” (HART, 1994, p. 102), assim, 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 de forma imperfeita precária, denominado pelo autor como *incerteza*.

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” (HART, 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 a questões de princípios não delimitados conceitualmente, mas também à 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:

(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 (HART, 1994, p. 7).

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” (HART, 1994, p. 127). O filósofo salienta que, embora conheçamos a estrutura do Direito, não o entendemos completamente, compara o funcionamento do ordenamento jurídico à “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” (HART, 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 movimenta a linguagem que descreve tais complexidades.

Quanto ao papel das regras, Hart nos 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. Segundo o filósofo, o enunciado dessas regras pode ser analisado sob o ponto de vista interno, ao que 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.

Isto pode ser constatado ao notarmos o repetido uso de conceitos de regras na obra de Hart, sejam elas como regras como deveres, aquelas que conferem poderes, reconhecimento, alteração, julgamento, entre outras. Considerando estes diversos conceitos, observamos com clareza 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.

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 que insuficiência das regras primárias na descrição de obrigações e revela a incerteza como um defeito na estrutura social (HART, 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” (HART, 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” (HART, 1994, p. 150). Recordar-se que, se as regras secundárias podem ser de reconhecimento, alteração e julgamento, e exigem que a noção de regra esteja de acordo com noções de decisão num âmbito coletivo, para evitar uma compreensão de que a decisão de um tribunal possua equiparada validade com uma decisão privada. Neste ponto, a competência atribuída

aos tribunais da validade normativa, com uma análise interpretativa para aplicação das regras mitigar a incerteza e precariedade das regras.

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” (HART, 1994, p. 139).

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” (HART, 1994, p. 134). A análise das regras pode pressupor um *sentido* que caracteriza o núcleo de certeza que, 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)³, 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 salienta a observância de hábitos e práticas sociais no estabelecimento de regras.

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.

Hart destaca, então, que a incerteza linguística é essencialmente a indefinição dos termos, pois “devemos evitar, se pudermos, os áridos desper-

³ “Con su libro H. L. A. Hart, Neil MacCormick lleva a cabo una reconstrucción intelectual, pero también una sentida evocación de la vida y obra de quien fue fuente de inspiración filosófica, además de colega y compañero de reuniones y debates en el Balliol College de Oxford de 1967 a 1972” (BERMEJO, 2010, p. 12). Apesar da influência do pensamento de Hart em MacCormick, é importante destacar que os pensamentos jurídico-filosófico possuem nuances próprias de cada autor. Como sugestão para aprofundamento nos estudos do pensamento de MacCormick pode-se ler a obra *As Razões do Direito* de Manuel Atienza, publicado em 2000 pela editora Landy.

dícios de definições inadequadas, [...] em relação a um conceito tão multifacetado e vago como o sistema jurídico” (HART, 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” (HART, 1994, p. 313). Na sequência dos argumentos, Hart mostra que a margem de incerteza, na verdade, “deveria considerar-se a mesma bem-vinda” (HART, 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)⁴ é de 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 juízes “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”⁵. 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” de kelseniana restringe a significação dos termos e, ao contrário o pensamento hartiano revela uma ampliação na significação das palavras com a *textura aberta*.

⁴ 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*)”.

⁵ 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”.

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 processo de significação. Entretanto, isso acaba levando a 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, reconhecer 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’” (HART, 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 wittgens-

teiniana de que o uso das expressões linguísticas depende do contexto de uso como critério de justificação (IF, 2011, § 43)⁶.

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” (HART, 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.

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” (HART, 2010, p. 77). A partir de então, uma das hipóteses que se defende 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 figurar como uma

⁶ “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”.

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” (HART, 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) afirma que “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”⁷. Esta afirmação 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 possa 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

⁷ 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”.

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”⁸. 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” (HART, 1994, p. 104). Concorde-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”⁹.

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

⁸ 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”.

⁹ 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”.

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. Neste ponto concordamos com 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”¹⁰. A interpretação, diferentemente de uma leitura relativista, não é um processo que possa ocorrer de forma arbitrária à certas regras.

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 se defende na perspectiva hartiana 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 palavras” (HART, 1994, p. 65). Nesse sentido, a interpretação que a autoridade faz do significado das palavras não pode ser arbitrária, pois requer um critério social apontado por Hart como sendo aquele das “regras sociais”.

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

¹⁰ Tradução nossa: “but rather, drawing on his humanistic training, he insisted on an alternative method: interpretation”.

lado, a tese de Hart considera que a regra tem validade fundado na regra de reconhecimento, e esta mesma abarca a regra social, consequentemente recorre a interpretação com ou sem juízo de valor das regras realizada pelos aplicadores do Direito. Em outras palavras, devemos compreender simplesmente que as regras sociais são questões de fato social empiricamente observável, isto é, fatos sobre a prática dessas próprias regras.

Segundo Kozicki (1993, p. 56), o método interpretativo hartiano das regras aponta “uma análise pragmática da linguagem [que] importará sempre em uma verificação do contexto em que se realiza o processo de comunicação. É essa mediação sujeito/sujeito, realizada pela linguagem, que interessa ao conhecimento interpretativo”. Entretanto, a *análise pragmática* aponta pelo autor 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 (HART, 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 está 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 lei”¹¹. 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

¹¹ 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).

lei”, como alguns críticos de Hart têm apontado, mas criadores do Direito (HART, 1994, p. 336).

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 (HART, 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” (HART, 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 (HART, 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 responsabilmente 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 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 seguir¹².

Os esforços interpretativos de Hart sobre aplicação de uma regra normativa apontam, como sustenta-se, para a ideia de que a discricionarie-
dade judicial implica, por vezes, na legitimação de uma arbitrariedade. Con-
forme sugere o próprio Hart, existe a possibilidade de que a
discricionarie-
dade se torne um ato arbitrário. A primeira consequência que
se tem, então, é que uma interpretação das regras “falha em fornecer um re-
médio 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, groo-
ves, scanalature*] que a apropriação jurídica é, não raras vezes, prefiguração
de uma discricionarie-
dade arbitrária, seja ela legislativa ou judiciária”. Mas
como a discricionarie-
dade 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 cons-
tatação da *zona de penumbra* nas regras possibilita que as escolhas dos juí-
zes possam resolver as disputas e questionamentos fazendo uso do poder da
discricionarie-
dade. Ela não seria arbitrária, segundo Hart, porque o fenôme-
no de criação de leis no contexto do judiciário estaria evidenciado por uma

¹² 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”.

regra de reconhecimento. Postema (2011, p. 324) esclarece que a discricção judicial é limitada por fatores internos à prática jurídica, “uma busca por princípios legais mais profundos por trás das regras superficiais, um senso geral de justiça e igualdade sob a lei e uma demanda por tanta imparcialidade quanto um juiz pode reunir”¹³.

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 à outras questões como, por exemplo, a não regulação de certos comportamentos ou a intencionalidade atribuída aos conceitos. Hart estaria sugerindo 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 acabam esbarrando naquilo que é inédito. Logo, elas mesmas não conseguiriam se sustentar, exceto apelando para uma ideia de poder discricionário em sentido forte. 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 (1994, p. 335) se defende esclarecendo que

¹³ 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, nenhum a decisão em qualquer dos sentidos é ditada pelo direito e, nessa conformidade, o direito apresenta-se com o 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 de 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, o 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”¹⁴.

¹⁴ 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)”.

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 da inferência legal”¹⁵. Entretanto, o autor indica que a solução aponta por Dworkin seria mais satisfatória, uma vez que os princípios possuam 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 nos recorda Hart em uma de suas passagens, que os juízes devam decidir “de acordo com as suas próprias crenças e valores” (HART,

¹⁵ 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”.

1994, p. 336), desconsiderando o peso da moralidade como algo indissociável das interlocuções do sistema jurídico.

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 defendeu que seu objetivo foi o de “fornecer uma teoria sobre o que é o direito, que seja, ao mesmo tempo, geral e descritiva” (HART, 1994, p. 300) que não dependa de argumentos normativos ou valorativos para a 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” (HART, 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), esclarece 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 (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 funcionários¹⁶ (HART, 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” (HART, 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 (HART, 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 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 jurídico¹⁷. Este padrão de validade normativa é criticado por Dworkin, ao passo que descreve a regra de reconhecimento como tese *pedigree*.

Nas palavras de Macedo Junior (2013, p. 160), a crítica denominada *pedigree* “se refere à tese das fontes sociais do direito (*source thesis*)”. Outra crítica à 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” (HART, 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

¹⁶ 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.

¹⁷ Tradução nossa: “The rule of recognition is the ultimate validating standard in the legal system”.

direito” (HART, 1994, p. 310). Outra razão de Dworkin ao criticar o pensamento hartiano é descrita na obra *O Império do Direito* (1999, p. 40) que diz “os filósofos da linguagem desenvolveram teorias mais sofisticadas do significado, os filósofos do direito tornaram-se mais cuidadosos em suas definições, [...] porém, isso não foi muito além de uma troca de embalagem”.

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) a 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*)”.

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” (HART, 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” (HART, 1994, p. 303).

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” (HART, 1994, p. 313). Importante destacar que a imprecisão das regras descrita por Hart não implica num sistema normativo indeterminado ou sem validade.

Assim, para Hart, a função importante da regra de reconhecimento consiste em promover a certeza com que o direito deve ser declarado

(HART, 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” (HART, 1994, p. 140). Deste modo, mesmo que a linguagem geral de uma regra expressa 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 imparcialmente¹⁸ (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-suposição 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 wittgensteiniana para lidar com problemas críticos do relativismo jurídico e a imprecisão linguística.

Considerações finais

O retrato jurídico-filosófico da obra de Hart mostra que a compreensão das *regras* jurídicas delimita a estrutura metodológica e conceitual. As-

¹⁸ 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”.

sim, ela 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 é 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.

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*), ou seja, 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 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 nosso uso das palavras (HART, 1994, p. 45).

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 cri-

térios 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

BIX, Brian. 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.

DWORKIN, Ronald. **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.

HART, Herbert L. A. **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.

_____. **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.

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

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

KOZICKI, Katya. **H.L.A. HART: A Hermenêutica como Via de Acesso para uma Significação Interdisciplinar do Direito**. Florianópolis – SC: Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, 1993. Dissertação disponível

vel em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106358>> Acesso 17 fev. 2020.

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

_____. **H.L.A. Hart**. Traducción y estudio preliminar de Juan Manuel Pérez Bermejo. Madrid: Marcial Pontes, 2010.

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

PERUZZO JÚNIOR, Léo. 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.

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.

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.

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.

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.

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