

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO E DOUTORADO

THÚLIO MESQUITA TELES DE CARVALHO

**PROPOSTA INSTITUCIONALISTA PARA O DILEMA DA VAGUEZA: UM
MODELO TEÓRICO PARA A RECONCILIAÇÃO DO DIREITO COM A
LINGUAGEM ORDINÁRIA**

FORTALEZA

2019

THÚLIO MESQUITA TELES DE CARVALHO

**PROPOSTA INSTITUCIONALISTA PARA O DILEMA DA VAGUEZA: UM
MODELO TEÓRICO PARA A RECONCILIAÇÃO DO DIREITO COM A
LINGUAGEM ORDINÁRIA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito. Área de concentração: Ordem Jurídica Constitucional.

Orientadora: Raquel Cavalcanti Ramos Machado.

FORTALEZA

2019

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação

Universidade Federal do Ceará

Biblioteca Universitária

Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

C329p

Carvalho, Thúlio Mesquita Teles de.

PROPOSTA INSTITUCIONALISTA PARA O DILEMA DA VAGUEZA : UM MODELO TEÓRICO PARA A RECONCILIAÇÃO DO DIREITO COM A LINGUAGEM ORDINÁRIA / Thúlio Mesquita Teles de Carvalho. – 2019.

243 f. : il.

Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2019.

Orientação: Profa. Dra. Raquel Cavalcanti Ramos Machado.

1. Institucionalismo. 2. Semântica. 3. Vagueza normativa. 4. Aplicação do Direito. 5. Argumentação jurídica. I. Título.

CDD 340

THÚLIO MESQUITA TELES DE CARVALHO

PROPOSTA INSTITUCIONALISTA PARA O DILEMA DA VAGUEZA: UM
MODELO TEÓRICO PARA A RECONCILIAÇÃO DO DIREITO COM A
LINGUAGEM ORDINÁRIA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito. Área de concentração: Ordem Jurídica Constitucional.

Orientadora: Raquel Cavalcanti Ramos Machado.

Aprovado em: 04/01/2019.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Raquel Cavalcanti Ramos Machado (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Hugo de Brito Machado Segundo
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho
Centro Universitário Christus (UniChristus)

Aos meus pais, Ednalva e João, com amor e gratidão.

AGRADECIMENTOS

À toda minha família pelo amor e pela presença constantes, sem a qual nada seria possível. Aos meus pais, Ednalva e João, sempre atenciosos. Aos meus irmãos, Themístocles e Thiago. Aos meus sobrinhos, Caio, Thales, Thércio e Pedro (ainda a caminho). À minha querida Aurilene.

À minha orientadora, Raquel Machado, professora exemplar e pesquisadora apaixonada por aprender sempre mais, a quem agradeço por ter aceitado meu projeto. Ao professor Marcelo Guerra pelas importantes contribuições intelectuais. Aos professores Hugo Segundo e Juraci Mourão por terem aceitado meu convite para compor a banca e pelos importantes ensinamentos ao longo do curso de mestrado.

Aos meus colegas da turma de mestrado, que propiciaram um ambiente fértil para ideias e para amizades, com destaque para Isabelly Cysne e Lara Dourado.

Aos terceirizados, aos servidores e aos demais docentes do Programa de Pós-Graduação em Direito, em especial para os terceirizados da limpeza “Seu” Moura e da biblioteca Fabrício e Maria das Graças, para as servidoras Marilene Arrais (Mari) e Heloísa de Paula (Helô) pelo suporte na Secretaria, e para a professora Tarin Mont’Alverne pela condução da Coordenação da Pós-Graduação e pelas oportunidades de pesquisa desde a graduação.

Às minhas (ex-)chefes de estágio, Carolina Botelho na Defensoria Pública da União e Lidianne Uchoa no Sindifort.

Aos eternos amigos de Farias Brito, Edilson Teixeira, Tulio Franco, Monique Gomes, Lia Wagner, Gabriella Amâncio, Régis Paiva, Adélia Cristina e Khalil Basílio.

Por fim, à Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico pelo suporte financeiro.

“As ideias nos chegam quando lhes apraz, e não quando queremos. As melhores ideias ocorrem da forma que Ihering descreve: ao fumarmos um charuto no sofá. Não obstante, elas certamente não nos ocorreriam se não tivéssemos pensado à mesa e buscado respostas com dedicação apaixonada.” (Max Weber)

“A possibilidade de lutar com palavras, em vez de lutar com armas, constitui o fundamento da nossa civilização.” (Karl Popper)

“A verdadeira dificuldade não está em aceitar ideias novas, mas em escapar das antigas.” (John Maynard Keynes)

“O poder do advogado está ancorado na incerteza da lei.” (Jeremy Bentham)

RESUMO

Reconciliar o estudo do Direito com a dinâmica da linguagem natural é um dos grandes desafios na busca por compreender os processos sociais que fundamentam a semântica do fenômeno jurídico e a vagueza normativa. O modelo institucionalista se apresenta como uma alternativa para revisar o conceito tradicional de Direito e para demonstrar que o dilema da vagueza normativa é um desdobramento natural das relações comunicativas, e não um defeito de comunicação. É possível compreender o dilema da vagueza a partir do paradoxo *sorites*, que evidencia as dificuldades da lógica clássica naquelas situações em que não é clara qual a conceituação adequada para situações limítrofes (*borderline cases*). A adequada compreensão da vagueza exige, contudo, que o Direito seja compreendido como produto do convívio social. Partindo da constatação de que o estudo do Direito ainda é eminentemente baseado em pressupostos silogísticos e formalistas, este trabalho pretende apresentar uma nova forma de compreender o fenômeno jurídico a partir de uma proposta institucionalista – em especial, de Direito e de norma –, buscando situar a vagueza como resultado de dissonâncias no uso da linguagem. No capítulo inicial, é desenvolvida a ideia de institucionalismo e como este modelo poderia ser aproveitado no estudo do Direito. No segundo capítulo, o objeto é a vagueza – em especial a normativa –, de maneira a revisar a compreensão de semântica na teoria do Direito e o modo como a vagueza deve ser inserida dentro do estudo jurídico. Em seguida, o terceiro capítulo apresenta de que forma o Modelo Toulmin, como complemento ao institucionalismo, pode oferecer elementos para estruturar argumentativamente o discurso jurídico, bem como sua contribuição para alguns desafios teóricos e práticos encarados hoje na seara jurídica. A metodologia utilizada é de natureza eminentemente qualitativa, tendo-se realizado o trabalho mediante investigação indireta, por meio de pesquisa bibliográfica, com via exploratória, descritiva, explicativa e propositiva. Conclui-se que muitos dos problemas práticos enfrentados hoje pelos aplicadores do Direito é resultado da insuficiência dos paradigmas teóricos dominantes, em especial no que toca aos conceitos de Direito e de norma, para lidar com o funcionamento da semântica e da vagueza e para estruturar argumentativamente o fenômeno jurídico. Apesar de existirem outras propostas de superação do formalismo típico do positivismo – que ainda permeia muito do estudo jurídico –, as alternativas existentes não se apresentam como suficientes – dentre outros

motivos – por persistirem com muitas premissas incorretas, dentre as quais muitas já se afigurando superadas há muito tempo em outros campos de estudo, como neurociência, linguística e lógica. A noção da vagueza sob o prisma institucionalista, que dá primazia a uma ideia de linguagem baseada nas interações sociais, apresenta uma proposta mais consistente para compreender e operacionalizar o fenômeno do Direito, ao permitir que sua dimensão conceitual seja realinhada aos elementos concretos de sua semântica. Também se conclui que muitos dos principais dilemas discutidos hoje pelos estudiosos do fenômeno jurídico – tais como os limites da jurisdição constitucional, os precedentes judiciais, e a distinção entre regras e princípios – podem ser enfrentados de uma maneira nova a partir do modelo institucionalista, de maneira a abrir novos horizontes de análise e novos questionamentos.

PALAVRAS-CHAVE: Institucionalismo. Semântica. Vagueza normativa. Aplicação do Direito. Argumentação jurídica.

ABSTRACT

The reconciliation between the study of Law to the dynamics of natural language is one of the greatest challenges in the quest to understand the social processes that underlie both the semantics of the legal phenomenon and the normative vagueness. The institutionalist model presents itself as an alternative to revise the traditional concept of Law and to demonstrate that the dilemma of normative vagueness is a natural unfolding of communicative relations, not a defect of communication. It is possible to understand the dilemma of vagueness from the sorites paradox, which shows the difficulties of classical logic in those situations in which it is not clear which concept is suitable for borderline cases. A proper understanding of vagueness, however, requires that Law be understood as the product of social interaction. Keeping in mind that the study of Law is still eminently based on syllogistic and formalist presuppositions, this thesis intends to present a novel way of understanding the legal phenomenon, starting from an institutionalist approach for Law, norms and semantics, seeking to situate vagueness as a result of dissonances in the use of language. Thus, in the initial chapter, the idea of institutionalism is developed, as well as how this model could be used in the study of Law. In the second chapter, the object is vagueness - especially the normative one - in order to revisit the understanding of semantics in legal theory and the way in which vagueness should be inserted within the legal study. Moreover, the third chapter shows how the Toulmin Model, as a complement to institutionalism, can offer elements to structure the legal discourse argumentatively, as well as its contribution to some theoretical and practical challenges faced in the juridical field. The methodology used is of an eminently qualitative nature, and the work is carried out through indirect research, through a bibliographic research, with an exploratory, descriptive, explanatory, and propositive approach. It is concluded that many of the practical problems faced today by enforcers of Law are a result of the insufficiency of the dominant theoretical paradigms, especially about the concepts of Law and legal norm, to operate semantics and vagueness, and to argumentatively structure the legal phenomenon. Although there are other proposals for overcoming the formalism typical of positivism, the existing alternatives are not enough – among other reasons – for persisting with many incorrect premises, which have already

been overcome in other fields of study such as neuroscience, linguistics and logics. In this sense, the idea of vagueness, under the institutionalist prism, which emphasizes an idea of language based on social interactions, presents a more consistent proposal to understand and operationalize the phenomenon of Law, by allowing its conceptual dimension to be realigned with the concrete elements of its semantics. It is also concluded that many of the major dilemmas discussed today by legal scholars - such as the limits of constitutional jurisdiction, judicial precedents, and the distinction between rules and principles - can be tackled in a new way based upon the institutionalistic model, by means of opening both new horizons of analysis and new questions to be asked.

KEYWORDS: Institutionalism. Semantics. Normative vagueness. Application of Law. Legal Argumentation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
1 MODELO INSTITUCIONALISTA DO DIREITO	25
1.1 Antecedentes filosóficos: entre realismo e convencionalismo	31
1.1.1 Metafísica: indiferença pela linguagem	33
1.1.2 Formalismo: busca pela linguagem perfeita	37
1.1.3 Institucionalismo: linguagem ordinária e realidades institucionais	47
1.2 Premissas para uma teoria institucionalista do Direito	55
1.2.1 Direitos enquanto fato institucional: justificações e desambiguações	69
1.2.2 Contribuições da teoria da mente: uma intencionalidade para o estudo jurídico..	77
1.3 Realidades institucionais: Direito não é apenas palavras em uma folha de papel..	86
1.3.1 Processo de conformação institucional: como surge o todo do nada	87
1.3.2 Modelo institucionalista de norma jurídica: quando o Direito se torna um estado mental	94
1.4 Instrumentalismo semântico I: o sentido como evento <i>ex post</i>	98
2 VAGUEZA NORMATIVA	104
2.1 Direito e vagueza: uma relação tumultuada	110
2.2 Teoria da semântica da vagueza: gradualidade e dinamicidade	116
2.2.1 Antecedentes filosóficos: dos gregos a Russell	129
2.2.2 Paradoxo <i>sorites</i> e suas repercussões teóricas	134
2.3 Problema da vagueza: quando os grãos se tornam monte	144

2.4	Instrumentalismo semântico II: versão institucionalista da gradualidade	152
2.4.1	Intencionalidade coletiva: incongruências entre intencionalidades	152
2.4.2	Atribuição de função: concorrência pela finalidade	155
2.4.3	Regra constitutiva: do desafio ao reconhecimento de nova definição	156
2.5	Dimensão pragmática do Direito: normatividade da vagueza	159
3	OPERACIONALIZAÇÃO ARGUMENTATIVA DA VAGUEZA	165
3.1	Direito enquanto tensão: entre o formal e o teleológico	168
3.1.1	Apelo à forma: necessidade e limitações	177
3.1.2	Teleologia normativa: finalidade regulatória das normas	184
3.2	Etapas para novo juízo de definição	186
3.3	Argumentação jurídica no institucionalismo	191
3.3.1	Jurisdição e diálogos institucionais no institucionalismo	194
3.3.2	Precedentes judiciais no institucionalismo	201
3.3.3	Rigor argumentativo com pluralidade valorativa	214
4	CONSIDERAÇÕES FINAIS	221
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	226
	ANEXO: DIAGRAMAS EXPLICATIVOS	242

INTRODUÇÃO

É possível traçar linhas divisórias rígidas entre os conceitos? Ou mesmo entre os eventos a que os conceitos se referem? Seria possível dizer que *neste ponto* começa o conceito Y e termina o conceito X? Ou que *em um certo momento* começa o respectivo evento Y e termina o respectivo evento X? Por exemplo, o dia começa quando o sol nasce, e a noite se inicia quando o mesmo sol se põe. Mas seria possível dizer de forma tão certa quando é dia e quando é noite? E o raio de luz que atinge nossos olhos pela refração, mesmo após o sol ficar abaixo do horizonte, basta para fazer dia? Se sim, por que sim? Se não, por que não? E se alguns chamarem de noite ainda que o sol ilumine o céu? Não seria um bom critério definir entre quais horários teríamos dia e noite? Mas e se não coincidirem a ‘noite do relógio’ e a ‘noite da luz’? Certamente seria uma dificuldade. E se alguns discordassem dos critérios de horário citados anteriormente? Todas essas dúvidas estão relacionadas ao dilema da vagueza, e o dilema da vagueza está relacionado com muitos desafios da teoria e da prática do Direito.

O dilema da vagueza está relacionado fundamentalmente a duas questões. Primeiro, do que se trata a vagueza? Segundo, como lidar com a gradualidade característica da linguagem ordinária? Terceiro, como as formas relacionadas à comunicação podem ser compatibilizar com a vagueza? A linguagem, em linhas bem gerais, pode ser compreendida como um sistema de simbolização que não apenas representa eventos no mundo, como também permite a criação de novos eventos. Não apenas é possível comunicar o mundo por meio da linguagem, mas também criar realidades que somente são possíveis por meio da linguagem. Essas funções da linguagem se refletem na semântica, cuja raiz está no uso das palavras pelos agentes comunicativos, seja para representar eventos no mundo ou para praticar atos de fala.

Ocorre que a comunicação não acontece de maneira linear e harmônica entre os agentes comunicativos. A dinâmica do mundo e a dinâmica da linguagem que o representa e constrói dificultam significativamente que a troca de informações entre os sujeitos possa ocorrer isenta de ruídos. O presente trabalho tratará especificamente desta dificuldade de intermediação linguística, buscando certo grau de sistematicidade e sintonia entre a vagueza e os desafios enfrentados no estudo e na aplicação do Direito. Os

ruídos na comunicação são considerados tradicionalmente um problema a ser eliminado – e não foram poucas as tentativas –, o que é um equívoco. Alguns desses ruídos são traduzidos na filosofia da linguagem como “vagueza”. Nosso objetivo não é desenvolver um modelo para eliminá-la, mas sim para reconhecê-la e para incorporá-la dentro de uma proposta teórica mais satisfatória para os desafios apresentados pelo fenômeno jurídico.

Assim como se tenta domar um leão feroz para apresentá-lo ao público do circo, também tentou-se domar a linguagem para que se tornasse um porto seguro para o conhecimento humano. Com o avanço do conhecimento científico, outros campos do conhecimento – como a filosofia – se viram acuados e desacreditados. Por que acreditar na filosofia se o método científico é capaz de entregar resultados muito mais efetivos? O método científico, que até o séc. XVIII poderia ser compreendido como um ramo da filosofia, tornou-se figura autônoma especialmente ao longo do séc. XIX. Neste momento, traçou-se uma rígida linha divisória entre o que seria o saber científico e o que não o seria, e a filosofia repousou neste segundo lado.

Mas afinal para que serviria a filosofia no *tempo da ciência*? A busca pela utilidade da filosofia influenciou enormemente a teoria da linguagem adotada pelos principais pensadores entre o séc. XIX e a primeira metade do séc. XX. A resposta encontrada pela maioria deles foi de que a filosofia deveria atuar como facilitar do método científico, especialmente por meio de uma teoria da linguagem que garantisse o máximo de clareza e objetividade ao estudo científico. A filosofia e a linguagem receberiam, assim, um papel instrumental como assistentes do verdadeiro conhecimento – que seria a ciência – e nada mais. A boa filosofia teria que ser modesta e limitada às migalhas que o método não conseguisse resolver. Já a linguagem seria medida conforme sua capacidade de refletir a “realidade” por meio de seus conceitos – a ponto de alguns buscarem desenvolver uma linguagem perfeita –, evitando-se ao máximo as dúvidas e as imprecisões que a (inferior) linguagem ordinária traz consigo.

Defeituosa e acientífica, a linguagem natural não seria, para esses autores, adequada para satisfazer a necessidade de precisão da ciência. Apenas com uma linguagem nova – artificial, pura – seria possível suprir as demandas de um conhecimento científico que buscava *apenas descrever* os fatos. O resultado foi o esquecimento da linguagem natural e dos seus atributos especiais. Segundo os defensores desta posição, pouco importaria como a linguagem é construída pelo uso – pela prática dos jogos de linguagem –, pois seu resultado do *uso* seria uma comunicação repleta de imprecisões e

contradições. Ao contrário, a missão do estudioso da filosofia da linguagem seria investigar como corrigir os defeitos do uso, de forma a tornar a linguagem verdadeiramente útil para o conhecimento científico – o qual precisaria ter primazia. Muito por influência do pensamento desta época, o esquecimento da linguagem natural também ocorreu no estudo do Direito – e com muitas consequências.

Primo de muitas correntes do positivismo jurídico e da filosofia analítica – mas não de todas, frise-se –, o formalismo foi a principal resposta para lidar com os problemas da linguagem natural. Toda substância se manifesta por meio de uma forma, e este foi o caminho escolhido para (tentar) suprimir a vagueza – em alguns casos, a própria forma chegou a ser confundida com o conteúdo. Somente uma linguagem autossuficiente – completa do ponto de vista conceitual – seria capaz de resolver os problemas inerentes à imprecisão da comunicação. Seria necessário, assim, elaborar uma linguagem (formalmente) completa, de maneira que todas as respostas para eventuais perguntas já estariam dentro do próprio sistema, evitando-se a necessidade de observar como a linguagem é utilizada concretamente. Neste sistema formal, a premissas e as regras da comunicação estariam pré-definidas, e a simples reorganização de seus conceitos seria (supostamente) suficiente para realizar qualquer ato comunicativo.

Dois foram os resultados mais notórios deste esforço teórico formalista: (i) generalização das técnicas analíticas de linguagem formal para outros campos do conhecimento – ou seja, desconsiderando as especificidades de cada área de conhecimento –, e (ii) indiferença a respeito da natureza heterorreferencial da linguagem – em respeito à natureza autorreferencial das linguagens formais. Embora a ideia de que o mundo poderia ser domado pela capacidade humana de conhecê-lo, de traduzi-lo em palavras e, assim, de controlá-lo remonte ao Iluminismo, o Direito conheceu o zênite deste paradigma em Kelsen, especialmente em sua teoria pura, na qual se produziu uma concepção de Direito formalmente completo e indiferente quanto à Moral (pelo menos, do ponto de vista metodológico).

Como resultado, a partir do modelo kelseniano, as noções de segurança e estabilidade do Direito passaram a ser traduzidas por meio de critérios formais e amorais. O Direito precisaria de “fontes formais” bem definidas, bem como um método claro e “puro” para ser estudado, compreendido e aplicado de forma adequada. Nesta linha, em países orientados pela tradição continental, como o Brasil, a objetividade do Direito ainda é associada fundamentalmente a comandos legais. A partir do senso comum jurídico, a

compreensão da lei teria de ser estritamente formal e imediata – evitando-se, ao máximo, apelar a outras fontes de cognição ou a divagações argumentativas –, já que a adequada análise do Direito somente seria “objetiva e segura” a partir de critérios autorreferenciais (“declarando-se o direito posto”). Contudo, as dificuldades encontradas por este modelo formalista na vivência jurídica são muitas, de forma que a própria pureza conceitual buscada fica comprometida.

O modelo formalista encontra dificuldades no mundo real, pois, diferente de ciências estritamente formais – como na Matemática –, o estudo do Direito depende de critérios valorativos externos ao seu sistema conceitual, ou seja, depende da heterorreferência. Embora o modelo kelseniano tenha dado grandes contribuições – em especial para abordagens descritivas –, as limitações operacionais dele são graves, uma vez que dificilmente a aplicação do Direito ocorre sem juízos valorativos ou argumentos que apelem a aspectos extrajurídicos. Somente uma teoria jurídica da linguagem que pressuponha a abertura do sistema pode ser capaz de contribuir de forma efetiva para uma compreensão ampla do objeto jurídico e para a sua melhor operacionalização concreta.

Apesar de suas dificuldades, o positivismo kelseniano continua muito presente no debate jurídico – em especial, na tradição continental – e influencia fortemente a forma de o jurista encarar o Direito. É possível dizer que o estudo jurídico se submete a um *eterno retorno* a Kelsen quando se busca discutir ideias como “Direito”, “norma”, “ordenamento” e “decisão judicial”. Ao que parece, contudo, a maioria das dificuldades está relacionada ao fato de que seus críticos persistem com os mesmos paradigmas – e também com seus erros – de teoria da linguagem que o autor austríaco adotou. Quando não o fazem, falham ao tentar atingir um grau de coerência e sistematicidade próximo àquele de Kelsen.

Não se olvida que existem autores que oferecem modelos teóricos concorrentes ao de Kelsen – muitos dos quais também são discutidos aqui –, inclusive autores positivistas, como Hart que reconhece a existência de uma “textura aberta” do Direito e uma “regra de reconhecimento”, o que contradiz parcialmente a linha purista tipicamente kelseniana. Contudo, a teoria pura ainda funciona como um paradigma na tradição romano-germânica, inclusive no seu senso comum. Por exemplo, no caso da aplicação de conceitos vagos, o paradigma kelseniano funciona como um anti-paradigma, em razão de negar a possibilidade de haver um *juízo jurídico* em pontos de indeterminação semântica. A missão do jurista – no purismo – se limitaria a delimitar a área do jurídico, não lhe

cabendo decidir qual a melhor alternativa quando houver margem de discricionariedade, em razão de reconhecer o caráter não-jurídico do interior da moldura (*Bild*).

O formalismo também pode ser identificado no senso comum, quando se ouvi expressões como “a lei é clara” ou “é assim, porque está na lei”. A forma se manifesta como argumento – o chamado aqui de *apelo à forma* –, que omite o respeito à verossimilhança da vontade da autoridade que emitiu o comando que agora é a base para o argumento. A certeza da lei parece, para o observador distante das contradições do caso concreto, confortável e desejável. Todavia, a vida real e a criatividade do intérprete podem, de forma mais ou menos convincente, desconstruir a segurança da primeira leitura das referências formais do Direito e justificar, conseqüentemente, o abandono do apelo à forma em casos eventualmente analisados.

O sentido formal de segurança jurídica está muito associado à segurança *na lei*, na medida que as referências formais já deveriam ter respostas pré-prontas para os conflitos. E que a interpretação “literal” seria suficiente, não havendo necessidade de apelar a maiores divagações argumentativas. Por outro lado, a segurança *pela lei* (ou *pelo Direito*), em que as referências formais seriam mero pressuposto argumentativo, tende a ser vista como um drible do arbitrário e contrário à segurança jurídica. Porém, esta não é necessariamente a realidade, já que a “literalidade” se manifesta em situações concretas – nas quais se busca regular os conflitos sociais apresentados ao aplicador do Direito –, e não como entidade abstrata e dissociada da vida social.

Existe uma perfeita simetria entre os campos jurídico e filosófico, quando se fala dos desafios teóricos enfrentados – em alguns casos, também práticos. Em ambos, temos (ou tivemos) concepções formalistas que busca(ram) contornar os problemas típicos da linguagem natural, mas que resultaram em dificuldades concretas, em razão da inexorável realidade de que o formalismo não basta para responder todos os desafios encarados, seja no Direito ou na Filosofia. Contudo, a segunda parece ter sido mais bem-sucedida na superação de seus problemas e na transição para concepções abertas de linguagem, ou seja, que rejeitem o formalismo simplista. No Direito, porém, o conforto e a (pretensa) legitimidade das referências formais ainda arraigam fortemente o estudo jurídico a modelos formalistas – que se mostram, nada obstante, cada vez mais insuficientes.

Desde a segunda metade do séc. XX, porém, a filosofia voltou a dar atenção à linguagem natural. O principal símbolo da assim chamada virada linguística foi a

mudança paradigmática de Wittgenstein. Em 1921, o autor austríaco publicou o *Tractatus Logico-philosophicus*, em que desenvolve uma teoria da linguagem atrelada às ideias de busca por clareza e de linguagem como simples instrumento de comunicação a serviço de outros campos do conhecimento. Contudo, no seu *Investigações Filosóficas*, publicado postumamente em 1953, o pensador passa a rejeitar muitos dos pressupostos assumidos antes, destinando suas atenções ao uso das palavras e aos jogos de linguagem. Nesta segunda obra, Wittgenstein já reconhece a importância pragmática da fala para *criar* eventos no mundo, não limitando mais a linguagem à mera representação de eventos.

A precisão e a clareza são entendidas como – de modo geral – positivas para a comunicação, contudo não são intrínsecos à linguagem natural, mas características contingenciais e precárias. A clareza da linguagem depende mais fortemente dos contextos comunicativos, do que das palavras utilizadas em si, uma vez que o sentido se origina primariamente do uso da linguagem em situações concretas de comunicação. Somente por meio do estudo e da compreensão do funcionamento da linguagem natural é possível entender as dificuldades e as vantagens típicas de compreender a linguagem como *uso*, de forma a melhor operacionalizá-la, inclusive quando se fala de fenômeno jurídico. As implicações dessa mudança de paradigma são maiores do que a primeira impressão faz parecer, especialmente no campo da semântica e da vagueza.

O aprimoramento das teorias jurídicas sobre vagueza passa necessariamente pela revisão do modo de compreender a linguagem. Embora hoje a vagueza não seja tratada como elemento inteiramente estranho ao estudo jurídico, inclusive sendo costumeiramente associada à abertura do sistema jurídico para – especialmente – valores morais, não parece existir ainda uma satisfatória sistematicidade teórica para descrever como este diálogo – entre o jurídico e o extrajurídico, bem como entre o vago e o não-vago – ocorre ou mesmo para evidenciar como tornar este diálogo mais transparente ao controle social, por exemplo, por meio de fundamentações judiciais mais adequadas. A carência de uma atualização nas teorias da linguagem que estruturam o estudo do Direito – ainda muito vinculado direta ou indiretamente ao positivismo kelseniano – provoca uma clara dificuldade em compreender a vagueza (em especial, quando se trata da vagueza no âmbito normativo).

O esforço teórico destinado a explicar a reintrodução dos valores no Direito ainda são muito amarrados a paradigmas construídos para negar a possibilidade de tal abertura, ou seja, apesar de existir um ímpeto para sair da velha separação positivista entre o fato

jurídico e o fato extrajurídico, faltam instrumentos teóricos. O resultado deste descompasso é a precariedade das propostas teóricas que tentam abrir o estudo e a aplicação do Direito. Fala-se muito em influxo axiológico por meio de expressões vagas ou em superação do pensamento silogístico – que são aparentemente separados, mas são verdadeiramente vinculados de forma umbilical –, mas falta um novo modelo que resolva tais impasses de forma abrangente e operacionalizável.

Para compreender a vagueza, a perspectiva institucionalista da linguagem – em especial os modelos teóricos desenvolvidos por John L. Searle, sem excluir outras contribuições – oferece um aparato teórico bastante satisfatório, em razão de permitir compreender a semântico com fenômeno sociolinguístico decorrente dos atos de fala. O modelo institucionalista do Direito – como aqui se nomeia – se caracteriza fundamentalmente pela tentativa de romper a separação rígida entre o plano conceitual dos institutos jurídicos e o plano sociológico do Direito. Não se pretende afastar a importância das referências formais ou da compreensão analítica dos institutos do Direito, mas colocá-la em perspectiva e em contexto, de maneira a tornar claro que somente assim a vagueza – e conseqüentemente os conceitos jurídicos considerados vagos, se for o caso – pode ser adequadamente entendida e operacionalizada.

O modelo institucionalista permite compreender de que maneira a necessidade de “justiça no caso concreto” – chamada aqui de teleologia normativa – pode se compatibilizar com as referências formais do Direito e como estas podem ser relativizadas para garantir maior efetividade e legitimidade concreta na atuação do seu aplicador. Outra vez, não se trata de fundamentar o arbítrio do aplicador, mas de evidenciar que o seu compromisso – enquanto aplicador – não é com a interpretação “literal”, que é mais intuitiva, mas com a coerência e a efetividade do sistema jurídico frente à comunidade.

No modelo instrumentalista, a segurança jurídica continua sendo assunto central para o estudo e a aplicação do Direito, contudo agora passa a ser compreendida de maneira muito mais instrumental e argumentativa. O institucionalismo – assim chamada a proposta que defende ser a semântica, quando coletivamente considerada, também uma realidade institucional – se alinha com a noção de segurança *pela lei* (ou *pelo Direito*), e não com segurança *na lei*. Se a previsibilidade sobre o sentido do Direito é o que traz a segurança e o sentido do Direito vai além de suas referências formais, não seria correto pensar que a previsibilidade seria alcançada simplesmente por meio de suas referências

formais, desconsiderando-se outros fatores – especialmente institucionais – que influenciam na construção semântica do Direito.

O institucionalismo propõe compreender o Direito como realidade institucional, no sentido de ser fruto de interações sociais semanticamente significativas. Sob a perspectiva institucionalista, o contexto tem tanta importância quanto o texto para a construção do sentido. A semântica – ao menos quando entendida coletivamente – também tem natureza de realidade institucional, de forma que também é resultado de interações linguísticas e das necessidades relacionais humanas. Somente dentro de relações sociolinguísticas que o Direito tem existência para o institucionalismo, uma vez que a objetividade da realidade institucional é eminentemente intersubjetiva, sendo dependente da comunicação humana.

A proposta institucionalista para o dilema da vagueza normativa apresentada aqui – ao longo dos três capítulos – não tem por objetivo apresentar diretrizes para a efetivação concreta das realidades institucionais, mas sim oferecer novos modelos jurídicos nos campos da lógica, da semântica e da argumentação, apresentar uma nova compreensão do Direito como realidade institucional e desenvolver instrumentos para a operacionalização da vagueza normativa. A vagueza é um evento comunicativo subjacente à análise do fenômeno jurídico, de forma que este deve ser estudado a partir dos padrões e da sistematicidade da linguagem natural, e não por meio de simples retratos conceituais ou formais. O institucionalismo – ao depurar os padrões estruturais das realidades institucionais – oferece o arcabouço teórico adequado para se estudar o fenômeno jurídico em sua complexidade e dinamicidade, compatibilizando seu estudo aos pressupostos da vagueza.

No primeiro capítulo serão apresentadas as linhas básicas do modelo institucionalista do Direito, o qual se baseia na ideia de o fenômeno jurídico ser uma realidade institucional e um produto de práticas sociolinguísticas. Não é possível compreender suficientemente bem a semântica do Direito quando o estudo se limita à análise dos enunciados textuais, pois os enunciados são simples referências para os agentes sociais. O Direito efetivamente se forma no plano concreto dos eventos fático-comunicativos, servindo eventualmente o texto de suporte lógico para determinados modos de ação compreendidos como *conforme o Direito*.

O elemento primordial para o modelo institucionalista é compreender o Direito como um fenômeno que existe no plano das realidades institucionais, e não no plano das realidades brutas (como são usualmente tratadas, por exemplo, as referências formais). No plano das realidades institucionais, o evento existe na dependência dos contextos sociolinguísticos, ou seja, dentro de processos de interação linguística entre agentes dotados de faculdades mentais. A premissa de que o fenômeno é uma realidade institucional – e não, por exemplo, um conjunto de normas – leva a importantes conclusões, bem como explicita a necessidade de rever conceitos tradicionais do estudo jurídico, sob pena de encontrar respostas insatisfatórias.

Outro aspecto fundamental do modelo institucionalista é sua formulação teórica sobre as normas jurídicas, que – no bojo do institucionalismo – pode ser adequadamente compreendida como estado intencional. Inicialmente, vale esclarecer que a intencionalidade, em linhas genéricas, consiste no produto da interação entre estados mentais e o plano externo. Os estados intencionais, por sua vez, são instâncias mentais relacionadas a eventos no mundo externo, tais como desejo, vontade, crença, percepção etc. O modelo institucionalista propõe que a norma jurídica pode ser entendida como estado intencional – o que não exclui outras abordagens mais restritivas –, no sentido de a norma poder ser vista como um produto de interações entre instâncias mentais e não-mentais, podendo, inclusive, ser a força motriz para ações humanas. A especificidade da norma jurídica, enquanto estado intencional, está em ser direcionada a condições de satisfação associadas à realidade institucional do Direito. Por exemplo, o sujeito que para o veículo ao presenciar o sinal vermelho em um cruzamento de trânsito está imbuído de um estado intencional peculiar – que não se distingue de estados intencionais como crença ou desejo, podendo, contudo, haver algum grau de sobreposição – associado a padrões regulatórios que são reconhecidos socialmente como Direito (no caso, de trânsito).

O ponto de ligação entre o institucionalismo e o fenômeno da vagueza está no que chamamos de instrumentalismo semântico, tratado ao final do capítulo inicial, que nada mais é do que a compreensão da semântica enquanto uma realidade também institucional, ou seja, enquanto resultado e instrumento para interação entre agentes. Embora seja possível vislumbrar a semântica fora de contextos comunicativos – quando se aproxima da noção de percepção –, a semântica que estrutura as relações sociais é fundamentalmente uma realidade institucional, uma vez que se baseia nos sentidos compartilhados por um determinado grupo em seu convívio. Adota-se a noção de que a

semântica institucional é um evento *ex post* – em relação aos processos socio-comunicativos de atribuição de sentido –, uma vez que o sentido das palavras passa a ser compreendido como resultado (por isso *ex post*) de processos socio-comunicativos, e não como elemento anterior às interações sociais e imanente a certos eventos linguísticos – tais como as palavras. A objetividade do sentido deixa, assim, de decorrer diretamente dos enunciados e passa a ser compreendida como consequência de processos interativos – mais ou menos mutáveis e que podem ou não ser enunciados em referências formais, tais como leis, sentenças, ou dicionários – entre os agentes, em interação com o meio.

No segundo capítulo é discutido o problema da vagueza normativa propriamente dita, tendo como premissa a compreensão institucionalista de que o sentido decorre da articulação de contextos comunicativos e de atos de fala. Vale dizer que não se está a falar de vagueza em seu sentido mais coloquial, relacionado a simples dificuldade de compreender a mensagem decorrente de signos verbais ou não verbais. Aqui se entende a vagueza como o resultado de jogos de referência dissonantes, isto é, como um evento sociolinguístico de atribuição de sentido, no qual existe dissonância na correlação – feita por sujeitos distintos – entre eventos significantes (ex.: enunciado textual) e eventos significados (ex.: mensagem do enunciado). A vagueza, portanto, se trata de um fenômeno intersubjetivo e decorrente do uso da linguagem, seguindo a linha institucionalista da semântica – e não de um fenômeno objetivo decorrente da natureza de certas palavras, como o formalismo pode levar a crer.

A vagueza normativa possui o diferencial de decorrer de circunstâncias em que a gradualidade sobre o sentido é desdobramento de situações concretas que demandam a regulação de conflitos sociais. Pode-se dizer que são circunstâncias em que há divergência sobre o conteúdo ou a abrangência da norma jurídica – no sentido de estado intencional – que seria adequado ao caso concreto. Enquanto a vagueza genérica é provocada pela dissonância na atribuição de sentido, a normativa decorre da dissonância relacionada ao sentido necessário para se efetivar determinados modos de regulação. Justamente aqui fica mais evidente que a semântica é resultado, em grande medida, do contexto comunicativo – no caso específico, relacionado à regulação de situações sociais. Por exemplo, a palavra *casa* nos remete a um conjunto de eventos que a ele seriam normalmente associados pelos membros da comunidade – normalmente lembraríamos de edificações com estruturas mínimas, tais como teto e paredes. Todavia, há situações em que a compreensão padrão de casa não é suficiente para satisfazer as necessidades

regulatórias concretas, como seria o caso de tutelar o direito à privacidade de moradores de rua, que eventualmente se utilizam de estruturas que normalmente não seriam associadas com *casa*.

No terceiro capítulo, serão apresentados instrumentos para a operacionalização argumentativa da vagueza em linhas bastante gerais e introdutórias – utilizando como base as categorias do modelo institucionalista do Direito –, bem como algumas repercussões do institucionalismo sobre o estudo jurídico que podem ser identificadas de imediato. Partindo das premissas de que o Direito é uma realidade institucional, a norma é um estado intencional e a semântica é produto de processos sociais de atribuição de sentido, é possível melhor descrever os eventos decisórios relacionados, por exemplo, à jurisdição e propor formas de aperfeiçoar a tutela de direitos, sem incorrer em desvios provocados pelo formalismo. Em seu bojo argumentativo, duas espécies de argumento se destacam: (i) apelo à forma, associado às inferências mais imediatas decorrentes das referências formais; e (ii) teleologia normativa, relacionada aos objetivos regulatórios que podem ser inferidos a partir dos modos de ordenação do convívio social.

A argumentação jurídica é elemento indissociável da legitimação da atuação do aplicador do Direito. O institucionalismo, ao afirmar que a decisão é instrumento de *criação* do fenômeno jurídico – lembrando-se que é realidade institucional –, reforça ainda mais a importância de uma justificação coerente por parte do órgão jurisdicional. A natureza justificatória da argumentação jurídica decorre diretamente da natureza de estado intencional da norma jurídica, uma que esta é elemento basilar para os modos de ação necessários para realizar suas condições de satisfação. Em outras palavras, a atuação jurisdicional, por exemplo, é produto de um estado intencional – que é a norma jurídica –, de natureza *world-to-mind direction of fit* (direção de adequação, com prevalência da mente), que orienta modos de ação condizentes com a realização das condições de satisfação do estado intencional – fazendo acontecer concretamente o Direito. A fundamentação judicial deve ser direcionada a evidenciar que a decisão está alinhada com algum dos padrões regulatórios considerados como aceitáveis pela comunidade.

A metodologia utilizada será de natureza qualitativa, realizando-se o trabalho mediante investigação indireta – mas também de forma direta quando analisados alguns casos de conceitos vagos –, por meio de pesquisa bibliográfica, com via exploratória, descritiva, explicativa e propositiva. As ideias serão desenvolvidas por meio da

apresentação teórica associada à apresentação de casos judiciais relacionados ao assunto discutidos em cada capítulo.

CAPÍTULO 01 – MODELO INSTITUCIONALISTA DO DIREITO

Este primeiro capítulo será dedicado a apresentar as justificativas e os fundamentos para um modelo institucionalista do Direito. Quando se fala em “institucionalista”, não se quer dizer institucionalismo no sentido de órgãos ou entidades de estado ou da sociedade, mas sim no sentido de *comportamentos e relações sociais coordenadas por padrões específicos de interações linguísticas*.¹ O modelo institucionalista pressupõe o Direito como “realidade institucional”, isto é, como *situação fática* resultante de interações comunicativas, conforme esclarecido ao longo do capítulo. Esta definição é deveras distinta daquela que comumente é propagada em relação ao fenômeno jurídico – de conjunto de normas. Assim, é oportuno esclarecer melhor de que forma o Direito pode ser entendido como fenômeno intersubjetivo, inclusive confrontando concepções antagônicas que ainda predominam na comunidade jurídica.

Apesar de a proposta apresentada aqui ser inovadora em diversos aspectos fundamentais – como será esmiuçado –, é necessário destacar as contribuições teóricas de alguns autores. Em primeiro lugar, o pressuposto básico do presente modelo institucionalista pode ser encontrado em Ascombe² e Searle³, quando discutem a diferença entre fatos brutos e fatos institucionais. O institucionalismo pressupõe uma realidade não-linguística – ou bruta –, mas sem adotar um realismo ingênuo. Já a realidade institucional – que consiste na agregação de fatos institucionais – consiste em uma qualificação linguística da realidade existente.

Outro aspecto fundamental é compreender a função da linguagem dentro das relações sociais humanas. O desenvolvimento do presente trabalho evidencia que diversos modelos teóricos que baseiam o estudo do Direito ainda hoje possuem muita dificuldade em trabalhar com a semântica e com a linguagem natural. Por outro lado, os

¹ Para evitar ambiguidades, a expressão “institucional” será reservada para situações quando se tratar de “organizações”, “entidades”, “órgãos” ou afins.

² Cf.: ANSCOMBE, Gertrude E. M. **On brute facts**. Disponível em: < https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2567359/mod_resource/content/1/anscombe%20brute%20facts.pdf >. Acesso em: 1º ago. 2018; _____ . **Intention**. 2 ed. Cambridge and London: Harvard Press University Press, 2000.

³ Cf.: SEARLE, John R. **The construction of social reality**. New York: Simon & Schuster, 1995; _____ . **Mind, Language and Society**. New York: Basic Books, 1998; _____ . **Intentionality: an essay in the philosophy of mind**. New York: Cambridge University Press, 1983; REGNER, Jan. **Mind in the World: A Brief Introduction to Searle's Concept of Intentionality**. Disponível em: < <http://regnerjan.sweb.cz/filosof/searle.htm> >. Acesso em: 11 out. 2018.

modelos teóricos que estruturam o estudo contemporâneo em áreas como a filosofia da mente, a linguística e a lógica já são capazes de oferecer respostas muito mais satisfatórias para diversos dos dilemas linguísticos a que o estudo do Direito ainda sucumbe. Em um esforço para compatibilizar o estudo do fenômeno jurídico aos avanços empreendidos em outras áreas do conhecimento, optou-se por incorporar as contribuições do institucionalismo, de maneira a realinhar a compreensão do fenômeno jurídico ao funcionamento da linguagem natural e aos processos de atribuição de sentido e a se compreender as repercussões das relações socio-comunicativas para a construção da realidade institucional do Direito. Compreender a linguagem como elemento *de ações comunicativas* permite entender de que forma contextos comunicativos, no sentido apresentado por Searle⁴ e por Marmor⁵, contribuem para construção de realidades permeadas pela comunicação e identificáveis concretamente.

Repita-se que o Direito deve ser compreendido como uma realidade institucional, isto é, como *fato*. É uma realidade porque pode ser identificada dentro de relações causais (ou intencionais, como explicado posteriormente) verificáveis concretamente. Portanto, há certo verificacionismo na presente definição de Direito, não se tratando, portanto, de uma dimensão abstrata e normativa. Vale dizer que se qualifica como realidade institucional, porque o fenômeno jurídico existe somente dentro de certas circunstâncias comunicativas, nas quais os agentes interagem de maneiras específicas e correlatas aos atos comunicativos. Por exemplo, chegando a um cruzamento de trânsito, o motorista de um carro para (ou deveria parar) ao ver o sinal vermelho, porque existe uma convenção

⁴ Cf.: SEARLE, John R. **Speech acts**: an essay in the philosophy of language. New York: Cambridge University Press, 1969.

⁵ MARMOR, Andrei. Pragmatic Vagueness in Statutory Law. *In*: KEIL, Geert; POSCHER, Ralf. (edited by) **Vagueness in the Law**. Philosophical and legal perspectives. New York: Oxford University Press, 2016, pp. 161-162: “There are two main kinds of factors that together constitute the pragmatic or contextual background of a speech act: certain relevant facts that are common knowledge between speaker and hearer, and a normative framework that determines what kind of linguistic behaviour we can expect from speakers (and hearers) in the context of the speech act in question. The contextual facts that are relevant to pragmatic enrichment can be specific to the conversation in question, sometimes gathered from previous stages of the conversation, or they can be facts of a general nature, presumed to be widely known. Either way, the idea of context has to be understood epistemically. The context of an utterance consists of elements that the speaker assumes to be known or taken for granted by the hearer and known by the hearer to be known or assumed by the speaker. In addition to the factual context, however, there is also some normative framework in place, depending on the kind of conversation in play. If the conversation is essentially cooperative, like a truthful exchange of information, then the familiar Gricean maxims of conversation apply, such as the maxims of relevance and quantity. If the conversational context is different, other maxims may be in play. Either way, the contextual background must include some normative assumptions about ways in which speakers and hearers are expected to behave, and common knowledge of certain facts that are relevant to the conversation. Together, these factors constitute the contextual or pragmatic background of the conversation in question.”

social simbolizada por meio do sinal vermelho (“parar”), e não porque há um obstáculo físico que impeça que ele atravesse o cruzamento. Posteriormente, o exemplo do sinal vermelho será novamente trazido para ilustrar as realidades institucionais.

O institucionalismo tem o potencial – a de se reconhecer – de comprometer vastos campos teóricos da teoria do Direito, todavia o presente estudo é centrado no dilema da vagueza, de maneira que é dado maior foco aos temas correlatos. Como é estudado no Capítulo 2, em linhas curtas, a vagueza pode ser definida como a gradualidade típica da linguagem ordinária, que é provocada por dissonâncias comunicativas. O uso das palavras provoca inconsistência na definição destas mesmas palavras, pois os usuários as empregam de formas, em maior ou menor grau, diferentes entre si – cada sujeito possui seu próprio retrato conceitual. As repercussões teóricas e práticas desta compreensão de vagueza são enormes, mas somente podem ser adequadamente entendidas e aproveitadas dentro de paradigmas – como o institucionalismo – que associem a semântica a instâncias mentais e a práticas sociais de atribuição de sentido.

Vale dizer que outros autores já promoveram esforço semelhante ao deste trabalho, notadamente MacCormick. O autor escocês desenvolveu, em seu *Institutions of Law*, um modelo institucionalista do Direito, no qual define o fenômeno jurídico como “ordem normativa institucional”. Para o jurista, o Direito seria um conjunto de “normas” institucionalizadas (estatais ou não) que buscam conferir ordem às relações sociais.⁶ A concepção do autor é merecedora de críticas, em especial por sua definição de norma jurídica, que é arraigada à tradição normativista e incompatível com as premissas dos institucionalismo – as devidas ponderações são apresentadas no item 2.3.2, quando são trazidos os pressupostos do modelo institucionalista de norma jurídica.

É preciso ter em mente que o Direito, para a teoria institucionalista, não é linguagem, mas *realidade institucional*. A linguagem é somente um pressuposto para a

⁶ MACCORMICK, Neil. **Institutions of law: an essay in theory**. New York: Oxford University Press, 2007, p. 11: “Law is institutional normative order, and the law of the contemporary state is one form of law. There are others, such as international law, the law of emerging new politico-legal forms such as the European Union, canon law, shari’a law, the laws of sporting organizations and of the games they regulate, and doubtless many others. All have in common the aspiration to order (in the sense of ‘orderliness’, not that of ‘command’). An elaborate set of patterns for human conduct is taken to be ‘binding’ on all persons within the ordered domain, and order prevails among the persons addressed to the extent that they succeed in matching their conduct to the stipulated patterns. The possibility of orderliness arising out of conformity to such patterns depends, obviously, on the set of patterns amounting to a rationally intelligible totality. Therefore there is a postulated systematic quality about the supposed conduct-patterns or ‘norms’ that underlie the aspiration to order.”

existência de realidades institucionais, de forma alguma ambos se confundem. O modelo institucionalista apregoa uma concepção de Direito fundamentalmente intersubjetivo, ou seja, o fenômeno jurídico somente é possível em contexto com mais de um interlocutor e a partir de circunstâncias comunicativas específicas. O *ser* do Direito, no institucionalismo, também não se confunde com o *dever-ser* do Direito. As realidades institucionais existem autonomamente em relação à maneira como os sujeitos deseja(ria)m que ela fosse, bem como não se confunde com as referências formais que permitem sua delimitação – frente a outras realidades institucionais – ou que influenciam em sua ocorrência concreta. O modelo institucionalista aqui defendido entende que o Direito é fato qualificado linguisticamente. Vale dizer que entender o Direito como fato não elimina a possibilidade de modificá-lo, ao contrário, deixa claro que a sua modificação deve ocorrer igualmente no campo das realidades institucionais.

Dizer que o Direito é fato também não implica dizer que ele seja texto, seja no sentido da base física ou da interpretação de seus símbolos. Ao contrário, o texto somente funciona como uma referência formal que pode ou não influenciar na ocorrência de fatos institucionais próprios ao Direito. O fato *do texto* difere do fato *do Direito*. Este é eminentemente intersubjetivo e institucional, enquanto que aquele não é propriamente intersubjetivo – uma vez que a base física do texto é objetiva e bruta, e sua interpretação pode ser subjetiva e não é necessariamente institucional. Falar das “fontes formais” ou do “direito positivo” – como propõe Kelsen quando fala em “ciência do direito positivo”⁷ – não é o mesmo que falar do Direito, enquanto realidade institucional.

A prepariedade do normativismo também está no cerne da confusão entre o Direito e coerção como seu elemento diferenciador em relação a outros sistemas normativos, pois a regra jurídica seria aquela extraída do direito positivo e cuja estrutura comporte uma sanção.⁸ Em verdade, a coerção é simplesmente componente de certas

⁷ KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. 2. Auflage. Wien: Österreichische Staatsdruckerei, 1992, p. 01.

⁸ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995, pp. 156-157: “Podemos, todavia, dizer que em alguns autores contemporâneos a doutrina da coação como objeto do direito é clara e conscientemente formulada. É enunciada, por exemplo, por Kelsen, que considera a sanção não mais como um meio para realizar a norma jurídica, mas como um elemento essencial da estrutura de tal norma. Contra a teoria tradicional da coação é formulada a objeção do *regresso ao infinito*, segundo a qual, se o direito é uma norma que se faz valer coativamente, também a norma secundária (que garante a aplicação da coação), porque é uma norma jurídica, deve por sua vez ser garantida por uma terceira norma que estabeleça uma sanção para sua inobservância, e a terceira deve ser garantida por uma quarta e assim por diante, com duas possíveis conclusões: ou se postula um número infinito de normas (o que é absurdo) ou se admite que as últimas normas, sobre as quais se apóia um ordenamento jurídico não são feitas valer coativamente (o que desmente a afirmação de que o direito é constituído por normas coativas). Kelsen responde a esta objeção precisamente esclarecendo que o significado da teoria da coação por ele

realidades institucionais – em que condutas entendidas como antijurídicas provocam a reação por parte de certos órgãos do Estado –, não sendo, porém, componente essencial do Direito. Em linha mais moderada, apesar de reconhecer que a coerção não é essencial, Schauer afirma que a *força* é um aspecto presente em praticamente todo o fenômeno jurídico, em razão de a cooperação ser, por diversas vezes, insuficiente. Ou seja, a coerção seria ainda necessária para lidar com o desrespeito ao ordenamento, nos casos em que a cooperação não for possível.⁹

Ocorre que o raciocínio do autor está incorreto, uma vez que mesmo a “coerção” demanda a coordenação de um conjunto de agentes e instituições – o Direito (realidade institucional) é exatamente essa coordenação, e não a eventual sanção que dela se traduz. Novamente aqui o Direito surge no momento em que ocorre a cooperação – entre os personagens responsáveis pela execução da sanção –, e não quando ocorre a implementação da força sobre aqueles que comprometem a ordem social. O Direito é que

sustentada difere daquele que tal teoria tradicionalmente apresenta: ‘A afirmação de que para assegurar a eficácia de uma regra de grau n é necessária uma regra de grau $n + 1$ e, portanto, seja impossível assegurar a eficácia de todas as regras que dispõem sanções, . correta; mas a regra de direito não é uma regra cuja eficácia seja assegurada por uma outra regra que dispõe uma sanção, mesmo que a eficácia desta regra não seja assegurada por uma outra regra. Uma regra é uma regra jurídica não porque a sua eficácia é assegurada por uma outra regra que dispõe uma sanção; uma regra é uma regra jurídica porque dispõe uma sanção. O problema da coerção (coação, sanção) não é o problema de assegurar a eficácia das regras, mas sim o problema do conteúdo das regras (*Teoria geral do direito e do estado, op. cit.*, pp. 28-29).’” (adaptado)

⁹ SCHAUER, Frederick. **The Force of Law**. Cambridge & London: Harvard University Press, 2015, pp. 157 e ss.: “Although the sociological, procedural, and methodological differentiations of law are each important, much of the literature on legal theory, at least in the contemporary analytic philosophical tradition, focuses on still another possible form of differentiation: *source differentiation* – a form of differentiation influenced by analytic jurisprudence’s concern for legal validity, and within that tradition the legal positivist view that “in any legal system, whether a given legal norm is valid ... depends on its sources, not its merits.” All people in all contexts make their decisions on the basis of some sources but not others, and thus we might say that source differentiation is endemic to social differentiation generally. Auto mechanics, after all, base their diagnoses on what they know from sources about automobiles and not (normally) from the Bible, from law books, or from plumbers’ manuals. Moreover, sources need not be thought of as residing exclusively in books. Some people base their decisions, in small or large part, on what they have learned from their parents, their friends, their siblings, or in the barber shop. Indeed, it might be better to think of the full array of possible sources as inputs, a word which has less of a suggestion of formal or written sources. Still, *sources* is a nicer word. (...) The presence of unavoidable coercive power is what is typically behind the very phrase ‘the force of law’ and behind the ordinary citizen’s belief that coercion is central to the very idea of law. Like many other aspects of law as we experience it, coercion is neither necessary nor sufficient for law. But legal coercion’s contingent ubiquity testifies to the fact that in many domains there are valuable goals that cannot be achieved by cooperation alone, even the kind of cooperation in which people internalize second- order reasons for suppressing their first-order desires and decisions. If we ignore this fact, we will have ignored something very important about why law exists and what functions it serves. And if we think this fact’s sociological, psychological, economic, and political dimensions are reasons to neglect the importance of philosophical analysis of law’s coercive dimensions, we have given up a valuable resource to better understanding. The coercive dimensions of law are not all of law, but if the task of understanding a phenomenon starts with certain features of the phenomenon whose presence any satisfactory explanation of the phenomenon must provide, then coercion must be numbered among those features. If a satisfactory account of law must, as Hart reminded us, “fit the facts,” then law’s coercive capacity is one of the facts that such an account must fit.”

torna jurídicos alguns tipos de coerção, e não o contrário. A proposta institucionalista busca exatamente esclarecer que o Direito se materializa por meio de relações sociais permeadas por um elo linguístico-comunicativo que viabiliza padrões de cooperação específicos, em oposição a critérios positivista de coerção.

Dizer que o Código de Trânsito Brasileiro (CTB) exige que os motoristas parem seus carros no cruzamento quando o sinal estiver vermelho não é falar do Direito (realidade institucional), mas apenas fazer uma inferência a partir de suas referências formais. Diferente é observar motoristas efetivamente parando no cruzamento quando o sinal está vermelho, apesar de não haver qualquer barreira física que os impeça de passar. O que os impediu de cruzar? Uma noção de que existem padrões de conduta obrigatórios dentro daquele contexto, os quais lhes são comunicados por vias formais ou informais – mais à frente¹⁰, será explicado que esta “noção” se traduz no estado intencional aqui chamado de *norma*. Ainda que o motorista ignore completamente a existência do CTB (ou mesmo se este sequer existisse), possivelmente reproduziria o comportamento dos demais motoristas pela observação.

Assim, o Direito entendido como realidade institucional prescinde de enunciados formais para existir, bem como independe de formulações argumentativas ou hermenêuticas. A vantagem de enunciados não está em conferir existência ao Direito, mas em facilitar sua identificação, compreensão e aperfeiçoamento. O CTB facilita que se identifique o “parar no sinal vermelho” como uma realidade institucional de natureza jurídica, mas não constitui a realidade institucional – esta é um fato no mundo. Ainda mais desnecessário para a constituição do Direito é a sanção, no caso, a multa de trânsito.

A coerção não só é dispensável ao Direito, como caracteriza o seu fracasso parcial.¹¹ A verdadeira característica diferencial do Direito é sua aptidão para estruturar padrões de coordenação social. Quer-se dizer que a realidade institucional jurídica permite modos de ação não-aleatórios, baseados em elementos comunicativos. As referências formais – constituições, leis, decretos, portarias, contratos, precedentes etc. – servem apenas de (importantes) premissas para os atos comunicativos – como quando dois particulares interpretam o Código Civil para elaborar um contrato, ou quando um

¹⁰ Vide item 1.3.2 do presente capítulo.

¹¹ Cf.: VASCONCELOS, Arnaldo. **Direito e Força**: uma Visão Pluridimensional da Coação Jurídica. São Paulo: Dialética, 2001.

magistrado interpreta a Constituição para proferir uma decisão –, mas são o fenômeno jurídico.

O Direito é o pressuposto causal (ou intencional) dos atos de “elaborar um contrato” e de “proferir uma decisão”, mas não se confunde com o “Código Civil” ou com a “Constituição” (referências lógicas), tão menos com o “contrato” ou com a “decisão” (resultados lógicos das referências). O fenômeno jurídico é o elo institucional entre todas essas instâncias e que promove a interação entre todos os participantes da relação comunicativa que compõe o Direito. A proposta institucionalista para o dilema da vagueza depende de pressupostos teóricos pouco usuais para o estudioso do Direito, o que justifica a incursão – feita a seguir – em antecedentes históricos para permitir uma melhor compreensão da filosofia da linguagem adotada ao longo do estudo.

1.1 ANTECEDENTES FILOSÓFICOS DA FILOSOFIA DA LINGUAGEM: ENTRE REALISMO E CONVENCIONALISMO

O primeiro desafio do estudo sobre a linguagem e sobre sua filosofia é o obstáculo da ambiguidade sobre a própria definição de “linguagem”, o que torna a tarefa ainda mais complexa e indissociável do próprio paradigma de linguagem adotado. Eis o paradoxo: como estudar um objeto que já pressupõe as premissas de sua própria compreensão? É possível enxergar aqui uma *petição de princípio*? As teorias filosóficas sobre a linguagem só estariam certas se pressupostas as suas premissas de maneira arbitrária? A definição de “linguagem” passa, portanto, por uma dificuldade fundamental, já que variará em sua substância conforme a matriz teórica adotada.¹²

Como ficará evidente ao longo do trabalho, o problema da definição é, em grande medida, um pseudoproblema que pode ser satisfatoriamente contornado. Por conseguinte, não apresentamos aqui uma definição inquestionável ou completa de “linguagem”, mas sim uma definição suficiente para o estudo. O aspecto fundamental da linguagem – ou seja, o atributo que torna algo *linguagem* – é o carácter representacional deste algo. Um evento A tornar-se linguagem quando representa outro evento B presente no mundo, em seu *ser* ou em seu *modo de ser*, ainda que não efetivamente o seja. O atributo da

¹² Cf.: SOAMES, Scott. **Philosophy of Language**. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2010.

representação diz respeito ao sentido da linguagem, mas não necessariamente à verdade do sentido (no que tange à correspondência entre o sentido e o mundo).¹³

Apesar do caráter representacional da linguagem, essa não se esgota na representação pura e simples. Uso da linguagem possibilita uma diversidade de outros eventos que não estão diretamente relacionados com a representação do mundo, embora dependam de algum conteúdo representacional da linguagem para se tornarem possíveis. Por exemplo, a matemática e a lógica englobam em seu estudo espécies de linguagem que não buscam propriamente representar o mundo, mas estruturar o raciocínio e a cognição sobre ele e reproduzir seus padrões. Elas podem ser trabalhadas como linguagens formais, no sentido de trabalharem a partir de padrões axiomáticos – isto é, construções lógicas que partem de premissas arbitrárias e se desenvolvem por tautologia.¹⁴ Na filosofia, a linguagem formal não costuma ser analisada a partir de sua correspondência com o mundo (juízo sintético), mas sim da coerência entre suas premissas e suas conclusões (juízo analítico).¹⁵

Ao longo da história do pensamento humano, a linguagem teve pouca autonomia dentro dos campos da cognição ou da filosofia. A metafísica e a lógica eclipsaram por muito tempo uma filosofia que investigasse a linguagem enquanto evento autônomo nas reflexões humanas.¹⁶ Na metafísica, a linguagem era um dado irrelevante, diante da capacidade humana de acessar a verdade por meio da razão ou da revelação. Na lógica, os arranjos formais e suas maneiras de se relacionarem sobrepujavam qualquer interesse em investigar as confusões linguísticas por detrás de seus arranjos.

A linguagem ordinária (ou natural) é nova como objeto de estudo, mas velha como base para a comunicação. O seu estudo compõe mais uma etapa na superação de uma

¹³ SOAMES, Scott. **Philosophy of Language**. Oxford and Princeton: Princeton University Press, 2010, p. 01.

¹⁴ Cf.: BEALL, Jc; GLANZBERG, Michael; RIPLEY, David. **Formal Theories of Truth**. New York: Oxford University Press, 2018; SMITH, Peter. **An Introduction to Formal Logic**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003; GENSLER, Harry J. **Introduction to logic**. 2 ed. New York: Routledge, 2010, pp. 343-344: “Our propositional system is an *inferential system*, since it uses mostly inference rules (rules that let us derive formulas from earlier formulas). It’s also possible to systematize propositional logic as an *axiomatic system*, which uses mostly axioms (formulas that can be put on any line, regardless of earlier lines). Both approaches can be set up to be equally powerful – so that anything provable with one is provable with the other. Axiomatic systems tend to have a simpler structure, while inferential systems tend to be easier to use. The pioneers of symbolic logic used axiomatic systems. (...) Let’s define a formal system (or *calculus*) to be an artificial language with notational grammar rules and notational rules for determining validity. Formal systems typically are either inferential (our usual approach) or axiomatic.”

¹⁵ GENSLER, Harry J. **Introduction to Logic**. 2 ed. New York: Routledge, 2010, pp. 49-50.

¹⁶ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta Linguístico-pragmática na Filosofia Contemporânea**. 3 ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006, pp. 12-13.

inclinação humana em aproximar a epistemologia da estética. O conhecimento humano sobre as órbitas planetárias evoluiu, ao longo dos séculos, na mesma medida em que se foi percebendo as imperfeições das elipses planetárias. A ciência foi se distanciando da revelação, na proporção que as evidências foram demonstrando um mundo cada vez mais distante da simetria esperada em obras do divino. De modo semelhante, a filosofia e a linguística se rendem à linguagem ordinária e à importância de seus atributos – repletos de imperfeições e sobressaltos – para compreender e lidar com o mundo.

A vagueza chegou a ser patologizada por uma filosofia que buscava limpar o pensamento científico de inexatidões e obscurantismos. A recusa à vagueza também pode ser identificada no estudo do Direito ainda hoje, diante do fato de ser usualmente associada à falha do elaborador das referências formais em se fazer claro ou ao mal-uso da linguagem no momento de elaborar os textos. A tentativa de compreender o mundo com clareza fez com que fosse esquecida a necessidade de compreender adequadamente a própria linguagem humana. Mas a indiferença, depois de longo tempo, deu lugar ao interesse pela linguagem ordinária, o que fez (res)surgir também o interesse pela vagueza. Muito mais do que uma consequência da linguagem, a vagueza é um efeito das relações sociais humanas e, assim como estas, carrega consigo as contradições que caracterizam o convívio em sociedade e seu pluralismo.

Os tópicos a seguir apresentarão o histórico teórico da relação entre filosofia e linguagem. Naturalmente, foi feito um recorte dos aspectos mais relevantes para o presente estudo, apenas esboçando as correntes de destaque. O cerne principal da exposição é permitir compreender de que maneira o institucionalismo é a proposta mais adequada para o dilema da vagueza normativa – com base nos instrumentos disponíveis hoje –, bem como estabelecer algumas das premissas necessárias para a fundamentação do modelo institucionalista do Direito.

1.1.1 METAFÍSICA: LINGUAGEM SEM AUTONOMIA

A primeira fase da filosofia da linguagem pode ser resumida como o momento de sua negação perante o saber filosófico. A constante desta fase é a linguagem ser entendida como mero canal de acesso ao mundo (material, ou ideal). Platão compreende que a imperfeição do conhecimento humano não deriva da linguagem, mas da própria limitação

cognitiva humana. A imperfeição da linguagem não decorre de atributos do seu uso, mas dos atributos da cognição sobre a metafísica do mundo ou das próprias palavras.

Em *Crátilo*, Platão apresenta, no *Sofista*, um diálogo entre Sócrates e Hermogenes em que se discute o problema da relação entre palavras e coisas. A discussão gira em torno de demonstrar que pouco importa as palavras utilizadas para nomear as coisas, mas sim que essas “imitem” corretamente a coisa nomeada. E o nome imita corretamente a coisa quando “captura sua essência”.¹⁷ Mesmo a vagueza das palavras é compreendida dentro da imitação: Sócrates afirma que, da mesma forma que ocorre com pinturas, os nomes não são capazes de corresponder perfeitamente com as coisas que representam, sendo, por isso, possível haver graus de “correção” conforme os nomes utilizados.¹⁸

¹⁷ MODRAK, Deborah. Plato. In: CAMARON, Margaret; HILL, Benjamin; STANTON, Robert J. (editors) **Sourcebook in the History of Philosophy of Language**. Primary source texts from the Pre-Socratics to Mill. Vol. 2. Switzerland: Springer, 2017, p. 31: “At Hermogenes’ suggestion, Socrates explores the correctness of the names for soul and body, and comes up with several competing and seemingly equally good explanations. Take one example as illustration: soul. The first explanation of ‘soul’ appeals to the link between being ensouled and being alive. The name, soul (*psuche*), gives the body the power to breathe and be revitalized (*anapsuchon*). The second explanation invokes the Presocratic philosopher Anaxagoras’ claim that the mind rules all; in which case, the actual name of the soul should be *phuseche* meaning nature-sustainer. Since *phuseche* is difficult to pronounce, it was shortened to the more elegant *psuche*. While these different explanations provide further evidence that it is not the spelling of the term that matters for correctness but whether it captures the essence of the thing named, they also reveal the difficulty of capturing the single, real nature of the object named. Hermogenes then presses Socrates about the components of names, since many of the terms they have investigated have been analyzed into phrases or otherwise reduced to components, the meanings of which were then appealed to in order to explain why the original name was correctly given. Socrates argues that there must be elemental or primary names (in order to avoid a regress) which are not to be explained by appeal to other names. The elemental names are correct just in case they correctly imitate the thing named. On the analogy with imitation in music and art, Socrates argues that the correct primary name imitates in sound the essence that each thing has. The division of vocalized sounds into vowels and consonants only takes them so far. Nevertheless, Socrates insists that if we don’t know about the correctness of primary names, we cannot know anything about the correctness of the names derived from them. This motivates Socrates to give his own “absurd” views about primary names, starting with the letter rho (r), which it turns out imitates motion; iota (i) imitates smallness; delta (d) and tau (t), rest. Socrates justifies these claims by appealing to the movements of the tongue, mouth and breath in their production. For instance, delta and tau require the suppression of the tongue’s movement and compression of the breath. Socrates concludes his argument for the imitative character of the elements of words by saying ‘this is what it means to say that names are correct.’”

¹⁸ *Idem*, pp. 31-32: “In the final selection, Socrates and Cratylus reconsider the conclusions drawn by Socrates and Hermogenes in their investigation of names. Cratylus agrees with Socrates that a name is correctly given if it captures the essence of the thing named. He also believes that any genuine name is correct and that there are no incorrect names, only sounds signifying nothing. For this reason, he denies that speaking falsely is possible. Socrates makes two arguments against Cratylus. The first is based on the nature of imitation and the second, on the likely fallibility of the original name givers. Cratylus agrees with Socrates that names imitate their referents and he is then forced by Socrates to concede that names like paintings may be incorrectly applied and, consequently, that not all name-givers will be equally good at crafting names. When Cratylus restates his thesis that there are no incorrect names, Socrates responds by forcing him to concede that an image must be distinguishable from the thing of which it is an image. But if this is so, the name, which is an imitation or image of the thing named, cannot resemble its referent in every respect and consequently there is room for degrees of correctness. Not all names are equally well-given; some will include inappropriate letters. Even so, if that name describes the thing by including its pattern, it will be a name, just one that fails to describe its referent as well as a name completely made-up of appropriate letters. Socrates then asks whether there is some way to make elemental names (which are also

Portanto, Platão acreditava que as palavras possuem uma metafísica própria e que seu uso é tão correto quanto reflitam a metafísica das coisas que representam.

Thorp afirma que Aristóteles compartilhava semelhante visão metafísica, de maneira que delineiava uma separação clara entre “a ordem lógica” e “a ordem ontológica”.¹⁹ Em *Categorias*, é possível identificar que o pensador grego investiga a definição das palavras partindo conjuntamente de aspectos que julga da *ontologia* das coisas pronunciadas. Modrak afirma que o pensamento de Aristóteles se baseava na necessidade de identificar conceitos fundamentais, a partir dos quais seria possível obter definições cujas predicções tenham correlação com o plano extralinguístico.²⁰ As palavras carregariam consigo, também para Aristóteles, um elemento metafísico, cuja

imitative) express more clearly the natures that the composite names name. Cratylus invokes usage to explain slight differences in spellings of the same word in different dialects, and Socrates concludes that convention and usage must contribute something to expressing what we mean when we speak. To know the name is to know the thing, Cratylus insists; Socrates again raises the specter of an original name-giver making mistakes. Cratylus' counter-argument turns on the alleged consistency of all names. Socrates then revisits the etymology of *episteme* (knowledge); having earlier found its components to indicate motion, he now argues that instead they indicate rest. Cratylus attempts to argue that the contradiction shows only that one set of terms, either those indicating motion or those indicating rest, are names. In the end, they agree that the original name-giver must have had knowledge of the things to be named in order to craft correct names and that they themselves should attempt to investigate the things that are prior to examining their names.”

¹⁹ THORP, John. Aristotle. In: CAMARON, Margaret; HILL, Benjamin; STANTON, Robert J. (editors) **Sourcebook in the History of Philosophy of Language**. Primary source texts from the Pre-Socratics to Mill. Vol. 2. Switzerland: Springer, 2017, pp. 73-74.

²⁰ MODRAK, Deborah. **Aristotle's theory of language and meaning**. Cambridge: University Cambridge Press, 2001, p. 163: “The analysis that Aristotle offers of essence and definition in *Metaphysics VII* 4-6 reaffirms a number of theses about language and ontology found in the *Categories*. Central to both works are the following: (a) linguistic categories of simple, significant terms have ontological correlates; (b) the ontological relation of inherence has a linguistic analogue in predication; (c) substance is primary both ontologically and conceptually. *Metaphysics VII* agrees with the *Posterior Analytics* about the need for definitions of basic objects, that is, definitions that meet the unity condition. The ultimate building blocks of knowledge are basic objects and their definitions. An infinite regress of premises or definitions of basic objects would totally undermine the claim to know, as would a regress of differentiae within a definition. In *Posterior Analytics I* 22, Aristotle argues that the elements of a proper definition must be finite in number (82b37-83ai). In an indemonstrable, basic premise, there is no distinction between subject and predicate (*Post. Anal.* 84b33-85ai). Knowledge rests ultimately on the definitions of the indivisible species (*ta atoma*) (*Met.* 994b 16-23), because such definitions have the required character. The definition of essence is the linchpin in Aristotle's conception of the relation between the extramental world of objects and that world as conceptualized by human language and science. Lexical items, spoken and written words, are conventional signs of things in the world. What allows these arbitrarily assigned signs to function as tools for understanding is the associated concept expressed in the definition. As an explanation of a real nature, the definition connects the linguistic sign to the object in a way that grounds the intelligibility of the object. This is why Aristotle begins the inquiry into substance in *Metaphysics VII* by setting out the requirements for strict definition. It is also the reason why he returns to the problem of the unity of the definiens in Chapter 12. The *Theaetetus* puzzle about simple objects suggests a picture of language where the basic, indivisible objects are labeled (have arbitrarily assigned names), but these elemental names are of no help in explicating the natures of the basic objects. Aristotle's answer is to posit names that have definitions that are such that the definition does not threaten the simplicity of the basic object. The definition of essence does not, Aristotle argues, involve the predication of ever more basic concepts to constitute the definition. It is unified and hence does not generate a regress.”

investigação lógica serviria de uma fonte para a *episteme* (o conhecimento “científico”); em oposição a *doxa*, o senso comum).

Platão e Aristóteles, cada um tendo sido mais relevante que o outro em momentos distintos, compuseram o paradigma fundamental da concepção ocidental de linguagem por cerca de dois mil anos. Para o primeiro, diante da impossibilidade de acessar a verdade (metafísica) do mundo pelos sentidos, convém para a metafísica buscar seu refúgio nas palavras e em seus arranjos lógicos. Falar de metafísica se tornou falar de lógica, já que somente pela investigação das premissas seria possível chegar a conclusões válidas sobre o mundo (metafísico). O jogo de palavras se tornara a fonte mais segura da verdade sobre o mundo. Para o segundo, embora com menor ceticismo a respeito dos sentidos humanos, a linguagem carregaria consigo a essência da realidade em seus enunciados. O acesso à realidade se daria pelo acesso aos elementos básicos da linguagem, que, estes sim, seriam apreensíveis pelos sentidos.

O sentido das palavras – para os socráticos – seria uma decorrência da própria essência do objeto representado, o que permitiria, em tese, a identificação de sua essência pelo estudo atento das palavras e obstaria mudanças de sentido, já que só haveria um sentido real e correlato com a realidade (ideal, para Platão; material, para Aristóteles).²¹ Os reflexos deste modo de encarar a linguagem foram bastante significativos para a maior parte da filosofia ocidental. Pouco importa conhecer a linguagem em si quando ela se torna a própria fonte do conhecimento, assim como pouco importa conhecer os portões do paraíso quando eles estão abertos para sua entrada. Desta forma, o conhecimento dependeria apenas de uma minuciosa investigação da essência das palavras – por meio de seus conceitos básicos e de suas definições –, de modo que a metafísica já seria suficiente para a adequada compreensão do mundo. E assim a linguagem se manteve encarcerada pela metafísica, ao menos em grande parte da filosofia ocidental, por cerca de dois milênios.

Ao discutir o dilema da vagueza, Russell critica o que chama de *falácia do verbalismo*, que consiste em “confundir as propriedades das palavras e as propriedades das coisas”. A vagueza ou a precisão seriam – para ele – um problema da representação

²¹ Vale fazer uma observação importante: não se ignora que Platão e Aristóteles incorrem, por diversas vezes, em contradições quando trabalham suas concepções de linguagem, inclusive contrariando – por vezes – as conclusões apresentadas. Contudo, analisando-se o conjunto de suas obras, é possível identificar que estas são suas conclusões principais em relação à linguagem, derivando o cerne de suas filosofias delas. Em verdade, várias das contradições que percebemos são efeito da fragilidade de tais ideias metafísicas.

da realidade, e não da realidade em si. Onde não há representação da coisa, não existe vagueza ou representação, mas *apenas a coisa*.²² Assim, a vagueza seria somente um evento linguístico, mas não cognitivo. A crítica serve perfeitamente para a concepção filosófica de Platão e Aristóteles – já que estes promovem semelhante aglutinação entre o discurso e o mundo –, apesar de o autor direcioná-la a Kant, influenciado pelos gregos. Ao longo do trabalho, a concepção metafísica da linguagem será objeto de maiores críticas.

1.1.2 FORMALISMO: BUSCA PELA LINGUAGEM PERFEITA

O uso do termo “formalismo” não busca delimitar o tema propriamente a uma escola ou a um conjunto específico de autores, mas a um modo específico de compreender a função da filosofia e da linguagem. O recorte aqui feito estuda uma linha de pensamento comum a diversos autores associados à filosofia analítica, especialmente aqueles situados cronologicamente entre Frege e o primeiro Wittgenstein. Embora as marcantes diferenças entre as escolas e os autores associados à filosofia analítica, alguns aspectos relevantes se sobressaem e, por isso, merecem ser analisados brevemente.

Qual a função da filosofia para o conhecimento humano? Os gregos discutidos logo acima diriam que é central, pois ela permitiria acessar a essência das coisas por meio dos conceitos básicos que compõe a linguagem, por exemplo. A filosofia teria, portanto,

²² RUSSELL, Bertrand. **Vagueness**. Disponível em: < <http://bactra.org/Russell/vagueness/> >. Acesso em: 03 jul. 2018. “There is a certain tendency in those who have realized that words are vague to infer that things also are vague. We hear a great deal about the flux and the continuum and the unanalysability of the Universe, and it is often suggested that as our language becomes more precise, it becomes less adapted to represent the primitive chaos out of which man is supposed to have evolved the cosmos. This seems to me precisely a case of the fallacy of verbalism the fallacy that consists in mistaking the properties of words for the properties of things. Vagueness and precision alike are characteristics which can only belong to a representation, of which language is an example. They have to do with the relation between a representation and that which it represents. Apart from representation, whether cognitive or mechanical, there can be no such thing as vagueness or precision; things are what they are, and there is an end of it. Nothing is more or less what it is, or to a certain extent possessed of the properties which it possesses. Idealism has produced habits of confusion even in the minds of those who think that they have rejected it. Ever since Kant there has been a tendency in philosophy to confuse knowledge with what is known. It is thought that there must be some kind of identity between the knower and the known, and hence the knower infers that the known is also muddleheaded. All this identity of knower and known, and all this supposed intimacy of the relation of knowing, seems to me a delusion. Knowing is an occurrence having a certain relation to some other occurrence, or groups of occurrences, or characteristic of a group of occurrences, which constitutes what is said to be known. When knowledge is vague, this does not apply to the knowing as an occurrence; as an occurrence it is incapable of being either vague or precise, just as all other occurrences are. Vagueness in a cognitive occurrence is a characteristic of its relation to that which is known, not a characteristic of the occurrence in itself.”

uma função *cognitiva*. Nos séculos e milênios que se seguiram, o debate continuou acalorado colocando idealistas de um lado e empiristas do outro. Até chegar a impactante síntese kantiana, em que a filosofia ainda continuaria a ter sua importância, apesar de bem mais humilde do que imaginavam Platão e Aristóteles.²³

O recolhimento da filosofia se intensificou ainda mais ao longo dos séculos XVIII e XIX. O sucesso do método científico foi avassalador para a credibilidade da filosofia enquanto fonte de conhecimento. O desenvolvimento tecnológico entregue pela ciência sobrepujava qualquer esforço da filosofia em retomar seu protagonismo. A filosofia analítica então surgiu com uma proposta de revisão da função da filosofia para o conhecimento. Seu nascimento é atribuído à rebelião de Russell e Moore contra o idealismo britânico, pensamento até então dominante naquele país. Contudo, a influência de Frege – anterior àqueles dois – não pode ser olvidada, pois, embora não tenha chegado a sistematizar uma nova escola, foi responsável pelo pontapé inicial de muitas das ideias do pensamento analítico.²⁴

Frege tinha como objetivo principal em sua filosofia conferir à matemática uma fundamentação lógica que a distinguisse das ciências empíricas e da psicologia do pensamento humano.²⁵ Afirmou, até, que a missão do filósofo seria “romper o domínio

²³ Apesar de bastante instigante, o tema não será aprofundado aqui. Cf.: OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta Linguístico-pragmática na Filosofia Contemporânea**. 3 ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

²⁴ BEANEY, Michael. What is Analytic Philosophy? In: BEANEY, Michael (edited by). **The Oxford Handbook of the History of Analytic Philosophy**. London: Oxford University press, 2013, epub, pp. 37-38.

²⁵ SOAMES, Scott. **The Analytic Tradition in Philosophy**. Vol. 1. The Founding Giants. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2014, p. 04: “Frege’s main goal in philosophy was to ground the certainty and objectivity of mathematics in the fundamental laws of logic, and to distinguish both logic and mathematics from empirical science in general, and from the psychology of human reasoning in particular. His pursuit of this goal can be divided into four interrelated stages. The first was his development of a new system of symbolic logic, vastly extending the power of previous systems, and capable of formalizing the notion of proof in mathematics. This stage culminated in his publication of the *Begriffsschrift* (*Concept Script*) in 1879. The second stage was the articulation of a systematic philosophy of mathematics, emphasizing (i) the objective nature of mathematical truths, (ii) the grounds for certain, a priori knowledge of them, (iii) the definition of number, (iv) a strategy for deriving the axioms of arithmetic from the laws of logic plus analytical definitions of basic arithmetical concepts, and (v) the prospect of extending the strategy to higher mathematics through the definition and analysis of real, and complex, numbers. After the virtual neglect of the *Begriffsschrift* by his contemporaries—due in part to its forbidding technicality and idiosyncratic symbolism—Frege presented the second stage of his project in remarkably accessible, and largely informal, terms in *Die Grundlagen der Arithmetik* (*The Foundations of Arithmetic*), published in 1884. In addition to being among the greatest treatises in the philosophy of mathematics ever written, this work is one of the best examples of the clarity, precision, and illuminating insight to which work in the analytic tradition has come to aspire. The third stage of the project is presented in a series of groundbreaking articles, starting in the early 1890s and continuing at irregular intervals throughout the rest of his life. These articles include, most prominently, “Funktion und Begriff” (“Function and Concept”) in 1891, “Über Begriff und Gegenstand” (“On Concept and Object”) in 1892, “Über Sinn und Bedeutung” (“On

da linguagem sobre o espírito humano”.²⁶ O matemático desenvolve a noção de que o raciocínio matemático possui um correspondente lógico, a partir do qual seria possível obter a fundamentação concreta para o conhecimento obtido pelas próprias conclusões matemáticas. O principal instrumento em tal empreitada foi o desenvolvimento de uma concepção de simbolismo lógico, ou seja, modelos formais que permitissem descrever eventos no mundo dentro de estruturas simbólicas (como fórmulas e equações). A concepção de linguagem em Frege também está associada à representação do mundo, contudo os seus modelos formais não pretendem ser fontes em si do conhecimento, mas sim sistematiza-lo.²⁷

Outra grande contribuição de Frege é sua concepção de sentido/*sense* (*Sinn*) e referência/*reference* (*Bedeutung*), de fundamental importância dentro de seu simbolismo lógico. Miller destaca que a referência de uma oração é seu valor de verdade (*truth-value*). A referência de uma expressão linguística é o aspecto que permite extrair juízos de verdadeiro ou falso da oração que esta expressão compõe; e expressões linguísticas com diferentes funções sintáticas apresentam diferentes referências.²⁸ Contudo, é possível obter significações diferentes conforme a estrutura das orações, do que se extrai o enigma de Frege: “por que a substituição de um termo por outro em uma sentença pode provocar mudanças de significação?” A noção de sentido (*Sinn*) vem da necessidade de resolver este problema. Soames traz exemplos da situação:

- 1a. O corpo celeste mais brilhante visível no céu do começo da noite (em certos momentos e lugares) tem o mesmo tamanho do corpo celeste mais brilhante visível no céu logo antes do amanhecer (em certos momentos e lugares).

Sense and Reference”) in 1892, and “Der Gedanke” (“Thought”) in 1918. In addition to elucidating the fundamental semantic ideas needed to understand and precisely characterize the language of logic and mathematics, this series of articles contains important insights about how to extend those ideas to natural languages like English and German, thereby providing the basis for the systematic study of language, thought, and meaning. The final stage of Frege’s grand project is presented in his treatise *Grundgesetze der Arithmetik* (*Basic Laws of Arithmetic*), volumes 1 and 2, published in 1893 and 1903 respectively. In these volumes, Frege meticulously and systematically endeavors to derive arithmetic from logic together with definitions of arithmetical concepts in purely logical terms. Although, as we shall see, his attempt was not entirely successful, the project has proven to be extraordinarily fruitful.”

²⁶ BORN, Rainer. Frege. In: SHANKER, Stuart G. (edited by). **Philosophy of Science, Logic and Mathematics in the Twentieth Century**. Routledge: London and New York, 2004, p. 152.

²⁷ SOAMES, Scott. **The Analytic Tradition in Philosophy**. Vol. 1. The Founding Giants. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2014, pp. 05-07.

²⁸ MILLER, Alexander. The Development of Theories of Meaning: From Frege to McDowell and Beyond. In: BEANEY, Michael (edited by). **The Oxford Handbook of the History of Analytic Philosophy**. London: Oxford University press, 2013, epub, pp. 1407-1409.

1b. O corpo celeste mais brilhante visível no céu do começo da noite (em certos momentos e lugares) tem o mesmo tamanho do corpo celeste mais brilhante visível no céu do começo da noite (em certos momentos e lugares).

2a. Héspero tem o mesmo tamanho do corpo celeste mais brilhante visível no céu logo antes do amanhecer (em certos momentos e lugares).

2b. Héspero tem o mesmo tamanho de Héspero.

3a. Héspero tem o mesmo tamanho de Eósforo.

3b. Eósforo tem o mesmo tamanho de Eósforo.²⁹

Os exemplos trazidos acima permitem identificar que a simples referência não é suficiente a conferir significação às palavras, tanto que a referência pode ser a mesma e a sua significação não ser. Buscando solucionar o problema, Frege introduz a noção de sentido (*Sinn*), que nada mais é do que uma dimensão de significação/*meaning* atrelada às próprias palavras – embora associada ao contexto de seu uso. A significação resulta da função da estrutura gramatical somada ao sentido de suas partes. Por seu turno, uma mesma referência (*Bedeutung*) pode ser expressada por diferentes modos de apresentação (*mode of presentation*), isto é, pode ser expressada por palavras com diferentes sentidos (*Sinn*).³⁰ Assim, Frege torna clara a função da predicção para a atribuição de sentido, o que significou um grande avanço para compreender a função da lógica para o conhecimento, já que agora fica claro que as estruturas lógicas contribuem para o sentido.

Portanto, dois pontos são fundamentais dentro do modelo fregeano: (i) a função sistematizadora da linguagem para o conhecimento humano, oferecendo fundamento para uma semântica compatível com o conhecimento empírico e com a linguagem científica; e (ii) a noção de correspondência entre linguagem (por enunciados) e o mundo, tomando como base suas referências e a estrutura gramatical das proposições. Com base nesta formulação, a lógica poderia propiciar as bases para a elaboração de enunciados dotados de *valor de verdade*, uma vez que poderiam ser aferidos concretamente. A filosofia, por conseguinte, poderia oferecer as bases lógicas para o conhecimento (científico), ao invés de ela própria se sub-rogar na posição de produtor do conhecimento.

²⁹ SOAMES, Scott. **The Analytic Tradition in Philosophy**. Vol. 1. The Founding Giants. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2014, pp. 11-12.

³⁰ *Idem*, p. 12.

A contribuição de Frege foi enorme, pois desenvolveu uma robusta base teórica para uma filosofia voltada a preparar o terreno para o estudo empírico, evidenciando que enunciados voltados a reproduzir eventos no mundo precisariam ser verificáveis. Dentre os muitos herdeiros deste legado, neste momento o destaque fica para Russell, o Círculo de Viena e o primeiro Wittgenstein. O estudo jurídico também não passou ileso pela influência fregeana – ainda que de maneira indireta –, conforme desenvolvido no item 2.2.1 e no Capítulo 02.

O destaque inicial fica com Russell, reputado fundador da filosofia analítica junto com Moore, ambos de Cambridge, a partir da chamada “rebelião contra o idealismo britânico” que promoveram.³¹ A filosofia russelliana não é uniforme, tendo partido do neo-hegelianismo do início de sua jornada e terminando no atomismo lógico. O atomismo russelliano começou com pretensões bastante amplas em sua configuração inicial, mas viria a ser mitigado na fase final da vida do autor. O atomismo lógico busca simplificar os problemas epistemológicos e metafísicos a problemas de ordem lógica e converter – para fins de análise – objetos materiais em construções lógicas.³² Semelhantemente a Frege, o objetivo é orientar o uso da linguagem para garantir o emprego de enunciados verificáveis empiricamente. Contudo, indo mais além, Russell entende que seria possível (e desejável) formular uma “linguagem ideal”, na qual a realidade seria inteiramente traduzida em sistemas formais, de forma que os problemas de comunicação próprios da linguagem natural seriam evitados.³³ A mais notável obra neste sentido foi a *Principia Mathematica*, escrita conjuntamente com Whitehead.

Todavia, as pretensões de criar uma linguagem ideal foram fulminadas quando Gödel demonstrou que sistemas lógico-axiomáticos³⁴ são inexoravelmente incompletos do ponto de vista sintático, já que algumas proposições não poderiam ser reputadas

³¹ Cf.: GRIFFIN, Nicholas. Russell and Moore’s Revolt against British idealism. In: BEANEY, Michael (edited by). **The Oxford Handbook of the History of Analytic Philosophy**. London: Oxford University Press, 2013, epub, p. 931; BEALL, Jc; GLANZBERG, Michael; RIPLEY, David. **Formal Theories of Truth**. New York: Oxford University Press, 2018, pp. 01-02; SOAMES, Scott. **The Analytic Tradition in Philosophy**. Vol. 1. The Founding Giants. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2014, p. 413.

³² SOAMES, Scott. **The Analytic Tradition in Philosophy**. Vol. 1. The Founding Giants. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2014, pp. 536 e ss.

³³ IRVINE, Andrew David. **Bertrand Russell**. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2018 Edition), Edward N. Zalta (ed.). Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2018/entries/russell/>>. Acesso em: 09 jul. 2018.

³⁴ Cf.: HODGES, Wilfrid; SCANLON, Thomas. **First-order Model Theory**. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2018 Edition), Edward N. Zalta (ed.). Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2018/entries/modeltheory-fo/>>. Acesso em: 13 jul. 2018.

verdadeiras ou falsas com base apenas nos elementos do sistema lógico.³⁵ Explique-se: Russell acreditava que toda a realidade poderia ser reduzida a um sistema lógica suficientemente elaborado, o que pressupõe a possibilidade de que o sistema ofereça respostas para todos os problemas lógicos surgidos. O sistema russelliano precisaria ser fechado à necessidade de novos *inputs*. Contudo, o teorema de Gödel demonstra que nenhum sistema lógico-axiomático – do tipo desejado por Russell – poderia ser totalmente completo, já que sempre haveria problemas lógicos que demandariam elementos externos ao sistema.³⁶ Este teorema também leva à conclusão (filosófica) de que os sistemas lógicos dependem de elementos externos para terem sustentação – apesar de com estes não se confundirem.

Outro duro golpe nas pretensões aritméticas de Russell foi o teorema da indefinibilidade de Tarski (praticamente uma complementação ao de Gödel) que, em uma explicação curtíssima, demonstra que nenhuma concepção de verdade poderia ser reduzida a um sistema aritmético, pois seu fundamento de verdade não poderia estar no próprio sistema.³⁷ Mas qual a relevância destas conclusões no presente trabalho? Os teoremas demonstram que sistemas formais – como a linguagem da matemática ordinária – são incompletos, precisando de influxos de fora dele próprio para terem sentido lógico e valor de verdade. A ação humana associada a atribuir nomes e sentidos aos eventos no mundo é a ponte de ligação entre esses mesmos eventos no mundo e os sistemas lógicos, captando os elementos necessários para elaborar os sistemas formais, uma vez que

³⁵ RAATIKAINEN, Panu. **Gödel's Incompleteness Theorems.** *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2018 Edition), Edward N. Zalta (ed.). Disponível em: < <https://plato.stanford.edu/archives/fall2018/entries/goedel-incompleteness/> >. Acesso em: 10 jul. 2018: “Gödel's two incompleteness theorems are among the most important results in modern logic, and have deep implications for various issues. They concern the limits of provability in formal axiomatic theories. The first incompleteness theorem states that in any consistent formal system F within which a certain amount of arithmetic can be carried out, there are statements of the language of F which can neither be proved nor disproved in F . According to the second incompleteness theorem, such a formal system cannot prove that the system itself is consistent (assuming it is indeed consistent). These results have had a great impact on the philosophy of mathematics and logic. There have been attempts to apply the results also in other areas of philosophy such as the philosophy of mind, but these attempted applications are more controversial.”

³⁶ Um exemplo bastante simples pode ser extraído das aulas de matemática na escola. A matemática escolar tem-lhe subjacente um sistema lógico, com axiomas e regras de funcionamento, cuja premissa fundamental é a não-contradição (pois todo o sistema deriva dos elementos 0 e 1). As equações permitem obter uma resposta ($1+1=2$). Sempre que a resposta puder ser extraída das premissas, seguindo as regras do sistema, será possível dizer o sistema é completo. Contudo, algumas equações não poderão ser respondidas pelas regras do sistema, por exemplo a divisão $x/0$ (qualquer número dividido pela base ZERO). Não há, dentro do sistema formal da matemática escolar, uma resposta. Os professores costumam utilizar um símbolo de nulidade (\emptyset). Algumas calculadoras respondem como “erro”. Trata-se de uma evidência do problema da incompletude de sistemas formais que muitos lógicos e matemáticos tentaram resolver, mas Gödel demonstra ser inerente a sistemas formais.

³⁷ *Idem.*

propicia o substrato semântico que lhes é necessário. Os sistemas lógicos, assim, não são figuras autônomas frente à realidade. Essa também é uma das premissas para a semântica do Direito no institucionalismo: modelos lógicos dependem de uma semântica prévia, não sendo completamente autônomos e autorreferenciais.³⁸

Outro grande personagem da filosofia analítica é o Círculo de Viena, marcado por uma trajetória de altos e baixos em suas ideias e de contribuições gigantescas. Embora fosse bastante heterogêneo – com seus autores adotando posturas bastante diversificadas –, é possível identificar algumas contribuições mais relevantes – novamente apresentadas aqui com muita brevidade. Schlick talvez seja o autor mais relevante para o presente trabalho não simplesmente por ter sido um dos positivistas lógicos mais influente como foi, mas porque suas ideias parecem deveras semelhantes às de outro austríaco: Kelsen. Schlick buscou ressignificar o sentido de ciência à luz dos avanços vividos em sua época não só no campo das “ciências empíricas”, como também das “ciências normativas”.³⁹ O pensador do Círculo de Viena em seu *Fragen der Ethik* (ou “Problemas da Ética”), de 1930 – anterior à teoria pura de Kelsen, de 1934, portanto –, chegou a discutir a possibilidade de uma “ciência normativa pura”, de forma semelhante ao que Kelsen buscava fazer, mas aqui se discutia sobre a Ética, e não sobre o Direito. Até mesmo desenvolveu a noção de ordenamento hierárquico de normas, em que a superior serviria como fundamento de validade para a inferior.⁴⁰

Assim, é inevitável perceber a influência do positivismo lógico sobre as formulações kelsenianas de construir uma teoria pura do Direito. Também foram, porém, herdados pelo estudo jurídico alguns problemas do positivismo lógico – ao menos em seu estágio inicial –, especialmente em relação à sua filosofia da linguagem, tais como o pretenso isolamento axiológico da ciência e a busca pelo purismo metodológico por meio

³⁸ Vide itens 2.4 do presente capítulo e 3.2 do Capítulo 02.

³⁹ BEANEY, Michael. What is Analytic Philosophy? In: BEANEY, Michael (edited by). **The Oxford Handbook of the History of Analytic Philosophy**. London: Oxford University Press, 2013, epub, p. 94.

⁴⁰ SCLHICK, Moritz. **Problems of Ethics**. New York: Prentice-Hall Inc., 1939, pp. 16-17: “For those who believe that the sole task of ethics consists in the determination of the concept of the good, that is, in the establishment of one or several moral principles, the completion of the described procedure would exhaust the theme of ethics. It would be a pure ‘normative science’; for its end would lie in the discovery of a hierarchy of norms or rules which culminated in one or several points, the moral principles, and in which the lower levels would be explained or ‘justified’ by the higher. To the question, ‘Why is this act moral?’ the explanation can be given, ‘Because it falls under these definite rules’; and if one asks further, ‘Why are all the acts falling under this rule moral?’ this would be explained by saying, ‘Because they all fall under that next higher rule.’ And only with the highest norm with the moral principle or moral principles is the knowledge of the validating grounds, a justification, no longer possible in this way. There ethics is at an end for him who sees it as a mere normative science.”

de uma rígida delimitação do objeto.⁴¹ Contudo, enquanto o positivismo lógico e outras escolas posteriores identificaram e buscaram corrigir tais pressupostos mais tarde vistos como incorretos, o estudo do Direito se manteve engessado.⁴²

⁴¹ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995, pp. 144-146: “A definição do positivismo (em senso estrito) e a do realismo jurídico, em sua diversidade, têm um elemento em comum: são definições anti-ideológicas, definições que não fazem referência a valores ou fins que seriam próprios do direito. Deste ponto de vista, ambas podem ser qualificadas como definições positivistas (em sentido lato), em contraposição às definições ideológicas ou valorativas, que (sempre em sentido lato) podem ser qualificadas como jusnaturalistas. (...) O termo ‘formalismo’ é usado em muitos ramos do saber filosófico e científico com significados muito variados, e também na linguagem jurídica tem sido usado para indicar uma pluralidade de conceitos diversos. Para evitar confusões, acrescentaremos ao termo formalismo um adjetivo que lhe precise a acepção. Assim, com referência à concepção do direito ora exposta, falamos de formalismo jurídico. Disto permanecem distintos o formalismo científico e o formalismo ético, que são as duas outras principais acepções com as quais este termo é empregado na linguagem dos juristas. a) Entende-se por formalismo científico a concepção da ciência jurídica que dá relevo predominante à interpretação lógico-sistemática, de preferência à teleológica; segundo a concepção formalista da interpretação (característica, como já vimos, da escola da exegese), as concretas *regulae decidendi* são extraídas da norma legislativa, desconsiderando a finalidade perseguida por esta, o conflito de interesses que se deve dirimir e assim por diante, mas essencialmente com base numa operação de caráter lógico. b) Entende-se por formalismo ético a concepção própria do positivismo jurídico como *Weltanschauung*, segundo a qual a ação justa consiste pura e simplesmente no cumprimento do dever imposto pela lei, qualquer que seja esta, qualquer que seja seu conteúdo (neste sentido se fala também de concepção legalista da moral). Estas duas outras concepções do termo ‘formalismo’ teremos ocasião de encontrar a seguir em nossa exposição da doutrina do positivismo jurídico. É necessário, porém, esclarecer as relações entre a concepção positivista e a concepção formalista do direito. Estas duas doutrinas não se identificam nem são estranhas uma à outra; diremos antes que são duas doutrinas diferentes que possuem, todavia, muitos pontos em comum e que se acompanham em seu desenvolvimento histórico.

⁴² Vale dizer que o formalismo foi encarado de forma heterogênea no positivismo jurídico. Cf.: MUÑIZ-FRATICELLI, Victor M. **The Structure of Pluralism: on the authority of associations**. New York: Oxford University Press, 2014, p. 130: “Formalism is an old charge against legal positivism. But the truth of the accusation depends on what formalism is taken to mean. If it means the claim that law has certain formal elements because it is a modal kind – as discussed in the ‘Autonomism’ section – then the charge is true. But what is usually meant is something different. It is the charge of formalism in the sense meant by the legal realists who reacted against the methods of research and teaching in American universities in the early part of the twentieth century. The charge of formalism in this later sense has been rebuked on many occasions, most notably in Hart’s famous article which inaugurated his famous dispute with Lon L Fuller. There, rather than adopt the position that positivism rendered decisions clearer and more predictable, Hart argued that mechanical adjudication failed to acknowledge the ambiguity of laws, but he did not think this ambiguity absolute. Although ‘laws are incurably incomplete and we must decide the penumbral cases rationally by reference to social aims’ so also ‘the hard core of settled meaning is law in some centrally important sense and that even if there are borderlines, there must first be lines.’ If this is formalism, it is remarkably weak and does not provide certainty or avoidance of conflicting opinion, but only provides, at best, for bounded disagreement. Neither do other legal positivists hold that the avoidance of interpretive conflict is an analytic feature of legal systems, although it may be (and probably is) a feature that the proponents and defenders of such systems desire. But desirability as a matter of policy is very different from analytical clarity. Take Raz’s understanding of authoritative directives as preemptive, that is, as providing reasons for action and also as ruling out other reasons for action that may conflict with the source of the directive. This is a feature of practical authorities without which, Raz argues (correctly), they would not be practical authorities at all. But it does not indicate that the reasons given by a particular authority ought to be obeyed, or that there are not other preemptive reasons issued by other authorities occupying the same social field which may compete for the subject’s allegiance. Famously, Raz does not believe that anything in the analytic structure of law requires the obedience of the subject. He is, for most purposes, a philosophical anarchist, which is an odd thing for the kind of prescriptivist formalist that some pluralists take the typical positivist to be. In more recent writing, Raz has been quite candid about the possibility of conflict among practical authorities and, by extension, among legal systems.”

Fora do Círculo de Viena, o primeiro Wittgenstein também é marcante por ter atingido o extremo do formalismo, inclusive em sua forma de escrita, apesar de não chegar ao nível do atomismo de Russell. Mais tarde, em sua segunda fase, o autor viria a se notabilizar pelo exato oposto, sem, todavia, apagar o legado de sua primeira fase. O filósofo austríaco – em seu *Tractatus* – buscava um modelo de enunciação que permitisse a maior clareza possível do sentido das palavras por meio de arranjos lógicos, e, por conseguinte, a maior clareza possível nas ideias.⁴³ Novamente temos aqui a busca por uma linguagem perfeita por meio de estruturas formais, funcionando a linguagem como um “retrato lógico da realidade”.⁴⁴ Russell destaca que a premissa do primeiro Wittgenstein era de que o mundo só pode ser apreendido enquanto *fatos* traduzidos semanticamente em enunciados, e a linguagem dependeria do grau de detalhes necessários para a expressão linguística destes fatos.⁴⁵

⁴³ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus Logico-Philosophicus**. Side-by-Side-by-Side Edition. Disponível em: < <https://people.umass.edu/klement/tlp/tlp-hyperlinked.html> >. Acesso em: 12 jul. 2018: “The book deals with the problems of philosophy, and shows, I believe, that the reason why these problems are posed is that the logic of our language is misunderstood. The whole sense of the book might be summed up in the following words: what can be said at all can be said clearly, and what we cannot talk about we must pass over in silence. Thus the aim of the book is to draw a limit to thought, or rather – not to thought, but to the expression of thoughts: for in order to be able to draw a limit to thought, we should have to find both sides of the limit thinkable (i.e. we should have to be able to think what cannot be thought).”

⁴⁴ Expressão utilizada por Russell na introdução à versão bilíngue do *Tractatus*. Cf.: WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus Logico-philosophicus**. Side-by-Side-by-Side Edition. Disponível em: < <https://people.umass.edu/klement/tlp/tlp-hyperlinked.html> >. Acesso em: 12 jul. 2018.

⁴⁵ *Idem*: “The world consists of facts: facts cannot strictly speaking be defined, but we can explain what we mean by saying that facts are what makes propositions true, or false. Facts may contain parts which are facts or may contain no such parts; for example: ‘Socrates was a wise Athenian’, consists of the two facts, ‘Socrates was wise’, and ‘Socrates was an Athenian.’ A fact which has no parts that are facts is called by Mr. Wittgenstein a *Sachverhalt*. This is the same thing that he calls an atomic fact. An atomic fact, although it contains no parts that are facts, nevertheless does contain parts. If we may regard ‘Socrates is wise’ as an atomic fact we perceive that it contains the constituents ‘Socrates’ and ‘wise’. If an atomic fact is analyzed as fully as possible (theoretical, not practical possibility is meant) the constituents finally reached may be called “simples” or “objects”. It is a logical necessity demanded by theory, like an electron. His ground for maintaining that there must be simples is that every complex presupposes a fact. It is not necessarily assumed that the complexity of facts is finite; even if every fact consisted of an infinite number of atomic facts and if every atomic fact consisted of an infinite number of objects there would still be objects and atomic facts (4.2211). The assertion that there is a certain complex reduces to the assertion that its constituents are related in a certain way, which is the assertion of a *fact*: thus if we give a name to the complex the name only has meaning in virtue of the truth of a certain proposition, namely the proposition asserting the relatedness of the constituents of the complex. Thus the naming of complexes presupposes propositions, while propositions presuppose the naming of simples. In this way the naming of simples is shown to be what is logically first in logic. The world is fully described if all atomic facts are known, together with the fact that these are all of them. The world is not described by merely naming all the objects in it; it is necessary also to know the atomic facts of which these objects are constituents. Given this totality of atomic facts, every true proposition, however complex, can theoretically be inferred. A proposition (true or false) asserting an atomic fact is called an atomic proposition. All atomic propositions are logically independent of each other. No atomic proposition implies any other or is inconsistent with any other. Thus the whole business of logical inference is concerned with propositions which are not atomic. Such propositions may be called molecular. Wittgenstein’s theory of molecular propositions turns upon his theory of the construction of truth-functions.”

Duas ideias são fundamentais aqui: (i) a linguagem somente representaria a realidade – correta ou falsamente – na medida em que for buscado construir um retrato lógico do mundo por meio de proposições; e (ii) a compreensão da lógica da linguagem permitiria a perfeição na representação da realidade por permitir construir o melhor retrato possível. Vale dizer, ademais, que apenas proposições com valor de verdade (*truth-value*) poderiam ser dotada de sentido, pois somente afirmações sujeitas à verificação efetivamente representariam algo (verificável) no mundo.⁴⁶ Como a linguagem possuiria sentido somente quando representasse simbolicamente a realidade, o limite da linguagem estaria em construir proposições verdadeiras ou falsas para serem experimentadas concretamente.

Hacker destaca que o *Tractatus* representou, porém, um marco para a superação de muitas das premissas encampadas pelos analíticos tradicionais, em especial Russell e Moore.⁴⁷ O primeiro Wittgenstein rejeitava qualquer pretensão da filosofia metafísica (ou cognitiva), pois esta se utilizaria da linguagem para atingir resultados que a filosofia não seria capaz de entregar. As proposições lógicas – entendia o autor – somente poderiam se relacionar com a realidade por meio de sua verificação concreta, podendo se mostrar verdadeiras ou falsas. As proposições precisariam ser verificáveis para serem dotadas de sentido, do contrário seriam “proposições sem sentido” (*nonsensical propositions*), ou seja, sem qualquer atributo semântico – e não poderiam sequer se classificadas como proposições falsas.⁴⁸

⁴⁶ *Idem*: “An analogy to illustrate the concept of truth: imagine a black spot on white paper: you can describe the shape of the spot by saying, for each point on the sheet, whether it is black or white. To the fact that a point is black there corresponds a positive fact, and to the fact that a point is white (not black), a negative fact. If I designate a point on the sheet (a truth-value according to Frege), then this corresponds to the supposition that is put forward for judgement, etc. etc. But in order to be able to say that a point is black or white, I must first know when a point is called black, and when white: in order to be able to say, ‘*p*’ is true (or false)’, I must have determined in what circumstances I call ‘*p*’ true, and in so doing I determine the sense of the proposition. Now the point where the simile breaks down is this: we can indicate a point on the paper even if we do not know what black and white are, but if a proposition has no sense, nothing corresponds to it, since it does not designate a thing (a truth-value) which might have properties called ‘false’ or ‘true’. The verb of a proposition is not ‘is true’ or ‘is false’, as Frege thought: rather, that which ‘is true’ must already contain the verb.”

⁴⁷ HACKER, Peter M. S. *The Linguistic Turn in Analytic Philosophy*. In: BEANEY, Michael (edited by). **The Oxford Handbook of the History of Analytic Philosophy**. London: Oxford University press, 2013, epub, p. 1886.

⁴⁸ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Some Remarks on Logical Form**. Disponível em: < <http://www.filosofia.unimi.it/zucchi/NuoviFile/Wittgenstein-OnLogicalForm.pdf> >. Acesso em: 12 jul. 2018: “Every proposition has a content and a form. We get the picture of the pure form if we abstract from the meaning of the single words, or symbols (so far as they have independent meanings). That is to say, if we substitute variables for the constants of the proposition. The rules of syntax which applied to the constants must apply to the variables also. By syntax in this general sense of the word I mean the rules which tell us in which connections only a word gives sense, thus excluding nonsensical structures. The

Hacker questiona o sucesso de Wittgenstein em se distanciar da metafísica, em razão de a própria filosofia do autor austríaco pressupor uma além de apresentar uma visão metafísica de mundo – segundo a qual as condições de representação do mundo e os limites do pensamento sobre o mundo seriam constituídos na medida da nossa capacidade de traduzi-lo linguisticamente, portanto os símbolos seriam o caminho para investigar o mundo em si – e uma metafísica do simbolismo – já que as palavras e as proposições seriam fundamentalmente atreladas aos eventos que buscam representar, a ponto de dizer, por exemplo, que apenas palavras simples poderiam representar eventos simples, que apenas relações poderiam representar relações, ou que apenas fatos poderiam representar fatos.⁴⁹ Como dito acima, as proposições que não admitissem sua verificação ou falseação sequer poderiam ser consideradas como dotadas de sentido, o que não é correto dizer se considerada a dimensão pragmática da linguagem – como faz o próprio Wittgenstein, em sua segunda fase –, já que atos de fala são possíveis ainda que não tragam proposições ou enunciados sujeitos a verificação. Apesar das diversas críticas a que se sujeita o *Tractatus*, é possível dizer que o giro linguístico se inicia nele, pois inaugura uma fase em que os principais desafios da filosofia passam a dizer respeito à compreensão da linguagem, e não simplesmente à lógica ou à cognição.

1.1.3 INSTITUCIONALISMO: CONTRUÇÃO DE REALIDADES INSTITUCIONAIS

O institucionalismo é fruto das críticas feitas a algumas das concepções teóricas que embasaram a filosofia analítica principalmente em sua versão inicial, em especial no que diz respeito à necessidade de conferir maior protagonismo à linguagem natural. O ponto de partida para compreender a perspectiva institucionalista é a virada linguística ocorrida na filosofia na segunda metade do séc. XX. A depender da vertente filosófica e do autor, a virada costuma ser apresentada sobre um viés diferenciado, tanto em relação aos seus causadores como no que tange aos aspectos que marcaram tal transformação.

Segundo Hacker, Bergmann é reputado o responsável por introduzir a expressão “*linguistic turn*”, por meio de seu artigo *Strawson’s Ontology* (1960), tendo novamente

syntax of ordinary language, as is well known, is not quite adequate for this purpose. It does not in all cases prevent the construction of nonsensical pseudopositions (constructions such as ‘red is higher than green’ or ‘the Real, though it is in itself, must also be able to become a for myself’, etc.).”

⁴⁹ HACKER, Peter M. S. *The Linguistic Turn in Analytic Philosophy*. In: BEANEY, Michael (edited by). **The Oxford Handbook of the History of Analytic Philosophy**. London: Oxford University press, 2013, epub, p. 1887.

utilizado o termo em *The Glory and Misery of Ludwig Wittgenstein* (1961) e em *Stenius on the Tratatatus* (1963).⁵⁰ A virada linguística não se trata de um evento repentino, nem de uma destruição do conhecimento teórico acumulado, mas, sim, de uma revisão gradual (e oscilante) de alguns paradigmas até então vigentes sobre a relação entre a linguagem e o conhecimento – inclusive com variações nas definições destes dois a depender da linha filosófica. A lógico formal, por exemplo, não foi abandonada ou desacreditada de maneira generalizada, mas *contextualizada e reformada* dentro de novas concepções de linguagem.

Bergmann afirma que os “filósofos linguísticos”, referindo-se àqueles que adotam o paradigma do *turn*, falam sobre o mundo por meio de uma *linguagem adequada* – e não de uma linguagem perfeita –, no sentido de que o conhecimento está submetido aos ruídos das interações linguísticas. Quanto à fundamentalidade da *linguagem (lato sensu)*, há um ponto de consenso entre os filósofos da “linguagem ordinária” e aqueles da “linguagem ideal”. Contudo, os dois grupos de filósofos linguísticos discordam em relação à definição de linguagem e a qual linguagem – ou modo de encará-la – seria mais *adequada*.⁵¹ A

⁵⁰ *Idem*, p. 1873.

⁵¹ BERGMANN, Gustav. **Strawson's Ontology**. *The Journal of Philosophy*, Vol. 57, No. 19 (Sep. 15, 1960). Disponível em: < <http://www.jstor.org/stable/2022943> >. Acesso em: 13 jul. 2018: “All linguistic philosophers talk about the world by means of talking about a suitable language. This is the linguistic turn, the fundamental gambit as to method, on which ordinary and ideal language philosophers (OLP, ILP) agree. Equally fundamentally, they disagree on what is in this sense a "language" and what makes it "suitable." Clearly, one may execute the turn. The question is why one should. Why is it not merely a tedious roundabout? I shall mention three reasons. Strawson might not approve of the way I shall state them but, being moderate and fair-minded, he probably would approve of their spirit. Extremists, of either camp, wouldn't. First: Words are used either ordinarily (commonsensically) or philosophically. On this distinction, above all, the method rests. The prelinguistic philosophers did not make it. Yet they used words philosophically. Prima facie such uses are unintelligible. They require commonsensical explication. The method insists that we provide it. (The qualification, prima facie, is the mark of moderation. The extremists of both camps hold that what the classical philosophers were above all anxious to express is irremediable nonsense.) Second: Much of the paradox, absurdity, and opacity of prelinguistic philosophy stems from failure to distinguish between speaking and speaking about speaking. Such failure, or confusion, is harder to avoid than one may think. The method is the safest way of avoiding it. Third: Some things any conceivable language merely shows. Not that these things are literally "ineffable"; rather, the proper (and safe) way of speaking about them is to speak about (the syntax and interpretation of a) language. Consider exemplification. It shows itself by juxtaposition of subject and predicate, which latter two stand for, or represent, the entities to which they refer. Except at the price of either futility or threatening paradox, exemplification cannot be so represented. OLPs talk about the language we speak (OL); hence the tag applied to them. More precisely, they study communication; exploring how we manage to learn OL and, having learned it, to communicate with each other by means of it. That is of course a psychological study. As the extremists pursue it, it is nothing else. Think of the "prolegomena to a future science of language." The fact remains that, including even OLPs outside of their studies, we all communicate about the world, i.e., that part of it which is not language. In some entirely noncommittal and nonspecific sense of 'picture', OL must therefore be a picture of the world and thus, in a minimal sense, a "suitable" language. The IJLP, or at least this ILP, acknowledges that. In a general way, he acknowledges it by taking common sense for granted, in this following G. E. Moore. More technically, he acknowledges it by explicating all philosophical uses commonsensically. He insists, however, that just because its primary purpose is communication, OL is most unsuitable as a tool for his purpose, i.e., as a "language" by means of which

divergência, como o próprio Bergmann concluiu, é apenas aparente e, até mesmo, incompatível com um paradigma que leva a concluir que conhecer o mundo pressupõe conhecer os atributos da própria linguagem. E a linguagem comporta igualmente situações em que ela funciona como instrumento de representação e outras em que funciona como instrumento de ação.

Na filosofia analítica, a virada linguística foi resultado de uma longa maturação intelectual e resultou na superação parcial de alguns dos principais paradigmas vigentes em sua filosofia da linguagem. Não é correto considerá-la um evento que levou ao abandono do conhecimento acumulado, como alguns podem fazer crer. É mais adequado entender que a virada significou a demonstração de que o fenômeno linguístico seria mais complexo do que se imaginava – indo muito além da representação do mundo –, e, por isso, a filosofia precisaria de um aparato teórico bem mais abrangente do que até então se pensava – Russell, por exemplo, imaginava que a compreensão das estruturas lógicas bastaria.

A linguagem passou a ser colocada em uma posição de protagonista em diversas esferas da filosofia. É possível dizer que as contribuições do estudo da linguagem ganharam autonomia em relação à lógica, à epistemologia e à metafísica, indo bem mais além dos limites que historicamente lhe era atribuído. Enfim, a filosofia passou a discutir sobre a linguagem em si mesma, de maneira direta e autônoma. O resultado da valorização filosófica da linguagem foi o valorização do estudo da linguagem natural, a ressignificação da lógica formal – que passou a ser compreendida de maneira

(not: in which!) to philosophize. This point, decisive as it is, or perhaps because it is so decisive, cannot be argued in general. Once more, one must proceed to cases. Presently I shall. The very phrase, ideal language (IL), is a misnomer. The IL is merely the skeletal schema of a language. Much more importantly, even if it were not just that, it could not be used for communication. Nor is it a schema of what some call the inner monologue. Rather, it is a picture of the world, in a specific and specifiable sense of 'picture'. In making this sort of picture of it, we are stepping outside of the world. That, of course, is merely a metaphor. Literally, the marks the ILP makes on paper are as much a part of the world as is OL. Logically, though, to vary the metaphor, these marks are nowhere. One may indeed wonder why such a picture or schema has ever been called a "language." (I by now often wish it hadn't.) One large part of the explanation, with which I shall not tarry, is historical. The other is structural. Remember the three reasons, all of which have something to do with real languages, which I gave for the linguistic turn. Talking about his marks on paper, the ILP is in an excellent position to observe the three injunctions which correspond to the three reasons. I should like to add that, to the extent an OLP ignores or rejects these three reasons, he is left without any good reason for the linguistic turn. Thus he is in danger of talking merely about language. The extremists among the OLPs have succumbed to the danger. The extremists on the other side talk merely about calculi. At times I do not know which bores me more."

instrumental; Hacker fala de “linguagem ideal *putativa*”⁵², ao contrário da “linguagem ideal *real*” de Russell e Moore – e a interdisciplinaridade, já que ciências como a psicologia, a linguística e a neurociência passaram a dialogar fortemente com a nova filosofia da linguagem.

O primeiro Wittgenstein, do *Tractatus*, afirmava que proposições que não fossem sujeitas a um valor de verdade (*truth-value*) – ou seja, que não pudessem ser testadas – sequer teriam sentido (*nonsensical propositions*). Já o segundo Wittgenstein, do *Logische Untersuchungen* (ou “Investigações Filosóficas”) discordaria sensivelmente. A significação das palavras não decorre de seu valor de verdade (*truth-value*), mas de seu uso. Expressões sem valor proposicional – que não se sujeitam ao verdadeiro ou falso – também são dotadas de valor semântico, não por comporem alguma derivação lógica mas por seu valor pragmático.⁵³ Certamente gritar “*Fogo!*” tem valor semântico independente de haver ou não fogo, tanto que, a depender do ambiente, seria de se esperar uma reação idêntica procedendo ou não a interjeição. Pouco importa se a condições de verdade (*truth-conditions*) – ou seja, se há efetivamente fogo – existem na circunstância concreta, o ato de fala possui efeitos semânticos reais sobre os seus destinatários. Portanto, é possível significação ainda que as palavras não se organizem em enunciados proposicionais.

Convém destacar que, no logicismo de sua primeira fase, já era possível identificar sinais das posições que o autor austríaco viria a adotar posteriormente. Wittgenstein, já no *Tractatus*, identifica que a semântica depende, em certa medida, de elementos estranhos à sua aptidão proposicional, quando rejeita a possibilidade de uma “linguagem privada”. Afinal, a privatividade da linguagem seria a decorrência natural de uma objetividade semântica decorrente da correspondência entre as proposições e a realidade representada – o que defendia Russell, em seu atomismo.⁵⁴ Se uma linguagem privada

⁵² HACKER, Peter M. S. The Linguistic Turn in Analytic Philosophy. In: BEANEY, Michael (edited by). **The Oxford Handbook of the History of Analytic Philosophy**. London: Oxford University press, 2013, epub, pp. 1881-1882.

⁵³ Cf.: BERGEN, Benjamin K. **Louder Than Words: the New Science of How the Mind Makes Meaning**. New York: Basic Books, 2012.

⁵⁴ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus Logico-philosophicus**. Side-by-Side-by-Side Edition. Disponível em: < <https://people.umass.edu/klement/tlp/tlp-hyperlinked.html> >. Acesso em: 14 jul. 2018: “Can we understand two names without knowing whether they signify the same thing or two different things? – Can we understand a proposition in which two names occur without knowing whether their meaning is the same or different? Suppose I know the meaning of an English word and of a German word that means the same: then it is impossible for me to be unaware that they do mean the same; I must be capable of translating each into the other. Expressions like ‘*a=a*’, and those derived from them, are neither elementary propositions nor is there any other way in which they have sense. (This will become evident later.)” Também neste sentido, vide: TRAVIS, Charles. **The uses of sense: Wittgenstein’s philosophy of language**. New York: Oxford University Press, 2001, pp. 01-03: “Thus he explicitly introduces the problem

não é possível, então o fator pragmático – do sentido socialmente atribuído – seria indispensável para a semântica. Em sua segunda fase, no *Investigações*, essa compreensão será uma das bases para sua filosofia dos jogos de linguagem, já que a inexorabilidade da natureza pública da linguagem é uma premissa para uma concepção contextual de semântica. A ideia de linguagem pública também é fundamental para a conexão entre filosofia da linguagem e filosofia da mente buscada pelo institucionalismo, como será oportunamente explicado.

A publicidade da linguagem desloca, em última análise, a semântica da esfera das proposições para a esfera do uso. Não é correto adotar posições extremada aqui: a semântica do uso não excluiu a qualidade da lógica proposicional, apenas a reposiciona como personagem do contexto. Ademais, a afirmação de que a semântica não se limita a enunciados proposicionais não quer dizer que não seja possível verificar *empiricamente* proposições, mas sim que o sentido decorre primordialmente de contextos pragmáticos da fala que podem eventualmente ser formalizados em proposições. Assim, a linguagem passa a adquirir seu sentido pelo seu contexto, e não de forma autônoma intratextual ou tautológica. O contexto aqui, porém, não deve ser compreendido de maneira objetiva, mas sim intersubjetiva⁵⁵, com base na significação atribuída às palavras pelos participantes da interlocução. Como será visto, o institucionalismo explica a significação contextual a partir da noção de realidades institucionais, no que se denomina de instrumentalismo semântico.

of 'private language'. Whatever privacy is here, and whatever his arguments may be, one fixed point is that Wittgenstein holds private language to be impossible. But why is that thesis interesting? This book can be seen as a story about why it is. It is a story about a small set of principles central to Wittgenstein's thought which are argued for by the way in which private language turns out to be impossible. It is also and equally a story about a certain picture of semantics which those principles require; a picture of the sorts of semantic facts there may be, of semantic properties, the ways in which items may have them, and the effects and uses of their doing so. (...) Viewing the significance of private language as here viewed means construing it as a sort of transcendental argument – a story about how things must be, rather than merely about how they are – and one with a rather traditionally heavy metaphysical moral at that. It is hard to resist seeing the private language discussion as having some such force. But such argument does run counter to Wittgenstein's stated views on doing philosophy. To be impressed by how things must be, he tells us, is typically to be in the grip of a picture,- whereas what we ought to ask is not how things must be, but how they are. So private language is an exceptional case. Part of the task in discussing it will be to explain why Wittgenstein is entitled to the exception.”

⁵⁵ Convém aqui destacar que a noção de objetividade como intersubjetividade não é nova, nem mesmo para o positivismo lógico, em especial Carnap. A inovação aqui está na semântica e na forma como a linguagem se conecta intimamente às ações a que se associa. Cf.: UEBEL, Thomas. Early Logical Empiricism and its Reception: The Case of the Vienna Circle. In: BEANEY, Michael (edited by). **The Oxford Handbook of the History of Analytic Philosophy**. London: Oxford University press, 2013, epub, pp. 1179 e ss.

Wittgenstein, no *Investigações*, introduz a noção de *jogos de linguagem* (*Sprachspiel*). Trata-se de uma decorrência direta da ideia de que não existe linguagem privada, já que os jogos somente existem em contextos sociais de atribuição de sentido às palavras.⁵⁶ A noção de jogos é o ponto fundamental para compreender diversas relações sociais que funcionam perfeitamente apesar de não seguirem o *modus operandi* da lógica proposicional. O autor traz um exemplo que pode ser assim sistematizado: quando se profere uma ordem ou um comando, não é necessário expressar a proposição correspondente ao comando para que ele seja adequadamente compreendido e cumprido. Por exemplo, a interjeição “Conta!” – quando proferido em um restaurante – torna desnecessário dizer “Traga-me a conta!” ou “Eu gostaria da conta!” para atingir o resultado linguístico pretendido.⁵⁷ Dentro da concepção do *Tractatus*, pronunciar “Conta!” seria um *nonsensical proposition*, já que não possui qualquer valor de verdade, não sendo adotada – segundo o primeiro Wittgenstein – de sentido. Já na concepção do *Investigações* seria, sim, um ato de fala dotado de pleno sentido, independente de não ter valor proposicional. Diga-se que o uso da linguagem como meio de *criar* sentido – e realidades institucionais – é noção central para o institucionalismo.⁵⁸

⁵⁶ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Philosophical Investigations**. Translated by G. E. M. Anscombe, P. M. S. Hacker and Joachim Schulte. Revised fourth edition by P. M. S. Hacker and Joachim Schulte. Blackwell: Oxford, 2009, pp. 8-8e: “7. In the practice of the use of language (2) one party calls out the words, the other acts on them. However, in instruction in the language the following process will occur: the learner *names* the objects; that is, he utters the word when the teacher points at the stone. – Indeed, there will be an even simpler exercise: the pupil repeats the words after the teacher — both of these being speech-like processes. We can also think of the whole process of using words in (2) as one of those games by means of which children learn their native language. I will call these games ‘*language-games*’ and will sometimes speak of a primitive language as a language-game. And the processes of naming the stones and of repeating words after someone might also be called language-games. Think of certain uses that are made of words in games like ring-a-ring-a-roses. I shall also call the whole, consisting of language and the activities into which it is woven, a ‘*language-game*’.”

⁵⁷ *Idem*, pp. 11-12e: “19. It is easy to imagine a language consisting only of orders and reports in battle. a Or a language consisting only of questions and expressions for answering Yes and No and countless other things. – And to imagine a language means to imagine a form of life. But what about this: is the call ‘Slab!’ in example (2) a sentence or a word? a If a word, surely it has not the same meaning as the like-sounding word of our ordinary language, for in §2 it is a call. But if a sentence, it is surely not the elliptical sentence ‘Slab!’ of our language. – As far as the first question goes, you can call ‘Slab!’ a word and also a sentence; perhaps it could aptly be called a ‘degenerate sentence’ (as one speaks of a degenerate hyperbola); in fact it is our ‘elliptical’ sentence. a But that is surely only a shortened form of the sentence ‘Bring me a slab’, and there is no such sentence in example (2). – But why shouldn’t I conversely have called the sentence ‘Bring me a slab’ a *lengthening* of the sentence ‘Slab!’? a Because anyone who calls out ‘Slab!’ really means ‘Bring me a slab’. a But how do you do this: how do you *mean* that while *saying* ‘Slab!’? Do you say the unshortened sentence to yourself? And why should I translate the call ‘Slab!’ into a different expression in order to say [9] what someone means by it? And if they mean the same thing, why shouldn’t I say, ‘When he says ‘Slab!’ he means ‘Slab!’?’? Again, why shouldn’t you be able to mean ‘Slab!’, if you can mean “Bring me the slab!”? – But when I call out ‘Slab!’, then what I want is *that he should bring me a slab!* – Certainly, but does ‘wanting this’ consist in thinking in some form or other a different sentence from the one you utter?”

⁵⁸ Vide item 2.2 do Capítulo 02.

Austin – complementando o raciocínio do *Investigações* – convencionou a expressão enunciações performativas (*performative utterances*) para se referir às circunstâncias de uso da linguagem tendentes à prática de ações linguisticamente significativas, mesmo quando tais enunciações não tenham um valor proposicional. Alguns exemplos simples: (i) “Eu prometo”, que constitui uma promessa para com terceiro; ou (ii) “Eu aceito”, que em um contexto de casamento gera um compromisso matrimonial recíproco. O uso da linguagem para a prática de ações linguisticamente significativas é chamado por ele de “atos de fala” (*speech acts*).⁵⁹

Lycan destaca que esta constatação de Austin é relevante porque deixa ainda mais evidente que os “enunciados declarativos” – proposicionais, descritivos ou constatativos –, dotados de *truth-value*, não são os únicos relevantes para a filosofia.⁶⁰ Enquanto os enunciados declarativos se submetem a juízos de verdade – podendo ser reputados verdadeiros ou falsos –, as enunciações performativas se sujeitam a “juízo de eficácia”. Austin utiliza a expressão “infelicidade”, “*infelicity*”, para se referir às situações em que o ato de fala não atinge o resultado pretendido, portanto, quando se afigura ineficaz. A eficácia de um ato de fala não está em sua correspondência com a realidade, mas em sua aptidão para efetuar o *ato* pretendido pelo emissor da fala – ideia análoga às condições de satisfação apresentada por Searle.⁶¹

O contexto também traz repercussões no âmbito da compreensão e da aplicação do Direito, afinal o fenômeno jurídico é ele mesmo uma realidade institucional. Solan cita o caso *Schneckloth v. Bustamonte* em que se discutia a legalidade de uma prisão em

⁵⁹ Cf.: AUSTIN, John L. **How to do Things with Words**. London: Oxford University Press, 1962.

⁶⁰ LYCAN, William G. **Philosophy of Language: A Contemporary Introduction**. 2 ed. New York: Routledge, 2000, pp. 144-146: “In Austin’s original article (1961), he called sentences like (1)–(7) “performatives,” to distinguish them from “constatives” (constatives being just the usual sorts of descriptive, fact-stating, true-or-false sentences that philosophers like). In uttering a performative one is not, or at least not ostensibly, describing anything or stating a fact, but performing a social act. When I utter (1), I am actually making the promise. When I utter (4) I am simply apologizing. When I utter (6) I add to my bet, making a financial commitment. When I utter (3), in the proper context with a bottle of the appropriate kind of champagne, I actually perform the christening. Austin called such social actions “speech acts,” and so gave birth to the branch of linguistics and philosophy of language that ever since has been called “speech-act theory.” Whatever the outcome for anyone’s theory of meaning, we must study the phenomenon of (in Austin’s title phrase) “doing things with words,” on pain of leaving out a very important range of linguistic phenomena. (There are two further reasons as well. One is that speech-act theory is the most effective cure for philosophers’ otherwise overmastering tendency, vividly exemplified in this very book so far, to think that declarative sentences are the only ones that matter. The other is that many mistakes have been made and fallacies committed in areas of philosophy other than philosophy of language, through ignorance of speech-act theory; but space does not permit.)”

⁶¹ SEARLE, John R. **Seeing things as they are: a theory of perception**. New York: Oxford University Press, 2016, epub, pp. 62-64.

flagrante, com base na existência ou não de ordem para abrir o porta-malas. O policial disse “*Does the trunk open?*” (“O porta-malas está aberto?”). Caso se entendesse que houve uma ordem, haveria ilegalidade. Mas a Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu que o contexto permitia inferir que se tratou de simples pedido e que o acusado agiu de maneira voluntária ao abrir o porta-malas, onde estavam as drogas.⁶²

Teria o estudo do Direito acompanhado esse processo evolutivo da filosofia da linguagem? A resposta parece ser um *não* inequívoco, especialmente nos países de tradição continental – especialmente no Brasil. Seria o atual modelo de compreensão da ciência do Direito suficiente para operacionalizar o dilema da vagueza? Igualmente, a resposta é *não*. Sem uma revisão do paradigma vigente de ciência do Direito – e de ciência na comunidade jurídica –, englobando algumas de suas premissas teóricas mais básicas até o método de trabalho com os textos, dificilmente a vagueza será adequadamente compreendida e operacionalizada. Ciente desse desafio, desenvolver – ainda que de forma bastante inicial – um modelo institucionalista do Direito, com especial ênfase às contribuições de Searle, é uma etapa necessária no presente esforço teórico.

1.2 PREMISSAS PARA UMA TEORIA INSTITUCIONALISTA DO DIREITO

O institucionalismo traz como maior elemento distintivo da tradição positivista – ainda que mitigada como temos hoje – a preponderância de elementos extratextuais sobre textuais. Compreender o Direito como realidade institucional exige reavaliar premissas tradicionais associadas à própria definição de Direito. A premissa para um modelo institucionalista está na compreensão que produtos culturais, como o Direito, somente

⁶² SOLAN, Lawrence M. Why it is so difficult to resolve vagueness in legal interpretation. *In*: KEIL, Geert; POSCHER, Ralf. (edited by) **Vagueness in the Law**. Philosophical and legal perspectives. New York: Oxford University Press, 2016, p. 232: “Our linguistic systems must also interface with our capacity to draw inferences from context. The field of linguistic pragmatics is about this interface (see e.g. Bach 2005). To take a well-known legal example, when the police stopped a car driven by a young Latino driver, what did the officer mean when he asked the driver, ‘Does the trunk open?’ Surely he was not making a concerned inquiry about the spring mechanism in the car. Rather he meant indirectly either to ask the driver to open the trunk or to order the driver to open the trunk. The difference is legally important because the officer had no right to give such an order, if an order it was. Yet the language of commanding and of requesting is the same. How the words are construed depends crucially on the power relationships between the parties in the interaction. In this case, the Supreme Court decided that the fact that the utterance was phrased as a question made it a request, and that the driver had voluntarily agreed to open the trunk of his car. Therefore, the contraband that was seized was permitted to stand, and the driver was convicted (see Solan and Tiersma 2005 for further discussion of the linguistic aspects of this case).”

fazem sentido dentro de uma filosofia da linguagem que releve as interações sociais que lhe são subjacentes.

Embora seja possível dizer que o estudo analítico do Direito investiga direta ou indiretamente os modos de regulação do comportamento humano, há uma histórica carência sobre o estudo em relação às instâncias intelectivas que permitem o fenômeno jurídico ocorrer. O modelo institucionalista do Direito busca, de fato, compreender o fenômeno jurídico como *comportamentos e relações sociais coordenadas por padrões específicos de interações linguísticas*. As referências formais do Direito continuam tendo sua relevância, mas não como pivô do fenômeno jurídico, e sim como parâmetro argumentativo para a construção da sua justificação social.

A primeira etapa para demonstrar a qualidade do institucionalismo sobre o modelo atual de compreender o fenômeno jurídico é explicitar a inadequação da compreensão deontológica de Direito. A premissa de que o Direito é uma deontologia (*dever-ser/Sollen*), em oposição à ontologia (*ser/Sein*) do mundo dos fatos, em razão de supostamente pertencer ao mundo das “normas” perpassa todo o modo (incorreto) de analisá-lo hoje. A cisão deôntica no estudo do Direito ocorreu fundamentalmente em razão de correntes positivistas, que deram origem a uma semântica e a uma epistemologia jurídicas eminentemente formalistas – embora nem todo positivismo seja formalista, diga-se.⁶³

O *dever-ser* indiscutivelmente é um quase-dogma assentado nas bases do estudo do Direito e uma das heranças kelsenianas mais bem recebidas, mesmo por seus críticos. Ebenstein afirma que Kelsen torna a dicotomia entre *ser* e *dever-ser* “um antagonismo lógico-formal insolúvel”.⁶⁴ O próprio paradigma de ciência normativa se construiu

⁶³ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 131: “(1) O primeiro problema diz respeito ao modo de abordar, de encarar o direito: o positivismo jurídico responde a este problema considerando o direito como um fato e não como um valor. O direito é considerado como um conjunto de fatos, de fenômenos ou de dados sociais em tudo análogos àqueles do mundo natural; o jurista, portanto, deve estudar o direito do mesmo modo que o cientista estuda a realidade natural, isto é, abstendo-se absolutamente de formular juízos de valor. Na linguagem juspositivista o termo ‘direito’ é então absolutamente avalorativo, isto é, privado de qualquer conotação valorativa ou ressonância emotiva: o direito é tal que prescinde do fato de ser bom ou mau, de ser um valor ou um desvalor. Deste comportamento deriva uma particular teoria da validade do direito, dita teoria do formalismo jurídico, na qual a validade do direito se funda em critérios que concernem unicamente à sua estrutura formal (vale dizer, em palavras simples, o seu aspecto exterior), prescindindo do seu conteúdo; segundo o positivismo jurídico, a afirmação da validade de uma norma jurídica não implica também na afirmação do seu valor.”

⁶⁴ EBENSTEIN, William *apud* DUCEY, Michael H. **The Legal Positivism of Hans Kelsen**. Master's Theses. Paper 1567. Disponível em: <https://ecommons.luc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2566&context=luc_theses>. Acesso em: 11 jul. 2018: “He makes of the Is and the Ought a formal-logical, insoluble antagonism, which has for consequence an inevitable division of the sciences. According as the object of research is the Is of actual events--that is, reality--or an ethical, legal, esthetic, or other Ought--that is, ideality-- our knowledge divides itself into two

fundamentada na pressuposição dessa oposição, já que a função do jurista seria investigar as proposições derivadas silogisticamente do direito positivo, e não a realidade social. Kelsen buscava focalizar o debate nos sentidos do direito positivo, sem adentrar no mérito de sua eficácia concreta.

A teoria pura é fundamentada em uma perspectiva específica de filosofia da linguagem, a partir da qual o “objeto do Direito” – que seria o direito positivo – e a “ciência do Direito” – que seriam os juízos formulados a partir do direito positivo – poderiam ser claramente separados entre si, como fica evidente em sua distinção entre normas jurídicas e proposições jurídicas⁶⁵, e este objeto da ciência jurídica seria estudado conceitualmente e fora da dinâmica social. A cisão deôntica serviu para (tentar) apartar o estudo do Direito da natureza eminentemente social e dinâmica deste. Kelsen buscava compreender o estudo do Direito como uma ciência normativa, cujo objeto não seria a “realidade” (plano do *ser*) estudada pelas ciências empíricas, mas sim as “normas” (plano do *dever-ser*).⁶⁶

Diante desta metafísica peculiar, é de se discutir até que ponto enxergar o Direito como *dever-ser* vem sendo, de fato, útil e verossímil. Quando Kelsen afirma que o Direito é uma ciência deontológica, busca desenvolver a noção de que o Direito deve se fechar

fundamentally distinct groups, the world into two realms which no path unites. The sciences in turn are divided into causal sciences and normative sciences.”

⁶⁵ KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. 2. Auflage. Wien: Österreichische Staatsdruckerei, 1992, p. 73: “Die Sätze, in denen die Rechtswissenschaft diese Beziehungen beschreibt, müssen als Rechtssätze von den Rechtsnormen unterschieden werden, die von den Rechtsorganen erzeugt, von ihnen anzuwenden und von den Rechtssubjekten zu befolgen sind.” Em tradução livre: “As proposições a partir das quais a ciência jurídica descreve as relações jurídicas devem, como proposições jurídicas que são, ser distinguidas das normas jurídicas, as quais são produzidas pelos órgãos jurídicos, com o objetivo de serem aplicadas por eles e de serem observadas pelos destinatários do Direito.”

⁶⁶ KELSEN, Hans. **Science and Politics**. The American Political Science Review. Disponível em: < <https://doi.org/10.2307/1951155> >. Acesso em: 11 jul. 2018: “The postulate of the separation of science from politics presupposes that the object of science is reality, that scientific statements are statements about reality as opposed to value judgments in the specific sense of the term. There are, however, sciences, or disciplines usually considered to be sciences, such as ethics and jurisprudence, the object of which seems not to be reality but values. They describe norms constituting values, and in this sense may be called ‘normative’ sciences. Morals, the object of the one, and the law, the object of the other, are indeed systems of norms, or normative orders, determining a definite human behavior by prescribing or permitting such behavior. In order to consider them as sciences, we must take into consideration the fact that there are two different kinds of norms, just as there are two different kinds of value judgments: there are positive norms, which are created by acts of individuals, and norms that are not created in this way, but are only presupposed in the minds of the acting and judging individuals. The act by which a norm is created may be performed in different ways: by spoken or written words, by a gesture, by conventional symbols, and the like. The norms of a positive moral order may be established by the sermons or writings of a religious founder or by custom, that is, by the habitual behavior of the members of a social community; the norms of positive law may be established by custom, by acts of legislation, by judicial decisions, by administrative acts, or by legal transactions. The acts by which the norms of a positive normative system are created are always facts manifested in the external world, perceptible to the senses.”

epistemologicamente em relação a outras áreas (empíricas) do conhecimento, tornando-se um estudo puramente normativo e conceitual.⁶⁷ É notável como essa ideia esbara frontalmente em uma das premissas básicas da filosofia analítica, especialmente no primeiro Wittgenstein: a lógica não possui função cognitiva, mas clarificadora e estrutural.⁶⁸

A noção de que uma ciência normativa deve se pautar no *dever-ser* talvez seja o ponto de cisão mais notável entre Kelsen e os analíticos, em uma clara cessão feita pelo autor em favor do (neo)kantismo. Schlick, que igualmente propôs – mesmo antes da *Teoria Pura* – a concepção de ciência normativa pura e de sistema normativo hierárquico, rejeitou de imediato a cisão entre *ser* e *dever-ser*.⁶⁹ A cisão deontica provocou diversos

⁶⁷ KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. 2. Auflage. Wien: Österreichische Staatsdruckerei, 1992, pp. 75-76: “Der Unterschied zeigt sich darin, dass die von der Rechtswissenschaft formulierten, das Recht beschreibenden, niemanden und zu nichts verpflichtenden und berechtigenden Sollsätze wahr oder unwahr sein können, während die von der Rechtsautorität gesetzten — die Rechtssubjekte verpflichtenden und berechtigenden Sollnormen weder wahr noch unwahr, sondern nur gültig oder ungültig sind; so wie ja auch Seins-Tatsachen weder wahr noch unwahr sind, sondern nur existieren oder nicht existieren, und nur Aussagen über Tatsachen wahr oder unwahr sein können.” Em tradução livres: “A distinção [entre normas e proposições] revela-se no fato de as proposições normativas formuladas pela ciência jurídica, que descrevem o Direito e que não atribuem a ninguém quaisquer deveres ou direitos, poderem ser verdadeiras ou inverdadeiras, ao passo que as normas de *dever-ser*, estabelecidas pela autoridade jurídica – e que atribuem deveres e direitos aos sujeitos jurídicos – não são verdadeiras ou inverdadeiras mas válidas ou inválidas, tal como também os fatos do *ser* não são quer verdadeiros, quer inverdadeiros, mas apenas existem ou não existem, somente as afirmações sobre esses fatos podendo ser verdadeiras ou inverdadeiras.”

⁶⁸ GLOCK, Hans-Johann. Wittgenstein's Later Philosophy. In: BEANEY, Michael (edited by). **The Oxford Handbook of the History of Analytic Philosophy**. London: Oxford University press, 2013, epub, pp. 1273-1274

⁶⁹ SCLHICK, Moritz. **Problems of Ethics**. New York: Prentice-Hall Inc., 1939, pp. 21-22: “The ultimate valuations are facts existing in human consciousness, and even if ethics were a normative science it would not cease because of this to be a science of facts. Ethics has to do entirely with the actual; this seems to me to be the most important of the propositions which determine its task. Foreign to us is the pride of those philosophers who hold the questions of ethics to be the most noble and elevated of questions just because they do not refer to the common is but concern the pure *ought*. Of course, after one is in the possession of such a system of norms, of a system of applications of the concepts good and evil, one can consider the connections of the members of the hierarchy, the order of the individual rules, quite independently of any relation to actuality; one can investigate merely the inner structure of the system. And this holds even if the norms are not the really valid ones, but are falsely considered such, or are freely imagined and arbitrarily established. The last case would indeed possess only the interest of a game and would make no claim to the name of ‘ethics.’ Ethics as a normative science would, how ever, furnish a hierarchical order of rules, in which all acts and attitudes and characters would possess a definite place with respect to their moral value. And of course this would be true not only of existing acts and attitudes, but also of all possible ones; for if the system is to be of any value it must beforehand supply a place for every possibility of human behavior. After becoming acquainted with the highest norms, one can consider the whole system without any reference to actual behavior, by merely considering the possible. Thus Kant emphasized that for his moral philosophy it was indifferent whether or not any moral will actually existed. Hence ethics conceived as a theory of norms would exhibit the characteristics of an “ideal science”; it would have to do with a system of ideal rules, which could, of course, be applied to actuality, and would only thereby possess any interest, but the rules would have meaning quite independently of this application, and could be investigated in their relations to one another. Thus someone might have invented the rules of chess, and might have considered their application to the individual matches even if the game had never been played, except in his mind, between imaginary opponents.”

efeitos negativos para o estudo jurídico e também parece ter sido o principal erro kelseniano, em razão de ter comprometido a construção de uma ciência jurídico efetivamente aglutinada com a realidade e a formulação de uma teoria da argumentação que emancipasse o estudo jurídico do formalismo textualista.

Outro aspecto central na teoria kelseniana é o isolamento epistemológico entre o estudo do fenômeno jurídico e outros fenômenos culturais. O autor positivista desenvolve seu modelo teórico a partir da premissa de que a verdadeira ciência do Direito precisaria retirar de seu objeto de análise todas as impurezas não-jurídicas, sob pena de não ganhar autonomia enquanto disciplina científica. Para Kelsen, as principais influências indesejadas vinham de três direções: (i) da metafísica, do direito natural e da filosofia da justiça; (ii) da psicologia e da sociologia; e (iii) das outras ciências normativas, em especial a ética e a política.

Ducey entende que a busca kelseniana por pureza deriva diretamente de seu entendimento – fortemente kantiano – de que a cognição “cria” seu objeto. Desta premissa – e da noção de que a cognição está intimamente atrelada ao método adotado –, deduz-se que a pureza/independência de qualquer objeto (de estudo) depende radicalmente da pureza/independência dos processos cognitivos empregados e, portanto, do método de estudo.⁷⁰ Talvez o forte neokantismo⁷¹ de Kelsen seja o causador dos pontos de maior discordância entre seu pensamento e o positivismo lógico – especialmente em relação a Schlick, que foi um forte crítico do neokantismo.⁷² Este lógico também criticava a noção

⁷⁰ DUCEY, Michael H. **The Legal Positivism of Hans Kelsen**. Master's Theses. Paper 1567. Disponível em: < https://ecommons.luc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2566&context=luc_theses >. Acesso em: 11 jul. 2018: “He arrives at his position this way: for him, as for Kant, the world is a non-unified set of elements which presents itself to human sensibility. These elements might be called ‘facts’. (And here is the charter of positivism against all metaphysics.) Man unifies the world of facts in ‘objects’ by knowing them. Moreover, according to Kelson, there are two different methods of thinking by which he does this. One is the principle of causality, and the connecting of the elements in the world by this method produces Nature. The other is a normative principle, and it produces Society. This latter method of thinking consists in connection by social norms, principally by the norm, or principle, or retribution. The principle of retribution consists in a ‘free’ sequence of events as opposed to a determined causal one.”

⁷¹ Cf.: KÖHNKE, Klaus Christian. **The Rise of Neo-Kantianism: German Academic Philosophy Between Idealism and Positivism**. Cambridge: Cambridge University Press, 1991.

⁷² SCHLICK, Moritz. **Allgemeine Erkenntnislehre**. Herausgegeben und eingeleitet von Hans Jürgen Wendel und Fynn Ole Engler. Wien und New York: Springer, 2009, p. 45: “Um diese Einsicht weiter auszubauen und zu untermauern, problematisiert Schlick abschliessend die Berechtigung der Annahme von reinen Denkformen, den Kategorien im Sinne Kants, die eine apodiktische Geltung der Wirklichkeitserkenntnis als synthetische Urteile a priori sichern sollen. In Übereinstimmung mit dem zuvor entwickelten Erkenntnisbegriff stellt Schlick dagegen heraus, das keine Form des Denkens Wirkliches tatsächlich bestimmen (erzeugen) kann, sondern gegebene Tatsachen dadurch erkannt werden, das diesen Urteile eindeutig zugeordnet werden. Der folgenschwere Irrtum der Philosophie Kants und nach ihr der des Neukantianismus besteht für Schlick gerade darin, das beide das Verhältnis zwischen Denken und Sein misverstanden haben. Er schreibt: ‚Nach kritizistischer Ansicht werden also die Relationen im Urteil erst

de *dever-ser*, considerando-a logicamente inconsistente, como já mencionado anteriormente no presente capítulo.⁷³ Apesar de suas críticas à cisão deôntica terem sido

gestiftet, während es gemäss unserem Erkenntnisbegriff den ohnedies bestehenden Relationen nur zugeordnet wird. Wenn es unseren bisherigen Bemühungen gelungen ist, den bloß bezeichnenden (semiotischen) Charakter des Denkens und Erkennens über allen Zweifel zu erheben, so ist der kritizistische Erkenntnisbegriff damit schon abgetan; alle Möglichkeiten, die er birgt, und alle Folgen, die sich aus ihm ergeben, sind als hinfällig erkannt. Auf die früheren positiven Ergebnisse gestützt, dürften wir daher die ganze Frage bereits als zuungunsten der Kantschen Philosophie entschieden betrachten.” Em tradução livre: “A fim de expandir e sustentar ainda mais essa percepção [da impossibilidade de separar ser e dever-ser], Schlick finalmente questiona a legitimidade da assunção de formas puras de pensamento, as categorias no sentido de Kant, que se destinam a assegurar uma validade apodictica do conhecimento da realidade como juízos sintéticos *a priori*. Por outro lado, de acordo com o conceito previamente desenvolvido de cognição, Schlick salienta que nenhuma forma de pensamento pode realmente determinar (produzir) a realidade atual, mas sim reconhecer fatos dados que são inequivocamente atribuídos a esses julgamentos. Para Schlick, o grave erro da filosofia de Kant e, depois dela, do neokantismo é precisamente o fato de ambos terem entendido mal a relação entre pensar e ser. Ele escreve: ‘Do ponto de vista crítico, portanto, as relações no julgamento são estabelecidas primeiro, enquanto, de acordo com nosso conceito de cognição, elas são atribuídas apenas às relações já existentes. Se nossos esforços anteriores conseguiram desmentir o caráter meramente significativo (semiótico) do pensamento e do saber, então o conceito criticado de cognição [kantiano] fica descartado, e todas as possibilidades que ele contém e todas as consequências que resultam dele ficam reconhecidas como obsoletas. Considerando resultados positivos anteriores, devemos, portanto, considerar a questão toda decidida contra a filosofia de Kant.’”

⁷³ SCLHICK, Moritz. **Problems of Ethics**. New York: Prentice-Hall Inc., 1939, pp. 21-23: “We just said that there could be no real opposition between the meaning of the word ‘good’ that is actually accepted in life, and the meaning found by the philosopher. An apparent difference can of course occur, for language and thought are very imperfect in daily life. Often the speaker and valuer is himself not clear as to what he expresses, and often his valuations rest on a false interpretation of the facts, and would at once change with a correction of the mistake. The philosopher would have the task of discovering such errors and faulty expressions, and would have to recognize the true norms that lie at the root of moral judgments, and place them in opposition to the apparent ones which the agent, or valuer, believes himself to follow. And in so doing he would, perhaps, find it necessary to delve deep into the human soul. Always, however, it would be an actual, already fundamental norm that he would find there. The ultimate valuations are facts existing in human consciousness, and even if ethics were a normative science it would not cease because of this to be a science of facts. Ethics has to do entirely with the actual; this seems to me to be the most important of the propositions which determine its task. Foreign to us is the pride of those philosophers who hold the questions of ethics to be the most noble and elevated of questions just because they do not refer to the common is but concern the pure ought. Of course, after one is in the possession of such a system of norms, of a system of applications of the concepts good and evil, one can consider the connections of the members of the hierarchy, the order of the individual rules, quite independently of any relation to actuality; one can investigate merely the inner structure of the system. And this holds even if the norms are not the really valid ones, but are falsely considered such, or are freely imagined and arbitrarily established. The last case would indeed possess only the interest of a game and would make no claim to the name of ‘ethics.’ Ethics as a normative science would, however, furnish a hierarchical order of rules, in which all acts and attitudes and characters would possess a definite place with respect to their moral value. And of course this would be true not only of existing acts and attitudes, but also of all possible ones; for if the system is to be of any value it must beforehand supply a place for every possibility of human behavior. After becoming acquainted with the highest norms, one can consider the whole system without any reference to actual behavior, by merely considering the possible. Thus Kant emphasized that for his moral philosophy it was indifferent whether or not any moral will actually existed. Hence ethics conceived as a theory of norms would exhibit the characteristics of an “ideal science”; it would have to do with a system of ideal rules, which could, of course, be applied to actuality, and would only thereby possess any interest, but the rules would have meaning quite independently of this application, and could be investigated in their relations to one another. Thus someone might have invented the rules of chess, and might have considered their application to the individual matches even if the game had never been played, except in his mind, between imaginary opponents.”

concebidas para pensadores anteriores a Kelsen, elas cabem perfeitamente para a concepção deontológica de ciência normativa desenvolvida pelo jurista austríaco.

Apesar da (pretensa) pureza de seu método que abarca o direito positivo como seu objeto imediato de estudo, o próprio Kelsen reconhece que o estudo jurídico também possui como objeto, embora indiretamente, o comportamento humano.⁷⁴ Em contraposição à proposta kelseniana, a concepção institucionalista substitui o direito positivo pelas relações humanas linguisticamente relevantes como objeto imediato do estudo jurídico, ao demonstrar que o Direito se trata de um fenômeno institucional, ou seja, de uma decorrência da interação intersubjetiva por meio da linguagem. Constatação semelhante é feita por Machado Segundo, quando destaca que a “linguagem como a realidade institucional que serve de instrumento capaz de fazer com que simulações mentais sejam partilhadas”.⁷⁵ O “direito positivo” não é ignorado pelo institucionalismo, mas é tratado como elemento contido dentro do estudo das realidades institucionais.

Kelsen adota uma concepção de ciência jurídica que se baseia em restringir o objeto do estudo apenas às normas jurídicas, daí sua pretensa pureza teórica. Em resumo, ele busca apreender o objeto “juridicamente”, e apenas isto. É possível perceber que o autor incorre em uma circularidade, já que o objeto de estudo é definido conforme as necessidades de seu método, e o método é estabelecido – em tese – conforme as características de seu objeto de estudo (de caráter supostamente deontológico). Na afirmação de que o objeto da ciência jurídica é o Direito – que, em Kelsen, é um conjunto de normas –, estaria contida a premissa – não menos evidente – de que as normas jurídicas são o objeto da ciência jurídica, e a conduta humana só o seria na medida em que seja

⁷⁴ KELSEN, Hans. **Science and Politics**. The American Political Science Review. Disponível em: < <https://doi.org/10.2307/1951155> >. Acesso em: 11 jul. 2018: “Natural science describes its object as real in statements that under certain conditions (causes), certain consequences (their effects) necessarily or probably take place. These propositions are, as pointed out, the so-called laws of nature, which are laws of causality. Causality is not a force immanent in reality; it is a principle of cognition, the specific instrument by which natural science describes its object. Since norms determine human behavior, the science of law, in describing the law as a set of norms is also describing human behavior; but it does not describe it as it takes place as cause and effect in natural reality. It describes behavior as it is determined, i.e., prescribed or permitted, by legal norms. The statements by which the science of law describes its object are not an application of the principle of causality; they do not have the meaning of the laws of nature, although they have the same grammatical form. They are propositions connecting a condition with its consequence, but this connection has another meaning than that expressed in the laws of nature.”

⁷⁵ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Epistemologia falibilista e teoria do direito**. Disponível em: < <http://genjuridico.com.br/2016/03/07/epistemologia-falibilista-e-teoria-do-direito/> >. Acesso em: 27 de junho de 2017.

prevista pelas normas jurídicas.⁷⁶ Contudo, é questionável tal premissa, já que a ação humana também é responsável por criar essas mesmas “normas”, ainda que tais ações não estejam previstas em uma norma prévia – sob pena de regresso ao infinito.

A circularidade da proposta kelseniana desafia sua consistência, afinal se por um lado a ciência jurídica é aquela que se restringe às normas jurídicas, como se definiria quais normas seriam jurídicas? Não seria necessário que a própria ciência do Direito, de alguma maneira, defina seu objeto de estudo? Ou haveria algum componente extrajurídico responsável por definir quais normas seriam jurídicas e quais não seriam? Se há componentes extrajurídicos, não ficaria comprometida a tentativa teórica de isolamento do direito frente a outras práticas sociais? É inevitável perceber que a teoria purista tem uma brecha significativa, em razão de tentar ignorar que o Direito somente encontra sua razão de ser quando cotejado com outras circunstâncias sociais, que lhe dão fundamento ou eficácia social, enquanto normas *jurídicas*. Então não seria necessário levar em consideração variáveis sociais no momento de elaborar um modelo analítico do Direito? A resposta nos parece verdadeira, diferentemente do que conclui Kelsen.

Uma saída ainda no campo do positivismo jurídico foi encontrada por Hart, quando propôs a figura da regra de reconhecimento.⁷⁷ Mas algumas dificuldades permanecem. A dificuldade de identificar um critério razoável para definir o objeto da ciência do Direito é uma constante, como discutido ao longo do presente capítulo. De modo geral, o grande desafio é encontrar uma saída para a circularidade ou para a regressão ao infinito, em que geralmente se metem as propostas positivistas. Uma alternativa razoável para solucionar este problema é proposta pela teoria institucionalista de Searle, a partir da qual se entende que o Direito é um fato institucional e que somente é possível compreender adequadamente o fenômeno jurídico se ele for inserido no contexto social em que se encontra.⁷⁸ No institucionalismo, o Direito possui profunda interseção com outros campos da vivência social, diferenciando-se apenas em aspectos acidentais.

A partir da perspectiva institucionalista, é possível perceber que o processo de formação do Direito faz parte de um evento complexo, nem sempre linear, e que se

⁷⁶ KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. 2. Auflage. Wien: Österreichische Staatsdruckerei, 1992, pp. 108-109.

⁷⁷ HART, Herbert L. A. **The Concept of Law**. 2 ed. With a Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. New York: Oxford University Press, 1994, p. 100.

⁷⁸ SEARLE, John R. **The construction of social reality**. New York: Simon & Schuster, 1995, p. 46.

retroalimenta. Entendido como fato institucional, o fenômeno jurídico deve ser visto como o resultado de processos sociais, sem os quais não pode ser corretamente entendido ou aplicado. Em primeiro lugar, a proposta institucionalista reconhece que existe uma circularidade, mas esta não deve ser trazida para o campo metodológico, e sim ao campo semântico, das interações linguísticas. Para o institucionalismo de Searle, a circularidade tem sua matriz na constante resignificação de fatos brutos e institucionais, transformando-os em (novos) fatos institucionais. Esses processos sociais de significação geram *outputs* que se manifestam justamente no momento em que os estados intencionais associados a esses contextos comunicativos – tais como a norma, em relação do Direito – provocam eventos externos, como pode ocorrer por meio de atos de fala ou atos materiais.⁷⁹

A teoria pura também é insuficiente por se mostrar indiferente diante de situações em que há plurissignificação nos comandos normativos. A proposta de solução de Kelsen foi deixar a questão em aberto, adotando a metáfora da moldura (*Bild*), dentro da qual qualquer uma das significações estaria correta e cuja escolha dentre uma delas teria natureza eminentemente política. Todavia, tal resposta não é satisfatório, pois não é propriamente uma resposta – em verdade, o autor evita ter que dá-la –, deixando sem resposta diversos problemas relevantes para o estudo do Direito. A proposta institucionalista também apresenta instrumentos para responder questões levantadas pela metáfora da moldura, como ficará mais evidente no Capítulo 02.

O Direito como *dever-ser* é, em primeiro momento, uma concepção atrativa por fazer parecer que existe um mundo diferente do factual, em que as normas são entidades autônomas em relação à realidade e em que as deduções lógico-conceituais seriam suficientes para satisfazer as necessidades sociais e jurídicas, o que é falso. Esse modelo muito mais se aproxima de uma neometafísica do Direito, criada para fins estritamente analíticos e restrita ao plano conceitual das ideias. Apesar de engenhosa e importante em alguma medida, não é tão útil quanto possa parecer, já que parte de falsos pressupostos e resulta em diversas confusões. Nada obstante, mesmo os críticos recentes do positivismo tendem a poupar a concepção deontológica do Direito, o que perpetua muitos dos problemas teóricos e práticos gerados pelo kelsenianismo.

⁷⁹ Vide itens 1.3.1 do presente capítulo e 2.4 do Capítulo 02.

O falso pressuposto que fundamenta toda a ideia de Direito como *dever-ser* está no isolamento entre circunstâncias normativas e circunstâncias fáticas. Kelsen incorre nesta falha ao apregoar que o estudo do Direito se limita ao plano conceitual das proposições jurídicas. É possível identificar o gérmen desta ideia na Lei da Guilhotina de Hume, depois reproduzida por Kant, quando afirma que não seria possível derivar o *dever-ser* a partir do *ser*.⁸⁰ A influência da metaética de Hume ainda é forte nos círculos jurídicos como se percebe pela dificuldade de conceitualizar o Direito como um objeto de estudo fora da dimensão conceitual.

O debate sobre a possibilidade de atribuir validade lógica a proposições deontológicas é outro ponto de ruptura entre o juspositivismo kelseniano – aproximando-se, como já dito, muito mais do kantismo – e o positivismo lógico, ao menos em sua versão tradicional. Partindo da premissa de que o Direito seria um sistema de normas voltadas a regulação da conduta humana – oferecendo um *dever-ser* da realidade –, Kelsen conclui incorretamente que uma ciência do Direito somente seria possível se adotasse as normas – em seu sentido deontológico – como seu objeto de análise.⁸¹ A

⁸⁰ Cf.: PUTNAM, Hilary. **The Collapse of the Fact/Value Dichotomy and other essays**. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

⁸¹ KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. 2. Auflage. Wien: Österreichische Staatsdruckerei, 1992, pp. 04-05: “Auf die Normen nun, die den Charakter von Rechtsnormen haben und gewissen Tatbeständen den Charakter von Rechts- (oder Unrechts-) Akten verleihen, ist die Rechtserkenntnis gerichtet. Denn das Recht, das den Gegenstand dieser Erkenntnis bildet, ist eine normative Ordnung menschlichen Verhaltens, und das ein System von menschlichen Verhalten regelnden Normen. Mit ‚Norm‘ bezeichnet man: dass etwas sein oder geschehen, insbesondere dass sich ein Mensch in bestimmter Weise verhalten soll. Das ist der Sinn, den gewisse menschliche Akte haben, die intentional auf das Verhalten anderer gerichtet sind. Sie sind intentional auf das Verhalten anderer gerichtet, wenn sie, ihrem Sinne nach, dieses Verhalten gebieten (befehlen), aber auch wenn sie es erlauben und insbesondere wenn sie es ermächtigen, das heißt: wenn dem anderen eine gewisse Macht verliehen wird, insbesondere die Macht, selbst Normen zu setzen. Es sind – in diesem Sinne verstanden – Willensakte. (...) ‚Norm‘ ist der Sinn eines Aktes, mit dem ein Verhalten geboten oder erlaubt, insbesondere ermächtigt wird. Dabei ist zu beachten, dass die Norm als der spezifische Sinn eines intentional auf das Verhalten anderer gerichteten Aktes etwas anderes ist als der Willensakt, dessen Sinn sie ist. Denn die Norm ist ein Sollen, der Willensakt, dessen Sinn sie ist, ein Sein, Darum muss der Sachverhalt, der im Falle eines solchen Aktes vorliegt, in der Aussage beschrieben werden: der eine will, dass sich der andere in bestimmter Weise verhalten soll. Der erste Teil bezieht sich auf ein Sein, die Seins-Tatsache des Willensaktes, der zweite Teil auf ein Sollen, auf eine Norm als den Sinn des Aktes. Darum trifft nicht zu – wie vielfach behauptet wird – die Aussage: ein Individuum soll etwas, bedeute nichts anderes als: ein anderes Individuum will etwas; das heißt, dass sich die Aussage eines Sollens auf die Aussage eines Seins reduzieren lasse. Der Unterschied zwischen Sein und Sollen kann nicht näher erklärt werden. Er ist unserem Bewußtsein unmittelbar gegeben). Niemand kann leugnen, dass die Aussage: etwas ist – das ist die Aussage, mit dem eine Seins-Tatsache beschrieben wird – wesentlich verschieden ist von der Aussage: dass etwas seinsoll – das ist die Aussage, mit der eine Norm beschrieben wird; und dass daraus, dass etwas ist, nicht folgen kann, dass etwas sein soll, so wie daraus, dass etwas sein soll, nicht folgen kann, dass etwas ist.” Em tradução livre: “Ora, as normas, que têm o caráter de normas legais e dão certos fatos o caráter de atos legais (ou ilegais), são direcionadas para o conhecimento da lei. Pois a lei que forma o objeto dessa cognição é uma ordem normativa do comportamento humano e a norma que governa um sistema de comportamento humano. Por ‘norma’ entende-se que algo deve ser ou acontecer, em particular, que uma pessoa deve comportar-se de uma determinada maneira. Esse é o significado que certos atos humanos têm intencionalmente sobre o comportamento dos outros. Eles são intencionalmente dirigidos ao

atitude correta do jurista, como se depreende do conceito kelseniano de ciência normativa, seria combater a ideia de que a possibilidade de descumprir as normas comprometeria a cientificidade de uma ciência jurídica pura. A distinção entre a eficácia social (*Wirksamkeit*), de cunho sociológico, e a validade (*Geltung*),⁸² de cunho lógico-conceitual é talvez a consequência mais marcante de sua premissa purista – apesar de Kelsen, contraditoriamente, reconhecer que a validade pressupõe uma eficácia mínima. Ao cientista do Direito, somente a segunda situação – relacionada à validade – seria o real objeto do estudo jurídico, ficando o segundo restrito a outras áreas do saber. Essa cisão deôntica provocou um sem-número de problemas para o estudo jurídico, comprometendo a teoria da argumentação, a relevância do estudo jurídico empírico, a compreensão da semântica e o adequado entendimento sobre as referências formais do Direito.

A proposta de Hume buscava evitar o que ele chamava de falácia naturalista, segundo a qual não seria possível derivar enunciados valorativos, de *dever-ser*, a partir de enunciados descritivos, de *ser*, sem adicionar ao menos uma nova premissa valorativa. Searle busca refutar a cisão humeniana demonstrando ser possível derivar um *dever-ser* (*ought*) de um *ser* (*is*), da maneira seguinte:

1. Jonas disse as palavras: “Smith, prometo pagar-lhe cinco dólares.”
2. Jonas prometeu pagar a Smith cinco dólares.
3. Jonas submeteu-se à obrigação de pagar a Smith cinco dólares.

comportamento dos outros quando, em seus sentidos, estão se comportando (comandando) esse comportamento, mas também quando permitem, e especialmente quando permitem, isto é, quando o outro recebe algum poder, especialmente o poder de definir padrões para você mesmo. Eles [comportamentos] são - neste sentido entendido - ato de vontade. (...) 'Norma' é o significado de um ato pelo qual um comportamento é oferecido ou permitido, em particular autorizado. Deve-se notar que a norma, como o significado específico de um ato intencionalmente dirigido ao comportamento dos outros, é algo diferente do ato de vontade cujo significado é. Pois a norma é um dever, o ato de vontade, cujo significado é, um ser. Portanto, os fatos que existem no caso de tal ato devem ser descritos na declaração: um quer que o outro se comporte de uma determinada maneira. A primeira parte refere-se a um Ser, o Ser-Fato da vontade-ação, a segunda parte para uma vontade, para uma norma como o significado do ato. Portanto, não é verdade – como muitas vezes se afirma – a afirmação: um indivíduo deve significar alguma coisa, significando nada mais: outro indivíduo quer alguma coisa; isto é, a afirmação de uma presunção pode ser reduzida à afirmação de um ser. A diferença entre ser e o que dever-ser não pode ser explicado em mais detalhes. Ele é imediatamente dado à nossa consciência). Ninguém pode negar que a afirmação: alguma coisa é - essa é a afirmação que descreve um ser-fato – é essencialmente diferente de dizer que algo deve ser – essa é a afirmação usada para descrever uma norma; e que isso não pode resultar do fato de que algo é, que algo deveria ser, a partir do fato de que alguém deveria, não pode seguir, que algo é.”

⁸² *Idem*, p. 10: “Da die Geltung der Norm ein Sollen, kein Sein ist, muss die Geltung der Norm auch von ihrer Wirksamkeit, das ist der Seinstatsache unterschieden werden, dass sie tatsächlich angewendet und befolgt wird, dass ein der Norm entsprechendes menschliches Verhalten tatsächlich erfolgt.” Em tradução livre: “Uma vez que a validade da norma é uma dever-ser, não um ser, a validade da norma também deve ser distinguida de sua eficácia, isto é, o fato de que ela é realmente aplicada e obedecida, de modo que um comportamento humano conforme a norma é realmente acontece em.”

4. Jonas está (*is*) submetido à obrigação de pagar a Smith cinco dólares.
5. Jonas deve (*ought*) pagar a Smith cinco dólares.⁸³

Por meio de uma demonstração lógica, Searle busca evidenciar que os enunciados valorativos podem ser perfeitamente derivados de enunciados descritivos. O aspecto a ser destacado é a possibilidade de traduzir enunciados descritivos em enunciados valorativos sem maiores desafios, tratando-se apenas de extrair de uma relação fática um dever – por obrigação ou por expectativa – de ação que dele decorre. A diferença relevante que pode ser percebida e que diferencia (5) dos demais – embora não seja suficiente para defender uma cisão – é a relação entre antecedente e conseqüente. Enquanto (1), (2), (3) e (4) se relacionam por meio de uma relação de necessidade lógica, com a simples modificação sintática ou a substituição de palavras ou locuções correspondentes – Jonas prometeu pagar Smith cinco dólares (2), *logo* Jonas está submetido à obrigação de pagar Smith cinco dólares (4) –; (5) se relaciona com qualquer de seus antecedentes a partir de uma relação de justificação – por exemplo, Jonas deve pagar Smith cinco dólares (5), *porque* Jonas prometeu pagar Smith cinco dólares (2).

Uma relação de justificação (*porque*) possui o mesmo valor dentro de um discurso lógico – no sentido de igualmente ser aceitável argumentativamente, apesar de dotada de objetivos e caracteres distintos – que uma relação de necessidade (*logo*), aos moldes da lógica clássica. A maneira de se argumentar diz muito mais respeito às finalidades dos atos de fala do que da suposta supremacia de um em relação a outra, de maneira que é possível dizer que a distinção entre justificação e juízos de necessidade – mais associados a proposições – é tênue. Ademais, as novas lógicas – desenvolvidas ao longo da segunda metade do séc. XX – oferecem ainda mais elementos para se concluir pela incorreção e pela pouca utilidade (teórica e prática) de uma cisão estanque.⁸⁴

⁸³ SEARLE, John R. **How to Derive "Ought" From "Is"**. Disponível em: < https://www.collier.sts.vt.edu/5424/pdfs/searle_1964.pdf >. Acesso em 18 jul. 2018.

⁸⁴ Pode-se citar a lógica deôntica, a lógica modal, a lógica imperativa, a lógica paraconsistente, a lógica *fuzzy* etc. Cf.: CARNIELLI, Walter A.; CONIGLIO, Marcelo E.; D'OTTAVIANO, Itala M. Loffredo (edited by). **Paraconsistency: the logic way to the inconsistent**. Proceedings of the world congress held in São Paulo. New York & Basel: Marcel Dekker Inc., 2002; POSCHER, Ralf. An Intentionalist Account of Vagueness: A Legal Perspective. In: KEIL, Geert; POSCHER, Ralf. (edited by) **Vagueness in the Law**. Philosophical and legal perspectives. New York: Oxford University Press, 2016, p. 83: “As for logic, which deals with truth, it suggests that the proper logical reconstruction of vagueness could seek guidance from attempts to develop a logic for counterfactuals and fictions. An intentionalist account of vagueness is compatible with any logical system that allows for underspecification, whether it works with three (Tye 1994), fuzzy (Goguen 1969), or supervaluational (Fine 1975, Keefe 2000, pp. 152– 220) truth- values— even though a focus on truth- apt propositional content suggests that good old bivalence may very well suffice (Keil 2010). An intentionalist account has no cards in this game and it may well be that different

Searle demonstra também que a falsa cisão entre *ser* e *dever-ser* deriva, em parte, da má compreensão a respeito dos valores e dos enunciados valorativos. A premissa tradicional de que a lógica não poderia comportar enunciados valorativos ignora o funcionamento dos estados intencionais e a existência realidades institucionais. O paradigma tradicional de linguagem comporta sem maiores problemas enunciados descritivos desta espécie: “Meu carro atinge 80 km/h.”; “Jonas tem um metro e oitenta de altura.”; “Smith tem olhos verdes.” Contudo, tem bem mais dificuldade com estes: “Jonas fez uma promessa.”; “Smith se casou.”; “Ronaldo marcou um gol.” O primeiro enunciado traz uma situação em que a linguagem é utilizada como instrumento para realizar um ato de fala de caráter mais simples, já que uma *promessa* precisa apenas de dois sujeitos. Já o segundo traz um fato que somente é possível no contexto em que *casamento* faz sentido. No terceiro, o fato do *gol* – ainda mais complexo que os dois anteriores – somente faz sentido dentro de um contexto linguístico em que não só o instituto do *gol* possa fazer sentido, como também pressupõe a modificação do status social de diversos objetos que compõem o contexto – tais como a *linha do gol*.⁸⁵ A proposta de Searle está alinhada a uma noção pragmática e sociológica da moral (e do Direito), opondo-se a visões idealistas.

logical systems fit vagueness equally well or that each of them presents some different internal difficulty. But that should be of no concern for an intentionalist account of vagueness: first, it is a problem of logic and not of a theory of a phenomenon if logic does not fit the phenomenon; second, underspecification is not a special issue that logic has with vagueness. Dealing with underspecification is a more general logical issue, as is evident in the logical discussion on counterfactuals and fiction.”

⁸⁵ SEARLE, John R. **How to Derive "Ought" From "Is"**. Disponível em: < https://www.collier.sts.vt.edu/5424/pdfs/searle_1964.pdf >. Acesso em 18 jul. 2018: “The word ‘institution’ sounds artificial here, so let us ask: what sorts of institutions are these? In order to answer that question I need to distinguish between two different kinds of rules or conventions. Some rules regulate antecedently existing forms of behavior. For example, the rules of polite table behavior regulate eating, but eating exists independently of these rules. Some rules, on the other hand, do not merely regulate but create or define new forms of behavior: the rules of chess, for example, do not merely regulate an antecedently existing activity called playing chess; they, as it were, create the possibility of or define that activity. The activity of playing chess is constituted by action in accordance with these rules. Chess has no existence apart from these rules. The distinction I am trying to make was foreshadowed by Kant's distinction between regulative and constitutive principles, so let us adopt his terminology and describe our distinction as a distinction between regulative and constitutive rules. Regulative rules regulate activities whose existence is independent of the rules; constitutive rules constitute (and also regulate) forms of activity whose existence is logically dependent on the rules. Now the institutions that I have been talking about are systems of constitutive rules. The institutions of marriage, money, and promising are like the institutions of baseball or chess in that they are systems of such constitutive rules or conventions. What I have called institutional facts are facts which presuppose such institutions. Once we recognize the existence of and begin to grasp the nature of such institutional facts, it is but a short step to see that many forms of obligations, commitments, rights, and responsibilities are similarly institutionalized. It is often a matter of fact that one has certain obligations, commitments, rights, and responsibilities, but it is a matter of institutional, not brute, fact. It is one such institutionalized form of obligation, promising, which I invoked above to derive an "ought" from an "is." I started with a brute fact, that a man uttered certain words, and then invoked the institution in such a way as to generate institutional facts by which we arrived at the institutional fact that the man ought to pay another man five dollars. The whole proof rests on an appeal to the constitutive rule that to make a promise is to undertake an obligation.”

Por sua natureza, os enunciados que reproduzem ou que pressupõem realidades institucionais podem facilmente ser construídos no formato de *dever-ser*, pois correspondem a padrões de comportamento que fazem sentido dentro do contexto linguístico e que são (ou podem ser) exigíveis ou esperados pelos demais agentes daquela círculo social, por exemplo: “Jonas *deve* cumprir a obrigação (*porque* fez uma promessa).”; “Smith *deve* cumprir os deveres matrimoniais (*porque* se casou).”; “O árbitro *deve* sinalizar o centro de campo (*porque* Ronaldo marcou o gol).” Vale perceber que a justificação é a postura argumentativa mais adequada aqui, pois se busca legitimar condutas pautadas em modos de ação já esperados pela comunidade dentro daquele contexto comunicativo. A relação de justificação entre os enunciados não lhes retira a estrutura lógica, apenas adota pressupostos menos rígidos do que os tradicionais⁸⁶, como será desenvolvido ao longo do trabalho, em especial no Capítulo 03.

O raciocínio de Searle se aplica perfeitamente para enunciados que reproduzem “regras constitutivos” – ou situações constitutivas de novo status social, como também se poderia dizer –, isto é, enunciados que reproduzem circunstâncias que só fazem sentido dentro de certos contextos linguísticos, como promessa, casamento e gol (seria possível estruturar sintaticamente desta forma: *X, porque Y [no contexto C]*). Searle já chegou a defender – em obras mais iniciais⁸⁷ – que apenas nos casos em que Y já se caracteriza como realidade institucional seria possível derivar X, outra realidade institucional. Mas esse pensamento não parece ser inteiramente correto, pois é possível derivar um *dever-ser* a partir de realidades brutas, desde que preexistam a correspondente realidade institucional: “O árbitro *deve* marcar falta, *porque* o zagueiro agrediu Ronaldo.” (o *ato de agredir* existe independente de regras constitutivas); “O policial *deve* prender em flagrante, *porque* o suspeito foi avistado atirando na vítima.” (o *ato de atirar* existe independente de regras constitutivas).⁸⁸ Black faz uma analogia entre os contextos

⁸⁶ *Idem*: “My tentative conclusions, then, are as follows: 1. The classical picture fails to account for institutional facts; 2. Institutional facts exist within systems of constitutive rules; 3. Some systems of constitutive rules involve obligations, commitments, and responsibilities; 4. Within those systems we can derive “ought’s” from “is’s” on the model of the first derivation.”

⁸⁷ O autor indica ter mudado de posição em obras posteriores. Cf.: SEARLE, John R. **The construction of social reality**. New York: Simon & Schuster, 1995.

⁸⁸ Outra objeção ao pensamento de Searle são os enunciados vagos como elemento valorativo: “Não se deve roubar, porque roubar é *ruim*.” Contudo, estes serão objeto de debate no Capítulo 02.

linguísticos e o xadrez, buscando esclarecer que as regras constitutivas promovem a modificação do *status* das peças em razão do contexto do jogo de xadrez.⁸⁹

Outros, como Von Wright, entendem de modo diverso. O autor critica a refutação de Searle afirmando que é mais adequado adotar uma perspectiva diversa sobre o problema do *dever-ser*.⁹⁰ Sua crítica, porém, oferece poucos elementos novos, uma vez que apenas reitera um modelo rígido de lógica, baseado no verdadeiro-ou-falso. Von Wright afirma que não seria possível derivar uma prescrição de uma descrição, pois a primeira não poderia ser submetida a um juízo de verdadeiro ou falso. A proposta de Von Wright possui diversos pontos controversos. Apesar de buscar defender a posição de Kelsen, o autor incorre em uma contradição ao afirmar que não seria possível derivar uma prescrição de outra prescrição, o que inviabilizaria a própria teoria kelseniana que pressupõe a possibilidade de um debate lógico sobre *normas* (prescrições).⁹¹

Outro ponto criticável é entender que, apesar de prescrições (*Oughts*) precisarem ser *possíveis* (*Mays*) no plano concreto, não poderiam ser derivados logicamente da realidade (*Is*). Von Wright afirma que a função das normas seria forçar as pessoas a realizar o “mundo ideal” previsto nos comandos normativos.⁹² O autor finlandês erra onde Kelsen não errou ao confundir a necessidade de uma teoria deontológica (premissa metodológico), que era o objetivo da teoria pura, com a existência de um mundo ideal do legislador comunicado pelos textos (premissa ontológico). Outra falha de Von Wright é ignorar que, para sua proposta ter sentido, os *modos de agir* (*Is*) derivados da norma teriam de derivar, de certa forma, logicamente da norma (*Ought*). Kelsen não parece ter pretendido ser rígido desta maneira, uma vez que seu objetivo era imunizar a análise das

⁸⁹ BLACK, Max. **Models and Metaphors**. Studies in Language and Philosophy. New York: Cornell University Press, 1962, pp. 71-72.

⁹⁰ WRIGHT, Georg Henrik von. Is and Ought. In: PAULSON, Stanley L.; LITSCHESKI-PAULSON, Bonnie. **Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes**. New York: Oxford University Press, 1999, pp. 365-368.

⁹¹ *Idem*, p. 371: “We can now give to traditional Is-Ought problem a slightly new formulation: Can prescriptions follow logically from descriptions? We can supplement this with the converse question: Can descriptions follow logically from prescriptions? And we can add a third question: Can prescriptions follow from other prescriptions? I think that the answer to all three questions is a firm ‘No’. the reason is simple: Logical consequence is a truth-preserving relationship. If from A follows logically B then either A is false or A and B are both true. Since prescriptions are neither true or false they can figure neither as premises nor as conclusions in logically valid inferences. It is a consequence of this that no combination (conjunction) of descriptions and prescriptions can perform in these roles either.”

⁹² *Idem*, p. 375.

normas de sua possível falta de eficácia concreta – ainda que reconhecesse a necessidade de uma eficácia social mínima.⁹³

É flagrante a insuficiência de algumas premissas da lógica clássica para o estudo do Direito. Como imaginar que, em um contexto de séc. XXI, não seria possível derivar *logicamente* que o veículo deve parar quando o sinal fica vermelho? Seria indiferente ao Direito parar ou não parar no sinal vermelho? Não seria possível extrair um juízo de verdade a partir dessa situação? Imaginemos um motorista que atravessa o sinal vermelho e recebe uma multa de trânsito. Não faria qualquer sentido recorrer da infração sob o argumento de que “não seria possível derivar logicamente do sinal vermelho que alguém devesse parar no cruzamento, pois não seria possível derivar o *dever-ser do parar* no trânsito do *ser do sinal vermelho*, e vice-versa”. Evidentemente esse argumento seria recebido como absurdo pelas autoridades e pela comunidade, uma vez que existe efetivamente um dever reconhecido e aceito socialmente de parar quando o sinal estiver vermelho. Assim, como se percebe, a rigidez da lógica clássica não comporta plenamente as necessidades de um estudo relacionado a realidades institucionais.

1.2.1 DIREITOS ENQUANTO FATO INSTITUCIONAL: JUSTIFICAÇÕES E DESAMBIGUAÇÕES

O modelo institucionalista do Direito vem diante da premente necessidade de, primeiro, realinhar o estudo do Direito ao paço do estudo científico e de, segundo, corrigir confusões bastante frequentes no senso comum jurídico. O denominado “pós-positivismo” é um arquipélago de concepções e propostas teóricas que desafiam o positivismo jurídico, contudo o retorno às premissas epistemológicas do kelsenianismo ainda é uma constante, diante das não-tão-bem-sucedidas tentativas de superá-las. Como resultado do parcial insucesso de seus críticos, ainda se trabalha dentro de uma espécie

⁹³ Cf.: LA TORRE, Massimo. **Institutionalism Old and New**. Ratio Juris. Vol. 6 No. 2 July 1993 (190-201): “Weinberger raises two main objections to the ‘ontic’ or ontological distinction between ‘is’ and ‘ought.’ (i) On the one hand this concept is based on the assumption of a ‘world’ (that of the ‘ought’) which embraces all ‘thinkable’ norms and perforce those which are in contradiction. Yet Weinberger claims that a ‘world’ is such, for example in the theory of possible worlds, only insofar as it does not comprise contradictory elements. If, instead, the ‘world’ of the ‘ought’ were limited to include only those norms actually in force, then we would no longer be faced with one ‘world’ of ‘ought,’ but a whole array of normative systems (see *ibid.*). Following Weinberger’s line of thinking, law can no longer be conceived as one ‘world’.”

de “positivismo hibridizado” por elementos valorativos, que por vezes apresenta grandes inconsistências teóricas e práticas.

Compreender o paradigma de Direito enquanto realidade institucional exige (re)problematizar a própria definição de Direito. Kelsen não busca exatamente identificar *o que é* o Direito, mas apenas construir um paradigma analítico para o fenômeno jurídico. Ao invés de identificar empiricamente o Direito, o jurista austríaco parte de suas necessidades metodológicas para identificar parâmetros satisfatórios para delimitar o que seria o fenômeno jurídico. A abordagem kelseniana, todavia, implica problemas práticos significativos e, também por isso, foi alvo de críticas fora e dentro do positivismo.

Hart apresenta uma posição crítica à noção de que o Direito depende de coação, típica tanto no purismo quanto em John Austin – jurista britânico do séc. XIX –, e ao formalismo rígido, também emblemático em Kelsen. O professor de Oxford ataca a noção de coação como essencial ao Direito a partir da ideia de regra de reconhecimento, que se trata, em resumo, de um parâmetro sociológico para identificar quais normas sociais podem ser classificadas como jurídicas.⁹⁴ A regra de reconhecimento se manifesta nas práticas dos agentes do Estado e dos particulares. Apesar de reconhecer a juridicidade de precedentes e costumes, Hart ainda entende haver, porém, uma precedência da lei, quando afirma que aqueles sofrem certo grau de subordinação em relação a este.⁹⁵ Portanto,

⁹⁴ HART, Herbert L. A. **The Concept of Law**. 2 ed. With a Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. New York: Oxford University Press, 1994, p. 100: “According to the theory criticized in Chapter IV the foundations of a legal system consist of the situation in which the majority of a social group habitually obey the orders backed by threats of the sovereign person or persons, who themselves habitually obey no one. This social situation is, for this theory, both a necessary and a sufficient condition of the existence of law. (...) These truths can, however, only be clearly presented, and their importance rightly assessed, in terms of the more complex social situation where a secondary rule of recognition is accepted and used for the identification of primary rules of obligation. It is this situation which deserves, if anything does, to be called the foundations of a legal system. In this chapter we shall discuss various elements of this situation which have received only partial or misleading expression in the theory of sovereignty and elsewhere.”

⁹⁵ *Idem*, p. 101: “In a modern legal system where there are a variety of 'sources' of law, the rule of recognition is correspondingly more complex: the criteria for identifying the law are multiple and commonly include a written constitution, enactment by a legislature, and judicial precedents. In most cases, provision is made for possible conflict by ranking these criteria in an order of relative subordination and primacy. It is in this way that in our system 'common law' is subordinate to 'statute'. It is important to distinguish this relative *subordination* of one criterion to another from *derivation*, since some spurious support for the view that all law is essentially or 'really' (even if only 'tacitly') the product of legislation, has been gained from confusion of these two ideas. In our own system, custom and precedent are subordinate to legislation since customary and common law rules may be deprived of their status as law by statute. Yet they owe their status of law, precarious as this may be, not to a 'tacit' exercise of legislative power but to the acceptance of a rule of recognition which accords them this independent though subordinate place. Again, as in the simple case, the existence of such a complex rule of recognition with this hierarchical ordering of distinct criteria is manifested in the general practice of identifying the rules by such criteria.”

apesar do tom crítico ao rígido formalismo kelseniano, ainda subsiste certo formalismo no pensamento hartiano.

A ideia de regra de reconhecimento, apesar de estar no caminho de identificar a interseção pragmática entre Direito e realidade, ainda é precária. Hart afirma, aproximando-se de Kelsen, que a eficácia (social) é um pressuposto para a validade (normativa) do Direito. O estudo das normas só seria profícuo se levasse em consideração os modos de conduta aceitos socialmente e que eventualmente poderiam ser incorporados pelas cortes.⁹⁶ Aqui o autor parece cometer um deslize ao ignorar que os elementos sociais que constituem o Direito não são *atos dados pela realidade*, mas componentes de uma realidade dinâmica. Ao afirmar que certos eventos são aprovados pela norma de reconhecimento e outros não, acaba por transformar a norma de reconhecimento – que deveria ser um fator social – em uma derivação de seu próprio identificador, quando deveria – como ele propunha inicialmente – ser um critério objetivo de identificação.

Ora, mas não seria o jurista que identifica a regra de reconhecimento parte de sua própria constituição? Seria a regra de reconhecimento uma decorrência subjetiva do sujeito que a reconhece, ou um evento identificável objetivamente? O autor inglês não parece dar uma resposta clara, como o institucionalismo consegue dar quando afirma – conforme explicado ao longo do presente capítulo – que o Direito é uma realidade institucional e a norma é um estado intencional. Hart parece reconhecer que qualquer evento jurídico decorre, de certa maneira, de eventos não-jurídicos, o que torna bastante discutível a separação peremptória buscada por meio da regra de reconhecimento. Em vez de promover essa ruptura por via oblíqua com a realidade, o modelo institucionalista busca compreender o Direito como um evento social contínuo à realidade, e não como um evento paralelo, apartado. A realidade institucional que é o Direito não é divisível em regras primárias (define um padrão de conduta) e regra secundárias (define um padrão de identificação de regras primárias).

⁹⁶ *Idem, ibidem*: “One who makes an internal statement concerning the validity of a particular rule of a system may be said to presuppose the truth of the external statement of fact that the system is generally efficacious. For the normal use of internal statements is in such a context of general efficacy. It would however be wrong to say that statements of validity ‘mean’ that the system is generally efficacious. For though it is normally pointless or idle to talk of the validity of a rule of a system which has never established itself or has been discarded, none the less it is not meaningless nor is it always pointless. (...) A grasp of the normal contextual connection between the internal statement that a given rule of a system is valid and the external statement of fact that the system is generally efficacious, will help us see in its proper perspective the common theory that to assert the validity of a rule is to predict that it will be enforced by courts or some other official action taken.”

Ademais, seria a identificação dos *eventos jurídicos* do mundo um ato cognitivo e voluntário como Hart faz entender ao falar da regra de reconhecimento? Em primeiro lugar, uma abordagem puramente cognitiva é incorra, pois o Direito se constrói dentro de contextos comunicativos pautados, em grande medida, pelo consenso e pela funcionalidade, o que o torna um evento fluído e variável intersubjetivamente. Em segundo lugar, o fenômeno jurídico também não parece exatamente fruto da identificação voluntária. Talvez seria correto classificá-lo assim quanto àqueles atos de vontade que fossem reputados juridicamente relevantes – por exemplo, quando o sujeito não pretendia praticar um fato típica penalmente ou quando o contrato é firmado mediante vício de consentimento. Basta perceber que diversas situações reconhecidas como jurídicas vão muito além da intenção do jurista ou do agente. Em Hart, o voluntarismo parece encontrar um (inadequado) refúgio semelhante àquele que pode ser identificado na proposta kelseniana.

Ademais, a regra de reconhecimento parece dar uma força à autoridade que não necessariamente é constatada na realidade, já que em diversas ocasiões não só novas situações jurídicas emergem e só muito depois são reconhecidas pelo Estado, como também não é incomum que as autoridades prestem deferência a situações fáticas que impõe a mitigação da imperatividade de comandos estatais. Por exemplo, quando o Judiciário reconhece o dever do Município de regularizar área ocupada por populações de baixa renda, a despeito das normas urbanísticas⁹⁷, ou quando uma declaração de inconstitucionalidade tem seu efeito de nulidade modulado *pro futuro*, como é o caso da legitimidade do Ministério Público para ingressar com ação penal *ex delicto* quando faltar estrutura à Defensoria Pública local.⁹⁸

Uma terceira falha de Hart é entender que as regras secundárias existiriam apenas em sistemas jurídicos desenvolvidos, decorrência de sua visão de precedência da lei.⁹⁹ As

⁹⁷ REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. STJ. REsp nº 1.240.915/SC. Rel. Min. Assusete Magalhães, Data de Publicação: DJ 12/04/2018.

⁹⁸ REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. STF. RE nº 135.328/SP. Tribunal Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio. Data da publicação: DJ 20/04/2001.

⁹⁹ HART, Herbert L. A. **The Concept of Law**. 2 ed. With a Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. New York: Oxford University Press, 1994, p. 95: “In a developed legal system the rules of recognition are of course more complex; instead of identifying rules exclusively by reference to a text or list they do so by reference to some general characteristic possessed by the primary rules. This may be the fact of their having been enacted by a specific body, or their long customary practice, or their relation to judicial decisions. Moreover, where more than one of such general characteristics are treated as identifying criteria, provision may be made for their possible conflict by their arrangement in an order of superiority, as by the common subordination of custom or precedent to statute, the latter being a 'superior source' of law.”

regras secundárias teriam função subsidiária, oferecendo soluções jurídicas para as situações em que as regras primárias deixassem penumbras. É bastante frágil essa dicotomia, uma vez que sempre que uma regra de conduta – regra primária, na definição hartiana – precisasse de complementação, o que tende a ocorrer com alta frequência, seria necessário se utilizar da regra de reconhecimento. Assim, há que se discutir se a abertura típica da regra de reconhecimento não seria, em verdade, um componente (implícito) da própria regra de conduta.

Essa situação fica evidente nos casos em que é possível extrair um modo de agir claro a partir de um dispositivo formal (ex.: “É proibido atravessar no sinal vermelho.”), mas que pode eventualmente ser excepcionado (ex.: por outro comando formal, “Ambulâncias em serviço estão autorizadas a cruzar o sinal vermelho.”; ou por situações não formalizadas, como o risco de roubo por se tratar de local perigoso na madrugada). A complementação do comando, em concreto, não é feita a partir de outra regra propriamente, mas sim a partir dos próprios pressupostos normativos do comando, que é fundamentalmente aberto e incompleto. Mais à frente, no item 1.3.2, será desenvolvido o modelo institucionalista de norma, que permitirá compreender ainda melhor a inadequação da regra de reconhecimento.

O formalismo também é atacado por Hart a partir da ideia de textura aberta, segundo a qual o apelo aos elementos formais do Direito – em especial do direito positivo –, inevitavelmente esbarra em certo grau de indeterminabilidade. O autor apresenta uma separação entre legislação e precedente, novamente enfatizando a prevalência da primeira, utilizando como parâmetro diferenciador a função normativa de cada uma.¹⁰⁰ O precedente apresentaria estrutura de exemplo de conduta, em razão de se tratar de um fato do qual é possível identificar modos de ação a serem reiterados em momentos

¹⁰⁰ *Idem*, p. 125: “Two principal devices, at first sight very different from each other, have been used for the communication of such general standards of conduct in advance of the successive occasions on which they are to be applied. One of them makes a maximal and the other a minimal use of general classifying words. The first is typified by what we call legislation and the second by precedent. We can see the distinguishing features of these in the following simple non-legal cases. One father before going to church says to his son, 'Every man and boy must take off his hat on entering a church.' Another baring his head as he enters the church says, 'Look: this is the right way to behave on such occasions.'”

posteriores.¹⁰¹ Já a legislação traz diretamente comandos verbais de carácter geral que oferecem modos de ação adequados para a situação concreta.¹⁰²

Hart reconhece que tanto na aplicação de precedentes como na aplicação da legislação surgirão situações limítrofes, em que não é possível definir com exatidão que modo de agir é o juridicamente mais adequado. Ainda afirma que o problema da indeterminabilidade é da própria natureza da linguagem e que os cânones da interpretação por si sós não são capazes de resolver o problema.¹⁰³ A textura aberta de qualquer comunicação de modos de ação – seja decorrente de precedente ou de legislação – é uma constatação decorrente da própria natureza da linguagem e da necessidade de encontrar soluções para situações concretas que não se amoldam perfeitamente nos comandos pré-existentes – essa é uma ideia semelhante àquela oferecida pelo institucionalismo. Contudo, a indeterminabilidade pode também ser usada propositadamente como instrumento para garantir maior discricionariedade ao aplicador e antecipar situações concretas que não poderiam ser previstas *a priori* pelo legislador.¹⁰⁴

¹⁰¹ *Idem, ibidem*: “The communication or teaching of standards of conduct by example may take different forms, far more sophisticated than our simple case. Our case would more closely resemble the legal use of precedent, if instead of the child being told on the particular occasion to regard what his father did on entering the church as an example of the right thing to do, the father assumed that the child would regard him as an authority on proper behaviour, and would watch him in order to learn the way to behave. To approach further the legal use of precedent, we must suppose that the father is conceived by himself and others to subscribe to traditional standards of behaviour and not to be introducing new ones.”

¹⁰² *Idem, ibidem*: “In contrast with the indeterminacies of examples, the communication of general standards by explicit general forms of language (‘Every man must take off his hat on entering a church’) seems clear, dependable, and certain. The features to be taken as general guides to conduct are here identified in words; they are verbally extricated, not left embedded with others in a concrete example. In order to know what to do on other occasions the child has no longer to guess what is intended, or what will be approved; he is not left to speculate as to the way in which his conduct must resemble the example if it is to be right. Instead, he has a verbal description which he can use to pick out what he must do in future and when he must do it. He has only to recognize instances of clear verbal terms, to ‘subsume’ particular facts under general classificatory heads and draw a simple syllogistic conclusion.”

¹⁰³ *Idem*, p. 126.

¹⁰⁴ *Idem*, p. 127-128: “Whichever device, precedent or legislation, is chosen for the communication of standards of behaviour, these, however smoothly they work over the great mass of ordinary cases, will, at some point where their application is in question, prove indeterminate; they will have what has been termed an open texture. So far we have presented this, in the case of legislation, as a general feature of human language; uncertainty at the borderline is the price to be paid for the use of general classifying terms in any form of communication concerning matters of fact. Natural languages like English are when so used irreducibly open-textured. It is, however, important to appreciate why, apart from this dependence on language as it actually is, with its characteristics of open texture, we should not cherish, even as an ideal, the conception of a rule so detailed that the question whether it applied or not to a particular case was always settled in advance, and never involved, at the point of actual application, a fresh choice between open alternatives. Put shortly, the reason is that the necessity for such choice is thrust upon us because we are men, not gods. (...) Plainly this world is not our world; human legislators can have no such knowledge of all the possible combinations of circumstances which the future may bring. This inability to anticipate brings with it a relative indeterminacy of aim.”

O autor britânico apresenta uma abordagem bastante distinta de Kelsen neste ponto e oferece um retrato mais condizente com a importância da linguagem ordinária para construção do Direito. Parte da argumentação de Hart será aqui recepcionada, contudo a superficialidade de sua abordagem está muito distante de oferecer um retrato satisfatório do fenômeno jurídico, bem como apresenta uma compreensão limitada a repercussão da linguagem natural em contextos de regulação de condutas.

A primeira etapa para identificar as falhas da interpretação hartiana é retornar ao início: o que é o fenômeno jurídico? É um aglomerado de símbolos significativos, um texto, o resultado de sua interpretação? É um modo de conduta a ser reproduzido, um fato valorado, um precedente? É um conjunto de normas abstratas, o dever-ser kelseniano? O modelo institucionalista do Direito e a noção de realidades institucionais oferecem um aparato teórico pouco explora e muito frutífero para ressignificar todos esses fenômenos, tomando como referência a mente humana e os modos de interação entre os sujeitos. Utilizando a nomenclatura do institucionalismo, três concepções de Direito podem ser identificadas de modo geral: (i) como fatos brutos, em que o fenômeno jurídico se confundiria com suas manifestações materiais, como a lei ou as ações humanas em si; (ii) como instâncias mentais, em que fenômeno jurídico seria apenas um instância de nossa mente, não se confundindo com os eventos externos da realidade – ideia que será importante para compreender o modelo institucionalista de norma jurídica –; e (iii) como realidades institucionais, em que se entende o Direito como relações sociais coordenadas por padrões específicos de interações linguísticas, em que o contexto comunicativo é o principal aspecto.

A primeira concepção associa o Direito às suas referências formais, como a lei e a constituição, ou mesmo informais, como as ações humanas em si. Esta pode ser identificada muito facilmente na retórica cotidiana do apelo à forma, ou ao textualismo: “é o que diz a lei”, “a norma é muito clara”, “esse entendimento contraria a literalidade do texto” etc. As críticas que lhe podem ser direcionadas são muitas. Até na literatura tradicional, esta concepção altamente formalista é vista como francamente ultrapassada, inclusive em correntes mais sofisticadas do positivismo jurídico.¹⁰⁵ Para o presente trabalho, vale explicar que as referências formais não *são* o Direito, mas sim parâmetros argumentativos para *identificar e orientar* relações sociais elevadas à qualidade de

¹⁰⁵ Vide problemas da Escola da Exegese e sua superação: BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 1995, pp. 77 e ss.

jurídicas. O estudo jurídico ainda carece de uma diferenciação teórica mais bem elaborada entre a semântica e a lógica – o que o presente trabalho busca oferecer –, de forma a livrar a aplicação do Direito de argumentos textualistas ingênuos.

A segunda concepção aproxima o fenômeno jurídico de instâncias mentais. O Direito se confundiria com o subjetivismo inerente às experiências sensoriais traduzidas pela mente, ou seja, com estados intencionais. É possível identificar traços dessa concepção em correntes panlinguísticas, que chegam a afirmar que “Direito é linguagem”¹⁰⁶ (quando não que “tudo é linguagem”), uma vez que aqui se compreende a linguagem como componente inseparável da própria existência da realidade. Se entendido que o Direito é linguagem, e linguagem é representação, e representação somente ocorre no bojo de processos cognitivos (mentais), então o fenômeno jurídico seria um evento mental. Essa concepção não é recepcionada no presente trabalho, pois ignora a natureza estritamente social do fenômeno jurídico,¹⁰⁷ embora seja aproveitada em sua concepção institucionalista de norma. A linguagem não se confunde com o Direito, mas sim é um pressuposto para a interação entre os agentes que participam de sua ocorrência.

Por fim, a terceira concepção entende o Direito como realidade institucional. As relações humanas funcionam a partir de processos de significação e de comunicação. Em curta síntese, o ser humano é capaz de compreender com base no sentido que lhe atribui e nas interações linguísticas travadas com outros agentes. Por meio da linguagem – aqui entendida como fenômeno social afeto à comunicação, portanto fundamentalmente intersubjetivo –, é possível estabelecer relações sociais que somente são possíveis a partir de contextos comunicativos, uma vez que a realidade bruta por si só não seria capaz de gerar certos modos de interação. Por exemplo, o sinal vermelho é suficiente para fazer com que os motoristas parem no cruzamento, em razão de ideia de “parar” estar atrelada a cor – sem ter sido necessário um obstáculo físico que obrigasse os motoristas a pararem

¹⁰⁶ STRECK, Lenio L. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, epub, pp. 102 e ss.

¹⁰⁷ Essa concepção possui diversas falhas que comprometem não só a objetividade do conhecimento, como oferece um terreno pouco produtivo para investigar os fenômenos jurídicos e para extrair soluções palpáveis para desafios concretos. Outras críticas poderiam ser trazidas como a incorreta radicalização da crítica de Gadamer ao método, a falta de rigor terminológico, a confusa concepção de semântica etc., mas as críticas que serão trazidas ao longo do trabalho serão restritas a que for pertinente à nossa proposta.

1.2.2 CONTRIBUIÇÕES DA TEORIA DA MENTE: UMA INTENCIONALIDADE PARA O ESTUDO JURÍDICO

O modelo institucionalista do Direito pressupõe uma teoria da mente. Apesar das muitas divergências sobre a definição de “mente” (ou “consciência”)¹⁰⁸, é necessário apresentar ao menos uma definição básica sobre *o que é a mente* para fins do presente estudo. O primeiro passo é desconstruir a concepção do senso comum, que confere à mente uma natureza apartada em relação ao restante da natureza. Como destaca Ryle, a mente não pode ser compreendida como um “lugar metafórico” estranho à realidade do sujeito cognoscente, podendo mesmo ser constatada a partir de uma análise fática de certos padrões de conduta.¹⁰⁹ A concepção de mente adotada aqui é estritamente físico-

¹⁰⁸ GULICK, Robert van. **Consciousness**. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2018 Edition), Edward N. Zalta (ed.). Disponível em: < <https://plato.stanford.edu/archives/spr2018/entries/consciousness/> >. Acesso em: 26 jul. 2018: “An animal, person or other cognitive system may be regarded as conscious in a number of different senses. *Sentience*. It may be conscious in the generic sense of simply being a *sentient* creature, one capable of sensing and responding to its world (Armstrong 1981). Being conscious in this sense may admit of degrees, and just what sort of sensory capacities are sufficient may not be sharply defined. Are fish conscious in the relevant respect? And what of shrimp or bees? *Wakefulness*. One might further require that the organism actually be exercising such a capacity rather than merely having the ability or disposition to do so. Thus one might count it as conscious only if it were *awake and normally alert*. In that sense organisms would not count as conscious when asleep or in any of the deeper levels of coma. Again boundaries may be blurry, and intermediate cases may be involved. For example, is one conscious in the relevant sense when dreaming, hypnotized or in a fugue state? *Self-consciousness*. A third and yet more demanding sense might define conscious creatures as those that are not only aware but also aware that they are aware, thus treating creature consciousness as a form of *self-consciousness* (Carruthers 2000). The self-awareness requirement might get interpreted in a variety of ways, and which creatures would qualify as conscious in the relevant sense will vary accordingly. If it is taken to involve explicit conceptual self-awareness, many non-human animals and even young children might fail to qualify, but if only more rudimentary implicit forms of self-awareness are required then a wide range of nonlinguistic creatures might count as self-conscious. *What it is like*. Thomas Nagel's (1974) famous “*what it is like*” criterion aims to capture another and perhaps more subjective notion of being a conscious organism. According to Nagel, a being is conscious just if there is “something that it is like” to be that creature, i.e., some subjective way the world seems or appears from the creature's mental or experiential point of view. In Nagel's example, bats are conscious because there is something that it is like for a bat to experience its world through its echo-locatory senses, even though we humans from our human point of view can not emphatically understand what such a mode of consciousness is like from the bat's own point of view. *Subject of conscious states*. A fifth alternative would be to define the notion of a conscious organism in terms of conscious states. That is, one might first define what makes a mental state a conscious mental state, and then define being a conscious creature in terms of having such states. One's concept of a conscious organism would then depend upon the particular account one gives of conscious states (section 2.2). *Transitive Consciousness*. In addition to describing creatures as conscious in these various senses, there are also related senses in which creatures are described as being *conscious of* various things. The distinction is sometimes marked as that between *transitive* and *intransitive* notions of consciousness, with the former involving some object at which consciousness is directed (Rosenthal 1986).”

¹⁰⁹ RYLE, Gilbert. **The Concept of Mind**. New York: Routledge, 2009, pp. 38-39: “The statement ‘the mind is its own place’, as theorists might construe it, is not true, for the mind is not even a metaphorical ‘place’. On the contrary, the chessboard, the platform, the scholar’s desk, the judge’s bench, the lorry-driver’s seat, the studio and the football field are among its places. These are where people work and play stupidly or intelligently. ‘Mind’ is not the name of another person, working or frolicking behind an impenetrable screen; it is not the name of another place where work is done or games are played; and it is not the name of another tool with which work is done, or another appliance with which games are played. (...) It is being maintained throughout this book that when we characterise people by mental predicates, we

biológico: a mente é um resultado do funcionamento da realidade concreta – no caso, de processos físico-químicos no cérebro –, e não uma instância à parte (como sugere o dualismo decartiano). A mente consiste em um fenômeno estritamente sináptico-neuronal, a partir do base no qual os sujeitos são capazes de interagir de maneira complexa com seu meio externo.¹¹⁰

Sem ignorar as sem-número discussões em torno da noção de consciência, é preciso fazer um recorte. A consciência é entendida em dois sentidos: (i) um objetivo – como a capacidade neuronal de estruturas altamente complexas de (aparentemente) romper com cadeias de causalidade pura¹¹¹ (vale perceber que sentido objetivo de consciência é análogo ao conceito de *mente*) –, e (ii) outro subjetivo – como a percepção subjetiva de apreensão mental unilateral do plano externo¹¹². Daqui para frente, de forma a melhor se adequar às finalidades do trabalho, a consciência será entendida em seu sentido objetivo e será referida simplesmente como *mente*.

Adotando uma linha mais radical do materialismo, que aproxima o cérebro a um megassistema computacional, existem os computacionalistas, como Markram, os quais supõem que a consciência pode ser compreendida a partir dos mesmos métodos empíricos e reducionistas empregados no estudo de eventos não-mentais, da mesma forma como ocorre com computadores.¹¹³ Essa corrente é criticável, pois, ao menos pelo que se sabe

are not making untestable inferences to any ghostly processes occurring in streams of consciousness which we are debarred from visiting; we are describing the ways in which those people conduct parts of their predominantly public behaviour. True, we go beyond what we see them do and hear them say, but this going beyond is not a going behind, in the sense of making inferences to occult causes; it is going beyond in the sense of considering, in the first instance, the powers and propensities of which their actions are exercises. But this point requires expansion. A person who cannot play chess can still watch games of chess. He sees the moves being made as clearly as does his neighbour who knows the game. But the spectator who does not know the game cannot do what his neighbour does—appreciate the stupidity or cleverness of the players. What is this difference between merely witnessing a performance and understanding what is witnessed? What, to take another example, is the difference between hearing what a speaker says and making sense of what he is heard to say?"

¹¹⁰ SEARLE, John R. **Intentionality**: an essay in the philosophy of mind. New York: Cambridge University Press, 1983, pp. 79 e ss.

¹¹¹ A esse respeito, bastante notório é o debate travado sobre o “argumento do zumbi” ou a “filosofia do zumbi”, que discute a natureza da consciência com base na possibilidade ou não de reduzi-la a fenômenos físicos. Neste sentido: CHALMERS, David J. **The conscious mind**: in search of a theory of conscious experience. New York: Oxford University Press, 1996, pp. 83 e ss; DENNETT, Daniel. **Consciousness explained**. London: Penguin Books Ltd, 1993, epub, p. 90.

¹¹² DENNETT, Daniel. **Consciousness explained**. London: Penguin Books Ltd, 1993, epub, p. 31; DAMASIO, Antonio R. **Self Comes to Mind: Constructing the Conscious Brain**. New York: Pantheon Books, 2010, pp. 222 e ss.

¹¹³ MARKRAM, Henry; SEGEV, Idan (editors). **Augmenting cognition**. Lausanne: EPFL Press, 2011, p. 06: “Our young brain, that of the homo-sapiens (“wise man” in Latin) is just about 100,000 years old. This newly evolved organ endows us with unique creative capabilities that no other living creature has. We invented spoken language and later writing (5000 years ago), art (30,000 years ago) and science (3500 years

hoje, o cérebro humano não funciona dentro dos mesmos pressupostos dos computadores.¹¹⁴ Por outro lado, a corrente mais moderada do materialismo distingue a fisiologia que produz os estados mentais da “substância” do pensamento em si. Esta é chamada de fisicalista ou apenas materialista.¹¹⁵ Em *Mind, Language and Society*, Searle adota essa linha, afirmando que a mente é um epifenômeno da base material que viabiliza biologicamente. Para este autor, a mente é diferente dos fenômenos físico-químicos que propiciam sua ocorrência, apesar de não negar a natureza biológica da mente.¹¹⁶ Essa postura também se aproxima de Damásio, que, embora cético sobre a possibilidade de a ciência um dia ter total compreensão sobre o fenômeno mental, reconhece a utilidade da hipotética equivalência entre mental e neuronal.¹¹⁷

O estudo aprofundado da mente sob o prisma biológico-neuronal não está dentro do escopo deste estudo, contudo vale destacar a principal implicação filosófica desse

ago). We constantly develop new tools that overcome our physical limitations – telescopes (“far-seeing”), microscopes (“small-seeing”), airplanes, computers, cell phones, the Internet, to name but a few of the most obvious. In the last 100 years or so, the scientific discipline provided a dramatic new understanding of life itself (deciphering the human genome) and of the fundamental laws governing the universe (theory of relativity). Despite an explosive population growth, science has found new ways to increase our lifespan, which is expected to cross an average of 100 years during the 21st century. Humans – having become conscious of the fact that they have a brain and that their very survival and success in life depends on utilizing its power – have begun to race to reverse-engineer it, understand it and augment it. Towards this end, we are harnessing every trick in the book of mathematics, physics, chemistry, pharmacology, biology, psychology, as well as computer science, information sciences, and engineering – thus giving birth to the AugCog Era.”

¹¹⁴ Interessante notar que o nosso cérebro não funciona como uma máquina de Turing, a qual serve de paradigma para a computação atual, o que não impede que a computação do futuro se aproxime cada vez mais do modo de funcionamento do cérebro humano. Cf.: EPSTEIN, Robert. **The Empty Brain: Your brain does not process information, retrieve knowledge or store memories.** In short: your brain is not a computer. Disponível em: < <https://aeon.co/essays/your-brain-does-not-process-information-and-it-is-not-a-computer> >. Acesso em: 26 jul. 2018; FRIEDMAN, Andrew. **The Fundamental Distinction between Brains and Turing Machines.** Disponível em: < http://web.mit.edu/asf/www/PopularScience/Friedman_BrainsAndTuringMachines_2002.pdf >. Acesso em: 26 jul. 2018; SEARLE, John R. Is the brain a digital computer? In: _____. **Philosophy in a New Century (selected essays)**. New York: Cambridge University Press, 2008, pp. 86-87.

¹¹⁵ SEAGER, William. **Theories of consciousness: an introduction and assessment.** 2 ed. New York: Routledge, 2016, epub, p. 24: “Yet the problem of consciousness is special. It is the spectre haunting the scientific view of the world. The fear is that science cannot tell us everything there is to know about consciousness. This would be in conflict with an otherwise very attractive view of the world whose success has been spectacularly extensive and cumulative over the last half millennium. This book is not directly about this view – called ‘materialism’ or, more accurately, ‘physicalism’, which is a philosophical interpretation of the success of physical science. The literature on physicalism: its nature, commitments, strengths and problems is staggeringly vast. In this book I do not aim to add anything definitive to this particular body of work in the way of settling any of these issues. But physicalism will loom large in the background since virtually all the philosophical theories of consciousness to be considered were formulated with at least one eye on the question of how to integrate consciousness into a physicalist account of the world. Some others to be considered result from a perceived failure of physicalism but even they must respect the scope and power of the physicalist world view.”

¹¹⁶ SEARLE, John. **Mind, Language and Society.** New York: Basic Books, 1998, p. 19.

¹¹⁷ DAMASIO, Antonio R. **Self Comes to Mind: Constructing the Conscious Brain.** New York: Pantheon Books, 2010, pp. 307-309.

paradigma: a ruptura do dualismo e a adoção de uma perspectiva que associa o estudo das instâncias mentais e da realidade. O adequado entendimento da relação entre mente e realidade é elemento essencial para a compreensão dos pressupostos do modelo institucionalista. Contudo, diante da vastidão do estudo da mente, um recorte é necessário. Assim, o presente estudo irá girar entorno da noção de *intencionalidade* e sua relevância para a existência de realidades institucionais.

Há certos conceitos que representam objetos (como casa, relógio e desejo) e outros que representam relações entre objetos (como causalidade, tempo e intencionalidade). A intencionalidade se encontra neste segundo grupo, pois se trata de um conceito relacional, isto é, que busca apresentar a interação, o elo, entre o agente dotado de faculdades mentais e o plano exterior. A noção de intencionalidade pode ser melhor compreendida quando feito um paralelo com outros conceitos relacionais, por exemplo, a causalidade. Não é possível compreender a noção de causalidade sem associar dois eventos dissociados no tempo e/ou no espaço. Ainda que se discuta qual seria a definição ideal para causalidade, não seria possível sequer conceber tal conceito sem partir da premissa de que se trata de um elo de ligação entre duas instâncias relativamente dissociadas no mundo, sendo uma entendida como causa e outra como seu efeito.¹¹⁸ A intencionalidade diz respeito ao elo interativo entre os sujeitos cognoscentes – ou seus estados intencionais – e os mundo representado.

De forma semelhante, a intencionalidade busca descrever a interação entre estados mentais e o plano exterior. Como é possível para a mente interagir com o plano não-mental? Como é possível que as faculdades mentais funcionem a partir de dados do mundo exterior? A noção de “intencionalidade” busca elucidar como se dá esse elo. A expressão deriva da tradução do termo alemão *Absicht*.¹¹⁹ No inglês, também é comum se utilizar a expressão *aboutness*.¹²⁰ Falar de “intencionalidade” não significa se referir a “intenção” ou “vontade”, tanto que, como destaca Searle, em inglês, os diversos autores

¹¹⁸ BEEBE, Helen; HITCHCOCK, Christopher; MENZIES, Peter (edited by). **The Oxford Handbook of Causation**. New York: Oxford University Press, 2009, epub, pp. 21 e ss.

¹¹⁹ Cf.: SEARLE, John R. **Mind, Language and Society: philosophy in the real world**. New York: Basic Books, 1999, epub, p. 92; GAFFAL, Margit. Intention and ‘Absicht’. In: GÁLVEZ, Jesús Padilla; GAFFAL, Margit (edited by). **Intentionality and Action**. Berlin: Walter de Gruyter GmbH, 2017, pp. 104-106.

¹²⁰ SACHS, Carl B. **Intentionality and the Myths of the Given: between pragmatism and phenomenology**. London and New York: Routledge, 2014, epub, p. 25; JESHION, Robin. Seeing what is there. In: TSOHATZIDIS, Savas L. (edited by) **John Searle’s Philosophy of Language: Force, Meaning and Mind**. New York: Cambridge University Press, 2007, p. 79.

diferenciam *intentionality-with-t* (intencionalidade) e *intensionality-with-s* (intenção, vontade).¹²¹ Eventualmente, intenção e vontade podem ser entendidas como espécies de estados intencionais – que é um componente da intencionalidade –, sem se confundirem com intencionalidade.

Assim, a intencionalidade pode ser entendida como o complexo interativo mente-mundo, que une eventos no mundo – a que as instâncias mentais se referem – e instâncias mentais (ou instâncias intencionais, para ser mais específico).¹²² Dela é possível identificar resultados mentais específicos, quais sejam: desejo, crença, percepção, intenção (volitiva)¹²³ e memória. Percebe-se que todos são eventos que existem no plano mental, embora dependam, em diferentes medidas, de alguma interação com o plano externo para ocorrer. A noção de intencionalidade permite entender de que forma os estados mentais interagem efetivamente com a realidade externa, contudo não se trata do mesmo modo de interação que ocorre, por exemplo, em relações de causalidade (estrita). Diferentemente da maioria dos eventos da natureza, a interação dos estados mentais com o mundo não se dá a partir de simples relações causais (em sentido estrito, ao menos), mas sim de relações intencionais – dotadas de maior complexidade –, estruturadas a partir de projeções do mundo (âmbito cognitivo) e de modos de ação a partir dessas projeções (âmbito interativo).

Como explicar causalmente, por exemplo, a situação em que um sujeito para seu carro no cruzamento quando o sinal de trânsito está vermelho? O caso do sinal de trânsito é bastante emblemático, pois serve para evidenciar a natureza linguística das realidades institucionais, sem que se confunda ela com outras figuras de natureza intencional. Três situações podem ser levantadas: (i) o carro para no cruzamento por haver um obstáculo físico que impede, pela colisão física, sua passagem (a parada é provocada pelo fato bruto da colisão); (ii) o carro para no cruzamento por o motorista freá-lo ao avistar o obstáculo físico (a parada é provocada pela antevisão do fato da colisão, o que pressupõe intencionalidade); e (iii) o carro para no cruzamento por o motorista freá-lo ao avistar o

¹²¹ Cf.: SEARLE, John R. **Intentionality**: an essay in the philosophy of mind. New York: Cambridge University Press, 1983.

¹²² Para curta síntese sobre o sentido de intencionalidade e sua relação com a percepção: SEARLE, John R. **The Problem of Perception & Intentionality**. YouTube, Philosophy Overdose, 23 jan. 2016. Disponível em: < https://www.youtube.com/watch?v=lf_4t0_HUx8 >. Acesso em: 08 dez. 2018.

¹²³ O autor destaca a diferenciação entre “*intention-in-action*” e “*prior intention*”, vide: SEARLE, John R. **Seeing things as they are**: a theory of perception. New York: Oxford University Press, 2016, epub, p. 53.

sinal vermelho (a parada é provocada pela identificação do significado social do sinal vermelho, o que pressupõe um fato institucional).

O Direito se encontra eminentemente no terceiro grupo. Todavia, a adequada compreensão de realidades institucionais depende da compreensão da mente humana *per se*, bem como da intencionalidade. O presente estudo, diante de suas limitações, não irá adentrar nos campos restritos às ciências naturais, embora reconhece a possibilidade e a necessidade de diálogo. Searle entende haver a diferença entre os eventos dotados de intencionalidade intrínseca (como a mente) daquelas dotados de intencionalidade derivada (como os objetos simbólicos), bem como entende que a segunda depende da intrínseca.¹²⁴ A conclusão inevitável é que a própria noção de comunicação linguística pressupõe alguma noção de mente, ainda que superficial e despercebida.

A relevância do estudo da intencionalidade está em compreender de que forma ocorre a interação entre seres dotados de faculdades mentais e a realidade externa, naquelas circunstâncias em que a simples causalidade não oferece explicações satisfatórias. Kant diz que a causalidade é um pressuposto transcendental do conhecimento, sem o qual a maior parte dos fenômenos do universo não seriam compreensíveis.¹²⁵ Sem adentrar em divergências teóricas, é possível afirmar que a função epistemológica da intencionalidade é semelhante à da causalidade. Contudo, aquela é dotada de maior complexidade e serve como pressuposto para identificar e explicar os eventos associados a instâncias mentais, como as realidades institucionais.

Da interação dos estados mentais com o plano exterior derivam fenômenos cognitivos associados à influência dos estímulos externos sobre o sujeito, e vice-versa, resultando no que costuma ser chamado de estado intencional.¹²⁶ A intencionalidade

¹²⁴ Apesar de ser discutível se a expressão “intrínseca” seria a mais adequada, preferiu-se ser fiel ao termo original do autor: SEARLE, John R. Is the brain a digital computer? *In: ____*. **Philosophy in a New Century (selected essays)**. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 104: “In short, the sense of information processing that is used in cognitive science is at much too high a level of abstraction to capture the concrete biological reality of intrinsic intentionality. The “information” in the brain is always specific to some modality or other. It is specific to thought, or vision, or hearing, or touch, for example. The level of information processing which is described in the cognitive science computational models of cognition, on the other hand, is simply a matter of getting a set of symbols as output in response to a set of symbols as input.”

¹²⁵ DE PIERRIS, Graciela; FRIEDMAN, Michael. **Kant and Hume on Causality**. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2013 Edition), Edward N. Zalta (ed.). Disponível em: < <https://plato.stanford.edu/archives/win2013/entries/kant-hume-causality/> >. Acesso em: 31 jul. 2018.

¹²⁶ JACOB, Pierre. **Intentionality**. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2014 Edition), Edward N. Zalta (ed.). Disponível em: < <https://plato.stanford.edu/archives/win2014/entries/intentionality/> >. Acesso em: 13 dez. 2018: “Intentionality is the power of minds to be about, to represent, or to stand for, things, properties and states of affairs. The puzzles of intentionality lie at the interface between the

deriva intimamente das experiências sensoriais surgidas de nossas interações com o mundo que resultam nos estados intencionais. A repercussão cognitiva dessas interações faz se surgir, na mente, representações ou apresentações relacionadas ao mundo externo. Nas *representações* projetamos o mundo em nossas mentes (ex.: paisagem vista e memorizada que define padrões estéticos), enquanto que nas *apresentações* projetamos nossos estados mentais no mundo (ex.: conjunto de folhas pintadas que reputamos como um “livro”).¹²⁷ Assim, produz-se – em nossas mentes – a *maneira de ser do mundo externo*, no que é chamado conteúdo intencional. Segundo Searle, a experiência visual é a etapa intencional primária que baseia o conteúdo intencional.¹²⁸

Convém apresentar alguns conceitos úteis a respeito de intencionalidade. Em primeiro lugar, o *conteúdo intencional* (*intentional content*) pode ser compreendido como a percepção mais inicial que o sujeito adquire a partir de seu contato com o plano externo. Não se trata do conteúdo real do objeto percebido, mas a projeção mental sobre o objeto percebido. A segunda categoria relevante se chama de *condições de satisfação* (*conditions of satisfaction*), que se baseiam na ideia de que estados intencionais formam projeções que nem sempre correspondem com o que se verifica empiricamente da realidade. Quando a realidade corrobora com os estados intencionais, estes são *satisfeitos*. Quando não corrobora, não são satisfeitos, por óbvio. O conteúdo intencional funciona como um delimitador destas condições de satisfação – uma vez que permite identificar quais suas condições de satisfação, se estas estão satisfeitas e como podem ser satisfeitas –, mas não um determinador de sua satisfação já que o mero fato de haver um conteúdo intencional não modifica o plano exterior.¹²⁹

philosophy of mind and the philosophy of language. The word itself, which is of medieval Scholastic origin, was rehabilitated by the philosopher Franz Brentano towards the end of the nineteenth century. ‘Intentionality’ is a philosopher’s word. It derives from the Latin word *intentio*, which in turn derives from the verb *intendere*, which means being directed towards some goal or thing.”; SEARLE, John R. **Mind, Language and Society**. New York: Basic Books, 1998, pp. 85: “But, on the contrary, the primary evolutionary role of the mind is to relate us in certain ways to the environment, and especially to other people. My subjective states relate me to the rest of the world, and the general name of that relationship is ‘intentionality.’ These subjective states include beliefs and desires, intentions and perceptions, as well as loves and hates, fears and hopes. ‘Intentionality,’ to repeat, is the general term for all the various forms by which the mind can be directed at, or be about, or of, objects and states of affairs in the world.”

¹²⁷ SEARLE, John R. **Seeing things as they are: a theory of perception**. New York: Oxford University Press, 2016, epub, p. 49; _____. **Intentionality: an essay in the philosophy of mind**. New York: Cambridge University Press, 1983, pp. 37 e ss.

¹²⁸ SEARLE, John R. **Seeing things as they are: a theory of perception**. New York: Oxford University Press, 2016, epub, p. 62.

¹²⁹ *Idem*, pp. 63-64.

As condições de satisfação dos estados intencionais são apenas o modo pelo qual as projeções mentais e as verificações empíricas podem se sincronizar. Em cada estado intencional, existe um determinador específico, seja o estado intencional ou o plano externo. Quando o determinador é o plano externo, temos um estado intencional do tipo *mind-to-world* (por exemplo, percepção). Por outro lado, quando o determinador é a própria mente, temos um estado intencional do tipo *world-to-mind* (por exemplo, desejo). Searle chama este critério de classificação de *direção de satisfação* (*direction of fit*).¹³⁰

Por exemplo, o “desejo” pode ser compreendido como um estado intencional determinado pelo próprio estado intencional, contudo suas condições de satisfação dependem do plano externo (*world-to-mind direction of fit*; o determinador da satisfação é o plano mental). Já o “conhecimento científico” – conforme entende Searle – pode ser compreendido como um estado intencional determinado pelo plano externo, o que faz com que as projeções mentais (hipóteses) dependam da corroboração empírica para se sustentarem (*mind-to-world direction of fit*; o determinador da satisfação é o plano externo).¹³¹

Ocasionalmente, será possível modificar algum dos lados da relação, seja o estado intencional ou o plano externo, para buscar a sincronização. Aqui teríamos a chamada causalidade intencional operando, quando seria possível uma *direção de causação* (*direction of causation*), a qual torna necessário à sua satisfação que ocorra a modificação das circunstâncias fáticas (*mind-to-world direction of causation*) ou dos estados mentais (*world-to-mind direction of causation*).¹³² O processo consiste na adequação do lado

¹³⁰ *Idem*, p. 64.

¹³¹ Abstrair-se aqui eventuais divergências filosóficas em relação ao fator determinador do conhecimento ou do desejo, isto é, se teriam natureza de estado intencional da espécie *mind-to-world* ou *world-to-mind*. Por exemplo, um empirista poderia dizer que o conhecimento científico segue um *world-to-mind*.

¹³² Apesar de a expressão “causalidade”, preferiu-se pelo termo “satisfação”. Assim optou-se, pois preferiu-se evitar causar confusão ao leitor, uma vez que não se trata de uma causalidade no sentido clássico, mas sim de uma causalidade intencional, associada com a intencionalidade já explicada. Cf.: SEARLE, John R. **Intentionality**: an essay in the philosophy of mind. New York: Cambridge University Press, 1983, p. 112; _____. **Seeing Things as They Are**: a Theory of Perception. New York: Oxford University Press, 2016, epub, pp. 51 e ss.; _____. **Mind, Language and Society**. New York: Basic Books, 1998, pp. 104 e ss.: “I have said that intentionality is that feature of the mind whereby it intrinsically represents objects and states of affairs in the world. But our minds are also in constant causal contact with the world. When we see things, the objects we see cause our visual experiences of them. When we remember events in our past, those past events cause our present memories. When we intend to move our bodies, those intentions cause the bodily movements. In each case, we find both a causal and an intentional component. It is essential to the functioning of intentionality, and indeed essential to our survival in the world, that the representing capacity of the mind and the causal relations to the world should mesh in some systematic way. The form in which they do is intentional causation. This form of causation differs dramatically from billiard ball or Humean causation: the cause and effect work in the way they do because either the cause is a representation of the effect or the effect is a representation of the cause. Here are some examples of how

determinado (mais “fraco”, pode-se dizer) da intencionalidade, portanto seguindo o caminho oposto da direção de determinação. Por exemplo, o estado intencional “desejo” depende da modificação do plano externo para ser satisfeito. Já o estado intencional “conhecimento científico” depende da modificação do plano mental para ser satisfeito.

O Direito e as normas jurídicas também podem ser entendidos sob este prisma da intencionalidade, já que é possível compreendê-los a partir das interações entre os sujeitos com seu meio (e com seus pares), de modo semelhante a “desejos” ou “conhecimento científico”, contendo conteúdos intencionais, condições de satisfação, direções de determinação e direções de satisfação. Para o Direito, este é um elemento importante para explicar sua natureza de realidade institucional e para compreender que as normas – aqui entendidas como estados intencionais – *são pressuposto* para o fenômeno jurídico ocorrer (mas não *são parte* do Direito). Aqui o fenômeno jurídico não é entendido como um conjunto de “normas”, mas sim como uma realidade institucional que pressupõe estados intencionais específicos (aqui chamados de norma). Quando tratarmos da teoria institucionalista da norma jurídica¹³³, a ideia de conteúdo intencional será revisitada, e buscaremos demonstrar que a concepção de Searle precisa ser melhor refinada, especialmente para que o fenômeno jurídico seja compreendido adequadamente dentro desta proposta teórica.

1.3 REALIDADES INSTITUCIONAIS: DIREITO NÃO É APENAS PALAVRAS EM UMA FOLHA DE PAPEL

O presente tópico trata das realidades institucionais, que podem ser compreendidas como interações sociais intermediadas linguisticamente que exigem, conforme explicado em subitem subsequente, satisfação três requisitos: (i) presença de intencionalidade coletiva; (ii) atribuição de função; e (iii) existência de uma regra

it works. If I want to drink water, and I then drink water by way of satisfying my desire to drink water, then my mental state, the desire (that I drink water), causes it to be the case that I drink water. The desire in this case both causes and represents its condition of satisfaction. Sometimes it is part of the conditions of satisfaction of the intentional state itself that it is only satisfied if it functions causally. Thus, for example, if I intend to raise my arm, then the intention requires more to be satisfied than just that I raise my arm. Rather, it is part of the conditions of satisfaction of my intention to raise my arm that that very intention should cause the raising of my arm. For this reason, I say that intentions are causally self-referential. The intention is satisfied only if the intention itself causes the rest of its conditions of satisfaction. I will succeed in carrying out my intention to raise my arm only if (a) I do raise my arm and (b) my intention to raise my arm causes my raising of my arm.”

¹³³ Vide item 1.3.2 do presente capítulo.

constitutiva. Não há realidades institucionais sem intencionalidade, pois as interações linguisticamente significativas dependem de algum grau de mente. Todavia, nem sempre da intencionalidade decorrem realidades institucionais, afinal a mera existência de estados mentais relacionados ao mundo não implica necessariamente a existência de uma institucionalidade.

Assim como é possível falar em realidade bruta como aquela existente de forma independente da intencionalidade, também é possível falar da realidade institucional como aquela que somente existe se consideradas as interações coletivas atreladas aos fatores necessários para haver os fatos institucionais. As realidades institucionais, apesar de dependerem dos fatos brutos (ou mesmo de fatos institucionais primários), somente são devidamente compreendidas quando analisadas as interações comunicativas entre os sujeitos. As realidades institucionais existem nas entrelinhas dos fatos brutos (ou dos fatos institucionais primários) em relação aos quais ocorrem, sendo possível ao menos dois graus de descrição desses eventos: com ou sem considerar as interações linguísticas (ex.: uma partida de futebol pode ser compreendida como um grupo de pessoas reagindo ao vai-e-vem da bola).

O elemento fundamental para compreender o modo de existir das realidades institucionais é a ideia de causalidade intencional. Como explicado acima¹³⁴, a intencionalidade implica a formação de representações ou apresentações sobre o plano externo que induzem os agentes a agir de certa maneira. A ação dos agentes é *decorrência* de seus estados intencionais (desejo, intenção volitiva, conhecimento, crença etc.), daí a ideia de causalidade intencional. É fundamental perceber que a realidade institucional existe no momento em que os agentes passam a agir de maneira diferente graças aos *inputs* e *outputs* decorrentes da interação com os demais agentes e com o plano externo, portanto a coação não é um elemento fundamental para sua caracterização (embora possa servir de instrumento para sua afirmação).

Trazendo esta ideia para o Direito, é inevitável não perceber que há uma evidente contradição entre o modelo institucionalista e as teorias jurídicas que buscam distinguir o Direito com base na existência ou não de coação, como resultado do desrespeito às normas. Não parece, contudo, que a coação deva ser essencial ao Direito, assim como não o é para as realidades institucionais de modo geral. Imaginar o Direito como um

¹³⁴ Vide item 1.2.2 do presente capítulo.

instrumento de cooperação parece bem mais adequado, já que ele é um instrumento de abertura para o diálogo e para a estruturação de arranjos sociais complexos que, sem ele, seriam dificilmente viáveis.

Dentro do paradigma institucionalista, a própria ideia de semântica precisa ser revisitada. Embora não seja propriamente uma inovação do institucionalismo, é pertinente a crítica que o Direito ainda está majoritariamente preso a uma perspectiva de semântica atrelada aos textos e à objetividade aparente dos enunciados formais. Como será desenvolvido no Capítulo 2, o estudo analítico do Direito precisa rever muitos de seus paradigmas para compreender adequadamente a vagueza, desde seu próprio objeto de estudo até o modo de dialogar com outras áreas. O aparato teórico do institucionalismo é absolutamente fundamental nesta empreitada.

1.3.1 PROCESSO DE CONFORMAÇÃO INSTITUCIONAL: COMO SURGE O TODO DO NADA INSTITUCIONAL

A conformação institucional é a maneira pela qual realidades institucionais são construídas socialmente. Não se trata necessariamente de uma imposição do grupo dominante ou da consolidação do hábito com o decorrer do tempo, mas de todo processo social no qual determinados modos de ação passam a ser adotados desde que satisfeitas certos requisitos, sendo a linguagem o fio condutor para tal possibilidade.

Retomando o que já fora afirmado, uma etapa necessária para entender o fenômeno jurídico do ponto de vista institucional, está em estudar o processo de interação direta entre a mente e o plano externo. A bifurcação entre fatos brutos e fatos institucionais, fundamental ao entendimento desta interação, é comumente mal compreendida pelo público em geral e também pela academia jurídica, em razão da falta de familiaridade em trabalhar com fenômenos compreensíveis somente dentro de processos de interação entre sujeitos (ou seja, estritos ao campo da comunicação). A raiz teórica desta dificuldade está na adoção da Lei de Hume pelas principais correntes do pensamento jurídico.¹³⁵

¹³⁵ Convém o seguinte excerto para ilustrar o problema. DWYER, Déirdre. **Beyond Kelsen na Hart? MacCormick's Institutions of law**. Disponível em: < <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1468-2230.2008.00717.x/abstract> >. Acesso em: 23 fev. 2018: "The concept of 'institutional facts' was developed by Anscombe, to complement the concept of 'brute facts'. Institutional facts are omnipresent and inherent elements of social reality Part of their significance for moral and legal philosophers is that they provide a

Como regra geral, a metodologia tipicamente positivista do Direito costuma rejeitar a possibilidade de haver fenômenos institucionais, ou ao menos evita ao máximo trabalhá-los. Isto é resultado do apego a elementos formais de identificação do Direito, geralmente por razões de segurança jurídica ou previsibilidade, ou mesmo por questões analíticas, limitando-se, assim, a processos silogísticos iniciados por enunciados textuais. O Direito seria decorrência das derivações lógicas dos enunciados linguístico-textuais, autônomos em relação às interações que compõe seu contexto. Assim, o fenômeno jurídico recebe aqui um tratamento metodológico semelhante ao recebido pelos fatos brutos em outros campos de estudo, contudo com limitações específicas aos objetos eminentemente linguísticos.

A limitação deste modelo fica clara quando se tenta racionalizar e explicar certos eventos jurídicos que não se encaixam confortavelmente no recorte dos fatos brutos (ex.: elementos valorativos, vagueza normativa etc.), o que faz com que muitas questões relevantes sejam postas em aporia ou delegadas a outros ramos de estudo. Contudo, esta não parece ser a melhor solução para o problema, especialmente porque debilita a adequada compreensão dos fenômenos jurídicos e dificulta a melhor operacionalização das normas. A superação destas dificuldades depende de o elemento institucional receber um destaque mais acentuado no estudo do Direito.

O pressuposto básico da ideia de fatos brutos para o modelo institucionalista é a necessidade de haver um substrato a partir do qual os processos mentais possam acontecer, ou seja, um *input* para produção dos estados intencionais.¹³⁶ Como, afinal, *perceber o mundo*, sem haver um mundo? Ou *acreditar em algo sobre o mundo*? Ou *agir sobre o mundo*? A própria ideia de intencionalidade pressupõe a existência de um algo externo à mente, sem o qual esta não teria como produzir os estados intencionais. Vale destacar que não se entra no mérito de ser este “mundo” o que chamaríamos de realidade

means by which to bridge the gap, identified by David Hume in the eighteenth century, between descriptive and normative statements. If you deliver a sack of potatoes to my house it might be tempting for me to respond to your request for payment by saying that the fact that you brought potatoes to my house and left them there does not entail any obligation on me to pay for them, because as everyone knows one cannot infer an 'ought' from an 'is'. This argument is flawed because, following Anscombe, there is a layer of social meaning above the brute facts that you brought potatoes to my house and left them there. Our agreement that you deliver potatoes implies a social reality of institutional facts, in which contracts entail obligations, and performance by one party obliges performance by the other. These institutional facts are as real in our lives as brute facts. 'Law' is a sub-type of 'normative order' because it seeks to impose an order in our social world which we accept as proper. (...)"

¹³⁶ Cf.: ANSCOMBE, Gertrude E. M. **On brute facts**. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2567359/mod_resource/content/1/anscombe%20brute%20facts.pdf>. Acesso em: 1º ago. 2018.

(ou não-ilusão) ou uma ilusão de alguma espécie, pois a ideia de intencionalidade não demanda uma qualidade específica do plano externo, mas apenas a ideia da existência de um algo estranho à mente.

Os fatos brutos são o pressuposto lógico e o fundamento fático para os fatos institucionais, mas com estes não se confunde.¹³⁷ O processo complexo e multifacetado que leva até os fatos institucionais (e ao Direito, conseqüentemente) dependente dos fatos brutos. Quando estudo o processo de conformação institucional, será possível perceber até mesmo que fatos institucionais podem funcionar como fatos brutos (ou fatos institucionais primários) para novos fatos institucionais (secundários). Essa sobreposição de fatos institucionais será essencial para a compreensão do fenômeno da vagueza.

O fato institucional pode ser entendido como um evento intersubjetivo resultante da conjugação de três fatores, conforme desenvolvido por Searle: (a) intencionalidade coletiva; (b) atribuição de função; e (c) regra constitutiva. Não há uma dicotomia entre fatos brutos e fatos institucionais, nem uma relação lógica direta entre eles, mas sim uma relação de derivação.¹³⁸ Os fatos brutos são um pressuposto para os fatos institucionais, e estes são derivações daqueles quando associados aos requisitos acima elencados.

O estudo analítico das realidades institucionais se inicia com a ideia de *intencionalidade coletiva*.¹³⁹ A intencionalidade (singular) foi definida em tópico acima, em curta síntese, como o processo mental de interação mente-mundo. Então, a versão coletiva deveria ser compreendida como o processo mental de interação mente-mundo coletivamente considerado? Como se o grupo, no seu todo, funcionasse como uma mente única (embora fragmentada)? Como seria possível reconhecer uma unidade coletiva dentro de um grupo de pessoas autônomas? Expliquemos.

A ideia de coletividade aqui está muito mais relacionada à maneira como as partes do todo se associam e cooperam entre si para concretizar certas condições de satisfação de estados intencionais admitidos coletivamente. É correto traçar um paralelo entre a intencionalidade coletiva é o consenso socialmente pactuado, embora a intencionalidade não exige um ato de vontade dos sujeitos, como se pode supor da noção de consenso.

¹³⁷ SEARLE, John R. **The construction of social reality**. New York: Simon & Schuster, 1995, p. 34-35.

¹³⁸ *Idem*, p. 31.

¹³⁹ *Cf.*: SILTALA, Riamo. **Law, Truth, and Reason: A Treatise on Legal Argumentation**. London and New York: Springer, 2011, pp. 165 e ss.

É possível traçar uma analogia (ainda que imperfeita) entre os sujeitos do grupo e os neurônios de um só sujeito. Em ambos, é preciso haver algum grau de coordenação para que haja a intencionalidade, coletiva e singular, respectivamente. A diferença principal seria os modos de associação e de cooperação entre as partes do todo, afinal a coletividade de sujeitos autônomos parece bem mais propícia à dispersão e à não-cooperação e, conseqüentemente, a provocar rupturas na intencionalidade coletiva, ou seja, no modo de interação mente-mundo estabelecido coletivamente. Como consequência, podemos ter a modificação ou a imposição (coercitiva, talvez) da (ou de certa) intencionalidade estabelecida.

Outro aspecto diferenciador entre sujeitos e neurônios é a eficiência dos processos de interação. Enquanto os neurônios interagem por processos sinápticos que já são suficientes para satisfazer os objetivos coletivos da interação (qual seja: o adequado funcionamento do sistema nervoso), os sujeitos interagem de modos muito mais ineficientes e incompletos para a satisfação de suas condições coletivas de satisfação. As duas razões principais para tal são a dissonância entre os interesses individuais e a deficiência nos processos comunicativos.

Vale de dizer que a intencionalidade coletiva não é exatamente o mesmo que falar de conjunto das intencionalidades individuais. Por vezes pode haver a congruência entre eles, contudo não se pode esperar que o modo de interação entre sujeitos *sobre* o mundo conflua sempre de modo idêntico. Contudo, a tendência em sociedades organizadas é que fatores externos induzam os sujeitos a algum tipo de confluência, de modo a se atingir um ponto intermediário que compatibilize os interesses conflitantes. Pode-se ter desde a educação ou a tradição até a coerção ou a negociação, mas ainda assim subsistem muitas imperfeições na formação desta intencionalidade coletiva.

O segundo fator é a *atribuição de função*, decorrente da intencionalidade coletiva.¹⁴⁰ Aqui devemos entender “função” como a aptidão de gerar um efeito ou de formar um nexu causal de natureza intencional. De forma bastante simplificada, é possível entender esta ideia imaginando que podemos associar os objetos no mundo a relações de causalidade intencional e que podemos atrelar a existência do objeto à consequência intencional de sua existência (isto é, à necessidade de cumprir certas

¹⁴⁰ SEARLE, John R. **The construction of social reality**. New York: Simon & Schuster, 1995, pp. 113-114.

condições de satisfação dos estados intencionais), ao que chamamos de *função*. Por exemplo, podemos associar uma chave à abertura de uma porta e atrelar a existência de chaves a abertura de portas. Assim, a função das chaves seria abrir portas (aqui se adota um grau funcional de descrição do evento “chave”). Portanto, a função não consiste em elemento intrínseco aos eventos, mas uma simples atribuição de valor a certos eventos associados a circunstâncias de causalidade intencional.

Usualmente, associamos a função dos objetos a valores que consideramos positivos, a tal ponto de confundi-la com a própria razão de ser da coisa. A *função* da água é matar a sede (logo ele existe para matar a sede). A *função* do coração é bombear o sangue (logo ele existe para bombear o sangue). A *função* do Direito é fazer justiça (logo ele existe para fazer justiça), pode-se dizer. Todavia, tais atributos não se tratam de elemento próprio dos fatos brutos (ou dos fatos institucionais primários), mas de uma circunstância intencional e relativa ao observador (*observer-relative*), em que a presença de determinados estados mentais é aspecto determinante.

Basta olhar, enquanto observador, o mundo em volta e se questionar se os objetos que vemos são compreendidos como eventos autônomos no mundo, ou se são resultado da individualização de eventos a partir de funcionalidades que lhes atribuímos. A natureza relacional do conhecimento e da cognição fica evidente em situações como desta espécie em que nossa compreensão dos objetos depende de um *algo a mais*, sem negar que estes mesmos objetos estejam ali e nos causem *inputs*.

Por fim, o último fator para a formação dos fatos institucionais é a *regra constitutiva* (*constitutive rule*), ou – em um termo mais claro do que aquele adotado por Searle – uma circunstância constitutiva de novo status social. Resumidamente, seria possível separar as regras em (a) regulatória, e (b) constitutiva. A primeira busca apenas orientar modos de ação, sem alterar a natureza institucional dos objetos envolvidos. Nestas primeiras, os objetos envolvidos não têm seu status modificado pelas regras estabelecidas (ex.: regras de etiqueta). Por outro lado, normas constitutivas implicam a mudança do status intencional dos objetos relacionados à regulação (ex.: regras de regulam o dinheiro fiduciário, que nada mais é do que um pedaço de papel com valor de troca aceito pela comunidade; ou regras do futebol, que tornam uma colisão violenta entre sujeitos uma “falta”). A importância da regra constitutiva, todavia, não é modificar a

natureza da realidade comunicativa, mas tão somente acrescentar um rótulo significativo e assinalar aos demais agentes o novo status social daquele evento do mundo.¹⁴¹

As regras constitutivas são usualmente atreladas a uma circunstância fática específica que serve de condição para que seja assumido o status diferenciado, por exemplo: “*X considera-se Y, caso C*”. O modo do reconhecimento social de um objeto X pode se tornar Y, na medida em que esteja satisfeita a condição C. Portanto, o modo de interação da coletividade com os objetos no mundo sofre variações na medida em que circunstâncias específicas estão presentes ou não. Vale dizer, porém, que, embora a atribuição de uma função reconhecida coletivamente possa ocorrer independentemente de haver uma regra constitutiva que modifique o status social do X, a existência de um indicador que demarque tal evento como Y – detentor de uma função diferenciada – contribui para que esta mesma função seja exercida e comunicada pela comunidade, bem como é necessária para configurar a realidade institucional (ex.: um *pedaço de papel* – realidade bruta – pode ser perfeitamente utilizado como meio intermediador de trocas e ser aceito socialmente como tal, contudo a realidade institucional do dinheiro somente passa a existir quando passar a ser demarcada a diferença substancial entre papel e dinheiro).

Por exemplo, o pedaço de papel (X) somente valerá como dinheiro fiduciário (Y) quando os demais sujeitos sociais o aceitarem enquanto tal (C). Já nas regras regulatórias, o contexto comunicativo é pouco ou nada relevante para qualificar os eventos. Basta perceber que as regras de etiqueta, assim entendidos os padrões de comportamento considerados adequados em determinados círculos sociais, não mudam o status dos objetos (ex.: organização dos talheres, colocação do guardanapo, colocação dos cotovelos à mesa etc.) sobre os quais ocorre, mas apenas determina como agir em relação a eles.

As realidades institucionais são resultado não apenas dos *inputs* sofridos. Vale dizer que também é possível criá-las pela autorreferência.¹⁴² Não apenas fatos brutos

¹⁴¹ *Idem*, p. 44: “Furthermore, the ‘count as’ locution names a feature of imposition of a status to which a function is attached by way of collective intentionality where the status and its accompanying function go beyond the sheer brute physical functions that can be assigned to physical objects. So, for example, as I am using this formula, it would not be a statement of a constitutive rule to say ‘objects that are designed and used to be sat on by one person count as chairs,’ because satisfying the X term is already sufficient for satisfying the Y term, just from the definition of the word ‘chair.’ The ‘rule’ does not add anything but a label, so it is not a constitutive rule.”

¹⁴² A autorreferência é característica não só das realidades institucionais, mas também dos estados intencionais. *Vide*: SEARLE, John R. **Intentionality**: an essay in the philosophy of mind. New York: Cambridge University Press, 1983, pp. 49 e ss.

serão base para a construção de realidades institucionais pelos agentes conscientes, mas também outros fatos institucionais (chamados de fatos institucionais impróprios). Seria como aproveitar o Y (fato institucional) de “X considera-se Y, caso C” para formular outro enunciado “Y considera-se Z, caso D”. Neste segundo caso, o objeto Y funciona como um fato institucional impróprio, pois, apesar de manter sua natureza institucional, funciona eventualmente como base para outro fato institucional dele distinto.

O instrumento pelo qual as interações comunicativas entre os agentes são possíveis é justamente a *linguagem*, no sentido definido no item 1.1. Da mesma forma, as realidades institucionais somente são possíveis a partir deste substrato comunicativo. Embora não seja igual, o institucionalismo possui pontos de afinidade com concepções positivistas que aproximam o Direito às práticas sociais, como defendido por Hart e Schauer.¹⁴³ O modelo institucionalista do Direito parte exatamente desta mesma premissa, de modo que o fenômeno jurídico é aqui entendido como um fenômeno social comunicativo e relacional, e não como um simples conjunto de enunciados com valor obrigatório ou como o resultado de um processo interpretativo.

1.3.2 MODELO INSTITUCIONAL DE NORMA JURÍDICA: QUANDO O DIREITO SE TORNA UM ESTADO MENTAL

¹⁴³ SCHAUER, Frederick. Second-Order Vagueness in the Law. In: KEIL, Geert; POSCHER, Ralf. (edited by) **Vagueness in the Law**. Philosophical and legal perspectives. New York: Oxford University Press, 2016, pp. 179-180: “The reason that the examples and anecdotes just noted are not pointless when we are thinking about law is because law, being a fundamentally source- based and authoritative practice, often presents difficulties quite analogous to these very instances. In law we often do not know whether some source is or is not a valid *legal* source, and thus we do not know whether or not it is usable in legal argument and decision making. In the positivist tradition, the distinction between usable and non- usable authorities is ordinarily, since H.L.A. Hart (1961/ 2012, pp. 94-110), designated as and by the *rule of recognition*, the rule (or practice) by which a society recognizes some sources as valid sources of law and others as outside the law. The rule of recognition is the secondary rule (in contrast to primary rules of conduct) that picks out the subset of valid legal rules (or sources of law) from the set of all rules or sources or factors that might be used in making some sort of decision or rendering some sort of judgment. A rule of recognition is what tells us, typically but not inevitably, contingently but not necessarily, that ‘It is prohibited to drive an automobile on public roads without a driver’s licence’ is a rule of law but that ‘It is necessary to write a thank- you note after receiving a gift’ is not. Hart may have been somewhat misleading in describing the rule of recognition as a *rule*, and it is perhaps better understood as a more fluid practice with no canonical linguistic form.³ But whether it be a rule or a practice, the rule of recognition may still turn out to be vague with respect to some source, thus producing uncertainty as to whether the source is valid law or not. In English courts, for example, it was for generations clearly understood that a book or article (a so- called *secondary source*, in contrast to primary sources such as constitutions, statutes, and reported court decisions) written by a still- living author was not a valid legal source.⁴ Around 1945, the practice began to change,⁵ and thus there was a period of time when it was uncertain whether some secondary source could be used in legal argument, a form of vagueness antecedent to the potential vagueness surrounding what that source actually said.”

A grande maioria das teorias jurídicas atuais – direta ou indiretamente derivadas do positivismo jurídico¹⁴⁴ – definem as normas jurídicas como comandos¹⁴⁵ e o Direito como o conjunto dessas normas, portanto o fenômeno jurídico poderia ser, de certa forma, reduzido ao conjunto de comandos qualificados como jurídicos. Contudo, o modelo institucionalista do Direito propõe uma separação parcial entre o “Direito”, que é uma realidade institucional, e a “norma”, que é um *estado intencional*¹⁴⁶ (direcionado à realizar concretamente o fenômeno jurídico). A função da norma para o Direito não ser como um átomo para a formação de um algo maior e complexo, mas sim de pressuposto intencional para a ocorrência do Direito. A relação entre Direito e norma não é metonímico (entre parte e todo), mas lógico-intencional (realidade institucional dependem de estados intencionais).

A proposta aqui apresentada não se compatibiliza, por exemplo, com o que defende MacCormick, que oferece uma compreensão que pode ser vista como intermediária entre o positivismo normativo e a proposta aqui defendida. Embora o autor também explore concepções próprias do institucionalismo, como as qualidades da linguagem ordinária e a compreensão do Direito como fato institucional, e destaque sua relevância para a compreensão do fenômeno jurídico¹⁴⁷, ele incorre no erro de reduzir o

¹⁴⁴ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 132: “4) O quarto ponto diz respeito à teoria da norma jurídica: o positivismo jurídico considera a norma como um comando, formulando a teoria imperativista do direito, que se subdivide em numerosas ‘subteorias’, segundo as quais é concebido este imperativo: como positivo ou negativo, como autônomo ou heterônomo, como técnico ou ético. Há, em seguida, o problema das ‘normas permissivas’, isto é, se estas normas fazem manifestar em menor grau a natureza imperativa do direito; e, enfim, trata-se de estabelecer a quem são dirigidos os comandos jurídicos, de onde deriva o problema dos destinatários da norma.”

¹⁴⁵ Muitas são as críticas desenvolvidas contra a concepção positivista de norma jurídica. Cf.: GUERRA, Marcelo Lima. **Normas, inferências e práticas**: uma teoria institucional-argumentativa do direito. No prelo, pp. 19 e ss.

¹⁴⁶ Adotando ideia semelhante: HAGE, Jaap. Of Norms. In: BONGIOVANNI, Giorgio; POSTEMA, Gerald; ROTOLO, Antonino; SARTOR, Giovanni; VALENTINI, Chiara; WALTON, Douglas. (editors) **Handbook of Legal Reasoning and Argumentation**. Dordrecht: Springer Nature B.V., 2018, pp. 108-109.

¹⁴⁷ MACCORMICK, Neil. **Institutions of law**: an essay in theory. New York: Oxford University Press, 2007, pp. 11-12: “Law is institutional normative order, and the law of the contemporary state is one form of law. There are others, such as international law, the law of emerging new politico-legal forms such as the European Union, canon law, shari’a law, the laws of sporting organizations and of the games they regulate, and doubtless many others. All have in common the aspiration to order (in the sense of ‘orderliness’, not that of ‘command’). An elaborate set of patterns for human conduct is taken to be ‘binding’ on all persons within the ordered domain, and order prevails among the persons addressed to the extent that they succeed in matching their conduct to the stipulated patterns. The possibility of orderliness arising out of conformity to such patterns depends, obviously, on the set of patterns amounting to a rationally intelligible totality. Therefore there is a postulated systematic quality about the supposed conduct-patterns or ‘norms’ that underlie the aspiration to order. (...) The world of human beings is one that includes not only sheer physical facts and realities, but also institutional facts. By way of preliminary definition, these are facts that depend on the interpretation of things, events, and pieces of behavior by reference to some normative framework. I hold in my hand a piece of brightly coloured plastic with curious marks on

fenômeno jurídico a uma concepção de conjunto de normas jurídicas. Aqui a importância da realidade institucional seria produzir uma camada de significação sobre os fatos, de forma a permitir que estes se associassem a comandos, ou seja, a modos de dever-ser do mundo.¹⁴⁸

A proposta de MacCormick, embora um avanço, tem dificuldades para se compatibilizar a noção de que o Direito é uma realidade institucional com a teoria da mente. O modelo institucionalista deste trabalho, por outro lado, parte da premissa de que as normas jurídicas podem ser compreendidas como estados intencionais específicos, portanto são uma decorrência de interações específicas do sujeito com o meio. A norma jurídica é o elo intencional entre elementos fáticos (i) precedentes (fontes textuais, condutas reiteradas etc.) e (ii) consequentes (enunciados interpretativos, decisões judiciais, atos executórios etc.). A condição de sua satisfação é justamente a modificação do estado de coisas fático existente no mundo para fazer com que este coincida com o estado intencional (*mind-to-world direction of causation*), portanto a “aplicação” ou “efetivação” da norma jurídica.¹⁴⁹

it. This is a credit card. I wear on my wrist a disc attached to a strap with a clear surface on one side behind which are visible marks evenly distributed around the perimeter of a white surface. This is a watch. I have in my pocket metallic disks with the effigy of a human face on one side. The disks are different in size and colour and in the markings they bear. They are coins, and I use them for buying newspapers and other such things. We deal here with social realities that are ‘institutional’ through and through. This can be verified by reference to the working definition above, and by reflecting on what other information we need apart from physical facts in order to perceive the plastic as credit card, the wrist-object as a watch, the metal pieces as currency coins. In each case, there is presupposed a formidable body of legal or other rules, concerning consumer credit, standards of time-measurement, or the definition of money and legal tender in the context of contracts and debts. Without these, the physical object would lack or lose its current meaning. Interpretation of the things and their use in the light of the relevant rules is what makes such physical objects have the meaning they have. This goes some way towards establishing a preliminary idea of ‘institutional facts’ as omnipresent and inherent elements of social reality. It is an idea that has had a powerful impact ever since it first came to life in the work of Elizabeth Anscombe and John Searle, the latter of whom in particular has made extensive contributions to elucidating underlying concepts over many years.”

¹⁴⁸ *Idem*, p. 16: “Queuing or standing in line also furnishes an example of ‘order’ in its presently material sense. People’s positioning in a queue is ordered, not random. The ‘order’ here is not only an actual and predictable pattern that could be studied ‘externally’ and reported statistically. It is a ‘normative order’ because, or to the extent that, one can account for it by reference to the fact that actors are guiding what they do by reference to an opinion concerning what they and others ought to do. We can account for the externally observable order in a case of this kind by imputing it to actions of individuals who have a certain mutual awareness, together with mutual or reciprocal expectations. The result is a kind of common action by mutually aware participants. Each one acts on the understanding (or the assumption, not necessarily particularly articulate) that each of the others is oriented towards more or less the same opinion concerning what everyone ought to do. This opinion about what people ought to do, dependent on what Eerik Lagerpetz has characterized as ‘mutual beliefs’¹², amounts to an implicit norm that can be made explicit in the way suggested above.”

¹⁴⁹ *Cf.*: item 3.2.2: “Ocasionalmente, será possível modificar algum dos lados da relação, seja o estado intencional ou o plano externo, para buscar a sincronização. Aqui teríamos a chamada causalidade intencional operando, quando seria possível uma *direção de satisfação* (*direction of causation*), o qual torna

A ideia de norma jurídica, entendida dentro do marco teórico dos fatos institucionais, recebe inevitavelmente um tratamento diferenciado daquele dado pelas teorias normativistas, em especial pelo cuidado diferenciado conferido para entender a norma como resultado da conjunção de estados mentais e eventos externos. Em modelos tradicionais decorrentes do normativismo, de forma diversa, a norma é normalmente compreendida como (i) enunciados formais (concepção sintética), ou (ii) comandos diretos ou indiretos (concepção semântica).¹⁵⁰ Tais concepções, contudo, são insuficientes, pois não são capazes de explicar a dinâmica do fenômeno jurídico.

A concepção sintética é uma forma de enunciar o fenômeno da normatividade, mas com ele não se confunde. Confundir a norma com sua descrição formal seria incorrer no mesmo erro em que incorreram autores, como Russell, que acreditavam que pelo estudo das formas lógicas do mundo seria possível compreender a natureza do mundo em si.¹⁵¹ Também não é suficiente a concepção semântica, pois não explica a obediência espontânea aos padrões de conduta ou mesmo a sua criação consensual – já que o comando exige a existência de um terceiro competente para verificar o cumprimento –, bem como não esclarece como surgem e se modificam tais comandos, no sentido semântico – no sentido de por que certas condutas se tornam adequadas e “conforme o Direito”, enquanto outras não.

A teoria institucionalista da norma jurídica parte da ideia de que normas se manifestam por meio de relações de causalidade intencional – embora também possam ser identificadas como instâncias neuronais –, sendo os enunciados textuais mero componente deste processo, seja como elemento precedente ou conseqüente. A norma, assim, se trata de uma projeção mental de conduta, da qual podem decorrer atos concretos que busquem sua satisfação (*mind-to-world direction of causation*). É possível que estes sejam atos materiais (busca e apreensão, desforço imediato, legítima defesa, pena privativa de liberdade, freio no sinal vermelho etc.), bem como atos de fala (decisão judicial, contrato particular, testamento, petição inicial, voz de prisão em flagrante etc.).

necessário à sua satisfação que ocorra a modificação das circunstâncias fáticas (*mind-to-world direction of causation*) ou dos estados mentais (*world-to-mind direction of causation*).”

¹⁵⁰ Cf.: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013; ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Baden-Baden: Suhrkamp, 1994.

¹⁵¹ Vide item 1.1.2 do presente capítulo.

Aqui a norma não deriva necessariamente de textos, podendo ser também decorrente de padrões de ação decorrentes das interações sociais, isto é, decorrentes da identificação de certos padrões de conduta a serem adotados no convívio social. Por exemplo, o freio no sinal vermelho pode decorrer da interpretação de um texto – quando o agente é submetido a um curso de dirigir e aprende que deve parar no sinal vermelho, e assim o faz – ou da reprodução de um padrão de conduta identificado – quando o agente não possui qualquer conhecimento do regulamento, mas observa que os demais param no sinal vermelho e assim também o faz. Desta forma, o sujeito pode ter produzido mentalmente o padrão de conduta correspondente à norma jurídica (estado intencional) sem sequer saber da existência do texto, ou ainda que o texto jamais tenha existido.

Também é incorreto compreender os textos como eventos autônomos em relações aos contextos linguísticos em que se inserem, devendo ser compreendidos como atos de fala e como parte de uma cadeia de formação de sentido normativo. Para tornar bastante claro ao leitor, é possível visualizar a situação hipotética de uma placa com os seguintes dizeres: “Proibido usar biquíni na praia”. Em um primeiro momento, caso se busque interpretar o enunciado *in abstracto*, o leitor ocidentalizado do séc. XXI poderia entender que a placa pretende proibir o uso de roupas na praia, ou seja, estaríamos tratando de uma típica praia de nudismo. Afinal, a placa teria pleno sentido no contexto linguístico em que o uso de vestes seria incompatível com o comportamento esperado dos participantes daquele ambiente social específico. Por outro lado, a modificação do contexto social poderia nos levar à conclusão oposta. A interpretação seria, por exemplo, inversa caso a mesma placa estivesse cravada em uma praia de Jidá, no litoral da Arábia Saudita, país islâmico muito conservador, em que a carência de roupas em pessoas do sexo feminino é enxergada como moralmente reprovável, podendo mesmo levar a punições corporais.

Portanto, a qualificação do “não usar biquíni” enquanto circunstância conceitual depende muito dos elementos contextuais em que a locução é utilizada, o que demonstra que o Direito – uma realidade institucional – não podem ser adequadamente compreendido, ou mesmo identificado, fora dos contextos sociais em que se inserem. A norma não é propriamente uma derivação lógica de certos enunciados. A principal relevância das referências formais *não é criar* o Direito, mas servir de base para a fundamentação racional e para a legitimação democrática da realidade institucional que chamamos de Direito, como será melhor analisado no Capítulo 03.

1.4 INSTRUMENTALISMO SEMÂNTICO I: O SENTIDO COMO EVENTO *EX POST*

A contribuição do institucionalismo para o problema da vagueza está diretamente relacionada à maneira como as referências formais do Direito são compreendidas. O modelo institucionalista propõe que o Direito se trata de uma realidade institucional, a qual pode ser identificada a partir de diversos critérios considerados socialmente legítimos. As referências formais podem servir como um desses critérios, mas com o Direito (enquanto realidade institucional) não se confundem, podendo servir de referências argumentativas para sua fundamentação e identificação. A semântica, assim como o Direito, decorre de relações sociais com carga significativa, contudo aqui o processo se relaciona à ação humana de atribuir símbolos ou qualidades linguísticas a eventos no mundo, como quando a primeira pedra foi chamada por “pedra” (no caso, pelo seu correspondente à época).

O instrumentalismo é a versão institucionalista da semântica, isto é, a proposta teórica que posiciona o sentido à condição de resultado de processos sociais significativos, os quais mais comumente são associados à atribuição de nomes aos objetos brutos (pedra, cadeira) ou intencionais (desejo, amor). A proposta institucionalista repercute não somente a compreensão da natureza do fenômeno jurídico, mas também na maneira como se deve entender a semântica inerente ao Direito e aos eventos a ele associados. O instrumentalismo¹⁵² é uma importante releitura da noção de semântica no estudo do fenômeno jurídico, pois propicia uma reaproximação entre seus padrões argumentativos (o que inclui as referências formais) e as referências de justificação para possibilidade de seu conteúdo.

Duas são as premissas básicas do instrumentalismo: (i) abertura semântica, e (ii) instrumentalidade dos modelos lógicos.¹⁵³ Em primeiro lugar, é necessário reconhecer a

¹⁵² A expressão “instrumentalismo” foi inspirada na distinção entre realismo e instrumentalismo de Jarrett Leplin, mas não se trata exatamente da mesma questão. Cf.: LEPLIN, Jarrett. **A novel defense of scientific realism**. New York: Oxford University Press, 1997, p. 105: “By contrast, if we do not interpret theories realistically, then we have no basis for expectations of their continuing success. Nonrealist interpretations differ, but to focus on their common inability to ground such expectations, let us consider them generically under the heading of ‘instrumentalism.’ Originally, instrumentalism was the view that theories are instruments for systematizing the observed phenomena in pragmatically useful ways. Without theories, we have just random *lists* of the phenomena. With them, we have more easily recordable general principles from which the phenomena can be recovered systematically.”

¹⁵³ Cf.: PATTERSON, Douglas. **Alfred Tarski: Philosophy of Language and Logic**. New York: Palgrave Macmillan, 2012, p. 211: “At the foundation of our whole construction lies the division of all terms of a language into logical and extra-logical. This division is certainly not entirely arbitrary: if we did not count

importância de propostas teóricas que permitam canais de comunicação para fora do sistema jurídico. Luhmann defende que o Direito seja um sistema operacionalmente fechado e cognitivamente aberto, contudo não é correto dizer que o fenômeno jurídico seja uma realidade dissociada de outras realidades sociais e políticas.¹⁵⁴ Até mesmo uma abertura na parte operacional é necessária diante da evidente dependência do Direito em relação a elementos extrajurídicos para seu adequado funcionamento. A semântica jurídica não é apartável de outros processos sociais de geração de sentido, mas sim um personagem nos processos institucionais que pautam as interações linguísticas dos sujeitos comunicativos.

A discussão aqui apresentada servirá de transição para o Capítulo 02, uma vez que condensará parte dos conceitos do institucionalismo para a formulação de concepção instrumentalista da semântica. O instrumentalismo busca romper com a letargia semântica decorrente da circularidade semântica, que geralmente se baseia em modelos formais. Em nome da simplificação do método, a complexidade da semântica costuma ser deixada à margem. Quando se pergunta qual o “sentido” de um texto, no senso comum o passo inicial é intuitivamente atribuir-lhe o significado imputado com base em referências formais e/ou tautológicas (ex.: “o texto é claro”; “é minha interpretação”; “é a vontade do legislador”; “sempre foi assim”; “é o comando da rainha”, “é como está no dicionário”). Essa sobrevalorização das referências circulares (comumente formalizadas), aqui chamada de *circularismo* (ou de *textualismo*, quando a referência for um texto), ocultam um argumento não circular: o apelo à autoridade, seja da própria consciência, seja da “clareza” do texto, seja da ordem da autoridade.

O problema da circularidade pode ser visto sob três prismas: (i) lógico, pois parte da premissa de que haveria respostas (em tese) “corretas” deriváveis do textos a partir de

among the logical terms e.g. the implication sign or the quantifiers the definition provided of following could lead to consequences manifestly contrary to everyday intuitions. On the other hand however I know no objective reasons which would allow one to draw a precise dividing line between the two categories of terms... Clearly, further investigations may throw a lot of light on the question which interests us; perhaps one will succeed with the help of some weighty arguments of an objective character in justifying the dividing line traced by tradition between logical and extra-logical terms. Personally I would not be surprised however even if the result of these investigations were to be decidedly negative and if hence it would turn out to be necessary to treat such concepts as following logically, analytic sentence or tautology as relative concepts which must be related to a definite but more or less arbitrary division of terms of a language into logical and extra-logical; the arbitrariness of this division would be in some measure a natural reflection of that instability which can be observed in the usage of the concept of following in everyday speech [Tarski, 2002, 188–90].”

¹⁵⁴ KING, Michael; THORNHILL, Chris. **Niklas Luhmann’s Theory of Politics and Law**. New York: Palgrave Macmillan, 2003, pp. 53-55

um silogismo (ex.: dentre os leigos e em parte da comunidade jurídica, o *in claris cessat interpretatio* ainda é argumento fortíssimo); (ii) semântico, pois aliena os intérpretes dos reais fatores de valoração que os levaram a extrair determinado comando a partir de um texto normativo ou de um padrão de conduta (ex.: o apelo ao textualismo pode decorrer muito mais da intimidade pela fonte política que proferiu o texto do que da qualidade daquele direito para solucionar determinadas controvérsias¹⁵⁵); e (iii) argumentativo, pois constrói uma argumentação frágil e dependente de elementos *ad hoc*, geralmente argumentos de autoridade ou apelos à forma (ex.: quando arbitrariamente se opta pela literalidade como fundamento para certas soluções jurídicas, em detrimento da melhor solução no âmbito do direito substancial).

Compreendida como realidade institucional, a semântica não pode ser compreendida como um resultado acabado ou fechado para influxos exteriores. A inquietude das relações humanas que o institucionalismo busca sistematizar dentro de seu modelo também precisa estar presente no modo de compreender a semântica. Buscando essa síntese, o instrumentalismo se trata de compreender a semântica como um fenômeno institucional, decorrente do uso da linguagem, e não como um fenômeno imanente a certos signos linguísticos.¹⁵⁶

¹⁵⁵ No Capítulo 03, este problema será discutido quando for estudado o problema do formalismo e do apelo à forma.

¹⁵⁶ TRAVIS, Charles. **The uses of sense: Wittgenstein's philosophy of language.** New York: Oxford University Press, 2001, pp. 87-88: "Wittgenstein does not mind construing naming broadly: not only proper names name, but so do any words which may be said to mean, or speak of, what, on the most generous view, might be regarded as an item, or class of them. So, for example, 'red' may be said to name red, or the colour red, 'bicycle' bicycles, and perhaps even 'walk' walking. The points to be made about this picture hold no matter how widely or narrowly naming is construed. The view attributed to Augustine appears to concern two relations: 1 one between words and what they name, and one between naming and meaning. The first relation, which we will call the naming relation, is one in which every expression stands to an item just in case it names that item. On the Augustinian picture, it is one which every meaningful expression is supposed to bear to something. The second relation is meant to individuate meaning: if words W name V, then any words would mean what W do iff those words name V. Meaning what it does is then the only thing W could do consistent with its naming V. Moreover, it is the only thing any expression could do consistent with its naming that. If we think of there being some domain of possible meanings for words to have, then this relation correlates items from that domain with items to be named: for every item to be named, there is the correlated meaning that words would have just in case they named exactly that. But reification here is optional. At least, on the picture, if we say truly that W names V, then we have said what could only be true of it given that it means what it does. Hence we have said what identifies and fixes that which it does mean. (As will emerge, the reified and unreified theses here are quite distinct, and the differences matter. But for the moment they can remain unattended to.) It is tempting to suppose that Wittgenstein's attack is directed at one of the above two theses—either at the idea that every meaningful expression names something, or at the idea that the naming relation is individuating of meaning. In fact, Wittgenstein does find something wrong with each of these ideas as just stated. But the present suggestion will be that the main brunt of his attack is directed elsewhere. So we will first note that there are at least some textual indications against putting too much weight on either of the above two targets. The point about the first one has been noticed before. It is that Wittgenstein introduces his simple language games, or at

O instrumentalismo confronta também o formalismo semântico, pois não se satisfaz com propostas que buscam explicar o sentido de ações comunicativas simplesmente a partir de silogismo, bem como diminui significativamente o protagonismo dos enunciados, porém sem reduzi-los à insignificância. O formalismo tende a tratar o sentido textual como um fato bruto não só por entendê-lo como um *efeito* do texto e por minimizar sua natureza intersubjetiva da semântica, como também por se adotar uma perspectiva declaratória da interpretação (o aplicador estaria apenas declarando o Direito pré-existente).¹⁵⁷ É comum aos juristas se valer de textos normativos para determinar o conteúdo das “normas” que utilizará no caso concreto, partindo-se da premissa de que a “norma” seria uma derivação silogística dos enunciados formais. Essa parece ser a concepção mais aceita no senso comum jurídico atual, ao menos no Brasil.

O estudo do Direito ainda é impregnado por premissas da filosófica binarista – hoje já refutadas ou relativizadas –, em especial do binarismo lógico no qual Kelsen se inspirou, com base no qual a cognição sobre o Direito seria decorrente de uma derivação lógico-formal do direito positivo. Desta concepção de lógica, é possível extrair também uma concepção de semântica binarista, basta perceber que Kelsen conclui haver uma delimitação rígida entre Direito (objeto de estudo do jurista) e não-Direito (objeto de estudo de outras ciências).¹⁵⁸

least II, as illustrations of cases the Augustinian description would fit. For II is introduced in 2 by saying, 'Let us imagine a language for which the description given by Augustine is right.' To further emphasize the point, he says, in 48, discussing a certain Socratic account of 'simples' or 'logical atoms', 'Let us apply the method of 2 to this account in the Theatetus. Let us consider a language game for which this account is really valid.' The technique of 2, as applied in II, then, cannot be meant to show that not all words are names.”

¹⁵⁷ BEEVER, Allan. **The declaratory theory of law**. Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 33, No. 3 (2013), pp. 421–444.

¹⁵⁸ TRAVIS, Charles. **The uses of sense: Wittgenstein’s philosophy of language**. New York: Oxford University Press, 2001, p. 02-03: “How these principles require the semantic picture to be developed here, and how they clash with its alternative, will become clear when the principles are developed. This chapter aims at no more than saying what the picture and its alternative are. The alternative has been the dominant picture at least since it was presented with great clarity, precision and elegance by Frege. 'Dominant', in fact, is an understatement. The picture is attractive enough to have been shared by nearly everyone, up to and including the present day. (Though Frege's version of a shared picture must be seen as containing proprietaiy elements.) The Wittgensteinian alternative to it, to be developed here, has had so far little influence. This book aims to rectify that situation by showing what is intuitive and attractive about that alternative view, and, again, to do this independent of any effect the private language discussion might have for it. But this chapter does not aim to do that. It aims merely to specify the defining characteristics of the picture, no matter how unintuitive they may, for the moment, seem. The strategy will be to explain the dominant picture first, and then to develop the present picture by considering what one must do to disagree with that one. Disagreement, we will see, is no easy matter. Which may partly explain the attraction the dominant picture continues to exert. It bears emphasis that both pictures, being, as they are, pictures of semantic properties, concern whatever items may have them, and not exclusively words. They are at least as concerned with thought as with expressions of it; with concepts as with predicates. The dominant view

O binarismo compromete diretamente a compreensão da vagueza e de outros fenômenos linguísticos menos complexos, como a mutação de sentido, a divergências de sentido e a plurissignificação.¹⁵⁹ A ideia de que o sentido seria uma derivação lógica dos enunciados textuais sofre, por exemplo, para explicar os processos de mutação de sentido, por vezes imprevisíveis, ainda que ausente qualquer modificação formal do texto. Como palavras que antes significavam X podem passar a significar Y? Ou mesmo, como uma mesma palavra pode ser entendida por dois sujeitos de forma completamente distinta? A possibilidade de plurissignificação é compreendida, sob trancos e barrancos, como um efeito colateral do texto. E quando surgem situações limítrofes, como fazer? A teoria jurídica tradicional tem muitas dificuldades de responder, basta lembrar que, por um lado, Kelsen apela à moldura (*Bild*) para evitar se aprofundar no debate da semântica e que, por outro lado, muitas correntes pós-kelsenianas apenas remetem à abertura cognitiva do Direito, também sem maiores aprofundamentos.

Portanto, são três os erros da semântica jurídica atual: (i) circularidade, (ii) formalismo, e (iii) binarismo. Todos esses erros têm relação com o problema comum das concepções vigentes de lógica e, conseqüentemente, de semântica. Em vez de solapar o estudo da lógica – a pretexto de ser, segundo alguns, avesso às valorações –, é mais adequado ressignificar a lógica, de maneira a adequá-la às necessidades teóricas e práticas do Direito atual, como ficará mais claro no Capítulo 02. A lógica clássica, que ainda tem forte influência nos círculos jurídicos, mas, conforme ampliou-se seu escopo filosófico, a lógica passou a ser compreendida como um instrumento adaptável e flexível aos

is just as likely to inform current discussion of belief and other such attitudes, for example, as explicit discussions of language. And it is likely to inform such discussions by people who would not consider themselves Fregean. On the other side, it is important always to keep in mind that the entire Wittgensteinian view of having semantics, as it will be presented here and illustrated in the case of words, applies intact to what words express and our attitudes towards that—so, inter alia, to believing, meaning, intending, expecting and their objects. Further, semantic pictures have metaphysical correlates. The features the present picture finds in predicates and the concepts they may express are reflected in the properties we may have concepts of; the features it finds in bearers of truth find their reflections in the facts such items might state. By implication, at least, the dominant picture is equally one of what properties and facts are like. Viewing the significance of private language as here viewed means construing it as a sort of transcendental argument—a story about how things must be, rather than merely about how they are—and one with a rather traditionally heavy metaphysical moral at that. It is hard to resist seeing the private language discussion as having some such force. But such argument does run counter to Wittgenstein's stated views on doing philosophy. To be impressed by how things must be, he tells us, is typically to be in the grip of a picture, - whereas what we ought to ask is not how things must be, but how they are. So private language is an exceptional case. Part of the task in discussing it will be to explain why Wittgenstein is entitled to the exception.”

¹⁵⁹ Vide item 2.2 do Capítulo 02.

problemas teóricos e práticos do seu tempo.¹⁶⁰ É preciso abandonar a perspectiva “metafísica” da lógica, que ainda vige no Direito.

A não-contradição, por exemplo, não é elemento necessário para modelos lógicos. Apesar de ser intuitivo que não seja possível a convivência de X e não-X dentro do mesmo sistema, é possível construir modelos baseados nesta premissa, tanto que já existem as lógicas alternativas, como a *fuzzy* e a paraconsistente.¹⁶¹ Não se trata de dizer que a contradição seja desejável para o Direito, mas que alguns objetos de estudo do Direito podem ser melhor compreendidos a partir de modelos que admitam a contradição. Basta imaginar a dinâmica da jurisprudência quando se está diante da possibilidade de dois ou mais entendimentos razoáveis, ou mesmo quando se tem reviravoltas jurisprudenciais por mudanças fáticas. A *quase-verdade* é uma constante no Direito.

O instrumentalismo semântico é fundamental para compreender adequadamente o Direito enquanto realidade institucional, pois permite a elaboração de um modelo para compreender o processo de construção do sentido, dentro da dinâmica social. Desta maneira, passa a ser possível incorporar no estudo fatores sociais relevantes e operacionalizar dentro do Direito elementos antes relegados como demasiadamente subjetivos. Ao mesmo tempo, a concepção instrumentalista da semântica permite compreender a vagueza como um fenômeno sociolinguístico, em toda sua complexidade.

¹⁶⁰ DEEMTER, Kees van. **Not exactly**: in praise of vagueness. New York: Oxford University Press, 2010, p. 172: “Logic is now seen more as an adaptable tool: confronted with a task, you may design a logic – or find one readymade – to perform that task for you. It is important to realize that this new-found adaptability does not make logical argumentation ‘subjective’: there is nothing postmodern about logic. What it means for logic to be adaptable will become clearer once we have seen a few examples of the ways in which logic has been moulded to deal with vagueness.”

¹⁶¹ Cf.: COSTA, Newton C. A. da; FRENCH, Steven. **Science and partial truth**: a unitary approach to models and scientific reasoning. New York: Oxford University Press, 2003.

CAPÍTULO 02 – VAGUEZA NORMATIVA

O jurista encara o desafio da interpretação em praticamente todo instante de identificação, de aplicação e de criação do Direito. A interpretação, contudo, não é uma companheira fiel e previsível do seu intérprete, pois costuma conduzi-lo a conclusões múltiplas e contraditórias. O ato de interpretar está diretamente associado a conciliar compreensões e interesses conflitantes, ainda mais quando se está diante de disposições normativas. Por conseguinte, o estudo da semântica associada à plurissignificação e à contradição, aqui nomeada de *vagueza*, possui íntima relação com o próprio estudo do Direito e não deve dele ser apartado.

O que faz a vagueza? Essa pergunta pode ser parcialmente respondida investigando a natureza filosófica dela própria. Não se deve confundir o sentido da expressão “vagueza” utilizada aqui com o seu sentido coloquial. Na linguagem coloquial, ela poderia ser substituída por “imprecisão”, “obscuridade” ou “indefinição”. A vagueza – em seu sentido filosófico, por outro lado – não tem relação necessária com tais atributos, de forma que a expressão mais adequada para substituí-la como sinônimo seria “gradualidade” ou “intermediariedade”. Imaginemos uma manga que cai da árvore e começa a apodrecer, em certo instante aquela manga (evento 1) deixará de sê-la e se tornará um evento 2, por exemplo, lixo. Em que momento passamos do evento 1 (manga) para o evento 2 (lixo)? Este é um problema de vagueza, de gradualidade, mas não necessariamente de imprecisão ou obscuridade. Basta imaginar situações em que a atribuição de certo conceito a certo evento está em uma zona de penumbra. Na filosofia, é bastante comum o uso da expressão *casos limítrofes (borderline cases)*¹⁶² para se referir a tal circunstância. Os eventos se manifestam em tons, mais ou menos escuros (ou, como no exemplo, a manga mais ou menos podre), que servem de analogia para os conceitos atribuíveis a tais eventos no mundo, *mais ou menos aquilo ou isto*.

Subjacente a descrição de eventos sujeitos a gradações, como destaca Shiffer, é possível identificar um problema lógico, uma vez que duas leis da lógica (e da semântica) clássica precisam ser relativizadas para comportar a gradualidade.¹⁶³ Em primeiro lugar,

¹⁶² SORENSEN, Roy. **Vagueness**. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2018 Edition), Edward N. Zalta (ed.). Disponível em: < <https://plato.stanford.edu/entries/vagueness/> >. Acesso em: 18 jun. 2018.

¹⁶³ MALINOWSKI, Grzegorz. Many-valued logic and its philosophy. In: GABBAY, Dov M.; WOODS, John. (org.) **Handbook of the history of logic. Vol. 8.** The many valued and nonmonotonic turn in logic.

temos a lei do terceiro excluído (*law of excluded middle*, ou *principium tertii exclusi*), segundo a qual qualquer proposição que adote X ou não-X será (ou poderá ser) uma verdade lógica, não podendo haver figuras intermediárias entre os extremos. Em segundo lugar, a lei da bivalência, segundo a qual toda proposição (que diga respeito a circunstâncias verificáveis) deverá ser verdadeira ou falsa, não podendo haver quase-verdades. O problema da conceituação dos eventos na área de penumbra não é, todavia, resolvido pela dedução lógica de natureza X ou não-X, nem pela verificação da correspondência – num juízo de verdadeiro ou falso – entre proposição e evento fático.¹⁶⁴

Amsterdam: Elsevier, 2007, p. 70-72: “Everyday reasonings operate on imprecise concepts and are supported by approximate inferences. That makes the possibility of applying the apparatus of the classical logic to formalize them very limited. Among special tools extending the formalization power of the standard approach are fuzzy sets theory and fuzzy logics. Our aim now is to account for one of the most interesting but simultaneously most controversial conceptions inspired by logical many-valuedness. [...] In the initial applications of fuzzy sets theory much attention was focused on the analysis of reasoning using inexact predicates, standard propositional connectives and quantifiers. Remarkably susceptible of experiment there appeared to be paradoxes, whose “successful” analysis consolidated the motivational layer of the conception of fuzziness. This account yielded the first understanding of the term “fuzzy logic” as a certain class of many-valued logics with uncountably many values, with Łukasiewicz logic in the foreground. Goguen’s [1969] analysis of the classical paradox of a *bald man* may serve as an example. Intuitively, we would be ready to accept the two following propositions: (z1) *A man with 20.000 hairs on his head is not bald*; (z2) *A man who has one hair less than somebody who is not bald is not bald as well*. So, applying the Detachment Rule 20.000 times, we shall get the conclusion that a man with no hair is not bald either. Naturally, the paradox stems from (z2) and more specifically from inexactness of the predicate “bald” or, equivalently, “not-bald”. The paradox will vanish when logical value of the proposition “A man with *n* hair is not bald” is identified with the degree of membership of a man with *n* hair to a fuzzy set “not-bald”, since then (z2) would have logical value less than 1, say $1 - \varepsilon$, where $\varepsilon > 0$. If, for instance, in basic logic we use Łukasiewicz implication then as result of 20.000 derivations we will obtain a proposition of the logical value amounting to $1 - 20.000\varepsilon$, thus practically false. The development of fuzzy sets theory has surpassed all expectations. For its use there were adopted almost all important concepts of set theory, topology, algebra and probability calculus.”

¹⁶⁴ SHIFFER, Stephen. Philosophical and Jurisprudential Issues of Vagueness. In: KEIL, Geert; POSCHER, Ralf. (edited by) **Vagueness in the Law**. Philosophical and legal perspectives. New York: Oxford University Press, 2016, pp. 24-25: “At issue in every theory is whether or not the *law of excluded middle* (every instance of ‘*S* or not- *S*’ is a logical truth) and the *principle of bivalence* (every statement is true or false) are correct. For suppose Ralph is borderline bald, neither determinately bald nor determinately not bald. Then, no matter how much one knows about the hair situation on Ralph’s scalp and no matter how masterful ones use of ‘bald’, it’s impossible to know that Ralph is bald and impossible to know that he isn’t bald, and that makes it tempting to conclude that there is no fact of the matter as to whether or not he is bald, which in turn calls into question both excluded middle and bivalence. The law of excluded middle is a mainstay of classical logic and the principle of bivalence is a mainstay of classical semantics. Those who reject excluded middle typically propose some non-classical logic as the correct logic for vague language, and those who reject bivalence typically propose some nonclassical semantics, which may say that there are only two truth-values, truth and falsity, but that borderline statements have no truth-value, or they may propose that there are three or more truth-values, or that truth and falsity come in degrees measured by real numbers in the interval [0, 1]. There are also those who insist that excluded middle and bivalence hold for borderline statements, and these theorists devote most of their resources to trying to swat away the counterintuitive consequences of their position. Every position on vagueness must also contend with other questions that ineluctably arise in the attempt to say what vagueness is – for example, questions about higher-order vagueness (*borderline borderline cases*, or *borderline borderline borderline cases*, or...), or about the appropriate propositional attitude to have towards a proposition one takes to be borderline, or about similarities between the sorites paradox and semantic paradoxes such as the liar. Although the problem of vagueness has been with philosophers for about 2,400 years, the number of words they have

O estudo do Direito se depara corriqueiramente com problemas associados à vagueza, contudo sem oferecer soluções satisfatórias, em grande parte por adotar os pressupostos lógico-semânticos citados acima. Para desviar de problemas teóricos e práticos associados a fragilidade da lógica clássica, surgem soluções *ad hoc*, por exemplo, a máxiam de “proporcionalidade”¹⁶⁵ que é utilizada como recurso para resolver grande parte dos problemas relacionados à gradualidade no Direito. Todavia, a proporcionalidade não se trata propriamente de uma solução para o problema da vagueza – que sequer chega a ser satisfatoriamente compreendida –, mas sim de uma consequência do problema da vagueza, como será visto ao longo deste capítulo. Ávila define proporcionalidade como “postulado estruturador da aplicação de princípios que concretamente se imbricam em torno de uma relação de causalidade entre um meio e um fim, não possui aplicabilidade irrestrita”.¹⁶⁶ A vagueza está por detrás da proporcionalidade, mas ainda não foi identificada como o fenômeno linguístico responsável pelo *direito do mais ou menos*, em contraposição ao direito do tudo ou nada.

Na mesma linha, outras soluções *ad hoc* para outros problemas associados à vagueza. Parte diária das decisões judiciais, é possível encontrar os argumentos dos “fatores sociais e econômicos” ou da “mutação no sentido”, nos quais se percebem dificuldades semelhantes àquelas da proporcionalidade. Como o que (e por que) ocorre a mudança na semântico? Quais atributos da linguagem propiciam essa mudança? Qual a relação entre a semântica das palavras e os eventos no mundo? No caso da manga, suponha-se que exista um contrato de fornecimento de mangas para um supermercado nas proximidades. O supermercado se comprometeu a comprar todas as frutas produzidas. Contudo, o contrato exige que as mangas estejam “frescas”, do contrário o supermercado poderá recusar o produto, ficando o produtor sem a contraprestação. O que seria uma manga “fresca”? Seria necessário que fosse retirada diretamente da árvore, ou poderia ser

written on it in the past thirty or so years far exceeds the number they wrote on it in the 2,370 or so years before then. This is in part due to the realization that the sorites can't be dismissed as an amusing brain teaser or as a defect of vernacular language that poses no serious threat to the semantical or logical issues with which logicians and philosophers of language should be concerned, but also to the ever-increasing use of formal techniques in analytical philosophy. There are many theories of vagueness—indeed, it is difficult to suppose there is any position in logical space on vagueness where one or more philosophers are not to be found exercising all the ingenuity they can muster. None of these theories comes close to being recognized as the correct theory of vagueness. Here, simply by way of illustration, are three prominent examples of theories of vagueness.”

¹⁶⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Disponível em: < <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179> >. Acesso em: 01 set. 2018.

¹⁶⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. 14 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013, pp. 183-184.

retirada do chão? O tempo no chão seria relevante? Faria diferença a coloração da fruta? Eventualmente se apelaria aos tais “fatores sociais e econômicos”, porém se trata apenas de um argumento e não se responde por que o sentido pode mudar conforme esses fatores, não se responde o que provoca o sentido.

O modelo institucionalista do Direito, discutida no Capítulo 01, é fundamental para desvendar adequadamente a semântica inerente à vagueza, em especial quando se trata da vagueza normativa, própria do Direito. As abordagens tradicionais tendem a centrar suas atenções nos enunciados normativos em si, e não nos atos de fala em que se inserem tais enunciados, de forma que a vagueza acaba sendo enxergada como um defeito da fala, ao invés de um atributo da linguagem ordinária. O institucionalismo ao oferecer um retrato consistente da natureza e da configuração das realidades institucionais permite que a semântica seja entendida como um fenômeno social – no que chamamos de instrumentalismo semântico –, e não como um efeito imanente a certos eventos.

A primeira ideia de *vago* visualizada é a de palavras cuja inexatidão impede ou dificulta que seja adequadamente compreendida a mensagem do emissor pelo receptor: “A prova estava *difícil*.” O que seria o difícil? Em que situação uma prova passa a ser difícil? A atribuição de tal qualidade pode ser feita a partir de diversos critérios e fatores igualmente razoáveis, como estes: “considera-se difícil a prova em que o índice de aproveitamento dos alunos ficar abaixo de 50%” (critério objetivo, em função do índice de aproveitamento), ou “nossa, achei que o professor fez uma prova bem mais difícil dessa vez” (critério subjetivo, a partir de um comparativo com a prova anterior feito por um aluno), e assim por diante. O contexto de fala completa e condiciona o sentido do ato de fala. Apesar de possível definir critérios para balizar o uso da palavra, a gradualidade típica do juízo de dificuldade não fica excluída pela existência de tais critérios, pois decorre do próprio *modus operandi* da linguagem ordinária.

O uso da palavra “difícil” tem subjacente um problema que não é *dessa palavra* (como se fosse um atributo próprio da palavra) ou *das palavras* (como se decorresse de um determinado modo de comunicação). Em verdade, trata-se de um atributo inerente à própria comunicação: a vagueza. Esse atributo pode ou não desencadear problemas práticos, assim como pode ou não ser uma virtude a depender do contexto. A semântica costuma ser compreendida dentro de uma rede de conceitos e definições associadas a regras de gramática, como em um dicionário. Contudo, a semântica ocorre antes e independentemente do dicionário, pois se trata de um fenômeno social (conforme explica

quando tratado do instrumentalismo semântico¹⁶⁷) de atribuição de sentido e de sua difusão.

O paradoxo *sorites* (ou paradoxo dos grãos) é o maior ícone filosófico do problema da vagueza.¹⁶⁸ É possível resumi-lo no desafio de tentar saber com quantos grãos de areia faz-se um monte. *Quantos* grãos seriam necessários? Quando termina conceitualmente o que é um “conjunto de grãos” e começa um “monte”? O dilema está presente também em outras situações, algumas bastante comuns, tais como: o que se entende como uma fundamentação judicial *clara e objetiva*? Onde está o ponto divisor entre o claro e o não-claro? E entre o argumento objetivo e aquele que poderia ser considerado como arbitrário e casuístico? Estes são problemas que podem ser melhor compreensíveis e administráveis (ainda que em grau limitado, é verdade) a partir do estudo da linguagem ordinária e dos atos de fala relacionados à atribuição de sentido aos eventos no mundo.

O oferecimento de critérios para delinear a compreensão das palavras tem a importância de facilitar a comunicação em diversas situações, contudo tal proposta tem limitações. Seria possível, por exemplo, convencionar o critério técnico de que um monte é o agrupamento de n grãos de areia, devendo cada grão ter entre A e B mm^3 de volume. Ou que uma decisão judicial se considera fundamentada quando respeita os requisitos do art. 489, § 1º, do Código de Processo Civil (CPC). Estes são referências formais que fornecem critérios relativamente objetivos para afastar, ainda que parcialmente, o problema da vagueza. Porém, apesar de relevantes, os parâmetros formais não são capazes de conter o funcionamento e a dinâmica da linguagem ordinária, que estão presentes mesmo em ambientes pautados por certo rigor técnico-terminológico. Como se trata de uma realidade institucional, o sentido socialmente aceito das palavras está diretamente ligado ao respeito coletivo, primeiro, à correlação entre as palavras e os eventos aos quais fazem referência e, segundo, à função atribuída àquela definição no contexto concreto.

Algumas questões podem ser trazidas para ilustrar como a vagueza está presente mesmo quando houver balizas formais. Primeiro, a questão do desafio de definição: apesar de a definição técnica de duna estar restrita ao intervalo entre A e B mm^3 , estaria o uso da palavra preso a esta definição? Segundo, a questão do consenso: caso o restante

¹⁶⁷ Vide item 1.4 do Capítulo 01.

¹⁶⁸ DEEMTER, Kees van. **Not exactly**: in praise of vagueness. New York: Oxford University Press, 2010, p. 134.

da comunidade utilize “monte” para agrupamentos fora do limite de n grãos ou fora do intervalo entre A e B mm^3 , essas outras pessoas estariam utilizando *errado* a palavra? Terceiro, a questão da função: uma criança brincando na areia da praia estaria proibida de chamar o agrupamento com menos de n grãos, feito para as aventuras de seu carrinho, de “monte”? Quarto, a questão da redefinição: qual a natureza de uma eventual modificação do critério técnico para “monte”, estariam todas as conclusões anteriormente atingidas comprometidas ou incorretas? A resposta, em todas as interrogações, parece ser não, pois a formalização não é suficiente para conter os processos sociais que atribuem sentido aos eventos no mundo, bem como a comunicação não depende da formalização do sentido para se tornar possível.¹⁶⁹

O melhor exemplo do impacto da dinâmica da linguagem natural nos parâmetros formais que buscam limitar a vagueza é exatamente o dicionário, que materializa uma referência formal de definições e de exemplos para palavras. O dicionário é de inegável utilidade, mas seria uma obra imutável e acabada? Seria ele suficiente para congelar a língua e seus sentidos? A resposta evidente é que não. O dicionário é o resultado – inacabado e provisório – de um processo complexo de identificação e compilação das palavras e de suas definições, conforme o convívio social vai criando cada uma delas. A dinâmica social que possibilita a comunicação não está sujeita aos limites rígidos geralmente impostos por referências formais.

A vagueza é um fenômeno fundamentalmente semântico e, como tal, possui natureza de realidade institucional. A seguir será apresentada uma teoria da semântica compatível com a ideia de vagueza aqui utilizada, em que se agregam elementos do institucionalismo e do problema de referência. Também se buscará demonstrar a contribuição direta do modelo institucionalista (explicado no capítulo anterior) para a operacionalização da vagueza, de maneira que seja possível construir uma adequada compreensão do funcionamento da vagueza a partir da linguagem natural. Com o institucionalismo, é possível descrever a vagueza enquanto fenômeno sociolinguístico, de maneira a operacionalizá-lo por instrumentos mais efetivos do que aqueles adotados

¹⁶⁹ POSCHER, Ralf. An Intentionalist Account of Vagueness: A Legal Perspective. *In*: KEIL, Geert; POSCHER, Ralf. (edited by) **Vagueness in the Law**. Philosophical and legal perspectives. New York: Oxford University Press, 2016, p. 67: “Vagueness is further a phenomenon of both: the pragmatic meaning of utterance tokens and the semantic meaning of utterances types, or of speakers’ and sentence meaning in the terms of Grice. But whereas the discussion on vagueness very often focuses on the semantic meaning of terms like ‘bald’, ‘tall’, or ‘heap’, an intentionalist account of meaning has to start with speakers’ meaning or the meaning of utterance tokens.”

tradicionalmente. As categorias da intencionalidade coletiva, da atribuição de função e da regra constitutiva serão aqui apresentadas com alguns ajustes teóricos, de modo que se adéquem melhor ao gradualismo e ao dinamismo típico da vagueza.¹⁷⁰

2.1 DIREITO E VAGUEZA: UMA RELAÇÃO TUMULTUADA

A vagueza exige do estudioso do Direito o domínio de competências teóricas ainda pouco usualmente exploradas e que podem bater de frente com o senso comum jurídico. O jurista da tradição continental, em especial, possui forte tradição em trabalhar a partir do método dedutivo, que se estrutura em derivar conclusões específicas a partir de premissas genéricas (em especial, comandos gerais de leis). Costuma-se chamar este método de lógica silogística, como denomina Gensler.¹⁷¹ Dentro do silogismo, o argumento será considerado válido ou não de acordo com a correlação entre os elos da cadeia lógica (isto é, suas premissas e conclusões), formando uma “corrente” entre diferentes proposições.

Esse modo silogístico de pensamento, todavia, encontra uma grande dificuldade quando trata de conceitos que não se adequam ao modelo de lógica formal, dos quais o silogismo depende. Isso fica claro com o paradoxo *sorites*, analisado em momento próprio, no item 2.2.2. Para compreender o dilema da vagueza, convém destacar que, dentre seus fundamentos analíticos, está a noção de que a semântica decorre de jogos de linguagem e de que o Direito é fruto de práticas sociolinguísticas, como explicado na parte referente ao instrumentalismo semântico.¹⁷² A semântica é entendida pelo jurista,

¹⁷⁰ POSCHER, Ralf. An Intentionalist Account of Vagueness: A Legal Perspective. In: KEIL, Geert; POSCHER, Ralf. (edited by) **Vagueness in the Law**. Philosophical and legal perspectives. New York: Oxford University Press, 2016, p. 67: “Vagueness is a phenomenon of non-natural meaning. Natural indicators or signs, as Grice called them, might be inconclusive, but they are not vague. If there is a smoke plume over the forest, it might come from an incipient forest fire or the chimney of the nearby lodge. The ‘natural meaning’ of the smoke is inconclusive, but not vague. It was one of Grice’s fundamental insights that non-natural meaning is tied to intentions (Grice 1989, pp. 92 and 217-23). Whereas natural signs take their ‘meaning’ from causal relations between an object and its environment, non-natural signs acquire their meaning through the communicative intentions that a speaker or author connects with an utterance. Non-natural meaning is an intentional phenomenon. Meaning is tied to intentions. There is no meaning without at least the presupposition of intentions. The famous lines drawn in the sand by the waves that resemble letters do not have any meaning. We can assign meaning to them only by presupposing some kind of hypothetical speaker. If the waves form the signs ‘I love you’, we might presuppose an ordinary kind of context like a couple on a romantic walk and one of them stating her or his affection. If vagueness is an aspect of the meaning of non-natural signs and non-natural signs acquire their meaning only through the intentions utterers attach to them, then vagueness must ultimately reside in the intentions of utterers.”

¹⁷¹ GENSLER, Harry J. **Introduction to logic**. 2 ed. New York: Routledge, 2010, pp. 07-10.

¹⁷² Vide item 1.4 do Capítulo 01.

de modo geral, como um simples trabalho de desvendar o sentido das palavras, no qual a linguagem seria um espelho representativo das enunciações. A melhor interpretação seria aquela que melhor revela o “espírito da lei”, e o ato de interpretar teria uma natureza declaratória.¹⁷³ Ou seja, as formas de sua externalização e a articulação dedutivista seriam suficientes para a identificação do conteúdo e da natureza do Direito. Trata-se de uma concepção formalista da semântica.

Apesar da importância dos aspectos formais associados ao Direito, há limitações nesse paradigma que impedem a adequada compreensão de alguns fenômenos fundamentais para os processos sociais que materializam o Direito. Para superar o formalismo na semântica, a contribuição do modelo institucional do Direito é fundamental. Como desenvolvido no Capítulo 01, a ideia desenvolvida no presente trabalho se baseia no conceito de instrumentalismo semântico. A partir dele, pretende-se propor uma metodologia centralizada nos processos institucionais de formação do Direito e de produção da semântica. A repercussão sobre o fenômeno da vagueza está exatamente no modo como ele passa a ser compreendido.

Cabe aqui um breve exceto sobre a opção pelo termo “referência formal”, em detrimento do termo “fonte formal”. Esta segunda expressão remete a uma concepção de Direito em que as suas formas de manifestação seriam mais relevantes do que seus processos sociolinguísticos de identificação e criação, como se o fenômeno jurídico surgisse, por exemplo, de textos normativos ou do costume. Em verdade, os textos normativos e os costumes são produto de interações sociolinguísticas – os quais, eles próprios, são baseados em processos prévios de significação, bem como são influenciadores de interações posteriores –, de forma que é mais adequado utilizar o termo “referência formal”. A expressão *referência* se compatibiliza com a ideia de que textos normativos e costumes devem ser inseridos dentro de contextos institucionais e de que as formas são apenas componentes dos processos sociais de criação de sentido.¹⁷⁴

A linguagem não pode ser entendida simplesmente como um fenômeno locutório, baseada na expressão de enunciados, orais ou escritos, com um sentido extraído do dicionário, ou de outra referência formal de significação. A semântica não é uma derivação pura e simples de referências formais – embora elas também sejam relevantes

¹⁷³ BEEVER, Allan. **The declaratory theory of law**. Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 33, No. 3 (2013), pp. 421–444.

¹⁷⁴ Vide itens 1.3 do Capítulo 01 e 3.1.1 do Capítulo 03.

–, mas sim o resultado da conjugação ações semanticamente significativas e contextos comunicativos. O sentido também se produz dentro de jogos de palavras, nas palavras de Wittgenstein¹⁷⁵, ou de atos ilocutórios, nas de Austin e Searle.¹⁷⁶ O ato locutório é o ato comunicativo em si, como, por exemplo, o “eu aceito” no casamento. Já o ato ilocutório é o ato de fala decorrente do ato locutório, no exemplo acima, o ato de “aceitar o casamento” (ou seja, de sagrar o fato social do casamento).

Convém apresentar uma apertada síntese da relação teórica entre a vagueza e o estudo do Direito, antes de expor alguns fundamentos teóricos necessários para o aprofundamento das páginas posteriores. Em uma primeira fase, a vagueza chegou a ser patologizada por paradigmas filosóficos que buscavam limpar o pensamento científico de inexactidões e obscuridades.¹⁷⁷ A tentativa de compreender o mundo com clareza fez com que se fosse esquecida a necessidade de compreender adequadamente a própria linguagem humana. O estudo do Direito, nesta fase, deixou de lado o aspecto mais humano e concreto, em favor do reducionismo metodológico exacerbado e/ou do formalismo acrítico, a depender da corrente.¹⁷⁸ Muito mais do que uma característica da

¹⁷⁵ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Philosophical investigations**. Translated by G. E. M. Ascombe. Oxford: Basil Blackwell, 1986, p. 05.

¹⁷⁶ GREEN, Mitchell. **Speech Acts**. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2017 Edition), Edward N. Zalta (ed.). Disponível em: < <https://plato.stanford.edu/archives/win2017/entries/speech-acts/> >. Acesso em: 22 fev. 2018: “More nomenclature: ‘Speech act’ and ‘illocution’ will here be used synonymously. The latter term is due to Austin, who used ‘illocutionary force’ to refer to a dimension of communicative acts. (It is nowadays common also to use ‘illocute’ as a verb meaning ‘to perform a speech act.’) Austin’s reason for using ‘force’ begins with the observation that, construed as a bit of observable behavior, the communicative significance of an act may be underdetermined by what has been said or observably done. I bow deeply before you. So far you may not know whether I am paying obeisance, responding to indigestion, or looking for a wayward contact lens. So too, an utterance of a meaningful sentence (which Austin calls a *locutionary act*) such as ‘You’ll be more punctual in the future,’ may leave you wondering whether I am making a prediction or issuing a command or even a threat. The colloquial question, “What is the force of those words?” is often used to elicit an answer. In asking such a question we acknowledge a grasp of those words’ meaning but seek to know how that meaning is to be taken—as a threat, as a prediction, or as a command.”

¹⁷⁷ Cf.: BEANEY, Michael. What is Analytic Philosophy? In: BEANEY, Michael (edited by). **The Oxford Handbook of the History of Analytic Philosophy**. London: Oxford University Press, 2013.

¹⁷⁸ Vale destacar que há correntes positivistas que não adotam o formalismo simplista, *vide*: HART, Herbert L. A. **The Concept of Law**. 2 ed. With a Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. New York: Oxford University Press, 1994, pp. 153-154: “One form of ‘formalist’ error may perhaps just be that of thinking that every step taken by a court is covered by some general rule conferring in advance the authority to take it, so that its creative powers are always a form of delegated legislative power. The truth may be that, when courts settle previously unenvisioned questions concerning the most fundamental constitutional rules, they get their authority to decide them accepted after the questions have arisen and the decision has been given. Here all that succeeds is success. It is conceivable

that the constitutional question at issue may divide society too fundamentally to permit of its disposition by a judicial decision. The issues in South Africa concerning the entrenched clauses of the South Africa Act, 1909, at one time threatened to be too divisive for legal settlement. But where less vital social issues are concerned, a very surprising piece of judicial law-making concerning the very sources of law may be calmly ‘swallowed’. Where this is so, it will often in retrospect be said, and may genuinely appear, that there always

linguagem, a vagueza pode também ser vista como um efeito das relações sociais humanas e, assim como estas, carrega consigo as contradições que caracterizam o convívio em sociedade e o seu pluralismo.

Depois da patologização, chegamos à indiferença em relação à vagueza que ainda pode ser identificada em muitos campos da comunidade jurídica. O senso comum jurídico equipara usualmente a vagueza à falha na elaboração de textos claros. Mesmo a interpretação ainda é muito vista como um sintoma da doença da imprecisão terminológica, a ponto de se evitar interpretar na clareza (*in claris cessat interpretatio*).¹⁷⁹ A experiência jurídica mais icônica deste período é o exegetismo francês do sec. XVIII¹⁸⁰; também é possível perceber tentativas semelhantes, embora menos ingênuas, no pandectismo alemão¹⁸¹ e na jurisprudência analítica anglo-saxã.¹⁸² A vagueza seria a antítese da segurança jurídica, compreendida como a certeza decorrente das referências formais. Apenas após muitas gerações de pensadores, a indiferença deu lugar ao interesse pela linguagem ordinária, o que fez ressurgir, conseqüente, o interesse – ainda que de forma sutil – pela vagueza.

Mas o convívio da vagueza com o estudo do Direito não pode se restringir à patologização ou à indiferença. Superando este momento inicial, a comunidade jurídica atual se encontra hoje no que poderia chamar de em uma segunda fase. Atualmente embora já seja reconhecida a vagueza enquanto um fato, ainda existe muita claudicância

was an 'inherent' power in the courts to do what they have done. Yet this may be a pious fiction, if the only evidence for it is the success of what has been done. The manipulation by English courts of the rules concerning the binding force of precedent is perhaps most honestly described in this last way as a successful bid to take powers and use them. Here power acquires authority ex post facto from success. Thus before the decision of the Court of Criminal Appeal in *Rex v. Taylor*¹ the question whether that court had authority to rule that it was not bound by its own precedents on matters concerning the liberty of the subject might have appeared entirely open. But the ruling was made and is now followed as law. The statement that the court always had an inherent power 'to rule in this way would surely only be a way of making the situation look more tidy than it really is. Here, at the fringe of these very fundamental things, we should welcome the rule-sceptic, as long as he does not forget that it is at the fringe that he is welcome; and does not blind us to the fact that what makes possible these striking developments by courts of the most fundamental rules is, in great measure, the prestige gathered by courts from their unquestionably rule-governed operations over the vast, central areas of the law."

¹⁷⁹ SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro, RJ: Livraria Editora Freitas Barros, 1940, pp. 51-55.

¹⁸⁰ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 1995, pp. 63 e ss.

¹⁸¹ Cf.: HAFERKAMP, Hans-Peter. "Needs" – Pandectists Between Norm and Reality. In: YASUTOMO, Morigiwa; STOLLEIS, Michael; HALPÉRIN, Jean-Louis (edited by). **Interpretation of Law in the Age of Enlightenment: from the Rule of the King to the Rule of Law**. London and New York: Springer, 2011, pp. 107 e ss.

¹⁸² Cf.: SILTALA, Raimo. **A Theory of Precedent: From Analytical Positivism to a Post-Analytical Philosophy of Law**. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2000, pp. 03 e ss.; BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 1995, pp. 91 e ss.

e má confusões a seu respeito, especialmente pelas concepções incorretas de semântica que são utilizadas. Uma marca desta fase é a diferenciação de certas categorias de eventos para facilitar a operacionalização da vagueza, de maneira que certos fenômenos jurídicos são submetidos ao gradualismo e outros ainda são analisados como um “tudo-ou-nada”. Por exemplo, tanto o senso comum do Direito, quanto notórios autores como Engisch¹⁸³ e Bandeira de Mello¹⁸⁴ adotaram a distinção entre conceitos jurídicos determinados (em que se tende a não reconhecer vagueza) e conceitos jurídicos indeterminados (em que se reconhece a vagueza).

Engisch é uma referência na conceituação de expressões vagas. Vale dizer que o aturo já reconhecia que os conceitos jurídicos como um todo são ao menos parcialmente indeterminados, contudo não sistematizou sua teoria entorno da gradualidade da linguagem ordinária. Heck – citado por Engisch – diferencia o centro do conceito (*Begriffskern*) e a margem do conceito (*Begriffshof*). Enquanto se está em consenso sobre o conteúdo e os limites da expressão normativa, encontramos-nos no centro do conceito. Por outro lado, quando encaramos um ponto de dúvida, está-se na margem do conceito. Por fim, o professor alemão destaca que o conceito jurídico indeterminado pode residir tanto na hipótese de incidência normativa (*Tatbestand*) quanto no consequente jurídico (*Rechtsfolge*).¹⁸⁵

Apesar de tal diferenciação reconhecer parcialmente a vagueza, uma saída para o problema da vagueza é bastante inadequada, já que se baseia em uma diferenciação artificial. É incorreto pensar que seria justificável uma separação rígida entre expressões vagas e não-vagas, a pretexto de ser necessário conferir-lhes um tratamento operacional diferenciado. Por outro lado, a gradualidade não busca trabalhar por meio da identificação ou da classificação de expressões como vagas ou não, mas por meio da compreensão e da operacionalização o fenômeno linguístico da imprecisão em si, enquanto consequência de referências dissonantes. Eventuais diferenças operacionais não decorrem da qualidade das palavras, mas de aspectos outros, em especial contextuais e pragmáticos, como será

¹⁸³ ENGISH, Karl. **Einführung in das juristische Denken**. 10 ed. Stuttgart: W. Kohlhammer GmbH, 2010, pp. 193-194.

¹⁸⁴ Cf.: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle judicial**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

¹⁸⁵ ENGISCH, Karl. **Einführung in das juristische Denken**. 10 ed. Stuttgart: W. Kohlhammer GmbH, 2010, pp. 193-194.

visto.¹⁸⁶ Na mesma linha, Williamson entende ser inútil desenvolver modelos teóricos que tentem separar de modo peremptório os conceitos vagos dos conceitos não-vagos, pois expressões aparentemente vagas podem ter seu conteúdo semântico alterado conforme o tempo e o lugar ou mesmo receber interpretações contraditórias de acordo com o sujeito.¹⁸⁷

A melhor alternativa para operacionalizar a vagueza no Direito não passa pela indiferença, nem pela patologização, nem pela estamentalização, mas sim pela compreensão dos processos institucionais que permitem a formação do sentido. Desta

¹⁸⁶ HART, Herbert L. A. **The Concept of Law**. 2 ed. With a Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. New York: Oxford University Press, 1994, p. 126-127: “General terms would be useless to us as a medium of communication unless there were such familiar, generally unchallenged cases. But the variants on the familiar also call for classification under the general terms which at any given moment constitute part of our linguistic resources. Here something in the nature of a crisis in communication is precipitated: there are reasons both for and against our use of a general term, and no firm convention or general agreement dictates its use, or, on the other hand, its rejection by the person concerned to classify. If in such cases doubts are to be resolved, something in the nature of a choice between open alternatives must be made by whoever is to resolve them. At this point, the authoritative general language in which a rule is expressed may guide only in an uncertain way much as an authoritative example does. The sense that the language of the rule will enable us simply to pick out easily recognizable instances, at this point gives way; subsumption and the drawing of a syllogistic conclusion no longer characterize the nerve of the reasoning involved in determining what is the right thing to do. Instead, the language of the rule seems now only to mark out an authoritative example, namely that constituted by the plain case. This may be used in much the same way as a precedent, though the language of the rule will limit the features demanding attention both more permanently and more closely than precedent does. Faced with the question whether the rule prohibiting the use of vehicles in the park is applicable to some combination of circumstances in which it appears indeterminate, all that the person called upon to answer can do is to consider (as does one who makes use of a precedent) whether the present case resembles the plain case 'sufficiently' in 'relevant' respects. The discretion thus left to him by language may be very wide; so that if he applies the rule, the conclusion, even though it may not be arbitrary or irrational, is in effect a choice. He chooses to add to a line of cases a new case because of resemblances which can reasonably be defended as both legally relevant and sufficiently close. In the case of legal rules, the criteria of relevance and closeness of resemblance depend on many complex factors running through the legal system and on the aims or purpose which may be attributed to the rule. To characterize these would be to characterize whatever is specific or peculiar in legal reasoning.”

¹⁸⁷ WILLIAMSON, Timothy. **Vagueness**. London and New York: Routledge, 1994, pp. 206-207: “Although meaning may supervene on use, there is no algorithm for calculating the former from the latter. Truth-conditions cannot be reduced to the statistics of assent and dissent. In particular, the line between truth and falsity is not to be equated with the line between unanimous and less than unanimous assent, or with the line between majority assent and its absence. The study of vagueness has regrettably served as the last refuge for the consensus theory of truth, a theory no more tenable for vague utterances than it is for precise ones. We can certainly be wrong about whether someone is thin, for we can be wrong both about the person's shape and size and about normal shapes and sizes in the relevant comparison class. These errors may be systematic; some people may characteristically look thinner or less thin than they really are, and there may be characteristic misconceptions about the prevalence of various shapes and sizes. Appeal might be made to dispositions to assent and dissent in epistemically ideal situations or given perfect information, but that is merely to swamp normal speakers of English with more measurements and statistics than they can handle. Perhaps the dispositions to assent and dissent of an epistemically ideal speaker of English would be an infallible guide to thinness, but then such a speaker might know the truth-value of 'TW is thin'. The ordinary basis for attributions of 'thin' is perceptual; such a basis is inherently fallible. Every known recipe for extracting meaning from use breaks down even in cases to which vagueness is irrelevant. The inability of the epistemic view of vagueness to provide a successful recipe is an inability it shares with all its rivals. Nor is there any reason to suppose that such a recipe must exist.”

forma, a primeira etapa para a compreensão da vagueza é apresentar de que forma deve ser entendida a semântica.

2.2 TEORIA DA SEMÂNTICA DA VAGUEZA: GRADUALIDADE E DINAMICIDADE

Algumas questões fundamentais devem ser levantadas quando se fala em uma teoria jurídica da vagueza. As teorias do Direito que fundamentam o estudo jurídico hoje contemplam a ideia de vagueza, ou mesmo de semântica? Quais seriam as suas repercussões? E como deve ser esta teoria jurídica da vagueza? Todas estas questões receberam aqui respostas parciais, mas suficientes, para desvendar a problemática da operacionalização da vagueza. Diante da forma complexa como é o fenômeno da vagueza, seria possível elaborar um trabalho bastante vasto de revisão em diversos campos do estudo jurídico, contudo o objetivo aqui será apenas de apresentar as diretrizes fundamentais para a operacionalização da vagueza no Direito.

Solan afirma que a vagueza “reside na interface entre linguagem e conceitualização”, pois o ser humano não é capaz de traduzir em informação precisa e comunicar de forma perfeita os dados que obtém do mundo.¹⁸⁸ Diga-se que sequer parece possível tal perfeição, já que a linguagem por excelência não totalmente é capaz de se sub-rogar ou de substituir no lugar da realidade enquanto símbolo. Além das impossibilidades concretas da comunicação, a vagueza demonstra que a linguagem em si impõe limites à comunicação. Endicott aponta para algumas fontes da vagueza: (i) imprecisão, (ii) textura aberta (penumbra), (iii) incompletude, (iv) incomensurabilidade (impossibilidade de mensurar semelhantes), (v) imensurabilidade, (vi) contestatividade

¹⁸⁸ SOLAN, Lawrence M. Why it is so difficult to resolve vagueness in legal interpretation. *In*: KEIL, Geert; POSCHER, Ralf. (edited by) **Vagueness in the Law**. Philosophical and legal perspectives. New York: Oxford University Press, 2016, p. 232: “Vagueness lies at the interface between language and conceptualization. In recent years, linguists have proposed an architecture to the language faculty that includes a computational system from which both syntax and aspects of meaning that derive from the formal properties of language arise; and a series of interfaces between the computational system on the one hand, and other linguistic and nonlinguistic cognitive faculties on the other (see Jackendoff 2003, Chomsky 2005, and Wechsler 2015). To take a classic example, our computational system can generate infinitely long and complex sentences, but human memory, with which the language faculty must interact, is not sufficient to process and remember them once they reach a certain length and complexity (‘The man from Argentina whose brother moved from Germany to Paraguay about seven years ago after their cousins from Chile decided that it might be better to stay in Europe even though the people there are not getting along well in part because the EU...’). Memory limitation is the most prominent example of the difference between linguistic competence and linguistic performance, as spelled out in Chomsky’s early work (see Chomsky 1965).”

(sobre a aplicabilidade do conceito), (vii) semelhança familiar, (viii) padrão leigo (*dummy standard*; uso de expressões vagas), (ix) vagueza pragmática, e (x) ambiguidade.¹⁸⁹

Não parece correto, contudo, dizer que a vagueza possa ser derivada da ambiguidade, já que são eventos comunicativos originados de modo muito diferentes e possuem soluções igualmente distintas. Apesar de ambos serem fenômenos linguísticos associados a imprecisões na comunicação, há diferenças fundamentais. A ambiguidade consiste na existência de mais de uma significação possível para a expressão linguística, não se confundido com a gradualidade que caracteriza a vagueza. O problema da ambiguidade pode ser resolvido pela simples externalização da significação desejada. Já a vagueza não pode ser resolvida por uma externalização do agente, já que é uma característica da própria comunicação.¹⁹⁰

¹⁸⁹ ENDICOTT, Timothy A. O. **Vagueness in Law**. New York: Oxford University Press, 2000, pp. 31 e ss.

¹⁹⁰ DEEMTER, Kees van. **Not exactly**: in praise of vagueness. New York: Oxford University Press, 2010, pp. 111-112: “At one level, vagueness and ambiguity are manifestations of the same phenomenon. They are the kinds of thing ordinary languages are full of, unlike programming languages and the formal languages of mathematicians, for example. Just as the vague adjective ‘tall’ has different thresholds depending on what it applies to (people, buildings, etc.), the adjective ‘American’ denotes different kinds of ‘American’ depending on what it applies to (people, aircraft, and so on). In both cases, the phenomenon can be explained from a principle of efficiency: a child needs to learn a word such as ‘American’ (or a word such as ‘tall’) only once, after which she will be able to apply it to a variety of different situations. This is obviously a huge advantage. But the price we pay for this efficiency is a risk of misunderstanding. Tendum was often unable to settle for a unique interpretation of an ambiguous word such as ‘American’, for example. For, as we have seen, to know that the word applies to a flight helps to narrow down the set of possible interpretations of the word, yet several interpretations remain. The same is true for vague words. Suppose we are at a basketball match between two teams in a lower division, none of whose players are particularly tall. Suppose we refer to a player as short. First, what is the context that should help us to understand what is meant by ‘short’? Does it consist of just the players on this particular team? Basketball players in general? People in general? This type of quandary is far from rare: wherever context affects interpretation, occasional misunderstandings are unavoidable, because it will often be unclear what the most relevant context is. Secondly, even if we have settled on a particular context, this does not pin down interpretation standards completely, because we need to decide whether ‘short’ means shorter than average, shorter than most, or something else again. Ambiguity and vagueness are similar in these important respects. But there are differences as well. One difference between vagueness and ambiguity is that, whereas there is always something highly systematic and predictable about vagueness, ambiguity can sometimes be arbitrary: whereas the first four readings of ‘American’ are exactly analogous for the word ‘Danish’, or ‘Moroccan’, for example, this is not the case for the fifth interpretation, which involved the company American Airlines. Or consider an ambiguous English word such as ‘pitcher’: why the same word can denote a container for liquids as well as a baseball player is anybody’s guess. The two interpretations seem completely unrelated. Language is partly systematic, but partly messy as well, resulting from accumulated accidents of history. Another difference is that ambiguity arises, far more often than vagueness, from grammar. Vagueness resides mostly in words. Ambiguity, by contrast, can arise from interactions between grammatical constructions each of which is entirely harmless by itself. The joining of two nouns into a new, conjoined noun (‘women and children’) normally does not produce ambiguity, nor does the joining of an adjective to a noun (‘poor men’). But when both phenomena occur together, ambiguity can spring from nowhere, for example in the words ‘poor women and children’, where it is not clear whether the children or only the women are said to be poor. Syntactic ambiguities of this kind lurk everywhere, threatening to render an otherwise transparent text unclear. They are as good an example of the emergent phenomena beloved of chaos theorists as you are likely to see. But the greatest difference

Os modelos adotados para o estudo do Direito não atendem adequadamente a muitos dos problemas inerentes ao uso da linguagem. Como resultado, vem sendo adotadas concepções que se orientam por pressupostos errados, os quais são resumidos no chamado formalismo semântico. No estudo jurídico, esse modo de compreender a linguagem parece ser uma herança de escolas positivistas. As três características mais marcantes são estas: (i) linguagem como mero instrumento de representação simbólica; (ii) busca pela mesma precisão terminológica que se empregava em outras áreas, como a física e a química; e (iii) centralidade do método silogístico.¹⁹¹

A contribuição dessa filosofia da linguagem pode ser percebida nas entrelinhas da obra de Jhering, quando compara a busca pelos conceitos básicos do Direito ao processo de depuração de misturas químicas, a partir da qual seriam obtidas as substâncias básicas da matéria.¹⁹² De forma semelhante, Kelsen desenvolveu um modelo de estudo do Direito muito centrado em uma perspectiva formalista que prima pela estrutura conceitual do Direito, em detrimento de aspectos sociológicos e filosóficos.¹⁹³

between ambiguity and vagueness is a difference of quantity. The tendum system, for example, was able to get away with only a few readings for words such as ‘American’. Given the relative simplicity of tendum’s air traffic domain, any given speaker could, realistically, have only one of a few readings in mind. Compare this with the infinite number of possible ways in which words such as ‘fast’, ‘tall’, or ‘small’ could be intended and the difference is immediately clear. Also, each of the readings of ‘American’ is nicely, crisply, different from the other, whereas the different readings of ‘tall’ flow over into each other imperceptibly with the gradualness known from the sorites paradox. Indeed, ambiguity does not give rise to paradoxes like sorites. It is for these reasons that this book focuses on vagueness, leaving ambiguity more or less aside.”

¹⁹¹ OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 2006, p. 63: “Segundo Frege, a associação normal entre sinal, sentido e denotação se faz de modo que ao sinal corresponde um *sentido* determinado e a este também uma denotação determinada, enquanto a uma denotação (a um objeto) não pertence um único sinal. O mesmo sentido possui, nas diferentes línguas, até uma única língua, diferentes expressões. Numa linguagem logicamente exata, a cada sinal corresponde um sentido determinado, o que nem sempre ocorre na linguagem comum.”

¹⁹² RABBAN, David M. **Law's History: American Legal Thought and the Transatlantic Turn to History**. New York: Cambridge University Press, 2012, p. 108.

¹⁹³ BASTOS, Rodrigo Reis Ribeiro. **Fundamentos para informatização do direito**. A possível influência dos teoremas da incompletude de Kurt Gödel na construção da norma hipotética fundamental de Hans Kelsen. Disponível em: <

<https://sapiencia.pucsp.br/bitstream/handle/7017/1/Rodrigo%20Reis%20Ribeiro%20Bastos.pdf> >. Acesso em 13 fev. 2018: “Kelsen criou uma teoria do direito que se apresenta como uma terceira opção entre o jusnaturalismo (retribuição) e o positivismo (causalidade). Seguindo seu ponto de vista, o direito não pode se confundir com a moral nem tão pouco com os fatos. Não é uma questão de força nem está vinculando a outra ordem que lhe seja superior. O direito, para ele, estaria situado no campo do dever e não do ser. Como dever o direito não se confunde com os fatos e na medida em que dever ser compreendido de forma pura não pode tirar sua legitimidade ou validade de outro sistema além dele mesmo. Com isso Kelsen cria o que hoje é conhecido como positivismo normativo. Esta posição o coloca em princípio, em conflito com o Círculo de Viena que via na posição de Kelsen sérios traços metafísicos. Por seu turno Kelsen também tinha críticas a postura exageradamente empirista do Círculo. Mesmo assim durante vários anos manteve contato estreito com os principais expoentes do positivismo lógico. Nas palavras do próprio Kelsen em carta enviada a Henk L. Mulder em 5 maio (sic) de 1963: ‘In response to your letter of March 31, I would like to Inform you that I did not belong to theso-called ‘Vienna Circle’ In the stricter sense of the word. I

Falar sobre vagueza, no sentido filosófico que é desenvolvido neste capítulo, pressupõe uma breve incursão no que se convencionou chamar de reviravolta linguística.¹⁹⁴ A primeira metade do séc. XX foi um momento de ruptura em diversos campos do conhecimento e da sociedade, e não foi a filosofia da linguagem uma exceção. A reviravolta linguística foi um processo não-linear e bastante fragmentado de autores relativamente autônomos que desenvolveram, a partir de críticas às concepções mais tradicionais de linguagem, novas abordagens filosóficas sobre a linguagem. Contudo, é possível identificar alguns fios condutores marcantes neste processo, em especial a revisão da ideia de semântica enquanto representação da realidade.¹⁹⁵

De onde advém o sentido das palavras, ou seja, de onde vem a semântica? Seria o sentido inerente às palavras? É inevitável não reparar que a pergunta é inquietante para aqueles que se encontram na zona de conforto semântica do dia a dia das pessoas, em que as palavras são utilizadas de modo irrefletido. A semântica tende a ser um elemento introjetado ainda nas fases iniciais da vida e acaba por ser tratado como uma naturalidade e autoevidência que são fantasiosos. Uma vez naturalizados, os sentidos parecem se tornar de uma materialidade tal que negá-los soaria como negar um fato da natureza. Partindo da premissa formalista, a busca por entender o sentido se torna a busca por entender as palavras e suas raízes, e não seus usos. O sentido não é compreendido como *resultado do uso* das palavras, mas como uma *derivação das palavras em si*. Muitas das correntes associadas à reviravolta linguística buscam justamente romper com essa letargia provocada pela naturalização do sentido das palavras.

Ao ser incorporada por algumas correntes do pensamento jurídico, a reviravolta resultou em diversas abordagens novas, por vezes antagônicas, a respeito da linguagem. No direito brasileiro, por exemplo, ganhou força nos últimos anos as correntes da

had personal contacts with this circle through my acquaintance with Prof. Schlick, Dr. Otto Neurath, Prof. Phllpp Frank and Prof. Victor Kraft What connected me to the philosophy of this circle — without being Influenced byIt — was Its antimetaphysical thrust From the very beginning I rejected the moral philosophy of this circle — as is formulated in Schlick's 'Issues of Ethics'. However, the writings by Phillpp Frank and Hans Reichenbach on causality did influence my view of this issue. The Journal 'Erkenntnis' published my essay 'Die Entstehung des Kausalgesetzes aus dem Vergeltungsprinzip' in Its 8th volume and an essay titled "Causality and Retribution' In its 9th volume.”

¹⁹⁴ Vide itens 1.1 do Capítulo 01 e 2.2.1 do Capítulo 02.

¹⁹⁵ A ideia aqui desenvolvida em muito lembra o embate entre naturalismo e convencionalismo, apresentado por Platão. OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 2006, p. 18: “Trava-se, aqui, uma disputa entre duas posições que na história a semântica receberam o nome de *naturalismo*, segundo o qual cada coisa tem nome por natureza (*phusei*), posição defendida no diálogo por Crátiles, e o *convencionalismo*, para quem a significação é fruto de convenção e do uso da linguagem (*Syntheke kai homologia*, 384 d), posição aqui defendida por Hermógenes.”

hermenêutica filosófica, em especial daquela de Gadamer e Heidegger, como parte do esforço de buscar soluções aos desafios do direito contemporâneo e da democracia. Segundo Streck, o mérito da hermenêutica é buscar a base da linguagem na justificação do mundo prático.¹⁹⁶ Esta corrente filosófica é fundamentada eminentemente na ideia de que a linguagem é um fenômeno não apenas comunicativo, mas epistemológico e até ontológico. A linguagem não seria apenas um instrumento de representação, mas um verdadeiro definidor da realidade. Assim seria possível dizer que, para estes, não haveria realidade sem linguagem, já que só temos acesso à realidade pela linguagem. A linguagem seria o conformador da realidade, e não apenas o seu intermediador. Como consequência, qualquer modelo interpretativo baseado em métodos seria limitado, por desconsiderar o contexto linguístico subjacente ao próprio método e aos processos linguísticos que permitem a cognição.¹⁹⁷

A crítica hermenêutica à ideia de cientificidade vigente no início do séc. XX tem certa pertinência, pois desafia os pressupostos do cientificismo da época e alerta para a necessidade de uma reaproximação com a realidade, em detrimento da busca cega pelo método ideal. No Direito, a feroz disputa pelo método ideal fica claro no debate travado entre Kelsen, da escola positivista, e Smend, da escola científico-espiritual.¹⁹⁸ Como destaca Mascaro, Gadamer foi um crítico das rígidas separações entre sujeito e objeto e entre realidade e razão, desenvolvidas pelo pensamento moderno, e da pretensão de racionalidade independente de fatores existenciais.¹⁹⁹ Apesar de a hermenêutica filosófica

¹⁹⁶ STRECK, Lênio. **Hermenêutica, neoconstitucionalismo e “o problema da discricionariedade dos juízes”**. Disponível em: < http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima1/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf >. Acesso em: 14 fev. 2018.

¹⁹⁷ LOPES, Ana Maria D’Ávila. **A hermenêutica jurídica de Gadamer**. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/560/r145-12.pdf> >. Acesso em: 14 fev. 2018.

¹⁹⁸ SOUSA, Inês Alves de; MARÓN Manuela Fondevila. **Divergências e convergências entre as teorias de Rudolf Smend e Konrad Hesse**. Disponível em: < revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/download/rechtd.2017.91.02/5979 >. Acesso em: 14 fev. 2018: “Uma informação importante nesse cenário de disputa metodológica, é que Kelsen, rebatendo as críticas formuladas por Smend à sua teoria normativista, lança, em 1930, a obra *O Estado como integração: um confronto de princípios*, onde passa a examinar a teoria da integração, seus objetivos e resultados. Nas palavras de Kelsen, tal doutrina representou uma total falta de uniformidade sistemática e certa insegurança da concepção; critica ainda um estilo de linguagem obscura, cujas ideias se baseiam em teorias estrangeiras. O livro é considerado um contra-ataque de Kelsen às críticas feitas por Smend à sua teoria do Estado. Kelsen o definiu como um trabalho que vai além dos limites da crítica, rumo a um confronto de princípios entre teoria normativa do Estado e a teoria da integração (Kelsen, 2003). Considerando ou não as críticas de Kelsen, Smend retificou sua teoria depois de 1945, desprendendo-a de sua orientação antinormativa e passou a considerar a unidade do Estado como o resultado de um processo de atividade política consciente, de modo que para ele a constituição pode contribuir com o processo de integração, regulando-o: [...] la Constitución puede contribuir al proceso de integración regulando el proceso político, asumiendo así su teoría de la integración una idea funcional del Estado y de la Constitución que estaba en congruencia con la tendencia fuertemente antipositivista después de 1945 en Alemania (Camazano, 2009, p. 108).”

¹⁹⁹ MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 350.

ser pertinente, a melhor solução para o fetichismo do método não parece ser abandoná-lo, mas abandonar o fetichismo em si. Mais adequado do que buscar o método ou modelo *ideal* é buscar o método ou modelo *mais adequado* para problemas definidos.

Neste sentido, a abordagem desenvolvida no presente trabalho reconhece que buscar métodos perfeitos, puros ou ideais é inócuo, mas não abandona o esforço de identificar abordagens adequadas para solucionar os desafios que se apresentam no estudo do Direito. Para tal, o institucionalismo adotado aqui oferece pressupostos distintos da hermenêutica para afastar o formalismo. Em primeiro lugar, rejeita-se a ideia de fusão de horizontes e a (quase-)identidade entre epistemologia e ontologia, entre sujeito e objeto, e entre razão e realidade. A própria ideia de realidades institucionais pressupõe as realidades não-institucionais que lhe dão suporte, bem como a existência de sujeitos cognoscentes que interagem com realidades brutas diferentes deles próprios. A semântica também é entendida de modo mais empírico e intersubjetivo, e não estritamente filosófico e subjetivo. Portanto, adota-se uma concepção de linguagem muito mais associada às interações sociais e ao uso da linguagem do que ao subjetivismo existencial prevalente nos hermeneutas filosóficos.

Considerando os nomes clássicos do Direito, é possível identificar proximidade de algumas ideias apresentadas no presente trabalho com aquelas desenvolvidas por Hart, em especial pela perspectiva mais sociológica de seu positivismo. A ideia de “textura aberta” do autor inglês,²⁰⁰ inclusive, traz alguns elementos semelhantes à ideia de jogos de referência, desenvolvida mais à frente. Contudo, a proposta institucionalista encontra algumas incompatibilidades com a noção hartiana de textura aberta. O autor britânico se utiliza de uma compreensão de linguagem que pressupõe uma divisão rígida entre expressões “claras” e vagas. Waismann, citado por Schauer, afirma que a textura aberta

²⁰⁰ HART, Herbert L. A. **The Concept of Law**. 2 ed. With a Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. New York: Oxford University Press, 1994, p. 124: “In any large group general rules, standards, and principles must be the main instrument of social control, and not particular directions given to each individual separately. If it were not possible to communicate general standards of conduct, which multitudes of individuals could understand, without further direction, as requiring from them certain conduct when occasion arose, nothing that we now recognize as law could exist. Hence the law must predominantly, but by no means exclusively, refer to classes of person, and to classes of acts, things, and circumstances; and its successful operation over vast areas of social life depends on a widely diffused capacity to recognize particular acts, things, and circumstances as instances of the general classifications which the law makes.”

é uma ideia que se aproxima muito mais da aceitação de que existe uma “ineliminável possibilidade de vagueza” do que do fenômeno da vagueza em si.²⁰¹

Hart reconhecia a existência inexorável de algum grau de vagueza da linguagem jurídica, mas não se aprofundou sobre a natureza do fenômeno da vagueza em si, a ponto de utilizar como critérios para solucionar o problema da textura aberta a “relevância” e a “semelhança” entre o comando autoritativo e a situação concreto de sua aplicação, o que denota certo formalismo semântico. Ele destaca, contudo, que a interpretação não se trata de um juízo livre e discricionário, nem de um processo silogístico. Como fica subjacente à fala do autor, as expressões jurídicas vagas seriam sujeitas a um processo de concretização, a partir do qual o aplicador deveria ajustar a expressão ao contexto fático.²⁰²

A solução para a textura aberta, no bojo teórico de Hart, parece ser o próprio modo de empregar as expressões linguísticas e como elas se coadunam logicamente ao problema em concreto. Quando se fala em decisão judicial, é de se imaginar que a fundamentação será o elemento intermediário que ligará as duas pontas (norma e fatos), ou seja, a fundamentação seria a chave para lidar com a *possibilidade* de vagueza. Este paradigma condiciona a qualidade de vago, ou não-vago, à aptidão da expressão linguística em satisfazer determinadas situações de inferência. No caso da decisão, a situação de inferência a ser satisfeita é o caso concreto apresentado à apreciação jurisdicional. A solução para a vagueza estaria no ato decisório concreto do aplicador do

²⁰¹ SCHAUER, Frederick. Second-Order Vagueness in the Law. In: KEIL, Geert; POSCHER, Ralf. (edited by) **Vagueness in the Law**. Philosophical and legal perspectives. New York: Oxford University Press, 2016, p. 183: “But it is now time to bring open texture back into the picture. We start with the idea, following Waismann, that open texture is not vagueness, but rather is the ineliminable *possibility* of vagueness. I have argued elsewhere that law is not necessarily open-textured, apart from the necessary open texture (assuming, for present purposes, that Waismann is correct) of the language in which law is written (Schauer 1998 and 2012b). But that does not mean that some legal system might not *choose*, contingently, to treat its rule of recognition as open-textured. In other words, some legal system might be structured or understood such that even the clearest rule of recognition is understood to be defeasible in the face of unforeseen circumstances. And if New York in the late nineteenth century were such a system, and if *Riggs* were such a case, then the previously unforeseen possibility that an heir would murder the testator in order to claim the inheritance might occupy the same position that Waismann’s gigantic cat or J.L. Austin’s exploding goldfinch occupy for language (Waismann 1951, p. 119; Austin 1979, p. 88). Something we had not anticipated arises, and we just do not know what to say. That we do not know what to say does suggest a non-epistemic account of vagueness in the rule of recognition, but, more importantly, it also provides a different way of understanding Dworkin’s challenge to the idea of a rule of recognition. If the potential grounds of law are unlimited, then the idea of a rule of recognition becomes pointless, precisely because everything is potentially recognizable. And if everything—every source—is potentially recognizable, then the rule of recognition becomes like a concept of baldness that allows all men to be bald or a concept of red that encompasses all the colours of the spectrum.”

²⁰² HART, Herbert L. A. **The Concept of Law**. 2 ed. With a Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. New York: Oxford University Press, 1994, p. 127.

Direito, que teria as condições de concretizar e esclarecer os aspectos vagos da linguagem envolvida.

O problema da vagueza em Hart está nas próprias palavras e como elas se associam às circunstâncias do caso concreto, de modo que se deveriam empregar instrumentos que fosse afastada a possibilidade da vagueza. A imprecisão da linguagem poderia, portanto, ser satisfatoriamente resolvida eliminando-se tais expressões imprecisas, escolhendo melhor os termos, esclarecendo seu sentido, ou definindo critérios claros para o seu uso. Esse objetivo também foi buscado, em certa medida, pelo empirismo lógico e por autores afetos à ideia de linguagem ideal, como Frege e Russell²⁰³, em detrimento da primazia do estudo do uso ordinário da linguagem.²⁰⁴ A ideia de linguagem ideal começou a ser derrubada dentro da própria lógica, a partir da ideia de incompletude de Gödel. Segundo este lógico austríaco, a noção clássica de que sistemas formais de natureza proposicional poderiam ser completos não se sustenta, o que

²⁰³ IRVINE, Andrew David. **Bertrand Russell**. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2017 Edition), Edward N. Zalta (ed.). Disponível em: < <https://plato.stanford.edu/archives/fall2017/entries/russell/> >. Acesso em: 12 fev. 2018: “In much the same way that Russell used logic in an attempt to clarify issues in the foundations of mathematics, he also used logic in an attempt to clarify issues in philosophy. As one of the founders of analytic philosophy, Russell made significant contributions to a wide variety of areas, including metaphysics, epistemology, ethics and political theory. His advances in logic and metaphysics also had significant influence on Rudolf Carnap and the Vienna Circle. According to Russell, it is the philosopher’s job to discover a logically ideal language – a language that will exhibit the nature of the world in such a way that we will not be misled by the accidental, imprecise surface structure of natural language. As Russell writes, ‘Ordinary language is totally unsuited for expressing what physics really asserts, since the words of everyday life are not sufficiently abstract. Only mathematics and mathematical logic can say as little as the physicist means to say’ (1931, 82). Just as atomic facts (the association of properties and relations with individuals) combine to form molecular facts in the world itself, such a language will allow for the description of such combinations using logical connectives such as ‘and’ and ‘or.’ In addition to the existence of atomic and molecular facts, Russell also held that general facts (facts about “all” of something) are needed to complete our picture of the world. Famously, he vacillated on whether negative facts are also required.”

²⁰⁴ HYDE, Dominic. **Sorites Paradox**. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2014 Edition), Edward N. Zalta (ed.). Disponível em: < <https://plato.stanford.edu/archives/win2014/entries/sorites-paradox/> >. Acesso em: 12 fev. 2018: “Committed as Frege and Russell were to ideal language doctrines, it is not surprising to find them pursuing response (1). (See especially Russell (1923).) A key attribute of the ideal language is said to be its precision; the vagueness of natural language is a defect to be eliminated. Since soritical terms are vague, the elimination of vagueness will entail the elimination of soritical terms. They cannot then, as some theorists propose, be marshalled as a challenge to classical logic. A modern variation on this response, promoted most notably in Quine (1981), sees vagueness as an eliminable feature of natural language. The class of vague terms, including soritical predicates, can as a matter of fact be dispensed with. There is, perhaps, some cost to ordinary ways of talking, but a cost that is nonetheless worth paying for the simplicity it affords—namely, our thereby being able to defend classical logic with what Quine describes as its ‘sweet simplicity’. However, with the demise of ideal language doctrines and subsequent restoration of respect for ordinary language, vagueness is increasingly considered less superficial than response (1) suggests. If logic is to have teeth it must be applicable to natural language as it stands. Soritical expressions are unavoidable and the paradox must be squarely faced. Responses of type (2) do just this and are now the most common. Logic is seen as applicable to natural language, in particular the sorites paradox, but the conditional form of the argument is seen as proceeding from a faulty premise.”

fragilizou o formalismo lógico e semântico vigente em sua época (e consequente as correntes de pensamento análogas no estudo jurídico).²⁰⁵

A perspectiva formalista possui muitas limitações práticas e premissas falsas, embora não se deva rejeitá-la totalmente. Williamson adotar o formalismo significar entender que o sentido das palavras precederia seu uso, de forma a fazer acreditar que a seleção correta das palavras com sentidos mais adequados poderia prevenir os problemas decorrentes do uso da linguagem. Por considerar o sentido como *elemento antecedente ao uso da linguagem*, seria possível qualificar o uso como adequado ou não de acordo com certas “condições de verdade” intrínsecas à palavra.²⁰⁶ Portanto, no paradigma formalista, o sentido é um evento *ex ante* (em relação ao uso). Não é correta, porém, esta visão, pois somente se adequa bem a situações estritamente conceituais, em que a natureza social do sentido é ignorada, como fica evidente a partir do instrumentalismo.²⁰⁷

O formalismo semântico está muito arraigado no senso comum, o que gera na comunidade jurídica uma resistência intuitiva à ideia oposta de que *o uso antecede o sentido*, de que o sentido é um *ex post*. É verdade que os juízos de correção ou incorreção sobre os usos das palavras já pressupõem um uso pretérito e sua cristalização como paradigma de correção, contudo a semântica é um evento anterior e que condiciona a cristalização do sentido. A ideia de vagueza, no paradigma institucionalista, pressupõe a imprecisão semântica como fenômeno decorrente do uso da linguagem, e não como

²⁰⁵ GENSLER, Harry J. **Introduction to logic**. 2 ed. New York: Routledge, 2010, p. 360-361: “Classical symbolic logic includes propositional and quantificational logic (Chapters 6 to 9). An approach to these is ‘classical’ if it accords with the systems of Frege and Russell about which arguments are valid, regardless of differences in symbolization and proof techniques. Classical symbolic logic gradually became the new orthodoxy in the 20th century, replacing the Aristotelian logic that had dominated for over 20 centuries. Much of the work in logic that followed *Principia Mathematica* revolved around classical symbolic logic. Different proof techniques were developed; while Frege and Russell used an axiomatic approach, later logicians invented inferential and truth-tree methods that were easier to use. Different ways of symbolizing arguments were developed, including the ‘Polish notation’ of a remarkable school of logic that was strong in Poland between the world wars. Ludwig Wittgenstein and Emil Post independently invented truth tables, which clarified our understanding of logical connectives (like ‘if-then,’ ‘and,’ and ‘or’) and led to a criterion of validity based on semantics – on the meaning of the connectives and how they contribute to truth or falsity; Alfred Tarski and others expanded the semantic approach to quantificational logic. Much work was done in metalogic, which is the study of logical systems (Chapter 15). Kurt Gödel showed that Russell’s axiomatization of classical logic was, given certain semantic assumptions, correct: just the right things were provable. But he also showed, against Frege and Russell, that arithmetic cannot be reduced to any formal system: no consistent set of axioms and inference rules would suffice to prove all arithmetic truths; this result, called Gödel’s theorem, is perhaps the most striking and surprising result of 20th-century logic. Alonzo Church showed that the problem of determining validity in quantificational logic cannot be reduced to an mechanical algorithm. There was also much activity in the neighboring area of *set theory*, which after Russell’s paradox became increasingly complex and controversial.”

²⁰⁶ WILLIAMSON, Timothy. **Vagueness**. London and New York: Routledge, 1994, p. 206.

²⁰⁷ Vide item 1.4 do Capítulo 01.

decorrência do seu mal-uso, e busca compreender a semântica a partir de jogos de referência, e simplesmente de jogos de definição.

O senso comum jurídico não se construiu desta maneira por acaso, mas sim como um resultado da sedimentação de concepções filosóficas (incorretas) adotadas em instâncias acadêmicas, cuja influência afetou as percepções da comunidade. A busca por consistentes bases teóricas para o ascendente cientificismo do início do séc. XX também foi sentido no campo da filosofia da linguagem e da teoria do Direito, inclusive afetando os estudos sobre a vagueza. Como destaca Williamson, o início do séc. XX foi um período em que a vagueza não foi objeto de grande debate, pois a linguagem era estudada primariamente como instrumento voltado ao aperfeiçoamento da ciência, o que fez com que os aspectos conceituais prevalecessem sobre o uso ordinário da linguagem.²⁰⁸

Essa fase inicial da filosofia da linguagem no séc. XX pode ser muito bem enxergada na célebre frase de Wittgenstein, em seu *Tractatus Logico-philosophicus*: “É possível sintetizar o conteúdo deste livro nestes termos: quando for possível discutir algo, que se faça de forma clara; caso não seja possível ser claro, melhor calar.”²⁰⁹ Algumas escolas positivistas buscaram estruturar o estudo do Direito em torno das ideias de clareza e precisão da linguagem, adotando-as como premissa para identificar o que é jurídico e o que não é jurídico, de forma que a contradição e a imprecisão não eram elementos vistos como componentes naturais de um sistema jurídico.

Em Kelsen, por exemplo, o trabalho do cientista do Direito se resumiria a delimitar uma moldura (*Bild*) de sentidos juridicamente possíveis. Dentro da moldura, teríamos um campo de penumbra, no qual caberia ao intérprete autêntico, tal como o juiz,

²⁰⁸ *Idem*, p. 70: “Russell’s paper of 1923 on vagueness raised many of the issues central to subsequent debate. Its effects, however, were delayed. Nothing of significance, and little of insignificance, was published on vagueness between Russell’s work and that of Max Black in 1937. The later provoked several responses, and the topic has remained alive, if not always kicking, ever since. Although chance doubtless plays as great a role in the history of philosophy as in the history of everything else, it is not fanciful to suppose that the time was riper for vagueness in 1937 than in 1923. When Russell wrote, philosophy was concerned with language primarily as the medium of science. That could include a wide range of uses, from reporting observed data to formulating mathematical theories about unobservable entities. But it encouraged the use of ‘vague’ as a dustbin category, into which one dumped any failure to meet the ideal of precision, without prying too closely. To vary the metaphor, vagueness was the noise through which a signal had to be discerned. [...]”

²⁰⁹ Em tradução livre. A versão original: WITGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus Logico-philosophicus**. Side-by-Side-by-Side Edition. Disponível em: < <https://people.umass.edu/klement/tlp/tlp-hyperlinked.html> >. Acesso em: 12 jul. 2018: “Das Buch behandelt die philosophischen Probleme und zeigt – wie ich glaube – dass die Fragestellung dieser Probleme auf dem Mißverständnis der Logik unserer Sprache beruht. Man könnte den ganzen Sinn des Buches etwa in die Worte fassen: Was sich überhaupt sagen lässt, lässt sich klar sagen; und wovon man nicht reden kann, darüber muss man schweigen.”

decidir qual a norma para o caso concreto, com base em critérios extrajurídicos. Portanto, o jurista kelseniano deveria trabalhar dentro das margens de “certeza” da norma, restando somente à autoridade decidir dentro do campo da “incerteza”.²¹⁰ A área dentro da moldura (*Bild*) de Kelsen não se confunde com o fenômeno da vagueza por duas razões: (i) o critério de Kelsen é metodológico e epistemológico, e não semântico, ou seja, o autor propõe a moldura para delimitar sua teoria pura e para evidenciar até que ponto pode ir o estudo do Direito, e (ii) a moldura não abre margem à gradualidade propriamente, mas à discricionariedade, já que a moldura fundamenta a decisão política que o aplicador do Direito precisará tomar no final das contas.

Contudo, na filosofia e na ciência ainda em meados do século XX, a ideia de precisão conceitual começou a perder espaço diante dos problemas teóricos e práticos que surgiram nas mais diversas áreas de estudo, em decorrência do excessivo formalismo. Já em sua nova fase intelectual, a posição de Wittgenstein, no *Investigações Filosóficas*, emerge novamente com destaque marcante por passar a rejeitar as posições formalistas do *Tractatus* e a sustentar a necessidade de compreender os jogos de linguagem que orientam a comunicação e a semântica.²¹¹ A partir de então, como bem apresenta Williamson²¹², graças à maior preocupação com o estudo da linguagem ordinária, os

²¹⁰ KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. 2. Auflage. Wien: Österreichische Staatsdruckerei, 1992, p. 228: “Die Beziehung zwischen der die Erzeugung einer anderen Norm regelnden und der bestimmungsgemäß erzeugten Norm kann in dem räumlichen Bild der Über- und Unterordnung dargestellt werden. Die die Erzeugung regelnde ist die höhere, die bestimmungsgemäß erzeugte ist die niedere Norm.” Em tradução livre: “A relação entre a norma que governa a geração de outra norma e a norma gerada pode ser representada na moldura (*Bild*) do subordinado e do subordinado. A norma que regula a produção da outra é a superior, enquanto a que é produzida de acordo com a superior é inferior.”

²¹¹ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Philosophical investigations**. Translated by G. E. M. Ascombe. Oxford: Basil Blackwell, 1986, p. 05: “In the practice of the use of language (2) one party calls out the words, the other acts on them. In instruction in the language the following process will occur: the learner names the objects; that is, he utters the word when the teacher points to the stone. – And there will be this still simpler exercise: the pupil repeats the words after the teacher – both of these being processes resembling language. We can also think of the whole process of using words in (2) as one of those games by means of which children learn their native language. I will call these games ‘language-games’ and will sometimes speak of a primitive language as a language-game. And the processes of naming the stones and of repeating words after someone might also be called language-games. Think of much of the use of words in games like ring-a-ring-a-roses. I shall also call the whole, consisting of language and the actions into which it is woven, the ‘language-game’.”

²¹² WILLIAMSON, Timothy. **Vagueness**. New York: Routledge, 1994, p. 70-71: “[...] By 1937, philosophers had begun to find ordinary language interesting in its own right. The irreducible variety of its uses was taken to be one of its chief characteristics, and the indiscriminate assimilation of one kind of use to another diagnosed as the origin of many philosophical puzzles. Scientific uses of language were losing their privileged status; for most other uses, the ideal of precision looked irrelevant or damaging. Vagueness is a precondition of the flexibility of ordinary language. This thought converged with an older pragmatist idea, that too much precision is a bad thing even in scientific language, restricting its adaptability to new evidence. The ground might seem to have been cleared for the investigation of vagueness as a positive feature of ordinary language, and indeed something of the kind appeared. However, ordinary language provided a new method as well as a new topic. The philosophical investigation of an area was to consist in

filósofos da linguagem voltaram seus olhares para a vagueza e para métodos voltados à compreensão do funcionamento das práticas comunicativa e da operacionalização de símbolos linguísticos.

Essa mudança brusca na forma de encarar a linguagem é chamada usualmente de reviravolta linguística (*linguistic turn*), mas não se trata de um abandono total do muito produzido anteriormente. A virada, em verdade, tem o mérito de revelar o funcionamento dos processos linguísticos de forma mais ampla, permitindo a correção de falhas dos modelos pré-existentes, facilitando a formulação de novas propostas teóricas e alertando para algumas armadilhas do uso da linguagem. Compreendendo a linguagem de modo mais condizente com seu funcionamento ordinário, é possível atacar melhor diversos problemas jurídicos, especialmente quando relacionados à vagueza, e evitar pseudo-problemas comuns tanto na teoria quanto na prática jurídicas.

A inserção da vagueza na teoria do Direito não pressupõe necessariamente o sincretismo metodológico com outros ramos do conhecimento, mas apenas em um maior diálogo cognitivo. É inevitável perceber que o mesmo apego formal que propicia uma maior segurança e objetividade ao Direito também pode contribuir para a “cegueira” do seu aplicador. Os paradigmas formalistas tendem a entender as referências formais do Direito muito mais como “comando a ser cumprido”, quando não as confundindo com o próprio fenômeno jurídico.

Por outro lado, o paradigma institucionalista compreende as referências formais como “parâmetro obrigatório para um diálogo”, ou seja, elas são parte de um processo argumentativo, em que a autoridade do dispositivo obriga quanto à sua consideração na interpretação e aplicação do Direito, mas não determina necessariamente o resultado da interpretação. Assim, a vagueza deve ser compreendida dentro de um contexto argumentativo relacionado ao ônus de justificar a correção de certas inferências (ex.: por que a expressão “manga” é adequada no contexto C?). O fenômeno linguístico da vagueza

the description of the ordinary uses of the vocabulary appropriate to that area. Thus vagueness would be studied not by constructing theories about it but by describing the everyday use of ‘vague’ and related words. Wittgenstein, having rejected Tractarian exactness, discussed the use of ‘exact’. The Oxford philosopher J.L. Austin contrasted the uses of ‘exactly’, ‘precisely’ and ‘accurately’: ‘If I measure a banana with a ruler, I may find it to be precisely 5 5/8 inches long. If I measure my ruler with bananas, I may find it to be exactly six bananas long, though I couldn’t claim any great precision for my method of measurement’. Austin’s account brought out the variety of features covered by ‘vague’ in different contexts: roughness, ambiguity, imprecision, lack of detail, generality, inaccuracy, incompleteness. As he says, ‘vague’ is vague. Its everyday meaning is indeed so diffuse that it can be the object only of the most desultory investigation.”

não deve ser avaliado como *bom* ou *ruim*, mas sim como um dado que poderá ser útil ou não, a depender do contexto argumentativo, de modo que se torne ou não justificável a delimitação de um sentido menos vago (ex.: convém esclarecer quando a manga se torna lixo no contexto C?).

Apesar de enormemente ignorada, a ideia de que o sentido das palavras deriva do seu *uso* tem repercussões importantes no momento de lidar com a vagueza.²¹³ A principal consequência do formalismo foi a pouca relevância dada aos *jogos de referência*, o que resulta em uma metodologia jurídica hermética e inapropriada para compreender os fenômenos semânticos que propiciam a vagueza. Mesmo já tendo havido mudanças significativas na teoria do Direito, ainda restam muitas dificuldades e problemas que merecem ser tratados.

A linguagem natural diz respeito às práticas sociais de associação entre fenômenos (significados) e símbolos (significantes), a partir de *jogos de referência*. Quando uma criança está aprendendo a falar, ser-lhe-ão ensinadas as palavras a partir da indicação dos objetos que representam. As duas principais teorias para explicar a aquisição da linguagem são o nativismo e Chomsky²¹⁴ – em especial no tocante à gramática – e o interacionismo social de Vygotsky²¹⁵ – quanto ao aprendizado por associações e interações sociais. Não se tentará fazer com que aprenda o sentido de “cadeira” descrevendo que se trata de “um objeto feito para sentar” ou de “uma peça de mobília composta de um encosto”, pois estas definições já pressupõe um conhecimento prévio da linguagem, tratam-se de *jogos de definição*, e a criança ainda não tem acesso a tais noções. É mais eficiente que estes pais apontem para um objeto com tais atributos descritos na

²¹³ SHAPIRO, Stewart. **Vagueness in context**. New York: Oxford University Press, 2006, p. 06: “The truism that competent users of a language determine meaning is not meant to preclude content externalism, or just about any substantive theory of meaning. The truism is consistent with a claim that meaning supervenes on use, but it does not entail such a thesis. For some philosophers (including me), contemplations about twin earth and the like show that the world has a role to play in fixing the meaning of some of our terms. Even so, this meaning is fixed by the actions and thoughts of speakers of the language in the world in which they live. The word “water” refers to water in English because of the activities of speakers of English in this world. The fact (if it is a fact) that the same linguistic use would yield another meaning in another environment does not undermine the truism in question here.”

²¹⁴ DEVITT, Michael. **Ignorance of Language**. Oxford: Clarendon Press, 2006, p. 244: “Chomsky is famous for his strongly nativist answer to his question (ii), ‘How is knowledge of language acquired?’ (1.1). There is a rich innate ‘initial state’ for language acquisition that heavily constrains the languages that humans can acquire in the way we naturally acquire our native language. On the basis of this initial state and ‘primary linguistic data’ (‘PLD’), a person’s competence in some language ‘grows’ until it reaches a ‘final state’. Because of the innate constraint, there is a certain system of rules (or principles) shared by all natural human languages.”

²¹⁵ Cf.: DANIELS, Harry; COLE, Michael; WERTSCH, James V. **The Cambridge Companion to Vygotsky**. New York: Cambridge University Press, 2007.

definição e afirmem: “veja, isso é uma *cadeira*”. A criança, então, aprenderá o conceito a partir da associação dos dois eventos (um na linguagem, outro no mundo).

É fundamental ter clara a diferença entre definição e referência para compreender e operacionalizar a vagueza, uma vez que a semântica decorre primariamente da segunda. *Jogos de definição* funcionam a partir de uma circularidade, em que elementos linguísticos são utilizados para fundamentar outros elementos linguísticos, por exemplo, atribuindo-se uma definição a um conceito (X é Y). Portanto, as definições têm uma função interna ao sistema linguístico, de forma a buscar fechá-lo semanticamente. Por outro lado, os *jogos de referência* têm função externo, permitindo a abertura semântica do sistema linguístico e reconectando os símbolos à realidade representada. A definição é dizer que violetas são flores azuis, já a referência é mostrar ao interlocutor uma violeta. O abuso nos jogos de definições pode induzir à falsa convicção de que os eventos no mundo podem ser compreendidos por meio de suas definições.

Enquanto as definições associam palavras com outras palavras, as referências associam palavras com *eventos*. A definição busca complementar o sistema linguístico, já a referência não possui tal propósito. Ao contrário, a referência poderá, até mesmo, abrir o sistema linguístico, enfraquecendo a definição então vigente. Basta imaginar uma sociedade em que a definição de cadeira seja “um móvel com assento e amparo para os braços” (definição 1). Ocorre que pode se tornar bastante popular outra espécie de móvel com assento, mas este sem amparo para os braços. Um rumo possível seria atribuir-lhe um novo nome, como “banco”. Outro rumo poderia ser chamar o móvel sem amparo também de “cadeira”, apesar de incompatível com a definição 1. Em certo momento, poder-se-ia chegar ao consenso sobre uma nova definição, passando a sê-la apenas “um móvel com assento” (definição 2). Este exemplo de mudança de definição é de grande importância quando for estudado o problema da vagueza, como ficará evidente no item 4.1 do Capítulo 03, quando se discutirá o apelo à forma e a teleologia.

2.2.1 ANTECEDENTES FILOSÓFICOS DA VAGUEZA: DOS GREGOS A RUSSELL

Segundo Williamson²¹⁶, o problema da vagueza encontra seu antecendente histórico mais notório no *dilema do monte* (*sorites*) de Ebulides de Mileto: “com quantos grãos se faz um monte?” O dilema pode ser identificado quando se está diante de situações limítrofes. O mesmo pensador também propôs o *dilema do calvo* (*phalakros*): “quantos fios de cabelo são necessários para eliminar a calvície?” Poderíamos também questionar quantos centímetros são necessários para fazer de alguém *alto*.

Os dilemas de Ebulides trouxeram diversas reflexões relevantes para a filosofia, em especial por desafiarem algumas premissas clássicas da lógica. Este ponto será mais discutido em momento posterior²¹⁷, mas convém já trazer algumas observações básicas. Uma premissa da lógica clássica é o princípio da não-contradição (não é possível ser X e não-X ao mesmo tempo), contudo a noção de gradualidade desafia esse binarismo. A vagueza é incompatível com o binarismo típico do simples ‘sim’ ou ‘não’, pois agrega mais complexidade e gradações ao raciocínio, afinal em que ponto o X deixa de sê-lo para se tornar não-X?

Apesar de a vagueza ter sido esquecida por grande parte da tradição filosófica do ocidente, há notáveis contribuições já no tempo antigo dos estoicos gregos que se utilizaram enormemente das contribuições trazidas pelo paradoxo *sorites*.²¹⁸ A proposta estoica para o dilema da vagueza é epistemológica, e não semântica, pois defende que

²¹⁶ WILLIAMSON, Timothy. **Vagueness**. London and New York: Routledge, 1994, pp. 08-09: The logician Ebulides of Miletus, a contemporary of Aristotle, was famous for seven puzzles. One was the Liar: if a man says that he is lying, is he telling the truth? Another was the Hooded Man: how can you know your brother when you do not know that hooded man, who is in fact your brother? The Electra turned on the delusion of Orestes in his madness, who took his sister Electra for a Fury. The Elusive Man will appear later. There was also the Horned Man: since you still have what you have not lost, and you have not lost horns, you still have them (hence the horns of a dilemma). The remaining puzzles were the Bald Man and (accompanying five men and one woman) the Heap. In antiquity they were usually formulated as series of questions. Does one grain of wheat make a heap? Do two grains of wheat make a heap? Do three grains of wheat make a heap? (...) Do ten thousand grains of wheat make a heap? It is to be understood that the grains are properly piled up, and that a heap must contain reasonably many grains. If you admit that one grain does not make a heap, and are unwilling to make a fuss about the addition of any single grain, you are eventually forced to admit that ten thousand grains do not make a heap. Is a man with one hair on his head bald? Is a man with two hairs on his head bald? Is a man with three hairs on his head bald? (...) Is a man with ten thousand hairs on his head bald? It is to be understood that the hairs are properly distributed, and that a man with reasonably few hairs is bald. If you admit that a man with one hair is bald, and are unwilling to make a fuss about the addition of any single hair, you are eventually forced to admit that a man with ten thousand hairs is bald.”

²¹⁷ Vide item 2.2.2 do Capítulo 02.

²¹⁸ *Idem*, p. 10: “It is not known what Ebulides used sorites puzzles for – fun, troublemaking or some graver purpose. Many philosophical doctrines have been suggested as the target he intended them to destroy: the coherence of empirical concepts (such as ‘bald’ and ‘heap’), the law of noncontradiction (‘Not both P and not P’), the law of excluded middle (‘Either P or not P’), pluralism (the existence of more than one thing), Aristotle’s theory of infinity (as potential rather than actual), Aristotle’s theory of the mean (as the place of virtue between vicious extremes).”

sempre haverá vagueza diante da impossibilidade humana de encontrar respostas definitivas para perguntas como: “o que é alto?”, “quando começa o alto?”, “com quantos grãos se faz um monte?”. A crítica estoica, contudo, está incorreta, pois a vagueza não decorre de um problema epistemológico (que a rigor é a proposta deles), mas de um problema semântico que leva os sujeitos a atribuir a eventos diversos entre si os mesmos rótulos simbólicos, ou a eventos análogos, rótulos diferentes.

Mesmo diante de ampla cognição pode haver dissenso sobre o uso das palavras (ex.: pode-se saber tudo sobre “manga” e sobre “lixo”, mas ainda assim haver dissenso sobre um evento X ser “manga” ou “lixo” por apresentar atributos parcialmente compatíveis com ambos os conceitos). Contudo, não se nega que a vagueza pode ser um instrumento para administrar dificuldades inerentes à cognição, como ocorre quando o legislador emprega expressões vagas para delegar ao juiz maior liberdade para resolver o caso concreto.²¹⁹ Por exemplo, quando se fala em “boa-fé” (art. 422 do CC), o legislador nada mais faz do que delegar (por parâmetros vagos) ao juiz maior margem de apreciação para resolver o caso concreto, reconhecendo suas próprias limitações cognitivas enquanto criador de normas para regular os conflitos sociais (ex.: para identificar qual o sentido mais adequado de “manga” para o contrato de fornecimento, pode-se utilizar como base a boa-fé objetiva).

O estoico mais notável neste campo foi Crísipo de Solos que desenvolveu ideias semelhantes ao que viria a chamar de lógica paraconsistente, na segunda metade do séc. XX. Contudo, apesar da contribuição dos estoicos, já na antiguidade a lógica ocidental não chegou a incorporar a paraconsistência de forma generalizada. Ao contrário, a lógica não-clássica já era relegada à segunda categoria por desrespeitar premissas básicas do que se entendia como a “verdadeira” lógica, que apreciava a simetria e a precisão e rejeita a contradição e a dubiedade.²²⁰ A estética prevaleceu sobre a utilidade durante grande parte da história da filosofia.

²¹⁹ SOLAN, Lawrence M. Why it is so difficult to resolve vagueness in legal interpretation. *In*: KEIL, Geert; POSCHER, Ralf. (edited by) **Vagueness in the Law**. Philosophical and legal perspectives. New York: Oxford University Press, 2016, p. 232: “Legislators cannot possibly predict all of the unusual situations to which government lawyers or private lawyers will later attempt to apply laws of general application in order to gain a litigation advantage. Thus, it should not surprise us that cases of vagueness predominate over cases of other kinds of linguistic indeterminacy, such as ambiguity (Waldron 1994, Scalia and Garner 2012, Solan 2012). A case of vagueness is by definition a hard case. It requires the judge to decide between two closely related interpretations of a law that can be construed either way.”

²²⁰ WILLIAMSON, Timothy. **Vagueness**. London and New York: Routledge, 1994, pp. 13-14.

A história da filosofia da linguagem e da lógica se entrelaçam, como fica evidente quando se percebe haver muitos elementos análogos e uma clara sintonia entre os dois campos de estudo ao longo de suas fases de pensamento. Há um evidente diálogo entre estes dois campos de reflexão, de forma que somente é possível uma compreensão clara da trajetória de um quando se conhece a do outro. Assim, convém explicar a vagueza de forma a sintonizar esses dois campos de conhecimento.

Após os estoicos, segundo Williamson²²¹, a vagueza somente voltaria aos holofotes da filosofia como um desafio relevante com a filosofia analítica, já entre o final do séc. XIX e o início do séc. XX. Todavia, diferente do que ocorreu com os estoicos, a vagueza não foi vista neste período como parte indispensável de um sistema lógico, mas como um problema a ser eliminado ou reduzido. Os dois autores mais relevantes, para fins do presente trabalho neste ponto, são Frege e Russell. Nestes, a compreensão de vagueza está diretamente associada ao modelo de filosofia e de ciência que pretendiam construir. Diante dos significativos avanços das ciências no séc. XIX, a filosofia passou a ter sua utilidade cada vez mais questionada e desacreditada, a ponto de surgirem novas escolas filosóficas – como a escola analítica – dispostas a resgatar a relevância da filosofia e atribuir-lhe um novo papel na produção do conhecimento humano.

Frege partia das premissas de que o conhecimento somente seria possível por meio da lógica – traduzida em linguagem – e, conseqüentemente, de que a ciência só se desenvolveria de forma satisfatória se tivesse à disposição uma linguagem clara, objetiva e “pura”. A ciência precisaria, segundo ele, de uma linguagem com atributos semelhantes à matemática – no sentido de ser uma linguagem formal, ao máximo possível –, de maneira que a informação possa ser transmitida com o mínimo de ruído possível. O desafio do filósofo seria, assim, desobstruir a estrada da linguagem para o conhecimento científico e “romper com a dominância da linguagem sobre o espírito humano”.²²²

²²¹ *Idem*, pp. 36-37: “Three philosophers at the beginning of the analytic tradition will be discussed: Gottlob Frege, Charles Sanders Peirce and Bertrand Russell. For Frege, a logical calculus is a powerful but delicate engine which cannot tolerate grit. Blurred boundaries make one form of grit. Logic is to be formulated in an artificial language of perfect precision. Vagueness, like madness, must be mentioned in order to be excluded. Unlike Frege, Peirce and Russell produced theories of vagueness. Although Peirce often seems to be talking about something quite different, it would be a mistake to ignore what he says, for his usage reflects the inchoate ordinary sense of the term, and enables the subsequent distillation of the technical concept to be seen for the philosophical achievement it was. Russell helped to make the technical sense canonical, although even his theory fails to demarcate vagueness according to his intentions. With him, the problem of vagueness is systematically presented for the first time in something close to its current form.”

²²² BORN, Rainer. Frege. In: SHANKER, Stuart G. (edited by). **Philosophy of Science, Logic and Mathematics in the Twentieth Century**. Routledge: London and New York, 2004, p. 152: “Wenn es eine

Diante de tal necessidade, Frege buscou desenvolver uma língua artificial destinada a corrigir os defeitos típicos da linguagem ordinária. Os problemas da linguagem natural decorrem do fato de se manifestar a partir do uso das palavras e não a partir da consistência entre suas definições e seus fundamentos lógicos. A premissa básica de filosofia fregeriana está na ideia de que a linguagem depende de definições, sob pena de possuir lacunas semânticas que comprometeriam o conhecimento científico. Diante da insuficiência semântica das línguas naturais, Frege propõe uma língua artificial, que seria completa graças a “definições estipulativas” (*stipulative definitions*). Seu objetivo é fazer com que nenhum fenômeno careça de definições e que somente conceitos com definição sejam aceitos dentro do sistema lógico.

Contudo, a filosofia fregeriana falha ao buscar completude nos sistemas lógicos. A insuficiência da linguagem ordinária – vista por Frege como seu problema fundamental – atinge até mesmo a matemática clássica, vejamos: qual o resultado da divisão 0/0 (zero por zero)? A resposta é que não existe resultado (ao menos, dentro do sistema da matemática padrão), pois o sistema matemático é incompleto. A nossa matemática padrão parte da premissa de que o sistema somente comporta X (1, o ‘hum’) ou não-X (0, o ‘zero’), sendo que o segundo significa a ausência de conteúdo e o primeiro, a sua presença. Todos os demais números derivam dessa oposição entre X e não-X. Frege propõe construir uma linguagem que seja, além de autorreferente – como a matemática já o é –, autossuficiente, o que não é possível.²²³

Frege viria a influenciar bastante a filosofia analítica com suas ideias, e esta viria a influenciar autores relevantes do positivismo jurídico. É difícil não identificar na completude lógica de Frege similitudes com o modelo de ordenamento jurídico de Kelsen, por exemplo. Se na filosofia fregeriana somente conceitos com definição seriam aceitos no sistema linguístico, em Kelsen somente normas reconhecidas pela autoridade competente seriam aceitas no sistema jurídico. Em ambos, a critério formal foi uma

Aufgabe der Philosophie ist, die Herrschaft des Wortes über den menschlichen Geist zu brechen, indem sie die *Täuschungen* aufdeckt, die durch den Sprachgebrauch über die Beziehungender Begriffe oft fast unvermeidlich entstehen, indem sie den Gedanken von demjenigen befreit, womit ihn allein die Beschaffenheit des sprachlichen Ausdrucksmittels behaftet, so wird meine Begriffsschrift, für diese Zwecke weiter ausgebildet, den Philosophen ein brauchbares Werkzeug werden können.” Em tradução livre: “É tarefa da filosofia quebrar a dominância da palavra sobre a mente humana, expondo os enganos que muitas vezes são quase inevitavelmente provocados pelo uso da linguagem em relação aos conceitos, libertando o pensamento dos meios linguísticos de expressão, para o fim de oferecer uma ferramenta útil para os filósofos.”

²²³ Os outros problemas da proposta de Frege podem ser lidos no item 2.1.2 do Capítulo 01.

solução *ad hoc* para tentar resolver o problema da vagueza, mas ambos fracassaram (ao menos quanto a buscaram propostas que abrangesse toda amplitude de seus campos de estudo). As dificuldades encontradas por ambos também se assemelham, como será melhor discutido em momento posterior.²²⁴

Ainda na primeira metade do séc. XX, por meio de Russell, a vagueza foi reintroduzida – apesar de que apenas sutil e insuficientemente – ao campo de atenção da filosofia. Somente na segunda metade do mesmo século é que a vagueza foi definitivamente colocada nos holofotes da filosofia, de modo a ser estudada como uma questão linguística e filosófica muito além de um simples efeito semântico das palavras ou de um defeito no uso ordinário da linguagem, mas como parte característica da linguagem.²²⁵

2.2.2 PARADOXO *SORITES* E SUAS REPERCUSSÕES TEÓRICAS

O paradoxo *sorites* é desencadeado pela seguinte pergunta: quantos grãos de areia são necessários para formar um monte? Certamente, um grão não seria suficiente. Dez, também não. Nem mil grãos bastariam, já que ainda formariam uma porção que possivelmente caberia na mão. Mas um conjunto de bilhões ou trilhões de grãos que ocupassem alguns hectares poderia ser perfeitamente considerado um monte. Então chegamos a uma nova questão: em que momento deixamos de ter um simples conjunto de grãos e passamos a ter um monte?²²⁶ O paradoxo pode ser apresentado esquematicamente da seguinte forma:

1. 1.000.000.000 (*hum bilhão*) de grãos pode formar um monte.

²²⁴ Vide item 2.3 do presente capítulo.

²²⁵ SHIFFER, Shephen. Philosophical and Jurisprudential Issues of Vagueness. In: KEIL, Geert; POSCHER, Ralf. (edited by) **Vagueness in the Law**. Philosophical and legal perspectives. New York: Oxford University Press, 2016, p. 25: “Although the problem of vagueness has been with philosophers for about 2,400 years, the number of words they have written on it in the past thirty or so years far exceeds the number they wrote on it in the 2,370 or so years before then. This is in part due to the realization that the sorites can’t be dismissed as an amusing brain teaser or as a defect of vernacular language that poses no serious threat to the semantical or logical issues with which logicians and philosophers of language should be concerned, but also to the ever- increasing use of formal techniques in analytical philosophy. There are many theories of vagueness – indeed, it is difficult to suppose there is any position in logical space on vagueness where one or more philosophers are not to be found exercising all the ingenuity they can muster. None of these theories comes close to being recognized as the correct theory of vagueness. Here, simply by way of illustration, are three prominent examples of theories of vagueness.”

²²⁶ Apesar de ser um dilema que data da antiguidade grega, uma boa versão atual do problema é descrita em: DEEMTER, Kees van. **Not exactly**: in praise of vagueness. New York: Oxford University Press, 2010, p. 154

2. *0* (*zero*) grão não pode formar um monte.
3. Para todo n , se n grãos não podem formar um monte, então $n + 1$ grãos não poderiam formar um monte.
 - a. Se *0* (*zero*) grão não pode formar um monte, então *1* grão não poderia formar um monte.
 - b. Se *1* grão não pode formar um monte, então *2* grãos não poderiam formar um monte.
 - c. Se *999.999.999* de grãos não podem formar um monte, então *um bilhão* de grãos não poderia formar um monte.
4. Logo, *1.000.000.000* (*um bilhão*) de grãos não podem formar um monte.²²⁷

Claramente existe uma contradição entre (1) e (4), já que dentro de um modelo lógico clássico de primeira ordem²²⁸ não seria possível, a partir do silogismo (Se todo A é B, e todo B é C, então todo A é C.), identificar quantitativamente o momento em que passa a haver um “monte”. Em primeiro momento, uma questão deste tipo poderia parecer trivial e pouco produtiva, mas ela envolve um problema filosófico bastante complexo e de implicações práticas em diversas áreas. No campo da lógica, este paradoxo desnuda um problema fundamental para todo sistema lógico, que é a impossibilidade de haver sistemas conceituais completamente herméticos, uma vez que a proibição de diálogo do sistema formal com elementos externos levaria a uma contradição em relação à existência ou não do “monte”.

O problema pode ser parcialmente evitado quando se adotam sistemas lógicos orientados por tautologias, a partir de axiomas pré-definidos. Quando se fala em tautologia, quer-se dizer que as proposições lógicas têm premissas que (em tese) independem de referências externas por serem estritamente formais. Seria o caso, por exemplo, da matemática tradicional que se baseia na combinação de unidades derivadas de 0 ou 1: se somente é possível 1 (X) ou 0 (não-X), então $1+1=2$ é um resultado que deriva da reiteração das premissas apresentadas. Neste caso, os elementos do sistema são tautológicos por derivarem de uma base comum – a não-contradição entre o 0 e o 1 –, que

²²⁷ DEEMTER, Kees van. **Not exactly**: in praise of vagueness. New York: Oxford University Press, 2010, pp. 135-136.

²²⁸ Lógica de primeira-ordem pode ser entendida, simplificada, como aquela em que todas as variáveis são previamente identificadas. E diferencia-se da lógica de segunda-ordem. Cf.: ENDERTON, Herbert B. **Second-order and Higher-order Logic**. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2015 Edition), Edward N. Zalta (ed.). Disponível em: < <https://plato.stanford.edu/archives/fall2015/entries/logic-higher-order/> >. Acesso em: 24 ago. 2018.

podem se expressar de maneiras diversas, mas são sempre redutíveis aos elementos básicos iniciais (seria como falar que 12 é a simples junção de doze unidades de 1, sendo deste derivado e a este redutível).

Todavia, sistemas como as ciências empíricas e as ciências jurídicas, por outro lado, trabalham com padrões não-tautológicos, pois – de modo geral – dependem de elementos externos ao próprio sistema, o que torna insuficiente as lógicas típicas da matemática para tais situações.²²⁹ Quando o físico formula proposições de verdade sobre o universo, ele não busca a simples compatibilidade das conclusões com as suas premissas, mas sim respostas para os desafios encontrados pela experiência e pela observação (ou seja, depende de referências externas), por exemplo, de fenômenos como buracos negros e ondas gravitacionais, que poderão reforçar ou enfraquecer certa hipótese científica. Ou seja, seu objeto de conhecimento é externo, e os padrões lógicos são apenas um instrumento para auxiliar a investigação científica. Já o Direito também pode ser identificado desta maneira: correntes kelsenianas diriam que a referência externa do Direito são os textos normativos (construções lógicas não bastariam sem base positivada), já correntes sociológicas diriam que a referência externa seria o convívio em sociedade (central seria, por exemplo, a função pacificadora da norma concreta). O exemplo do “monte” se encaixa aqui, já que a conclusão mais adequada dependeria de elementos externos ao silogismo para se identificar quando *começa* o monte, como uma convenção técnica ou um costume dos usos da linguagem.

A vagueza pode ser inserida na lógica de diversas maneiras, adequando ou substituindo algumas das premissas encampadas pela sua versão clássica, de forma a

²²⁹ LAKOFF, George. **Women, Fire, and Dangerous Things**: what categories reveal about the mind. Chicago & London: The University of Chicago Press, 1987, p. 219: “Mathematical logic – one of the great marvels of twentieth-century intellectual life – has been used to justify an objectivist approach to cognitive science in general, and to linguistics and the philosophy of language in particular. As we have seen, the study of categorization phenomena suggests that it has been applied inappropriately. It's not that there is anything wrong with the tools of mathematical logic. It's just that they are inadequate to deal with the empirical facts that have been discovered about human categorization. Mathematical logic has been asked to do a job that it was not designed to do, and it is not surprising that it has failed. The mathematical tools that have been used are formal syntax and model theory. It is sometimes assumed that the way they have been applied to the study of natural language syntax and semantics is simply natural and obviously correct – that natural language syntax and semantics is just a special case of formal syntax and semantics. This is not true. The formalist enterprise in linguistics and in cognition generally is an attempt to impose formal syntax and formal semantics on the study of language and human reason *in a particular way*, which, as we have seen, is empirically inadequate. It is important to know *that* it is inadequate; but it is equally important to be aware of exactly *where* it goes wrong.”

propiciar as bases para um sistema lógico compatível com a linguagem natural.²³⁰ Como comentado no Capítulo 01, não se trata de abandonar ou desacreditar a lógica – como alguns fazem parecer necessário –, mas contextualizá-la e reformá-la com base nas novas concepções de linguagem (como a institucionalista).²³¹ Reconhecendo que a vagueza é uma decorrência natural da linguagem ordinária, a sistematização lógica da linguagem passa necessariamente pela racionalização da vagueza a partir de modelos que permitam figuras como a contradição (ainda que relativa e restrita) e a gradualidade.

Deemter apresenta a ideia de superavaliação que mitiga algumas bases do modelo clássico para melhor adequar a lógica à vagueza, utilizando-se de elementos da lógica parcial (*partial logic*).²³² A superavaliação adota duas premissas fundamentais: (i) a existência de lugares comuns em que existiria possibilidade de maior diálogo entre os lados da relação comunicativa (ex.: atingir um consenso sobre que eventos são X e quais são não-X, como sobre o que todos os agentes concordam ser uma “cadeira” e o que todos concordam não sê-la); e (ii) a mitigação do princípio do terceiro excluído ou da exclusão do termo médio (*excluded middle law*), usando como base a ideia de lacuna de juízo valorativo (*truth value gap*), de forma que os sistemas lógicos passem a admitir figuras intermediárias entre dois conceitos extremos. Aqueles eventos que estiverem dentro dos lugares comuns *são* associados ao X ou ao não-X no que se chama de *juízo de superverdade*; na área intermediária, entre os lugares comuns de X e não-X, tem-se a zona de penumbra que contém os eventos intermediários (*penumbral connection*).

²³⁰ DEEMTER, Kees van. **Not exactly**: in praise of vagueness. New York: Oxford University Press, 2010, pp. 160-161: “Vagueness can enter logic in different ways. One could, for example, model the behaviour of quantifiers such as ‘almost all’. Perhaps surprisingly, this new quantifier behaves rather differently from its more uncompromising cousin ‘all’. It is part and parcel of the meaning of ‘all’ (V) that premisses ‘all A are B’ and ‘all B are C’ warrant the conclusion ‘all A are C’. But if we replace ‘all’ by ‘almost all’ (allowing, for example, at most 10 per cent of A as exceptions) then the conclusion no longer follows; in fact, it is possible² that no A at all are C (see Fig. 11). Since the sorites paradox happens to hinge on predicates, the following sections will focus on deviations from classical logic where only the predicates in the formulas are vague. Yet this one difference will trigger others in its wake: some logics use truth values other than true and false, for instance; others redefine the conditional and the conjunction operator; some have ended up meddling with the law of the excluded middle. Many researchers, finally, have proposed deviations from the logical consequence relation of classical logic; modifications of this last type will not be discussed in detail, since they can be thought of as flowing from other, more fundamental deviations.”

²³¹ Vide item 2.3 do presente capítulo.

²³² *Idem*, p. 162: “Supervaluations were first proposed by the philosopher Bas van Fraassen and applied to sorites by a number of authors, and most notably in a beautifully transparent research article by Kit Fine. Fine starts his exploration by focusing on the connection between such words as ‘red’ and ‘pink’. Even if we do not know where the boundary between the two colours lies, Fine assumes that we do know that the two colours border on each other, so a blob of well-mixed paint cannot be both red and pink. Red and pink are related concepts. Given that they are vague at the same time, Fine says that there is a *penumbral connection* between them.”

Os eventos fora dos lugares comuns, mas dentro de zonas de penumbra, *podem ser* associados a X ou não-X, mas por um processo lógico menos rígido, o *juízo de verdade* (de natureza probabilística).²³³ A expressão “verdade” aqui se associa a um juízo proposicional *relativo e precário*, pois demanda um processo justificatório (isto é, argumentativo), já que o juízo de verdade está muito mais sujeito a mutações e demanda um perfil de legitimação diferente, já que o consenso sobre a adequação do uso da linguagem não seria baseado por lugares comuns (que precisariam ser prévios). O consenso no juízo de verdade precisa ser construído *a posteriori*, de modo a se justificar a construção do sentido de uma determinada maneira.

Proposta alternativa é o epistemicismo que, resgatando parte da compreensão estoica da vagueza, propõe que a gradualidade é decorrente da impossibilidade de se saber com exatidão em que momento se inicia um evento X e se termina um outro evento Y. Schiffer afirma que a explicação epistemicista preserva os fundamentos da lógica clássica, aceitando os princípios da não-contradição e da bivalência, e busca explicar vagueza como produto de uma ignorância insolúvel, de forma que mais de uma resposta se tornaria aceitável.²³⁴

²³³ *Idem*, pp. 162-165: “In order to do justice to penumbral connections between words, Fine adopts supervaluations. The basic idea of a supervaluation is simple: if you are uncertain about something, you may still be certain about anything that does not depend on the way in which your uncertainties are resolved. In other words, you call something true if and only if it is true under all the different ways in which your uncertainties might be resolved. A blob cannot be both red and pink because, regardless of how we define these colours, they do not overlap. More generally, ‘a vague sentence is true if and only if it is true for all ways of making it completely precise’. (...) *Supervaluational truth*: A statement p is supertrue with respect to a partial model M if and only if p is true in all precisifications of M that are complete. A statement p is superfalse with respect to a partial model M if and only if p is false in all precisifications of M that are complete. Supertruth upholds the main logical laws. Consider, for example, ‘John is either short or John is not short’, an example of the law of excluded middle. Supervaluations treat this as just another penumbral connection. The sentence is supertrue because it is true regardless of where the threshold lies: depending on where this is, John may be short (making the sentence ‘John is short’ true) or not (making ‘John is not short’ true). In a similar way, one can easily show that contradictions (i.e. statements of the form p & ¬p) come out superfalse. This classical behaviour is one of the attractions of the supervaluational approach. Fine proves several other attractive properties for this approach. For example, once a sentence has received a truth value (e.g. it is supertrue given a certain incomplete model) then this truth value cannot be changed by precisifying the model.”

²³⁴ SHIFFER, Shephen. Philosophical and Jurisprudential Issues of Vagueness. In: KEIL, Geert; POSCHER, Ralf. (edited by) **Vagueness in the Law**. Philosophical and legal perspectives. New York: Oxford University Press, 2016, p. 25: “The *epistemicist* accepts classical logic and bivalence. Because he accepts bivalence, he would say that, notwithstanding Ava’s being a borderline case of a thing to which ‘girl’ applies, ‘Ava is a girl’ is either true or else false, and thus that it’s either a fact that Ava is a girl or else a fact that she’s not a girl; and because he accepts classical logic and bivalence and also knows that a nine-year-old human female is a girl but that a forty-year-old human female isn’t a girl, he also accepts that there is a number *n* such that an *n*-year-old human female is a girl but an *n*.0000000317097919838-year-old human female— i.e. a human female one second older than *n* years old— isn’t a girl, and so for this theorist the sorites inference SI is sound. But if there is such a number *n* and it’s either a fact that Ava is a girl or a fact that she’s not a girl, notwithstanding that she is a borderline case of a thing to which ‘girl’

A proposta epistemicista, contudo, possui falhas evidentes. Em primeiro lugar, é possível conhecer com exatidão todas as etapas de um processo (e. g., o apodrecimento de uma “manga” até que se torne “lixo”), contudo ainda persistir dúvida sobre o melhor momento a se deixar de chamar de “manga” e começar a se chamar de “lixo”. Em segundo lugar, o uso ordinário das palavras continuaria a ocorrer frouxo no convívio social, de modo que novos sentidos poderiam ser consolidar com o tempo, independentemente do grau de cognição sobre os eventos qualificados semanticamente. As decisões judiciais que aplicam conceitos vagos, por exemplo, podem conhecer bem os eventos do caso concreto, mas ainda depende de fundamentação específica para a aplicação das expressões vagas. Em terceiro lugar, há uma confusão no epistemicismo entre as causas da vagueza e suas consequências epistemológicas. A imprecisão decorrente do uso ordinário da linguagem pode eventualmente provocar (ou ser provocada por) dúvidas de sentido e, conseqüentemente, de cognição.

Por exemplo, imaginemos a situação em que uma criança encontra uma “manga” no chão e, logo em seguida, avisa para os pais o que encontrou (“Mãe, pai, posso comer essa manga?” – diz a criança, apontando em direção à fruta). Ao se aproximarem, a mãe afirma que já apodreceu (já virou “lixo”), enquanto o pai diz que ainda dá para aproveitá-la (ainda não virou “lixo”). Aqui temos efetivamente, quando a criança chama os pais, dois problemas de vagueza. O primeiro de vagueza provocado pela (falta de) cognição, no que tange à adequação do uso da palavra “manga”, pois aqui a questão de ser “manga” ou “lixo” oculta esta outra questão: seria a fruta encontrada apta para o consumo? Esse é um problema de cognição que poderia resolver, em parte, o problema da vagueza. Contudo, também existe um problema de vagueza que independe da cognição, já que a gradualidade persiste contextualmente. Imaginemos que os três estejam no meio do deserto e famintos, e a criança já apresenta sinais de desnutrição. Possivelmente a situação concreta levaria a considerar “manga” o que em situação menos adversas seria considerado “lixo”.

A circunstância da vagueza provocada pela (falta de) cognição também pode ser percebida em textos legislativos, por exemplo, quando o legislador utiliza expressões como “função social” (do art. 421 do CC/02) ou “boa-fé” (do art. 113 do CC/02), está

applies, then wherein lies the vagueness of ‘girl’? To this the epistemicist answers that it lies in the explanation of why it’s impossible to know what the cut- off number or the truth- value of a borderline statement is, where epistemicists may differ on what they take that explanation to be. For the epistemicist, vagueness is a kind of irremediable ignorance.”

delegando a cognição (e reconhecendo a falta dela por sua parte) acerca dos eventos concretos correlatos com as expressões vagas. Assim, a vagueza funciona como uma abertura cognitiva. O uso de expressões vagas em textos legais permite ao legislador delegar e postergar a tomada de decisões, quando não for possível ou adequado toma-las *a priori*.

Todavia, também é possível problemas de vagueza independente do grau de cognição sobre os eventos do caso concreto. Por exemplo, é possível que a criatividade argumentativa do intérprete ou a peculiaridade do caso concreto coloquem o aplicador do Direito em uma posição de dúvida acerca da melhor forma de compreender certos termos ou certos eventos (como o sentido de *casa*, do art. 5º, XI, da CRFB/88 ou “família”, do art. 226, *caput*, da CRFB/88). Aqui fica claro que a vagueza é uma questão semântica que pode, ou não, se desdobrar de (ou em) um problema de cognição, o que leva a concluir que – a despeito da sua relevância – algumas das premissas da lógica clássica precisam ser relativizadas (superando-se, assim, a proposta epistemicista).²³⁵

O Direito se insere igualmente nesse contexto de difícil relação com a vagueza, com os modos de sua operacionalização e com os paradigmas tradicionais da lógica. A subsunção talvez seja o vestígio mais marcante da lógica clássica no estudo jurídico, especialmente pela influência de correntes formalistas sobre o estudo jurídico.²³⁶ O

²³⁵ BACON, Andrew. **Vagueness and Thought**. New York: Oxford University Press, 2018, pp. 31 e ss.

²³⁶ LARENZ, Karl. **Methodenlehren der Rechtswissenschaft**. Zweite Auflage. Berlin: Springer-Verlag, 1969, p. 75: “Die ‚Reine Rechtslehre‘ begreift also den rechtlichen Sinngehalt eines Geschehens, das als solches ‚ein Stück Natur‘, daher ‚kausalgesetzlich bestimmt‘ ist, indem sie es einer Rechtsnorm subsumiert, die ihrerseits ihre Geltung daher hat, daß sie gemäß einer anderen, ihr gegenüber höheren Norm ‚erzeugt‘ worden ist. Dagegen überläßt sie die tatsächliche Seite des Geschehens, wie z. B. die Absichten und Motive des Gesetzgebers und die Wirkungen seiner Anordnung, einer anderen Wissenschaft, der Rechtssoziologie als einer ‚Tatsachenwissenschaft‘. Was diese in den Blick bekommt, ist nicht eigentlich das Recht selbst, ‚es sind gewisse Parallelphänomene in der Natur‘ (RR 108). Die Reine Rechtslehre dagegen - als ‚spezifische Rechtswissenschaft‘ - befaßt sich nur mit den Rechtsnormen, nicht als Bewußtseins-tatsachen, sondern als Sinngehalten. ‚Ihr Problem ist die spezifische Eigenart einer Sinnsphäre‘ (RR 108). Der ‚Reinen Rechtslehre‘ geht es um die logische Eigenart und die methodische Selbständigkeit der Rechtswissenschaft. Sie ‚will die Rechtswissenschaft von allen ihr fremden Elementen befreien‘ (RR 1). Daher wendet sie sich auf der einen Seite gegen die Verwechslung der juristischen Betrachtung mit der soziologischen.“ Em tradução livre: “A ‘teoria pura da lei’ apreende, assim, o significado jurídico de um acontecimento que, como tal, é ‘um pedaço da natureza’, assim ‘determinado causalmente’, submetendo-o a uma norma jurídica que, por sua vez, tem sua validade, de acordo com outro foi gerado ‘em comparação com padrões mais elevados. Em contraste, deixa o lado real da ação, tal. Por exemplo, as intenções e motivos do legislador e os efeitos de sua ordem, outra ciência, a sociologia do direito como uma ‘ciência dos fatos’. O que eles estão olhando não é realmente a própria lei, ‘há certos fenômenos paralelos na natureza’ (RR 108). Por outro lado, a doutrina jurídica pura - como uma ‘ciência jurídica específica’ – lida apenas com normas legais, não como fatos da consciência, mas como conteúdo de significado. ‘Seu problema é a natureza específica de uma esfera de sentido’ (RR 108). A ‘doutrina legal pura’ lida com a peculiaridade lógica e a independência metódica da jurisprudência. Quer libertar a jurisprudência de todos os elementos que lhe são

pressuposto silogístico está nas ideias (i) de que as referências formais do Direito poderiam suprir quaisquer necessidades de respostas jurídicas (sem recorrer a elementos estranhos ao sistema), (ii) de que o sistema jurídico seria completo (no sentido de que qualquer solução jurídica seria declaratória de um Direito pré-existente) e (iii) de que a busca por elementos externos seria desvirtuar o estudo do Direito (e até sua própria aplicação), que precisaria respeitar certa pureza conceitual e metodológica.

Como reação às correntes formalistas, surgiram antes e depois da 2ª Guerra Mundial correntes que buscavam romper com os excessos do formalismo. Convém fazer uma breve observação aqui: não é correto dizer, como parte da doutrina latino-americana costuma repetir, que o positivismo kelseniano teria sido instrumento de legitimação do nacional-socialismo. Ao contrário, os juristas nazistas (defensores de uma concepção substancial e sociológica de Direito) eram fortes críticos do positivismo e de sua neutralidade política. A reação valorativa ao positivismo não se deu pela intimidade dessa doutrina jurídica com o nacional-socialismo, mas sim pela sua letargia política e pela insuficiência do pensamento positivista para satisfazer as novas necessidades éticas do mundo ocidental do pós-guerra e pós-Holocausto.²³⁷

No pré-guerra, foram mais fortes correntes que buscavam denunciar a insuficiência metodológica do formalismo, como as correntes sociológicas²³⁸ e algumas

estranhos (RR 1). Portanto, por um lado, ele se volta contra a confusão da consideração legal com o sociológico.”

²³⁷ Cf.: OUYEN, Robert Chr. van. **Bundesverfassungsgericht und politische Theorie**. Ein Forschungsansatz zur Politologie der Verfassungsgerichtsbarkeit. Berlin: Springer VS, 2015; _____, **Integration**. Die antidemokratische Staatstheorie von Rudolf Smend im politischen System der Bundesrepublik. Berlin: Springer VS, 2014; HILGENDORF, Eric. Rechtsphilosophie zwischen 1860 und 1960. In: HILGENDORF, Eric; JOERDEN, Jan C. (Hg.) **Handbuch Rechtsphilosophie**. Stuttgart: J. B. Metzler Verlag, 2017, pp. 160 e ss.; SUNSTEIN, Cass R. **Must Formalism be Defended Empirically?** Disponível em:

https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1329&context=law_and_economics >. Acesso em: 06 out. 2018: “In the Nazi period, German judges rejected formalism. They did not rely on the ordinary or original meaning of legal texts. On the contrary, they thought that statutes should be construed in accordance with the spirit of the age, defined by reference to the Nazi regime. They thought that courts could carry out their task ‘only if they do not remain glued to the letter of the law, but rather penetrate its inner core in their interpretations and do their part to see that the aims of the lawmaker are realized.’ Thus, for example, the German Supreme Court concluded that a law forbidding ‘sexual intercourse’ between Germans and Jews ‘is not limited to coition. ... A broad interpretation is ... appropriate in view of the fact that the provisions of the law are meant to protect not only German blood but also German honor. This requires that in addition to coition, all such sexual manipulations—whether actively performed or passively tolerated—that have as their aim the satisfaction of one partner’s sex drive in a manner other than the completion of coition, must cease between Jews and citizens of German or related kinds of blood.’ A lower court went so far as to conclude that kissing could take ‘the place of normal sexual intercourse’ and therefore violate the statute, in such a way as to justify a two-year jail sentence.”

²³⁸ LARENZ, Karl. **Methodenlehren der Rechtswissenschaft**. Zweite Auflage. Berlin: Springer-Verlag, 1969, p. 65: “Bülow, Ehrlich und die Anhänger der Freirechtbewegung haben darin recht gesehen, daß die

correntes da jurisprudência dos interesses²³⁹. No pós-guerra, as críticas majoritárias passaram a ser de cunho ético e valorativo, em especial pelo fortalecimento de correntes que buscavam reintroduzir os valores no estudo e na aplicação do Direito.²⁴⁰ Contudo, tanto os críticos do pré-guerra quanto os críticos do pós-guerra não lograram pleno êxito em seus esforços, como se percebe pelo constante regresso. A consistência teórica e operacional do positivismo jurídico ainda é a mesma viga de sustentação de seus críticos. Afinal como substituir a certeza dos enunciados pela incerteza dos valores? A maior dificuldade em lidar com os valores na teoria do Direito parece estar na falta de uma nova teoria da semântica, compatível com esses novos desafios práticos e teóricos. Não basta o carro ter lataria nova quando o motor ainda é velho. No campo da semântica, o presente

Beurteilung eines Rechtsfalles nahezu immer mehr erfordert als nur eine ‚logische Deduktion‘, d. h. einen Subsumtionsschluß. Sowohl die Urteilsfindung im einzelnen Fall wie die Auslegung und die Fortbildung des Gesetzes in der Rechtswissenschaft sind in der Tat schöpferische Leistungen. Aber damit ist nicht gesagt, daß sie keine Erkenntnisvorgänge, sondern Äußerungen des Rechtsgefühls oder Willensvorgänge wären. Diese ‚kurzschlüssige‘ Annahme beruht vielmehr allein auf der unberechtigten Gleichsetzung des Erkenntnisprozesses mit dem formal-logischen Schlußverfahren und einer ‚mechanischen‘ Subsumtionstechnik, letzten Endes also auf dem positivistischen Wissenschaftsbegriff. Aber es gibt auch schöpferische Erkenntnisleistungen.” Em tradução livre: “Bülow, Ehrlich e os seguidores da Escola Livre do Direito consideraram, com razão, que a avaliação de um caso jurídico requer quase sempre mais do que apenas uma ‘dedução lógica’, isto é, uma conclusão subsuntiva. Tanto a determinação do julgamento em um caso particular quanto a interpretação e aperfeiçoamento da lei na jurisprudência são de fato realizações criativas. Mas isso não significa que não sejam cognições, mas expressões do senso de justiça ou de volições. Em vez disso, essa suposição de ‘curto-circuito’ repousa unicamente na equação injustificada do processo cognitivo com o método de inferência formal-lógica e uma técnica de ‘subsunção mecânica’ e, em última análise, no conceito positivista de ciência. Mas também existem cognições criativas.”

²³⁹ *Idem*, pp. 149-150: „Die Interessenjurisprudenz hat den Glauben der deutschen Juristen daran zerstört, daß die gesamte Rechtsordnung (oder doch das Privatrecht) als ein in sich geschlossenes System von (aus den Rechtsnormen abstrahierten) Begriffen zu verstehen sei, aus dem mittels logischer Ableitung neue Rechtsbegriffe und Fallentscheidungen gewonnen werden könnten. Heck hatte zwar den beschränkten Nutzen eines solchen Systems für die Darstellung und die Subsumtion anerkannt, ihm aber den Erkenntniswert (für die Lückenausfüllung und Rechtsfortbildung, auch für eine zureichende Interpretation) abgesprochen. Die Lösung eines Rechtsproblems soll nach ihm nicht über das Rechtssystem, sondern über die Erkenntnis der beteiligten Interessen und der Interessenwertung des (historischen) Gesetzgebers gefunden werden.“ Em tradução livre: “A Jurisprudência dos Interesses destruiu as crenças dos advogados alemães de que todo o sistema legal (ou direito privado) deveria ser entendido como um sistema autônomo de conceitos (abstraidos das normas legais) dos quais novos conceitos jurídicos e decisões de casos são obtidos por lógica. Embora Heck reconhecesse a limitada utilidade de tal sistema [da Jurisprudência dos Conceitos] para representação e subsunção, ele negou-lhe o valor cognitivo (para a conclusão de lacunas e desenvolvimento legal, mesmo para uma interpretação suficiente). Segundo ele, a solução de um problema jurídico não pode ser encontrada através do sistema jurídico, mas através do conhecimento dos interesses envolvidos e dos interesses do legislador (histórico).”

²⁴⁰ *Cf.*: KAUFMANN, Matthias. Naturrechtliche Normbegründung. Rechtsphilosophie zwischen 1860 und 1960. *In*: HILGENDORF, Eric; JOERDEN, Jan C. (Hg.) **Handbuch Rechtsphilosophie**. Stuttgart: J. B. Metzler Verlag, 2017, pp. 184 e ss.; FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. **Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242864/000910796.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2018; WALUCHOW, W. J. **Inclusive Legal Positivism**. Oxford: Clarendon Press, 1994; DICKSON, Julie. Legal Positivism: Contemporary Debates. *In*: MARMOR, Andrei. (edited by) **The Routledge Companion to Philosophy of Law**. New York and London: Routledge, 2012, pp. 48 e ss.

trabalho busca uma ruptura definitiva com o cerne formalista e binarista que pauta o positivismo nas suas mais diversas vertentes e orienta o estudo do Direito ainda hoje.

O paradoxo *sorites* nos dá uma pista de como lidar de forma objetiva com valores. Seriam os “valores” inevitavelmente associados a aspectos subjetivos? Teriam existência apenas no campo da lógica deôntica, ou do discurso moral e ético? O institucionalismo oferece uma resposta diferente para a natureza dos “valores” e, assim, permite esclarecer a relação deles com a vagueza.²⁴¹ Dispensando maiores divagações filosóficas – por fugirem aos escopo do presente trabalho, os “valores” podem ser compreendidos como estados intencionais, a partir dos quais podem eventualmente decorrer alterações no plano externo por meio dos agentes que os detêm. Este é o momento em que podemos trazer de volta ao debate a causalidade intencional que foi apresentada no Capítulo 01.²⁴² Um possível efeito imediato dos valores é o agente ser induzido – voluntaria ou involuntariamente – a uma interpretação inovadora, de cujo sentido é necessário o amparo argumentativo de um elemento valorativo. Ou seja, os “valores” se manifestam na ação (primeira causalidade intencional) e na justificação da ação (segunda causalidade intencional). No Capítulo 03, a relevância dos “valores” será tratada de forma mais meticulosa quando se discutir o *desafio do tipo-padrão*.²⁴³

O estudo do Direito, assim como ocorreu em outras searas do conhecimento, deixou a semântica e, conseqüentemente, a vagueza à margem de suas investigações. Como fica muito claro quando se debatem “valores”, ao invés de buscar novos paradigmas para resolver seus novos desafios, os estudiosos do fenômeno jurídico mantiveram-se fiéis às premissas cultivadas pelas tradições filosófica e jurídica tradicionais. Até as correntes que buscavam alguma ruptura encontraram profundas dificuldades de se distanciar demais. Dificilmente serão encontradas respostas satisfatórias para os novos desafios a partir das perguntas de sempre. O formalismo funciona (e ao que parece não deixará de funcionar) como um sol para o estudo e a aplicação do Direito: próximo demais queima, longe demais congela. Hoje parece queimar mais do que deveria, em razão da persistência de concepções erradas sobre a

²⁴¹ Cf.: GRICE, Paul. **The Conception of Value**. With an Introduction by Judith Baker. Oxford: Clarendon Press, 1991.

²⁴² Vide item 1.2.2 do Capítulo 01.

²⁴³ Vide item 3.1 do Capítulo 03.

lógica e a semântica. A reinterpretação do sentido dos valores no Direito, com base no institucionalismo e na vagueza, será melhor trabalhada no Capítulo 03.

O paradoxo *sorites* permite entender que a gradualidade é atributo da linguagem ordinário e resultado de relações sociais semanticamente significativas. No Direito, é comum se utilizar do postulado da proporcionalidade como fundamento argumentativo para afastar interpretações monotônicas dos institutos jurídicos. Todavia, a verdadeira questão a se resolver não é saber o modo adequado de aplicar a proporcionalidade, mas compreender e operacionalizar adequadamente a vagueza semântica, que real causadora do fenômeno operado por meio da “proporcionalidade”. O postulado da proporcionalidade acaba funcionando apenas como um *token* argumentativo, mas não oferece elementos suficientes para compreender e operacionalizar adequadamente a linguagem ordinária. Já a partir da vagueza, é possível reconhecer de forma explícita o caráter aberto, conciliatório e pragmático que o Direito deve ter, em oposição a uma concepção hermética, dogmática e formalista.

2.3 PROBLEMA DA VAGUEZA: QUANDO OS GRÃOS SE TORNAM MONTE

A concepção filosófica de vagueza difere do que o senso comum jurídico costuma descrever por “vagueza”. Em linhas gerais, a vagueza é descrita como a situação em que existem casos limítrofes (*boderline cases*), ou seja, quando não for possível se aplicar um conceito ou outro a determinada situação concreta com precisão.²⁴⁴ Em casos de vagueza, há situações típicas em que o conceito se aplica de forma satisfatória e outras em que não se aplicaria perfeitamente, de forma que se encontrariam em uma zona intermediária de penumbra (casos de *superverdade*, como nomeado pela superavaliação). A gradualidade inclui a não-penumbra e a penumbra, de forma que, como afirma Deemter, as conexões penumbrais entre os conceitos são importante elemento caracterizador da linguagem ordinária e permitem conceituações intermediárias entre os extremos.²⁴⁵

A semântica da vagueza tem sua raiz nas contradições performativas dos sujeitos integrantes de certo contexto comunicativo que, ao atribuir valor linguístico ao mundo – por meio de jogos de referência, que atrelam eventos no mundo a certos símbolos –,

²⁴⁴ BURNETT, Heather. **Gradability in Natural Language**: Logical and Grammatical Foundations. New York: Oxford University Press, 2017, pp. 17 e ss.

²⁴⁵ DEEMTER, Kees van. **Not exactly**: in praise of vagueness. New York: Oxford University Press, 2010, p. 162.

incorrem em contradições entre si, ou seja, atribuem a eventos no mundo valores linguísticos distintos (ex.: divergência sobre a fruta no chão ser “manga” ou “lixo”; ou sobre certo recinto ser “casa”). Soames explica que a atribuição de nomes aos eventos no mundo está diretamente relacionada às *atitudes proposicionais* dos sujeitos em relação a esses eventos, ou seja, a atribuição de nomes está muito mais relacionada a alguma especificidade do viver *no* mundo do que com atributos *do* mundo em si, de forma que passa a ser conveniente atribuir conteúdo semântico (por meio de nomes ou proposições) aos eventos no mundo.²⁴⁶ A vagueza deve ser entendida como decorrente de uma *questão de referência*, com base na qual são resultadas atitudes proposicionais dissonantes entre diferentes sujeitos da comunidade, isto é, trata-se de um fenômeno linguístico que surge quando o uso das palavras por sujeitos diversos é feita a partir de referências diferentes (mesmas palavras ou locuções, mas sentidos diferentes). O resultado é que as mesmas palavras acabam por levar a resultados comunicativos diferentes para cada um dos interlocutores, provocando a vagueza semântica.²⁴⁷

Entender a vagueza como uma questão de referência permite perceber que não se trata de um problema resolvido pela via de “palavras claras” – como defendido por algumas linhas mais formalistas –, mas sim pela orientação de como devem ocorrer os jogos de referência, ou seja, pelo uso semanticamente correspondente entre os participantes do ato de fala, de modo a se atingir resultados comunicativos análogos. Em outras palavras, a vagueza pode ser administrada de forma adequada – embora não seja possível imaginar uma solução definitiva – por meio de arranjos sociais que facilitem encontrar lugares comuns, como defende a superavaliação, e propiciem um maior grau

²⁴⁶ SOAMES, Scott. **Beyond Rigidity**: The Unfinished Semantic Agenda of Naming and Necessity. New York: Oxford University Press, 2002, p. 131: “In chapter 3 I argued that the semantic contents of most linguistically simple proper names are their referents. In chapter 4 this result was extended to the semantic contents of indexicals with respect to contexts of utterance, whereas in chapter 5 a special class of partially descriptive names was singled out as an exception to the general identification of the semantic content of a name or indexical with its referent. The central conclusions in each of these chapters rested in part on observations about what competent speakers assert by uttering sentences containing names and indexicals in different contexts. In formulating these observations, I implicitly adopted a relational account of assertion—that is, I assumed that in each case of assertion there is someone, the agent, that does the asserting and something, the object of assertion, that is asserted. I use the term *proposition* to designate the kinds of things that are objects of assertion (and other propositional attitudes) and bearers of truth-value. Assertion itself is a relation holding between agents and propositions. However, it is a mediated relation. An agent asserts a proposition *p* by doing something or employing some content-bearing representation that is associated with *p*. The most familiar cases are those in which the agent asserts a proposition by assertively uttering a sentence. I have maintained that normally the semantic content of the sentence uttered, relative to the context of utterance, is one of the propositions asserted by an agent's assertive utterance.”

²⁴⁷ SASSOON, Galit W. **Vagueness, Gradability and Typicality**: The Interpretation of Adjectives and Nouns. Leiden: Brill, 2013, pp. 68 e ss.

de consenso social sobre as referências associadas aos usos da linguagem. Vale dizer que, evidentemente, esse acerto social precisa incluir também os aspectos contextuais associados ao sentido dos atos de fala, e não apenas a conceituação isolada de eventos.

A falsa premissa do formalismo semântico, que confunde o símbolo com o objeto representado, poderia ser comparado à metáfora de um sujeito que olha os reflexos no espelho e acredita que aquelas projeções tem a mesma natureza dos objetos refletidos. Nas situações mais extremas, o formalismo poderia levar a (incorreta) conclusão de que a vagueza seja uma questão metafísica, e não uma questão semântica, ou seja, que o mundo em si teria *borderline cases*, e não a linguagem que a ele se refere (como defende o epistemicismo). Russell chegou a chamar esta confusão entre metafísica e linguagem de *falácia do verbalismo*.²⁴⁸ Shiffer destaca ainda a teoria do *no-vagueness-in-the-world*, que é desdobramento da crítica ao epistemicismo e que entende não ser possível falar de vagueza na propriedade das coisas no mundo, nem nas coisas em si.²⁴⁹ Assim, a vagueza deve ser compreendida com base na (e restringiria ao campo da) semântica e nos (dos) símbolos, nunca nos (dos) objetos simbolizados em si.

Portanto, a vagueza é um evento fenômeno sociolinguístico, pois ocorre na comunicação e depende da dissonância de sujeitos que interagem linguisticamente entre

²⁴⁸ COLYVAN, Mark. **Russell on Metaphysical Vagueness**. Disponível em: < <http://www.colyvan.com/papers/russell.pdf> >. Acesso em: 08 dez. 2017. Neste ponto, Russell parece incorrer em contradição, quando comparadas suas concepções de vagueza e de lógica, como apresentado nos itens 2.1.2 do Capítulo 01 e 3.2.1 do presente capítulo.

²⁴⁹ SHIFFER, Shephen. Philosophical and Jurisprudential Issues of Vagueness. In: KEIL, Geert; POSCHER, Ralf. (edited by) **Vagueness in the Law**. Philosophical and legal perspectives. New York: Oxford University Press, 2016, p. 35: “*No-Vagueness-in-the-World* claims that nothing outside of language and thought is vague: there are neither vague properties nor vague things; every property and thing is absolutely precise: every physical object has precise conditions of individuation, and every property has precise conditions of application that everything either satisfies or fails to satisfy. Consequently, the vagueness of a predicate token doesn’t consist in its expressing a vague property, and the vagueness of a singular term token doesn’t consist in its referring to a vague object. What, then, does it consist in? That depends on which No-Vagueness-in-the-World theorist one asks. The epistemic theorist would say that the token of ‘that area’ uttered by Al refers to a precisely defined area of the beach and that the token of ‘secluded’ refers to a precisely defined property. For the epistemicist, what makes the tokens of ‘that area’ and ‘secluded’ vague is that it’s impossible to know the precise area that is the referent of the token of ‘that area’ or the precise property that is the property expressed by the token of ‘secluded’. No-Vagueness-in-the-World isn’t a feasible option if its truth depends on its conjunction with the epistemic theory. There are various problems with the epistemic theory, but I take the following to be the most serious. Perhaps no one can say in non- semantic terms what determines the thing to which an utterance refers or the property it expresses, but I believe we know enough about how those semantic values are determined to know that it’s extremely implausible that their determinants could determine everything referred to and every property expressed to be more precise than any scientific measuring device could possibly determine it to be. I shall assume that the epistemic theory isn’t an option, and that therefore, given No-Vagueness-in-the-World, nothing is determinately the referent of a vague singular- term token or determinately the property expressed by a vague predicate token.”

si. Quando se trata de agentes isolados, não existe propriamente a vagueza, pois o ato de fala não possui interlocutores externos para que haja *dissonância proposicional*. No máximo, poder-se-ia falar em incoerência por parte do sujeito que, em certo momento, chama certo evento de X e, em momento posterior, chama-o de Y. A concepção semântica da vagueza também está alinhada com o institucionalismo, pois reconhece os atos de fala e a imprescindibilidade de uma teoria da mente.

Como decorrência do dilema da vagueza, temos o *problema da definição* que, embora ocorra também no bojo de fenômenos linguísticos, trata-se muito mais de um problema operacional do que um problema comunicativo ou proposicional propriamente, já que diz respeito a traduzir a linguagem em enunciados (em regra, proposicionais). A definição é um enunciado ou um conjunto de enunciados que visam a facilitar a compreensão dos contornos semânticos do conceito, não decorrendo necessariamente da vagueza, mas da necessidade prática de melhor compreender os símbolos utilizados. É um importante instrumento comunicativo, embora seja uma variável secundária e a posteriori para semântica, como assume o instrumentalismo semântico. Qual seria a melhor definição para “livro”? Ou para “manga”? Ou para “casa”? Ou para “cadeira”? Uma fonte comum de definições são os dicionários, como estas:²⁵⁰

li·vro; sm: 1 Conjunto de folhas de papel, impressas ou manuscritas, coladas ou costuradas num dos lados, cobertas por uma capa; 2 Esse mesmo livro, considerando-se o seu conteúdo, geralmente de caráter literário, artístico, científico, técnico etc., constituído por um ou mais volumes; 3 Cada um dos volumes que constituem uma determinada obra.

man·ga; sf: 1 Parte do vestuário que cobre o braço, cingindo-o, parcial ou totalmente; 2 Objeto tubular munido de dois bocais, geralmente de vidro, que protege a luz nos castiçais ou nos braços de lustres; 3 Tubo plástico, de dimensões variáveis, usado para envolver condutores elétricos.

ca·sa; sf: 1 Construção destinada a moradia; 2 Domicílio de um grupo de pessoas que vivem sob o mesmo teto; 3 Linhagem nobre; 4 A reunião de bens de uma família.

²⁵⁰ SITE DICIONÁRIO MICHAELIS. Disponível em: < <https://michaelis.uol.com.br> >. Acesso em: 05 out. 2018.

ca·dei·ra; sf: 1 Peça de madeira, metal ou plástico, que constitui peça de mobília e que consiste em um assento para uma pessoa, comumente portátil, com quatro pernas e espaldar com ou sem braços; 2 Lugar ou assento onde normalmente se instala uma pessoa de importância ou autoridade; 3 FIG Posição ou lugar de honra de uma autoridade ou dignidade em um grupo organizado ou de membro de uma corporação eclesiástica, política, científica, literária etc.; 4 FIG Cargo ou função de autoridade ou dignidade.

O uso do conceito pode ser estandardizado, como no caso acima de “cadeira” (conceito) – para me referir a “peça de madeira, metal ou plástico, que constitui peça de mobília e que consiste em um assento para uma pessoa” (definição) –, em que dificilmente poderia se imaginar conflitos em relação à esta atitude proposicional – no sentido desenvolvido por Soames²⁵¹ –, ou seja, em relação ao ato de atribuir o nome “cadeira” ao objeto “peça de mobília e que consiste em um assento para uma pessoa”. Mas sua definição pode ser objeto de *disputa*. Vejamos: seria adequado dizer em “cadeira” é “*todo* objeto que consista em um assento para uma pessoa”, independentemente de sua composição material ou de seu uso como mobília? Muitos poderiam alegar que se trata de uma definição demasiadamente ampla, a ponto de incluir objetos como a areia da praia

²⁵¹ SOAMES, Scott. **What is Meaning?** Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2010, pp. 07-09: “The view I will outline locates meaning in thought, perception, and the cognitive acts of agents. Although language is the locus of our ordinary and theoretical talk about meaning, meaning itself, or more properly, propositions – which are the meanings of sentences – are understood in terms of the explanatorily prior notion of agents predicating properties – of objects, other properties, and even of propositions – in all forms of cognition. For this reason, I reject the pervasive “language of thought” fantasy, which wrongly takes linguistic meaning as the fundamental model – to be extended to theories of cognition – for understanding all intentionality. By contrast, I start with perception. One who sees an object *x* as *red* and tastes it as *sweet* thereby predicates redness and sweetness of it, just as one who feels an object *y* as *vibrating* and hears it as *humming* predicates those properties of it. As a result, the perceptual experience of the first represents *x* as *being red and sweet*, while that of the second represents *y* as *vibrating and humming*. In virtue of this, the first agent bears a propositional attitude to the proposition *that x is red and sweet*, while the second bears a similar attitude to the proposition *that y is vibrating and humming*. These perceptual attitudes, as well the perceptual beliefs to which they typically give rise, are usually not linguistically mediated. The same is true of much – but not all – of our thought. As I have argued elsewhere, the introduction of language changes our cognitive calculus by expanding our cognitive reach. In making objects and properties with which we may have had no prior acquaintance cognitively available to us, as well as providing the means of predicating the latter of the former, language vastly increases our stock of beliefs and other complex propositional attitudes. As a result, we come to believe, know, and doubt many propositions to which our only cognitive access is mediated by sentences of our language that express them. For this reason, language is not merely a means of encoding and communicating prior and independent cognition, but also a fertile source of new cognition. Nevertheless, the explanatory model by which propositions – as meanings of sentences and objects of attitudes like assertion and belief – are to be understood is one that applies to cognitive acts of agents in their full generality, including the nonlinguistic acts of perceptual cognition, which form the basis for more complex, linguistically mediated, thought.”

ou a cama. Uma definição mais restrita seria “todo objeto para sentar com encosto para as costas e apoio lateral para os braços”. Certamente, outras críticas seriam dirigidas à esta segunda definição, talvez porque nem toda cadeira precisa de apoio para os braços.

As definições precisam ser compreendidas dentro de uma concepção institucionalista do Direito e instrumentalista da semântica, ou seja, elas não devem ser tratadas como reflexos da realidade que buscam representar, mas sim como instrumentos linguísticos que contribuem da construção de contextos comunicativos específicos. Diante da pluralidade de contextos possíveis, a definição, em última análise, não deve ser tratada a partir de um juízo de verdade (ou seja, com base em ser verdadeira ou falsa), já que o contexto epistemológico não é o único contexto comunicativo possível.

Austin chama de *felicitous* (feliz, bem-sucedido) a ação comunicativa que realiza de forma satisfatória o ato de fala pretendido pelo seu emissor.²⁵² Os aspectos que permitem o sucesso dos atos de fala não são diretamente deles dedutíveis, mas sim dependem da conjunção destes com os elementos externos de seu contexto comunicativo. O sucesso comunicativo do ato da fala deve ser mensurado com base – especialmente, mas não somente – nesses elementos externos. A expressão “chuva”, por exemplo, pode ser definida de formas bastante diversas, quando considerado um climatólogo escrevendo para a comunidade científica ou um poeta escrevendo para um jornal de abrangência nacional. As finalidades são diversas, o que demandará formatos diferentes de definição para que seus respectivos objetivos comunicativos sejam atingidos.

No campo jurídico, o problema da definição também se manifesta, especialmente pela obrigação constitucional de fundamentar as decisões judiciais. Contudo, o estudo do Direito tem uma especificidade em relação a outras áreas do conhecimento, qual seja: suas definições são fundamentais importantes para a organização da sociedade e da política, bem como são dependentes de uma base legitimadora para permitir que o ato de fala seja bem-sucedido (no caso, para ser cumprida a decisão). Basta imaginar, por exemplo, que um ato de fala infeliz (*infelicitous*) do climatólogo implicaria apenas que sua proposta teórica fosse desacreditada, já no caso do poeta provocaria, no máximo, críticas relacionadas à qualidade do trabalho em si.

²⁵² AUSTIN, John L. **How to do Things with Words**. London: Oxford University Press, 1962, pp. 14-16.

Já no caso do Direito, o ato de fala infeliz poderia provocar um *déficit regulativo* – ou indeterminação normativa, nas palavras de Endicott²⁵³ – por não oferecer elementos suficientes para regular uma situação social concreta, o que eventualmente prejudicaria a estabilidade da própria comunidade. Em sentenças ou acórdãos judiciais, por exemplo, existem, a rigor, dois níveis de ato de fala: (a) dispositivo, destinado às partes do processo; e (b) fundamentação, destinada às partes do processo e ao restante da comunidade. A partir da fundamentação é possível identificar as bases da decisão e encontrar diretrizes de como a corte deverá agir futuramente. Tendo em vista que o sucesso comunicativo de decisões judiciais depende de sua capacidade de compelir os agentes sociais a obedecer a sua determinação, não há dúvidas de que a fundamentação (especialmente no que toca à *ratio decidendi*) é essencial para o ato de fala, especialmente em sociedades democráticas. Desta forma, a fundamentação é, como já se poderia imaginar, a parte da decisão que deve arcar com o ônus da definição. Não é, contudo, em todas as situações que a definição será necessária para o sucesso comunicativo.

A comunicação em circunstâncias de vagueza tende a funcionar com base em três características básicas: (i) composicionabilidade, (ii) eficácia, e (iii) continuidade. Primeira citada, a característica da composicionabilidade consiste em reconhecer que o sentido das partes depende do sentido do todo e do modo de estruturação do conjunto. Assim, enfatiza-se o caráter sistemático da semântica, de modo a englobar outros atos de fala e os contextos comunicativos em que se encontram os agentes.²⁵⁴ A segunda é a característica da eficácia, segundo a qual os contornos semânticos (ou seja, a maneira como ocorre a definição) do ato de fala devem ser compatíveis com o que for necessário para o sucesso comunicativo.²⁵⁵ Não há necessidade de buscar reduzir uma divergência

²⁵³ ENDICOTT, Timothy A. O. **Vagueness in Law**. New York: Oxford University Press, 2000, p. 31.

²⁵⁴ SZABÓ, Zoltán Gendler. **Compositionality**. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2017 Edition), Edward N. Zalta (ed.). Disponível em: < <https://plato.stanford.edu/archives/sum2017/entries/compositionality/> >. Acesso em: 19 set. 2018.

²⁵⁵ BIX, Brian H. Vagueness and Political Choice in Law. In: KEIL, Geert; POSCHER, Ralf. (edited by) **Vagueness in the Law**. Philosophical and legal perspectives. New York: Oxford University Press, 2016, pp. 248-249: “As Lawrence Solan has pointed out (Solan 2013), uncertainty in the application of legal texts (statutes, etc.) is, in a sense, all but inevitable. For while the language of a particular statute or contractual provision may seem unambiguous on its face, there are always potential fact situations that could create uncertainty in application. Even where the terms may have boundaries as sharp as one could like (e.g. setting tax or child support obligations based on a percentage of income received), the uncertainty in application can come from some other term in the rule (e.g. disputes well known to tax and family law lawyers and scholars regarding what counts as ‘income’; Marmor 2013). On the other hand, a legal norm might contain terms with uncertain meaning, but still have determinate applications due to aspects of law’s systematic nature (e.g. through the application of other individual legal norms or interpretive norms of the system, including perhaps a prescription that individual legal norms be interpreted in a way that makes the legal system as a whole as coherent as possible, etc; e.g. Raz 2001, p. 418). Additionally, though terms in

semântica quando não for necessário fazê-lo para realizar o ato de fala.²⁵⁶ Por fim, a continuidade é a terceira característica da vagueza. A partir desta, é possível dizer que “tudo acontece em graus; a natureza não dá saltos”²⁵⁷ e certos eventos são tão semelhantes entre si que poderiam ser tratados de modo indistinto, sem grandes prejuízos. Esta característica justifica também o princípio da tolerância, explicado a seguir.²⁵⁸

Deemter enuncia o que chama de princípios básicos da vagueza, a partir dos quais propõe critérios para operacionalizar a vagueza: (i) admissibilidade, (ii) não-transitividade, e (iii) tolerância. O primeiro a ser citado é princípio da *admissibilidade*, segundo o qual todo conceito intermediário *tem que* estar contido entre dois extremos 1 e 2, de modo a observar níveis de gradualidade entre os eventos e a evitar contradições na graduação. Em segundo lugar, o princípio da *não-transitividade* determina que quando a transição entre um evento 1 e outro evento 2 for de difícil identificação, não se *deve* estabelecer conceituações peremptórias, mas sim conciliatórias e provisórias. O terceiro princípio é o da tolerância, segundo o qual, quando as percepções em relação a eventos distintos 1 e 2 forem idênticas com base em um critério X, *deve-se* tolerar concomitantemente conceituações que seriam compatíveis com os eventos 1 e 2, e não os separar, de modo a garantir isonomia de tratamento e deferência a opções concretas conforme os contextos comunicativos.²⁵⁹

Os modelos baseados essencialmente no binarismo – certo ou errado, sim ou não, legal ou ilegal²⁶⁰ etc. – são incompletos e não oferecem instrumentos satisfatórios para a

a norm may be vague, they may give sufficient guidance in a particular context (Marmor 2014, p. 93, Soames 2011, pp. 31-2). One way in which law differs from some other contexts of vagueness in prescriptions is that in other contexts one can return to the speaker for further clarification. This is generally not available for the application of legal norms (Soames 2011, pp. 35ff.) (though legislatures can respond to an interpretation of a statute they consider erroneous by an amendment that restores what they consider the correct interpretation).”

²⁵⁶ Cf.: AUSTIN, John L. **How to do Things with Words**. London: Oxford University Press, 1962.

²⁵⁷ DEEMTER, Kees van. **Not exactly: in praise of vagueness**. New York: Oxford University Press, 2010, pp. 149-150: “One of the earliest accounts of continuity is ascribed to the seventeenth century philosopher and mathematician Leibniz. The relevant principle of continuity asserts that everything in nature happens by degrees: ‘Nature makes no leaps.’ The idea seems reasonable enough in combination with a wide range of naturally occurring phenomena. It would be unexpected, for example, if the Earth contained mountains of all sizes below 8,000 metres, except between 2,000 and 4,000 metres. Similarly, if there are days when the maximum temperature is 20°C and days where the maximum is 40°C then one would expect to see days with a maximum of 30°C as well. Or take change over time: a plant or a fish or a baby does not grow to its full size in an instant, but via numerous intermediate stages, each of which differs only marginally from its predecessor.”

²⁵⁸ *Idem*, p. 149 e ss.

²⁵⁹ *Idem*, pp. 129-130.

²⁶⁰ Cf.: LUHMANN, Niklas. **Law as a Social System**. Translated by Kaus A. Ziegert. Oxford and New York: Oxford University Press, 2004.

adequada compreensão e operacionalização da vagueza no Direito, o que justifica a adoção de concepções de lógica e de semântica que mitiguem premissas (quase dogmas) há muito cristalizados na teoria do Direito. No presente capítulo e no anterior, o objetivo é exatamente consolidar as bases teóricas que materializam a proposta institucionalista para o problema da vagueza. Já no Capítulo 03 serão apresentadas premissas para um modelo argumentativo compatível com o institucionalismo e o problema da vagueza normativa.

2.4 INSTRUMENTALISMO SEMÂNTICO II: VERSÃO INSTITUCIONALISTA DA GRADUALIDADE

No Capítulo 01, o instrumentalismo foi introduzido como uma alternativa para concepções incorretas para a semântica jurídica, nominalmente estas: (i) circularidade, (ii) formalismo, e (iii) binarismo. Também foram apresentadas as duas premissas básicas do instrumentalismo: (i) abertura semântica, e (ii) instrumentalidade dos modelos lógicos. Agora serão acrescentados novos aspectos que permitem adequar o instrumentalismo à vagueza, uma vez que o institucionalismo de Searle (referência teórica para o instrumentalismo semântico) não se aprofunda nas repercussões da vagueza sobre as realidades institucionais e merece, conseqüentemente, algumas adequações.

Conforme desenvolve Searle, os três pressupostos para as realidades institucionais são estes: (i) intencionalidade coletiva, (ii) atribuição de função, e (iii) regra constitutiva.²⁶¹ A vagueza torna necessário remodelar alguns desses pressupostos, de modo a adequá-los à dinâmica e à gradualidade típicas da vagueza.

2.4.1 INTENCIONALIDADE COLETIVA: INCONGRUÊNCIAS ENTRE INTENCIONALIDADES

A intencionalidade é o conceito relacional que vincula os eventos do mundo externo e os estados mentais que se referem a este plano externo. Vale lembrar que em nada se confunde como “intenção” (no sentido de vontade), apesar da semelhança das expressões. A intencionalidade diz respeito ao elo interativo entre os sujeitos

²⁶¹ Vide item 1.3.1 do Capítulo 01.

cognoscentes e os mundo conhecido, que não se dá a partir de simples relações causais, mas sim de relações intencionais, estruturadas a partir de projeções do mundo e de modos de ação a partir dessas projeções. No âmbito coletivo, também é possível afirmar que as relações de comunidades com o plano exterior ocorrem a partir de uma intencionalidade coletiva, que influencia e é influenciada pelas intencionalidades individuais de suas partes. Contudo, estruturas coletivas tendem a ser mais instáveis e dependem de mecanismos diferentes para funcionarem de modo satisfatório.

As coletividades funcionam dependem de mecanismos de interação que inexistem nas intencionalidades individuais. A diferença mais marcante está no processo de tomada de decisões: enquanto na intencionalidade individual ele ocorre de maneira singularizada e até acrítica, na intencionalidade coletiva há uma maior suscetibilidade a consensos, dissensos e críticas. As partes (por exemplo, os neurônios cerebrais) na intencionalidade individual operam a partir de padrões físico-químicos, de impulsões e de impressões. Já na intencionalidade coletiva, os ruídos comunicativos subjacentes à intencionalidade são muito mais intensos e podem levar a resultados simultâneos, contraditórios e autoexcludentes, ou seja, a vagueza se torna mais presente.²⁶² Também ganham maior destaque na intencionalidade coletiva as condutas estratégicas que buscam levar a certos resultados comunicativos.

Enquanto na intencionalidade individual é cabível exigir coerência, na intencionalidade coletiva é mais adequado deixar claras regras a partir das quais a incoerência pode ocorrer. Transmutar o *modus operandi* da semântica individual (linear, monoconsistente e binarista) aos fenômenos linguísticos que operam a partir do coletivo parece somente servir para dar terreno para propostas pouco férteis. O paradigma das novas lógicas, por outro lado, incorpora e racionaliza as dificuldades típicas da intencionalidade coletiva associada à vagueza e oferece instrumentos para rever as

²⁶² SOLAN, Lawrence M. Why it is so difficult to resolve vagueness in legal interpretation. *In*: KEIL, Geert; POSCHER, Ralf. (edited by) **Vagueness in the Law**. Philosophical and legal perspectives. New York: Oxford University Press, 2016, p. 231: “We use language to communicate, but our language faculties are imperfect communication systems. We misspeak; we think we heard someone say one thing when the speaker actually said another; we use words that have broader or narrower application than we wish; in spoken language our capacity to generate coherent and grammatical utterances exceeds our capacity to remember what was said; we produce ambiguous utterances that can mean one thing or another, which we can sometimes resolve from context, but at other times we cannot; and we use terms that are vague and can be understood in ways that are closely related, but conceptually distinct.”

concepções de lógica tradicionalmente utilizada no estudo do direito, geralmente derivada da lógica clássica.²⁶³

A característica principal do modelo tradicional de lógica é a impossibilidade de haver contradições dentro do sistema formal. Ou seja, não é possível que determinado sistema baseado em lógica clássica admita que, com base nas premissas A e B, seja possível obter as conclusões contraditórias C e não-C. A contradição precisa ser de alguma forma excluída do sistema, seja considerando a contradição apenas aparente ou considerando uma das conclusões inválida por razões intrassistêmicas. Há perceptível proximidade desta concepção com o tradicional modelo positivista, apesar de os diversos modelos “pós-positivistas” também não se distanciarem dela.

O dissenso inerente à intencionalidade coletiva, contudo, tem um convívio difícil com a linearidade e o binarismo clássicos. As contradições e a provisoriedade são figuras constantes nas relações comunicativas e nos consensos eventualmente atingidos por meio do debate público, assim como ocorre com os objetivos e os agentes da comunidade. Desta forma, o modelo lógico (e conseqüentemente os discursos do debate) deve adotar elementos compatíveis com as características típicas da intencionalidade coletiva, oferecendo um substrato conceitual e argumentativo compatível com a vagueza. Paradoxalmente o dissenso é, ao mesmo tempo, um elemento essencial para a intencionalidade coletiva à luz da vagueza e um dificultador da própria objetividade na identificação da(s) intencionalidade(s) coletiva(s). É função do processo político construir pontes em meio ao consenso e garantir a legitimidade democrática do resultado da deliberação.²⁶⁴

²⁶³ HYDE, Dominic. Logics of Vagueness. *In*: GABBAY, Dov M.; WOODS, John. (org.) **Handbook of the history of logic. Vol. 8.** The many valued and nonmonotonic turn in logic. Amsterdam: Elsevier, 2007, pp. 298-9: “Meaningful (definite) questions require a yes or no response, but in borderline cases we cannot say exclusively one or the other, either yes or no. We must answer both yes and no; vagueness presents itself ‘as an irrefutable argument in favour of the ‘logic of contradiction’.”

²⁶⁴ BIX, Brian H. Vagueness and Political Choice in Law. *In*: KEIL, Geert; POSCHER, Ralf. (edited by) **Vagueness in the Law.** Philosophical and legal perspectives. New York: Oxford University Press, 2016, p. 249: “Solan has suggested that this process, of judicial interpretations that bind later courts, may be illegitimate, or at least inappropriate (Solan 2013). As the later court decisions will refer (and defer) to the earlier court decisions, rather than to the original statutory language, there seems to be, Solan argues, a case of judicial supremacy, with judges arrogating to themselves the law-making power that was properly vested with the legislatures. The courts, the argument goes, should stay to their proper role, subordinate to the legislature, ‘faithful agents’ following the direction (or lack thereof) of their masters. A somewhat different view is that judicial action clarifying ambiguities, filling in gaps, developing the common law in a ‘doctrinal way’ (Poscher 2012, p. 142), and even correcting some legal injustices and other mistakes, is commonly a duty, or at least an appropriate power, of judges within the legal system.”

2.4.2 ATRIBUIÇÃO DE FUNÇÃO: CONCORRÊNCIA PELA FINALIDADE

A atribuição de função é uma tendência natural dos seres cognoscentes, uma vez que as próprias faculdades mentais são fruto de processos evolutivos voltados a adaptar os sujeitos ao meio exterior e a capacitá-los a racionalizar os eventos no mundo, de forma a permitir a melhor sobrevivência.²⁶⁵ Em primeiro lugar, porque a vagueza está diretamente associada a comparações entre conceitos extremos, de modo que a funcionalização que justificaria certas formas de conceituação aceitável a cada extremo pode não se adequar perfeitamente a depender dos contextos comunicativos.

A natureza comparativa dos conceitos vagos – ou como prefere Deemter, a natureza parasítica dos destes em relação aos conceitos comparativos²⁶⁶ – pode ser sintetizada na noção de que na gradualidade existem pontos intermediários (e não apenas extremos) que podem servir de referência para definir os contornos de um conceito frente à vagueza. Quando se chama algo ou alguém de ‘alto’, faz-se ainda que implicitamente uma comparação com um algo ou alguém ‘não-alto’. O ponto de transição do X ao não-X pode ser baseado à funcionalidade de atribuir a certos eventos a qualidade de X, e não a outros (ex.: somente é *alta* o suficiente para descer no tobo-água a criança acima de 1,4

²⁶⁵ Cf.: SEARLE, John R. **The construction of social reality**. New York: Simon & Schuster, 1995.

²⁶⁶ DEEMTER, Kees van. **Not exactly**: in praise of vagueness. New York: Oxford University Press, 2010, pp. 127-128: “There is a sense in which vague concepts are parasitic on comparative ones: the concept ‘tall’, for example, would not make sense if we could never tell whether one person is ‘taller’ than another. Once a dimension of comparison has been established and a measurement method is in place, comparisons are crisp: either John is taller than Bill or he is not. Understood in this way, the logical properties of comparisons are not difficult to capture, though a few things are worth noting. First, people have a tendency to arrange things in straight lines, as it were, rather than in circles, as when chairs are arranged around a round table. Distances, for example, are arranged in the same way as the real numbers. Weight, temperature, the pitch and amplitude of sound, and so on, are all ordered in the same linear fashion. In all these cases, we appear to think about matters in terms of there being more or less of something: more distance, more weight, and so on. This is even true for time: despite the circular form of our clocks, we do not measure quantities of time cyclically. Circular orderings – such as the compass points that we use to measure wind directions – are interesting, but they do not present us with deep puzzles other than the ones that affect linear orderings as well. Not much will be lost by disregarding them here. Secondly, suppose we focus on height measurement, assuming that we have settled on some well-defined method: a measurement is performed and the outcome is rounded in some standard way. It is now quite possible that two people are assigned the same height, in which case neither of the two is taller than the other. In this respect ‘taller’ is a bit like ‘greater than’ (>) when applied to numbers, but with a difference: in the case of numbers, the only case in which neither $a > b$ nor $b > a$ occurs when a and b are the same number. In mathematical jargon, the relation ‘greater than’ is connected. English comparatives such as ‘taller’ are not connected, because two different people can have the same height. Because of this complication, the logic of comparatives is trickier than comparisons between numbers. As it turns out, however, matters can be neatly summarized in two laws, which are sometimes known as asymmetry and pseudo-connectedness respectively. I present them in English rather than in symbols, writing ‘more X than’ as a placeholder for any comparison that one might care to make (more powerful, more short, and so on).”

metro de altura, pela função de segurança da altura; ou somente é uma faca o objeto metálico com lâmina afiada o suficiente para contar carnes com certa precisão, pela função de cortar sem comprometer a qualidade da peça). A atribuição de função pode ocorrer de forma consciente ou não, mas é um fator determinante para definir e modificar os sentidos que os sujeitos atribuem aos eventos no mundo.

A funcionalização dos eventos do mundo, contudo, nem sempre os torna mais facilmente delimitáveis, pois é possível ocorrer de a própria atribuição de função não acontecer de forma pacífica. É plenamente viável identificar funções concorrentes que possam ser atribuídas a determinados eventos, de modo a levar a casos de penumbra em muitas situações. No Direito especialmente, como será melhor discutido no Capítulo 03, será discutido como o contraste de funções atribuídas ao fenômeno jurídico pode conduzir a resultados concretos diferenciados.²⁶⁷ Seria a função do Direito entregar o resultado mais justo no caso concreto, ou assegurar maior segurança e previsibilidade nas relações sociais? Dilemas como este possuem amplas implicações práticas e têm direta relação com a maneira como compreendemos o mundo e os eventos que o compõem, e não apenas como se manifestam esses eventos.

2.4.3 REGRA CONSTITUTIVA: DO DESAFIO AO RECONHECIMENTO DE NOVA DEFINIÇÃO

A terceira premissa para a construção de realidades institucionais é a regra constitutiva (*constitutive rule*), na nomenclatura de Searle, que pode ser descrita sintaticamente em “*X considera-se Y, caso C*”. A atribuição de uma função reconhecida coletivamente pode ocorrer independentemente de haver uma regra constitutiva que modifique o status social do X. Contudo, a existência de um indicador dessa função diferenciada contribui para que esta mesma função seja exercida e comunicada pela comunidade, bem como é necessário para configurar a realidade institucional.²⁶⁸

A regra constitutiva é fundamental para a operacionalização da vagueza, pois permite conferir certo grau de objetividade conceitual aos eventos sujeitos à vagueza. Contudo, esta objetividade não é formalista, já que é baseada e orientada pela funcionalidade dos eventos conceituados em relação aos contextos comunicativos de que

²⁶⁷ Vide item 3.1 do Capítulo 03.

²⁶⁸ SEARLE, John R. **The construction of social reality**. New York: Simon & Schuster, 1995, pp. 43-45.

fazem parte (ex.: pedaço de papel que passa a ser tratado como instrumento intermediador em trocas econômicas e passa a ser chamado de “dinheiro”). Contudo, a regra constitutiva de Searle precisa de algumas adequações para satisfazer adequadamente o dilema da vagueza.

Além de valorativa e funcionalizada, a regra constitutiva na vagueza – ou seja, a atribuição de status social diferenciado – depende dos elementos citados nos itens anteriores (intencionalidade coletiva e atribuição de função), em especial para evidenciar sua provisoriedade conceitual e relatividade contextual. Assim, o aplicador do Direito, para incorporar a vagueza, precisa adotar parâmetros valorativos e argumentativos próprios, antevendo a dinamicidade da semântica que envolve o fenômeno jurídico. Em primeiro lugar, é necessário incorporar o princípio da tolerância à regra constitutiva, ou seja, reconhecer a possibilidade de haver regras constitutivas contraditórias e que podem ou não conviver dentro do mesmo sistema. Afinal, pode não haver pleno consenso acerca da atribuição a certo evento X de novo status social Y, em certo contexto C. Cabe muito bem aqui a proposta de Kamp, segundo a qual diferenças indistinguíveis devem ser tratadas da mesma forma, com base em um critério de coerência.²⁶⁹ Se dois eventos X e Z são tão semelhantes entre si – em especial para satisfazer a função socialmente lhes atribuída conforme Direito – nada mais adequado do que lhes conferir igual status Y, em certo contexto C (ex.: novamente a situação de poderem ser reconhecidas juridicamente como *casa* tanto ‘mansão’ quanto ‘banco de praça’²⁷⁰, em razão de satisfazerem igualmente a função atribuída).

2.5 DIMENSÃO PRAGMÁTICA DO DIREITO: NORMATIVIDADE DA VAGUEZA

²⁶⁹ DEEMER, Kees van. **Not exactly**: in praise of vagueness. New York: Oxford University Press, 2010, p. 170: “In the reality of actual discourse, contexts are complex situations, in which lots of different things are going on. But science almost invariably involves abstraction, so formal theories of context are typically much simpler. Kamp’s theory is no exception. For him, a context is a bit like a (possible very small) partial model. More precisely, a context is a set of statements of the form Short(x). An example is the set C1 $\frac{1}{4}$ {Short (150), \neg Short(151)}, which represents the situation in which you have decided to call the individual whose height is 150 cm short, and the individual whose height is 151 cm not short. To make his logic work, Kamp needs a new concept, for which he uses the word coherent. Whether C1 is coherent depends on one’s powers of perception. If a difference of 1 cm is not enough to be distinguishable, then the above-mentioned context C1 is incoherent. More generally, Kamp defines coherence as follows: A context is incoherent if and only if it contains statements Short(x) and \neg Short(y), where x and y are indistinguishable in terms of height.”

²⁷⁰ Vide item 3.1.1 do Capítulo 03.

Marmor afirma que os atos comunicativos dependem das presunções linguísticas das partes que participam do ato comunicativo, já que o emissor tem que ter em mente que tipo de informação o receptor será capaz de compreender.²⁷¹ Em situações de vagueza, os atos comunicativos encontram a contradição entre o que o emissor e o receptor têm em mente. No Direito, a contradição na mensagem pode levar ao *déficit regulativo* – ou seja, à indeterminação normativa, como chama Endicott²⁷² – das situações concretas, comprometendo não apenas a comunicação como também a pacificação das relações sociais. O elemento regulatório é um importante diferenciador do Direito frente a outras realidades institucionais, em razão de orientar as condutas mais adequadas para a pacificação dos conflitos.

A vagueza normativa possui o diferencial de decorrer de circunstâncias em que a gradualidade sobre o sentido é provocada por situações concretas de regulação de conflitos sociais. Pode-se dizer que são circunstâncias em que há divergência sobre o conteúdo ou a abrangência da norma jurídica – no sentido de estado intencional – que seria adequado ao caso concreto. Ou seja, a natureza pragmática do fenômeno jurídico também é um diferenciador, em razão de a vagueza do Direito não decorrer simplesmente de circunstâncias concretas associadas ao uso da linguagem, mas também da natureza contextual e teleológica associada aos conflitos sociais. Em outros termos, é preciso ter em mente a necessidade de *fazer a justiça no caso concreto* – “justiça”, sendo o aspecto teleológico; e “caso concreto”, sendo o aspecto contextual.²⁷³ Assim, tendo em vista esta

²⁷¹ MARMOR, Andrei. Pragmatic Vagueness in Statutory Law. *In*: KEIL, Geert; POSCHER, Ralf. (edited by) **Vagueness in the Law**. Philosophical and legal perspectives. New York: Oxford University Press, 2016, pp. 161-162: “There are two main kinds of factors that together constitute the pragmatic or contextual background of a speech act: certain relevant facts that are common knowledge between speaker and hearer, and a normative framework that determines what kind of linguistic behaviour we can expect from speakers (and hearers) in the context of the speech act in question. The contextual facts that are relevant to pragmatic enrichment can be specific to the conversation in question, sometimes gathered from previous stages of the conversation, or they can be facts of a general nature, presumed to be widely known. Either way, the idea of context has to be understood epistemically. The context of an utterance consists of elements that the speaker assumes to be known or taken for granted by the hearer and known by the hearer to be known or assumed by the speaker. In addition to the factual context, however, there is also some normative framework in place, depending on the kind of conversation in play. If the conversation is essentially cooperative, like a truthful exchange of information, then the familiar Gricean maxims of conversation apply, such as the maxims of relevance and quantity. If the conversational context is different, other maxims may be in play. Either way, the contextual background must include some normative assumptions about ways in which speakers and hearers are expected to behave, and common knowledge of certain facts that are relevant to the conversation. Together, these factors constitute the contextual or pragmatic background of the conversation in question.”

²⁷² ENDICOTT, Timothy A. O. **Vagueness in Law**. New York: Oxford University Press, 2000, p. 31.

²⁷³ *Vide* item 3.1.2 do Capítulo 03.

especificidade, fala-se aqui de vagueza normativa, uma vez que decorre de contexto pragmáticos que dependem de regulação.

Enquanto a vagueza genérica é provocada pela dissonância na atribuição de sentido, a normativa decorre da dissonância relacionada ao sentido necessário para se efetivar determinados modos de regulação. Justamente aqui fica mais evidente que a semântica é resultado, em grande medida, do contexto comunicativo – no caso específico, relacionado à regulação de situações sociais. Por exemplo, a palavra *casa* nos remete a um conjunto de eventos que a ele seriam normalmente associados pelos membros da comunidade – normalmente lembraríamos de edificações com estruturas mínimas, tais como teto e paredes. Todavia, há situações em que a compreensão padrão de casa não é suficiente para satisfazer as necessidades regulatórias concretas, como seria o caso de tutelar o direito à privacidade de moradores de rua, que eventualmente se utilizam de estruturas que normalmente não seriam associadas com *casa*.

Em síntese, dois são os diferenciais da vagueza normativa: (i) a existência de um *déficit regulativo* provocado pelo dissenso, e (ii) a presença de aspectos contextuais que orientam para a finalidade do Direito naquela situação concreta.²⁷⁴ O contexto tem importante função na definição do sentido dos enunciados normativos, uma vez que questões pragmáticas associadas ao emprego concreto das palavras pode afetar o sentido

²⁷⁴ MARMOR, Andrei. Pragmatic Vagueness in Statutory Law. In: KEIL, Geert; POSCHER, Ralf. (edited by) **Vagueness in the Law**. Philosophical and legal perspectives. New York: Oxford University Press, 2016, p. 166: “All this characterization of semantic vagueness is superficial; it is how vagueness of words in a natural language appears to us. Philosophers have different views about the underlying explanation of this linguistic phenomenon, arguing for different views about the deeper aspects of vagueness and its underlying logic. The pressure for deep theories comes from the sorites paradox; if there is a way to avoid a logical paradox, we should look for it. But this is not what I aim to explore here. My point is to emphasize two ways in which pragmatic vagueness would seem to differ from semantic vagueness, at least on the surface. First, in the pragmatic sense, we don’t necessarily get anything like a sorites sequence. If an expression is pragmatically vague about the content it conveys in a context of its utterance, it just means that some content is up in the air, perhaps neither here nor there, but it does not mean that we have some possible sequence of moving from clearer to less clear specifications of the communicated content. Sometimes we might; if the pragmatic vagueness is generated by some doubts about the maxim of relevance, for instance, then we may get some sequence, from interpretations that are more to less relevant to the conversational context. But this is not the usual type of case, as the examples of (1)-(6) above demonstrate. The second possible difference between the pragmatic and the semantic sense of vagueness concerns the relevance of truth: with the exception of epistemic theories of vagueness, most conceptions of the semantic phenomenon admit that there is no truth of the matter about the question of whether a borderline case of a vague term is within the extension of the word or not. Semantically, it can go either way, and we have no sense of what could possibly make one answer true and another false. There are two familiar versions of this. According to the first one, it is widely conceded that borderline cases are inquiry resistant: if there is a question about whether W applies to a borderline case, there is nothing we can come to know that would possibly settle the question. Even if there is a truth of the matter about it, as epistemic theories maintain, they admit that this truth is not knowable. The second, and more common view is that there is nothing to know here because there is no truth of the matter about it.”

atribuído.²⁷⁵ O discurso do Direito funciona exatamente a partir dessa dialética do abstrato-normativo e do concreto-fático. Talvez a proposta conciliária mais difundida nos países de tradição romano-germânica do pós-guerra seja aquela que Müller propõe – ou ao menos dela muito se aproxima, em um ponto de vista teórico –, em sua *Teoria Estruturante*, que defende a distinção entre texto normativo, programa normativo, âmbito material, âmbito normativo, norma jurídica e norma-decisão.²⁷⁶ Em linha bastante geral, a norma mülleriana seria o comando resultante da interpretação do texto normativo – ideia que viria a ser amplamente difundida em corrente pós-positivistas. Contudo, a proposta mülleriana oferece uma conceituação insatisfatória de norma jurídica – como fica evidente quando se recorre ao modelo institucionalista de norma jurídica²⁷⁷ – e não é capaz de explicar adequadamente a semântica, em especial a vagueza.

A normatividade dos princípios foi outra iniciativa teórica bastante relevante para ampliar o campo de contato entre os textos jurídicos e os contextos fáticos, apesar da pluralidade de propostas teóricas e da relativa inconsistência a respeito de sua compreensão. O debate entre Hart e Dworkin apresenta bem as dificuldades encontradas pela teoria dos princípios, ao menos no direito anglo-saxão, para se adequar ao modelo teórico ainda fortemente positivista e analítico. Dworkin se utiliza do “princípio” segundo o qual “ninguém deve se beneficiar da própria torpeza” para atacar a tese hartiana da regra de reconhecimento, afirmando que a regra de reconhecimento é insuficiente para capturar todo o influxo de valores que interagem com o Direito.²⁷⁸

²⁷⁵ *Idem*, p. 163.

²⁷⁶ Cf.: MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. Tradução de Peter Neumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Editora RT, 2008.

²⁷⁷ Vide item 1.3.2 do Capítulo 01.

²⁷⁸ SCHAUER, Frederick. Second-Order Vagueness in the Law. In: KEIL, Geert; POSCHER, Ralf (edited by). **Vagueness in the Law**. Philosophical and legal perspectives. New York: Oxford University Press, 2016, pp. 181-182: “Although the determinacy and relevance of the Statute of Wills is thus clear, the relevance of the ‘No man may profit from his own wrong’ principle is much less so. That is, the principle, expressly relied upon by the *Riggs* majority, might be considered to be part of the governing law, and it might not be. Assuming that judges are obliged to apply the governing law, or at least assuming that judges are empowered, even if not required, to apply the governing law, then if the ‘No man ...’ principle *is* part of the governing law, its status vis-a-vis the Statute of Wills is itself indeterminate. A rule of recognition might contain priority rules, for example that a clear statute like the Statute of Wills would have priority over a less clear principle, or vice versa. But in U.S. legal reality no such second-order priority rule exists, nor did it at the time that *Riggs* was being decided, at least in the United States. And thus it appears that the rule of recognition is, or was at the time of *Riggs*, vague, both as to what it recognizes (was the ‘No man ...’ principle valid law or not?) and as to the priority among the sources of law that it does recognize. (...) As with most other examples of vagueness, the vagueness of the rule of recognition arises principally in the context of borderline cases. It is clear, at least in the United States, that statutes enacted by Congress in proper constitutional fashion are to count as law. And it is just as clear that, again in the United States, the prescriptions or advice given to a judge by his father or mother are not to count as law. So, like night and day, bald and thatched, frogs and tadpoles, and much else, we have non- borderline applications of the term,

Segundo o jusfilósofo norte-americano, a possibilidade de extrair “normas” jurídicas a partir de enunciados derivados de valores – ou princípios, quando aqueles são traduzidos juridicamente – demonstra que a regra de reconhecimento de Hart não seria capaz ou suficiente para traçar uma linha divisória clara entre os reinos do Direito e da Moral (ou mesmo da Política) e evidenciaria, por conseguinte, que ambos estariam umbilicalmente ligados entre si e que somente um juiz Hércules poderia encontrar a solução ideal que os conciliasse em *hard cases*.²⁷⁹ Shiffer concorda com Dworkin, no sentido de que a regra de reconhecimento está aberta para indeterminação e possui conteúdo aberto para adições e subtrações a partir de suas diversas fontes possíveis.²⁸⁰

which here is the rule of recognition in all of its complexity. But we also have borderline applications, and it is unclear and debated whether, for example, moral principles, foreign law, and empirical data not determined at trial are to count as law. With respect to such items, therefore, the rule of recognition is vague, just as the distinction between night and day is vague with respect to dusk, and as the distinction between bald and not-bald is vague with respect to many of the actual heads on actual men. As Hart notes, judges, when faced with decisions raising this kind of vagueness, will proceed to make decisions about whether some item is or is not within the rule of recognition. And thus, as it would be put in the vagueness literature, judges are typically empowered and authorized, at least in common law jurisdictions, to engage in the task of precisification—sharpening—of the rule of recognition, and their precisifications will then authoritatively place within the non-borderline region some instances that were previously on the borderline. Thus, if the rule of recognition had been vague prior to *Riggs v. Palmer* with respect to whether principles were part of the law, or with respect to whether the ‘No man shall profit from his own wrong’ principle was part of the law, or whether that principle could prevail against the plain language of a duly-enacted statute, the decision in *Riggs* could be understood as having authoritatively removed that particular vagueness, at least in New York, and at least for the time being.”

²⁷⁹ *Idem*, pp. 182-183: “For Dworkin, such practices cast doubt on the very idea of a rule of recognition (Dworkin 1977, p. 23), or at least one that demarcates the domain of the legal from the domain of the non-legal. His view has some affinity with epistemic accounts of vagueness, because Dworkin maintains that the principle was part of the law all along, even if not explicitly acknowledged as such, in much the same way that epistemic accounts of vagueness insist that there is a fact of the matter even if we do not recognize it and cannot identify it. For Dworkin, the precisification of the rule of recognition in cases like *Riggs* is an act of law-discovery and not of law-creation, and this is what lies behind his famous and controversial claim that there is always a right answer to any question of law (Dworkin 1985, pp. 119–45). More importantly, Dworkin believes that the process exemplified by *Riggs* and the other cases in his stable of examples shows that there is no such thing as a rule of recognition apart from the fact of judicial practice, and that actual judicial practice shows that there is no source of norms, at least in the United States, that cannot be used by a judge to decide a case. And because all norms, or at least all moral, political, and legal norms, are always available, the rule of recognition, for Dworkin, collapses, in much the same way that the very concept of bald would collapse if all actual and possible men were bald, or if all actual and possible men were not.”

²⁸⁰ SHIFFER, Stephen. Philosophical and Jurisprudential Issues of Vagueness. In: KEIL, Geert; POSCHER, Ralf. (edited by) **Vagueness in the Law**. Philosophical and legal perspectives. New York: Oxford University Press, 2016, p. 184: “So too with uncertainty in the rule of recognition. Dworkin is correct that our existing rules or practices of recognition remain open to addition and subtraction from an unlimited and thus unrecognizable—in the rule of recognition sense of ‘recognizable’—array of sources. And he is also correct, as *Riggs* demonstrates, that drawing on previously unrecognized sources¹⁴ is more common than goldfinches exploding or deceased cats coming back to life. But probabilities matter. And so do presumptions. Consequently, to the extent that a rule of recognition recognized all and only the statutes of New York (putting aside federal law and constitutional law) and the reported cases of the New York Court of Appeals as legitimate sources of law, the possible judicial outcome of adding to or derogating from that law would be understood as having to overcome a strong presumption against it. Indeed, the history of *Riggs*-type cases bears this out. Elmer Palmer did not inherit, but most unworthy beneficiaries in fact do inherit, including some who have been responsible for the death of the testator. Moreover, some

Contudo, Hart contra-argumenta afirmando que muitos dos princípios jurídicos não possuem esse status pelo seu conteúdo, mas pelo seu *pedigree* e que a própria existência dos princípios exige uma regra de reconhecimento a partir de referências formais e ou do costume.²⁸¹

Subjacente ao clássico debate entre Hart e Dworkin estão várias das questões apresentadas ao longo do capítulo, em especial a vagueza normativa. Como atingir o resultado mais justo no caso concreto, sem comprometer a objetividade do Direito? A proposta institucionalista para o dilema da vagueza consegue oferecer uma resposta – embora parcial – mais satisfatória que as tradicionais para o problema, inclusive afastando algumas dúvidas que subsistem nesse clássico debate. Em primeiro lugar, a separação entre Direito e outras realidades institucionais existe, contudo não é ontológica ou baseada em um *pedigree*, mas funcional. Contribuições de outras esferas não-jurídicas podem ser incorporadas a ele dentro de determinados contextos que justifiquem semântica e argumentativamente. Vale dizer que a questão contextual e a interferência de outras realidades institucionais não era desconhecida do debate – em especial de Hart²⁸² –, porém não foi situada adequadamente para explicar a natureza dos princípios.

of these outcomes have occurred in jurisdictions that recognize the 'No man may profit from his own wrong' principle as part of the law. But these jurisdictions have a rule of recognition that gives non-absolute and non-lexical priority, but priority nonetheless, to clearly worded statutes. This priority treats the clear words of a clear statute like we ordinarily treat the idea and the reality of a fully grown frog. Yes, such a creature might suddenly grow a long tail and lose its legs, thus moving it from the category of clearly a frog into the category of possibly a frog and possibly a tadpole. But barring such an occurrence, even without denying its possibility, we treat such a creature as clearly a frog and as different from the younger exemplars that might present borderline cases. Those younger exemplars, however, do not make the normal mature frog any less clearly and non-vaguely a frog. Similarly, existing rules of recognition might generate clear cases, even as there are unclear cases, and even as the clear cases might become unclear in potentially but currently unforeseen and even unforeseeable circumstances."

²⁸¹ HART, Herbert L. A. **The Concept of Law**. 2 ed. With a Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. New York: Oxford University Press, 1994, pp. 263-264.

²⁸² *Idem*, pp. 18-19: "In many different situations in social life one person may express a wish that another person should do or abstain from doing something. When this wish is expressed not merely as a piece of interesting information or deliberate self-revelation but with the intention that the person addressed should conform to the wish expressed, it is customary in English and many other languages, though not necessary, to use a special linguistic form called the imperative mood, 'Go home!' 'Come here!' 'Stop!' 'Do not kill him!' The social situations in which we thus address others in imperative form are extremely diverse; yet they include some recurrent main types, the importance of which is marked by certain familiar classifications. 'Pass the salt, please', is usually a mere request, since normally it is addressed by the speaker to one who is able to render him a service, and there is no suggestion either of any great urgency or any hint of what may follow on failure to comply. 'Do not kill me', would normally be uttered as a plea where the speaker is at the mercy of the person addressed or in a predicament from which the latter has the power to release him. 'Don't move', on the other hand, may be a warning if the speaker knows of some impending danger to the person addressed (a snake in the grass) which his keeping still may avert. The varieties of social situation in which use is characteristically, though not invariably, made of imperative forms of language are not only numerous but shade into each other; and terms like 'plea', 'request', or 'warning', serve only to make a few rough discriminations. The most important of these situations is one to which the word

Em segundo lugar, a separação entre regras e princípios deve ser superada, em favor do estudo a partir da gradualidade do Direito. O binômio regra-princípio se insere na segunda fase da relação entre estudo do Direito e vagueza – em que são utilizadas divisões operacionais entre conceitos vagos e não-vago.²⁸³ A ideia da contradição entre regras e princípios é traduzida e adaptada no institucionalismo e na vagueza, conforme o capítulo seguinte, por meio da dicotomia argumentativo-semântica entre apelo à forma e teleologia.

'imperative' seems specially appropriate. It is that illustrated by the case of the gunman who says to the bank clerk, 'Hand over the money or I will shoot.' Its distinctive feature which leads us to speak of the gunman ordering not merely asking, still less pleading with the clerk to hand over the money, is that, to secure compliance with his expressed wishes, the speaker threatens to do something which a normal man would regard as harmful or unpleasant, and renders keeping the money a substantially less eligible course of conduct for the clerk. If the gunman succeeds, we would describe him as having coerced the clerk, and the clerk as in that sense being in the gunman's power. Many nice linguistic questions may arise over such cases: we might properly say that the gunman ordered the clerk to hand over the money and the clerk obeyed, but it would be somewhat misleading to say that the gunman gave an order to the clerk to hand it over, since this rather military-sounding phrase suggests some right or authority to give orders not present in our case. It would, however, be quite natural to say that the gunman gave an order to his henchman to guard the door.'

²⁸³ *Vide* item 2.1 do presente capítulo.

CAPÍTULO 03 – OPERACIONALIZAÇÃO ARGUMENTATIVA DA VAGUEZA

O derradeiro capítulo terá o objetivo de condensar as ideias apresentadas nos dois capítulos anteriores e acrescentar elementos próprios do fenômeno jurídico, de maneira a oferecer instrumentos para a operacionalização concreta da vagueza normativa. O cerne da operacionalização da vagueza na tradição continental do Direito, ainda com forte influência do legalismo, deve ser a reconciliação entre as referências formais do Direito (em especial, as leis e as constituições) e a teoria da semântica, somando-se a este os paradigmas do instrumentalismo e da vagueza, conforme desenvolvido nos capítulos anteriores.

Como já explicado, o institucionalismo não busca abandonar as referências formais do Direito, mas reposicioná-las dentro de um novo paradigma de aplicação e compreensão do fenômeno jurídico. Assim, como desdobramento das reflexões do institucionalismo, buscaremos aqui promover a reconciliação entre o formalismo e a teleologia do Direito. O arcabouço teórico dos dois capítulos anteriores será a base fundamental das ideias a seguir desenvolvidas, já que aqui se busca introduzir elementos dos institucionalismo e da vagueza na aplicação do Direito de maneira mais concreta e contextualizada à vivência jurídica. Ainda assim, a pretensão deste capítulo é, contudo, apenas iniciar um diálogo – em razão da complexidade do tema – sobre a aplicação do Direito dentro de um paradigma institucionalista, especificamente no que tange à operacionalização da vagueza, afinal seria impossível esgotar em poucas páginas a vastidão que são as repercussões da proposta institucionalista para o dilema da vagueza normativa.

A referências formais devem ser compreendidas como bases argumentativas para justificar determinados modos de ação juridicamente relevantes, e não como portal de emanção de uma justiça linear e transcendente que emana de certas “fontes”. As referências formais devem ser entendidas de forma dialética e atrelada ao instrumentalismo semântico, guiando-se pelas necessidades justificatórias concretas. É preciso largar mão de concepções que buscam compreender a gradualidade no Direito a partir de distinções conceituais pouco producentes, em favor de modelos que se orientem por reestruturar seus padrões linguísticos e argumentativos que estruturam o fenômeno

jurídico enquanto uma realidade institucional, bem como rever o purismo normativista que afasta em demasia o estudo jurídico de outros campos de cognição e confunde as necessidades metodológicas do Direito com sua epistemologia – como ocorreu com o positivismo kelseniano.

O modelo institucionalista parte da premissa de que o fenômeno jurídico é uma realidade institucional, o que pode ser resumido na noção de o Direito consistir em *comportamentos e relações sociais coordenadas por padrões específicos de interações linguísticas*.²⁸⁴ O elemento diferenciador do Direito em relação a outras relações intersubjetivas não é sua natureza, mas os parâmetros intersubjetivos – em regra, referências formais²⁸⁵ – que permitem sua identificação ou diferenciação (*elemento diferenciador objetivo*, assim entendido por enfatizar a base de emissão do ato comunicativo) em relação às demais realidades institucionais que com ele se entrelaçam e as estruturas organizacionais voltadas à sua efetivação concreta (*elemento diferenciador subjetivo*, assim entendido por enfatizar o emissor em si do ato comunicativo), ou seja, os personagens sociais que participam de contextos comunicativos associados ao que a comunidade entende por Direito – como tribunais. Ter em mente estes dois elementos diferenciadores será bastante relevante ao longo do presente capítulo.

O Direito em si não possui elementos que o distingua *ontologicamente* de outras realidades institucionais, de outras instituições sociais e culturais, contudo, uma vez reconhecidos seus elementos diferenciadores, o fenômeno jurídico pode ser individualizado em relação a outras realidades institucionais – repita-se que não por questões ontológicas, mas por parâmetros diferenciadores que variam conforme o contexto cultural. Os parâmetros de sua individualização não justificam, porém, uma maneira diferenciada de compreender o fenômeno jurídico – enquanto fenômeno comunicativo –, como se se tratasse de uma figura apartada do restante das experiências humanas. A intercambialidade entre o Direito e outras instituições sociais é uma evidência de que a distinção entre eles se limita a aspectos acidentários. Um exemplo bastante ilustrativo é a expressão “casa” – que será, inclusive, objeto de maiores debates posteriormente. O que distinguiria *ontologicamente* uma “casa” mencionada em um texto literário ou em uma conversa de jantar da mesma expressão “casa” empregada no art. 5º, XI, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988? A rigor se tratam de

²⁸⁴ Vide início do Capítulo 01.

²⁸⁵ Vide item 1.2 do Capítulo 01.

expressões formalmente idênticas e com conteúdo locutório idêntico, mas que se diferenciam significativamente por questões de ordem *contextual* (onde são encontradas) e *pragmático* (para que são utilizadas).

O *aspecto contextual* está diretamente relacionado aos elementos diferenciados, objetivo e subjetivo. No lado objetivo, a “casa” do art. 5º tem seu aspecto diferenciado da “casa” da literatura ou do jantar a partir da espécie de discurso em que são encontrados. O elemento diferenciador objetivo enfatiza as referências formais que servem de base para determinar, identificar e criar o fenômeno jurídico. Por exemplo, seria a cláusula A do contrato compatível com o Direito? Seria a conduta B compatível com o Direito? Para responder tal pergunta, os agentes e o solucionador de eventuais conflitos irão buscar reconhecer referências intersubjetivas – em regra, formais – que sirvam de base argumentativa para formular uma solução ao problema, orientando-se por aquilo que a sociedade compreende como “Direito”.

Essas referências intersubjetivas de solução podem ser de natureza predominantemente formal, como regulamentos, leis e constituições, ou de natureza predominantemente material, como “valores” ou “princípios” arraigados à comunidade e que independem de enunciações ou de *tokens*. Os primeiros tendem a possuir uma força argumentativa maior do que os segundos pela “clareza” e por deixarem, em tese, menos margem para arbitrariedades nos processos justificatórios (ex.: “faça-se X porque aqui se aplicam os exatos termos do comando A da Lei nº 123”). O *apelado à forma* – que é o *warrant* tipicamente textualista, embora não necessariamente descartável – oculta a deferência argumentativa a um paradigma formalista e à autoridade prolatora apesar de tais elementos usualmente se mantêm ocultos do processo argumentativo, como se fossem seu pressuposto, e não mais uma variável argumentativa. Já os parâmetros materiais, os “valores”, carregam – por outro lado – uma obscuridade tanto em seus contornos quanto em seus limites, o que torna necessário um maior ônus argumentativo para seu aplicador e um melhor desenvolvimento teórico pelos acadêmicos.

Além do elemento diferenciador objetivo, o âmbito contextual também oferece um elemento diferenciador subjetivo. Os personagens dos contextos comunicativos são igualmente fundamentais para definir o conteúdo semântico dos atos de fala, uma vez que a função do ato comunicativo é derivada da posição social do seu emissor, sempre associada a um contexto comunicativo específico. O Direito, por exemplo, pode ter sua

identificação e criação orientada a partir dos agentes reconhecidos socialmente com função, como ocorre com legisladores e juízes.

Mas a intercambialidade entre Direito e outras realidade institucionais não se encerra no âmbito contextual. O *âmbito pragmático*, por seu turno, diz respeito à funcionalidade do ato comunicativo, no sentido de que o Direito tem uma natureza comunicativa diferenciada – eminentemente normativa – em relação a grande parte das outras realidades institucionais. Enquanto no texto literário a expressão tem uma finalidade eminentemente descritiva, o uso do termo “casa” em um texto normativo tem uma finalidade fundamentalmente regulatória – resolver conflitos sociais. O ato de fala relativo a “casa” no âmbito literário é feliz (*felicitous*) quando descreve adequadamente, já o ato de fala relativo a “casa” no âmbito normativo é bem-sucedido quando regula o caso concreto *conforme o Direito*. Os efeitos desta diferenciação são significativos e têm bastante relevância no momento de determinar o sentido de cada expressão concretamente.

Embora seja fácil visualizar o que seria uma *casa* – com base no dicionário ou no senso comum –, nem sempre esta definição será suficiente quando analisadas as necessidades regulatórias do caso concreto. Basta imaginar que a ideia jurídica de “casa” está diretamente atrelada à necessidade de tutelar uma série de valores jurídicos (privacidade, moradia, dignidade etc.), de forma que a definição estandardizada da palavra pode não ser a mais conveniente no caso concreto. Uma estrutura com paredes e telhado se adequaria razoavelmente ao que se compreende coloquialmente como *casa* e seria suficiente para a interpretação da maioria dos textos literários. Esta definição pode ser, porém, restritiva demais se considerado que parte da população não detém um lar com tais atributos e que, ao mesmo tempo, todos devem ter preservados os direitos relacionados a “casa”, tais como a privacidade e a moradia. Assim, seria deveras questionável generalizar a referida definição para todas situações concretas, uma vez que poderia excluir muitos de direitos básicos.

3.1 DIREITO ENQUANTO TENSÃO: ENTRE O FORMAL E O TELEOLÓGICO

A tensão entre a forma (base para segurança jurídica) e a justiça ou o *telos* atribuído ao Direito (base, ainda que implícita, para flexibilização das formas) perpassa todo o estudo do Direito, desde a identificação de seu objeto até a definição das técnicas

para sua operacionalização. O institucionalismo, como se poderia deduzir, também adentra neste dilema, buscando uma posição conciliatória. Compreender o Direito como uma realidade institucional exige que o antagonismo entre essas duas dimensões seja discutido a partir de seus parâmetros argumentativos e contextuais.

A dialética comunicativa aqui proposta, contudo, depende de uma visão institucionalista do Direito, distante do estudo jurídico baseado em respostas pré-prontas e em discursos dedutivistas e lineares. Os modelos teóricos não devem substituir a prática discursiva destinada a resolver os problemas práticos da comunidade em sua dinâmica e pluralidade, assim como o mero silogismo tem dificuldade para solucionar as necessidades justificatórias que o aplicador do Direito enfrenta concretamente. A perspectiva deve ser modificada, de forma que as teorias devem ser encarregadas da função de conferir coerência à prática discursiva e propor novos desafios e críticas aos consensos estabelecidos.

Um importante marco teórico para a perspectiva pragmática do Direito é o pensamento de Jhering, especialmente em *Der Kampf um's Recht* (“A luta pelo Direito”).²⁸⁶ Defensor da Jurisprudência dos Interesses, o autor alemão defendia que somente pela luta cotidiana seria possível construir o verdadeiro Direito, sem a qual haveria nada além de folhas de papel.²⁸⁷ Contudo, a posição jheringiana tem pontos de divergência em relação ao institucionalismo, em especial por defender uma forte aproximação entre o Direito e a força e coerção, no sentido de que o primeiro não tem efetividade sem o segundo. O institucionalismo não compreende o Direito como resultado da força – embora ela possa ser um, dentre muitos, dos personagens de afirmação de

²⁸⁶ Cf.: JHERING, Rudolf von. **Der Kampf um's Recht**. Zum hundersten Todesjahr des Autors herausgegeben von Felix Ermacora. Disponível em: < http://www.koeblergerhard.de/Fontes/JheringDerKampfumsRecht_hgvErmacora1992.pdf >. Acesso em: 07 jun. 2018.

²⁸⁷ RAPONE, Vincenzo. **Der Zweckbegriff im Werk Rudolf von Jherings**. In: i-lex, 17, 2012, pp.339-365 (www.i-lex.it). Disponível em: < <http://www.i-lex.it/articles/volume7/issue17/rapone.pdf> >. Acesso em: 07 jun. 2018: “In der Geschichte der rechtswissenschaftlichen Begriffsfindung hat der Zweckbegriff einen begrifflichen Rahmen für eine antiidealistische und antiformalistische Erfassung des normativen Elementes vorgezeichnet, der gewisse Barrieren der epistemologischen Definition aus dem Wege geräumt hat. Das Werk Rudolf von Jherings ermöglicht das Denken einer Rechtswissenschaft, die frei von der Last formalistischer und dogmatischer Tendenzen ist, durch die sie erstarrte und Gefahr lief, nicht auf die Bedürfnisse der Zeit reagieren zu können und die eigentliche, essentielle Verbindung zur gesellschaftlichen und historischen Evolution zu verlieren.” Em tradução livre: “Na história da conceituação jurisprudencial, o conceito de finalidade possui uma estrutura conceitual aberta a uma compreensão anti-idealista e antiformalista do elemento normativo, que eliminou barreiras da definição epistemológica. O trabalho de Rudolf von Jhering torna possível pensar numa jurisprudência que é livre da carga de tendências formalistas e dogmáticas, que a congela e submete ao risco de ser incapaz de reagir às necessidades do tempo e de perder a conexão real e essencial com a evolução social e histórica.”

realidades institucionais –, mas sim como produto de relações comunicativas direcionadas a objetivos intencionais convergentes entre os sujeitos.

A tensão entre forma e conteúdo também não deve ser entendida de maneira causalista ou puramente behaviorista, como se o Direito fosse o resultado causalista do comportamento dos agentes. As ações, vale destacar novamente, não são o Direito, pois este é uma realidade institucional que tem autonomia em relação às ações humanas concretas e que pode – não necessariamente vai – se manifestar por meio de comportamentos concretos. A importância dos comportamentos externalizados é permitir identificar a existência das realidades institucionais – Searle até se refere à causalidade intencional quando trata dessa questão.²⁸⁸ A tensão ocorre no âmbito do discurso justificatório para identificar certos eventos como Direito ou não ou para propor novas realidades institucionais.

A proposta conciliatória apresentada aqui – ao longo dos três capítulos – não tem por objetivo apresentar diretrizes para a efetivação concreta das realidades institucionais, mas sim oferecer novos modelos jurídicos nos campos da lógica, semântica e argumentação, apresentar uma nova compreensão do Direito como realidade institucional e desenvolver instrumentos para a operacionalização de sua vagueza normativa. O fenômeno jurídico é o evento comunicativo subjacente à análise, de forma que deve ser estudado a partir de seus padrões e de sua sistematicidade, e não por meio de simples retratos conceituais – o método deve se adequar ao objeto, e não o oposto. O institucionalismo, ao depurar os padrões estruturais das realidades institucionais, oferece o arcabouço teórico para o estudo do Direito enquanto realidade institucional.

Também não se busca oferecer uma maneira de descrever as realidades institucionais que se manifestam no mundo, nem uma nova técnica interpretativa para solucionar divergências hermenêuticas no caso concreto. Contudo, também não se refuta a possibilidade de discutir e conhecer o fenômeno jurídico, pois, embora a natureza institucional do Direito possa fazer com que ele próprio – enquanto realidade institucional em si – seja afetada pelas compreensões e pelas descrições feitas sobre ele – já que a intencionalidade coletiva compõe a realidade institucional –, não se pode rejeitar que as realidades institucionais podem ter suficiente estabilidade intersubjetiva para permitir que

²⁸⁸ Cf.: SEARLE, John R. **Intentionality**. New York: Cambridge, 1983, p. 112; _____. **Seeing Things as They Are: a Theory of Perception**. New York: Oxford University Press, epub, pp. 51 e ss.; _____. **Mind, Language and Society**. New York: Basic Books, 1998, pp. 104 e ss.

se discuta sobre elas. O institucionalismo explica os processos que viabilizam a consolidação de certos sentidos e a sua modificação, ao vincular a semântica às práticas sociais de uso da linguagem, sem descartar completamente a possibilidade de conhecer e discutir esses mesmos eventos intersubjetivos.

O desafio agora é associar os pressupostos institucionalista em uma proposta conciliatória entre formalismo e teleologia do Direito, com o objetivo de desenvolver um aparato teórico para melhor operacionalizar a vagueza normativa. Tanto a forma quanto o *telos* devem ser traduzidos argumentativamente, de modo a confrontá-los no caso concreto. Superando o textualismo, a tradução do apelo à forma – conforme melhor tratado mais abaixo – em espécie de argumento permite afastar uma concepção imanentista da semântica das palavras. Contudo, quando se trata da vagueza, a gradualidade da semântica das palavras exige um tratamento argumentativo diferenciado com base em graus de verdade, afastando-se o tudo-ou-nada.

Na filosofia, é adotada a nomenclatura de argumentação tipológica – que reconhece a gradualidade –, em oposição à argumentação conceitualista – que persiste na linguagem hermética e formalista.²⁸⁹ Não quer dizer que se dispensem conceitos, mas que

²⁸⁹ PRAKKEN, Henry. **Logical Tools for Modelling Legal Argument: A Study of Defeasible Reasoning in Law**. Dordrecht: Springer-Science+Business Media, 1997, pp. 19-20: “The view on the legal reality which is the focus of the present criticism is almost never explicitly maintained, but very often attacked: in the literature it is referred to in various ways, like ‘mechanical jurisprudence’, ‘conceptualism’, ‘formalism’, ‘legalism’ and, in one usage of the term, ‘rule-based reasoning’. In the rest of this book I shall refer to it as the naïve deductivist view on legal reasoning. It is the old-fashioned view that the law is a consistent and complete body of rules which can somehow be discovered. In this view, all there is to legal reasoning is finding the valid rules and applying them to the facts in a deductive manner. This way of looking at the law should be carefully distinguished from the axiomatic view, described in Section 2.1.3, which is only a formal view on how to solve problems and implies nothing about the status of the axioms; essentially, the naïve deductivist view on law is the axiomatic view on legal reasoning supplemented with a belief in the fact that the truth or validity of the premises can easily be established. (...) Nobody doubts that as a model of the legal reality the naïve deductivist view is much too simplistic. A first source of complexity in legal reasoning is the fact that legislation is often the product of a heavy socio-political battle: therefore it is often ambiguous and sometimes even inconsistent. Another complicating feature of the legal domain is that the world is so complex that the legislator cannot foresee everything. This has various consequences: a first one is that legislation and established precedent often simply do not address a certain problem, for which reason other grounds for a decision have to be found; another one is that legislation often contains general terms, of which the applicability to the facts of a case can lead to substantial disagreement; a final consequence is that, even if a rule is itself clear and unambiguous, unforeseen circumstances might arise in which applying the norm is regarded as inappropriate. These complicating phenomena have at least two consequences for a realistic model of legal reasoning. The first is that, since in dealing with incomplete, inconsistent or ambiguous rules and precedents social and political factors inevitably play a role, ignoring these factors in a model of the legal reality would often be a severe oversimplification. Another consequence is that, even if it could be defended that in theory there is a right answer to every legal problem, few believe that in practice this answer can be obtained by just applying some undisputed legal axioms to the facts of the case. Therefore a more realistic picture of the legal domain is that, even if the facts of a case are agreed upon, there can be disagreement about the interpretation of a legal rule or concept, about the validity of a rule, about whether there is an exception to a rule, based on some legal principle or socio-political demands,

o conceitualismo – concepção filosófica atrelada à lógica clássica²⁹⁰ – deve ser abandonado. O conceitualismo pode ser explicado figurativamente como um quebra-

about the binding force of a precedent, etcetera. As a result it is sometimes said that in law it is possible to argue for almost anything: in practice legal knowledge cannot be 'discovered' by some objective method but must be argued for in a 'battle of persuasion'. Of course, it can be debated to which degree the legal domain contains disagreement; at this point more and less extreme positions have been defended. Nevertheless, I believe that the just sketched 'realistic' view contains a considerable degree of truth and therefore the coming logical investigations will bear this view in mind."

²⁹⁰ MARGOLIS, Eric; LAURENCE, Stephen. **Concepts**. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2014 Edition), Edward N. Zalta (ed.). Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/concepts/>>. Acesso em: 06 out. 2018: "In one way or another, all theories regarding the structure of concepts are developments of, or reactions to, the classical theory of concepts. According to the classical theory, a lexical concept C has definitional structure in that it is composed of simpler concepts that express necessary and sufficient conditions for falling under C. The stock example is the concept BACHELOR, which is traditionally said to have the constituents UNMARRIED and MAN. If the example is taken at face value, the idea is that something falls under BACHELOR if it is an unmarried man and only if it is an unmarried man. According to the classical theory, lexical concepts generally will exhibit this same sort of definitional structure. This includes such philosophically interesting concepts as TRUTH, GOODNESS, FREEDOM, and JUSTICE. Before turning to other theories of conceptual structure, it's worth pausing to see what's so appealing about classical or definitional structure. Much of its appeal comes from the way it offers unified treatments of concept acquisition, categorization, and reference determination. In each case, the crucial work is being done by the very same components. Concept acquisition can be understood as a process in which new complex concepts are created by assembling their definitional constituents. Categorization can be understood as a psychological process in which a complex concept is matched to a target item by checking to see if each and every one of its definitional constituents applies to the target. And reference determination, we've already seen, is a matter of whether the definitional constituents do apply to the target. These considerations alone would be enough to show why the classical theory has been held in such high regard. But the classical theory receives further motivation through its connection with a philosophical method that goes back to antiquity and that continues to exert its influence over contemporary thought. This is the method of conceptual analysis. Paradigmatic conceptual analyses offer definitions of concepts that are to be tested against potential counterexamples that are identified via thought experiments. Conceptual analysis is supposed to be a distinctively a priori activity that many take to be the essence of philosophy. To the extent that paradigmatic conceptual analyses are available and successful, this will convey support for the classical theory. Conversely, if the definitions aren't there to be discovered, this would seem to put in jeopardy a venerable view of what philosophy is and how philosophical investigations ought to proceed (see section 5 below). The classical theory has come under considerable pressure in the last thirty years or so, not just in philosophy but in psychology and other fields as well. For psychologists, the main problem has been that the classical theory has difficulty explaining a robust set of empirical findings. At the center of this work is the discovery that certain categories are taken to be more representative or typical and that typicality scores correlate with a wide variety of psychological data (for reviews, see Smith & Medin 1981, Murphy 2002). For instance, apples are judged to be more typical than plums with respect to the category of fruit, and correspondingly apples are judged to have more features in common with fruit. There are many other findings of this kind. One other is that more typical items are categorized more efficiently. For example, subjects are quicker to judge that apples are a kind of fruit than to judge that plums are. The problem isn't that the classical theory is inconsistent with results like these but that it does nothing to explain them. In philosophy, the classical theory has been subjected to a number of criticisms but perhaps the most fundamental is that attempts to specify definitions for concepts have a poor track record. Quite simply, there are too few examples of successful definitional analyses, and certainly none that are uncontroversial (Wittgenstein 1953/1958, Fodor 1981). The huge literature on the analysis of knowledge is representative of the state of things. Since Edmund Gettier (1963) first challenged the traditional definition of KNOWLEDGE (as JUSTIFIED TRUE BELIEF), there has been widespread agreement among philosophers that the traditional definition is incorrect or at least incomplete (e.g., Dancy 1985). But no one can seem to agree on what the correct definition is. Despite the enormous amount of effort that has gone into the matter, and the dozens of papers written on the issue, we are still lacking a satisfactory and complete definition. It could be that the problem is that definitions are hard to come by. But another possibility – one that many philosophers are now taking seriously – is that our concepts lack definitional structure."

cabeças, em que cada “conceito” se adequaria aos outros de maneira a formar a paisagem, que seria a representação completa do mundo, uma vez que a conjunção de todos os conceitos necessários seria a maneira de abarcar todos os eventos da realidade na linguagem.²⁹¹ De forma diversa, a tipologia – ou *teoria de protótipos* – trabalha a partir da proximidade a certos modelos ou focos conceituais – ou *conceptual cores* –, com base em caracteres que os demarcam semanticamente.²⁹² Portanto, a conceitualização dos eventos no mundo segue a gradualidade, rejeitando-se o conceitualismo clássico. Ocorre assim em um espectro de cores, em que todas as cores são igualmente cores, mas apenas algumas se adequam perfeitamente a certos padrões típicos (ex.: azul, vermelho, amarelo,

²⁹¹ *Idem*: “What other type of structure could they have? A non-classical alternative that emerged in the 1970s is the *prototype theory*. According to this theory, a lexical concept *C* doesn't have definitional structure but has probabilistic structure in that something falls under *C* just in case it satisfies a sufficient number of properties encoded by *C*'s constituents. The prototype theory has its philosophical roots in Wittgenstein's (1953/1958) famous remark that the things covered by a term often share a family resemblance, and it has its psychological roots in Eleanor Rosch's experimental treatment of much the same idea (Rosch & Mervis 1975, Rosch 1978). The prototype theory is especially at home in dealing with the typicality effects that were left unexplained by the classical theory. One standard strategy is to maintain that, on the prototype theory, categorization is to be understood as a similarity comparison process, where similarity is computed as a function of the number of constituents that two concepts hold in common. On this model, the reason apples are judged to be more typical than plums is that the concept APPLE shares more of its constituents with FRUIT. Likewise, this is why apples are judged to be a kind of fruit faster than plums are. The prototype theory does well in accounting for a variety of psychological phenomena and it helps to explain why definitions may be so hard to produce. But the prototype theory has its own problems and limitations. One is that its treatment of categorization works best for quick and unreflective judgments. Yet when it comes to more reflective judgments, people go beyond the outcome of a similarity comparison. If asked whether a dog that is surgically altered to look like a raccoon is a dog or a raccoon, the answer for most of us, and even for children, is that it remains a dog (see Keil 1989, Gelman 2003 for discussion). Another criticism that has been raised against taking concepts to have prototype structure concerns compositionality. When a patently complex concept has a prototype structure, it often has emergent properties, ones that don't derive from the prototypes of its constituents (e.g., PET FISH encodes properties such as brightly colored, which have no basis in the prototype structure for either PET or FISH). Further, many patently complex concepts don't even have a prototype structure (e.g., CHAIRS THAT WERE PURCHASED ON A WEDNESDAY) (Fodor & Lepore 1996, Fodor 1998; for responses to the arguments from compositionality, see Prinz 2002, Robbins 2002, Hampton & Jönsson 2011). One general solution that addresses all of these problems is to hold that a prototype constitutes just part of the structure of a concept. In addition, concepts have *conceptual cores*, which specify the information relevant to more considered judgments and which underwrite compositional processes. Of course, this just raises the question of what sort of structure conceptual cores have. One common suggestion is that conceptual cores have classical structure (Osherson & Smith 1981, Landau 1982). This won't do, however, since it just raises once again most of the problems associated with the classical theory (Laurence & Margolis 1999).”

²⁹² LAKOFF, George. **Women, Fire, and Dangerous Things**: what categories reveal about the mind. Chicago & London: The University of Chicago Press, 1987, p. 65: “This characterization of subject is semantically based, but not in the usual sense; that is, it does not attempt to predict all subjects from semantic and pragmatic properties. But it does define the prototype of the category in semantic and pragmatic terms. Noncentral cases will differ according to language-particular conventions. The subject category is thus what we will refer to in chapter 6 as a *radial category*. In this case, the center, or prototype, of the category is predictable. And while the noncentral members are not predictable from the central member, they are ‘motivated’ by it, in the sense that they bear family resemblances to it. *Motivation* in this sense will be discussed in great detail below.”

marrom etc.).²⁹³ Kay & McDaniel explicam que o cérebro humano tem a tendência de *conceitualizar* certas cores ou ignorar outras com base no que lhe aparece como útil para as necessidades concretas da vida em sociedade ou do convívio com a natureza.²⁹⁴

A argumentação tipológica deve ser estruturada a partir da *partial logic*, no que toca às conceitualizações, e da *modal logic*, no que toca às estruturas entre os elos da inferência. Adotando um modelo mais extremado de lógica parcial, Kay propõe a formalização do espectro conceitual com os respectivos graus, de modo a estruturar o padrão comunicativo de modo contínuo – no caso da pesquisa dele, de cores; no caso do trabalho, seriam de conceitos jurídicos –, portanto afastando a proposta de *foci* (baseada em juízos de verdade, conforme a superavaliação).²⁹⁵ Figurativamente seria como dizer que o modelo de Kay somente trabalha como tons de cinza, sem admitir o completo branco ou o completo preto – que seriam os *foci* – por inexistir possibilidade de pureza conceitual. A proposta extremada é útil para o âmbito de estudo do autor, que busca associar cores aos respectivos estados mentais – ou seja, associando as cores aos

²⁹³ DEEMTER, Kees van. **Not exactly: in praise of vagueness.** New York: Oxford University Press, 2010, p. 143: “It will be useful to look at the mechanisms behind colour perception in more detail. The colour of an object is determined by what percentage of light is refracted from it at each wavelength. But our eyes perceive colour quite economically, by paying attention to just three overlapping ranges of wavelengths, known as the red, green, and blue range. (The meaning of these terms does not coincide with normal usage, which is why we shall put them in quotation marks below.) Our eyes operate by summarizing what they find in each of these three ranges. Suppose you are looking at a particular patch of colour. Far from passing on all the individual values, your eyes take the average of all the values that it measures within each range. All that is passed on to the brain is three numbers: the percentage of ‘red’ light refracted, the percentage of ‘green’ light refracted, and the percentage of ‘blue’ light refracted. If you are like most of us, these three figures will allow you to separate about 10 million different colours, some of which are grouped together by everyday words such as ‘blue’, ‘pink’, ‘red’, and so on. Needless to say, you are unlikely to have a word for each of them: even standard works on colour terminology do not contain more than a few thousand. To complicate matters further, different languages name different parts of colour space: Russian, for example, has no name for what the English-speaking nations call ‘blue’, essentially dividing it into light blue and dark blue.”

²⁹⁴ KAY, Paul; MCDANIEL, Chad K. **The linguistic significance of the meanings of basic color terms.** Disponível em: < <https://www1.icsi.berkeley.edu/~kay/K&McD.LG.pdf> >. Acesso em: 25 jul. 2018: “We have reviewed evidence that the semantics of color display substantial linguistic universals; and that these semantic universals, which explain a considerable range of both synchronic and diachronic linguistic fact, are based on panhuman neurophysiological processes in the perception of color. We interpret these findings as placing strict limits on the applicability of the Sapir-Whorf hypothesis and related hypotheses of extreme linguistic/cultural relativity. We have found further that the facts of color semantics are modeled felicitously in fuzzy set theory, and are not readily modeled in the traditional theory of discretely contrasting semantic features.”

²⁹⁵ *Idem*: “The formalism of fuzzy set theory is a natural device for expressing the continuity of basic color-category membership, allowing accurate description of the full range of memberships admitted. The special status formerly sought for foci and boundaries is nevertheless preserved in the fuzzy set representation, as these become characteristic points (maxima and minima) of the fuzzy membership functions that represent the basic categories. The result is a more accurate description of basic color categories. In addition, when basic color categories are given this non-discrete characterization, the membership functions that then represent the semantic structures of these categories can be derived directly from the neural response functions (discussed in 3, above) that make up the physiological code for color.”

respectivos jogos de referência. Porém, é mais adequado para o estudo jurídico adotar uma concepção mais moderada de *partial logic*, de modo a se admitir a existência de *foci* (ex.: preto e branco, embora agregados a tons de cinza) e modelos de superverdade, uma vez que o Direito – quando estudado analiticamente – precisa ser traduzido de forma mais operacional e dialético-argumentativa do que a proposta de Kay é capaz de fazer. A versão moderada da *partial logic* facilita enormemente a elaboração de uma teoria da argumentação que comporte a vagueza.

A lógica parcial (*partial logic*) funciona a partir da mitigação da semântica rígida entre verdadeiro ou falso, passando a admitir gradualidade entre os extremos – por exemplo, admitir preto, branco e seus tons de cinza intermediários. Apesar de mais fácil de operacionalizar, a lógica parcial ainda incorre no artificialismo de adotar um binarismo mitigado, o que lhe compromete parcialmente. Corrigindo esta inadequação – e sem precisar incorrer no modelo extremado de Kay –, a *fuzzy logic* é um desdobramento da lógica parcial que busca construir contínuos de significação, aglutinando em torno de determinadas referências significativas (ex.: “alto”, “manga”, “casa”, “azul” etc.), que de modo a obter enunciados com uma significação variada e gradualizada, conforme os contextos comunicativos em que se inserem.²⁹⁶ Mais à frente será apresentada a tipologia – ou teoria dos protótipos²⁹⁷ – que funciona (ou pode funcionar) a partir de modelos *fuzzy*, cuja gradualidade varia conforme a relação entre forma e teleologia dos conceitos jurídicos. A opção do presente trabalho pela *fuzzy logic* não afasta, de modo algum, a utilidade da *partial logic* comum e seu binarismo mitigado, todavia é preciso ter em mente suas limitações em relação à gradualidade da vagueza.

Já a lógica modal (*modal logic*) tem como ideia basilar a noção de que a indeterminação atribuída a certos fenômenos deve refletir em um modo de formular enunciações que incorpore padrões de probabilidade entre seus elementos, e não apenas padrões de necessidade.²⁹⁸ O uso de expressões que caracterizam a lógica modal é o cerne

²⁹⁶ DEEMTER, Kees van. **Not exactly: in praise of vagueness.** New York: Oxford University Press, 2010, pp. 189-190: “Early in the previous chapter, a logical system called partial logic was outlined. Partial logic added one truth value to the two familiar truth”

²⁹⁷

²⁹⁸ TULENHEIMO, Tero. **Objects and Modalities: A Study in the Semantics of Modal Logic.** Cham: Springer, 2017, p. 85: “Elizabeth Anscombe took there to be three salient features of intentional objects: indeterminacy, sensitivity to the way in which they are described, and possible non-existence [1, pp. 159, 161, 171]. Relatedly, Tim Crane speaks of accuracy, aspect, and absence as features of intentional states [18, pp. 455-6]. In Edmund Husserl’s theory of intentional relations, these or similar features have been termed indeterminacy of characterization, conception-dependence, and existence-independence of intentional relations; cf. [113, pp. 11-7]. Linguistically, these characteristics are reflected in the behavior

argumentativo desse modelo lógico, destacadamente pelo uso de verbo “poder” – mas não exclusivamente²⁹⁹ – e pelo uso de estruturas argumentativas abertas, de forma a permitir inovações futuras a depender da superveniência de novas evidências.³⁰⁰ Toulmin

of verb phrases consisting of an intensional transitive verb and its complement: such verb phrases admit an unspecific reading; substituting a singular term for a coreferential singular term in the complement need not preserve truth; and existential generalization with respect to the complement is not a valid rule of inference when usual ontologically committing quantifiers are employed.”

²⁹⁹ GARSON, James. **Modal Logic**. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2018 Edition), Edward N. Zalta (ed.). Disponível em: < <https://plato.stanford.edu/archives/fall2018/entries/logic-modal/> >. Acesso em: 01 out. 2018: “Narrowly construed, modal logic studies reasoning that involves the use of the expressions ‘necessarily’ and ‘possibly’. However, the term ‘modal logic’ is used more broadly to cover a family of logics with similar rules and a variety of different symbols. A list describing the best known of these logics follows.

Logic	Symbols	Expressions Symbolized
Modal Logic	\Box	It is necessary that ...
	\Diamond	It is possible that ...
Deontic Logic	O	It is obligatory that ...
	P	It is permitted that ...
	F	It is forbidden that ...
Temporal Logic	G	It will always be the case that ...
	F	It will be the case that ...
	H	It has always been the case that ...
	P	It was the case that ...
Doxastic Logic	Bx	xx believes that ...

The purpose of logic is to characterize the difference between valid and invalid arguments. A logical system for a language is a set of axioms and rules designed to prove *exactly* the valid arguments statable in the language. Creating such a logic may be a difficult task. The logician must make sure that the system is *sound*, i.e. that every argument proven using the rules and axioms is in fact valid. Furthermore, the system should be *complete*, meaning that every valid argument has a proof in the system. Demonstrating soundness and completeness of formal systems is a logician’s central concern. Such a demonstration cannot get underway until the concept of validity is defined rigorously. Formal semantics for a logic provides a definition of validity by characterizing the truth behavior of the sentences of the system. In propositional logic, validity can be defined using truth tables. A valid argument is simply one where every truth table row that makes its premises true also makes its conclusion true. However truth tables cannot be used to provide an account of validity in modal logics because there are no truth tables for expressions such as ‘it is necessary that’, ‘it is obligatory that’, and the like. (The problem is that the truth value of AA does not determine the truth value for $\Box A \Box A$. For example, when AA is ‘Dogs are dogs’, $\Box A \Box A$ is true, but when AA is ‘Dogs are pets’, $\Box A \Box A$ is false.) Nevertheless, semantics for modal logics can be defined by introducing possible worlds. We will illustrate possible worlds semantics for a logic of necessity containing the symbols \sim, \rightarrow, \Box . Then we will explain how the same strategy may be adapted to other logics in the modal family.”

³⁰⁰ TOULMIN, Stephen E. **The Uses of Argument**. New York: Cambridge University Press, 2003, pp. 156-157: “One is tempted, therefore, to enter judgement against the formal logicians outright, on grounds of sheer irrelevance. One thing, however, complicates the situation: for certain purposes, considerations of consistency and contradiction may be relevant, even when the arguments we are discussing are substantial. Before we reach any final conclusions, we must look and see how this comes about, and what relevance the notions of ‘logical’ possibility, impossibility and necessity do have to the criticism of non-analytic arguments. Traditionally – in the tradition of logic text-books, that is – any proposition so expressed as to avoid lapsing into incoherence and incomprehensibility is entitled to be called logically possible; and any conclusion which does not contradict the data it is inferred from can be called a logically possible conclusion. Likewise, only a conclusion which positively contradicts the data is called impossible, and only one whose denial contradicts the data is called necessary. This, at any rate, is the orthodox doctrine to accept from the point of view of *logic*. This doctrine, however, is liable to be gravely misleading, for it gives the impression that ‘the logical point of view’ is a genuine alternative to the points of view of physics, ethics and the like, and that this distinct point of view is somehow more rigorous than those of the practical and

chega a também reconhecer a importância de um modelo lógico compatível com o raciocínio probabilístico – típico da lógica modal – para o estudo e a argumentação jurídicos.³⁰¹

3.1.1 APELO À FORMA: NECESSIDADE E LIMITAÇÕES

As referências formais do Direito são o seu ponto de partida argumentativo – Toulmin as chamaria de *data*, já que é uma premissa necessária para certas espécies de raciocínio jurídico. Por outro lado, o pressuposto social de que as referências formais devem ser obedecidas seria um *warrant*, já é também uma premissa para o ato de fala e comumente sequer é explicitado – embora deveria sê-lo quando argumentativamente necessário.³⁰² A conjunção da referência formal e do respeito social à sua autoridade são os elementos que compõe o argumento chamado de apelo à forma, cuja compreensão é

explanatory sciences. Only if we can dispel this impression shall we come to see clearly the true relation between logic and these other subjects.”

³⁰¹ TOULMIN, Stephen E. **The Uses of Argument**. New York: Cambridge University Press, 2003, pp. 157-158: “To go further: logical possibility – if by this we mean meaningfulness – is not so much a sub-species of possibility as a prerequisite of either possibility or impossibility; while logical impossibility, inconceivability or meaninglessness, far from being a sub-species of impossibility, precludes either possibility or impossibility. Can a proposition expressed in an unintelligible form even be dismissed from consideration as impossible? We must surely eliminate inconsistencies and self-contradictions before we shall have expressed ourselves in an intelligible manner, and until this is done genuine questions about possibility, impossibility or necessity can hardly arise at all. Given the minimum requirement of intelligibility, an impossible conclusion will be one which, though it may be consistent with our data so far as language alone goes, we have conclusive reasons for ruling out: an inconsistent conclusion never even reaches the stage at which its claim to be possible can be considered. Perhaps in a limited range of problems – analytic arguments and computations – the presence or absence of contradictions does become relevant to an actual assessment; but, this limited class of cases apart, the things that count for necessity, impossibility and so on are considerations of entirely another kind. The relation between logical possibility and other kinds can be clarified once again by looking at the parallel with law. Suppose that I have an obscure sense of grievance against a neighbour, and decide that I must get my wrongs redressed in the courts: I may go to a lawyer, tell him a tale of woe about what the neighbour has done to me, and end up with the inquiry, ‘Have I a possible case?’ Now it should be noticed that, at this stage, there can be no reply to my question: as things stand the question cannot be tackled, since the time for asking it has not yet properly been reached. If all I have produced is a chronicle of the man’s behavior towards me over the last few months, without indicating in what respect I feel aggrieved or on what account his conduct might provide grounds for an action, the lawyer may have to ask me quite a number of other questions before the inquiry, whether my case is a possible one, can seriously be faced. Even at this stage I might of course ask the question, ‘Is there any sort of a case that I could bring against him?’, but it has to be decided what sort of case is in question before we can go on to ask whether the case is possible. So first I must say what kind of a case I had it in mind to bring, and roughly which of the facts in my chronicle I shall rely on to demonstrate the soundness of my case. Only when, with the help of the lawyer, I have succeeded in working out both the kind of case to be brought and the way in which my evidence supports the case, will the further question arise. The case has, in other words, to be set out first of all in proper form. Once it is in proper form, at any rate roughly, the time will have come for asking how far the case is a possible one – i.e. whether it is the sort of case which one should even consider bringing into court.”

³⁰² *Idem*, p. 91: “Propositions of this kind I shall call *warrants* (W), to distinguish them from both conclusions and data. (These ‘warrants’, it will be observed, correspond to the practical standards or canons of argument referred to in our earlier essays.)”

fundamental para desenvolver uma proposta teórica de operacionalização da vagueza. Embora textos normativos não sejam a única referência formal para o Direito, é inegável que a textualidade não pode ser marginalizada, incluindo-se nela as leis, as constituições e os precedentes judiciais.³⁰³ Contudo, também serão discutidas referências formais não-textuais, tais como os costumes e os conceitos lógico-jurídicos, já que são operáveis de forma bastante semelhante aos primeiros.

O apelo à forma é um argumento mais presente em concepções formalista do Direito, uma vez que estas entendem a linguagem sob os pressupostos clássicos. A ideia de formalismo no estudo jurídico vem ganhando um tom arcaico com o fortalecimento de correntes teóricas, especialmente pós-positivistas, que se esforçam em enfraquecer os pressupostos do positivismo e fortalecer a presença de reflexões valorativas no Direito. Schauer afirma, inclusive, que o “formalismo” teria ganhado contornos pejorativos, a ponto de os juristas se recusarem a receber rótulos da espécie. Contudo, alerta que sequer existe um consenso sobre o que seria “ser formalista” e também critica que a falta de rigor analítico – em relação ao modo de operar normas do tipo “regra” – é a principal razão para as confusões cometidas frequentemente quando se critica o formalismo.³⁰⁴

³⁰³ SHIFFER, Stephen. Philosophical and Jurisprudential Issues of Vagueness. *In*: KEIL, Geert; POSCHER, Ralf. (edited by) **Vagueness in the Law**. Philosophical and legal perspectives. New York: Oxford University Press, 2016, p. 41: “Common law is law based on the principle of *stare decisis*, the principle that ‘a decision made in one case will be followed in the next’ (Scalia 1997, p. 7). For a judge to decide whether a decision reached in another case is binding on the case before her, she must first discern the principle of that prior decision, where that requires deciding in what respects her case must be similar to the decided case in order for the decision reached in that case to be binding on her case. Discerning the principle established by a court’s decision ‘is an art, or a game, rather than a science, because what constitutes the ‘holding’ of an earlier case is not well defined and can be adjusted to suit the occasion’ (Scalia 1997, p. 8). Because of this scope for creativity on the part of the judge, common law judges have considerable scope within which to create law. Federal courts, however, are not governed by common law, for ‘every issue of law resolved by a federal judge involves interpretation of text – the text of a regulation, or of a statute, or of the Constitution’ (Scalia 1997, p. 13). Although, he says, he has ‘no quarrel with the common law and its process’, Scalia does ‘question whether the *attitude* of the common-law judge—the mind-set that asks, ‘What is the most desirable resolution of this case, and how can any impediments to the achievement of that result be evaded?’ – is appropriate for most of the work that [federal judges do]’ (Scalia 1997, p. 13). Scalia intends his textualism to be an antidote to the attitude he deplores. Textualism holds that jurists should take the law promulgated by a text to be determined by, and only by, ‘the meaning the text had when it was created’. As a theory of constitutional interpretation, textualism is called *originalism* because it holds that judicial interpretations of the Constitution should be determined by, and only by, the ‘original meaning’ of the Constitution, which is to say, ‘the meaning [the Constitution] had when it was adopted’. Before we can assess how Penumbra Shift and Penumbra Ignorance might affect textualism we must first know to what ‘the meaning a text had at the time it was created’ is supposed to refer.”

³⁰⁴ Schauer traz, em nota de rodapé, diversos autores neste sentido. SCHAUER, Frederick. **Formalism**. The Yale Law Journal, Vol. 97, No. 4 [Mar., 1988], pp. 509-548. Disponível em: < <http://fs2.american.edu/dfagel/www/Class%20Readings/Schauer/Formalism.pdf> >. Acesso em: 07 jun. 2018: “See, e.g., H.L.A. Hart, The Concept of Law 124-30 (1961) (formalism as refusal to acknowledge necessity of choice in penumbral area of rules); M. Horwitz, The Transformation of American Law 254

Lochner v. New York, em que se discute a regulação dos contratos de trabalho, é apresentado por Schauer como um caso que ficou marcado como “formalista” pela doutrina americana, especialmente pela (alegada) recusa ou indiferença (*denial*, no inglês) em relação aos aspectos políticos, sociais, morais e econômicos envolvidos no caso. O autor afirma que as críticas voltadas ao referido precedente estão muitos mais relacionadas com o resultado – que teria desagradado os que acusaram a corte de formalista – do que com o método formalista adotado. O grande debate do caso *Lochner v. New York* gira em torno da definição de “liberdade” (prevista na 14ª Emenda à Constituição dos EUA), portanto é uma questão de vagueza. Seria contrário à “liberdade de contratar” a existência de controle estatal sobre os contratos de trabalho? Schauer enfatiza que a posição adotada no caso *Lochner* pode ser entendida como formalista por desconsiderar que a linguagem permite uma abertura para o tomador de decisão (*decisionmaker*) e que é falsa premissa adotada pelos juízes de que haveria uma inexorabilidade da linguagem (no caso, do texto) para conferir base à sua decisão.³⁰⁵ Assim, a questão de ser ou não formalista diz muito mais respeito aos pressupostos argumentativos adotados e à necessidade de relativizar certas delimitações conceituais – no caso, sobre “liberdade” –, em detrimento de outras. Em outras palavras, a questão não é ser ou não formalista, mas apresentar uma justificção razoável para mitigar ou afastar a aplicabilidade do apelo à forma.

Há certas palavras e expressões já tão profundamente arraigadas ao uso cotidiano que seu sentido se torna naturalizado, como se fosse decorrente da natureza das coisas, e não da convenção humana. A consequência é o uso imotivado e injustificado dos conceitos, mesmo quando são o objeto de divergência semântica no debate.³⁰⁶ O

(1977) (formalism as refusal to recognize instrumental functions of law); K. Llewellyn, *Jurisprudence: Realism in Theory and Practice* 183-88 (1962) (formalism as excessive reliance on canonically written language of rules); R. Unger, *The Critical Legal Studies Movement* 1-2 (1986) (formalism as constrained and comparatively apolitical decisionmaking); Kennedy, *Legal Formality*, 2 *J. Legal Stud.* 351, 355 (1973) (formalism as view that rule application is mechanical and that mechanical rule application is just); Strauss, *Formal and Functional Approaches to Separation-of-Powers Questions A Foolish Inconsistency?*, 72 *Cornell L. Rev.* 488, 489 (1987) (formalism as refusal to acknowledge practical consequences of judicial decisions); Tushnet, *Anti-Formalism in Recent Constitutional Theory*, 83 *Mich. L. Rev.* 1502, 1506-07 (1985) (formalism as artificial narrowing of range of interpretive choices).”

³⁰⁵ SCHAUER, Frederick. **Formalism**. *The Yale Law Journal*, Vol. 97, No. 4 [Mar., 1988], pp. 509-548. Disponível em: < <http://fs2.american.edu/dfagel/www/Class%20Readings/Schauer/Formalism.pdf> >. Acesso em: 07 jun. 2018.

³⁰⁶ *Idem*. “Thus, one view of the vice of formalism takes that vice to be one of deception, either of oneself or of others. To disguise a choice in the language of definitional inexorability obscures that choice and thus obstructs questions of how it was made and whether it could have been made differently. Use of the word “formalism” in this sense hinges on the existence of a term (or phrase, sentence, or paragraph) whose contested application generates the choice. Some terms, like “liberty” and “equality,” are pervasively

formalismo, para Schauer, caracteriza-se por ignorar o processo de tomada de decisão que é íntimo à definição de conceitos objeto de divergência. Mas destaque que o ignorar a necessidade de expor essas decisões – portanto, de apresentar o *warrant*, nas palavras de Toulmin³⁰⁷ – sobre a definição das palavras não é exclusividade dos formalistas, podendo ser identificada também dentre seus críticos.³⁰⁸ Solan ainda critica que as decisões da Suprema Corte são inconsistentes quando tratam de vagueza, uma vez que – segundo ele – a opção por uma abordagem em relação à vagueza varia de acordo com critérios casuísticos e que, diferente do que pressupõem alguns *Justices* (Ministros da Suprema Corte dos EUA), em especial os originalistas – não existe uma abordagem específica que transcenda a situação concreta, ou seja, que independa do contexto comunicativo – como poderia se defender a partir de uma suposta prevalência da interpretação “literal”.³⁰⁹

indeterminate. It is not that such terms have no content whatsoever; it is that every application, every concretization, every instantiation requires the addition of supplementary premises to apply the general term to specific cases. Therefore, any application of that term that denies the choice made among various eligible supplementary premises is formalistic in this sense. More commonly, however, the indeterminacy to be filled by a decisionmaker's choice is not pervasive throughout the range of applications of a term. Instead, the indeterminacy is encountered only at the edges of a term's meaning. As H.L.A. Hart tells us, legal terms possess a core of settled meaning and a penumbra of debatable meaning. For Hart, formalism derives from the denial of choice in the penumbra of meaning, where applying the term in question is optional. Thus, Hart conceives of formalism as the unwillingness to acknowledge in cases of doubtful application, such as the question of whether a bicycle is a vehicle for purposes of the prohibition on vehicles in the park, that choices must be made that go far beyond merely ascertaining the meaning of a word.”

³⁰⁷ *Vide* item 3.2 do presente capítulo.

³⁰⁸ *Idem*: “Both the first model, which resembles Dworkin's account of the law, and the second, which borrows from Llewellyn's, acknowledge the pervasiveness of judicial choice in their recognition of the judge's opportunity (or perhaps even obligation) to avoid the arguably unjust consequences of mechanical application of the most directly applicable legal rule. If either of these models is an accurate rendition of some legal system, then a decisionmaker within such a system who simply applies the most directly applicable legal rule without further thought or explanation either denies herself a choice that the system permitted or required, or denies to others an explanation of why she chose not to use the escape routes permitted by the system. This failure to explain the choice to apply the most locally applicable rule is simply a variation on the more egregious forms of formalism as denial of choice.”

³⁰⁹ SOLAN, Lawrence M. Why it is so difficult to resolve vagueness in legal interpretation. *In*: KEIL, Geert; POSCHER, Ralf. (edited by) **Vagueness in the Law**. Philosophical and legal perspectives. New York: Oxford University Press, 2016, p. 234: “Below I will discuss each of these approaches, illustrating them with cases decided by the Supreme Court of the United States. The problem of vagueness is highly situational, so that the lack of consistency should not be surprising. In fact, we will see that Justice Antonin Scalia had endorsed three of them in different cases. In pointing this out, by no means do I mean that Scalia was being a hypocrite. Rather, the problem lies in the fact that there really is no single approach to vagueness that transcends the situation, so even the most committed formalist will be forced to shift from one approach to another. The four approaches to be discussed are: 1. Choose the meaning that best reflects the way the word in dispute is ordinarily used because the legislature most likely intended the words in a statute to be understood in their ordinary sense. 2. Choose the meaning that would make the statute most coherent with the surrounding body of law because the legislature most likely intended that body of law to be coherent. 3. Choose the meaning that would make the statute most coherent with the surrounding body of law because it is the courts' obligation to make sense out of the body of law, read as a whole. 4. Choose the meaning that would best advance the purpose of the statute.”

O formalismo também traz à baila uma questão central: é possível falar de *sentido literal*? O que seria ela?³¹⁰ O dilema da literalidade deve ser encarado de maneira puramente epistemológica e semântica, e não política nem metafísica. O sentido literal aqui é compreendido como o conjunto de sentidos ordinariamente utilizados para certa palavra ou locução. Mas como definir quais os “sentidos ordinariamente utilizados”? Essa é uma questão que não pode ser respondida aqui, pois depende do respectivo contexto comunicativo e, conseqüentemente, da necessidade de haver concretamente justificação do ato de fala.³¹¹ Daqui em diante, chamaremos de *tipo-padrão* o conjunto de “sentidos ordinariamente utilizados”. Não é necessário, vale dizer, justificar ou definir todas as expressões utilizadas, mas somente aquelas que não sejam consensuais (ou que estejam nos lugares comuns, conforme a superavaliação³¹²) naquele determinado contexto comunicativo.

Dentro das concepções tradicionais, as referências formais do Direito são utilizadas como base para formular uma argumentação jurídica dedutivista, que pressupõe a natureza declaratória do conteúdo da norma e que confunde o fenômeno jurídico com tais referências formais. As referências formais não devem ser tratadas de forma determinística da norma jurídica, mas como um ponto de partida argumentativo – ou seja, o *data* de Toulmin. Ademais, analisando o fenômeno da vagueza, é possível dizer que a referência formal tem fundamental importância na identificação do tipo-padrão (ou os possíveis tipos-padrão), pois servirá de base para obter os sentidos mais diretos e intuitivos do texto normativo. Uma vez identificada a referência formal, o *warrant* – isto é, o argumento relacionado ao mérito do formalismo, se ele é justificado, e outros relacionados – deve ser analisado conjuntamente a aspectos teleológicos que possam justificar sua flexibilização ou seu afastamento, ou seja, se se trata de uma situação de penumbra digna de excepcionar o tipo-padrão (ex.: “banco de praça” ser tratado como casa para preservar o direito de privacidade, conforme o art. 5º, XI, da CRFB/88).

³¹⁰ SCHAUER, Frederick. **Formalism**. The Yale Law Journal, Vol. 97, No. 4 [Mar., 1988], pp. 509-548. Disponível em: < <http://fs2.american.edu/dfagel/www/Class%20Readings/Schauer/Formalism.pdf> >. Acesso em: 07 jun. 2018: “The conceptual question of whether literal meaning is possible can therefore be answered affirmatively. Rules may point to results that diverge from those that a decisionmaker would have reached apart from the literal meaning of the rule. When there is such divergence, however, the psychological question remains: Is it possible in such cases for decisionmakers to follow the literal meaning of the rule rather than their own judgment regarding how the case should be resolved?”

³¹¹ Vide item 1.1.3 do Capítulo 01.

³¹² Vide item 2.2.2 do Capítulo 02.

Certos pressupostos encarados de forma quase metafísica – apesar de serem meros pressupostos teóricos – como são a completude lógica e a estrutura hierárquica do ordenamento jurídico, também devem ser compreendidas como parte de um processo argumentativo, e não como condições ontológicas do sistema jurídico. A estrutura hierárquica do sistema jurídico, com primazia da constituição, é resultado de um entendimento político e cultural, já que o escalonamento – formal ou material – é decorrente da história de um povo, de forma que se deve conferir maior deferência às estruturas majoritárias – o que não quer dizer que seja um dogma – quanto à configuração deste escalonamento, diversamente do que ocorre com as referências formais em si e sua interpretação que compõem o escalonamento – que podem ser produzidas pela sociedade de forma mais difusa. É necessário compreender que a estrutura hierárquica das referências formais é mera precedência lógica, no sentido de que as normas decorrente de certas referências (inferiores) não podem levar a resultados contraditórios em relação a outras (superiores) – assim, é uma espécie de argumento (ex.: “a lei deve obedecer a constituição”). Já a completude lógica³¹³, por outro lado, não se trata de um argumento, mas sim de um postulado, afinal decorre da própria lógica de que de premissas decorrem (ou podem decorrer) conclusões. Quando se fala em completude lógica, quer-se dizer que de suas referências formais (objeto do caso) é possível deduzir proposições jurídicas para regular um caso concreto, conforme propõe classicamente Kelsen.³¹⁴

Contudo, a completude lógica não é suficiente para modelos de lógica *fuzzy* e modal, pois aquela diz apenas que sempre *haverá* uma resposta, mas não responde *qual* será esta resposta dentre aquelas possíveis. Assim, propõe-se aqui a noção de incompletude semântica que esclarece que a possibilidade de se extrair múltiplas proposições de uma certa referência não significa necessariamente saber qual será a proposição empregada em uma situação concreta pelo aplicador do Direito.

³¹³ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995, pp. 132-133: “5) O quinto ponto diz respeito à teoria do ordenamento jurídico, que considera a estrutura não mais da norma isoladamente tomada, mas do conjunto de normas jurídicas vigentes numa sociedade. O positivismo jurídico sustenta a teoria da coerência e da completude do ordenamento jurídico; a) a característica da coerência exclui que, em um mesmo ordenamento jurídico possam coexistir simultaneamente duas normas antinômicas (contraditórias ou contrárias), visto que já está implícito no próprio ordenamento um princípio que estabelece que uma das duas, ou ambas as normas, são inválidas; b) com o requisito da completude, o positivismo jurídico afirma que, das normas explícita ou implicitamente contidas no ordenamento jurídico, o juiz pode sempre extrair uma *regula decidendi* para resolver qualquer caso que lhe seja submetido: o positivismo jurídico exclui assim decididamente a existência de lacunas no direito.”

³¹⁴ Cf.: KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. 2. Auflage. Wien: Österreichische Staatsdruckerei, 1992.

Assim, para satisfazer as necessidades do estudo do Direito, o argumento tipicamente formalista, aqui chamado de *apelo à forma* (ex.: “é a lei”, “conforme a vontade do legislador”, “como deixa claro o texto normativo”), precisa ser cotejado com modelos lógicos que flexibilizem a relação de necessidade entre proposições – típica da lógica clássica – e com a compreensão de que mesmo o apelo à forma pode se necessitar de fundamentação quando – como será visto no tópico seguinte – o tipo-padrão não se adequar à teleologia do ato de fala, ou seja, quando o ato de fala puder ser infeliz (*infelicitous*), mal-sucedido, em caso de se limitar ao simples apelo à forma.

Contudo, o distanciamento provocado pelo tipo-padrão da teleologia do ato de fala – no caso, ato de aplicação do Direito – se dá em graus, de modo que em casos limítrofes nos quais se identifica conflitos entre eles haverá vagueza pragmática. Como explicado anteriormente³¹⁵, a dissonância performativa entre a referência formal e o conteúdo comunicativo do ato de fala provocará vagueza normativa, cuja contradição que leva ao *déficit regulativo*. Contudo, a contradição não deve ser tratado como um dado patológico, mas como um desdobramento natural do funcionamento da linguagem ordinária – cuja semântica funciona por jogos de referência e por contradições performativas entre os sujeitos integrantes do contexto de fala – e, conseqüentemente, deve ser operacionalizado dentro do modelo lógico, ao contrário de imaginar que – por meio de certo modelo lógico – a contradição deva ser eliminada, como propõem modelos de lógica clássica.³¹⁶

Exemplo sempre contribuem para esclarecer. Quando certo texto normativo traz a expressão *casa* (art. 5º, XI, da CRFB/88), o leitor pode derivar o tipo-padrão a seguir: “construção destinada a moradia”. Possivelmente haveria consenso de que “apartamentos”, “imóveis de alvenaria”, “mansões”, “casebres” (residências comuns em aglomerações urbanas informais), “mocas” (habitações tradicionais indígenas), entre outras espécies de recintos estariam incluídos no tipo-padrão de *casa*. Assim, dentro da superavaliação, poder-se-ia dizer que a proposição “mansões são casas” expressa um juízo de superverdade, pois não há necessidade – de modo geral – de justificar o porquê de mansões estarem dentro do conceito de *casa*, diante da aceitação social prévia.

³¹⁵ Vide item 3.1 do presente capítulo.

³¹⁶ Cf.: ÉGRÉ, Paul; ZEHR, Jérémy. Are Gaps Preferred to Gluts? A Closer Look at Borderline Contradictions. In: CASTROVIEJO, Elena; MCNALLY, Louise; SASSON, Galit Weidman (editors). **The Semantics of Gradability, Vagueness, and Scale Structure: Experimental Perspectives**. Language, Cognition, and Mind. Vol. 4. Cham: Springer, 2018, pp. 25 e ss.

Contudo, ocorrem situações, como será melhor visto no tópico seguinte, em que a forma se torna um estrave à teleologia normativa, de modo que o intérprete tenderá, poderá e (talvez até mesmo) deverá romper com o tipo-padrão. Conforme propõem as teorias da linguagem ordinária, haverá sempre situações limítrofes (*borderline cases*), em que os eventos não se adequam de maneira consensual aos seus respectivos conceitos. Na situação da *casa*, por exemplo, poder-se-ia questionar se um morador de rua dormindo debaixo de um banco em uma praça e apenas com um pano sobre o corpo para protegê-lo do frio estaria em uma *casa*. Dificilmente o senso comum diria haver uma casa ali pela notória ausência dos componentes materiais que configuram a imagem mental do público em relação ao conceito, porém o caso concreto pode tornar inexorável o reconhecimento de que se trata, de fato, de uma *casa* – ao menos, para fins normativos.

3.1.2 TELEOLOGIA NORMATIVA: FINALIDADE REGULATÓRIA DAS NORMAS

O segundo lado a ser considerado, contrapondo-se à forma, é a teleologia. Partindo da premissa de que o Direito e a semântica envolvida com o Direito são realidades institucionais, no sentido desenvolvido por Searle, é necessário considerar que o sentido atribuído necessariamente tem subjacente uma atribuição de função. Por vezes o tipo-padrão, inerente à textualidade, pode ir de encontro com a finalidade comunicativa do ato de fala – sempre lembrando que para se chegar a tal conclusão é necessário fazer observar o contexto comunicativo –, ou seja, o uso de expressões em seu sentido consensual pode levar ao aqui chamamos de déficit regulativo. O exemplo da *casa* (art. 5º, XI, CRFB/88) é bastante emblemático, uma vez que a sua interpretação consensual poderia – na situação citada anteriormente – fazer com que populações vulneráveis, sem uma residência compatível com o conceito mais amplamente aceito de *casa*, fossem colocadas à margem da tutela estatal, no que toca à garantia de privacidade.

Evidentemente a teleologia normativa – como o presente trabalho já reiterou – não tem qualquer natureza metafísica, tratando-se de uma noção estritamente institucionalista e semântica. O agente (ou sua coletividade) dotado de faculdades mentais naturalmente traduz o mundo semanticamente e lhe atribui funções, e é esta a natureza da teleologia – uma atribuição de função coletivamente aceita. Qual a função da *cadeira*? Servir de objeto para assento, por exemplo. Mas e se aquele objeto que todos chamam de “cadeira”

for tão desconfortável a ponto de não “servir de objeto para assento”? Certamente muitos diriam que “isso de cadeira não tem nada por não ser de assento”, ou seja, alguns discordariam da atitude proposicional de outros – como diria Soames³¹⁷ – em relação à aquele objeto se trata de uma “cadeira”, criando a chamada vagueza pragmática na situação concreta.

A ruptura com o formalismo de raiz juspositivista fica muito clara aqui. Basta se lembrar das “lacunas ideológicas”, no sentido de Bobbio, segundo o qual a ideia da teleologia seria avessa ao Direito. Na nomenclatura do autor italiano, as lacunas ideológicas se desdobram da comparação entre “ordenamento jurídico como ele é e como deveria ser” – em razão da “falta de uma *norma justa*”, diz ele –, enquanto as lacunas reais seriam aquelas que “se encontrassem no ordenamento jurídico como ele é”.³¹⁸ Todavia, esta ideia não tem como se sustentar. Utilizando o institucionalismo como referencial, esta proposta bobbiana beira o *nonsense*, pois praticamente desconsidera que a semântica não se confunde com a lógica, confunde completamente o texto com a norma (seja no sentido mülleriano, seja no sentido institucionalista) e trabalha a partir de uma incorreta cisão entre o Direito em outras realidades institucionais. A lacuna ideológica também não se confunde com a incompletude semântica, uma vez que esta não tem qualquer natureza ética ou moral – que se contraporiam ao jurídico, segundo os juspositivistas –, mas sim natureza semântica e argumentativa, e ainda pressupõe a abertura do discurso jurídico ao pleno externo.

Outro exemplo é o da *casa* (art. 5º, XI, da CRFB/88), já citado acima. Conforme a superavaliação, é possível estruturar a proposição “casa é X, sendo X igual a

³¹⁷ SOAMES, Scott. **What is Meaning?** Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2010, pp. 07-09.

³¹⁸ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior; tradução de Maria Celeste C. J. Santos; revisão técnica Cláudio De Cicco. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 6 ed, 1995, p. 140: “Entende-se também por ‘lacuna’ a falta não já de uma solução, qualquer que seja ela, mas de uma *solução satisfatória*, ou, em outras palavras, não já a falta de uma norma, mas a falta de uma *norma justa*, isto é, de uma norma que se desejaria que existisse, mas que não existe. Uma vez que essas lacunas derivam não da consideração do ordenamento jurídico como ele é, mas da comparação entre ordenamento jurídico como ele é e como deveria ser, foram chamadas de ‘ideológicas’, para distingui-las daquelas que eventualmente se encontrassem no ordenamento jurídico como ele é, e que se podem chamar de ‘reais’. Podemos também enunciar a diferença deste modo: as lacunas ideológicas são lacunas *de iure condendo* (de direito a ser estabelecido), as lacunas reais são *de iure condito* (do direito já estabelecido). Que existem lacunas ideológicas em cada sistema jurídico é tão óbvio que não precisamos nem insistir. Nenhum ordenamento jurídico é perfeito, pelo menos nenhum ordenamento jurídico positivo. Somente o ordenamento jurídico natural não deveria ter lacunas ideológicas; aliás, uma possível definição do Direito natural poderia ser aquela que o define como um Direito sem lacunas ideológicas, no sentido de que ele é aquilo que deveria ser.”

‘apartamento’, ‘imóvel de alvenaria’, ‘mansão’, ‘casebre’, ou ‘moca’”, no que se tem um *juízo de superverdade*, em que basta o tipo-padrão e não será – de modo geral – necessário qualquer fundamentação adicional quanto à definição. Por outro lado, dizer que “casa é X, sendo X igual a ‘banco de praça’, ‘área debaixo de ponte’, ‘caminhão’, ou ‘escritório de trabalho’” já seria mais difícil de ser aceito pelo senso comum. Nestes casos, apenas contextos comunicativos específicos justificariam a proposição citada – por exemplo quando se pretende preservar os direitos à privacidade ou à moradia digna –, quando seria possível fazer um *juízo de verdade* – por se tratar de uma análise de possibilidade (modal) e carecer de justificação para a fuga do tipo-padrão –, em relação aos X’s citados no segundo exemplo.

Novamente, as lógicas *fuzzy* e modal são importantes. A partir da *fuzzy logic*, é possível materializar o princípio da tolerância nas situações de vagueza, de forma que mais de um sentido poderá ser admitido, conforme a gradualidade que o caso concreto exigir. A variação dos graus dependerá de variáveis teleológicas que estimulam, permitem ou fundamentam a relativização do tipo-padrão. No caso acima citado, o conceito *casa* poderá se distanciar de seu conteúdo semântico ordinário quando este comprometer a satisfação da finalidade regulatória do comando do art. 5º, XI, da CRFB/88, como, por exemplo, comumente expressada nos direitos à moradia e à privacidade que dependem intimamente da *casa* para sua satisfação.

Já a lógica modal é importante para reproduzir nas estruturas lógicas – por exemplo, nos enunciados – a dinâmica evolutiva dos sentidos na vagueza normativa, pois a semântica dos atos de fala pressupõe necessariamente a probabilidade e a variabilidade do sentido nos diferentes contextos de fala. Aqui estão incluídos o contexto comunicativo explicitamente explorado dentro da argumentação – quando se afasta o tipo-padrão em um determinado caso concreto –, bem como o contexto comunicativo implícito e não externalizado – por vezes sequer identificado – pelo aplicador do Direito no caso concreto. A lógica modal não pressupõe exclusivamente uma relação de necessidade lógica – como na lógica clássica –, admitindo também a *possibilidade* lógica, com base na multiplicidade de alternativas semânticas que podem ser verificadas no respectivo contexto comunicativo.

3.2 ETAPAS PARA NOVO JUÍZO DE DEFINIÇÃO

Aprofundando o que foi trazido acima, neste tópico serão apresentados o modelo argumentativo de Toulmin e suas etapas de análise e aplicação, acrescentando-se elementos do modelo institucionalista e a operacionalização da vagueza normativa. O passo-a-passo exposto a seguir se trata de uma proposta, não necessariamente perfeita ou acabada, para melhor estruturar e operacionalizar um padrão de argumentação condizente com as necessidades teóricas e práticas do modelo institucionalista do Direito e do dilema da vagueza normativa. Vale reforçar que o objetivo de qualquer modelo argumentativo é facilitar a instrumentalização da semântica da vagueza, e não eliminá-la.³¹⁹

O Modelo Toulmin trabalha a partir de duas premissas: (i) o discurso racional atrelado à linguagem ordinária não é aquele subsuntivo-dedutivista próprio da lógica clássica e da matemática, mas sim o discurso justificatório, indutivista e atrelado a uma retórica pragmática de convencimento; (ii) a probabilidade precisa ser conceitualmente inserida na argumentação racional, tanto pela mitigação dos juízos de necessidade quanto pelo uso de *expressões probabilísticas (probability-term³²⁰)*, tais como o verbo “poder” ou o advérbio “possivelmente”; e (iii) a distinção entre justificação e causação, enquanto no segundo se propõe a descrever o elo logicamente necessário entre dois eventos no

³¹⁹ SOLAN, Lawrence M. Why it is so difficult to resolve Vagueness in Legal Interpretation. *In*: KEIL, Geert; POSCHER, Ralf. (edited by) **Vagueness in the Law**. Philosophical and legal perspectives. New York: Oxford University Press, 2016, p. 244: “All this means we are stuck with a level of uncertainty in legal interpretation. Some argue that this fact may have some benefits. Jeremy Waldron (1994 and Chapter 15 this volume) argues that at least to some extent the contestability that follows from vagueness can be healthy for a society, by bringing significant issues to the fore. Endicott (2000, pp. 188– 203) does not go quite that far, but argues that vagueness is not a deficit to rule-of-law values simply because it requires judges, on occasion, to exercise discretion. Discretion at the margins is a far cry from a society governed arbitrarily by despot. Whatever valence one assigns vagueness, it is here to stay because it is a feature of our cognitive make- up. In some instances, vagueness appears to give judges the opportunity to take advantage of linguistic accident to undermine the results of the democratic process. In other instances, it provides both flexibility and an opportunity for society to debate important questions, such as the meaning and application of the ban on ‘Cruel and Unusual Punishment’, to take Waldron’s example. Thus, I prefer to stay away from judging the overall value of vagueness. In that to resolve vagueness is to resolve close cases at the margins, it is fairly clear that societies, where most everyday activity is not at the margins, can survive with some level of legal uncertainty, regardless of whether one thinks this to be good or bad on balance. The best we can hope for is for judges to act both transparently and sincerely in choosing the tools to resolve uncertain language in each case they address.”

³²⁰ TOULMIN, Stephen E. **The Uses of Argument**. New York: Cambridge University Press, 2003, p. 83: “Our probability-terms come to serve, therefore, not only to qualify assertions, promises and evaluations themselves, but also as an indication of the strength of the backing which we have for the assertion, evaluation or whatever. It is the quality of the *evidence* or *argument* at the speaker’s disposal which determines what sort of qualifier he is entitled to include in his statements: whether he ought to say, ‘This must be the case’, ‘This may be the case’, or ‘This cannot be the case’; whether to say ‘Certainly so-and-so’, ‘Probably so-and-so’, or ‘Possibly so-and-so’.”

mundo, no primeiro o objetivo é apresentar asserções que legitimem e justifiquem a opção por um resultado lógico possível, em detrimento de outro.³²¹

Toulmin busca desenvolver um modelo de estruturação dos argumentos a partir de um modelo justificatório – ou jurisprudencial, como ele chama –, em contraposição ao modelo matemático. A anatomia argumentativa do Modelo Toulmin é repartida nas seguintes partes: (i) elementos primários ((a) *ground/data*, (b) *warrant*, e (c) *claim/conclusion*), e (ii) elementos secundários ((a) *backing*, (b) *rebuttal*, e (c) *qualifier*).³²²

1. Elementos primários: componentes argumentativos sem os quais sequer seria possível estruturar um argumento;
 - a. Proposição (*claim/conclusion*), representado a seguir por P: observação ou ideia que o emissor propõe à audiência, podendo ser destes três *tipos*: juízo de fato (*fact*), juízo de valor (*judgment/value*), e *policy*;
 - b. Lastro (*ground/data*), representado a seguir por L: prova ou evidência que o emissor oferece à audiência e usualmente se baseia nestes três aspectos: evidência, credibilidade da fonte, e raciocínio analítico;
 - c. *Warrant*, representado a seguir por W: inferência que conecta a proposição (*claim*) com o lastro (*data*), comumente de forma implícita ou indireta, baseando-se em técnicas de persuasão – como a tríade aristotélica, *ethos*, *logos* e *pathos*³²³ – e em valores compartilhados;
2. Elementos secundários: componentes argumentativos auxiliares que suplementam ou complementam os primários;
 - a. Suporte (*backing*), representado a seguir por S: inferência adicional ao *warrant*, direta ou indiretamente derivado ou conexo a este, que serve

³²¹ *Idem*, p. 91: “Supposing we encounter this fresh challenge, we must bring forward not further data, for about these the same query may immediately be raised again, but propositions of a rather different kind: rules, principles, inference-licences or what you will, instead of additional items of information. Our task is no longer to strengthen the ground on which our argument is constructed, but is rather to show that, taking these data as a starting point, the step to the original claim or conclusion is an appropriate and legitimate one. At this point, therefore, what are needed are general, hypothetical statements, which can act as bridges, and authorise the sort of step to which our particular argument commits us. These may normally be written very briefly (in the form ‘If D, then C’); but, for candour’s sake, they can profitably be expanded, and made more explicit: ‘Data such as D entitle one to draw conclusions, or make claims, such as C’, or alternatively ‘Given data D, one may take it that C.’”

³²² TOULMIN, Stephen E. **The Uses of Argument**. New York: Cambridge University Press, 2003, pp. 88 e ss.

³²³ Cf.: ARISTÓTELES. **Retórica**. Obras completas. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2005.

- para adicionar argumentos ao W, ou mesmo para fundamentar o próprio W, se necessário;
- b. Objeção (*rebuttal*), representado a seguir por O: argumentos contrapostos à proposição (*claim*) que visam a expor suas limitações e exceções;
 - c. Qualificador (*qualifier*), representado a seguir por Q: complemento ao argumento que busca evidenciar o quão certo ou provável o emissor julga ser sua proposição (*claim*), ou seja, seu “grau de força”.

Considerando os elementos citados acima, o Modelo Toulmin (MT) pode ser equacionado simplificadamente da seguinte forma:

$$MT(x) = \text{Se } L, \text{ logo } P \text{ (apesar de } O, \text{ e na medida de } Q), \text{ já que } W \text{ (e } S)$$

ou

$$MT(x) =$$

1. L = se “...”;
2. P = logo “...”;
3. O = apesar de “...”;
4. Q = na medida que “...”;
5. W = já que “...”;
6. S = já que “...” *ou* W é válido, pois “...”.

Adequando o exemplo da *casa* (art. 5º, XI, da CRFB/88) preteritamente no presente capítulo da seguinte maneira:

$$MT(casa) =$$

1. L = se “*casa* é asilo inviolável protegido pela CRFB/88”;
2. P = logo “deve-se equiparar ‘*banco de praça*’ a *casa* para fins constitucionais”;
3. O = apesar de “nem todo ‘*banco de praça*’ ser *casa* (ou seja, nem sempre pertencer ao tipo-padrão)”;
4. Q = na medida que “for necessário para satisfazer W (ou seja, grau de força condicionado pela *teleologia normativa*)”;

5. $W =$ já que “é justificado afastar o tipo-padrão para incluir ‘*banco de praça*’ em *casa*, de forma a satisfazer a *teleologia normativa* (evitando-se déficit regulativo)”;
6. $S^1 = W$ é válido, pois “a *teleologia normativa* são os direitos à moradia e à privacidade (exemplificativamente)”;
7. $S^2 = W$ é válido, pois “‘*banco de praça*’ pode ser a *casa* para moradores de rua (atribuição de função equivalente aos eventos englobados pelo tipo-padrão, legitimando a ampliação do conceito nesse caso)”.

Cabe agora esmiuçar o passo-a-passo acima descrito. Primeiro, vale destacar que entre (L) e (P) ocorre um salto indutivo, em que se busca justificar a flexibilização do conceito de *casa*. Segundo, (W) funciona como um elo lógico-argumentativo entre os dois elementos anteriores e deve estar relacionado à prevalência (ou não) da teleologia normativa sobre o tipo-padrão. O tipo-padrão é identificado primordialmente em (L), assim como as referências formais do Direito e eventuais evidências empíricas. Esses são os elementos primários do Modelo Toulmin e estruturam a base argumentativo-justificatória de um eventual novo juízo de definição.

Os elementos secundários do Modelo Toulmin – quais sejam, (O), (Q) e (S) –, por seu turno, funcionam como complemento ou suplemento aos primários. Primeiro, (O) é o elemento que propicia a abertura para o contraditório e para a desconstrução útil advinda de outros argumentos. Segundo, (Q) externaliza o grau de convicção do emissor em relação à mensagem proferida e está diretamente atrelado à lógica modal, pois torna claro que (P) não se vincula com (L) de maneira determinística, mas probabilística. Existe uma probabilidade objetiva de (P) derivar de (L), ainda que concretamente essa derivação não venha a ocorrer. Tanto (O) quanto (Q) são auxiliares de (P), mas com funções distintas, quais sejam: (a) a objeção permite a abertura dialógica – ainda que feita pelo próprio proponente de (P) – com o fim de afastar ou reforçar o argumento; e (b) o qualificador confere maior gradualidade ao argumento, já estabelecendo as bases para seu reforço ou sua refutação futuramente. Já (S) funciona como auxiliar de (W), podendo ser, até mesmo, todo um novo argumento para fundamentar o *warrant*.

O aplicador do Direito, tendo em mente essa estrutura argumentativa relativamente simples desenvolvida por Toulmin, tem condições de operacionalizar a

vagueza muito mais facilmente.³²⁴ O discurso jurídico se adéqua perfeitamente ao modelo toulminiano, uma vez que se trata exatamente de um discurso justificatório, probabilístico e pragmático. Somente seria necessário fazer um reparo na premissa teórica de que a aplicação do Direito seria baseada em um raciocínio silogístico-dedutivo – como apregoam correntes influenciadas pelo positivismo e especialmente pelo formalismo –, uma vez que mais correto seria dizer que o raciocínio jurídico é pragmático-indutivo. Primeiro, pragmático porque justificatório e orientado pelas necessidades regulatórias do caso concreto, e não pela simples derivação lógico-necessário de uma premissa maior para uma premissa menor, como seria na matemática. Segundo, indutivo porque baseado na execução de atos de fala – acompanhados de justificação, diga-se –, que é uma situação particular e individual, em relação à realidade institucional de natureza geral e coletiva – fundamental ao convívio em sociedade.

3.3 ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NO INSTITUCIONALISMO

O argumento é construído a partir de proposições e de relações entre proposições, bem como pode ser compreendido como um organismo – nas palavras de Toulmin – por ser dissecável em duas dimensões: (i) a anatômica ou macroscópica, que diz respeito aos enunciados em si e aos seus agrupamentos em textos, parágrafos, apresentações ou publicidades; e (ii) a fisiológica ou microscópica, que diz respeito à estrutura lógica

³²⁴ SHIFFER, Stephen. Philosophical and Jurisprudential Issues of Vagueness. *In*: KEIL, Geert; POSCHER, Ralf. (edited by) **Vagueness in the Law**. Philosophical and legal perspectives. New York: Oxford University Press, 2016, pp. 28-29: “In a commentary on my 2001, Kent Greenawalt said that he agreed with me ‘that philosophical theories of vagueness have no direct practical implications for how judges decide borderline cases; judges face a normative question what to do. However,’ he continued, ‘a judge who embraces a particular philosophical theory of vagueness may be influenced in how he conceptualizes determinations of difficult legal issues, and this conceptualization may affect the judge’s method of decision’ (Greenawalt 2001, p. 433). Towards the end of his article, Greenawalt makes clear what he has in mind. Suppose we have two judges, *X* and *Y*, who are equally aware (a) that it’s typically the case that sundry laws, legal principles, judicial and administrative precedents, legal writings, etc., may be relevant to determining what the correct resolution of a given legal issue is, (b) that there is, nevertheless, in principle always the possibility that, no matter how much legal material is taken into account, it will be indeterminate what the correct legal resolution of the issue is, but (c) that a judge can’t simply declare the issue not to have a determinate legal solution and be done with it, but must in every case decide the issue in *some* way, but who differ in the following respect: (d) judge *X* rejects bivalence and believes that if an answer to a legal issue is neither determinately true nor determinately false, then it’s also neither true nor false, whereas; (e) judge *Y* accepts bivalence for all statements and thus believes that even if an answer to a legal issue is neither determinately true nor determinately false, it’s still either true or false— except that it’s impossible for anyone to discover which answer is true when none is determinately true. Given the descriptions of judges *X* and *Y*, what differences in their methods of making judicial decisions does Greenawalt think we should find between *X* and *Y* as a result of the different theories of indeterminate issues they hold?” (adaptado)

interna dos enunciados – ou seja, os argumentos propriamente ditos –, aqui é onde trabalham os lógicos.³²⁵ Na lógica, os modelos argumentativos que se dedicam a estruturar a persuasão racional – e não um modelo matemático ou estritamente conceitual – costumam ser chamados de lógica informal.³²⁶ A argumentação – inclusive a jurídica – é um dos desdobramentos mais importantes da lógica informal.

A argumentação jurídica costuma ser tratada como um caso à parte dentre as outras espécies de argumentação e como merecedora de atenção especial frente às suas (supostamente) notáveis peculiaridades, como se houvesse uma espécie de *excepcionalismo jurídico* em matéria argumentativa. Alexy traz quatro razões que justificam a peculiaridade do raciocínio jurídico: (i) a vagueza da linguagem jurídica, (ii) a possibilidade de conflito entre normas, (iii) a possibilidade de lacunas no direito positivo, e (iv) a possibilidade de identificar exceções ao comendo textual. Ainda destaca, criticando Larenz, que a argumentação jurídica não pode ser resumida à subsunção – como já destacado por diversas vezes ao longo do trabalho –, pois a solução jurídica para um conflito concreto não decorre logicamente dos enunciados a partir de um verdadeiro ou falso, confirmado ou refutado, como ocorre em proposições empíricas.³²⁷ Inclusive, pode-se dizer que a afirmação de que o sentido decorre da subsunção dos enunciados normativos pode ser encarado, de certa forma, como uma confusão entre lógica e semântica, uma vez que, quando se deduz sentido do texto, este sentido – que decorre originariamente de jogos de referência³²⁸ – já preexiste, em certa medida, em relação às deduções lógicas.

A argumentação jurídica é elemento indissociável da legitimação da atuação do aplicador do Direito. O institucionalismo, ao afirmar que a decisão é instrumento de *criação* do fenômeno jurídico – lembrando-se que é realidade institucional –, reforça ainda mais a importância de uma justificação coerente por parte do órgão jurisdicional. A natureza justificatória da argumentação jurídica decorre diretamente da natureza de estado intencional da norma jurídica, uma que esta é elemento basilar para os modos de ação necessários para realizar suas condições de satisfação. Em outras palavras, a atuação

³²⁵ TOULMIN, Stephen E. **The Uses of Argument**. New York: Cambridge University Press, 2003, p. 87.

³²⁶ Cf.: GROARKE, Leo. **Informal Logic**. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2017 Edition), Edward N. Zalta (ed.). Disponível em: < <https://plato.stanford.edu/archives/spr2017/entries/logic-informal/> >. Acesso em: 04 out. 2018.

³²⁷ ALEXY, Robert. **Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung**. Baden-Baden: Suhrkamp, 1983, pp. 17-18.

³²⁸ Vide item 2.2 do Capítulo 02.

jurisdicional, por exemplo, é produto de um estado intencional – que é a norma jurídica –, de natureza *world-to-mind direction of fit* (direção de adequação, com prevalência da mente), que orienta modos de ação condizentes com a realização das condições de satisfação do estado intencional – fazendo acontecer concretamente o Direito. A fundamentação judicial deve ser direcionada a evidenciar que a decisão está alinhada com algum dos padrões regulatórios considerados como aceitáveis pela comunidade.

Não se trata, contudo, de a argumentação jurídica ser essencialmente diferente da argumentação de outras áreas – já que processos justificatórios e indutivos podem ser encontrados em outras instâncias da vida social –, mas que os problemas encarados pelo Direito demandam modelos lógicos com eles compatíveis. Quando se encara a vagueza normativa, em especial, é necessário desenvolver modelos que permitam estruturar padrões justificatórios claros e operacionalizáveis, bem como abertos para novos elementos e evidências e para modificações de suas premissas e suas conclusões. A principal manifestação da argumentação jurídica são as decisões judiciais, afinal estas são responsáveis pela apreciação dos elementos fáticos relevantes para a satisfação dos conflitos sociais e pela operacionalização em concreto de comandos jurídicos – em especial, quando se está diante de situações de vagueza normativa.

A proposta institucionalista inova pela sua teoria da semântica e pelo seu sucesso em explicar a vagueza e os processos de conformação institucional. No que tange à teoria da argumentação, há autores, como é o caso de Wróblewski, que ofereceram propostas teóricas com algumas similaridades, apesar de não articular tão bem suas ideias com uma teoria da mente. Wróblewski também adota uma postura indutivista ao trabalhar a partir das “condições de racionalidade da decisão judicial”, de forma que o ato decisório em si – e não suas referências formais, ou simplesmente os fatos – é o cerne de seu modelo argumentativa. O jurista polonês elaborou uma doutrina da decisão judicial baseada na ideia de que sua racionalidade judicial exige fundamentos epistêmicos e axiológicos próprios – podendo estes se diferenciar em premissa normativa e premissa fática –, destacando ainda que os processos justificatórios podem ser internos ou externos ao sistema jurídico.³²⁹

³²⁹ SILTALA, Raimo. **Law, Truth, and Reason: A Treatise on Legal Argumentation**. London and New York: Springer, 2011, pp. 01 e ss.; SILTALA, Raimo. **A Theory of Precedent: From Analytical Positivism to a Post-Analytical Philosophy of Law**. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2000, pp. 05-06: “The *rationality* of judicial decision-making, in turn, is equal to the requirement that legal decisions ought to be justified with a set of *epistemic* and *axiological* reasons. Though Wróblewski does not present any particular

A seguir serão analisadas algumas situações relacionadas a decisões judiciais e que possuem forte intersecção com o institucionalismo e o dilema da vagueza. Os subitens têm como objetivo principal apresentar novos questionamentos advindos da proposta institucionalista para o problema da vagueza. Não se pretende trazer soluções definitivas – talvez, em verdade, surjam até novas dúvidas – para alguns dos muitos dilemas que os escopos a seguir analisados enfrentam, mas oferecer novas perspectivas e alternativas, conforme o paradigma teórico oferecido pelo institucionalismo.

3.3.1 JURISDIÇÃO E DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS NO INSTITUCIONALISMO

O institucionalismo permite enxergar os processos de conformação do fenômeno jurídico de forma dinâmica, acompanhando as relações sociais que são responsáveis pela sua construção.³³⁰ A jurisdição pode ser compreendida, assim, como etapa final do processo de conformação institucional, uma vez que tem aptidão para conferir a um

legal source doctrine in the context of his three ideologies of judicial decision-making, the requirement of the judge's recourse to such epistemic and axiological reasons may be reformulated in terms of the institutional and non-institutional sources of law and the arguments drawn from them. Instead of the axiological and epistemic reasons, one could speak of the *norm premise* and the *fact premise* of a legal decision, respectively. The legality of a judicial decision is manifested by means of the rationality conditions of judicial decision-making. Moreover, Wróblewski introduces the distinction between internal and external justification of a legal decision. *Internal* justification refers to the relation that prevails between the outcome of a case and the normative and factual premises presented in its support, to the effect that the outcome can be derived from the combination of the said norm premise and fact premise. The norm premise is derived from the sources of law, while the fact premise signifies the legally material facts of the case. *External* justification, in turn, refers to the justification of the epistemic and axiological premises themselves with some criteria external to the decision made. Wróblewski explores legal reasoning with the five levels of justification involved. The internal justification of a decision, as outlined in terms of a set of epistemic and axiological reasons given for the legal outcome reached, comprises the first level of justification. The external justification for the said epistemic and axiological premises of the first level of justification constitutes the second level of legal justification. The third level is equal to the logic of justification by means of which the adequacy and appositeness of the first two levels of justification can be appraised. The fourth level of justification consists of the identification of the presuppositions necessary for any justification of the first three levels. The fifth, final level of justification consists of the ultimate premises that justify or explain the justification attained on the four preceding levels. Still, the exact character of those 'ultimate' premises of legal justification is left unspecified by the eminent Polish legal philosopher. Wróblewski's three categories of judicial decision-making provide a solid ground for the further analysis of legal argumentation, but as such the classification is too crude and leaves too many issues unattended. What do the criteria of legality and rationality of a judicial decision signify, to be more precise? What is it that binds the judge's legal discretion, if his discretion is constrained by factors laid down by the ideology of bound judicial decision-making? How free is the judge in his discretion, if the ideology of free judicial decision-making is preferred? Though legally unbound, is the judge still constrained by some other, non-legal factors? Wróblewski's mid-range ideology of legal and rational decision-making would seem to be the most promising for analysis, but how can the semantic values of an assertion on the construction and interpretation of law be specified, in terms of its truth-value and a specific meaning-content? The advice of just following a 'legal and rational' procedure does not lead us very far here, if the underlying premises of legality and rationality are not spoken out."

³³⁰ Vide item 1.3.1 do Capítulo 01.

evento X (bruto ou institucional) um novo *status* social, configurando-se um novo evento Y. Dentro das estruturas políticas do Estado – embora não seja o único responsável por produzir o Direito, tem importante destaque³³¹ –, é possível identificar diferentes focos de conformação institucional do Direito, em especial no Legislativo – geralmente visto como o mais legitimado – e no Judiciário. A conformação do Direito na esfera estatal, todavia, não ocorre de maneira necessariamente pacífica entre os diferentes âmbitos de poder, o que faz com que, não muito raramente, a atuação da jurisdição constitucional provoque tensões entre os poderes instituídos e desafie a percepção – típica da tradição centralizadora de Montesquieu³³² – de que a separação de poderes é um fenômeno estático

³³¹ A corrente que entende não ser o Estado a única fonte do Direito se chama de pluralista, em oposição à corrente centralista. Cf.: MUÑIZ-FRATICELLI, Victor M. **The Structure of Pluralism: on the authority of associations.** New York: Oxford University Press, 2014, 128-129: “Legal positivism is only committed in principle to tracing ‘the provenance of rules and controls’ as a measure of legal validity. If it is able to trace such sources without committing itself a priori to the position that they are only traceable in the case of state norms then there is no centralist objection to a positivist legal pluralism. There are, however, some legal positivists who do insist on limiting the domain of law to the state, and it is important to explain why they do so, if only briefly, and why their position does not threaten the positivist pluralist position. I will take Jeremy Waldron as representative of this group. Waldron distinguishes between a descriptive understanding of legal positivism – which declares that ‘statements about what the law is... may be made without moral or other evaluative judgment. The judgment is simply one of social fact’ – and a normative or ethical understanding – which makes the stronger statement ‘that the law ought to be such that legal decisions can be made without the exercise of moral judgments. Or, if we do not want to state it in the language of obligation: it is the thesis that it would be a good thing for the law to be as the descriptive positivist thinks it is.’ The argument in favour of a normative or ethical form of positivism is part of Waldron’s broader argument in favour of democratic decision-making by legislatures, as opposed to constitutional checks on legislation by the courts, especially those defended by Ronald Dworkin in the name of moralized constitutional principles. There is, therefore, in Waldron’s view a connection between positivism and the state insofar as the state is democratic and its decisions those of the sovereign people, but his target is not so much the law of non-state associations, but rather the unchecked reliance on extra-legal norms (those of morality or welfare-maximization, for example) by judges when evaluating (and perhaps overturning) legislative enactments. This connection may be contested – one could argue in favour of a normative positivist conception of law and still consider judges to be best placed to make determinations about the legal coherence of norms in a legal system – but it does not undermine a positivist pluralism, since pluralism is in principle indifferent to democratic or non-democratic forms of lawmaking.”

³³² Cf.: MONTESQUIEU. **The Spirit of the Laws.** Edited by Charles de Montesquieu, Anne M. Cohler, Basia Carolyn Miller, Harold Samuel Stone. New York: Cambridge University Press, 1989; CAPPELLETTI, Mauro. **Judicial Review in Comparative Perspective.** Disponível em: < <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2712&context=californialawreview> >. Acesso em: 04 dez. 2018: “The centralized system reflects a different conception of the separation of powers, and is based on a radically different doctrine from that upon which decentralized review is founded. The civil law countries tend to adhere more rigidly to the doctrines of the separation of powers and the supremacy of statutory law. Originally these doctrines meant, to Montesquieu, Rousseau, and others haunted by fears of a self-seeking, anti-democratic judiciary, that any judicial interpretation or, a fortiori, invalidation of statutes was a political act, and therefore an encroachment on the exclusive power of the legislative branch to make law. Even today, although the advisability of some sort of control over the constitutionality of legislation is admitted, the essentially political aspects of this function are recognized. The centralized systems therefore refuse to grant this power to the judiciary generally. The ordinary judge must accept and apply the law as he finds it. Several scholars have noted a genuine presumption of legislative validity in these countries. The only attenuation of these notions lies in the power of ordinary judges to suspend litigation pending reference to the Constitutional Court of a constitutional issue which has been raised below. In Austria, even this power is severely curtailed. This recognition of the political character of judicial review is reflected both in the manner of appointing the members of the constitutional

e linear. Em verdade, a atuação das cortes constitucionais em democracias costuma ser, por muitas vezes, invasiva – embora não necessariamente indesejada – em relação aos outros poderes instituídos.

Assim, em democracias, a corte constitucional tende a assumir uma posição de protagonista – inclusive no Brasil, em que o Supremo Tribunal Federal até é intitulado “guardião da constituição”³³³ (art. 102, *caput*, CRFB/88) – e de agente conciliador no contexto dos conflitos institucionais ou sociais, invadindo parcialmente campos considerados típicos de outros poderes – em especial, do Legislativo –, chegando ao ponto de (supostamente) assumir uma função própria de legislador positivo.³³⁴ Em verdade, grande parte dos conflitos entre Judiciário e Legislativo são contingentes ao processo de conformação do Direito, em que os diferentes personagens buscam conduzir a situação para um determinado rumo. Nesta linha, Gerangelos – apesar de não encampar acriticamente um critério funcionalista – critica propostas rígidas e formalistas de dividir os diferentes “poderes” do Estado, afirmando que inevitavelmente haverá algum grau de sobreposição de funções, em razão da necessidade de executar determinados objetivos sociais.³³⁵

courts and in the sort of questions entertained by such courts. The agencies appointing the judges are usually prescribed by the constitution itself and an effort is made to ensure that the courts' membership reflects all major political groupings, so that the courts are ‘not the prolonged arm of some other state organ or of the political parties.’ Similarly, the centralized constitutional courts do not shy away from considering issues which the United States Supreme Court would reject as essentially political. The American Court has often avoided questions which it has called ‘political’, regarding, for example, the executive's conduct of foreign relations or whether the legislature has faithfully observed its own procedures in passing a statute or constitutional amendment. In contrast, Europe's centralized constitutional courts, consistent with their admittedly quasi-political role, may at times entertain such dangerous question”

³³³ Na literatura jurídica, já houve longo debate sobre qual órgão deve ser elevado ao patamar de “guardião da constituição.” Cf.: VINX, Lars. **The Guardian of the Constitution**. Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of constitutional law. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

³³⁴ Cf.: MAUS, Ingeborg. **Judiciário como Superego da Sociedade**: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã". Tradução do alemão: Martonio Lima e Paulo Albuquerque. Disponível em: < <http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/JUDICI%C3%81RIO-COMO-SUPEREGO-DA-SOCIEDADE.pdf> >. Acesso em: 20 nov. 2018; SOUZA, Jorge Munhós de. Diálogo Institucional: em algum lugar entre as teorias da supremacia. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (org.). **As novas faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, pp. 313 e ss.; BRANDÃO, Rodrigo. Aplicação Direta de Princípios Constitucionais, Ativismo Judicial e Superação do Dogma do “Legislador Negativo”. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (coordenação). **Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional**. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pp. 753 e ss.

³³⁵ GERANGELOS, Peter A. **The Separation of Powers and Legislative Interference in Judicial Process**: constitutional principles and limitations. Oxford & Portland: Hart Publishing, 2009, pp. 37-40: “The major weakness in the formalist approach, and the subject of functionalism’s most compelling critique thereof, is the difficulty in providing complete and mutually-exclusive definitions of the functions of each of the branches on the basis of conceptual analysis. If this cannot be achieved, at least at some fundamental level, the formalist approach is seriously undermined. Leading commentators, such as Mason, regard this as ‘impossible’, at least in a comprehensive way. Zines made the point that ‘there is no clear warrant for

A diferença fundamental entre estas instâncias – legislativa e judiciária – de produção (ou aplicação) de “normas” parece estar, de fato, muito mais acentuada em aspectos procedimentais – por exemplo, o processo judicial é condicionado pelo contraditório e pela ampla defesa, bem como depende de cognição sobre determinado conflito e de fundamentação decisória, diferentemente do processo legislativo – e aspectos estruturais – no que tange à organização interna e à composição do órgãos do Estado, se, por exemplo, são os componentes eleitos ou não –, e não em seu conteúdo normativo em si, já que ambos funcionam basicamente como produtores do Direito, como etapa final da (ou de uma) conformação institucional. Assim, o Judiciário e o Legislativo devem ser vistos como instâncias complementares na produção do Direito – cada um atuando em sua esfera própria –, e não como rivais. As fronteiras entre os campos de atribuições de cada polo de poder se constroem dinamicamente a partir de suas tensões e das demandas sociais que cada um consiga melhor satisfazer.³³⁶

the view that all functions can be subsumed under the categories ‘legislative’, ‘executive’ and ‘judicial’. Winterton noted that any attempted enforcement of a rigid separation of the functions or powers of government ‘flies in the face of reality and must fail’, referring to similar opinions expressed by numerous justices, and indeed quoting even from the majority in *Boilermakers* that it was ‘absurd ... to speak as if the division of powers meant that the three organs of government were invested with separate powers which in all respects were mutually exclusive’. Reference is commonly made to the mix of functions that each of the branches must invariably engage in, cutting across branch divisions. Thus, for example, Mason pointed out that in addition to the legislative branch, judges also ‘make law, if only in a minor way,’ as does the executive when delegated legislation is enacted. Judges exercise administrative functions and legislators convict and punish for contempt. ‘[A]dministrators and administrative tribunals determine a range of disputes’. Moreover, ‘[t]his problem, arising from the inherent absence of mutual exclusivity in the three powers, has become more acute as the processes of government have become more complex’. (...) The critical issue therefore becomes whether any reconciliation can be achieved between this ‘impossibility’ of comprehensive mutual exclusivity of definition, on the one hand, with the definitional imperatives which arise from legal entrenchment. Formalist judgements are based on the premise that some enforceable boundary is achievable, at least at some level, and indeed a natural consequence of the entrenchment of the doctrine. As Sawyer pointed out, the effect of *Boilermakers* was to give meaning to the tripartite structure of the Constitution such that it ‘must in general be regarded not as a convenience of drafting nor as directory, but as a series of mandatory propositions implying negatives’ (emphasis added). For these ‘mandatory propositions’ to be enforced, some form of distinguishing definition must be given to each of the branches (at least at some level); even if one were to reject the uncompromising formalism of *Boilermakers*. This of course does not preclude the recognition of exceptions, as has in fact occurred.”

³³⁶ POSNER, Richard A. **How Judges Think**. Cambridge & London: Harvard University Press, 2008, pp. 29-30: “The strategic theory of judicial philosophy to the ideology of the President who appointed him (or the electorate that elected him) might be thought the democratic judge, who amplifies rather than undermines the people’s choice. Those who regard the Presidency as the most perfect embodiment of the democratic principle should applaud such judges. The strategic theory of judicial behavior (also called the positive political theory of law), to which I now turn, hypothesize that judges do not always vote as they would if they did not have to worry about the reactions to their votes of other judges *whether their colleagues or the judges of a higher or lower court), legislators, and the public. Some of the strategic theorists are economists or political scientists who model politics as a struggle among interest groups and use game theory to sharpen the analysis. Others study historic struggles between the judiciary and other branches of government. At its core the theory is just common sense: whatever a judge wants to accomplish will depend to a considerable degree on other people in chain of command, broadly understood. At its periphery, however, the theory becomes fanciful, as when the votes of Supreme Court Justices on issues of

A posição de agente conciliador também atinge a interpretação constitucional, de forma que o binarismo constitucional-inconstitucional – ou legal-ilegal, ou lícito-ilícito – frequentemente fracassa em viabilizar uma solução satisfatória e pacificadora.³³⁷ São entendidas por *decisões normativas* aquelas que trabalham estritamente a partir da distinção entre normas válidas e normas inválidas, portanto prevalecendo-se do binarismo. Em contraposição, a literatura jurídica também reconhece a existência das *decisões transitivas (ou transacionais)*, em que o binarismo é relativizado diante das questões pragmáticas do caso concreto³³⁸ – como ocorre nos casos de pronúncia de nulidade sem redução de texto, de inconstitucionalidade progressiva, ou mesmo de modulação dos efeitos no tempo.³³⁹

Gonçalves entende que se trata aqui de uma “negociação” da supremacia da Constituição, em razão de a pronúncia da nulidade do dispositivos ou da interpretação inconstitucional poder trazer resultados mais adversos do que a própria existência da norma inválida.³⁴⁰ Contudo, a palavra mais adequada não seria “negociação”, já que o texto constitucional continua sendo a referência formal norteadora e a decisão transitiva busca justamente conciliar interesses protegidos constitucionalmente que se encontram em contradição – ainda que implicitamente – diante da nulificação pura e simples, tais como a segurança jurídica. Apesar de aparentar ser uma situação banal de aplicação do Direito, a relativização do binarismo normativo por questões pragmáticos tem dificuldade para encontrar respaldo teórico em concepções formalistas, que se baseiem em uma

statutory interpretation are predicted to depend on whether the same political party controls Congress that controlled it when the statute was passed. The idea is that Justices will feel freer to depart from original meaning of the statute if the party that controlled Congress when the statute was passed is no longer in power.”

³³⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Explicando o Avanço do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (coordenação). **Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional**. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pp. 219 e ss.; SUNSTEIN, Cass R. **Political Conflict and Legal Agreement**. The Tanner Lectures on Human Values. Disponível em: < https://tannerlectures.utah.edu/_documents/a-to-z/s/Sunstein96.pdf >. Acesso em: 22 nov. 2018.

³³⁸ Cf.: ISRAEL, Lucas Nogueira. **A legitimidade das sentenças manipulativas com efeitos aditivos no controle judicial de constitucionalidade**: entre a supremacia judicial e a supremacia parlamentar. Disponível em: < http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/16943/1/2014_LucasNogueiraIsrael.pdf >. Acesso em: 20 nov. 2018; LARGURA, Antonio João Domingues. **Decisioni Manipolative**: a imigração das sentenças intermediárias para a jurisdição constitucional brasileira. Disponível em: < <https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/article/view/1892/0> >. Acesso em: 20 nov. 2018.

³³⁹ TALAMINI, Eduardo. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (coordenação). **Direito Constitucional Brasileiro**: organização do estado e dos poderes. Vol. 02. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pp. 669 e ss.; KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 121 e ss.; MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, epub, pp. 391 e ss.

³⁴⁰ GONÇALVES, Bernardo. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. Salvador: JusPodivm, 2017, pp. 1584 e ss.

separação rígida entre o conceitual e o real. Afinal, para um formalista, como questões *fáticas* poderiam comprometer a validade *normativa* do Direito? Não deveriam essas dimensões ser autônomas entre si? O institucionalismo consegue, por outro lado, explicar de maneira bastante satisfatória situações como esta, já que pressupõe o sentido como decorrente de práticas sociais e de sua justificação, de forma que o conflito de interesse passa a ser um elemento interno a formação do Direito. No modelo institucionalista, a resposta jurisdicional é um desdobramento dos dilemas sociais concretos e das soluções justificáveis juridicamente que estão à disposição.

A jurisdição constitucional em democracias consolidadas costuma ser dialética e ocorrer de maneira não necessariamente linear, podendo haver recuos após reações negativas às decisões proferidas. A literatura usualmente utiliza a expressão *efeito backlash* para se referir à reação – especialmente legislativa – desencadeada por decisões do Judiciário vistas como injustas ou incorretas. As cortes constitucionais funcionam como verdadeiras gerenciadoras do dissenso, precisando compatibilizar interesses concorrentes. Por vezes, a reação política ocorre pelo alcance atribuído pelo Judiciário a determinados conceitos jurídicos. No direito americano, a reação das forças políticas majoritárias à jurisdição constitucional tem na *Era Lochner* um momento marcante, quando a Suprema Corte enfrentou não apenas intensa pressão política para preservar leis que restringiam a liberdade econômica – de forma que aceitasse uma interpretação mais progressista de “liberdade” –, mas também tentativas de limitar seu poder advindas do Poder Executivo – que viriam a ser barradas pelo Poder Legislativo. No Brasil, a experiência mais recente fica com o caso da (in)constitucionalidade da vaqueja, em que o Supremo Tribunal Federal incluiu no conceito de “crueldade” contra animais (art. 225, § 1º, VIII, da CRFB/88) também certas espécies de eventos esportivos e culturais, de forma a ampliar seu alcance.³⁴¹

Em certas situações de efetiva judicialização da política, é possível perceber que as cortes constitucionais tendem a buscar soluções jurídicas pacificadoras, de modo a se evitar atritos com outras instâncias estatais de poder e se garantir a própria legitimidade

³⁴¹ Cf.: MARMELSTEIN, George. **Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional**: reações políticas ao ativismo judicial. Disponível em: <https://www.academia.edu/35675035/Efeito_Backlash_da_Jurisd%C3%A7%C3%A3o_Constitucional>. Acesso em: 06 nov. 2018.

social de sua jurisdição.³⁴² No Brasil, incidente deste tipo ocorreu, por exemplo, no caso da perda do mandato por parlamentares condenados penalmente. Seria mais adequado manter o mandato (dependendo a sua perda de deliberação da respectiva Casa Legislativa, conforme o art. 55, VI c/c § 2º, da CRFB/88), ou a simples condenação penal seria suficiente para determinar a imediata perda do mandato (em razão da suspensão dos direitos políticos, limitar-se-ia a Mesa da respectiva Casa a proferir ato declaratório, conforme o art. 55, IV c/c § 3º, da CRFB/88)? As turmas do Supremo Tribunal Federal ficaram divididas. A 1ª Turma do STF optou por uma interpretação não-literal e conciliatória, segundo a qual somente haveria a perda automática em caso de condenação por mais de 120 dias (analogamente ao previsto no art. 55, III, da CRF/88, que determina a perda do mandato parlamentar por ausência a um terço das sessões ordinárias da Casa).³⁴³ Já a 2ª Turma optou por uma posição mais autocontida e literal, conferindo ao Poder Legislativo a atribuição de decidir sobre o destino do mandato parlamentar do membro da respectiva legislativa.³⁴⁴

A função conciliatória – que tende a posições pacificadoras e dialógicas – é resultado do processo democrático, uma vez que os espaços democráticos criam a oportunidade haver debate na sociedade, o que naturalmente tensiona visões contrapostas de grupos que buscam satisfazer seus interesses e suas convicções. Para o institucionalismo, o Direito é um dos produtos deste processo, e não um campo abstrato e paralelo a essas tensões. Em outras ocasiões, de forma diversa, as cortes constitucionais são responsáveis por verdadeiramente acender discussões relevantes, em relação a temas importantes que, por vezes, são colocados em segundo plano pela comunidade – o u pelas camadas majoritárias da comunidade.³⁴⁵ Diferentemente de concepções formalistas que

³⁴² Cf.: CLARK, Tom S. **The Limits of Judicial Independence**. New York: Cambridge University Press, 2011, pp. 15 e ss.; ARABI, Abhner Youssif Mota. **A Tensão Institucional entre Judiciário e Legislativo: controle de constitucionalidade, diálogo e a legitimidade da atuação do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: < http://bdm.unb.br/bitstream/10483/6789/1/2013_AbhnerYoussifMotaArabi.pdf >. Acesso em: 25 nov. 2018.

³⁴³ REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Ação Penal 694/MT**. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13501194> >. Acesso em: 07 nov. 2018.

³⁴⁴ REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Ação Penal 996/DF**. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5083040> >. Acesso em: 07 nov. 2018.

³⁴⁵ Dois casos, cf.: SIEGEL, Reva B. **Same-Sex Marriage and Backlash: Constitutionalism through the Lens of Consensus and Conflict**. Disponível em: < http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/41324/MWP_LS_2016_04.pdf?sequence=1 >. Acesso em: 04 dez. 2018; CARVALHO, Márcia Haydée Porto de; MURAD, Rakel Dourado. **O Caso da Vaquejada entre o Supremo Tribunal Federal e o Poder Legislativo: a quem cabe a última palavra?** Disponível em: < https://www.researchgate.net/publication/323751287_O_CASO_DA_VAQUEJADA_ENTRE_O_SUPR

tendem a compreender o fenômeno jurídico como desdobramento linear de suas referências formais – ignorando vigorosamente a relevância dos processos sociais (e políticos) associados à materialização do Direito –, o institucionalismo e a vagueza normativa permitem (e pressupõem) compreender melhor de que forma as tensões e os consensos decorrentes dos processos comunicativos influenciam na construção do fenômeno jurídico e da semântica de suas referências formais (nos casos citados em momento anterior, a partir da compreensão de conceitos como “liberdade” e “crueldade”).

3.3.2 PRECEDENTES JUDICIAIS NO INSTITUCIONALISMO

Do ponto de vista teórico, o precedente judicial tem sua conceituação bastante debatida na doutrina jurídica. Chiassoni destaca que existe um problema de ambiguidade em relação à expressão “precedente”³⁴⁶, inclusive variando sua definição conforme a tradição jurídica.³⁴⁷ No Brasil, onde o estudo metódico dos precedentes ainda está em desenvolvimento, não é raro haver confusões sobre o conceito de precedente judicial.³⁴⁸

EMO_Tribunal_Federal_e_o_Poder_Legislativo_a_Quem_Cabe_a_Ultima_Palavra >. Acesso em: 04 dez. 2018.

³⁴⁶ CHIASSONI, Pierluigi. **A Filosofia do Precedente**: reconstrução racional e análise conceitual. Tradução de Thiago Pádua. Universitas JUS, v. 27, n. 1, p. 63-79, 2016: “Não menos que 3 diferentes candidatos aparecem aqui, embora relacionados. Inicialmente, um precedente judicial pode ser considerado como consistente em uma decisão judicial (i) como um todo – a opinião, incluída a *ratio decidendi* ou a *holding*, mais as determinações individuais para o específico caso em análise, (ii) pronunciada em um período de tempo prévio (t1), (iii) satisfatoriamente reportado (isto é, reportado de tal maneira a ser passível de ser utilizado e conhecido no futuro por juristas e juízes trabalhando na jurisdição relativa a ele), e (iv) tendo o mesmo, ou similar (tipo de) fatos e questões como os fatos e questões a serem adjudicadas no tempo presente (t). Isso eu chamarei de precedente-julgamento. Mais do que isso, um precedente judicial pode ser considerado como consistente, mais estritamente, na base da *ratio decidendi* – ou *holding*, de um julgamento pronunciado em um período de tempo prévio (t1), satisfatoriamente reportado, e tendo o mesmo, ou similar (tipo de) fatos e questões como os fatos e questões a serem adjudicadas no tempo presente (t). Isso eu chamarei de precedente-*holding*, ou de precedente-*ratio decidendi*. Finalmente, um precedente judicial ser considerado como consistente, novamente de maneira estrita, nas determinações individuais de um julgamento pronunciado em um período de tempo prévio (t1), satisfatoriamente reportado, e tendo o mesmo, ou similar (tipo de) fatos e questões como os fatos e questões a serem adjudicadas no tempo presente (t). Isso eu chamarei de precedente--ordem.”

³⁴⁷ SUMMERS, Robert S. **Essays in Legal Theory**. Dordrecht: Springer-Science+Business Media, 2000, pp. 211-212: “Furthermore, in civil law systems, in most fields, precedents are generally conceived as loci of relatively abstract rules or principles interpreting a general code or a statute, whereas in common law systems precedent is often restricted to a specific ruling on a legal issue in light of the material facts of the case. Such restriction almost necessarily occurs in common law fields but even when the primary source of law may be said to be code or statute, the material facts of the case play a large role in determinations of the scope of any holding. In the civilian methodology, there is no general tradition of systematic differentiation between holding and dictum, and this is true even in fields not closely controlled by code or statute. In addition, no sophisticated methodology of distinguishing precedents on their facts has developed in any civil law country (again, constitutional cases aside), yet distinguishing has long been something of a high art in common law systems.”

³⁴⁸ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. Salvador: Editora JusPodivm, 2014, pp. 100-101.

O precedente somente faz sentido enquanto um fenômeno sucessivo no tempo, enquanto diálogo à distância entre sujeitos. Contudo, essa concepção usual precisa receber elementos novos, tendo como base o institucionalismo, de modo a tornar o precedente um componente do processo de conformação institucional do Direito³⁴⁹, e não simplesmente uma sequência de decisões coerentes entre si. A relação *intersubjetiva* é que define o objeto (ou fato) institucional – no caso, o precedente – e que, conseqüentemente, se manifesta como uma realidade institucional, quando dotada de todos os caracteres necessários. O ato decisório deve ser visto como a ponta do iceberg, não sendo possível identificar o precedente – dentro do institucionalismo – simplesmente lendo um acórdão, ou qualquer outra referência formal. Por conseguinte, as propostas formalistas, que costumam buscar a identificação da *ratio decidendi* nos textos da decisão judicial – Duxbury afirma que, embora não haja consenso sobre a sua definição, os juristas costumam concordar que a *ratio* seja a parte vinculante do precedente –, terão pouco sucesso na eventual tentativa de compreender os precedentes judiciais.³⁵⁰

Apesar de a *ratio decidendi* de um caso servir de referencial *ad eternum* – já que poderá ser lembrada ainda que haja *overruling* e com força apenas persuasiva ou histórica –, seu significado não está adstrito ao sentido que o juiz original lhe deu ou quis dar. Muito embora, por vezes, possa ser realizada com satisfatório sucesso para resolver novos casos, a interpretação literal ou canônica do texto do precedente não deve ser tomada como método ideal para compreender o conteúdo ou a dinâmica do(s) precedente(s).³⁵¹ Embora a decisão em si mantenha-se intacta – tendo resolvido um caso no passado –, a semântica normativa que dela emana é maleável na medida em que fica sujeita a uma constante reinterpretação pelos seus aplicadores para adequá-la

³⁴⁹ Vide item 1.3.1 do Capítulo 01.

³⁵⁰ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 78: “For many jurists, all that can be said with certainty about the ratio decidendi is that it is a concept riddled with uncertainty. Some early writers on the subject adopted a strategy of definition and avoidance, the implication behind this strategy being that if a particular definition of the ratio decidendi is considered satisfactory, all we need do, when trying to understand how particular decisions bind future courts, is read those decisions with a view to uncovering the ratio decidendi so defined.⁷⁶ But even though there was general agreement that the ratio decidendi is the binding part of a decision, there was little if any agreement about what the ratio decidendi is. Leaving aside the difficulties identified so far, nobody could say for sure whether the ratio decidendi is best characterized as the rule, the principle, or the reason embodied in a case, though there was little doubt that the principle of a case is not the same as either the reasons given in a judgment or the rule on which a court has relied.”

³⁵¹ MACÊDO, Lucas Buril de. Contributo para a definição de *ratio decidendi* na teoria brasileira dos precedentes judiciais. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; MACÊDO, Lucas Buril de. (coord.) **Coleção grandes temas do novo CPC. Precedentes**. Salvador: JusPodivm, 2015, pp. 217-218.

historicamente. Desta forma, a *ratio decidendi* transcende a sua decisão originária, uma vez que se torna um referencial argumentativo autônomo que poderá levar a conclusões (ou a fundamentações) antes imprevistas.

O precedente judicial deve ser tratado como um fenômeno jurídico *ex post factum*, pois somente o observador posterior ao evento decisório será capaz de identificar, com precisão, a *ratio decidendi* a ser utilizada no presente. A identificação (ou a reconstrução) da *ratio* variará conforme as necessidades justificatórias do novo caso. Mas não se deve adotar uma postura relativística, já que o precedente – enquanto fato institucional – estará adstrito a parâmetros textuais e contextuais que podem ser sujeitos a controle e verificação intersubjetiva. É perfeitamente aplicável aqui a ideia de atribuição de função (*assignment of function*)³⁵², típica da criação de realidades institucionais, pois, assim como é possível definir *cadeira* como “um objeto para sentar”, é possível compreender (i) *precedente* como “uma situação fático-decisória pretérita que serve *para justificar* a decisão atual” – vale frisar a ênfase no *para justificar* com o elemento funcional –, e (ii) *ratio* como o comando propriamente dito, que se extrai dessa situação fático-decisória pelo aplicador contemporâneo. Portanto, pode-se dizer que somente o observador futuro conseguirá identificar a *ratio* do fato passado.

A *ratio* não se confunde também com a norma jurídica (no sentido institucionalista), já que esta é o estado intencional do aplicador presente – que pode ser influenciada pelo precedente – e aquela é o elo argumentativo entre os fatos passados e a consequência jurídica que são identificados pelo aplicador do presente. Dizer que a *ratio* somente pode ser extraída pelo aplicador contemporâneo não significa que o trabalho doutrinário não permita identificar fatos e fundamentos relevantes para o resultado jurisdicional, mas que a tentativa formalista de apreender a *ratio* sem estar no novo contexto de aplicação sempre estará suscetível a surpresas. O elemento determinante para a identificação da *ratio* são as necessidades justificatórias que se apresentam ao novo aplicador, diante do caso atual.

Assim como o conceito de precedente, Chiassoni destaca ser o conceito de *ratio decidendi* caracterizado por uma notável ambiguidade em sua conceituação por dois fatores: (i) o tipo de objeto designado; e (ii) o grau de especificação do objeto designado.

³⁵² Vide item 1.3.1 do Capítulo 01.

É possível entender “tipo de objeto” de três maneiras: (a) segundo uma concepção normativista abstrata, a *ratio* seria como a norma jurídica geral (a regra, o critério, o princípio, a premissa normativa) extraível da decisão paradigma; (b) segundo uma concepção normativista concreta, a *ratio* seria como a norma geral contextualizada, em que a decisão de um caso não é decidida em si e por si, mas unicamente em relação aos argumentos que a sustentam e em relação à solução do fato ao qual tenha sido aplicada; e (c) segundo uma concepção argumentativa, a *ratio* seria qualquer elemento essencial (*sine qua non*) da argumentação desenvolvida pelo juiz para motivar a decisão adotada para o caso.³⁵³

A concepção institucionalista da *ratio decidendi* parece ter mais afinidade com as duas últimas, embora persistam algumas incompatibilidades. Em primeiro lugar, embora compreender a *ratio* como norma geral contextualizada se aproxime da noção de que os enunciados jurídicos não podem ser compreendidos fora de seus contextos comunicativos, não é compatível com a ideia de norma institucionalista – de instância intencional. Em segundo lugar, apesar de entender a *ratio* como elemento argumentativo seja compatível com o institucionalismo, no sentido de que ela somente fará sentido no processo justificatório do presente, a ideia de que seria uma *conditio sine qua non* – um elemento necessário, portanto – para a decisão do caso passado desconsidera a noção institucionalista de que a norma jurídica decorre (ou pode decorrer) da apreciação do aplicador no novo caso – que identificará no precedente, as bases justificatórias para a nova decisão –, bem como desconsidera a natureza probabilística da argumentação jurídica – em especial nos casos de vagueza normativa –, que, de modo geral, rejeita juízos lógicos rígidos de necessidade. Uma definição mais adequada para o conceito de *ratio decidendi* seria esta: conjunto de elementos justificatórios pretéritos *suficientes* para satisfazer o jogo de justificação no presente.

Em certa medida, o institucionalismo pode parecer cético em relação à possibilidade de se identificar referências formais para a vinculação aos precedentes, pois a identificação dos elementos argumentativo-justificatórios do precedente – a *ratio* – não seria possível *a priori*, ainda que havendo tais referências formais. O realista norte-americano Oliphant, em linha que pode aparentar semelhante, apresenta-se como um

³⁵³ CHIASSONI, Pierluigi. **A filosofia do precedente**: reconstrução racional e análise conceitual. Tradução de Thiago Pádua. Universitas JUS, v. 27, n. 1, p. 63-79, 2016.

descrente sobre a possibilidade de determinar a *ratio decidendi*, pois as razões decisórias não seriam verdadeiramente expostas (ficando implícitas) e, conseqüentemente, não vinculariam – por “carência de formalização” – a decisão dos julgadores posteriores.³⁵⁴ Este autor propõe um “empirismo radical” no método de determinar a *ratio decidendi* e ainda destaca que um precedente é “o que as cortes tenham feito em resposta ao estímulo dos fatos do caso concreto que se acha diante delas”, e “não a fundamentação dada pelo juiz”.³⁵⁵ O autor realista, portanto, adota uma posição “anti-formalista” – o que não se confunde com “institucionalista” –, pois não só recusa referências formais do Direito, como também afirma a emancipação do juiz ao julgar. Por outro lado, o instrumentalismo corrobora com a prevalência de aspectos pragmático no momento da decisão judicial, mas afasta a noção de que o juiz estaria “livre” para julgar como desejar, já que a aceitação coletiva do exercício jurisdicional dependerá da legitimação do ato comunicativo junto à comunidade – e isto poderá depender de como o julgador articula seu ato decisório com as referências formais disponíveis.

Adotando uma postura intermediária entre o formalismo e o realismo, temos a proposta de Goodhart para a identificação da *ratio decidendi*. Como critério principal, o autor norte-americano argumenta ser imprescindível determinar quais fatos foram sustentados como materiais (*material facts*), isto é, considerados relevantes pela corte para a decisão. Todos os fatos que tenham sido expressamente elevados ao patamar de fatos materiais devem ser considerados pelo julgador posterior como *ratio*; por outro lado, os fatos apenas hipoteticamente considerados para a decisão devem ser considerados *obiter dicta*.³⁵⁶ A visão de Goodhart tem seu mérito especialmente por compreender o precedente como um evento amplo, em que os elementos fáticos e enunciativos se entrelaçam para alicerçar decisões futuras.

Contudo, muitas críticas podem ser apresentadas contra sua formulação. Primeiro, o autor britânico falha ao tentar pré-definir os elementos argumentativos que virão a ser adotados no futuro ato decisório, utilizando como base os fatos matérias destacados na decisão paradigma. Como propõe o institucionalismo, o evento da decisão judicial será

³⁵⁴ MACÊDO, Lucas Buri de. Contributo para a definição de *ratio decidendi* na teoria brasileira dos precedentes judiciais. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; MACÊDO, Lucas Buri de. (coord.) **Coleção grandes temas do novo CPC. Precedentes**. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 220.

³⁵⁵ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Editora Noeses, 2012, p. 260.

³⁵⁶ *Idem, ibidem*.

apreciado pelo aplicador futuro *como fato institucional* – de forma que se incluem os aspectos contextuais –, mesmo não havendo delimitação fática formalizada na fundamentação. Segundo, a formulação de Goodhart também recebe fortes críticas por pressupor que seria possível separar radicalmente os fatos materiais dos comandos jurídicos no bojo do precedente. Um dos seus críticos, Wróblewski destaca que o uso do precedente orientado *aos fatos* está interconectado ao uso do precedente orientado *às regras*, pois as regras disciplinam sempre um tipo de fato, e os fatos no discurso jurídico não poderiam ser compreendidos fora de suas relações com as regras.³⁵⁷ Assim, Goodhart erra ao reproduzir a formatação das regras (“Se X, deve ser Y.”) em sua definição de *ratio decidendi*. Terceiro, o autor não parece fazer de modo adequado a transição entre os níveis de análise fático e normativo, em razão de pressupor certa rigidez na relação entre os fatos materiais e os comandos jurídicos, aproximando-se do – indesejado – silogismo. Apesar de a argumentação por precedentes depender, de certa forma, da analogia e da identificação de comandos a partir dos paradigmas decisórios, o foco deve ficar no ato decisório presente e no seu raciocínio indutivo-justificatório.

Já MacCormick define a *ratio decidendi* como a “norma” expressa ou implicitamente dada pelo juiz que seria suficiente para solucionar uma questão de direito posta em debate, no caso em que tiver sido preciso haver fundamentação para justificar a decisão. Portanto, para o autor, em vez de “norma necessária para a decisão”, deve-se falar em “norma suficiente para a decisão”, o que converge com a proposta institucionalista. O jurista escocês acerta ao definir a *ratio* como elemento “suficiente” para a tomada de decisão, mas adota uma concepção de norma incompatível com o institucionalismo e, por conseguinte, insuficiente para compreender a vagueza. Também entende o autor que o processo de aplicação do precedente é baseado em um argumento por subsunção, aqui entendida como a aplicação de um postulado de ordem moral racionalmente inteligível e de ordem universal para solução do problema fático.³⁵⁸ Ao entender a argumentação jurídica como uma dedução – embora não adote um sentido mecânico de silogismo, o autor mantém a ênfase sobre um ato de aplicação orientado pela ideia de premissa maior para premissa menor –, a proposta de MacCormick não se coaduna com o indutivismo do Modelo Toulmin. Aqui os precedentes ainda são enxergados – assim como por grande parte do senso comum jurídico – como uma espécie

³⁵⁷ *Idem*, p. 109-110.

³⁵⁸ *Idem*, *ibidem*.

de “norma geral e abstrata”, em certa medida concorrente da típica norma legislativa.³⁵⁹ Como consequência, a aplicação dos precedentes sofre com a tendência – por parte de quem a entende como premissa maior – de ser realizada de forma semelhante àquela feita com as leis, desconsiderando os aspectos contextuais de sua construção e a natureza indutivista da argumentação jurídica.

É inevitável perceber uma clara convergência entre o institucionalismo e a teoria dos precedentes – em específico, a doutrina do *stare decisis* –, uma vez que ambos propõem (i) que o Legislativo não a única fonte de produção do Direito (já que a jurisdição não é vista apenas como ato declaratório), (ii) que a indução é a estratégia argumentativa mais compatível com o fenômeno jurídico (por orientar a produção jurídica a partir de casos particulares, e não a partir de deduções partindo do abstrato) e (iii) que o Direito tem natureza fluída e variável conforme o contexto comunicativo (uma vez que todo precedente, que no institucionalismo é fato institucional, deve ser analisado à luz de seu contexto e fica sujeito a distinções e superações casuísticas). A utilização de precedentes judiciais para operacionalizar a vagueza – em especial, quando relacionada a textos normativos –, contudo, ainda não parece devidamente desenvolvida, mesmo no direito inglês ou americano. A razão para esta lacuna na teoria dos precedentes parece decorrer de dois fatos: (i) a teoria dos precedentes não foi pensada, de modo geral, como instrumento de interpretação de estatutos, mas simplesmente para garantir a coerência na prestação jurisdicional, especialmente no âmbito consuetudinário – contudo, justamente quando se encaram referências formais que a vagueza normativa tende a ficar mais acentuada, em razão do reforço do apelo à forma –; e (ii) a linguagem ordinária não é grande objeto de estudo jurídico mesmo na tradição anglo-saxã, o que distancia – como regra – a vagueza da apreciação dos estudiosos dos precedentes.

Em linha semelhante ao institucionalismo, a doutrina do *stare decisis* propõe que não são compatíveis com a noção de vinculação dos precedentes aquelas correntes teóricas que rejeitam o poder criativo das decisões judiciais e que defendem que a decisão vincula apenas por declarar um direito pré-existente.³⁶⁰ Vale dizer que a concepção declaratória prevaleceu por bastante tempo não só no *civil law*, sob o manto de autores

³⁵⁹ SUMMERS, Robert S. **Essays in Legal Theory**. Dordrecht: Springer-Science+Business Media, 2000, pp. 211-212.

³⁶⁰ BEEVER, Allan. **The declaratory theory of law**. Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 33, No. 3 (2013), pp. 421-444.

como Savigny e Windscheid, como no *common law*, segundo a qual os juízes, ao aplicarem o Direito, estariam vinculados pelo conteúdo das prescrições normativas que podem, de modo geral, ser derivadas de fontes preexistentes.³⁶¹ A primeira reação às doutrinas declaratórias foram (novas) teorias positivistas segundo as quais seria correto dizer que os juízes têm certo poder criativo ao interpretar e aplicar o Direito aos casos concretos. Se por um lado tem o juiz poder criativo sobre o fenômeno jurídico – em especial nas espaços de incerteza –, por outro lado ele está vinculado a referências formais e informais que servirão de guia e de limitador para sua atuação. Já dentro do institucionalismo, é possível dizer que serve de fundamento ao paradigma criativo a própria distinção entre (i) completude lógica e (ii) completude semântica do ordenamento jurídico, conforme discutido anteriormente.³⁶²

Um exemplo desses espaços de incerteza é o “princípio da isonomia” (art. 5º, *caput*, da CRFB/88), que pode ser sintetizado na ideia de “tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente na medida de sua desigualdade”. Devido à grande abstração deste princípio, poder-se-ia chegar a conclusões diametralmente opostas e suficientemente razoáveis e possíveis com base nele. Com base apenas na completude lógica, seria possível julgar qualquer caso como sendo isonômico ou não-isonômico, pois qualquer opção logicamente derivada da premissa seria aceita como resposta jurídica correta, conforme Kelsen ilustra bem com a moldura (*Bild*). Por outro lado e contrariando a premissa formalista, a proposta de (in)completude semântica evidencia bem o papel criativo da atuação jurisdicional para colmatar conflitos concretos de vagueza normativa. Ao decidir e definir o que é ou isonômico, o julgador *cria* novos modos de ação e de compreensão, de maneira que o status social do conceito se modifica, ainda que sutilmente. Propor uma delimitação para o “princípio da isonomia” não se trata de uma criação do zero, já que depende de referências argumentativas definidas e prévias, de forma que a liberdade do julgador se limita a definir os contornos jurídicos mais adequados em situações fáticas determinadas e de maneira fundamentada. Assim como um modelo democrático baseado em leis e na Constituição depende de o aplicador se amparar em tais referências formais para legitimar socialmente a sua própria atuação, os

³⁶¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A vinculatividade dos precedentes e o ativismo judicial – paradoxo apenas aparente. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; MACÊDO, Lucas Buril de. (coord.) **Coleção grandes temas do novo CPC. Precedentes**. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 263.

³⁶² Vide item 3.1.1 do presente capítulo.

precedentes podem igualmente ser utilizados para solucionar os conflitos sociais e para criar novos instrumentos para orientar a atuação judicial em situações futuras. Por outro lado, não devem ser entendidos como desdobramentos de um direito pré-pronto ou acabado.³⁶³ O Direito é uma realidade vida e dinâmica, e o precedente é um de seus personagens.

A cultura dos precedentes pode ser entendida como a cultura da argumentação baseada em casos passados. O método jurídico orientado pelos precedentes é naturalmente mais difuso do que a cultura legislativa continental, centralizada na figura do legislador, e permite que o Direito acompanhe a sociedade de maneira mais próximo

³⁶³ SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULEN, Adrian. **Interpretation and Institutions**. Disponível em: < https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1279&context=law_and_economics >. Acesso em: 22 nov. 2018: “We have argued that issues of legal interpretation cannot be adequately resolved without attention to institutional issues. An extraordinary variety of distinguished people have explored interpretive strategies without attending to the fact that such strategies will inevitably be used by fallible people and with likely dynamic effects extending far beyond the case at hand. Two mechanisms seem principally responsible for this institutional blindness. One is a role-related trap: interpretive theorists ask themselves ‘how would I decide the case, if I were a judge?’ – a question whose very form suppresses the key consideration that the relevant interpretive rules are to be used by judges rather than theorists. Another is a cognitive trap: specialists, such as legal academics, criticize the insufficiently nuanced opinions issued by generalist judges in particular cases, overlooking that the same judges might well have done far worse, over a series of cases, by attempting to emulate the specialists’ approach. Overall, the key question seems to be, ‘how would perfect judges decide cases?’ rather than ‘how should fallible judges proceed, in light of their fallibility and their place in a complex system of private and public ordering?’ Our minimal submission has been that answers to the former question are hopelessly inadequate. We have argued as well that in some cases, an appreciation of judicial fallibility and of dynamic effects will enable people to converge on an appropriate approach despite their disagreements about the right path for perfect judges to follow. At the very least, an appreciation of institutional questions should make it possible for people to have a better appreciation of what they are disagreeing about, and also of strategies for making some progress in the future. We have emphasized the importance of asking about the likelihood of legislative oversight and correction; the values of planning and predictability, and the effects, on these values, of one or another interpretive choice in the particular context; and the actual performance of courts that follow textualism, purposivism, or some other approach. Here there is much room for empirical work, involving, for example, the nature and effects of different interpretive approaches within different states, the responsiveness of state legislatures to those different approaches, and the possible connection between formality in interpretation and legislative attentiveness in various domains of law. If we evaluate interpretive issues in institutional terms, we will not necessarily adopt any particular approach to interpretation. But we have suggested that once the question is properly framed, it becomes easy to see why reasonable people might favor a formalist approach to statutes in some or many contexts, not on the basis of indefensible ideas about how words work, but on simple institutional grounds. On this view, formalism might be accepted, not because the Constitution requires it (it doesn't), and not because formalism is required by a proper understanding of the concept of law (it isn't), but when and because formalism is the best path for generalist judges who are often ill-equipped to resolve the policy issues at stake. For the same reasons, we have indicated some enthusiasm for the emerging view that administrative agencies ought to be allowed a degree of flexibility in their own interpretations, flexibility that goes well beyond that of courts. Agencies are in a better position to know whether a particular result, apparently compelled by text, really is senseless. They are also in a better position to know whether a departure from text will unsettle the regulatory scheme in a damaging way. If agencies ought not to be given this interpretive flexibility, it is also for institutional reasons, as, for example, in the claim that agencies are subject to the influence of powerful private groups, or in the suggestion that Congress will provide sufficiently prompt corrections of regulatory decisions that, while faithful to statutory text, produce significant harm. Of course there are many empirical issues here.”

de sua dinamicidade, especialmente no caso de precedentes formados *bottom-top*, ou seja, elaboradas por cortes inferiores e depois acatadas pelas superiores.³⁶⁴ A partir do Judiciário, a sociedade consegue um atalho para influenciar nos rumos políticos da comunidade. Ainda que se tratem de assuntos estritamente jurídicos, não se pode negar que o Judiciário é capaz de influenciar, mesmo que indiretamente, decisões políticas.³⁶⁵

A argumentação por precedentes pode ser definida assim: do ponto de vista *prospectivo*, o tratamento de um caso-X, no presente, da forma-Y consiste em razão suficiente para tratar de uma outra ocorrência idêntica a X, no futuro, da mesma forma-Y; ou do ponto de vista *retrospectivo*, mais comum, o tratamento de um caso-X, no passado, da forma-Y consiste em razão suficiente para tratar a presente ocorrência,

³⁶⁴ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. New York: Cambridge University Press, 2008, pp. 69-70: “Why has the concept of the *ratio decidendi* left legal thinkers so confounded? There seem to be six principal answers to this question. First, the *ratio decidendi* and obiter dicta often blur into one another. Obiter dicta, Cardozo remarked, ‘are not always ticketed as such, and one does not recognize them always at a glance’. Much the same could be said about the *ratio decidendi*. A rough and ready way of separating the two would be to say that statements which form part of a dissenting judgment cannot be part of the ratio. But this test is patently unsatisfactory. A dissenting judge might disagree with some parts of a majority judgment while explicitly approving of others; in such instances, statements by dissenting judges which show them to be in partial agreement with the majority contribute to the *ratio decidendi*. A judge in the majority might wish to give supplementary reasons for his or her decision, furthermore, without making those reasons part of the *ratio*. In some instances, a judge might believe, or be persuaded by counsel, that an *obiter* statement in an earlier case – whether it appears in a dissenting or in a majority opinion – now ought to be treated as if it were a *ratio decidendi*. In others, a judge might recognize a statement in an earlier decision of a higher court to be technically obiter but, given the relevance of the statement to the problem at hand and the eminence of the judge who made it, determine that it ought to be followed, perhaps even in preference to the *ratio decidendi* of an inferior court. (‘It may be that those statements in the judgments of those two learned judges were dicta in the sense that they were not necessary for the determination of that case’, one Chancery judge observed in 1935 apropos of complementary utterances by two Lords Justices of Appeal, ‘but they are dicta which I think I ought to follow’.)”

³⁶⁵ Cf.: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (org.). **As novas faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Editora JusPodivm, 2013; POSNER, Richard A. **How Judges Think**. Cambridge & London: Harvard University Press, 2008, pp. 09-10: “Although judges often exercise a political judgment in the open area, ‘political’ is an equivocal term that must be carefully parsed before it can be usefully applied to judicial behavior. It could refer to a judge whose decisions reflect his loyalty to a political party. It could refer to a judge whose decisions faithfully mirror the platform of a political party, though as a matter of conviction rather than of party loyalty. It could refer to a judge whose decisions reflect a consistent political ideology, which might be ‘liberal’ or ‘conservative’ and thus correlated (though imperfectly) with the Democratic or Republican Party platform, but which might instead be an ideology embraced by neither major party, such as libertarianism or socialism. The empirical literature that refutes legalism as a complete or even approximate description of actual judicial behavior does not distinguish among these different gradations of ‘political.’ ‘Political’ could even describe decisions based on purely technical policy judgments, judgments that involve finding the best means to agreed-upon ends; any issue of governmental policy is in that sense ‘political.’ At the opposite extreme, a judge might be ‘political’ in a sense divorced from policy: he might, like a legislator, use charm, guile, vote trading, and flattery to induce other judges to go along with him, though his aim might be to produce legalistic decisions. (He might thus be what is called in a variety of nonpolitical settings ‘a good politician.’) The strategic theory of judicial behavior, discussed in chapter 1, emphasizes political judging in this ‘means’ rather than ‘ends’ sense. Many legislators have no policy preferences of their own, but are merely political brokers for their constituents. Judges, however, unless elected, do not have constituents.”

idêntica a X, da mesma forma-Y.³⁶⁶ Naturalmente, a argumentação por precedente não é exclusiva do Direito.³⁶⁷ Por diversas vezes, o mero fato de uma situação ter sido tratada da forma-Y no passado já é motivo bastante forte para que no futuro outra situação idêntica seja tratada da forma-X novamente, e não da forma-Y ou K. Por exemplo, quando uma criança questiona o pai se poderia assistir à televisão até 22h para ver um programa educativo, e o pai dá uma resposta positiva, cria-se um precedente em relação à possibilidade de a criança assistir à TV naquelas mesmas condições no futuro. Com o precedente formado, existe a expectativa de que o entendimento passado será seguido em situações futuras idênticas. Na semana seguinte, frente às mesmas condições, a criança possivelmente não mais buscará a autorização do pai para assistir à TV, pois já há um precedente autorizativo neste sentido. E caso o pai discorde desta vez que assista à TV, certamente a criança argumentaria: “mas na semana passada o senhor disse que eu poderia assistir ao programa até 22h”.

Porém, Schauer entende que apelar a precedentes é uma forma de argumentação e de justificação que pode ser tão convincente quanto escorregadia. Em primeiro momento, o argumento do precedente parece orientado para o passado, e esta é a perspectiva tradicional sobre os precedentes dentro e fora do Direito. Com os precedentes, as atenções se voltam para o passado e para como o presente deve ser fruto das lições do passado, no que se chama de *projeção retrospectiva* dos precedentes. Contudo, os precedentes também têm sua *projeção prospectiva*, quando considerado que a sua argumentação também se orienta para o futuro, pois o hoje é o futuro do passado e, do mesmo modo, o ontem do amanhã. Assim, um sistema de precedentes envolve, de igual forma, a responsabilidade e os riscos que acompanham o poder de comprometer o futuro antes de chegar nele.³⁶⁸ A doutrina costuma chamar a parte “escorregaria” do precedente de inércia argumentativa, ou força hermenêutica, já que a criação do paradigma decisório poderá servir de embaraço para aqueles que antes haviam se beneficiado com ele.³⁶⁹

³⁶⁶ SCHAUER, Friedrich. Precedente. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; MACÊDO, Lucas Buril de. (coord.) **Coleção grandes temas do novo CPC. Precedentes**. Salvador: JusPodivm, 2015, pp. 49 e ss.

³⁶⁷ WALTON, Douglas. **Methods of Argumentation**. New York: Cambridge University Press, 2013, pp. 122 e ss.

³⁶⁸ SCHAUER, Friedrich. Precedente. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; MACÊDO, Lucas Buril de. (coord.) **Coleção grandes temas do novo CPC. Precedentes**. Salvador: JusPodivm, 2015, pp. 49 e ss.

³⁶⁹ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. Salvador: Editora JusPodivm, 2014, pp. 413 e ss.

Schauer ainda alerta sobre como a passagem do tempo dificulta desembaraçar um precedente de sua “consideração linguística” – ou seja, da cultura jurídica da comunidade –, porque o processo de caracterização da decisão não se encerra com a sua primeira formulação. Neste ponto, há coincidência com a proposta institucionalista. O passado precisa ser continuamente reinterpretado na medida em que entramos no futuro. A história de uma decisão muda de geração em geração, “assim como as palavras sussurradas de criança para criança num jogo de ‘telefone sem fio’.”³⁷⁰ Toda decisão é impregnada pelo espírito de sua época e de seu contexto comunicativo, afinal lidar com precedentes implica trabalhar com os conceitos adotados por um julgador em um diferente contexto temporal, cultural e social.

A tradição romano-germânica – ou tradição continental, ou *civil law* – costuma estudar o processo de formação do Direito de modo bastante simplificado e, em geral, orientado por uma perspectiva predominantemente legalista, diferente do que ocorre na tradição anglo-saxão que atribui muito mais importância aos precedentes e aos costumes.³⁷¹ As teorias continentais sobre as referências formais – ou fontes formais, na literatura tradicional – do Direito giram em torno de textos normativos³⁷², deixando de lado as dinâmicas sociais de criação de sentido. O *civil law* prevalece nas escolas jurídicas da Europa continental e nos países por ela influenciados, representando a tradição predominante no mundo. Embora herdeiro do direito romano, não pode ser com ele

³⁷⁰ SCHAUER, Friedrich. Precedente. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; MACÊDO, Lucas Buril de. (coord.) **Coleção grandes temas do novo CPC. Precedentes**. Salvador: JusPodivm, 2015, pp. 49 e ss.

³⁷¹ SUMMERS, Robert S. **Essays in Legal Theory**. Dordrecht: Springer-Science+Business Media, 2000, pp. 211 e ss.; CAPPELLETTI, Mauro. **Judicial Review in Comparative Perspective**. Disponível em: < <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2712&context=californialawreview> >. Acesso em: 04 dez. 2018: “Since the principle of stare decisis is foreign to civil law judges, a system that allowed each judge to decide for himself the constitutionality of statutes could result in a law being disregarded as unconstitutional by some judges, while being held constitutional and therefore applied by others. Furthermore, the same court that had one day disregarded a given law might uphold it the next day, having changed its mind about the law's constitutionality. Differences could arise between judicial bodies of different type or degree, for example between ordinary courts and administrative tribunals, or between the younger, more radical judges of the inferior courts and the older, more tradition conscious judges of the higher courts. This was notoriously what happened in Italy from 1948 to 1956 and what continues to happen on a large scale in Japan. The extremely dangerous result could be a serious conflict among the judicial organs and grave uncertainty as to the law. Moreover, even though a particular law has been held unconstitutional in one case, other affected parties would still have to raise the issue of constitutionality de novo. A Japanese writer offers a typical example. A plaintiff files suit claiming that a certain tax law is unconstitutional and obtains a judgment to that effect; but, the writer continues, ‘according to the individual-effect theory, the law per se remains in force and binding on taxation offices.’ As a result, every other interested party must initiate a separate action to escape the effects of the law.”

³⁷² Cf.: BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

confundido. As origens do *civil law* remontam ao século XII, quando o *jus commune* e o direito canônico perderam espaço, passando o Estado – na figura do monarca ou do Parlamento – a ser considerado como única fonte verdadeira e legítima do Direito.³⁷³ Ao analisar a origem da tradição continental, contrariamente, percebe-se que o *civil law* não se originou a partir de uma unidade política – ao contrário, o tempo de seu surgimento é marcado pela fragmentação política na Europa –, mas a partir de raízes jurídicas oriundas do Império Romano. Sua coerência e sistematicidade derivam muito mais de sua raiz doutrinária comum, do que de uma imposição estatal. A mais marcante característica do modelo continental, com base em uma análise simplificada, consiste no posicionamento da lei (e da Constituição) como fonte primária do Direito, sendo as demais apenas secundárias ou subsidiárias, o que dificulta a importação da doutrina do *stare decisis*.

Discutir vinculação por precedentes é também falar de referências formais do Direito – ou de teoria das fontes, segundo a doutrina tradicional –, uma vez que as decisões paradigmas comumente se manifestam por atos processuais com estrutura e fundamentos próprios. Embora normalmente possuam referências formais em sua configuração – afinal, o ato processual em si, por exemplo, o acórdão, compõe o *fato* decisório –, os precedentes devem ser entendidos como produto de uma cadeia maior de conformação institucional, em que muitos outros aspectos são levados em consideração, sendo a referência formal apenas um deles. Nada obstante, percebe-se haver, em especial, na tradição continental uma clara dificuldade para entender o fenômeno jurídico como produto da vida social e, conseqüentemente, para explicar os processos sociais que levam até a criação dos precedentes. De maneira diferente, a tradição anglo-saxão tende a atribuir maior importância a fatores extrajurídicos na compreensão das referências formais do Direito, além de entender o fenômeno jurídico de uma forma muito mais gradualista – no sentido de que a consolidação do Direito com tal se dá de maneira paulatina no tempo – do que a mera promulgação de leis, reconhecendo graus de vinculação conforme o costume e o volume de precedentes. Marcante desta dicotomia entre as tradições, por exemplo, são as diferenças epistemológicas e metodológicas entre Kelsen e Hart, que permitem assinalar bem as diferenças entre suas culturas jurídicas, inclusive no que tange à importância dos precedentes judiciais.

³⁷³ LEITE, Maria Oderlândia Torquato; FEITOSA, Gustavo, Raposo Pereira. **Processo e jurisdição: o sincretismo do civil law e common law pelo uso dos precedentes judiciais vinculantes no Brasil.** Disponível em: < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f417d05af72b37f9> >. Acesso em: 10 out. 2018.

Vale destacar, porém, que, no mundo globalizado de hoje, existe uma tendência cada vez maior de convergência entre as tradições jurídicas, o que inclui o fortalecimento dos precedentes na tradição continental, de maneira a incorporar as contribuições que a outra tradição possa oferecer.³⁷⁴ No Brasil, o Código de Processo Civil de 2015 é a grande marca dessa convergência.³⁷⁵ Neste novo contexto de sincretismo de culturas, o modelo institucionalista ganha ainda mais relevo, ao apresentar alternativas teóricas que explicam de maneira mais abrangente – e mais distante de uma tradição específica – o fenômeno jurídico.

3.3.3 RIGOR ARGUMENTATIVO COM PLURALIDADE VALORATIVA

O modelo institucionalista do Direito também traz elementos que permitem promover – de maneira bem mais adequada – uma reaproximação sistematizada, tanto do ponto de vista epistemológico quanto metodológico, entre o fenômeno jurídico e os chamados “valores morais”. Na literatura jurídica tradicional, o instrumento teórico desenvolvido para permitir a reintrodução dos valores no estudo e na aplicação do Direito foi o aperfeiçoamento teórico da categoria dos princípios jurídicos.³⁷⁶ Antes, ao menos na tradição positivista, a categoria normativa dos “princípios” era relegada a valores jurídicos genéricos e de importância apenas subsidiária, cuja principal utilidade seria guiar hermeneuticamente o intérprete e colmatar lacunas deixadas pelas regras no ordenamento jurídico.

Porém, hoje sob o novo paradigma teórico do neoconstitucionalismo e de certas correntes pós-positivistas, os princípios são compreendidos efetivamente como “norma

³⁷⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **Judicial Review in Comparative Perspective**. Disponível em: < <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2712&context=californialawreview> >. Acesso em: 04 dez. 2018: “Most importantly, judicial review in the contemporary world reveals a breakdown of old dichotomies. There was, perhaps, too much emphasis on difference when distinctions were made between natural and positive law, centralized and decentralized review, as well as between the civil law and common law worlds. The two worlds are becoming one, certainly in terms of the questions that have been discussed in this Article. On both sides of the Atlantic, constitutional lawyers talk of the dangers, or advantages, of judicial activism, of the creative aspect of judicial interpretation, of the rights of the accused, and so on. Insofar as judicial review has encouraged this convergence, it has further justified itself.”

³⁷⁵ THEODORO Jr., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 272; WOLKART, Erik Navarro. **Precedentes no Brasil e cultura: um caminho tortuoso, mas, ainda assim, um caminho**. Disponível em: < http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.243.16.PDF >. Acesso em: 07 dez. 2018.

³⁷⁶ ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Baden-Baden: Suhrkamp, 1994, pp. 125 e ss.

jurídica” (no sentido mülleriano), a pondo de serem dotadas de força normativa direta e autônoma em relação às regras. Os princípios têm o diferencial de serem dotados de uma forte carga axiológica e uma maior maleabilidade no que diz respeito aos tipos de conduta que exigem, o que os torna fundamentalmente – se adotada uma distinção forte entre eles – distintos do tipo tradicional de norma jurídica, de menor carga valorativa e com conteúdo prescritivo mais bem definido *a priori*: as regras.³⁷⁷

Na doutrina, é possível identificar duas vertentes, no que toca à distinção entre “regras” e “princípios”: (i) distinção fraca, segundo a qual a diferenciação entre regras e princípios é de grau, isto é, quanto ao nível de abstração e de generalidade, não havendo diferença substancial de conteúdo normativo entre eles; e (ii) distinção forte, com base na qual os princípios e as regras se distinguem por questões qualitativas e ontológicas, possuindo composições normativas distintivas, porém, ainda assim, é comum se reconhecer alguma espécie de complementariedade entre eles. Ávila se destaca dentre os que adotam a distinção fraca, explicando que os princípios são “normas” dotadas de maior grau de generalidade e abstração e que apresentam conteúdo de um estado de coisas ideal, a partir do qual é possível derivar modos de ação.³⁷⁸ No grupo dos autores que adotam a distinção forte, Alexy pode ser visto como a referência principal no direito brasileiro. O autor alemão conceitua os princípios como “normas” com conteúdo de mandamentos de otimização de valores jurídicos fundamentais – aplicáveis conforme a proporcionalidade – e com formato de comando *prima facie*. Já as regras seriam comandos definitivos, aplicáveis imediatamente e independente de ponderação.³⁷⁹

No modelo institucionalista do Direito, a norma jurídica não é compreendida como uma abstração normativa – tipicamente um comando –, como ocorre na literatura tradicional, mas como *estado intencional*.³⁸⁰ As implicações desta premissa batem de frente com muito do que se sustenta na literatura – e no senso comum – a respeito da dicotomia entre “regra” e “princípio”, uma vez que estes nada mais são do que duas maneiras distintas de se interpretar uma mesma instância intencional. Assim, a distinção forte deve ser entendida como incompatível com o institucionalismo, naquelas hipóteses

³⁷⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004, pp. 255 e ss.

³⁷⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013, pp. 98 e ss.

³⁷⁹ ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Baden-Baden: Suhrkamp, 1994, pp. 104 e ss.

³⁸⁰ Vide item 1.3.2 do Capítulo 01.

em que buscar entender as diferentes manifestações da norma como se fossem fenômenos fundamentalmente distintos. Já a distinção fraca é mais adequada por reconhecer não haver diferenças ontológicas entre as espécies de norma, já que as compreende simplesmente como manifestações normativas com características diferenciadas.

Ao entender “regras” e “princípios” como manifestações distintas de uma mesma instância intencional – da norma jurídica, em seu sentido institucionalista –, é necessário propor uma distinção fraca que se coadune com esta premissa, sem perder de vista que a operacionalização valorativa e argumentativa se torna bastante facilitada quando alguns elementos distintivos são trazidos à cena para diferenciar situações mais próximas dos “princípios” daquelas mais próximas das “regras”. Contudo, diferente da literatura tradicional, a diferenciação será formulada – de maneira bastante simplificada e introdutória, diga-se – aqui a partir da intencionalidade, do Modelo Toulmin e da teoria dos protótipos.

Na tradição continental, a dicotomia entre regras e princípios tende a acompanhar diferentes espécies de referências formais, ou mesmo as palavras ou as locuções que as compõem. Por exemplo, dispositivos com condutas ou comandos bem definidos³⁸¹ tendem a ser associados a “regras”, enquanto outros com maior grau de abstração, generalidade, fundamentalidade ou abertura³⁸² tendem a ser enxergados como “princípios”. Essa concepção é herdeira de um modo de raciocínio eminentemente dedutivista, que entende o Direito como o produto da interpretação de referências formais. De forma antagônica, o institucionalismo efetivamente entende o fenômeno jurídico como uma realidade institucional – ou seja, como *comportamentos e relações sociais coordenadas por padrões específicos de interações linguísticas* –, por isso percebe como incorreto confundi-lo com suas referências, ou mesmo com a interpretação delas. Já o

³⁸¹ Alguns casos que tendem a ser associados a regras: CC, “Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil”; CP, “Art. 121. Matar alguém (sic): Pena - reclusão, de seis a vinte anos”; CRFB/88, “Art. 81. Vagando os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, far-se-á eleição noventa dias depois de aberta a última vaga”; CTN, “Art. 132. A pessoa jurídica de direito privado que resultar de fusão, transformação ou incorporação de outra ou em outra é responsável pelos tributos devidos até à data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporadas”.

³⁸² Alguns casos que tendem a ser associados a princípios: CC, “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”; CP, “Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”; CRFB/88, “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)”; CTN, “Art. 10. É vedado à União instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional, ou que importe distinção ou preferência em favor de determinado Estado ou Município”.

Modelo Toulmin, complementarmente ao institucionalismo, afirma que os processos justificatórios devem ser estruturados a partir de induções, em que os modos de ação – considerados jurídicos por seus executores – precisariam ser justificados argumentativamente a partir de referências formais ou informais, ou seja, as referências são apenas recursos para o processo justificatório.

Um critério possível para propor uma diferenciação entre as espécies normativas – sem eliminar a possibilidade de elaborar outros, conforme as necessidades práticas, desde que compatível com o institucionalismo – é a natureza dos estados intencionais. A partir da proposta de Lakoff, é possível descrever “regras” e “princípios” como dimensões de um mesmo *frame* – ou mesmo como *image schemas*³⁸³ análogos –, uma vez que

³⁸³ Cf.: ARNHEIM, Rudolf. **Visual Thinking**. Berkeley & Los Angeles: University of California Press, 2004; LAKOFF, George. **The Invariance Hypothesis: is abstract reason based on image-schemas?** Disponível em: < <https://georgelakoff.files.wordpress.com/2014/11/invariance-hypothesis-lakoff-1990.pdf> >. Acesso em: 07 dez. 2018; _____ . **Women, Fire, and Dangerous Things: what categories reveal about the mind**. Chicago & London: The University of Chicago Press, 1987, pp. 453-455: “Image schemas of the sort we have been discussing are more like conventional images than like the kind of images discussed by Shepard and Kosslyn. Like conventional images, they are neither context-bound, nor specific, nor conscious, nor effortful. They are unlike conventional images in two important respects: they are not rich (that is, fully detailed), and they do not have specific knowledge associated with them. They are relatively abstract schemas that organize what can be perceived and visualized, but they themselves cannot be directly visualized in the way a rich image can be. The drawings we gave above are not the schemas themselves, but only drawings that characterize some of the properties of the schemas and enable us to get some idea of what they are like. But any drawings will necessarily differ in many ways from the schemas themselves. Take, for example, a schema that involves motion and the tracing of a path that exists in time. We have drawn such schemas as static with a dotted line tracing the path. Drawings of schemas with vertical extended landmarks (such as fig. 6) must necessarily sketch the landmark in a particular shape, while the schemas are neutral with respect to the particular details of the shape of the landmark, as long as it is vertical and extended. Image schemas can be visualized or drawn only by making them overly specific. In this respect, they are much like Kant's "schema" for a triangle, which Kant conceived of as fitting equilateral, isosceles, acute, and obtuse triangles without being rich enough in detail to be visualizable as any particular one. Let us turn now to the relationship between image schemas on the one hand and perceptions and rich mental images on the other. It is my hypothesis that image schemas structure both our perceptions and our rich images. This hypothesis appears to be necessary if we are to account for one of the most common of everyday phenomena, namely, the fact that sentences are judged as accurately describing visual scenes and mental images. Suppose you are either watching or imagining a plane flying and there is a hill on the terrain below. Take a simple sentence like - The plane is flying over the hill. You can now judge whether that sentence fits the scene you are watching or imagining. Part of that judgment will involve whether schema 1.VX.NC (fig. 3) fits what you are perceiving or imagining. If the plane, in your perception or imagination, is flying low to the ground around the base of the hill, you would presumably judge the sentence as not fitting the scene or image. A sentence like *A plane is flying around the hill* would no doubt be judged more appropriate in those circumstances. The only difference in these sentences is the choice of preposition: *over* versus *around*. *Over* is the appropriate choice just in case there is an *over* schema that fits the scene or image. It is important to note that there are clear cases when a given schema fits a perception or image, clear cases when it does not fit, and intermediate cases when it fits to a degree. Suppose first that the path of the plane goes directly above (and not all that far above) the peak of the hill. Then schema 1.VX.NC fits and the use of *over* is sanctioned. Suppose now that the path of flight is not directly above the top of the hill but rather to one side. If the path of flight is reasonably near the top, the *over* is still appropriate. But the further the path of flight gets from being above the top, the less appropriate it is to use *over*. And when the path of flight is above the valley next to the hill and not even near the top of the hill, *over* is not appropriate at all. How well the schema fits the scene or image will also depend on the height of the flight

remetem a circunstâncias normativas (e intencionais) complementares e, contudo, diversos. De forma bastante resumida, um *frame* pode ser definido como o retrato esquemático-conceitual que transfigura – metafórica e mentalmente – determinado evento, objeto ou situação.³⁸⁴ Já um *image schema* consiste em um subtipo – ou um fragmento – de *frame*, marcado por ser fundamental ou universal para atos ou eventos comunicativos específicos.³⁸⁵

path. Suppose that instead of being not far above the top of the hill, the flight path is 50,000 feet up. Then the path can be considered *over* the hill even though it is farther away from being directly above the top. Thus, *over* schema 1.VX.NC characterizes a fuzzy category of scenes and images. The central members of the category are those scenes and images that are clear cases of the schema. The less clear cases are less central members and those scenes and images that clearly do not fit are not members. The schema can thus be viewed as a generative prototype, with the schema as the generator and closeness of fit as the general principle defining degree of membership. On Brugman's analysis, there are two levels of prototype structure for *over*: (1) the radial structure of the category of schemas, where each schema is a member of the category, and (2) the generative structure of the category of scenes and images, which is defined by each individual schema. The perceptions and images are correlated with words via a two stage model; e.g., the perception of the plane flying over the hill is a member of the category of perceptions and rich images that fit schema 1.VX.NC. That schema is, in turn, a member of the *over* category, which consists of a group of radially structured schemas.”

³⁸⁴ SULLIVAN, Karen. **Frames and Constructions in Metaphoric Language**. Amsterdam & Philadelphia: John Benjamins Publishing Company, 2013, pp. 17-18: In order to employ semantic frames in the study of metaphoric language, we must first define them. What exactly are semantic frames, and how are they formalized? An online publication by several of the architects of the FrameNet project (Ruppenhofer et al. 2010: 5) describes a semantic frame as ‘a script-like conceptual structure that describes a particular type of situation, object, or event and the participants and props involved in it’. (...) For example, in *Barbara took revenge on her husband for years of snoring*, the revenge frame is evoked by *revenge*. An act of revenge has to minimally involve certain elements. Someone must, for example, commit the act of revenge (an AVENGER). The revenge must be undertaken in response to some past offense (an INJURY); and someone has to have committed this injury (the OFFENDER). Without these elements, revenge cannot happen. For example, if the INJURY was an accident not caused by an OFFENDER, there can be no revenge. These frame elements are considered roles, because they generalize over many potential situations and individuals. For example, the REVENGE frame doesn't tell us who the AVENGER is, only that someone has this role. In specific instances of REVENGE, frame roles may receive fillers specifying the identity of the AVENGER, the type of INJURY, and so forth. In the above sentence, *Barbara* fills the AVENGER role in the REVENGE frame, *her husband* fills the OFFENDER role, and *years of snoring* is the injury. Other words may evoke the REVENGE frame but express different sets of elements from the frame. For example, in *Sam's brothers avenged him*, the frame is evoked by *avenge*, the avenger is *Sam's brothers*, and the INJURED_PARTY is *him*. We don't know what the INJURY was, but we do know that there was one. That is why we can say the entire REVENGE frame is part of the meaning of words like *revenge* and *avenge*, and that this frame always includes an INJURY, INJURED_PARTY, and all the other elements mentioned above – even though these elements are not always expressed. Many words are interpretable only if we have some kind of access to frames and their elements. To take another example, the verb *exercise* only makes sense in terms of the frame of EXERCISING. This frame includes elements such as a person with a body (an EXERCISER), effortful movement of the body (MEANS), and strengthening or otherwise improving the body (the PURPOSE of the effortful movement). Without any of these elements, the concept of EXERCISE is meaningless. The evocation of EXERCISING by the verb *exercise* can be illustrated as in Figure 2.1, in which the elements of exercising are listed in a box representing the exercise frame. (...)”

³⁸⁵ LAKOFF, George. **Women, Fire, and Dangerous Things: what categories reveal about the mind**. Chicago & London: The University of Chicago Press, 1987, pp. 456-458: “Image schemas appear to have the kind of structure that can be used in reasoning. (...) Keenan has observed (personal communication) that such Boolean reasoning can be understood as being based on the metaphorical understanding of classes as containers. In our terms, whatever Boolean classes we use are really metaphorical projections of a particular kind of image schema, the container schema, which is used as part of one of the *out*-schemas (fig. 28). It is

A distinção das espécies de normas – que, no institucionalismo, são estados intencionais, vale reforçar – aqui deve ser considerada fraca, pois, apesar de se reconhecer que regras e princípios possam ser identificados como situação distintas, tratam-se de espectros de estados intencionais – no caso, *frames* – de igual natureza. Os princípios, assim, podem ser entendidos como um *image schema* que traz um objetivo normativo esperado, independente da natureza da referência formal. Já as regras seriam um *image schema* que estipule um comportamento razoavelmente identificável pelos agentes, independente do grau de abstração, generalidade, fundamentalidade ou abertura na referência formal. Aproveitando as lições aprendidas com o estudo da vagueza³⁸⁶, é correto concluir ser adequada a adição da teoria dos protótipos para evidenciar que somente é possível identificar de modo rígido a diferença nos focos conceituais – em que todos os elementos que caracterizam o tipo estão presentes –, pois concretamente o que se identifica são normas adotadas de características bastante variadas e que se aproximam ora das regras ora dos princípios, podendo haver casos em que a diferenciação se torna difícil. Conforme a norma se manifesta de uma maneira ou de outra, certas abordagens podem se tornar mais ou menos adequadas do que outras.

a simple schema with an interior, a boundary, and an exterior. To flesh out Keenan's suggestion, we also need the part-whole schema, which relates parts to the whole (there is no drawing that captures this intuitively). Using container schemas, part-whole schemas, and a metaphorical mapping, we can construct complex schemas that match the structures needed to characterize the Boolean logic of classes. These structures will intuitively match Venn diagrams. Thus, if A is a container schema, A' (the result of the mapping) is a class. And if A and B are container schemas, and B is a part of A , then B' is a proper subclass of A' . If E is the exterior of container schema A , then E' is the complement of A' . And if X is inside of container schema A , then X' is a member of class A' . Incidentally, this characterization of the logic of classes avoids the Russell paradox. The reason is that classes are defined metaphorically by a mapping from container schemas to classes. Given the nature of containers, no container schema can be inside of itself. Therefore, under the metaphorical mapping defined above, no class could possibly be a member of itself. From the point of view of the theory of cognitive models, classes are understood metaphorically in terms of image schemas in just this way. Reasoning done with such structures can be viewed as image-schematic reasoning. For a further example of image-schematic reasoning, consider path schemas. If a trajectory is at a given point on a path, it follows that it has been on all previous points on the path. Another example of image-schematic reasoning is scalar reasoning. Consider an extended landmark of the sort represented in figure 11. An extended landmark is a sequence of points. Each point can be understood metaphorically as a value of a scalar property P , and the landmark as a whole as the scale defining P . If X is at a given point on that scale, then X is more P than Y , if Y is lower on the scale, and less P than Y , if Y is higher on the scale. Langacker (1982) has even suggested how binding of variables and quantification might be done using complex image schemas. Variable binding can be viewed as a metonymic mapping in which a typical instance of a category stands for the category as a whole. The differences among *all*, *most*, *some*, and *no* can be represented by points on a scale, with *no* as the lowest point and *all* as the highest. Langacker (1986) has also described in detail how image schemas can be used to characterize the semantics of tense and aspect. Sweetser (1984) has suggested how reasoning with modalities can be done using metaphorical projections of force images. Given Fauconnier's (1985) treatment of such classical problems of semantics as referential opacity and presuppositions using mental spaces, it appears that a great deal of reasoning can be characterized using cognitive mechanisms that are not traditionally propositional in character.

³⁸⁶ Vide item 3.1 do presente capítulo.

Além de adotar um critério intencional para diferenciar as espécies de norma, também é necessário desmistificar a relação das normas com os valores. Na literatura tradicional, as regras seriam – de modo bastante sintético – alheias a juízos de valor, enquanto os princípios seriam a tradução jurídica dos valores morais. Essa dicotomia, contudo, é infundada, uma vez que hoje resta superada a premissa iluminista de que a emoção – que é o fundamento dos valores, ao fim e ao cabo – seria antagônica à razão. Atualmente se entende, como Damasio explica na obra *Erro de Descartes*, que a emoção é um pressuposto para os processos mentais que qualificamos como “razão”.³⁸⁷ Portanto, qualquer incompatibilidade das “normas-regra” com valores é apenas aparente – sendo incorretas as insistências positivistas em contrário –, diante do amplo respaldo científica em favor da tese do *value-based knowledge* (em vez, de *value-free knowledge*)³⁸⁸, inclusive a respeito da interpretação de referências formais ou da identificação de condutas juridicamente adequadas.

³⁸⁷ DAMASIO, Antonio R. **Descartes’ Error: emotion, reason, and the human brain**. New York: Avon Books, 1994, pp. 245 e ss.: “Should these hypotheses be supported, are there sociocultural implications to the notion that reason is nowhere pure? I believe that there are, and that they are by and large positive. Knowing about the relevance of feelings in the processes of reason does *not* suggest that reason is less important than feelings, that it should take a backseat to them or that it should be less cultivated. On the contrary, taking stock of the pervasive role of feelings may give us a chance of enhancing their positive effects and reducing their potential harm. Specifically, without diminishing the orienting value of normal feelings, one would want to protect reason from the weakness that abnormal feelings or the manipulation of normal feelings can introduce in the process of planning and deciding. I do not believe that knowledge about feelings should make us less inclined to empirical verification. I only see that greater knowledge about the physiology of emotion and feeling should make us more aware of the pitfalls of scientific observation. The formulation I presented should not diminish our determination to control external circumstances to the advantage of individuals and society, or our resolve to develop, invent, or perfect the cultural instruments with which we can make the world better: ethics, law, art, science, technology. In other words, nothing in my formulation urges acceptance of things as they are. I must emphasize this point, since the mention of feelings often conjures up an image of self-oriented concern, of disregard for the world around, and of tolerance for relaxed standards of intellectual performance. That is, in effect, the very opposite of my view, and one less worry for those who, like the molecular biologist Gunther Stent, have been concerned, justly, that the overvaluing of feelings might result in less determination to uphold the Faustian contract that has brought progress to humanity.”

³⁸⁸ 25m58s. *In*: LAKOFF, George. **The Neuroscience of Language and Thought**. YouTube, Linus Pauling Memorial Lecture Series, 06 out. 2018. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=JJP-rkilz40&t=5747s> >. Acesso em: 08 dez. 2018.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A reconciliação entre o estudo e a aplicação do Direito e a filosofia da linguagem passa pela necessidade de uma profunda revisão das teorias que fundamentaram a semântica jurídica. O modelo institucionalista do Direito busca redefinir o fenômeno jurídico, compreendo-o como uma realidade institucional – resumidamente entendida como *comportamentos e relações sociais coordenadas por padrões específicos de interações linguísticas* – e oferecendo uma noção de semântica baseada a partir da ideia de uso da linguagem e de jogos de referência, no que se chama de instrumentalismo semântico. A partir do instrumentalismo, é possível entender corretamente o fenômeno da vagueza – em especial, a vagueza normativa – e, conseqüentemente, formular um modelo argumentativo mais adequado ao funcionamento semântico do Direito.

O estudo e a aplicação do Direito ainda são fortemente arraigados ao formalismo na tradição jurídica continental, em especial pela tendência legalista ainda muito presente. O resultado do legalismo exacerbado, contudo, não se limita à valorização excessiva da lei, pois também provoca incorreções no âmbito teórico. Em especial, o formalismo incorre em graves erros quanto à lógica – por entender que esta se limitaria à sua versão clássica, tratada quase como um fato da natureza – e quanto à semântica – por confundir a com a lógico, por exemplo, derivando interpretações de silogismos, e por ignorar os jogos de referência. O formalismo também acaba por confundir as referências formais com o fenômeno sociolinguístico do Direito em si, bem como erra ao desconsiderar a natureza argumentativa e instrumental do apelo à forma.

Indo muito mais além do que o positivismo, seja na filosofia ou no estudo jurídico – que tem vertentes bastante diferentes entre si –, o institucionalismo propõe a superação de algumas amarras formalistas e uma mudança significativa na maneira como se compreende a semântica no Direito. O institucionalismo é uma das novas correntes de filosofia da linguagem – apesar das décadas de desenvolvimento – desdobradas da chamada reviravolta linguística, que busca expandir o âmbito de importância da linguagem para muito além da mera representação de eventos no mundo. Primeiro, o fenômeno jurídico não pode ser confundido com suas referências formais, pois o Direito se trata de uma realidade institucional e, portanto, deve ser compreendido a partir das

relações linguísticas que condicionam e moldam sua existência como tal. As referências formais não ficam, porém, esquecidas, mas sim devem ser inseridas em seus contextos comunicativos e traduzidas em argumentos. Segundo, as normas jurídicas devem ser compreendidas como estados intencionais, que podem ser baseados em referências formais ou não e que orientam modos de ação concretos dos agentes sociais para satisfazer o respectivo estado intencional. Terceiro, o institucionalismo também reflete na semântica ao adotar o instrumentalismo semântico, segundo o qual o sentido deve ser compreendido de forma pragmática e associada ao uso da linguagem e ao respectivo contexto comunicativo.

Uma vez entendida a semântica associada à gradualidade como resultado de uma dissonância intencional ou proposicional – ou seja, de sujeitos utilizando a linguagem da mesma forma, mas com objetivos comunicativos distintos –, é possível compreender a vagueza como produto de jogos de linguagem, e não como atributo inato a certas palavras. Também é possível perceber que a vagueza é um desdobramento natural da linguagem ordinária, e não necessariamente um problema comunicativo, bem como que o simples uso de referências formais dificilmente logra êxito na tentativa de solucionar o dilema da vagueza. Em verdade, ao entender a vagueza, o mais correto é concluir que não se trata de uma doença a ser curada, mas de uma característica da linguagem que deve ser operacionalizada – podendo certas vezes ser útil, outras vezes não –, em especial a partir de instrumentos sociais e de amarras argumentativas que permitam canalizar a dinamicidade e a gradualidade típicas da comunicação humana.

A vagueza, ademais, não se adéqua a modelos lógicos rígidos e herméticos – típicos do formalismo –, uma vez que depende de flexibilidade nos modelos lógicos – de modo a permitir contradições, graus de verdade e probabilismo – e da abertura para referências externas – para dados extrajurídicos ou, mesmo, extralinguísticos –, pois se reconhece a incompletude de modelos lógicos e a natureza referencial da semântica (como citado no parágrafo anterior). Na seara jurídica, o formalismo tem no silogismo seu personagem mais marcante, segundo o qual a “norma” – que não se confunde com o texto – seria resultado de processo lógico linear e (quase) determinístico. Porém, aqui há um erro, já que o processo lógico não se confunde – apesar de poder haver interseções – com a semântica e com a atribuição de sentido. Muitos juristas são críticos em relação ao silogismo – mesmo positivistas –, contudo ainda se percebe certa dificuldade para dele se distanciar plenamente.

Os críticos do silogismo costumam atacá-lo de duas maneiras incorretas. Primeiro, desmerecem a lógica em si, como se fosse um instrumento antiquado e inadequado para o novo paradigma do estudo jurídico – agora fortemente axiológico. Segundo, persistindo com um modelo de semântica vinculado às referências formais, propondo que os textos devem continuar a ser a base fundamental para o Direito só que agora sendo submetido a um novo olhar hermenêutico, agora valorativo e humanizado. Contudo, ambas as críticas estão parcialmente incorretas e são de pouca valia prática, em grande parte devido a adotarem – ainda que involuntariamente – os mesmos pressupostos das correntes criticadas, quais sejam: (i) que a lógica teria natureza determinística, linear e metafísica, e (ii) que a semântica é resultado da correspondência entre o que é falado e certas referências formais, bem como relacionada à correção no uso das palavras. Ainda seria possível acrescentar outra compreensão incorreta: a argumentação costuma ser vista como instrumento de exteriorização dos meios escolhidos para se chegar a um resultado pré-pronto e único possível para o conflito concreto, e não como meio de justificar opção pela saída adotada dentre as várias que seriam legitimamente possíveis no caso concreto.

A lógica não deve ser desprezada – pois permite estruturar os padrões a partir dos quais das ideias podem se estruturar e se relacionar –, nem deve tratada de forma determinística, linear e metafísica – mas probabilística, dialética e instrumental. Os modelos lógicos são um instrumento para pensarmos sobre como podemos resolver nossos problemas teóricos e práticos, portanto deve funcionar a serviço das ideias – e não as ideias funcionarem a serviço da “lógica” (ou de certa compreensão sobre ela). A instrumentalidade da lógica ainda é um campo desconhecido para muitos setores de estudiosos do fenômeno jurídico – em especial na tradição continental –, que ansiosos por encontrar soluções para como inserir “valores” no estudo e na aplicação do Direito, acabam por esquecer a função da lógica nesse processo (por vezes, até a descartam intencionalmente, como se possível fosse).

Embora não se confundam, a lógica e a semântica são primas e têm diversos pontos de interseção. Em especial para o dilema da vagueza, é correto dizer que a lógica precisa se adequar aos processos comunicativos que provocam a vagueza – em especial, a gradualidade – para facilitar sua racionalização e operacionalização. Afinal, se a vagueza pressupõe a contradição decorrente de uma dissonância intencional (ou proposicional), dificilmente o uso de modelos lógicos determinísticos e rígidos seria de grande valia. Assim, convém ao jurista conhecer e utilizar as chamadas novas lógicas, em especial a

partial logic (com destaque para a *fuzzy*) e a *modal logic*. A partir da lógica parcial, torna-se possível utilizar modelos lógicos baseados em graus de verdade e em tipos ou protótipos (evitando-se o conceitualismo). Já a lógica modal permite traduzir a relativa indeterminação presente na semântica da vagueza em argumentos que comportam a probabilidade e a flexibilização do nexos entre premissa e conclusão.

Outro erro bastante recorrente na seara jurídica é a separação rígida entre juízos valorativos e juízos descritivos, na esteira da Lei da Guilhotina de Hume e do kantismo. Notabilizou-se entre muitos juristas a ideia – já há muito superada entre os filósofos – de que não seria possível decorrer um *dever-ser* a partir de um *ser*. As dificuldades dessa afirmação são várias. Primeiro, adota uma concepção de lógica extremamente restrita, extremando algumas premissas da lógica clássica. Segundo, incorre em uma posição metafísica a respeito dos valores, excluindo a possibilidade de uma moralidade fundamentada em eventos e experiências mundanas. Terceiro, isola o Direito dentro de uma redoma lógico-conceitual, que pouco contribui para compreender os processos sociais que lhe são subjacentes. Outras críticas poderiam ser trazidas, mas o principal a se destacar é que, além de incorreta, tal proposta isolacionista também compromete o diálogo dos estudiosos do Direito com os diferentes campos de estudo que poderiam contribuir muito para a compreensão do fenômeno jurídico.

A tradução da vagueza para dentro de modelos lógicos é etapa importante para sua operacionalização. De forma semelhante, é preciso igualmente discutir o modelo de argumento que deve ser utilizado para que o instrumentalismo e a vagueza possam ser incorporados no estudo e na aplicação do Direito. O primeiro aspecto a se considerar é traduzir o formalismo – que é, em regra, um verdadeiro textualismo – implícito na argumentação jurídica em argumento explícito (aqui chamado de apelo à forma), trazendo-o para dentro do processo justificatório da aplicação concreta do Direito. O segundo aspecto é inserir a teleologia normativa – isto é, a finalidade concreta do Direito identificada pelo aplicador – dentro do processo argumentativo, sem precisar apelar vagamente a “valores”, mas sim se baseando em aspectos funcionais do Direito na situação concreta. A argumentação jurídica gira, de modo geral, entorno desta tensão.

O Modelo Toulmin oferece elementos bastante interessantes para estruturar essa compatibilização entre apelo à forma e teleologia normativa, podendo ser sintetizado assim: $MT(x) = \text{Se } L, \text{ logo } P \text{ (apesar de } O, \text{ e na medida de } Q), \text{ já que } W \text{ (e } S).$ A

argumentação relacionada à aplicação do Direito não diz respeito à explicação de relações causais ou à descrição de equações matemática, mas sim à justificação de determinada forma de resolver o caso concreto. O processo argumentativo da justificação pressupõe haver mais de uma possibilidade de resolver a situação concreta, ou seja, existe um aspecto probabilístico no resultado da argumentação. Quando se fala de vagueza, em especial, a justificação diz respeito também à adoção de um determinado sentido possível, em detrimento dos demais. A comunidade adota uma série de sentidos possíveis para determinadas palavras ou locuções, a depender do contexto comunicativo, de modo que por vezes é necessário justificar o modo de uso da linguagem. Os sentidos socialmente aceitos compõem o chamado tipo-padrão. Quando este tipo-padrão comprometer a teleologia normativa, porém, poderá ser afastado, desde que utilizada a justificação pertinente e esclarecidos os contornos conceituais que embasarem a decisão.

Ao assumir as premissas do institucionalismo, diversos dilemas fundamentais no estudo jurídico atual – tais como os limites da jurisdição constitucional, a vinculação dos precedentes, e a natureza da distinção entre regras e princípios – passam a necessitar de uma profunda reanálise. Ademais, a compreensão, a aplicação e a modificação do Direito pode ser operacionalizada de maneira bem mais transparente e objetiva a partir das premissas institucionalistas, evitando-se arbítrios disfarçados de argumentação “valorativa”. Os desafios jurídicos trazidos por sociedades cada vez mais complexas provocam também a necessidade de se desenvolver um modelo jurídico, como o institucionalismo, capaz de traduzir e racionalizar os processos sociais, em especial a vagueza, bem como de permitir superar modos de compreensão precários e há muito – injustificadamente – consolidados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung**. Baden-Baden: Suhrkamp, 1983.

_____. **Theorie der Grundrechte**. Baden-Baden: Suhrkamp, 1994.

ANSCOMBE, Gertrude E. M. **Intention**. 2 ed. Cambridge and London: Harvard Press University Press, 2000.

ANSCOMBE, Gertrude E. M. **On brute facts**. Disponível em: <
https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2567359/mod_resource/content/1/anscombe%20brute%20facts.pdf>. Acesso em: 1º ago. 2018.

ARABI, Abhner Youssif Mota. **A Tensão Institucional entre Judiciário e Legislativo: controle de constitucionalidade, diálogo e a legitimidade da atuação do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <
http://bdm.unb.br/bitstream/10483/6789/1/2013_AbhnerYoussifMotaArabi.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2018.

ARISTÓTELES. **Retórica**. Obras completas. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2005.

ARNHEIM, Rudolf. **Visual Thinking**. Berkeley & Los Angeles: University of California Press, 2004.

AUSTIN, John L. **How to do Things with Words**. London: Oxford University Press, 1962.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

BACON, Andrew. **Vagueness and Thought**. New York: Oxford University Press, 2018.

BASTOS, Rodrigo Reis Ribeiro. **Fundamentos para informatização do direito**. A possível influência dos teoremas da incompletude de Kurt Gödel na construção da

norma hipotética fundamental de Hans Kelsen. Disponível em: < <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/7017/1/Rodrigo%20Reis%20Ribeiro%20Bastos.pdf> >. Acesso em 13 fev. 2018.

BEALL, Jc; GLANZBERG, Michael; RIPLEY, David. **Formal Theories of Truth**. New York: Oxford University Press, 2018.

BEANEY, Michael (edited by). **The Oxford Handbook of the History of Analytic Philosophy**. London: Oxford University press, 2013.

BEEBE, Helen; HITCHCOCK, Christopher; MENZIES, Peter (edited by). **The Oxford Handbook of Causation**. New York: Oxford University Press, 2009.

BEEVER, Allan. **The declaratory theory of law**. Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 33, No. 3 (2013).

BERGEN, Benjamin K. **Louder Than Words: the New Science of How the Mind Makes Meaning**. New York: Basic Books, 2012.

BERGMANN, Gustav. **Strawson's Ontology**. The Journal of Philosophy, Vol. 57, No. 19 (Sep. 15, 1960). Disponível em: < <http://www.jstor.org/stable/2022943> >. Acesso em: 13 jul. 2018.

BLACK, Max. **Models and Metaphors**. Studies in Language and Philosophy. New York: Cornell University Press, 1962.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior; tradução de Maria Celeste C. J. Santos; revisão técnica Cláudio De Cicco. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 6 ed, 1995

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

BONGIOVANNI, Giorgio; POSTEMA, Gerald; ROTOLO, Antonino; SARTOR, Giovanni; VALENTINI, Chiara; WALTON, Douglas. (editors) **Handbook of Legal Reasoning and Argumentation**. Dordrecht: Springer Nature B.V., 2018.

- BURNETT, Heather. **Gradability in Natural Language**: Logical and Grammatical Foundations. New York: Oxford University Press, 2017.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Editora Noeses, 2012.
- CAMARON, Margaret; HILL, Benjamin; STANTON, Robert J. (editors) **Sourcebook in the History of Philosophy of Language**. Primary source texts from the Pre-Socratics to Mill. Vol. 2. Switzerland: Springer, 2017.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Judicial Review in Comparative Perspective**. Disponível em: <
<https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2712&context=californialawreview> >. Acesso em: 04 dez. 2018.
- CARNIELLI, Walter A.; CONIGLIO, Marcelo E.; D'OTTAVIANO, Itala M. Loffredo (edited by). **Paraconsistency: the logic way to the inconsistent**. Proceedings of the world congress held in São Paulo. New York & Basel: Marcel Dekker Inc., 2002.
- CARVALHO, Márcia Haydée Porto de; MURAD, Rakel Dourado. **O Caso da Vaquejada entre o Supremo Tribunal Federal e o Poder Legislativo: a quem cabe a última palavra?** Disponível em: <
https://www.researchgate.net/publication/323751287_O_CASO_DA_VAQUEJADA_ENTRE_O_SUPREMO_TRIBUNAL_FEDERAL_E_O_PODER_LEGISLATIVO_A_QUEM_CABE_A_ULTIMA_PALAVRA >. Acesso em: 04 dez. 2018.
- CASTROVIEJO, Elena; MCNALLY, Louise; SASSON, Galit Weidman (editors). **The Semantics of Gradability, Vagueness, and Scale Structure**: Experimental Perspectives. Language, Cognition, and Mind. Vol. 4. Cham: Springer, 2018.
- CHALMERS, David J. **The conscious mind**: in search of a theory of conscious experience. New York: Oxford University Press, 1996.
- CHIASSONI, Pierluigi. **A Filosofia do Precedente**: reconstrução racional e análise conceitual. Tradução de Thiago Pádua. Universitas JUS, v. 27, n. 1, p. 63-79, 2016.
- CLARK, Tom S. **The Limits of Judicial Independence**. New York: Cambridge University Press, 2011.

CLÈVE, Clèmerson Merlin (coordenação). **Direito Constitucional Brasileiro: organização do estado e dos poderes**. Vol. 02. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____; FREIRE, Alexandre (coordenação). **Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional**. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

COLYVAN, Mark. **Russell on Metaphysical Vagueness**. Disponível em: < <http://www.colyvan.com/papers/russell.pdf> >. Acesso em: 08 dez. 2017.

COSTA, Newton C. A. da; FRENCH, Steven. **Science and partial truth: a unitary approach to models and scientific reasoning**. New York: Oxford University Press, 2003.

DAMASIO, Antonio R. **Descartes' Error: emotion, reason, and the human brain**. New York: Avon Books, 1994.

_____. **Self Comes to Mind: Constructing the Conscious Brain**. New York: Pantheon Books, 2010.

DANIELS, Harry; COLE, Michael; WERTSCH, James V. **The Cambridge Companion to Vygotsky**. New York: Cambridge University Press, 2007.

DE PIERRIS, Graciela; FRIEDMAN, Michael. **Kant and Hume on Causality**. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2013 Edition), Edward N. Zalta (ed.). Disponível em: < <https://plato.stanford.edu/archives/win2013/entries/kant-hume-causality/> >. Acesso em: 31 jul. 2018.

DEEMTER, Kees van. **Not exactly: in praise of vagueness**. New York: Oxford University Press, 2010.

DENNETT, Daniel. **Consciousness explained**. London: Penguin Books Ltd, 1993.

DEVITT, Michael. **Ignorance of Language**. Oxford: Clarendon Press, 2006.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; MACÊDO, Lucas Buriel de. (coord.) **Coleção grandes temas do novo CPC. Precedentes**. Salvador: JusPodivm, 2015.

DUCEY, Michael H. **The Legal Positivism of Hans Kelsen**. Master's Theses. Paper 1567. Disponível em: <

https://ecommons.luc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2566&context=luc_theses >.

Acesso em: 11 jul. 2018.

DUXBURY, NEIL. **The Nature and Authority of Precedent**. New York: Cambridge University Press, 2008.

DWYER, Déirdre. **Beyond Kelsen na Hart? MacCormick's Institutions of law**.

Disponível em: < [http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1468-](http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1468-2230.2008.00717.x/abstract)

2230.2008.00717.x/abstract >. Acesso em: 23 fev. 2018.

ENDERTON, Herbert B. **Second-order and Higher-order Logic**. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2015 Edition), Edward N. Zalta (ed.). Disponível em: < <https://plato.stanford.edu/archives/fall2015/entries/logic-higher-order/> >. Acesso em: 24 ago. 2018.

ENDICOTT, Timothy A. O. **Vagueness in Law**. New York: Oxford University Press, 2000.

ENGLISH, Karl. **Einführung in das juristische Denken**. 10 ed. Stuttgart: W. Kohlhammer GmbH, 2010.

EPSTEIN, Robert. **The Empty Brain**: Your brain does not process information, retrieve knowledge or store memories. In short: your brain is not a computer.

Disponível em: < <https://aeon.co/essays/your-brain-does-not-process-information-and-it-is-not-a-computer> >. Acesso em: 26 jul. 2018.

FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (org.). **As novas faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. **Do positivismo ao pós-positivismo jurídico**: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. Disponível em: <

<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242864/000910796.pdf> >. Acesso em: 18 set. 2018.

FRIEDMAN, Andrew. **The Fundamental Distinction between Brains and Turing Machines**. Disponível em: <

http://web.mit.edu/asf/www/PopularScience/Friedman_BrainsAndTuringMachines_2002.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2018.

GABBAY, Dov M.; WOODS, John. (org.) **Handbook of the history of logic. Vol. 8.** The many valued and nonmonotonic turn in logic. Amsterdam: Elsevier, 2007.

GÁLVEZ, Jesús Padilla; GAFFAL, Margit (edited by). **Intentionality and Action.** Berlin: Walter de Gruyter GmbH, 2017.

GARSON, James. **Modal Logic.** The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2018 Edition), Edward N. Zalta (ed.). Disponível em: <
<https://plato.stanford.edu/archives/fall2018/entries/logic-modal/>>. Acesso em: 01 out. 2018.

GENSLER, Harry J. **Introduction to logic.** 2 ed. New York: Routledge, 2010.

GERANGELOS, Peter A. **The Separation of Powers and Legislative Interference in Judicial Process:** constitutional principles and limitations. Oxford & Portland: Hart Publishing, 2009.

GONÇALVES, Bernardo. **Curso de Direito Constitucional.** 9 ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

GERHARDT, Michael J. **The Power of Precedent.** New York: Oxford University Press, 2008.

GREEN, Mitchell. **Speech Acts.** The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2017 Edition), Edward N. Zalta (ed.). Disponível em: <
<https://plato.stanford.edu/archives/win2017/entries/speech-acts/>>. Acesso em: 22 fev. 2018.

GRICE, Paul. **The Conception of Value.** With an Introduction by Judith Baker. Oxford: Clarendon Press, 1991.

GROARKE, Leo. **Informal Logic.** The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2017 Edition), Edward N. Zalta (ed.). Disponível em: <
<https://plato.stanford.edu/archives/spr2017/entries/logic-informal/>>. Acesso em: 04 out. 2018.

GUERRA, Marcelo Lima. **Normas, inferências e práticas:** uma teoria institucional-argumentativa do direito. No prelo.

GULICK, Robert van. **Consciousness**. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2018 Edition), Edward N. Zalta (ed.). Disponível em: < <https://plato.stanford.edu/archives/spr2018/entries/consciousness/> >. Acesso em: 26 jul. 2018.

HALPÉRIN, Jean-Louis (edited by). **Interpretation of Law in the Age of Enlightenment: from the Rule of the King to the Rule of Law**. London and New York: Springer, 2011.

HART, Herbert L. A. **The Concept of Law**. 2 ed. With a Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. New York: Oxford University Press, 1994.

HILGENDORF, Eric; JOERDEN, Jan C. (Hg.) **Handbuch Rechtsphilosophie**. Stuttgart: J. B. Metzler Verlag, 2017.

HODGES, Wilfrid; SCANLON, Thomas. **First-order Model Theory**. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2018 Edition), Edward N. Zalta (ed.). Disponível em: < <https://plato.stanford.edu/archives/spr2018/entries/modeltheory-fo/> >. Acesso em: 13 jul. 2018.

HYDE, Dominic. **Sorites Paradox**. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2014 Edition), Edward N. Zalta (ed.). Disponível em: < <https://plato.stanford.edu/archives/win2014/entries/sorites-paradox/> >. Acesso em: 12 fev. 2018.

IRVINE, Andrew David. **Bertrand Russell**. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2018 Edition), Edward N. Zalta (ed.). Disponível em: < <https://plato.stanford.edu/archives/sum2018/entries/russell/> >. Acesso em: 09 jul. 2018.

ISRAEL, Lucas Nogueira. **A legitimidade das sentenças manipulativas com efeitos aditivos no controle judicial de constitucionalidade: entre a supremacia judicial e a supremacia parlamentar**. Disponível em: < http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/16943/1/2014_LucasNogueiraIsrael.pdf >. Acesso em: 20 nov. 2018.

JACOB, Pierre. **Intentionality**. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2014 Edition), Edward N. Zalta (ed.). Disponível em: < <https://plato.stanford.edu/archives/win2014/entries/intentionality/> >. Acesso em: 13 dez. 2018

JHERING, Rudolf von. **Der Kampf um's Recht**. Zum hundersten Todesjahr des Autors herausgegeben von Felix Ermacora. Disponível em: <
[http://www.koeblergerhard.de/Fontes/JheringDerKampfumsRecht_hgvErmacora1992.p](http://www.koeblergerhard.de/Fontes/JheringDerKampfumsRecht_hgvErmacora1992.pdf)
 df >. Acesso em: 07 jun. 2018.

KAY, Paul; MCDANIEL, Chad K. **The linguistic significance of the meanings of basic color terms**. Disponível em: <
<https://www1.icsi.berkeley.edu/~kay/K&McD.LG.pdf> >. Acesso em: 25 jul. 2018.

KEIL, Geert; POSCHER, Ralf. (edited by) **Vagueness in the Law**. Philosophical and legal perspectives. New York: Oxford University Press, 2016.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Reine Rechtslehre**. 2. Auflage. Wien: Österreichische Staatsdruckrei, 1992.

_____. **Science and Politics**. The American Political Science Review. Disponível em: <
<https://doi.org/10.2307/1951155> >. Acesso em: 11 jul. 2018.

KING, Michael; THORNHILL, Chris. **Niklas Luhmann's Theory of Politics and Law**. New York: Palgrave Macmillan, 2003.

KÖHNKE, Klaus Christian. **The Rise of Neo-Kantianism: German Academic Philosophy Between Idealism and Positivism**. Cambridge: Cambridge University Press, 1991.

LAKOFF, George. **The Invariance Hypothesis: is abstract reason based on image-schemas?** Disponível em: <
[https://georgelakoff.files.wordpress.com/2014/11/invariance-hypothesis-lakoff-](https://georgelakoff.files.wordpress.com/2014/11/invariance-hypothesis-lakoff-1990.pdf)
 1990.pdf >. Acesso em: 07 dez. 2018.

_____. **The Neuroscience of Language and Thought**. YouTube, Linus Pauling Memorial Lecture Series, 06 out. 2018. Disponível em: <

<https://www.youtube.com/watch?v=JJP-rkilz40&t=5747s> >. Acesso em: 08 dez. 2018.

_____. **Women, Fire, and Dangerous Things: what categories reveal about the mind**. Chicago & London: The University of Chicago Press, 1987.

LA TORRE, Massimo. **Institutionalism Old and New**. Ratio Juris. Vol. 6 No. 2 July 1993 (190-201).

LARENZ, Karl. **Methodenlehren der Rechtswissenschaft**. Zweite Auflage. Berlin: Springer-Verlag, 1969.

LARGURA, Antonio João Domingues. **Decisioni Manipolative**: a imigração das sentenças intermediárias para a jurisdição constitucional brasileira. Disponível em: < <https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/article/view/1892/0> >. Acesso em: 20 nov. 2018.

LEITE, Maria Oderlândia Torquato; FEITOSA, Gustavo, Raposo Pereira. **Processo e jurisdição**: o sincretismo do civil law e common law pelo uso dos precedentes judiciais vinculantes no Brasil. Disponível em: < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f417d05af72b37f9> >. Acesso em: 10 out. 2018.

LEPLIN, Jarrett. **A novel defense of scientific realism**. New York: Oxford University Press, 1997.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. Salvador: Editora JusPodivm, 2014.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **A hermenêutica jurídica de Gadamer**. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/560/r145-12.pdf> >. Acesso em: 14 fev. 2018.

LUHMANN, Niklas. **Law as a Social System**. Translated by Kaus A. Ziegert. Oxford and New York: Oxford University Press, 2004.

LYCAN, William G. **Philosophy of Language: A Contemporary Introduction**. 2 ed. New York: Routledge, 2000.

MACCORMICK, Neil. **Institutions of law: an essay in theory**. New York: Oxford University Press, 2007.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Epistemologia falibilista e teoria do direito**. Disponível em: < <http://genjuridico.com.br/2016/03/07/epistemologia-falibilista-e-teoria-do-direito/> >. Acesso em: 27 de junho de 2017.

- MARGOLIS, Eric; LAURENCE, Stephen. **Concepts**. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2014 Edition), Edward N. Zalta (ed.). Disponível em: < <https://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/concepts/> >. Acesso em: 06 out. 2018.
- MARKRAM, Henry; SEGEV, Idan (editors). **Augmenting cognition**. Lausanne: EPFL Press, 2011.
- MARMELSTEIN, George. **Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional**: reações políticas ao ativismo judicial. Disponível em: < https://www.academia.edu/35675035/Efeito_Backlash_da_Jurisdi%C3%A7%C3%A3o_Constitucional >. Acesso em: 06 nov. 2018.
- MARMOR, Andrei. (edited by) **The Routledge Companion to Philosophy of Law**. New York and London: Routledge, 2012.
- MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- MAUS, Ingeborg. **Judiciário como Superego da Sociedade**: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã". Tradução do alemão: Martonio Lima e Paulo Albuquerque. Disponível em: < <http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/JUDICI%C3%81RIO-COMO-SUPEREGO-DA-SOCIEDADE.pdf> >. Acesso em: 20 nov. 2018.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discrecionalidade e controle judicial**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MODRAK, Deborah. **Aristotle's theory of language and meaning**. Cambridge: University Cambridge Press, 2001.
- MONTESQUIEU. **The Spirit of the Laws**. Edited by Charles de Montesquieu, Anne M. Cohler, Basia Carolyn Miller, Harold Samuel Stone. New York: Cambridge University Press, 1989.
- MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. Tradução de Peter Neumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Editora RT, 2008.

- MUÑIZ-FRATICELLI, Victor M. **The Structure of Pluralism**: on the authority of associations. New York: Oxford University Press, 2014.
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta Linguístico-pragmática na Filosofia Contemporânea**. 3 ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006.
- OOYEN, Robert Chr. van. **Bundesverfassungsgericht und politische Theorie**. Ein Forschungsansatz zur Politologie der Verfassungsgerichtsbarkeit. Berlin: Springer VS, 2015.
- _____. **Integration**. Die antidemokratische Staatstheorie von Rudolf Smend im politischen System der Bundesrepublik. Berlin: Springer VS, 2014.
- PATTERSON, Douglas. **Alfred Tarski**: Philosophy of Language and Logic. New York: Palgrave Macmillan, 2012.
- PAULSON, Stanley L.; LITSCHIEWSKI-PAULSON, Bonnie. **Normativity and Norms**: Critical Perspectives on Kelsenian Themes. New York: Oxford University Press, 1999.
- POSNER, Richard A. **How Judges Think**. Cambridge & London: Harvard University Press, 2008.
- PRAKKEN, Henry. **Logical Tools for Modelling Legal Argument**: A Study of Defeasible Reasoning in Law. Dordrecht: Springer-Science+Business Media, 1997.
- PUTNAM, Hilary. **The Collapse of the Fact/Value Dichotomy and other essays**. Cambridge: Harvard University Press, 2004.
- RAATIKAINEN, Panu. **Gödel's Incompleteness Theorems**. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2018 Edition), Edward N. Zalta (ed.). Disponível em: < <https://plato.stanford.edu/archives/fall2018/entries/goedel-incompleteness/> >. Acesso em: 10 jul. 2018.
- RABBAN, David M. **Law's History: American Legal Thought and the Transatlantic Turn to History**. New York: Cambridge University Press, 2012.
- RAPONE, Vincenzo. **Der Zweckbegriff im Werk Rudolf von Jherings**. In: i-lex, 17, 2012, pp. 339-365 (www.i-lex.it). Disponível em: < <http://www.i-lex.it/articles/volume7/issue17/rapone.pdf> >. Acesso em: 07 jun. 2018.

REGNER, Jan. **Mind in the World: A Brief Introduction to Searle's Concept of Intentionality**. Disponível em: < <http://regnerjan.sweb.cz/filosof/searle.htm> >. Acesso em: 11 out. 2018.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Ação Penal 694/MT**. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13501194> >. Acesso em: 07 nov. 2018.

_____. **Ação Penal 996/DF**. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5083040> >. Acesso em: 07 nov. 2018.

_____. STF. **RE nº 135.328/SP**. Tribunal Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio. Data da publicação: DJ 20/04/2001.

_____. STJ. **REsp nº 1.240.915/SC**. Rel. Min. Assusete Magalhães, Data de Publicação: DJ 12/04/2018.

RUSSELL, Bertrand. **Vagueness**. Disponível em: < <http://bactra.org/Russell/vagueness/> >. Acesso em: 03 jul. 2018.

RYLE, Gilbert. **The Concept of Mind**. New York: Routledge, 2009.

SACHS, Carl B. **Intentionality and the Myths of the Given: between pragmatism and phenomenology**. London and New York: Routledge, 2014.

SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro, RJ: Livraria Editora Freitas Barros, 1940.

SASSOON, Galit W. **Vagueness, Gradability and Typicality: The Interpretation of Adjectives and Nouns**. Leiden: Brill, 2013.

SCHAUER, Frederick. **The Force of Law**. Cambridge & London: Harvard University Press, 2015.

_____. **Formalism**. The Yale Law Journal, Vol. 97, No. 4 [Mar., 1988], pp. 509-548. Disponível em: < <http://fs2.american.edu/dfagel/www/Class%20Readings/Schauer/Formalism.pdf> >. Acesso em: 07 jun. 2018.

SCHLICK, Moritz. **Allgemeine Erkenntnislehre**. Herausgegeben und eingeleitet von Hans Jürgen Wendel und Fynn Ole Engler. Wien und New York: Springer, 2009.

_____. **Problems of Ethics**. New York: Prentice-Hall Inc., 1939.

SEAGER, William. **Theories of consciousness: an introduction and assessment**. 2 ed. New York: Routledge, 2016.

SEARLE, John R. **How to Derive "Ought" From "Is"**. Disponível em: <
https://www.collier.sts.vt.edu/5424/pdfs/searle_1964.pdf >. Acesso em 18 jul. 2018.

_____. **Intentionality: an essay in the philosophy of mind**. New York: Cambridge University Press, 1983.

_____. **Mind, Language and Society**. New York: Basic Books, 1998.

_____. **Philosophy in a New Century (selected essays)**. New York: Cambridge University Press, 2008.

_____. **Seeing things as they are: a theory of perception**. New York: Oxford University Press, 2016

_____. **Speech acts: an essay in the philosophy of language**. New York: Cambridge University Press, 1969.

_____. **The construction of social reality**. New York: Simon & Schuster, 1995.

_____. **The Problem of Perception & Intentionality**. YouTube, Philosophy Overdose, 23 jan. 2016. Disponível em: <
https://www.youtube.com/watch?v=If_4t0_HUx8 >. Acesso em: 08 dez. 2018.

SHANKER, Stuart G. (edited by). **Philosophy of Science, Logic and Mathematics in the Twentieth Century**. Routledge: London and New York, 2004.

SHAPIRO, Stewart. **Vagueness in context**. New York: Oxford University Press, 2006.

SIEGEL, Reva B. **Same-Sex Marriage and Backlash: Constitutionalism through the Lens of Consensus and Conflict**. Disponível em: <
http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/41324/MWP_LS_2016_04.pdf?sequence=1
 >. Acesso em: 04 dez. 2018.

SILTALA, Raimo. **A Theory of Precedent: From Analytical Positivism to a Post-Analytical Philosophy of Law**. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2000.

_____. **Law, Truth, and Reason: A Treatise on Legal Argumentation**. London and New York: Springer, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Disponível em: < <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179> >. Acesso em: 01 set. 2018.

SMITH, Peter. **An Introduction to Formal Logic**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

SOAMES, Scott. **Beyond Rigidity: The Unfinished Semantic Agenda of Naming and Necessity**. New York: Oxford University Press, 2002.

_____. **Philosophy of Language**. Oxford and Princeton: Princeton University Press, 2010.

_____. **The Analytic Tradition in Philosophy**. Vol. 1. The Founding Giants. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2014.

_____. **What is Meaning?** Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2010.

SORENSEN, Roy. **Vagueness**. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2018 Edition), Edward N. Zalta (ed.). Disponível em: < <https://plato.stanford.edu/entries/vagueness/> >. Acesso em: 18 jun. 2018.

SOUSA, Inês Alves de; MARÓN Manuela Fondevila. **Divergências e convergências entre as teorias de Rudolf Smend e Konrad Hesse**. Disponível em: < revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/download/rechtd.2017.91.02/5979 >. Acesso em: 14 fev. 2018.

STRECK, Lenio L. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014..

_____. **Hermenêutica, neoconstitucionalismo e “o problema da discricionariedade dos juízes”**. Disponível em: < <http://www.anima->

opet.com.br/pdf/anima1/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf >. Acesso em: 14 fev. 2018.

SULLIVAN, Karen. **Frames and Constructions in Metaphoric Language**.

Amsterdam & Philadelphia: John Benjamins Publishing Company, 2013.

SUMMERS, Robert S. **Essays in Legal Theory**. Dordrecht: Springer-Science+Business Media, 2000.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULEN, Adrian. **Interpretation and Institutions**.

Disponível em: <

https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1279&context=law_and_economics >. Acesso em: 22 nov. 2018.

_____. **Must Formalism be Defended Empirically?** Disponível em: <

https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1329&context=law_and_economics >. Acesso em: 06 out. 2018.

_____. **Political Conflict and Legal Agreement**. The Tanner Lectures on

Human Values. Disponível em: < https://tannerlectures.utah.edu/_documents/a-to-z/s/Sunstein96.pdf >. Acesso em: 22 nov. 2018.

SZABÓ, Zoltán Gendler. **Compositionality**. The Stanford Encyclopedia of

Philosophy (Summer 2017 Edition), Edward N. Zalta (ed.). Disponível em: <

<https://plato.stanford.edu/archives/sum2017/entries/compositionality/> >. Acesso em: 19 set. 2018.

THEODORO Jr., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco;

PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TOULMIN, Stephen E. **The Uses of Argument**. New York: Cambridge University Press, 2003.

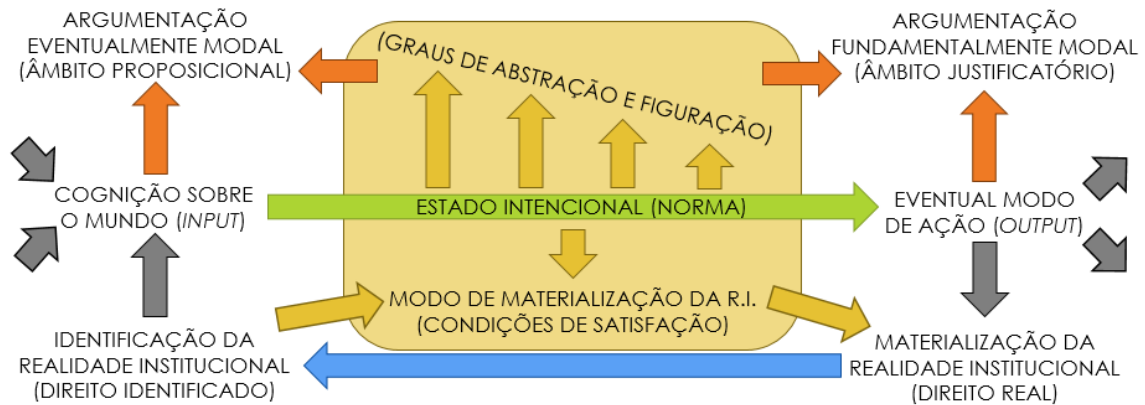
TRAVIS, Charles. **The uses of sense: Wittgenstein's philosophy of language**. New York: Oxford University Press, 2001.

TSOHATZIDIS, Savas L. (edited by) **John Searle's Philosophy of Language: Force, Meaning and Mind**. New York: Cambridge University Press, 2007.

- TULENHEIMO, Tero. **Objects and Modalities: A Study in the Semantics of Modal Logic**. Cham: Springer, 2017.
- VASCONCELOS, Arnaldo. **Direito e Força: uma Visão Pluridimensional da Coação Jurídica**. São Paulo: Dialética, 2001.
- VINX, Lars. **The Guardian of the Constitution**. Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of constitutional law. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
- WALUCHOW, W. J. **Inclusive Legal Positivism**. Oxford: Clarendon Press, 1994.
- WALTON, Douglas. **Methods of Argumentation**. New York: Cambridge University Press, 2013.
- WILLIAMSON, Timothy. **Vagueness**. London and New York: Routledge, 1994.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. **Philosophical Investigations**. Translated by G. E. M. Anscombe, P. M. S. Hacker and Joachim Schulte. Revised fourth edition by P. M. S. Hacker and Joachim Schulte. Blackwell: Oxford, 2009.
- _____. **Some Remarks on Logical Form**. Disponível em: < <http://www.filosofia.unimi.it/zucchi/NuoviFile/Wittgenstein-OnLogicalForm.pdf> >. Acesso em: 12 jul. 2018.
- _____. **Tractatus Logico-Philosophicus**. Side-by-Side-by-Side Edition. Disponível em: < <https://people.umass.edu/klement/tlp/tlp-hyperlinked.html> >. Acesso em: 12 jul. 2018.
- WOLKART, Erik Navarro. **Precedentes no Brasil e cultura: um caminho tortuoso, mas, ainda assim, um caminho**. Disponível em: < http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.243.16.PDF >. Acesso em: 07 dez. 2018.
- YASUTOMO, Morigiwa; STOLLEIS, Michael; HALPÉRIN, Jean-Louis (edited by). **Interpretation of Law in the Age of Enlightenment: from the Rule of the King to the Rule of Law**. London and New York: Springer, 2011.

ANEXO: DIAGRAMAS EXPLICATIVOS DO MODELO INSTITUCIONALISTA DO DIREITO

Panorama genérico:



Panorama específico:

