

RAFAEL SECO SARAVALLI

DOGMÁTICA JURÍDICA E REGRAS TÉCNICAS

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Associado Dr. Juliano Souza de Albuquerque Maranhão

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2020

RAFAEL SECO SARAVALLI

DOGMÁTICA JURÍDICA E REGRAS TÉCNICAS

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Filosofia e Teoria Geral do Direito, sob a orientação do Professor Associado Doutor Juliano Souza de Albuquerque Maranhão.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2020

**Serviço de Processos Técnicos da Biblioteca da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**

Saravalli, Rafael Seco

Dogmática Jurídica e Regras Técnicas/ Rafael Seco Saravalli. -- São Paulo, 2020.

147 p. ; 30 cm.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

Orientador: Maranhão, Juliano Souza de Albuquerque.

1. Regras técnicas. 2. Dogmática jurídica. 3. Teoria do direito. 4. Positivismo jurídico. 5. Proposição normativa. I. Maranhão, Juliano Souza de Albuquerque orient. II. Título.

SARAVALLI, Rafael Seco. *Dogmática jurídica e regras técnicas*. 2020. 147 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Filosofia e Teoria Geral do Direito, sob a orientação do Professor Associado Doutor Juliano Souza de Albuquerque Maranhão.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ **Instituição:** _____

Julgamento: _____ **Assinatura:** _____

Prof. Dr. _____ **Instituição:** _____

Julgamento: _____ **Assinatura:** _____

Prof. Dr. _____ **Instituição:** _____

Julgamento: _____ **Assinatura:** _____

Iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia. (Ulpiano, Dig. 1.1.10.2)

Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter celsus definit, ius est ars boni et aequi. (Ulpiano, *Inst. Dig. 1,1,1pr*)

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Professor Juliano Maranhão, pela oportunidade de desenvolvimento acadêmico-científico que estes anos de convívio proporcionaram. Mas, além disso, agradeço também o incansável exercício de ensino e divulgação de tema tão esquecido na tradição jurídica brasileira: lógica aplicada ao direito.

Agradeço aos professores Rafael Mafei e Edécio Gonçalves, que participaram da minha qualificação de mestrado e, por meio da pergunta correta, delimitaram o caminho adequado desta dissertação.

Agradeço à minha mãe e a meus irmãos, por terem me dado suporte quando precisei. Também agradeço à minha sogra e meu sogro, por nos terem ajudado nestes anos.

Agradeço aos colegas de trabalho da Procuradoria Geral da USP, por terem compreendido e me ajudado nas minhas ausências. Em especial destaque, agradeço ao amigo Mauricio Montané Comin, quem me substituiu em diversas situações e “segurou as pontas” quando foi necessário.

Agradeço aos colegas de *Lawgorithm*, na figura do Marco Almada, pelas conversas e pelo entusiasmo na promoção do conhecimento sobre inteligência artificial aplicada ao direito.

Por último e mais importante, agradeço à minha esposa, Isabel, que me apoiou e, mais do que isso, me suportou durante este período difícil. Compartilhar a vida com você, Isabel, é motivo de alegria constante e fonte de inspiração para criar e aceitar novos desafios. Suas palavras de estímulo tornaram possível a realização deste trabalho, que só não lhe é dedicado por não ser digno de tal mister.

RESUMO

SARAVALLI, Rafael Seco. *Dogmática jurídica e regras técnicas*. 2020. 147 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

Este estudo investiga a regra técnica como um tipo de norma que representa uma função pragmática da dogmática jurídica: a de responder “como” se cumpre o direito. Para apresentar este tipo de norma e a possibilidade de representação desta função da dogmática, a discussão foi localizada na tradição positivista, o que nos forçou a comparar a regra técnica com outra função: a de responder “quais” normas fazem parte do direito. Inicialmente, procuramos compreender o significado de dogmática e a importância de suas funções na constituição de seu sentido. Dentre uma de suas funções, destacamos a de dar respostas acerca de normas. Após, escolhemos dois tipos de perguntas para se investigar: “qual” e “como”. O último tipo representa a função das regras técnicas. As perguntas e respostas “qual”, por sua vez, são analisadas como funções representadas pela proposição normativa. Como exemplos presentes da teoria do direito de proposições normativas, investigamos a proposição jurídica de Alf Ross. Investiga-se também uma teoria em que cada uma destas funções não está clara, a *Rechtssatz* de Hans Kelsen. A *Rechtssatz* surge como um bom exemplo da necessidade de se tratar de forma distinta cada qual destas funções. Ao analisar as regras técnicas, encontramos seus antecedentes na literatura jurídica. Sua função de mediação entre linguagem da realidade e linguagem das normas. As condições de sucesso das respostas às perguntas “como” são analisadas em suas faces da executabilidade e proibição de lacuna normativas. Também se analisa a possibilidade de as regras técnicas representarem perguntas e respostas “como” de forma desengajadas, sem vinculação moral. São apresentados argumentos favoráveis a esta possibilidade. Concluímos sobre a necessidade de distinção entre estas duas funções e a necessidade de distintas perguntas para se tratar da posição antirreducionista do direito. Por fim, apresentamos a relação existente entre os diferentes sentidos de ciência normativa do direito e as perguntas “qual” e “como”.

Palavras-chave: Regras técnicas. Dogmática jurídica. Teoria do Direito. Positivismo jurídico. Proposição normativa.

ABSTRACT

SARAVALLI, Rafael Seco. *Legal dogmatic and technical oughts*. 2020. 147 f. Dissertation (Master) – Law School University of São Paulo, São Paulo, 2020.

This study investigates technical oughts as a type of norm which represents a pragmatic function of legal dogmatics: answering *how* someone fulfil the law. In order to present this type of norm and the possibility of representing this function, the debate is addressed to the positivistic tradition, which compelled us to compare technical oughts with another function: answering *which* norms belong to the law. Firstly, we sought to understand the meaning of legal dogmatic and the importance of its functions for the constitution of its meaning. Among its functions, we highlighted giving answers about norms. Afterwards, we chose two types of questions to investigate: *which* and *how*. The last type represents the function of the technical oughts. The *which* questions and answers are analyzed as functions represented by normative proposition. As an example of normative propositions we presented Alf Ross's legal proposition. We also investigated Hans Kelsen's *Rechtssatz* as a good example of confusion between different types of questions and the need to distinguish them. As we analysed the technical oughts, we found their antecedents in the legal literature and its role of mediating the language of reality and the language of norms. We studied the conditions for successfully answering “how” questions, specially the executability and the absence of normative gaps. We also examined the technical oughts as *how* questions and answers without moral attachment. We concluded on the need to distinguish between these two functions and the need for more than one type of question to represent positivist anti-reductionist position. Finally, we presented the relation between *how* and *which* questions and the different meanings of legal normative science.

Keywords: Technical oughts. Legal dogmatic. Theory of law. Legal positivism. Normative proposition.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	15
Primeira delimitação: o objeto.....	15
Segunda delimitação: do nível da análise à tradição teórica	17
Terceira delimitação: método e “do que esta dissertação não trata” e “do que trata esta dissertação”	20
CAPÍTULO I – PROCURANDO NOSSAS PERGUNTAS E RESPOSTAS	23
1.1 Os sentidos do termo dogmática jurídica	23
1.2 Das respostas às perguntas da dogmática	29
1.3 As perguntas e respostas da dogmática: a visão da teoria do direito positivista	35
CAPÍTULO II – PROPOSIÇÕES NORMATIVAS: SUAS PERGUNTAS E RESPOSTAS	46
2.1 Proposição normativa como solução	46
2.2 Das proposições jurídicas de Ross.....	55
2.3 Proposições normativas referentes e suas perguntas	62
2.4 <i>Rechtssätze</i> , na Teoria Pura do Direito	64
2.5 A reabilitação da <i>Rechssatz</i> da TPD: Raz e as sentenças descompromissadas (desengajadas)	74
2.6 Entre Bulygin e Raz: as perguntas e respostas na <i>Rechtssatz</i>	79
CAPÍTULO III - NORMAS E REGRAS TÉCNICAS: IDENTIFICANDO AS PERGUNTAS E RESPOSTAS.....	85
3.1 Regras técnicas: primeiras noções	85
3.2 Juristas e regras técnicas: primeiras perguntas	92

3.3 Regra técnica como uma resposta da dogmática.....	96
3.4 Mediação entre Linguagem da Norma e Linguagem Real: Regras Técnicas.....	100
3.5 O legislador racional: perguntas e respostas.....	107
3.6 Boas respostas: a executabilidade como coerência do legislador racional.....	109
3.7 Boas perguntas: as lacunas	113
3.8 Censor e Expositor nas regras técnicas	121
CONCLUSÕES	130
4.1 Reduccionismo e antirreduccionismo e diferentes perguntas à dogmática jurídica	133
4.2 O sucesso das respostas “qual” e “como” e a necessidade compreender cada peculiaridade.....	134
4.3 Ciências normativas: dos conjuntos de normas ao sistema normativo.....	135
4.4 Limitações desta dissertação, trabalhos futuros e as marcas da dogmática.....	137
BIBLIOGRAFIA	140

INTRODUÇÃO

Quando ainda era um aluno da Graduação de Direito, uma frase me chamou a atenção. Foi a tradução de Millor Fernandes da fala de um dos coveiros da peça *Hamlet*, de Shakespeare, que disse:

“Ora, senhor, a pele dele está tão curtida pela profissão...”

A partir desta afirmação, comecei a me indagar quais marcas o trabalho com o direito poderia imprimir sobre nós. Na época, não tinha a informação para dar uma resposta ou a maturidade para sequer entender a pergunta. Hoje, bem mais velho, já consigo observar algumas marcas físicas em mim e em diversos colegas. São as lombalgias, o leve sobrepeso, gastrites, típicas marcas de um trabalho estressante. Mas mais do que isso, temos marcas mais profundas que nos identificam como advogados, juízes, promotores etc. Digo as marcas de uma maneira de pensar própria, cujos atributos não são fáceis de enumerar. Quais seriam, então, estas marcas mais profundas, e como compreendê-las? Hoje, apesar do tempo, confesso não ter ainda a sabedoria necessária para responder esta pergunta. Mas acredito que procurar entender o discurso da dogmática jurídica, em suas diversas dimensões, pode talvez ser uma maneira inicial de entendimento. Longe de querer dar qualquer resposta, esta dissertação é um exercício de compreensão desta pergunta.

Evidentemente, este trabalho não pretende uma análise de toda a dogmática jurídica, mas tão somente de uma de suas funções: a de dar alguns tipos de respostas específicas. Mesmo este escopo pode ganhar contornos amplos se pensarmos que, essencialmente, o que o discurso da dogmática jurídica faz é dar respostas. Por isso, antes de tudo, devemos delimitá-lo, para bem especificar o tema deste trabalho.

Primeira delimitação: o objeto

O tema principal da dissertação é a possibilidade de regras técnicas exercerem uma função específica da dogmática jurídica: a de dar respostas. Quem, primeiramente, notou a peculiaridade das regras técnicas foi Von Wright, definindo-as como tipos de normas que condicionam um fim específico à realização de certas ações. Podemos citar como exemplos deste tipo de regras, as seguintes orações: “Para tornar a casa habitável, você precisa ligar o aquecedor”, “Para perder peso, é preciso comer menos”, “Para

respeitar seu país, você deve cumprir as ordens proferidas pelo Presidente.”. Observa-se que é apresentado um fim: “tornar a casa habitável...”, “perder peso”, “respeitar seu país”; e também se indica uma ação necessária a se atingir este fim, respectivamente: “ligar o aquecedor”, “comer menos” e “cumprir as ordens proferidas pelo Presidente”.

Na literatura jurídica, poucos autores procuraram estudar as regras técnicas como uma forte candidata a uma proposição jurídica da ciência do direito, destacando Aarnio¹, Maranhão² e Rodriguez³. Enquanto o primeiro as descarta, ante aspectos criativos e avaliativos da dogmática jurídica, os outros dois as assumem como uma proposta interessante para compreender alguns aspectos da ciência direito. Maranhão, especialmente, a utiliza para compreender as questões teóricas enfrentadas na *Rechtssatz* (proposição jurídica) de Kelsen.

A dogmática jurídica, contudo, não é termo que sempre é coincidente com uma ciência do direito. Como veremos no capítulo I, há alguns sentidos em que se pode entender os termos ciências do direito e também dogmática jurídica. Todavia, mais importante do que se compreender o sentido preciso dos termos é entender os problemas com os quais se pretende conviver.

Por esta razão, delimitamos os problemas abordados nesta dissertação à capacidade de se dar respostas satisfatórias sobre o direito, mas não adentraremos na questão teórica referente às condições de verdade e hierarquias de resposta. Neste sentido, não se analisam todos aspectos do tema associado às proposições jurídicas, mas nos perguntamos somente: como conseguimos responder a perguntas “como se cumpre o direito?” ou “quais normas fazem parte do direito?”.

Com esta delimitação, o que se pretende é tratar de funções específicas de “qualquer dogmática”, isto é, qualquer sentido que conferimos à dogmática do direito, posto que é função tanto de uma ciência do direito, em sentido estrito, como do “discurso dos profissionais jurídicos” responder questões sobre o direito. Por isso, em alguns momentos, o termo dogmática se aproximará mais do sentido de uma ciência do direito; noutros, de um discurso faticamente presente na sociedade. Mas como se verá ao longo da

¹ AARNIO, A. *The rational as reasonable*, D. Reidel Publishing Company 1987.

² MARANHÃO, JULIANO. *Padrões de racionalidade na sistematização de normas*, Tese de Doutorado defendida para obtenção de grau de Doutor, junto à Faculdade de Direito da Universidade São Paulo, em 2004. MARANHÃO, JULIANO. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*, São Paulo: Marcial Pons, 2012. MARANHÃO, JULIANO. *Estudos sobre Lógica e Direito*. São Paulo : Marcial Pons, 2013.

³ RODRIGUEZ, JORGE LUIS. “*Norms, Truth, and Legal Statements*”. Jordi Ferrer Beltran Jose Juan Moreso y Diego Papayanis (eds.), *Neutrality Theory of Law*. Editora: The Netherlands, Springer, 2013, p. 127-146.

dissertação, majoritariamente serão tratados de problemas atrelados a uma dogmática-ciência do direito.

Agora, como abordar este objeto? Recentemente, temos diversos tipos de estudos sobre o direito - sociológicos, analítico, normativo, descritivo -, qual deles será escolhido?

Segunda delimitação: do nível da análise à tradição teórica

Este trabalho é voltado para uma abordagem analítica da dogmática jurídica. Portanto, não se trata de um estudo empírico, mas conceitual, no âmbito do que tradicionalmente se denomina de teoria do direito. Algumas qualificações, contudo, fazem-se necessárias. A primeira delas se refere ao que chamamos de “nível da análise”.

No texto *Sein and Sollen in legal Science*⁴, Bobbio observou diferentes “níveis” nos quais o tema da normatividade no e do direito pode ser tratado. Teríamos um primeiro cujo objeto são as normas de um dado ordenamento jurídico, em sentido amplo. Seria a própria ciência do direito, ou dogmática jurídica, à qual ele dá o nome de *Jurizprudenz*. Já o discurso que tem por objeto a própria *Jurisprudenz* é o da teoria do direito, ou *Metajurisprudenz*. Neste nível se investiga as proposições da *Jurisprudenz*, seus pressupostos e sua relação com o ordenamento. Já no nível mais abstrato, as condições de sucesso de uma teoria do direito são analisadas e a própria teoria (ou teorias) do direito são compreendidas em suas possibilidades e implicações. Este nível seria o da *Metametajurisprudenz*.

No nível da *Metajurisprudenz*, esta dissertação investiga a resposta jurídica como figura teórica que representa o caráter lógico-linguístico da dogmática jurídica. Não se busca, portanto, investigar problemas de uma *Metametajurisprudenz*, tal qual a questão da neutralidade valorativa ser uma condição de sucesso de uma teoria do direito⁵. Posto desta forma, sendo a *Jurisprudenz* o objeto de nossos problemas, uma tomada de posição é necessária.

Na atual evolução da literatura jurídica, falar em “a” teoria do direito pode ser um erro. As diversas matrizes filosóficas, concepções linguísticas e propósitos nos dão diversas teorias do direito. Assim, para os propósitos e limites do presente trabalho, a

⁴ BOBBIO, NORBERTO. “*Sein*” and “*Sollen*” in the legal Science.’ *Archiv für Rechts – und Sozialphilosophie* LVI, nº 6, pp 7-30, 1970.

⁵ MARANHÃO, JULIANO. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 24.

escolha de uma tradição jurídica para se analisar possíveis funções de uma *Jurisprudenz* é diretriz necessária. É neste sentido que, neste trabalho, partiremos dos propósitos e premissas metodológicas positivistas.

Das diversas premissas e argumentos positivistas, um bom ponto de partida se encontra na análise da linguagem da ciência jurídica proposta por Bentham:

XXI. Jurisprudence is a fictitious entity: nor can any meaning be found for the word, but by placing it in company with some word that shall be significative of a real entity. To know what is meant by jurisprudence, we must know, for example, what is meant by a book of jurisprudence. A book of jurisprudence can have but one or the other of two objects: 1. To ascertain what the law is: 2. to ascertain what it ought to be. In the former case it may be styled a book of expository jurisprudence; in the latter, a book of censorial jurisprudence: or, in other words, a book on the art of legislation⁶. (g.n.)

Neste trecho, Bentham formula o principal postulado da teoria do direito positivista: a necessária distinção entre o direito como ele é, competência do *Expositor*, do direito como ele deve ser, missão de um *Censor*. Apesar do caráter desta proposta⁷, é importante ressaltar duas possíveis leituras deste preceito metodológico da teoria do direito (*Metajurisprudenz*): uma positiva e outra negativa. A positiva diz ser necessária a fundamentação de uma ciência do direito em algum tipo de descrição do fenômeno jurídico. A negativa diz que uma ciência do direito para ser considerada racional **não deve** se engajar na defesa de posições normativas. Na leitura negativa, mais do que falar o que a ciência do direito deve ser, diz o que ela não deve ser. Independentemente da leitura, é fácil perceber que não só a natureza do fenômeno jurídico, mas a própria limitação das proposições da ciência do direito torna-se questão importante no debate jurídico-positivista.

⁶ BENTHAM, JEREMY. *An introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Batoche Books, 2000, p 234.

⁷ BUSTAMANTE, a partir da leitura de Postema da obra de Bentham, defende o caráter normativo do positivismo benthamiano. Nesta leitura, a cisão entre direito “como é” do direito como “deve ser” surge como uma necessidade prático-teórica a qual permite estabelecer uma maior segurança jurídica, bem como a contraposição com a *censorial jurisprudence*, que permitiria estabelecer um juízo crítico, fundamentado no preceito da utilidade sobre o direito (BUSTAMANTE, THOMAS. “A breve história do positivismo descritivo. O que resta do positivismo jurídico depois de H. L. A. Hart?” em Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica, Vol. 20 - n. 1 - jan-abr 2015, pp. 307-327.) Independente do real caráter da proposta benthamiana, importa ressaltar para a presente dissertação o reflexo em uma teoria do direito positivista e, na consequente, proposta de ciência do direito.

Além deste preceito metodológico mais geral, há também outras teses positivistas, com caráter tanto conceitual quanto metodológico. Raz delimitou duas teses presentes em autores positivistas. São elas: a tese da separação do direito e moral e a tese das fontes. A primeira defende a ausência de conexão necessária entre o conteúdo do direito e de preceitos morais. Já a segunda defende o caráter social, empírico do fenômeno jurídico.

Somando-se a estas premissas, as teorias do direito positivistas podem ter dois vieses: um reducionista, informando que os enunciados jurídicos, para se manterem fiéis à cientificidade, devem ser reduzidos a proposições descritivas (leitura positiva); e outro antirreducionista que, ante o caráter normativo do discurso jurídico, defende a necessidade de se tratar a normatividade **específica** do fenômeno jurídico, o que repercute também nas proposições sobre o direito.

É fácil perceber que, para os reducionistas (como Bentham, Austin e Ross, por exemplo), as teses da separação e das fontes, apesar de independentes, são facilmente harmonizadas com as condições de verdade de proposições descritivas. Isto é, sendo o direito reduzido à descrição de fatos, podemos distinguir fatos de preceitos morais (tese de separação) e inferir o direito a partir de fatos sociais (tese das fontes). A crítica que surge é de outro tipo: a utilidade desta ciência, a ausência do tratamento de aspecto relevante do fenômeno, etc... Já, para os antirreducionistas, não há a mesma facilidade para se determinar as características da proposição jurídica, mas se torna evidente que a ciência do direito representada possui uma função distinta da mera “apresentação” de objetos físicos empíricos.

Observamos, pois, com as teses reducionistas e antirreducionistas, que o que está em jogo é a representação de distintas funções de uma possível ciência do direito. Nesta dissertação, longe de se formular uma tese positivista, procuramos explorar em perguntas e respostas da dogmática jurídica duas distintas funções exercidas. Uma de responder “quais normas fazem parte do direito?” e outra de “como se cumpre o direito?”. Como representantes destas duas funções, propusemos dois tipos distintos de enunciados, respectivamente: as proposições normativas e as regras técnicas. Como uma posição intermediária e problemática, investigaremos as *Rechtssätze* de Kelsen. Por se tratar de um estudo em nível de mestrado, procuramos delimitar bem os modelos teóricos apresentados, sendo escolhida como representante das proposições normativas a teoria russiana dos enunciados científicos do direito. Já sobre as regras técnicas, nos ancoramos em Rodriguez, Maranhão e, principalmente, Von Wright.

Terceira delimitação: método e “do que esta dissertação não trata” e “do que trata esta dissertação”

A escolha das regras técnicas como objeto de estudo nos obriga a enfrentar diversas consequências teóricas e metodológicas, e, mais do que explicar as razões para se investigar determinados temas, é pertinente a explicação do porquê não se investigou outros.

Primeiramente, as regras técnicas, por tratarem de assunto atinente às proposições da ciência do direito, atraem para o debate diversos temas. Dentre eles, destaco três de certa forma correlatos: o da interpretação jurídica, as condições de verdade das proposições da ciência do direito (objetividade), e, por último, as soluções das disputas teóricas do debate jurídico.

Quando trazemos estes temas para a dinâmica de perguntas e respostas, percebemos que não está em jogo a capacidade de sucesso de se responder adequadamente, mas a determinação de critérios para se escolher, entre diversas respostas (virtualmente possíveis), uma melhor. Tais temas possuem uma complexidade e literatura muito amplas, podendo tratar desde concepções sobre linguagem até noções de objetividade. Teríamos, por exemplo, que tratar da própria delimitação do significado do termo interpretação em autores como Marmor, a noção de norma e teoria das fontes dos realistas genoveses e, inevitavelmente, o debate metodológico Dworkin-Positivistas. Tais debates, por si só, escapam e muito do escopo de um mestrado, tornando a realização deste trabalho impossível. Por esta razão, trataremos somente da capacidade de sucesso das respostas. Como se verá, os temas mencionados aparecerão de forma coadjuvante ou quando forem necessários para se apresentar um argumento. Podemos, portanto, dizer que não se trata de uma dissertação sobre interpretação jurídica ou fundamento de uma dogmática científica (e prática) jurídica, apesar de poder servir de base para desenvolvimento futuro sobre estes temas.

O segundo motivo decorre da pouca literatura sobre as regras técnicas. Assim, apesar de se buscar a elaboração de um trabalho mais voltado para a análise bibliográfica jurídica - método mais adequado à uma dissertação de mestrado- , em alguns momentos, partiremos para argumentos presentes na história da lógica das normas. Este caráter dúplice pode ter limitado ou comprometido a exploração do tema. Contudo, como não se

buscou qualquer formalismo desnecessário, bem como não se demandou conceitos estranhos ao debate jurídico, acredito que esta não trouxe prejuízo relevante.

Agora, procurando delimitar especificamente do que esta dissertação pretende tratar, vale a pena um breve resumo.

Dividimos o texto em três capítulos, com uma conclusão. O primeiro capítulo tem por objetivo compreender o papel da função pragmática da dogmática jurídica na determinação dos seus diversos sentidos. Dividiremos em dois sentidos distintos e “opostos” em que se compreende este termo: dogmática como ciência do direito e dogmática como fenômeno social. Entre estes dois “extremos”, procuraremos estabelecer a função de dar respostas específicas sobre o direito como um bom ponto de partida de análise. Para tanto, procuraremos estabelecer dois tipos de perguntas sobre o direito: “qual” e “como”. O primeiro demanda pelo conhecimento sobre quais normas fazem parte de determinado ordenamento e o segundo tipo requer os meios necessários ao cumprimento do direito. A partir destes dois tipos, procuraremos entender quais perguntas a teoria do direito positivista considera válidas para uma ciência do direito e, conseqüentemente, para representar as proposições jurídicas.

No segundo capítulo procuraremos investigar as perguntas “qual”, a partir da figura teórica da proposição normativa. Esta é considerada como proposição que trata de descrever normas. Investigaremos, portanto, o significado da descrição de normas e alguns dos problemas a ela associados. Como paradigma de proposição normativa, na teoria do direito positivista (em sentido lato), investigaremos a proposição jurídica rossiana. Após, envidaremos esforços para compreender a teoria da proposição jurídica de Kelsen, a *Rechtssatz*. Ao final deste capítulo, teremos as dificuldades da tese antirreducionista, no quadro teórico do positivismo jurídico.

No terceiro capítulo, chegaremos ao objetivo deste trabalho: investigar as regras técnicas como tipo de normas aptas a responderem perguntas “como”. A partir de uma investigação do conceito de regras técnicas, estabeleceremos uma classificação útil à representação de aspectos jurídicos. Exporemos algumas propostas de utilização deste tipo de norma para compreensão da dogmática jurídica. Após, trataremos da função da dogmática jurídica de responder perguntas do tipo “como” e sua relação com as regras técnicas. Veremos também o papel de mediação da regra técnica entre a linguagem real e a linguagem da norma. Mas para se realizar esta mediação, é preciso compreender as condições de sucesso das respostas “como”, isto é, das regras técnicas. Investigaremos

duas destas condições: a executabilidade e completude das respostas. Por fim, este capítulo investiga a relação das regras técnicas com a proposta metodológica positivista.

A partir destas análises, na conclusão, procuraremos contrapor os dois tipos de respostas, analisar as consequências teóricas de cada uma delas, bem como investigaremos relação entre estes dois tipos de funções exercidas pela dogmática jurídica.

Capítulo I – Procurando nossas perguntas e respostas

Neste primeiro capítulo, procuraremos analisar dois sentidos do termo dogmática e a relevância da análise de suas funções pragmáticas para compreendê-los de forma integrada. Dentre as funções, teremos como norte a de dar respostas específicas sobre o direito. Para tanto, procuraremos também expor quais perguntas e respostas serão analisadas ao longo desta dissertação. Será exposto como se entendem as perguntas acerca do direito e delimitaremos dois tipos de perguntas específicos: “qual” e “como”. Por fim, tentaremos encontrar as perguntas e respostas que o positivismo pressupõe para uma ciência do direito e como ele compreende estas limitações.

1.1 Os sentidos do termo dogmática jurídica

Para localizarmos as principais perguntas com as quais queremos conviver neste trabalho, poderíamos, antes de tudo, procurar estabelecer em qual sentido estaremos falando do termo “dogmática jurídica”. A maioria dos profissionais do direito não sente dificuldade nesta tarefa, sendo comum a referência à dogmática com o termo “doutrina”: “O que a doutrina diz?”, “A doutrina diverge...” etc. Contudo, quando começamos a investigar os seus sentidos no âmbito da literatura jurídica, parece haver uma certa abrangência de significados e tipos de preocupações teóricas.

Partindo de uma primeira definição provisória e geral, podemos encontrar alguns sentidos associados ao termo “dogmática jurídica”. Tal definição poderia dizer: “*por ‘dogmática jurídica’ temos um conjunto de saberes relativos às normas jurídicas, intimamente associado à tradição jurídica romano-germânica*”. A partir dela, podemos destacar dois sentidos de dogmática jurídica presentes, cada qual com suas próprias perguntas. Em primeiro lugar, temos o sentido associado ao “conjunto de saberes”, o qual nos fala da ciência do direito. Já o segundo sentido nos apresenta seu significado histórico-cultural, enquanto termo que representa um fenômeno sociológico bem delimitado⁸.

⁸ Percepção semelhante das possíveis abordagens do sentido do termo ciência do direito (*legal science*) encontra-se na obra de Wróblewski, para quem: “Legal Science, like any other science, can be approached from two radically different points of view. The first one is the descriptive approach in which one is interested in legal science as it is done within a determinate time by some group of persons. The second is the approach formulating a program for the ‘true’, ‘really scientific’, etc., legal science directed toward bettering the actual legal science.” (WRÓBLEWSKI, JERZY. “*Normativity of Legal Science*”, *Logique et Analyse*, pp. 60-77, 1966, p. 69.)

O segundo sentido chama a atenção ao aspecto histórico e cultural da dogmática jurídica. Nino trata deste sentido de dogmática jurídica quando observa sua associação à tradição europeia continental (bem como da América Latina), e aponta o século XIX como momento do nascimento de uma dogmática jurídica propriamente dita, cujos contornos ideológicos estão associados à codificação, à adesão dogmática ao direito estatal posto, e a preceitos racionalistas (legislador racional, por exemplo), o que lhe garante determinadas funções perante o próprio direito destes países⁹.

Neste sentido, podemos apresentar diversas funções sociais, por exemplo: pedagógica¹⁰ (formando novos juristas nas faculdades de direito), de convencimento (nas estipulações de agendas ou propósitos que justifiquem o direito aplicado) e de esclarecimento (na apresentação de ações necessárias ao cumprimento de normas específicas). Em especial, estes últimos aspectos ficam evidenciados na interrelação entre a prática legal e a dogmática jurídica, principalmente, quando:

*“... a atividade judicial desempenhada nos países do sistema continental europeu é moldada pela ciência jurídica que neles se desenvolve. Por sua vez, a dogmática jurídica vê suas funções e possibilidades argumentativas limitadas pelos hábitos teóricos dos juízes, reduzindo-se sua influência a medida que os juristas se afastam das técnicas canônicas de justificação.”*¹¹

Quando falamos de dogmática jurídica neste sentido, a tradução sem ressalvas deste termo para outras culturas parece uma tarefa fadada ao fracasso e todo e qualquer estudo sobre ela deveria, em maior ou menor grau, comprometer-se com dados empíricos. A partir deste sentido do termo “dogmática jurídica”, estamos nos aproximando de uma instituição com funções específicas dentro de uma cultura jurídica.

Entre as perguntas que este sentido de dogmática nos traz, destacam-se: seu nascimento histórico, seu poder em cada sociedade, seu prestígio na sociedade, a função do jurista, a relação das instituições estatais com o conhecimento jurídico etc.

⁹ NINO, CARLOS SANTIAGO. *Introdução à análise do direito*, Tradução Elza Maria Gasparotto; revisão da tradução Denise Matos Marino. São Paulo, Editora Martins Fontes, 2010, p. 378-408. Sobre o nascimento de uma ciência dogmática do direito, vide FERRAZ JÚNIOR, TÉRCIO SAMPAIO. *Introdução ao estudo do direito : técnica, decisão, dominação*. 3ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2002., p. 81. Sobre o florescimento da ciência do direito moderna e a formação de juristas no continente vide GILISEN, JOHN. *Introdução Histórica ao Direito*, Tradução Antonio Manuel Hespanha,. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2001, 513 e ss.

¹⁰ “Dogmática é, neste sentido, um corpo de doutrinas de teorias que têm sua função básica em um ‘docere’ (ensinar)” (FERRAZ JÚNIOR, TÉRCIO SAMPAIO. *A ciência do direito*. 1a. ed. São Paulo, Brasil : Editora Atlas, 1977., p. 109)

¹¹ NINO, CARLOS SANTIAGO. *Introdução à análise do direito*, Tradução Elza Maria Gasparotto; revisão da tradução Denise Matos Marino. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2010, p.398.

Contudo, o termo “dogmática jurídica” não possuiria somente esta conotação mais “sociológica”. Quando nos aproximamos da dogmática enquanto “conjunto de saberes”, o outro sentido que nós temos é de ciência, cujo objeto é o direito, podendo ser considerada não só **uma** ciência sobre o direito, mas **a** ciência do direito por excelência. A partir daqui o termo dogmática ganha outros contornos e outras dificuldades.

Uma primeira dificuldade é sua vagueza. Ao contrário do sentido histórico-cultural, o aspecto científico ganha pretensões mais universais. Por se tratar de uma ciência apta a conhecer o direito de qualquer país, independentemente de sua filiação a uma tradição específica, os termos “dogmática jurídica” e “ciência do direito” passam a ser tratados como sinônimos. A partir daí, os sentidos possíveis de ciência são confundidos com o de dogmática, o que atrai diferentes caracterizações possíveis. Consequência desta confusão é inexistir um consenso sobre nomenclatura para tratar da ciência do direito¹², havendo, na literatura acadêmica, uma diversidade considerável de estudos sobre este tema¹³.

Uma segunda dificuldade está na determinação da real posição da dogmática jurídica dentro de uma teoria da ciência. É longa a reflexão sobre a possibilidade de a dogmática (no seu sentido de ciência do direito, evidentemente) poder ser considerada uma ciência. Sem a necessidade de adentrar neste debate, a disputa geralmente está associada a duas definições: de um lado, o de ciência; de outro, o de dogmática jurídica.

¹² Nino observa a falta de terminologia adequada para tratar da ciência do direito (NINO, CARLOS SANTIAGO. *Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica*, Primeira Edição, quarta impressão, Ediciones Fontamara, México, DF, 2007, p. 9). Vaquero observa a multiplicidade de estudos sobre “legal science”, “legal dogmatic”, sem uniformidade de tratamento de objeto, parecendo tratar de assuntos distintos em (VAQUERO, ÁLVARO NÚÑEZ. “Five Models of Legal Science”, *Revus* [Online], 19 2013, Online since 31 May 2013, acessada em 19 de abril de 2019. URL : <http://journals.openedition.org/revus/2449> ; DOI : 10.4000/ evus.2449.).

¹³ Vaquero faz um levantamento dos diferentes tipos de estudos, levantando cinco grupos distintos: “(i) works made up of historical reconstructions about the different legal theoretical movements that have tried to answer questions such as “What is law?” and “What should legal scholars do?”; (ii) studies that examine the theory held by some authors— usually Kelsen, Hart and Ross, plus some others, depending on the preferences of the authors—about what is or should be the science of law; (iii) in addition to sorting between historical schools and authors, a number of studies present different methodological models for the study of law; (iv) a group that deals with the truth conditions of legal statements, or with some of the activities supposedly carried out by legal scholars; (v) finally, there is a group of works that deals with more specific issues, such as in what sense the study of law would be a dogmatic, normative, technical, or even a scientific discipline etc” (VAQUERO, ÁLVARO NÚÑEZ. “Five Models of Legal Science”, *Revus* [Online], 19 2013, Online since 31 May 2013, acessada em 19 de abril de 2019. URL : <http://journals.openedition.org/revus/2449> ; DOI : 10.4000/ evus.2449.).

Do lado da definição de ciência, observamos que haveria uma certa dificuldade de encontrar na dogmática jurídica todos princípios presentes na metodologia das ciências modernas. De fato, não parece haver preceitos claros que condicionem a verdade de enunciados da dogmática como há na física, por exemplo. No entanto, apesar de a dogmática não ser uma ciência neste sentido estrito, também não é intuitivo dizer que inexistente critério de validade de seus enunciados, sendo mero arbítrio.

Diante desta dificuldade, ao invés de enfrentar a questão de classificar a dogmática jurídica como ciência, podemos nos indagar sobre a própria necessidade por detrás desta classificação. Nino dá um caráter laudatório a este debate, como se houvesse uma demanda por cientificidade da dogmática jurídica para ter seu valor social¹⁴. Independentemente de ser legítima esta demanda, podemos procurar compreender este debate mais como a necessidade de se apreender padrões de racionalidade do discurso da ciência jurídica, do que uma classificação totalizante qualquer.

Reformulando o debate, o sentido de ciência do direito se torna mais ameno, restando compreender se há e quais seriam os padrões de racionalidade presentes na dogmática jurídica. Neste sentido, podemos investigar aspectos deste debate, para compreender melhor o sentido de dogmática enquanto ciência.

Um aspecto importante para caracterizar este sentido de dogmática está associado à possibilidade de verdade dos enunciados jurídicos¹⁵. Neste tópico, distinguir quais tipos de enunciados estão associados aos padrões da ciência do direito é essencial para que se possa analisar eventuais condições de verdade ou princípios de fundamentação. Uma distinção que se tornou relevante no debate sobre a ciência do direito foi entre enunciados descritivos e prescritivos, que poderiam caracterizar a dogmática jurídica como ciência descritiva ou normativa, respectivamente.

Para tratar da normatividade da dogmática jurídica, Bobbio propõe três sentidos em que se poderia caracterizá-la como normativa: em relação ao **objeto**, enquanto **método** e relativo a sua **função social**. Normatividade no sentido do objeto significa que a dogmática jurídica “trata de normas”, isto é, suas asserções se referem a normas (“*deals with norms*”)¹⁶. Como método, trata do meio pelo qual a ciência se apresenta, isto é, por

¹⁴ NINO, CARLOS SANTIAGO. Introdução à análise do direito, Tradução Elza Maria Gasparotto; revisão da tradução Denise Matos Marino. São Paulo, Editora Martins Fontes, 2010, p. 386.

¹⁵ Ferraz Jr observa bem que a questão do método da ciência trata da possibilidade de verdade dos enunciados, não a questão da verdade somente (FERRAZ JÚNIOR, TÉRCIO SAMPAIO. A ciência do direito, 1a. ed. São Paulo: Editora Atlas, 1977, p. 11.)

¹⁶ BOBBIO, NOBERTO. “Sein” and “Sollen” in the legal Science’ in Archiv für Rechts – und Sozialphilosophie LVI, nº 6, pp 7-30, 1970, p. 7.

meio de normas se interpreta seu objeto. E, por fim, como função social de estabelecer normas obrigatórias em determinada sociedade¹⁷.

Após analisar as consequências e questões levantadas pelos dois primeiros sentidos, Bobbio percebe que a questão da normatividade da dogmática jurídica é relevante quando vista sob o prisma de sua função social. Mais especificamente, observa que os enunciados da dogmática devem ser vistos a partir de *seus efeitos*¹⁸ e, portanto, para se compreender a sua normatividade é necessário conhecer como seu discurso repercute socialmente.

Neste caminho trilhado por Bobbio, observamos que a investigação de um aspecto do sentido dogmática-ciência parece estar associado a sua função social, o que nos remeteria de volta ao sentido dogmática-história. Portanto, as funções exercidas pela dogmática parecem ser ponto central do seu significado e, conseqüentemente, surgem como um bom ponto de partida.

No entanto, o termo função social é amplo e qualquer pesquisa que pretenda leva-lo a sério caminhará para uma investigação sociológica, o que não se pretende aqui. O que se pretende é uma abordagem mais geral, mais voltada para uma metodologia jurídica (*metajurisprudenz*), voltada para a compreensão da *função pragmática*¹⁹ da dogmática jurídica, isto é, quais são os propósitos da dogmática jurídica com seu conjunto de saberes.

Evidentemente, definir a função pragmática da dogmática jurídica é uma tarefa que foge e muito do escopo de uma dissertação de mestrado, por esta razão, trataremos de um aspecto mais sutil, sua função de dar respostas acerca das normas jurídicas (uma função pragmática).

A partir desta premissa, não se procurará nesta dissertação a qualificação da dogmática jurídica, seja como ciência do direito ou como fenômeno histórico-cultural. Ao contrário, procuraremos identificar a função de dar respostas acerca de normas jurídicas, como uma função pragmática, cujas condições de sucesso precisam ser compreendidas. Assim, ao invés de se tratar do *locus* da dogmática jurídica dentro de uma teoria da ciência, iremos buscar compreender quais são as possibilidades racionais de a dogmática jurídica dar respostas acerca de normas jurídicas. Em termos mais simples, para propor um estudo

¹⁷ Bobbio se inspira diretamente em classificação feita por ROSS, ALF. Direito e Justiça, 2ª ed. Tradução e notas de Edson Bini, revisão técnica Alysson Leandro Mascaro. Bauru, EDIPRO, 2007.p. 33, nota 29.

¹⁸ BOBBIO, NOBERTO. “Sein” and “Sollen” in the legal Science’ in Archiv für Rechts – und Sozialphilosophie LVI, nº 6, pp 7-30, 1970p. 27.

¹⁹“Esta é a questão-chave: qual é a função pragmática exercida pelo discurso da dogmática jurídica?” (MARANHÃO, JULIANO. Positivismo jurídico lógico-inclusivo, São Paulo: Marcial Pons, 2012.p .114)

sobre a dogmática jurídica e as regras técnicas, pretendemos conviver com a seguinte pergunta: quais são as respostas possíveis sobre normas jurídicas?

Parece que com esta opção procuramos nos esquivar da necessidade de se delimitar o de sentido que se trata de dogmática jurídica. Mas não é este o propósito. O que se pretende é reformular a própria investigação teórica sobre o que é dogmática, ou sobre seu caráter científico, para “**como** ela pode exercer esta função de dar respostas de forma adequada?”. Deixamos de lado a pergunta “o que é a dogmática jurídica?” para direcionar nossa atenção para “como é possível à dogmática realizar determinada função?”.

Esta proposta possui limitações. Uma primeira chega quase a ser trivial. O que diferencia esta função da sociologia jurídica, por exemplo? Afinal, ambas teriam a função de “dar respostas acerca das normas jurídicas”.

Para contornar esta primeira limitação, precisamos aceitar dois argumentos. Primeiro, apesar de ambas ciências darem respostas acerca de normas jurídicas, cada qual possui um tipo específico de conjunto de respostas. Assim, mesmo que se aceite haver alguns tipos de respostas idênticos, não será o todo igual, ante o escopo de cada ciência. Segundo, o projeto da presente dissertação é modesto, isto é, não se pretende conhecer a função social da dogmática jurídica, mas tão somente **uma** função, a de dar respostas específicas. Por esta razão, a caracterização da dogmática não será o seu escopo, mas apresentar alguns tipos de respostas, com suas repercussões.

Uma segunda limitação diz respeito à possibilidade de esta função já predeterminar um caráter específico da dogmática jurídica, sem um debate adequado sobre sua pertinência. Especificamente, quando se investiga sua função de dar resposta acerca de **normas jurídicas**, pode se interpretar uma pressuposição de adesão ao direito posto, um compromisso ideológico da dogmática-histórica, o que, para um trabalho acadêmico requer, ao menos, algumas qualificações. Todavia, esta adesão aqui não é posta em jogo, o que temos é a investigação desta função de dar respostas sobre normas.

Apesar de haver estas limitações nesta abordagem, temos algumas vantagens dignas de nota. Primeiro, a função de dar respostas pode ser atribuída como papel da ciência e da instituição “dogmática jurídica”, independentemente da definição e modelo propostos. Assim, o presente estudo, apesar de não se ater à caracterização da dogmática como ciência, poderá contribuir para a compreensão de seus elementos científicos (racionais). Segundo, apresentando alguns possíveis tipos de respostas e suas funções pragmáticas, será viável compreender possíveis caracterizações do discurso dogmático, tanto em seu aspecto científico como institucional.

1.2 Das respostas às perguntas da dogmática

O que se investigará aqui é o “conjunto de respostas”, como entidades que cumpre função pragmática da dogmática jurídica: suprir uma demanda por conhecimento específico sobre normas jurídicas, mediante certos padrões inteligíveis. Não nos ateremos às questões atinentes à caracterização científica tradicional; tampouco se procura aspectos institucionais tão caros à dogmática. O que se pretende é explorar alguns tipos de respostas, isto é, trataremos de tipos de enunciados jurídicos.

Na prática, encontramos diversos tipos de sentenças jurídicas que integram a dogmática jurídica. Impomos normas, afirmamos sua existência, apresentamos como elas devem ser, divergimos sobre seu conteúdo, inferimos suas consequências práticas e sociais etc. Para o jurista, independente da postura teórica que se adota (realista, positivista, pós-positivista, jusnaturalista etc.), suas sentenças estão de alguma forma vinculados a normas. Sendo assim, estas possuem uma importância prática e teórica.

Mas, para o debate metodológico da dogmática jurídica, as normas do direito aparecem em um segundo plano. Primeiramente, temos que tratar da relação dos seus enunciados com possíveis sentidos e suas funções, isto é, somos obrigados a tocar no assunto das proposições jurídicas.

Tradicionalmente, define-se proposição como sentido verdadeiro de sentenças linguísticas afirmativas. Importa reconhecer, portanto, o conceito de sentença, que seria a manifestação linguística apta a informar um agente linguisticamente competente²⁰. Trata-se, pois, de uma unidade semântica.

Proposições seriam, portanto, entidades lógicas portadoras de verdade ou falsidade²¹. Neste contexto, quando tratamos de proposições jurídicas, necessariamente, falaríamos das condições de verdade e sobre o **sentido** de sentenças acerca do fenômeno jurídico. Não é desnecessário lembrar que, no âmbito da metodologia jurídica, “sentenças acerca do fenômeno jurídico” não é uma definição pacífica, sendo contestável a própria

²⁰ O importante desta definição é compreender que a linguagem enquanto substrato se distingue do seu aspecto semântico, como definem Alchourron e Bulygin proposição é “conteúdo significativo dos possíveis atos de asserção” (ALCHOURRÓN, CARLOS; BULYGIN, EUGENIO. Sobre la existencia de las normas jurídicas, Primeira Edição, Distribuciones Fontamar: Mexico DF, 1997.p. 18)

²¹ Aqui não se pretende adentrar em um debate mais profundo sobre o que são as proposições e suas limitações teóricas. Uma introdução satisfatória sobre o tema é encontrada em <https://plato.stanford.edu/entries/propositions/>.

possibilidade de se falar do direito como um algo passível de ser verificado mediante critérios²². No entanto, é incontestável a existência nos enunciados da dogmática jurídica de um caráter informativo, que constitui o aspecto lógico-linguístico.

Assim, quando pensamos em proposições jurídicas, estamos diante de diferentes informações que podemos obter sobre o direito. No entanto, as informações não são meramente jogadas, elas pressupõem **perguntas** específicas que demandam respostas também pontuais. Então, no âmbito teórico, além de uma postura assertiva sobre o direito, também pressupomos uma postura questionadora, que delimita o debate.

Podemos, portanto, descer alguns degraus de abstração da proposição jurídica, para nos direcionar ao que definiremos a partir de agora por “*respostas jurídicas*”. Por “*respostas jurídicas*”, entendemos o sentido de respostas dadas a perguntas específicas relativas ao direito. Por “*perguntas jurídicas*”, entendemos a demanda por informação específica com finalidade determinada associada a um ordenamento jurídico específico.

Esta proposta de exibição do problema força-nos a manter em mente, na análise das proposições jurídicas, quais perguntas específicas elas pressupõem. Como primeira consequência, não é só a informação de uma proposição que está sob crítica, mas a formulação da pergunta e também a relação entre pergunta e resposta. Neste sentido, podemos ver o jogo teórico não somente do ponto de vista dos enunciados e suas condições de verdade, mas das demandas associadas a estes enunciados. Um segundo aspecto relevante é a possibilidade de se compreender algumas confusões teóricas decorrentes das relações entre perguntas e respostas.

Partindo desta abordagem, iniciemos pelas perguntas concretas que os juristas podem responder. Uma das consultas mais comuns feita aos advogados pode ser resumida e simplificada na seguinte pergunta: “o que devo fazer, de acordo com o direito?”. Agora, trazendo esta pergunta para uma situação mais concreta, podemos imaginar a seguinte indagação: “a qual distância do cruzamento se deve estacionar o veículo, de acordo com o direito brasileiro?”.

A resposta imediata de um jurista versado no Código de Trânsito Nacional seria “o veículo deve ser estacionado a pelo menos 05 (cinco) metros do cruzamento, de acordo com o artigo 182 do Código de Trânsito Nacional”. Este, por sua vez, possui a seguinte redação:

Art. 182. Parar o veículo:

²² Vide, por exemplo, DWORKIN, RONALD. Legal Theory and the problem of sense. In: GAVISON, R. (Ed.). Issues in encyclopedia of philosophy. 2003..

I - nas esquinas e a menos de cinco metros do bordo do alinhamento da via transversal:

Infração - média;

Penalidade - multa;

Ocorre que esta resposta pode ser interpretada de, ao menos, duas formas possíveis. A **primeira** seria que o jurista estaria informando a existência de uma norma, a decorrente da leitura do artigo 182, isto é, o que se diz é “há uma norma no direito brasileiro que diz ser obrigação do motorista estacionar a pelo menos 05 (cinco) metros do cruzamento”. Uma **segunda** diria que estacionar àquela distância da esquina é necessário ao cumprimento do direito brasileiro e, em especial, o artigo 182, ou seja, “**para cumprir** o artigo 182, precisa estacionar-se a pelo menos 05 (cinco) metros do cruzamento”. Tal possibilidade de interpretação das respostas em dois sentidos distintos é um forte indicativo que a própria pergunta formulada talvez possa ser interpretada de duas formas diferentes, sendo a sua formulação ambígua. Investigando esta hipótese, podemos pensar em duas possíveis interpretações daquela primeira pergunta, aptas a dissolverem esta ambiguidade.

Uma primeira formulação sugerida seria a pergunta ideal para a primeira resposta, sobre a existência da norma. Para tanto, teríamos: “qual norma trata do estacionamento de carros próximos às esquinas e o que ela diz?”. Observa-se que **não** se trata de uma **pergunta prática em sentido estrito**, mas de uma pergunta sobre um conjunto de normas, sobre a existência de uma norma em um determinado ordenamento jurídico: o brasileiro. Trata-se de uma pergunta que, por falta de denominação melhor, podemos chamar de “teórica”. Em outras palavras, não se demanda a deliberação de como se deve (ou precisa) agir, de acordo com o direito brasileiro, mas o que se requer do jurista é a descrição de um aspecto específico de um conjunto de normas. Para simplificar a leitura do texto, daqui em diante, denominaremos este tipo de pergunta de “qual”, posto que indaga qual norma trata de determinado assunto.

Agora, outra formulação de pergunta seria correlata à segunda resposta imaginada. Poderíamos expressá-la assim: “no que tange à distância do cruzamento, o que **se tem de fazer** para se cumprir o ordenamento jurídico brasileiro?”, ou de forma mais simples, “como se cumpre o direito de trânsito brasileiro, quando se pretende estacionar o carro próximo de cruzamento?”. Ao contrário da outra formulação, estamos diante de uma **pergunta prática específica**, isto é, há uma demanda sobre uma ação devida para a satisfação de um determinado fim: o cumprimento do direito brasileiro, no caso. Para

simplificar o texto, este tipo de pergunta será denominado de perguntas “como”, posto que indaga **como** se precisa agir para se atingir determinado fim.

A ambiguidade presente na pergunta inicial nos mostrou que, a depender da interpretação que é dada, podemos estar em duas situações distintas. Mas será que há alguma diferença prática ou teórica entre estas perguntas e respostas? Elas exercem funções pragmáticas distintas? Afinal, há alguma diferença entre as duas perguntas e respostas correlatas? E esta diferença é relevante para um debate metodológico, no âmbito da teoria do direito (*metajurisprudenz*)? Vejamos um diálogo fictício:

João: O ano passado foi bom, consegui obter lucro na minha start up.

Pedro: Então, fique atento, provavelmente você terá que pagar imposto sobre a renda.

João: Ora, você tem razão. Você poderia me ajudar. Aproveitando que você é jurista, você poderia me informar qual norma trata da declaração de imposto sobre a renda?

Pedro: Para declarar o imposto de renda e cumprir o direito brasileiro, basta você seguir as diretrizes previstas no software de entrega de dados, conforme o Regimento Anual do Imposto de Renda.

Esta resposta causa uma certa estranheza a João. Afinal, o que ele queria saber é outra coisa - qual é esta norma - e não como ele pode cumprir o dever de declarar o imposto de renda. No entanto, a partir desta resposta, ele consegue identificar a norma aplicável ao caso, no ordenamento jurídico brasileiro. Em outras palavras, a partir de uma resposta a uma pergunta “qual”, é possível identificar uma resposta “como”. Então, será que faz alguma diferença responder uma ou outra questão? Afinal, apesar de a informação exigida não ter sido fornecida diretamente, a partir da resposta, é possível inferir o que se pretendia. Do ponto de vista das informações inferidas, poderíamos, a princípio, afirmar que seria indiferente uma ou outra resposta.

Todavia, quando neste mesmo contexto comunicacional, inserimos uma pergunta comum, as diferenças se tornam mais salientes. Retornemos àquele diálogo com Pedro respondendo de duas formas:

Pedro 1: Para declarar o imposto de renda e cumprir o direito brasileiro, basta você seguir as diretrizes previstas no software de entrega de dados, conforme o Regimento Anual do Imposto de Renda.

Pedro 2: O Regimento Anual do Imposto de Renda.

Agora, imaginemos a continuação do diálogo da seguinte forma:

João: Por quê?

Esta indagação torna a diferença entre as duas respostas bem relevante. Enquanto, no contexto 1, a pergunta “por quê” ganha um contorno prático, isto é, o que se procura saber é “por que, para cumprir o direito, **preciso fazer** isso?”; no contexto 2, a pergunta pode ser compreendida como uma demanda por uma explicação sobre pertinência de determinada norma no ordenamento jurídico: “por que o Regimento Anual de Imposto de Renda é a norma que trata da declaração de imposto de renda?”.

Observa-se, portanto, a relevância pragmática da distinção das perguntas, pressupostas pelas respostas. A resposta às perguntas “o que” indicariam ainda um contexto preponderantemente “descritivo”, já as respostas “como” fornecem um contexto mais prático. Esta diferença é um indício da necessidade para as teorias do direito de distinguirem quais perguntas estão aptas a investigar e sobre quais definitivamente pretendem se omitir. Afinal, se a partir de uma resposta prática é possível inferir uma informação “teórica”, é fácil confundir um contexto com outro e se *exigir* um tipo de investigação, não contemplado inicialmente para a resposta.

Entendida a necessidade de clareza das perguntas pressupostas nas respostas dadas pela dogmática jurídica, também é imprescindível compreender melhor quais aspectos da relação pergunta-resposta terão realce na presente dissertação. Afinal, há diversos modelos teóricos para tratar da representação comunicacional, cada qual com suas finalidades, com ênfase em diversos elementos deste fenômeno.

Como o objetivo desta dissertação é apresentar as regras técnicas e seus principais elementos e não uma discussão aprofundada sobre teoria da linguagem ou comunicação, apresentaremos um quadro geral do modelo de perguntas e respostas que nos permita entender a regra técnica e sua função pragmática.

Para tanto, partiremos de uma noção geral de pergunta e, mediante a apresentação de situações prototípicas, procuraremos compreender quando a resposta não é bem sucedida. Observando estes exemplos de insucesso, serão apresentados elementos que ajudarão a compreender as características das regras técnicas.

Para tanto, devemos nos indagar: O que fazemos quando perguntamos? Excluindo perguntas retóricas (como a última pergunta feita) e outros recursos literários, observa-se que, ao se direcionar uma pergunta sincera, o que se tem é uma demanda por informação, que se pretende somar ao arcabouço de conhecimento de quem pergunta. Todavia, há um outro elemento relevante para se distinguir perguntas. Um exemplo pode ajudar. Imaginemo a seguinte situação:

José: Posso estar na frente de sua casa às 21 horas?.

João: Sim.

Ocorre que João irá viajar às 20 horas, deixando José frustrado, quando esperava uma conversa com seu amigo. Seria errada, então, a sua resposta? Aparentemente, sim, e uma das causas deste insucesso (entre outras) decorre de ele não ter entendido um elemento do contexto: a finalidade da informação. Não se tratava de uma pergunta para se obter mais conhecimento sobre as possibilidades físicas (ou legais) de localização de José: o que se pretendia era obter informação para uma ação específica: visitar o amigo.

Perguntar pode ser entendido, portanto, como uma demanda por informação para certa finalidade. Nesta noção básica, podemos observar três elementos relacionados: a demanda (um requerimento), a informação e a finalidade (para conhecer, para agir, para sentir, etc..). A finalidade terá especial relevo nesta dissertação para se delinear algumas peculiaridades da regra técnica, sendo fácil de se perceber que a diferença entre as perguntas “qual” e “como” reside justamente neste elemento da pergunta. Enquanto a pergunta “como” possui como finalidade o agir, a “qual” teria a de conhecer.

Agora, sendo a resposta uma satisfação a uma demanda por informação, como ela pode ser bem sucedida? Imaginemos a seguinte situação: dois amigos de faculdade reencontram-se por acaso na escola primária de seus respectivos filhos. Já fazia muitos anos que não se viam, e sabiam pouco da vida um do outro. No recinto, há quatro crianças.

Marta: Quanto tempo, Arthur, o que você faz aqui?

Arthur: Vim buscar meu filho aqui na sala, e você?

Marta: Também vim buscar meus dois filhos, que também estão aqui.

A partir deste cenário, podemos imaginar a seguinte pergunta e consequente resposta:

Arthur: Quais são seus filhos?

Marta: Este aqui é João, um dos meus filhos.

A última resposta de Marta, apesar de correta, não parece satisfazer a demanda de Arthur. Afinal, ele sabe que Marta possui dois filhos e ainda restam duas outras crianças desconhecidas. Observamos uma lacuna na resposta porque ela não é suficiente a cumprir totalmente a **demanda** de **informação** cuja **finalidade** é conhecer todos filhos da amiga. Esta limitação parece incidir sobre a integridade da pergunta, podendo ser suprida com uma pergunta nova. No caso, Arthur poderia perguntar: “Mas quem é o outro filho?”. Com

uma nova resposta correta, a demanda inicial seria completamente satisfeita. A esta limitação podemos dar o nome de **lacuna**.

Agora, imaginemos se, ao invés de Arthur ter tomado iniciativa, Marta desse início à conversa.

Marta: Então quem é seu filho?

Arthur: É este – aponta para João, filho de Marta.

Esta resposta também é insatisfatória. Mas o é de forma diferente da falha anterior. Aqui, a informação fornecida por Arthur parece contradizer o conhecimento de Marta sobre o mundo. Inicialmente, ele parece dar uma resposta correta, posto que, de fato, há a indicação de uma criança. Tal indicação, contudo, não amplia o conhecimento de Marta e, para a resposta fazer sentido, faz-se necessário algum tipo de revisão do conhecimento. Haveria, portanto, uma contradição que não permite cumprir a finalidade de ampliar o conhecimento. A este tipo de defeito da resposta, daremos o nome de resposta **contraditória**.

Estas duas causas de insucesso das respostas serão utilizadas para compreender os padrões de sucesso de diferentes perguntas e respostas. Principalmente, procuraremos compreender como regras técnicas (como pergunta e resposta “como”) são bem sucedidas para cumprir sua missão, isto é, como são não-contraditórias e sem lacunas. Antes disso, será útil comparar com as proposições que representam perguntas e respostas do tipo “qual” referentes a normas, para se observar os contrastes decorrentes destes diferentes padrões.

1.3 As perguntas e respostas da dogmática: a visão da teoria do direito positivista

A partir desta noção geral das perguntas e respostas, precisamos caminhar para o discurso sobre a dogmática jurídica. Nesta perspectiva, o teórico do direito, quando tratando da capacidade de o discurso da dogmática jurídica fornecer respostas específicas, enfrenta a necessidade de distinguir os tipos de “respostas e perguntas jurídicas”, isto é, cabe à *Metajurisprudenz* delimitar quais perguntas devem ser respondidas pela ciência do direito (dogmática-ciência).

A partir desta premissa, uma investigação natural para o teórico que trata das perguntas e respostas da ciência do direito seria: ou se propõe distintas “respostas jurídicas”, de acordo com as perguntas que uma ciência do direito pode responder, ou, em

sentido oposto, são eliminadas perguntas consideradas inoportunas, tratando somente de respostas associadas a perguntas pertinentes.

Kelsen, na primeira edição de *Hauptproblem der Staatsrechtslehre*, notou a necessidade de se distinguir e restringir quais perguntas são pertinentes ao jurista, e decidiu delimitar o âmbito das perguntas. Assim, nesta primeira abordagem, Kelsen viu que não caberia ao jurista responder perguntas do tipo “por que”, restringindo suas possíveis respostas a questões do tipo “como”:

“Recorrer a uma ordem moral mais alta significaria a renúncia a um sistema jurídico auto-suficiente, o abandono de uma ciência jurídica independente e seu desaparecimento em direção à ética, sem deixar rastros. O jurista não deve questionar o fundamento material da validade do sistema jurídico. A única questão que o jurista pode fazer é uma pergunta formal. O jurista deve determinar não o fundamento material, não o “porquê”, mas apenas o “como”²³.

É de se ressaltar, contudo, que as indagações “por que” e “como” de Kelsen **não são** coincidentes com a abordagem até aqui delimitada. As perguntas do tipo “por que” seriam questões materiais, que investigariam a razão de determinado conteúdo ser juridicamente obrigatório, já as perguntas “como” teriam o caráter formal, associado aos elementos necessários à validade de determinada norma²⁴. Neste sentido, a opção de Kelsen pela restrição às perguntas do tipo “como” é corolário da sua posição positivista e prenúncio do seu purismo teórico, nos quais a fundamentação da obrigatoriedade do direito não reside em razões morais e é algo pressuposto pelo jurista.

Apesar de, neste primeiro momento, Kelsen eliminar as perguntas “por que”, mais a frente, em 1914, nota que perguntas deste tipo podem ser respondidas sem o apelo a fundamentos extrajurídicos, desde que se fundamentem no próprio direito e, de forma mais específica, na norma fundamental²⁵. Desta forma, a validade de uma norma se justifica no

²³ Tradução livre de H Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (Tübingen, JCB Mohr, 1911) at 33–57, 142–88 e reimpresso em M Jestaedt (ed), *Hans Kelsen Werke. Volume 2* (Tübingen, Mohr Siebeck, 2007), p 353 **apud** PAULSON, STANLEY. “The Great Puzzle: Kelsen’s basic norm”. in *Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of law*. Editado por Eduardo Duarte d’Almeida, John Gardner e Leslie Green. Portland. Hart Publishing, 2013.

²⁴ PAULSON, STANLEY. “The Great Puzzle: Kelsen’s basic norm”. in *Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of law*. Editado por Eduardo Duarte d’Almeida, John Gardner e Leslie Green. Portland. Hart Publishing, 2013, p. 48.

²⁵ PAULSON, STANLEY. “The Great Puzzle: Kelsen’s basic norm”. in *Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of law*. Editado por Eduardo Duarte d’Almeida, John Gardner e Leslie Green. Portland. Hart Publishing, 2013, p 49.

reconhecimento de uma norma superior, e esta, por sua vez, se fundamenta em outra norma superior a ela, sucessivamente, até uma norma fundamental pressuposta. Como observa Paulson, a distinção entre “como” e “por que” é diluída a partir deste ponto na teoria kelseniana²⁶.

Uma abordagem diferente dos primeiros anos de Kelsen seria ampliar o número de tipos de respostas, isto é, teríamos diferentes categorias de “respostas jurídicas” possíveis à dogmática jurídica, mesmo em seu sentido dogmática-ciência. Apesar de não haver uma abordagem direta das perguntas, alguns autores recentes aceitam a *possibilidade* de diferentes proposições jurídicas (isto é, respostas jurídicas) para a ciência do direito, notadamente Rodriguez²⁷ e Maranhão²⁸. Ambos observam a possibilidade de haver na ciência do direito tanto regras técnicas e como proposições normativas, isto é, proposições que descrevem normas.

A perspectiva de perguntas e respostas demanda uma reflexão sobre a escolha dos tipos de respostas e sua pertinência para a pergunta que se pretende responder. Esta forma de apresentar as regras técnicas, como tipo respostas a perguntas específicas, tem a pretensão de deixar claros alguns elementos ainda não explorados deste tipo de regra, localizando-a dentro do debate teórico. Também se pretende deixar clara a distinção entre diferentes tipos de discursos associados a norma jurídica.

Como se observou dos exemplos, as perguntas “como” e “qual” possuem uma relação interessante quando se está diante de uma concepção em que se aceita a existência de possibilidade de descrever (ou, simplesmente, indicar) normas. Neste sentido, o debate sobre a diferenciação das perguntas (e, conseqüentemente, das respostas) jurídicas é melhor compreendido dentro de uma teoria do direito que aceite esta possibilidade. Isto é, uma teoria do direito que parta do pressuposto que é possível haver questões acerca de normas (independente da sua caracterização) e perguntas práticas propriamente ditas, isto é, que demandam uma ação. Não sendo possível este tipo de diferenciação, a divisão aqui

²⁶ Idem, ibidem, p. 50.

²⁷ RODRIGUEZ, JORGE LUIS. “Norms, Truth, and Legal Statements”. Jordi Ferrer Beltran Jose Juan Moreso y Diego Papayanis (eds.), *Neutrality in Theory of Law*. Editora: The Netherlands, Springer, 2013, p. 127-146..

²⁸ Mesmo que não haja uma determinação da **necessidade** de mais de um tipo de proposição, encontramos a possibilidade e a existência de descrição e regras técnicas em conjunto: “O discurso descritivo do ordenamento jurídico, como material interpretativo, não fica descartado. Este pode estar presente como base para fundamentar escolhas pela ciência do direito em processos intermediários de revisão do sistema normativo, até que se chegue a uma construção que passe nos testes de racionalidade.” Ou ainda: “Ou seja, não se trata de descrição do ordenamento, apenas de resposta a questões locais como: “o que preciso fazer para cumprir o ordenamento nesse caso?” ou “o que diz o ordenamento sobre esta ação nessas possíveis circunstâncias?”” (MARANHÃO, JULIANO. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*, São Paulo: Marcial Pons, 2012, respectivamente em p. 116 e 153).

proposta para exposição do problema não teria muita utilidade. Dentro da tradição jurídica moderna, a teoria do direito positivista em sentido amplo (incluindo os realistas) possui estas características, aceitando a possibilidade de se falar **sobre** normas jurídicas.

Agora, tentaremos realizar uma primeira aproximação de quais perguntas uma posição positivista aponta como justificáveis à uma dogmática-ciência. Antes de se expor quais perguntas e respostas o positivismo considera como elementos de uma ciência jurídica, é necessário alinharmos algumas das suas características úteis ao presente trabalho. Aqui não se pretende uma abordagem exaustiva do positivismo, mesmo porque a exposição da grande diversidade do pensamento positivista é algo que demandaria um trabalho próprio.

Realmente, caracterizar todos “positivismos” não é tarefa fácil, ante a sua evolução histórica, bem como as diferentes matrizes metodológicas e filosóficas presentes entre seus defensores. Uma distinção entre “positivismos” contemporâneos, por exemplo, ajuda a compreender esta dificuldade inicial. A título de exemplo, recentemente, encontramos duas escolas positivistas com pressupostos e preocupações metodológicas distintas: a tradição analítica anglo-saxã, de um lado, e o positivismo continental e latino americano, de outro.

A anglo-saxã, influenciada majoritariamente pela concepção de linguagem e de direito de Hart, possui preocupação mais saliente com a caracterização da normatividade jurídica, e possui pouca vinculação a instrumentais de lógica. São autores desta tradição Raz, Marmor e Shapiro. A segunda, com influência também de Hart e obras de Kelsen e Ross, procura abordar aspectos formais do discurso jurídico e propriedades dos sistemas normativos, mais recentemente foram também influenciados pelos trabalhos de Bulygin, Alchourrón e Tarello. Esta tradição, atualmente, pode ser representada por nomes como Bulygin e Guastini²⁹.

Por esta razão, em uma primeira aproximação, preferimos um sentido amplo ao termo, seguindo o quanto definido por Bobbio como “positivismo metodológico” ou como

²⁹ Está distinção é baseada em texto de Giovanni Ratti. Nele, contudo, o autor dá ênfase mais na tradição analítica (positivista e não-positivista), procurando distinguir dois tipos de investigação. O primeiro, que ele denomina de *Mainstream Jurisprudence* seria, essencialmente, a tradição anglo-saxã (positivistas e não-positivistas), centrada na leitura da obra hartiana “The concept of law”, com preocupações concernentes à normatividade do direito e sua natureza. O segundo tipo seria denominado por *peripheral jurisprudence* e possuiria as características do positivismo continental e latino americano, acima elencadas. Frisa-se que a distinção de Ratti é mais ampla (RATTI, GIOVANNI BATTISTA. *Contemporary Jurisprudence through Genoese Eyes*, Texto inédito apresentado em reunião do grupo Pós-Debate, em São Paulo – SP, em 09 de novembro de 2016, autorização de uso pelo próprio autor, em conversas pessoais.)

“approach”³⁰. Neste sentido, o positivismo seria a concepção de ciência jurídica e teoria do direito que postula a possibilidade de descrição do fenômeno jurídico, sem a necessidade de engajamento moral, isto é, a asserção de uma sentença sobre o direito não envolve nem a defesa de um posicionamento moral, nem o engajamento em torno de determinada diretriz como correta³¹. Trata-se de uma demanda clara: ausência de avaliação moral para se conceituar o direito (teoria do direito), sendo possível a cisão entre direito e moral para se apreender as normas de um determinado ordenamento (ciência do direito). Também é de se notar que esta definição contempla os positivistas realistas (ou simplesmente realistas) e positivistas em sentido estrito (exclusivistas e inclusivistas).

Em uma primeira aproximação, as perguntas “como” podem ser lidas como entidades não aceitáveis para a missão da ciência do direito: descrever as normas jurídicas. Muito mais pertinentes seriam as perguntas “qual”, isto é, perguntas acerca da existência de determinado conteúdo jurídico. As respostas para estas perguntas poderiam ser descrições de fatos sociais ou descrições de normas propriamente ditas, a depender da concepção de direito e de normas. A pergunta prática “como” seria respondida indiretamente ou sequer deveria ser cogitada, no âmbito da dogmática-ciência.

Esta parece ser a posição defendida pelos realistas. Isso se torna evidente quando nos atemos à teoria específica de Ross sobre as proposições jurídicas. Para ele, em *Direito e Justiça*, as proposições jurídicas (evidentemente racionais, sem ideologia) seriam aquelas que formariam hipóteses a partir de fatos sociais, sobre decisões futuras, sob certas condições³². Trata-se da exigência metodológica empirista sobre o conteúdo jurídico, já que a verificação de uma tal asserção se dá de acordo com dados empíricos.

Sendo assim, na perspectiva realista de Ross, uma ciência do direito realmente racional formularia conjecturas sobre possíveis decisões futuras, indicando, desta forma, o direito vigente atualmente: “... *os enunciados que concernem ao direito vigente da atualidade têm que ser entendidos como enunciados alusivos a decisões futuras hipotéticas submetidas a certas condições: se instaura uma ação... , tal regra será aplicada pelos*

³⁰ BOBBIO, NORBERTO. *O Positivismo Jurídico*, 1ª Edição, São Paulo: Ícone, 1995.

³¹ Como o próprio Bobbio expõe, o termo positivismo envolve posturas teórico-culturais em torno do direito que ultrapassam o aspecto metodológico. Contudo, ante a finalidade do presente trabalho, não há necessidade de abordá-lo (BOBBIO, NORBERTO. *O Positivismo Jurídico*, 1ª Edição, São Paulo: Ícone, 1995).

³² ROSS, ALF. *Direito e Justiça*, 2ª ed. Tradução e notas de Edson Bini, revisão técnica Alysson Leandro Mascaro. Bauru, EDIPRO, 2007.

tribunais.”³³ Apesar de este tipo de enunciado não resumir todas proposições jurídicas para Ross, a partir dele se fundamenta o conhecimento jurídico³⁴.

Neste sentido, a ciência do direito responderia à pergunta “qual é a norma jurídica brasileira vigente sobre homicídio e o que ela diz?”, por meio da indicação de uma hipótese sobre possível comportamento futuro dos tribunais. Já a resposta “como” surge como resposta indireta a esta pergunta, não sendo uma função de uma ciência do direito que se pretende não ideológica. Aqui entraria a dogmática-história. Desta forma, quando se indaga “como se cumpre o direito (ou se evita a aplicação de multa) no caso de estacionamento próximo à esquina”, parte-se de uma hipótese sobre uma decisão futura, para se responder “é possível evitar a aplicação de multa, estacionando a pelo menos 05 (cinco) metro da esquina.” Nota-se que, ao invés de se indicar uma **necessidade prática** (“é preciso fazer isso...”), a resposta fundada na hipótese apresenta uma **possibilidade fática**. Perguntas “como” e suas correspondentes respostas só se apresentam de forma associada às questões “qual”, sob o risco de se configurar uma postura ideológica da ciência do direito.

Ocorre, no entanto, que, ao especificar outras características presentes nas várias versões do positivismo, a afirmação de que a ciência do direito deve restringir-se a perguntas “qual” não parece tão óbvia. Uma destas características é a preocupação com a natureza normativa do direito e sua repercussão na ciência do direito (*Jurisprudenz*), e, principalmente, nas proposições jurídicas.

Positivistas como Kelsen e Hart perceberam que a natureza normativa do direito não permite reduzi-lo a um fenômeno meramente fático, tal qual um fenômeno empírico. Assim, descrições do direito pautadas em elementos exclusivamente empíricos eliminariam elemento fundamental, a normatividade, que o distingue de fenômenos naturais. Em consequência, também a ciência do direito deveria ser pautada nos elementos normativos, necessários à distinção de outras ciências.

A obra de Kelsen é um esforço contínuo de formulação dos elementos desta ciência (normativa) jurídica. Dentre eles, destaca-se a noção de proposição jurídica (*Rechtssatz*). Como se exporá mais à frente, o real *status* da *Rechtssatz* é um dos elementos mais obscuros da teoria kelseniana. Nas exposições de Kelsen, geralmente a *Rechtssatz* aparece como “o sentido descritivo de um dever”, o que não parece claro, ante a percepção

³³ Idem, ibidem, p. 66.

³⁴ Como se verá mais à frente, para Ross, os enunciados jurídicos podem ter formas mais complexas. Todavia, seu fundamento racional deve ser sempre as proposições acerca do direito vigente.

comum de que normas não poderiam ter um sentido descritivo. No momento, é importante notar que a ciência do direito é compreendida como uma ciência normativa e, portanto, não poderia se pautar pelos mesmos preceitos da ciência natural.

Hart, por sua vez, não trata tão explicitamente como Kelsen e Ross da questão da normatividade da ciência do direito³⁵. Porém, observa esta peculiaridade no discurso sobre o direito e faz a distinção entre dois aspectos presentes no discurso jurídico: sentenças sob ponto de vista interno e outras sentenças, sob o ponto de vista externo. O último tipo de sentença trataria da percepção das regularidades, coações e ordens observáveis do fenômeno jurídico. O primeiro tipo, por sua vez, representa a atitude crítica dos participantes da prática jurídica ante fatos reprováveis pelo direito. O ponto de vista interno merece especial atenção, posto que tal expressão pode levar a equívocos.

Uma fonte inicial de confusões decorre das três primeiras palavras do termo, isto é, da expressão “ponto de vista”. Afinal, ele pode dar a ideia de se tratar de uma perspectiva pessoal, centrada em uma concepção de linguagem individualista. Aqui é importante compreender o termo “ponto de vista” mais como uma função da linguagem, esta tomada como uma postura dos participantes de determinada prática social³⁶. Evidente a influência do segundo Wittgenstein, pela leitura de Waissmann, que põe Hart no centro da “virada linguística” no âmbito da teoria do direito³⁷.

Em segundo lugar, não se pode confundir o adjetivo “interno” com a sensação psicológica (ou neurológica) sentida por um indivíduo diante de um julgamento moral. Esta sensação, enquanto fenômeno descritível, também poderia ser reduzido a um evento empírico e, portanto, não se distinguiria do ponto de vista externo. A partir deste

³⁵ Talvez porque Hart estivesse associado à tradição anglo-saxã e sua influência filosófica wittgensteiniana, sua principal obra não trata diretamente deste tema, mas, ao contrário, trata do discurso jurídico como prática social: “Apesar de sua preocupação com a análise, o livro pode também ser encarado como um ensaio de sociologia descritiva, pois a ideia de que a investigação sobre os significados das palavras lança luz apenas sobre estes é falsa”. (HART, H. L.A. *O conceito de Direito*, pós-escrito organizado por: Penelope A. Bulloch e Joseph Raz ; tradução de: Antônio de Oliveira Sette-Câmara ; revisão de tradução: Marcelo Brandão Cipolla ; revisão técnica: Luiz Vergílio Dalla-Rosa. -- São Paulo, Martins Fontes, 2009)

³⁶ “A descrição que fiz”... “considera que as normas sociais de um grupo são constituídas por uma forma de prática social que compreende tanto os padrões de conduta seguidos regularmente pela maioria dos membros do grupo quanto uma atitude normativa específicas em relação a esses padrões, que dominei “aceitação”. Esta atitude consiste na disposição permanente dos indivíduos de aceitar esses padrões de comportamento, tanto como orientações para sua própria conduta futura como padrões críticos capazes de legitimar exigências e várias formas de pressão em prol da obediência às normas.” (HART, H. L.A. *O conceito de Direito*, pós-escrito organizado por: Penelope A. Bulloch e Joseph Raz ; tradução de: Antônio de Oliveira Sette-Câmara ; revisão de tradução: Marcelo Brandão Cipolla ; revisão técnica: Luiz Vergílio Dalla-Rosa. -- São Paulo, Martins Fontes, 2009, p. 329).

³⁷ BIX, BRIAN H. “*Defeasibility and Open Texture*”. The logic of legal requirements: Essays on Defeasibility. Editores Jordi Ferrer Beltrán e Giovanni Battista Ratti. Oxford. Oxford Print, 2012, pp. 193-201.

significado do adjetivo “interno” as proposições jurídicas teriam um caráter meramente descritivo e teríamos uma teoria muito semelhante às proposições jurídicas de Ross. Não por outra razão, Ross considerava que a sua teoria e a de Hart não divergiam, neste tópico³⁸.

Esta postura antirreducionista (contra redução da ciência do direito a uma ciência empírica) de Kelsen e Hart poderia nos levar a crer que a dogmática-ciência necessariamente deveria aderir a perguntas e respostas práticas. No entanto, não parece clara esta adesão.

Quando nos aproximamos da obra kelseniana, notamos que, no lado das perguntas, por conta da adesão às teses positivistas de separação entre direito e moral e das fontes sociais do direito, há um certo receio de aceitar perguntas práticas como aceitáveis a uma ciência do direito. Em especial, quando se define *Rechtssatz* como o “sentido **descritivo** de um dever” ou uma proposição que “**descreve** a validade de uma norma”. Em outras palavras, apesar de Kelsen notar o caráter normativo da ciência do direito, há uma adesão forte a um descritivismo, que nos deixam dúvidas sobre a aceitação de perguntas “como”.

Desta forma, apesar de estar clara a adesão da teoria do direito positivista (ao menos nas perspectivas destes autores) a perguntas “qual”, o mesmo não se dá quando tratamos de perguntas e respostas práticas. Evidentemente, ao menos quando se trata de uma teoria do direito que procura fundamentar uma ciência do direito neutra.

Esta dificuldade de encontrar o lugar das perguntas “qual” dentro de uma teoria do direito positivista, em seu sentido antirreducionista, nos força a encontrar padrões mais gerais da proposta metodológica positivista. Como já adiantado na Introdução, trata-se da diferença, propugnada por Bentham, entre discurso teórico, próprios do *Expositor*, e discursos normativo característico do *Censor*³⁹.

O projeto benthaniano de ciência do direito parte, inicialmente, de uma distinção necessária: *ensorial jurisprudence*, de um lado; e *expositorial jurisprudence*, de

³⁸ “In his article *Scandinavian Realism*, Professor H.L.A. Hart has prpounded a criticismo of my analysiss of validity. It might be of interest to ascertain to what extent, if any, Hart disagrees with my views as I have stated them here. As far as I am able to see there is virtually no disagreement at all.” (ROSS, ALF, “*Validity and the conflict between legal positivism and Natural Law*”, *Revista Juridica de Buenos Aires*, 1961. pp. 46-93, p84).

³⁹ Chiassoni observa o papel de Bentham no nascimento de uma abordagem analítico-positivista do direito promovendo uma reflexão dos diferentes papeis da ciência do direito. (CHIASSONI, PIERLUIGI. *O enfoque analítico na filosofia do direito: de Benthan a Kelsen*. Tradutores: Heleno Taveiras Torres e Henrique Mello. São Paulo. Editora Contracorrente, 2017, p. 31.)

outro. A primeira teria a função de criticar o direito, propondo melhores normas consideradas melhores (no caso de Bentham, que seguissem o princípio da utilidade). A segunda teria a missão de expor as normas do direito, sem adesão ou não ao seu conteúdo. No centro desta distinção, está a necessidade de não haver confusão entre a exposição e avaliação moral do direito, isto é, o engajamento sobre o conteúdo apresentado.

Esta distinção, no nível da *Metajurisprudenz*, além de ser uma tese sobre as diferentes funções pragmáticas do jurista e da autoridade, também possui um caráter normativo para a ciência do direito (*Jurisprudenz*): não cabe ao *Expositor* tratar de como o direito deve ser, sendo este o trabalho crítico distinto do *Censor*. De um lado, teríamos uma jurisprudência crítica (*Censorial Jurisprudence*), responsável por determinar o que o direito deve ser, de outro teríamos uma jurisprudência expositiva (*Expositive Jurisprudence*), a qual se ocupa em mostrar o que é o direito. A necessária separação entre dois tipos de juízos acerca do direito, um normativo e outro expositivo, força o teórico a fiscalizar sobre quais tipos de proposições está se tratando.

No entanto, como vimos, por se tratar o direito de um fenômeno normativo, esta distinção corre alguns riscos. Afinal, quando tratamos de normas é difícil notarmos quando há ou não engajamento de quem a profere.

Portanto, no centro do receio dos positivistas com os enunciados da ciência do direito está a figura da norma, ou, mais especificamente, a relação das sentenças da ciência com as normas. Daí, a necessidade de extirpá-las do discurso da ciência do direito, como fez a teoria das proposições jurídicas de Ross, ou da confusão presente na *Rechtssatz* kelseniana.

Em razão disso, antes de adentrar na caracterização das regras técnicas como respostas da dogmática jurídica a perguntas **práticas**, necessário se faz compreender quais as consequências de se estabelecer proposições sobre normas jurídicas. No próximo capítulo, adentraremos na teoria realista de Ross. Investigaremos também uma noção mais formal de proposições sobre normas, a denominadas proposições normativas. Por último, trataremos mais aprofundadamente da *Rechtssatz* de Kelsen, como um tipo de proposição que procura evitar as preocupações positivistas e assegurar o caráter normativo da ciência do direito.

Capítulo II – Proposições normativas: suas perguntas e respostas

Como visto no capítulo anterior, o tema das perguntas e respostas da ciência jurídica, numa perspectiva positivista, possui contornos complexos, que exigem uma investigação mais aprofundada. Para se iniciar esta empreitada, nos aprofundaremos em alguns problemas associados às proposições da ciência jurídica de dois autores para quem este tema é valioso: Kelsen e Ross.

Ambos, como se verá mais a frente, propuseram modelos de ciência do direito em que o elemento descritivo seria um critério delimitador da sua cientificidade. Em outras palavras, se uma proposição não é capaz de descrever (ou indicar um sentido descritivo, na *Rechtssatz* de Kelsen) ela não deveria estar presente em uma ciência do direito, sendo considerada ideológica. Neste capítulo, direcionaremos nossos esforços para a compreensão da descrição de normas.

Contudo, antes da descrição das normas, há as próprias normas, enquanto expressões linguísticas, aptas a realizarem funções próprias, e um problema relacionado a elas pode nos auxiliar a entender algumas questões concernentes a sua descrição, presentes na teoria do direito. Trata-se do dilema de Jørgensen. Após compreendermos este dilema, iremos estudar a proposição normativa, proposições que descrevem normas, como uma maneira de contorná-lo. Em seguida, a teoria da proposição jurídica de Ross será apresentada como um exemplo de proposição normativa. Tentaremos compreender seus limites para uma teoria do direito. As seções seguintes serão dedicadas ao estudo da *Rechtssatz* de Kelsen como exemplo de proposição em que não se sabe ao certo quais perguntas e respostas estão envolvidas.

2.1 Proposição normativa como solução

A lógica deôntica, ou lógica das normas, trata do estudo de aspectos formais dos conceitos normativos. Hoje, é uma área de estudo ampla, com diversas motivações teóricas. Desde o seu “nascimento”, com o texto *Deontic Logic*, em 1951, de Von Wright⁴⁰, até a atualidade, podemos observar diversos enfoques e preocupações.

⁴⁰ Há, contudo, precedentes notórios de uma lógica deôntica. No início do século XX, temos, p.ex., Ernest Mallu, com seu *Deontik*; Leibniz associa os princípios das modalidades aléticas (necessário, possível e impossível) à categorias legais (obrigatório, permitido e proibido). (HILPINEN, RISTO; MCNAMARA, PAUL. *Deontic Logic: a historical survey and introduction*. Gabbay, Dov et alii (editores) *Handbook of Deontic Logic and Normative Systems*. College Publications, 2013, p.3-137, p.8) Mais remotamente

O dilema de Jørgensen surge como um “problema” de ordem filosófica que toca em pontos centrais da lógica dêontica. Batizado pelo jurista Alf Ross, ele fora expresso de forma clara por Jørgensen em seu texto “Imperatives and Logic”, que, em síntese, questiona a própria possibilidade de haver uma lógica das normas.

O argumento de Jørgensen se fundamenta em duas teses bem simples.

A primeira, de caráter **metalógico**⁴¹, determina que a noção de consequência lógica seria uma relação entre enunciados passíveis de serem verdadeiros ou falsos. Em síntese, ele parte da definição de consequência lógica: um conjunto de sentenças (C) é consequência lógica de um conjunto de premissas (P), somente se não houver a possibilidade de (P) ser verdadeiro e (C) ser falso. Não sendo possível aferir se um conjunto de sentenças é verdadeiro ou falso, não haveria como inferir suas consequências.

A segunda seria **semântica**, sobre a impossibilidade de as normas serem verdadeiras ou falsas⁴². Ele fundamenta esta tese em dois pressupostos. O primeiro se refere à concepção de normas como um tipo específico de fenômeno linguístico, que expressaria sentimentos e vontades do emissor, bem como seria apta a indicar ações no mundo. Neste sentido, a ordem “cala-te” representaria a vontade do emissor de que o receptor se cale e indicaria a ação no mundo pretendida, “calar-se”. O segundo pressuposto decorre de uma concepção específica de sentido, que postula que o sentido de enunciados só é possível se houver sua verificação⁴³. Assim, aceitando estas duas concepções, as normas, além de indicarem ações, representariam **sentimentos** ou **vontades**, elementos que não seriam verificáveis. Sendo a verificação critério essencial para determinar o sentido de enunciados, não seria possível afirmar se uma norma é verdadeira ou falsa.

Partindo destas duas teses, poderíamos negar a existência de consequência lógica entre normas. Realmente, se a consequência lógica exige que os enunciados sejam verdadeiros ou falsos e as normas não teriam este atributo, logo, não seria possível afirmar

Abelardo também na Idade Média já apontava uma lógica dêontica fundamentada em modalidades aléticas (KNUUTTILA S. *The Emergence of Deontic Logic in the Fourteenth Century*. In: HILPINEN R. (eds) *New Studies in Deontic Logic*, Synthese Library (Studies in Epistemology, Logic, Methodology, and Philosophy of Science), vol 152. Springer, Dordrecht. 1981).

⁴¹ CABRERA, CARLOS ALARCÓN. *Imperativos y lógica em Jørgensen*, Isegoria nº 20, 1999, pp. 207/215, p. 207.

⁴² CABRERA, CARLOS ALARCÓN. *Imperativos y lógica em Jørgensen*, Isegoria nº 20, 1999, pp. 207/215, p. 207-208.

⁴³ BULYGIN, EUGENIO. “Normas, proposiciones normativas y enunciados jurídicos” in ALCHOURRÓN, CARLOS E.; BULYGIN, EUGENIO. *Análisis lógico y derecho*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales 1991, p. 169-195.

consequência lógica entre normas. Todavia, ao mesmo tempo, consideramos ser intuitivo falar em algumas inferências a partir de normas. Daí, o dilema. Diante desta afirmação forte, com consequências claras para a teoria do direito, duas questões valem a pena serem pontuadas.

A primeira, mais associada à tese metalógica, trata da própria definição e finalidade da lógica. A despeito da possibilidade de normas serem passíveis de serem verdadeiras ou falsas, fere a intuição afirmar que não haveria algum tipo de padrão de racionalidade em contextos normativos. Normas como “É proibido proibir”, “Você deve descumprir esta norma” ou “Matar em certo contexto é permitido e proibido” são, usualmente, consideradas “ilógicas”. Mesmo Jørgensen, em suas conclusões, nota o caráter contraintuitivo da impossibilidade de inferência a partir de normas⁴⁴. A partir desta constatação, o caráter dilemático se acentua, encontrando-se o teórico entre duas “irracionalidades”: negar a própria intuição sobre existência de algum tipo de relação lógica entre normas, ou negar as noções elementares de consequência lógica e verdade, tal qual pressupostas por Jørgensen.

A segunda questão, mais associada à tese semântica, decorre do fato de que, em algumas situações, principalmente para juristas, falar sobre “verdade das normas” não parece absurdo. De fato, imaginemos duas afirmações simples, no âmbito do direito, “No Brasil, matar uma pessoa é considerado crime e deve ser punido com pena de reclusão”, e “No Brasil, furto de uso é crime, e deve ser punido.” A primeira afirmação, evidentemente, é verdadeira, de acordo com o artigo 121 do Código Penal. Já a segunda é falsa, ante a definição de furto, prevista no artigo 155 do Código Penal, no qual se exige a apropriação do bem, não sendo suficiente o mero uso⁴⁵. Diante destes casos claros, também parece contraintuitivo falarmos não haver como se averiguar a veracidade de uma norma.

No âmbito da lógica deôntica, algumas soluções são apresentadas⁴⁶ e, de alguma forma, enfrentam pelo menos uma das duas teses acima. Mas ao invés de enfrentar

⁴⁴“Imperative sentences are not capable of being either true or false. According to the logical positivist testability-criterion of meaning, they therefore must be considered meaningless. However, they are nevertheless capable of being understood or misunderstood and seen also to be able to function as premisses as well as conclusions in logical inferences.” JØRGENSEN, JORGEN. “*Imperatives and Logic*”. *Erkenntnis* 7, 1939, pp. 288-296, p. 296.”

⁴⁵ Brasil. Código Penal: “Homicídio simples Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos.” e “Furto Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.”

⁴⁶ Maranhão expõe três conjuntos de soluções ao dilema de Jørgensen: “a) ignorá-lo como decorrência de uma situação já paradoxal na interpretação da disjunção na proposicional clássica, particularmente ilustrada

estas teses, também podemos contornar o dilema, sem atacar as premissas que lhe dão fundamento. Uma das formas de contornar o dilema é a *proposição normativa*.

Von Wright, em *Norms and Action*, observou que, a depender do tipo de norma, teríamos peculiaridades sobre sua veracidade ou falsidade. Contudo, seria possível afirmar a existência destas normas, por meio de proposições denominadas de **proposições normativas**.

Nas situações apresentadas acima (do Código Penal), o que teríamos é **ambiguidade** em orações (da linguagem natural) que tratam de normas: de um lado, haveria um sentido **prescritivo**, uma norma, e não poderíamos afirmar sua veracidade ou falsidade; de outro, teríamos um sentido **descritivo**, uma proposição normativa, e seríamos habilitados a estabelecer suas condições de verdade⁴⁷. Em outras palavras, as orações associadas à normas permitem a interpretação de ao menos dois tipos distintos de entidades lógico-linguísticas: as normas e as proposições normativas.

É fácil notar que esta distinção entre discurso **sobre** normas e o próprio discurso normativo está presente na teoria do direito positivista, sendo uma das faces metodológicas da distinção entre o “direito como ele é” do “direito como ele deve ser”. As proposições normativas seriam aptas, neste contexto, a tratar do “direito como ele é”, e o discurso normativo (de normas) da ciência do direito seria relativo ao “direito como ele deveria ser”.

Talvez em razão da distinção entre normas e proposição normativa parecer clara, não se encontra um debate sobre o que, afinal de contas, significa “descrever normas”. Apesar de, no âmbito da teoria do direito positivista, haver uma literatura farta

por um exemplo infeliz (a grande maioria); b) colocar o problema na lógica subjacente à lógica deôntica, tratando-o a partir de uma lógica não clássica ou usando uma extensão modal não normal; c) reinterpretar o significado e o status atribuído à norma derivada.” (MARANHÃO, JULIANO. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*, São Paulo: Marcial Pons, 2012.. p. 95-96.)

⁴⁷ No texto “Imperativer og Logik”, Jørgensen também observa esta ambiguidade das orações normativas e percebe que haveria orações sobre a existência de normas, distinta das normas propriamente ditas. Estas orações, contudo, seguiriam as regras da lógica: “Enunciados como ‘Se te hace la exigencia de cerrar la puerta’ o ‘Estás en la situación de deber cerrar la puerta’ no expresan un mandato, sino que solamente narran o describen que está presente un mandato o una exigencia dirigidos a la persona a la que se habla.” (Jørgensen, Jorgen, “Imperativer og Logik”, *Theoria*, núm. 4, 1938, pp. 183-190 tradução de Cabrera, Carlos Alarcón. Imperativos y lógica em Jørgensen., *Isegoria* n° 20, 1999, pp 207) Ross não trata desta peculiaridade da visão de Jørgensen, muito provavelmente em razão de se ater ao texto homônimo “Imperativs and Logic”, publicado no mesmo período e mais conhecido.

sobre descrição de normas jurídicas⁴⁸, o tema da proposição normativa, quando bem delimitado, aparece como algo evidente, preocupando-se mais com propriedades da proposição e seu efeito para a ciência do direito. Tuzet nota esta ausência na literatura, e procura estabelecer o real significado da descrição de normas, a partir de uma perspectiva pragmática. Ele explora a dinâmica comunicativa da descrição de normas em contextos em que há (1) a demanda por uma descrição, (2) a sua execução e (3) o seu recebimento⁴⁹. Em outras palavras, trata-se da perspectiva pergunta (demanda) e resposta (execução da descrição e seu recebimento), como aqui sugerida.

Inicialmente, a proposição normativa não seria um tipo de representação simples de fenômenos. Trataria do sentido de diversas sentenças distintas que descreveriam elementos distintos associados ao que se tem por norma, em cada contexto comunicativo (frisa-se “o que se tem por norma” porque Tuzet, em sua proposta, não procura definir norma, mas investiga a função pragmática exercida pela sua descrição). Assim como a proposição “O rei do Brasil é careca” teria sua forma lógica melhor representada em outras duas proposições, “Existe um rei do Brasil” e “Tal rei é careca”, as descrições de normas representariam diversas outras proposições descritivas, sendo, portanto, melhor associadas não à descrição de um objeto, mas à de um fato. Neste sentido, o que seria descrito dependeria de cada contexto e das interações estabelecidas entre os agentes.

Neste sentido, observando os diferentes contextos em que se ocorrem os diálogos sobre normas, Tuzet afirma haver quatro sentidos em que se dá a descrição de normas, a depender **do elemento essencial** para a descrição em cada contexto, isto é, os elementos a partir dos quais se descrevem o “fato norma”. Seriam: (a) a descrição de uma **ação** regulada por uma norma (“a destruição de bens alheios é proibida”, por exemplo), (b) a descrição de uma **propriedade** de uma norma (“a norma sobre proteção à propriedade no Brasil possui eficácia fática e normativa limitada”), (c) a asserção da **existência** de uma norma (“Existem diversas normas sobre propriedade privada, presentes no Código Civil”) e, por último, (d) a **pertinência** de uma norma a determinado sistema normativo, isto é,

⁴⁸ Ross e Kelsen, como se verá à frente, teorizam sobre proposições que descrevem, de alguma forma, normas. Agora, as peculiaridades do que se entende por norma e descrever é que dará os contornos de cada teórico.

⁴⁹ TUZET, GIOVANNI. “*Describir Normas: un enfoque pragmático*”, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 41 (2018), p. 52.

relação com outras normas (“O Código Civil contém diversas normas sobre propriedade privada pertencentes ao Direito brasileiro)⁵⁰.

Estes diferentes tipos de descrição, contudo, podem ser trazidos para uma descrição mais geral, em uma dinâmica de pergunta e resposta. Quando pensamos nas perguntas pressupostas, poderíamos imaginar:

Para (a), “**qual** conduta é proibida, em relação aos bens alheios?”: sobre o que se refere, seu objetivo.

Para (b), “**quais** normas são eficazes?” ou “é esta norma eficaz?”: sobre sua propriedade.

Para (c), “**quais** normas tratam do direito de propriedade?”: a identificação de normas.

Para (d), “**quais** normas sobre direito de propriedade fazem parte do sistema jurídico do Brasil?”: a relação com outras normas (relação normativa), que integram um conjunto de normas.

A descrição de normas por meio de proposições normativas pode, portanto, ser representativa de uma dinâmica de pergunta “qual”, com resposta “qual”. O que se demanda (o que se pergunta) é a indicação de algo e este algo é apresentado, através de algum tipo de exposição, indicação, apresentação (uma resposta).

As perguntas “qual” pressupostas nestas respostas, pois, demandam por conhecimento específicos sobre aspectos do discurso normativo: as ações qualificadas pela norma, as propriedades das normas, a existência da norma e a pertinência da norma. Mas não tratariam por uma demanda por informação para ação, necessariamente.

No âmbito da ciência do direito, as proposições normativas seriam representantes desta função específica de responder quais normas são jurídicas, válidas, ou pertinentes ao sistema jurídico etc... A partir delas seria possível ao jurista simplesmente descrever as normas jurídicas. A ciência do direito, aceitando estas premissas, poderia ser considerada sem qualquer tipo de engajamento moral. Teríamos, portanto, a realização dos ideais da teoria do direito positivista: a distinção entre *Censor* e *Expositor* .

A proposta de Tuzet enfoca exclusivamente a dinâmica da descrição, estando em segundo plano as consequências do fato de estarmos diante de normas e não outro

⁵⁰ Estas quatro categorias são bem delimitadas em TUZET, GIOVANNI. “*Describir Normas: un enfoque pragmático*”, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 41 (2018), p 60.

objeto. Mas seria a proposição normativa suficiente, no âmbito do direito, para contornar o dilema de Jørgensen?

A princípio, a possibilidade de se testar a verdade destas proposições tornaria viável, portanto, contornar o dilema de Jørgensen e permitiria estabelecer uma lógica **sobre** normas e, no âmbito da teoria do direito, tornaria possível o ideal de ciência do direito positivista: o de descrever normas jurídicas. No entanto, ainda estaríamos falando sobre normas jurídicas e é de se indagar se, mesmo contornando o dilema, poderíamos estar margeando-o muito de perto. Tecla Mazzaresse, em uma perspectiva mais cética, aponta argumentos contrários à possibilidade de se conceber as proposições normativas como verificáveis, em especial no âmbito jurídico⁵¹. Seu argumento pode ser esquematizado de forma simplificada, como segue:

- i) A noção de proposição normativa está associada à descrição de uma norma **válida** ou da sua própria **validade** ;
- ii) Esta noção de proposição normativa não permite defini-la como sentido de uma sentença única, mas deveria ser a conjunção de ao menos **duas sentenças**, (a) uma sentença interpretativa , e (b) uma sentença sobre validade de uma norma;
- iii) Tanto sentença interpretativa como sentenças sobre a validade de uma norma **não são descritivas**;
- iv) Assim, tanto sentenças interpretativas, como sentenças sobre validade de uma norma **não são passíveis de serem verificadas**.
- v) Logo, as proposições normativas não podem ser verdadeiras nem falsas e voltamos ao dilema de Jørgensen.

Estes argumentos se fundamentam na função avaliativa da ciência do direito quando da formulação de suas proposições, seja quando se interpreta um enunciado de norma, seja quando se apreende a validade de uma norma. Apesar de esta função ser parte importante da ciência do direito, os argumentos acima podem ser contestados.

Contra eles, Bulygin nota que Mazzaresse partiria de uma generalização equivocada, isto é, a partir da negação da tese “Uma formulação de norma sempre expressa

⁵¹MAZZARESE, TECLA. *"Norm Proposition": A Tentative Defense of a Sceptical View*", em *In search of a New Humanism: The philosophy of Georg Henrik von Wright*. Edited by Rosaria Egidi.. Synthese Library Studies In Epistemology, Logic, Methodology, And Philosophy Of Science, Vol. 282, Springer, 1999.

uma norma”⁵², ela infere “Uma formulação de norma **sempre** expressa **uma pluralidade** de norma”, quando o mais correto seria que uma formulação de norma **às vezes** expressa uma pluralidade de normas. Ainda, ele observa que a afirmação de que todas as normas seriam sempre ambíguas, isto é, dependente de interpretação, não parece se sustentar. Caso toda formulação de norma dependesse de uma escolha de sentido, não seria possível qualquer norma. De fato, imaginemos uma formulação de norma, N, para interpretá-la escolhemos o sentido expresso na formulação de norma N2, esta, enquanto tal, também precisaria ser interpretada, o que nos daria N3 e assim por diante. A partir deste raciocínio, a determinação de uma norma seria impossível, o que contraria o fato de haver normas compreendidas⁵³.

Por último, Bulygin nota que a própria noção de proposição normativa aceita por Mazzarese não parece adequada. Conforme destacamos em i, proposição normativa trataria de normas válidas, no sentido de normas obrigatórias e, por esta razão, atrairia para si as dificuldades decorrentes da aceitação da vinculação moral. Entre elas, ela destaca a impossibilidade de se estabelecer a veracidade da norma. No entanto, Bulygin observa que a definição de proposição normativa está associada a “[o] fato que uma norma pertence a um dado sistema de normas”⁵⁴. Tal fato, o de ser pertinente a um conjunto de normas, poderia ser descrito e, portanto, a proposição normativa poderia possuir verdade ou falsidade.

A despeito dos argumentos de Bulygin, Mazzarese nos alerta para duas questões importantes e correlatas: como as proposições normativas jurídicas podem “se contaminar” com o discurso normativo do direito e a incerteza decorrente da interpretação das fontes, dos enunciados e das normas jurídicas.

Em especial, sobre a relação entre a proposição descritiva e a norma, nota-se que, quando as proposições jurídicas procuram tratar do caráter obrigatório, o elemento

⁵² Os termos “formulação de norma” e “norma” são utilizados aqui em seu sentido já consagrado pela literatura italiana, isto é, respectivamente representando o aspecto linguístico (formulação de norma) e o aspecto do sentido e seu conteúdo (norma). Nas palavras de Guastini: “Adoptando una convención lingüística ya ampliamente aceptada em la literatura italiana, podemos llamar (no normas, sino) ‘disposiciones’ – o ‘formulaciones normativas’ – a los enunciados del discurso de las fuentes, y reserver el nombre de ‘normas’ em sentido estricto a sua contenido de sentido, tal y como resulta de la interpretación. (Guastini, Riccardo. “Contribución a la teoría del ordenamento jurídico.” *El realismo jurídico genovês*. Ed. Jordi Ferrer e Giovanni Ratti. Madrid. Editora Marcial Pons, 2011, pp. 81-116, p. 82.)

⁵³ Bulygin, Eugenio. “True or False Statements in Normative Discourse”. In *search of a New Humanism: The philosophy of Georg Henrik von Wright*. Edited by Rosaria Egidi. Synthese Library Studies In Epistemology, Logic, Methodology, And Philosophy Of Science, Vol. 282, Springer, 1999, pp. 183-192, p. 187.

⁵⁴ Idem, *ibidem*.

descritivo se torna mais questionável. Não por outra razão, os juristas realistas criticam a proposta positivista de se defender enunciados acerca da obrigatoriedade do direito. Em especial, Alf Ross, ao observar o conceito de validade de Kelsen, chegou a nomeá-lo de “*quasipositivista*”, em razão de incorporar, na ciência do direito, a noção de obrigatoriedade das normas⁵⁵. Neste sentido, se a noção de obrigatoriedade pode nos trazer de volta para ao dilema de Jørgensen, então, qualquer proposta positivista (em sentido amplo ou estrito) de ciência do direito deveria, inevitavelmente, ter cautelas quanto à proposição normativa.

Diante deste “perigo”, podemos imaginar duas atitudes: uma de cautela extrema, evitando o dilema de Jørgensen e outra mais audaciosa, desconsiderando este risco.

A postura audaciosa seria incorporar alguns padrões das normas, enquanto linguagem objeto, na metalinguagem das proposições normativas. Assim, poderia falar-se de uma metalinguagem descritiva que **reflete** um sistema normativo. Contudo, a questão de se ter uma descrição aparece mais como uma “ressalva” do que um desvio do dilema de Jørgensen. Afinal, se temos alguns elementos do discurso normativo propriamente dito, não estaríamos retornando para as questões levantadas pelo dilema? Este tipo de proposição pode ser denominada por **proposição normativa reflexiva**, posto que pretende refletir em linguagem descritiva a linguagem normativa.

A atitude cautelosa seria descrever as normas como mero objetos empíricos, extirpando o elemento normativo. A norma, neste caso, é representada na proposição normativa, como mera **referência**. Neste sentido, as proposições normativas como metalinguagem da norma não incorporam padrões da linguagem objeto (as normas mesmas). Esta descrição não seria diferente, por exemplo, da descrição de uma pedra. A este tipo de proposição damos o nome de **proposição normativa referente**, posto que simplesmente se refere a normas.

Mas, se neste tipo de proposição há uma mera referência a elementos descritivos associados a normas, quais seriam estes elementos? Podemos falar que esta descrição ainda está falando de normas? Estas questões estão no seio do debate entre positivistas e realistas jurídicos.

As escolas jurídicas denominadas realistas foram as que mais levaram a sério a proposição normativa referente. No cerne destas escolas, está a aceitação de elementos

⁵⁵ Ross, Alf. “Validity and the conflict between legal positivism and natural law”, Revista Juridica de Buenos Aires, pp. 46-93.

empíricos para se tratar o direito, em detrimento da normatividade (postura reducionista). Dentre os realistas, Ross é um bom exemplo sobre teorização da proposição jurídica, ante sua clareza de propósito: refundar uma teoria do direito empirista. Por esta razão, investigar a proposição jurídica como teorizada por Ross pode ser esclarecedor sobre a dinâmica resposta-pergunta qual/qual.

2.2 Das proposições jurídicas de Ross

Os realismos jurídicos são escolas teóricas heterogêneas, responsáveis por diversas colaborações ao conhecimento do direito e, especialmente, à linguagem da teoria e ciência do direito. Por isso, tratar estes diferentes movimentos teóricos sob uma mesma alcunha parece o prenúncio de uma pintura caricatural. Todavia, expor as motivações e teorias semelhantes pode ser esclarecedor.

Partindo desta premissa, podemos identificar como uma motivação dos realistas a crítica radical da normatividade jurídica presente na ciência do direito. A diferença entre *Expositor* e *Censor*, que está na raiz do positivismo, reflete também na avaliação da pertinência dos tipos de proposições da ciência do direito. Em outras palavras, qualquer elemento da linguagem da ciência do direito *deve* ser reduzido a proposições descritivas e, especialmente, empiricamente verificáveis. Adentramos, portanto, no campo da crítica da linguagem da ciência.

Ante os seus antinormativismos, as correntes teóricas realistas possuem um nítido caráter reativo, isto é, historicamente, estão opostas a teses e movimentos bem delimitados. Por exemplo, o realismo escandinavo está em oposição ao idealismo borstromiano, o americano reage ao formalismo langdeliliano e, por fim, o realismo genovês é um oponente direto do positivismo formalista e do neoconstitucionalismo⁵⁶.

Este caráter fortemente “reativo” dos realismos jurídicos lhes garante peculiaridades próprias, de um lado, e um conjunto de teses comuns, as quais sustentam o seu caráter antinormativo⁵⁷, de outro. Dentre estas teses comuns, dois grupos são

⁵⁶ VAQUERO, ÁLVARO NÚÑEZ. “*Ciencia jurídica realista: modelos y justificación*”. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 35, 2012, pp. 717-747., 725.

⁵⁷ Vaquero expõe um inventário interessante de teses comuns a diferentes versões de realismo jurídico: “i) Común oposición tanto a las teorías del derecho iusnaturalistas y normativistas como a los modelos de ciencia jurídica formalista y axiológica. ii) Si bien no comparten un conjunto homogéneo de tesis epistemológicas ni ontológicas, las tesis que presuponen estos autores descienden claramente de un único tronco filosófico común: el empirismo filosófico. iii) Una teoría escéptica de la decisión judicial en general, y de la interpretación en particular. iv) Crítica del método para la elaboración y uso de los conceptos jurídicos

interessantes para o presente trabalho: um grupo de teses acerca do caráter subjetivo de normas e proposições a ela associadas, de caráter epistemológico; e, correlata ao primeiro grupo, temos a necessidade de fundamentar a ciência do direito sobre uma base empirista, necessária à eliminação de um subjetivismo, uma tese como a ciência do direito deve ser.

Ross foi um dos autores realistas que elaborou estas teses de forma mais clara, deixando bem destacadas tanto sua concepção de linguagem como de ciência do direito. Partindo da necessidade de estabelecer um fundamento racional para uma ciência do direito, inspirada na *ratio* sociológica, Ross apresenta sua concepção de linguagem, de norma, da relação entre norma e mundo (semântica) e, a partir daí, procura reformular as bases da proposição da ciência do direito.

A percepção de linguagem e significado de Ross se assemelha muito a proposta por Jørgensen, no texto “Imperatives and Logic”. Inicialmente, ele entende “*expressão linguística*” como a unidade sintática básica da comunicação, isto é, ele a define como “organização consciente da linguagem”⁵⁸. A partir do uso **consciente** das expressões linguísticas, por meio de utilização real, oral ou escrita, é possível apresentar seu *significado*, algo distinto das expressões em si (sua semântica). O significado, para Ross (e também para Jørgensen) pode ser de dois tipos: expressivo, também denominado sintomático, e representativo, também denominado semântico.

Algumas expressões linguísticas possuiriam um significado representativo (ou semântico), que trata da relação lógica entre a expressão e determinado estado de coisas que ela indica. Por poderem ser observáveis, tais expressões podem ser verdadeiras ou falsas. A oração “hoje, choveu”, por exemplo, representa um estado de coisas pretérito, o qual pode ser confirmado.

O significado expressivo (ou sintomático) seria o mínimo de “sentido” que qualquer expressão linguística possuiria e representaria a relação de causalidade existente

dogmáticos y teóricos. v) Rechazo a la hora de definir el concepto del derecho, acompañado de algunas manifestaciones provocadoras acerca del concepto predictivo de derecho. vi) Una doctrina de la ciencia jurídica en sentido estricto, es decir, la tesis según la cual los estudiosos del derecho positivo deben desarrollar, en general, una tarea meramente descriptiva y, en particular, de carácter predictivo. vii) Tesis de la indeterminación del derecho.” (VAQUERO, ÁLVARO NÚÑEZ. “*Ciencia jurídica realista: modelos y justificación*”. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 35, 2012, pp. 717-747, p . 725.)

⁵⁸ ROSS, ALF. *Direito e Justiça*, 2ª ed. Tradução e notas de Edson Bini, revisão técnica Alysson Leandro Mascaro. Bauru, EDIPRO, 2007, p. 29.

entre a expressão linguística e sua origem⁵⁹. Assim, quando alguém emite a expressão de desalento “Ai...”, seu sintoma é a sensação psicofísica de tédio sentida pela pessoa. Como toda expressão linguística possui ao menos este “significado”, a linguagem seria vista por Ross como um fenômeno empírico com causa física bem definida. Dentre estas causas, Ross destaca duas: **emoção** e **intenção**.

A partir destas considerações, Ross apresenta três tipos de expressões linguísticas: asserções, exclamações e diretivas. **Asserções** seriam expressões com significado representativo (por exemplo, “isto é uma cadeira”). **Exclamações** seriam expressões somente com significado expressivo e sem intenção de exercer influência (por exemplo, “Ai”). **Diretivas** não possuiriam significado representativo, mas teriam intenção de exercer influência (por exemplo, “Saia daqui!”). Enquanto asserções possuiriam significado representativo, além do sentido expressivo (ou sintoma), as outras duas se resumiriam a este último. As exclamações e diretivas não poderiam, neste sentido, fazer parte de qualquer ciência que se pretenda verificável.

Com esta delimitação teórica, Ross aplica a distinção entre *Censor e Expositor*, estabelecendo tipos distintos de expressões para cada um deles, sendo as **diretivas** expressões das autoridades jurídicas (juízes, legisladores) e as asserções o tipo de expressões linguísticas da ciência do direito (*Expositor*). Somente a partir de sentenças que poderiam ser verificadas empiricamente é que se poderia alicerçar uma ciência jurídica. Por esta razão, a ciência do direito não poderia possuir qualquer sentido diretivo, isto é, normativo.

No entanto, Ross sente o peso desta proposta, afinal, sendo o direito um fenômeno que trata, de alguma forma, de normas, como a sua ciência não teria expressões linguísticas com forma e sentido de norma? Para superar esta limitação, ele observa haver três maneiras de se entender a “normatividade” da ciência do direito. A primeira diz respeito à possibilidade de se estabelecer, postular ou sugerir normas, isto é, seria **materialmente normativa**. A segunda seria a utilização de expressões diretivas como meio de expressar seu conhecimento. Seria, portanto, **formalmente normativa**. E, por fim, também teríamos o sentido de “concernente a normas”, isto é, seria **referencialmente**

⁵⁹ “Não importa o que eu diga, minha expressão tem que ter sido **causada** por circunstâncias emotivovolitivas.” (g.n.) (ROSS, ALF. *Direito e Justiça*, 2ª ed. Tradução e notas de Edson Bini, revisão técnica Alysson Leandro Mascaro. Bauru, EDIPRO, 2007, p. 29.)

normativa ou objetivamente normativa, posto que, simplesmente, se **refere** a normas, como **objetos**⁶⁰.

Como é de se esperar, somente neste último sentido, é viável a normatividade da ciência do direito para Ross. Mas mesmo neste sentido, Ross se acautela frente o dilema de Jørgensen e alerta sobre a impropriedade do termo “normativo”, por poder gerar confusão com os outros dois sentidos. Então, se a ciência do direito, no mínimo, se refere a normas em algum sentido, como é possível ela ser uma ciência empírica (não-normativa)?

Para responder esta questão precisamos, primeiramente compreender como Ross entende os enunciados da ciência do direito. Michelon Jr. observa que no modelo de ciência do direito de Ross, temos dois tipos de enunciados: os de primeira ordem, que denominaremos como **proposição geral da ciência do direito**, e os de segunda ordem⁶¹, que denominaremos como enunciado **operativo**. Estes últimos seriam reformulações das proposições gerais da ciência do direito (de primeira ordem), com o intuito de tornar mais simples a apresentação do complexo de normas. Trata-se de um caráter operacional da ciência do direito, cuja “*tarefa consiste em conceitualizar as normas jurídicas de tal modo que sejam reduzidas a um ordenamento sistemático, expondo assim o direito vigente de forma mais simples e conveniente possível.*”⁶² Contudo, o caráter operativo da ciência do direito deve ser fundamentado, sob o risco de termos um discurso irracional. Para tanto, temos as proposições gerais da ciência do direito, ou os enunciados de primeira ordem, na terminologia de Michelon Jr.

Ross parte da seguinte formulação geral da proposição da ciência do direito: “D é direito vigente”. De um lado, temos D, que se trata do conteúdo de uma diretiva (a norma jurídica, devidamente entendida), como um esquema de interpretação da realidade, mediante o qual é possível prever, com certo grau de confiança, a ação de determinadas pessoas, em determinada sociedade; de outro, temos o conceito de vigência, que está associada às condições de verdade da proposição. Os dois elementos devem possuir um significado específico para não se “contaminarem” com a normatividade.

D, enquanto norma jurídica, deve ser lido em um novo contexto. Não se trata mais da norma jurídica, associada a noções de obrigatoriedade e conceitos específico de

⁶⁰ Ross, *ibidem*, p. 33, nota de rodapé 29 A.

⁶¹ MICHELON JR, CLAUDIO FORTUNATO. *Aceitação e objetividade: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito*, São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2004, p. 72.

⁶² ROSS, ALF. *Direito e Justiça*, 2ª ed. Tradução e notas de Edson Bini, revisão técnica Alysson Leandro Mascaro. Bauru, EDIPRO, 2007, p. 209.

direito, ou como o próprio Ross diz, um conceito *a priori* de direito⁶³. Ao contrário, D se trata de mero “**destacamento**” de um conjunto de diretivas, cuja função é o estabelecimento de condições de aplicação da força do Estado. Note que a pretensão de Ross é evitar qualquer relação normativa entre a proposição da ciência do direito e a expressão diretiva propriamente dita.

No entanto, apesar de Ross não se valer expressamente de um conceito de direito *a priori*, é possível alegar que ele está usando um conceito *implícito*, em termos como “aplicação da força do Estado” ou “diretivas nacionais”. Neste sentido, estaria violando sua própria proposta. Afinal, quando se estabelece que o “ordenamento jurídico nacional” é o conjunto de normas que tratam das condições de uso da força pelo Estado, está claro o que se pressupõe como direito, apesar de este não ter sido definido expressamente.

Esta crítica é interessante, mas pode ser contornada se tomarmos a proposta realista de Ross também em conformidade com sua concepção de função da ciência do direito e os elementos constitutivos do termo D.

Para ele, a ciência do direito tem como função “*expor um certo sistema individual e nacional de normas.*”⁶⁴ Em outras palavras, ela indica o sistema de normas, **destacando-as**, para que qualquer um possa apreendê-lo, por meio dos próprios sentidos. Sendo assim, a questão conceitual é de somenos importância. Ainda, o termo D trata mais de um esquema interpretativo para se determinar os fatos sociais, do que de uma diretriz que indica o caminho correto (normativo). Por esta razão, a pertinência deste conceito de direito implícito depende da sua capacidade de se prever o evento observável. Em outras palavras, a concepção de direito ali pressuposta funciona como indicativo do que a proposição prevê e não como elemento de “validade” (no sentido normativo, obrigatório) da norma jurídica, sendo que a veracidade da proposição não depende deste conceito, mas da observância de fatos empíricos e coerência de hipóteses.

Do outro lado da proposição geral da ciência jurídica, temos a noção de “direito vigente” e, a partir dele, é possível compreender suas condições de verdade e o seu caráter hipotético. Para Ross, direito vigente procura substituir a função exercida pelo conceito tradicional de validade, associado à noção de obrigatoriedade. Assim como a

⁶³“As intermináveis discussões filosóficas tocantes à “natureza” do direito se fundam na suposição de que o direito extrai sua “validade” específica de uma ideia a priori, e que a definição do direito é, portanto, decisiva para se determinar se uma dada ordem normativa pode apresentar a reivindicação ao “título honorífico” do direito.” (ROSS, ALF. *Direito e Justiça*, 2ª ed. Tradução e notas de Edson Bini, revisão técnica Alysson Leandro Mascaro. Bauru, EDIPRO, 2007, p. 54)

⁶⁴ Idem, *ibidem*, p. 62.

validade nas teorias tradicionais, a função teórica do conceito de direito vigente é estabelecer critério de verificação da proposição jurídica. Estes critérios, evidentemente, devem ser empíricos e estão diretamente associados a sua noção de linguagem diretiva.

Por direito vigente, Ross entende o “conjunto de normas que efetivamente operam na mente do juiz, porque ele as sente como socialmente obrigatórias e por isso as acata.”⁶⁵ Há, neste conceito, dois pontos relacionados: a conduta reiterada e observável de um padrão, e a sensação deste padrão como obrigatório⁶⁶.

Para Ross, esta noção de vigência permite compreender o direito como um esquema interpretativo apto a proporcionar sentido específico (jurídico) às ações humanas e, ao mesmo tempo, prever futuras ações. Não se trata, portanto, de simplesmente antever ações do tribunal, mas de compreendê-las associadas ao sentido de determinadas normas. Trata-se de situação distinta da previsão de decisões por outras causas, como, por exemplo, pelas preferências pessoais dos magistrados ou o que se tomou no café-da-manhã. Assim, o fenômeno é ambíguo: empírico, por conta da conduta externalizada, e linguístico, em decorrência da relação norma-conduta. Em outras palavras: a decisão de magistrado deve possuir uma relação de sentido (sintoma) com a deliberação efetivamente ocorrida.

Todavia, entre a conduta externalizada e sua relação com a norma sentida como obrigatória, temos a relação do juiz com a conduta. Na relação juiz-conduta, temos um ato diretivo, o qual, para ser compreendido como tal, deve fundamentar-se em **hipótese** que explica a **ação** realizada pelo juiz como um ato associado a um sentimento, isto é, o que dá um sentido coerente às decisões⁶⁷. Trata-se de um fenômeno empírico de enunciação de diretriz que deve decorrer de um uso **consciente** da língua e possuir algum vínculo de causalidade com um sentimento específico. Caso contrário, o que teríamos é um fenômeno visual (escrita) ou sonoro (no caso de pronunciamento verbal de uma decisão). Ross procura compreender o fenômeno jurídico como dotado de sentido, mas o entende dentro de sua concepção de semântica “causalista”, em que uma enunciação linguística (ou

⁶⁵ ROSS, ALF. *Direito e Justiça*, 2ª ed. Tradução e notas de Edson Bini, revisão técnica Alysson Leandro Mascaro. Bauru, EDIPRO, 2007, p. 59.

⁶⁶ ROSS, ALF. *Direito e Justiça*, 2ª ed. Tradução e notas de Edson Bini, revisão técnica Alysson Leandro Mascaro. Bauru, EDIPRO, 2007, p. 62.

⁶⁷ “Minha opinião é comportamentista na medida em que visa a descobrir consistência e previsibilidade no comportamento verbal externamente observado do juiz; é psicológica na medida em que a aludida consistência constitui um todo coerente de significado e motivação, somente possível com base na hipótese de que em sua vida espiritual o juiz é governado e motivado por uma ideologia normativa cujo conteúdo conhecemos.” (ROSS, ALF. *Direito e Justiça*, 2ª ed. Tradução e notas de Edson Bini, revisão técnica Alysson Leandro Mascaro. Bauru, EDIPRO, 2007, p. 100)

seja, uma ação) estaria causalmente condicionada a um sentimento, ou, conforme sua nomenclatura, a um **sintoma**.

Sendo as decisões judiciais expressões linguísticas do tipo diretivo, elas possuiriam um **sintoma**, ou um significado expressivo, associado à emoção e à intenção do emissor. Assim, prever decisões judiciais envolve a compreensão de fatos psicológicos de determinados grupos, os quais devem **sentir** a obrigatoriedade de determinada conduta.

No entanto, a mera sensação de obrigatoriedade não vale de nada se as normas não forem efetivamente exaradas pelos magistrados. Então, há de se compreender também a observância de uma conduta externa dos indivíduos em conformidade com a diretiva⁶⁸. Neste sentido, para se poder afirmar sobre direito vigente, é necessário compreender o sentimento de obrigatoriedade de um lado e, de outro, **o comportamento social reiterado** dos magistrados de decidir em determinado sentido. A partir deles é possível inferir como os tribunais provavelmente decidirão casos hipotéticos e associá-los a diretivas, sendo o conjunto delas o total do direito vigente.

Nota-se que o método de inferência destas proposições não é simplesmente **indutivo**, a despeito de se tratar de uma previsão de um evento futuro. Não há a mera observação de uma regularidade e formulação de uma regra, que a representa. O que temos é formulação de uma hipótese que melhor explica a enunciação reiterada de diretivas que, para terem sentido, devem ser vistas como enunciados associados a sentimentos de obrigatoriedade.

Assim, a partir da releitura do significado de diretiva (norma) e de direito vigente, Ross reformula a proposição da ciência do direito, sendo que esta ganha os contornos de uma previsão de condutas (direito em ação) **com sentido**.

A partir desta exposição da teoria rossiana da proposição da ciência do direito, é possível inferirmos a função que esta deve exercer. A despeito do caráter operativo dos enunciados de segunda ordem, que poderia indicar algum elemento prático da ciência do direito, a proposição geral de Ross trata da exposição e da indicação de um objeto. Tanto o conceito de vigência, em substituição ao de validade, como a concepção de linguagem de Ross não deixam dúvida que a proposição jurídica seria uma proposição normativa desenhada para contornar o dilema de Jørgensen, como acima exposto.

Enquanto tal, a proposição normativa responde quais normas fazem parte do direito, **destacando diretivas consideradas vigentes**. Por direito vigente, temos a

⁶⁸ ROSS, ALF. *Direito e Justiça*, 2ª ed. Tradução e notas de Edson Bini, revisão técnica Alysson Leandro Mascaro. Bauru, EDIPRO, 2007, p. 41.

indicação simultâneas de uma **hipótese** sobre um sentimento (elemento subjetivo) e de um hábito de obediência (elemento comportamental). Assim, as diretrizes dos juízes, isto é, as normas não aparecem enquanto fenômeno normativo, mas somente sob seus aspectos físicos: um sentimento e uma conduta habitual⁶⁹. Os elementos normativos não aparecem (ou aparecem sob seu aspecto fático), posto que não se fala como os juízes devem decidir, de acordo com o direito, mas sim como, provavelmente, decidirão.

O termo “norma”, portanto, é uma referência complexa a fatos e hipóteses sobre fatos, o que torna a proposição jurídica russiana uma excelente candidata para representar um caso de “descrição de norma” de Tuzet. Neste sentido, podemos observar que se trata de uma proposição normativa **referente**, sem vínculo mais comprometedores com a noção de obrigatoriedade, não havendo incorporação na metalinguagem de padrões da linguagem objeto, as normas em si.

2.3 Proposições normativas referentes e suas perguntas

Quando pensamos no esquema de pergunta e resposta, notamos que a teoria russiana da proposição jurídica é clara quanto à escolha de perguntas sobre **qual o direito vigente**, sendo este aquele que **provavelmente será aplicado**. Elimina-se, portanto, qualquer pretensão prática da ciência do direito. A resposta dada também não deixa dúvida alguma: o que se responde é a previsão (ou hipótese) de um comportamento humano. Neste sentido, as condições de verdade da proposição são bem delimitadas e tratam da verificação de dados empíricos.

Além do modelo de Ross, também há outros modos de representar a proposição normativa referente no âmbito jurídico. Podemos imaginar, com algumas ressalvas, uma proposição que represente enunciações de autoridades jurídicas⁷⁰. Neste modelo, uma proposição jurídica do tipo “há a proibição do homicídio no ordenamento brasileiro” exprimiria um fato relativo à enunciação por uma autoridade desta proibição (no caso a enunciação do artigo 121 do Código Penal). Também podemos imaginar uma proposição referente que somente descrevesse comportamentos associados a normas. De um lado, poderia descrever as condutas referidas nas normas (matar pessoas, no caso de

⁶⁹ Aqui Ross procura uma síntese dos Realismo Psicológico e o Realismo Comportamentista. (ROSS, ALF. *Direito e Justiça*, 2ª ed. Tradução e notas de Edson Bini, revisão técnica Alysson Leandro Mascaro. Bauru, EDIPRO, 2007, p. 97)

⁷⁰ Neste exemplo, assim como na teoria de Ross, devemos eliminar os elementos normativos presentes no conceito e noção de autoridade, para compreender o aspectos lógico-linguístico que se pretende tratar da presente dissertação.

homicídio, por exemplo); de outro lado, poderíamos imaginar a descrição dos hábitos de obediência das normas (associado à face comportamentalista do realismo, por exemplo).

A partir da proposição rossiana e destes exemplos, é fácil perceber que os aspectos normativos são deixados de lado e o que se está tratando é exclusivamente de elementos fáticos associados às normas: comportamento, sensação, regularidade, condutas mencionadas e enunciação. Diante destes elementos, é de se indagar se uma ciência que busque tão somente prever a ocorrência de tais fatos pode conter algumas limitações, mesmo quando pensamos somente na função de responder quais normas fazem parte do ordenamento jurídico. Imaginemos um caso extremo de proposição normativa referente, do tipo que busca descrever somente enunciação **literal** de uma autoridade:

Caio: Eu publiquei uma obra de um artista sem autorização por escrito. Preciso de sua ajuda. Você poderia me informar quais são os dispositivos legais que tratam da transferência de direitos autorais?

*Tício: Claro, posso ajudar, sim. No Brasil, o Poder Legislativo **proferiu** a Lei 9.610 de 1998, que trata de direitos autorais e no seu capítulo V temos as diretrizes sobre transferência.*

Caio: Estou com uma dúvida: quando se faz a cessão do direito, qual conduta é obrigatória? Elaborar o contrato por escrito ou verbalmente?

Tício: Neste caso, o artigo 50 dita que é estipular o contrato por escrito.

Caio: Mas isso não viola a autonomia da vontade?

Para Tício responder esta última pergunta de Caio, ele precisa inferir tanto as consequências lógicas do mencionado artigo 50, como dos preceitos ligados à livre iniciativa, prevista no artigo 5º da Constituição Federal. Todavia, por só poder apresentar a enunciação de uma autoridade sobre o assunto, seria difícil para ele responder adequadamente se o artigo 50 faz parte ou não do sistema jurídico. Afinal, não há manifestação de qualquer autoridade sobre a constitucionalidade do artigo 50 da Lei de Direitos Autorais.

Esta limitação está diretamente relacionada à validade das consequências lógicas das normas. Sem a necessidade de aprofundarmos neste debate, podemos observar a dificuldade de responder questões que requerem apreciação do conteúdo das normas a partir de respostas fáticas. Trazendo este exemplo para as situações prototípicas sugerida por Tuzet, notamos que estamos falando somente de uma propriedade do “fato norma”, a sua enunciação por uma autoridade, não seu sentido.

Estaríamos diante de um indicativo que a medida mais cautelosa perante o dilema de Jørgensen - qual seja, a de descrever normas **a partir de fatos** - , pode não ser útil para responder quais normas fazem parte de um determinado sistema jurídico. A proposição normativa referente poderia, portanto, possuir limitações e alguma referência à norma enquanto tal deva fazer parte da metalinguagem das proposições normativas.

Mas há outro problema para uma ciência do direito. Quando pensamos na natureza da pergunta qual, vimos que a sua demanda é por informação com finalidade de conhecer e não de agir. Por esta razão, respostas sobre o ordenamento jurídico não possuem o escopo de orientar condutas, mas tão somente indicar um conjunto de normas. Tal conjunto, por esta razão, pode não ser útil para ação do sujeito normativo. Ademais, respostas “qual” podem muito bem trazer conjunto de normas contraditórias, e, ainda assim, conseguirem satisfazer a demanda da pergunta “qual”. A resposta “qual” sobre normas pode ser, **do ponto de vista normativo**, contraditória, mas, do ponto de vista descritivo, ainda consistente (sem contradições). Por exemplo, a negação da proposição normativa expressa na oração (a) “Faz parte do direito brasileiro, o artigo 121 do Código Penal, que proíbe tirar a vida de qualquer pessoa” é (b) “**Não** faz parte do direito...” e não (c) “Faz parte... , que **permite** tirar a vida.” Em outras palavras, apesar de serem **descritivamente** contraditórias as orações (a) e (b), não podendo integrar uma ciência do direito, ao mesmo tempo. O mesmo não se pode dizer de (a) e (c), que são contraditórias somente do **ponto de vista normativo**, posto que indicam condutas opostas.

A formulação teórica de Kelsen é a tentativa mais conhecida de integrar elementos normativos na ciência do direito. Nela, o esforço teórico reside em conceituar a proposição da ciência do direito, de acordo com o ideal positivista de cisão entre o direito como ele é e o direito como ele deve ser, sem, contudo, extirpar completamente a normatividade das proposições jurídicas. As dificuldades decorrentes do esforço kelseniano servirão para destacar alguns elementos importantes do discurso da ciência do direito, que serão úteis para conseguirmos compreender as regras técnicas e suas propriedades.

2.4 Rechtssätze, na Teoria Pura do Direito

Como já vimos, as proposições normativas referentes realizam o papel de apresentar normas, isto é, são boas representações da dinâmica de resposta “qual” sobre

normas jurídicas. A despeito de possíveis críticas metodológicas, proposições normativas referentes são aptas a apresentar coleções (ou classes) de normas. Agora, quando saímos deste tipo de proposição normativa, e buscamos inserir algum padrão de racionalidade da linguagem-objeto na metalinguagem sobre normas (ciência do direito), aproximamo-nos do dilema de Jørgensen.

Bulygin e Alchourrón notaram esta dificuldade das proposições normativas e, em algumas oportunidades, buscaram enfrentar o dilema de Jørgensen por meio do ataque à sua tese metalógica. Ao invés de se definir a noção de consequência lógica por meio da possibilidade de verdade dos enunciados, procuraram ampliar o entendimento sobre o que é consequência. Todavia, posteriormente, Bulygin, juntamente com Mendonça, sente que esta empreitada não foi bem-sucedida e acaba por aceitar que, para se ter uma lógica de proposições normativas, há a necessidade de uma lógica das normas. Por fim, entende que, apesar desta limitação, é possível tratar dos critérios de pertinência de uma determinada norma em um sistema normativo⁷¹. Consequentemente, quando se está diante exclusivamente do aspecto da pertinência de normas a sistemas, estamos mais próximos das proposições normativas referentes do que das reflexivas.

Esta dificuldade sentida pelos lógicos está presente na teoria do direito, principalmente na obra kelseniana, quando da formulação da proposição da ciência do direito. A proposição jurídica kelseniana, a *Rechtssatz*, é um dos capítulos menos claros da história da Teoria Pura do Direito (ou simplesmente, TPD). Para compreendê-la, entendemos necessária uma apresentação, mesmo que simples, dos conceitos de TPD associados à *Rechtssatz*. Contudo, antes de adentrarmos em uma exposição breve da Teoria Pura do Direito, uma ressalva deve ser feita. Teremos como paradigma a Teoria Pura do Direito, 2ª Edição, de 1960⁷², a versão que acabou por consolidar as principais teses kelsenianas acerca do direito e da proposição normativa (*Rechtssatz*).

A TPD é uma teoria sobre a ciência do direito. Como o próprio nome diz, o que se procura é a apresentação de uma teoria que justifique racionalmente o conhecimento do direito, sem apelo a outras ciências. Pretende-se, pois, depurar o “...*sincretismo metodológico que obscurece a essência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos*”

⁷¹ BULYGIN, EUGENIO; MENDONÇA, DANIEL. *Normas y Sistemas Normativos*, Madrid-Barcelona. Editora Marcial Pons. 2005.

⁷² KELSEN, HANS. *Teoria pura do direito*, 6. ed. 4.tiragem, edição original, 1960 São Paulo: Martins Fontes, 2000.

pela natureza do seu objeto.”⁷³ De um lado é **ciência**, e, neste sentido, se contrapõe à ideologia e apreensões morais sobre fenômenos⁷⁴. Daí, um forte elemento do positivismo jurídico: a pretensão de separação entre o direito como ele é do direito como ele deveria ser (com avaliações morais, em sentido estrito). De outro lado, ela se pretende **jurídica**, o que, em TPD, significa que ela se contrapõe a uma ciência empírica. Ela teria, portanto, o papel de tratar exclusivamente do direito, de *forma jurídica*, a partir e por meio de normas jurídicas. Trataria, pois, de uma ciência **normativa** do direito⁷⁵.

Como sintetiza Raz, a TPD teria adesão a duas das principais teses do positivismo jurídico: a tese das fontes sociais do direito e a relação contingente entre o seu conteúdo e o da(s) moral(is)⁷⁶. No entanto, TPD não aderiria à tese que ele denomina de “semântico-reducionista”, a qual propõe uma definição específica para as proposições da ciência do direito: elas devem ser concebidas como não-normativas, isto é, as proposições da ciência do direito devem representar algum tipo de descritivismo do fenômeno jurídico.

A tese reducionista das proposições da ciência possui no nível da teoria do direito um caráter normativo sobre os ideais de uma ciência do direito. Quando Kelsen defende uma postura antirreducionista, além de postular um ideal de ciência do direito, está propondo uma revisão metodológica mais profunda na forma que se concebe a ciência do direito, dentro da tradição positivista.

No centro da tese antirreducionista está a *Rechtssatz*. Para compreendê-la, contudo, outros elementos conceituais da TPD devem ser entendidos. Em especial, devem ser expostos os problemas atinentes aos conceitos kelsenianos de norma, validade jurídica e norma fundamental.

Norma é definida como **sentido objetivo** de um *dever ser*. Já *dever ser* teria uma correlação com atos de vontades direcionados à conduta de outrem⁷⁷. Mais

⁷³ Ressalta-se o distanciamento de Kelsen dos Realistas, notadamente de Ross. Como vimos, este postulava a sociologia como fundamento ideal da ciência do direito; já TPD busca compreender os pressupostos gerais presentes na ciência do direito (KELSEN, HANS. *Teoria pura do direito*, 6. ed. 4.tiragem, edição original, 1960 São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 4)

⁷⁴ Ibidem, p. 76.

⁷⁵ KELSEN, HANS. *Teoria pura do direito*, 6. ed. 4.tiragem, edição original, 1960 São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.79.

⁷⁶ RAZ, JOSEPH. “*The purity of the Pure Theory of Law*”. Essays on Kelsen. Editore: R. TUR e W. Twining. Oxford. Oxford University Press, 1986.

⁷⁷ Observa-se que o conceito de *dever ser*, para Kelsen, é um “dado imediato da consciência”, isto é, não poderia ser definido em outros termos.(KELSEN, HANS. *Teoria pura do direito*, 6. ed. 4.tiragem, edição original, 1960 São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.6 e 9).

especificamente, o dever ser seria o **sentido** de um ato de vontade intencional direcionado à conduta de outrem.

A partir deste jogo de definições, é possível apreender aspectos importantes do conceito de norma na TPD. Primeiramente, a norma jurídica constitui de um **sentido objetivo**, isto é, ela pressupõe algum tipo de apreensão dos significado de algo, o qual seja oponível a todos, isto é, o mero ato subjetivo não pode ser considerada uma norma. Daí, a distinção entre a ordem de um bandido e a de um fiscal que determina o pagamento de determinado tributo. TPD, portanto, atrai necessariamente as seguintes perguntas: o que (ou quem) garante esta objetividade? Qual seriam as condições de verdade (se há) dos sentidos subjetivos, para poderem ser considerados objetivos?

Kelsen dá a resposta a estas perguntas de forma clara e direta: é outra norma, chamada de norma superior, que garante objetividade aos sentidos das manifestações de vontade de autoridades. A despeito de esta resposta ser direta, ela não deixa explícita a concepção de linguagem de Kelsen. Contudo, podemos inferir tratar-se de uma concepção na qual se postula a objetividade dos enunciados dependentes de uma **regra** (ou uma convenção).

Assim, se há uma regra, convencionada ou não, que garante uma determinada interpretação, a partir desta concepção, podemos aferir as condições de verdade de um determinado enunciado. Mas no caso da TPD - em que há adesão forte à tese positivista da separação entre direito e moral (um dos lados de sua “pureza”) e das fontes sociais do direito -, tal **regra** só pode ser uma **norma de direito posta**, porque se fosse de outro tipo, poderíamos caminhar para dois riscos que Kelsen pretende evitar: o direito natural e o empirismo.

Como dito, esta objetividade não pode ser decorrente de elementos extrajurídicos (morais ou empíricos); por esta razão, é necessário recorrer a um elemento aceito pela teoria: a norma posta. O dever ser, enquanto sentido de um ato de vontade, só tem garantida sua objetividade, quando há uma norma, dita superior, apta a reconhecer este ato como objetivo. Uma norma, portanto, só possui fundamento objetivo quando há outra norma que permite compreender o sentido do ato de vontade como tal.

Aqui, surge a primeira ambivalência da norma: ela só existe enquanto dotada de sentido e, ao mesmo tempo, ela tem a função de “garantidora” de objetividade dos sentidos de atos de vontade. É neste sentido que Kelsen denomina a norma como “esquema

de interpretação”⁷⁸. No âmbito da TPD, tal objetividade é denominada por *validade*, isto é, uma norma jurídica é considerada válida se é um sentido **objetivo** de um ato de vontade.

Bulygin⁷⁹ notou que esta objetividade possui algumas facetas interessantes, o que nos traz uma ambivalência da norma. Primeiro, por ser a norma uma entidade lógico-linguística - isto é, ela é um sentido objetivo-, quando falamos de sua objetividade, estamos necessariamente falando de sua existência. De fato, se não se está diante de um sentido objetivo, não se está diante de uma norma, mas de um dever subjetivo. Segundo, a norma válida é também obrigatória, no sentido de ser normativamente vinculante. Neste contexto, a validade representa uma razão para agir. Tal razão para agir, enquanto objetiva, requer um fundamento que, ao invés de explicá-la, deve fundamentá-la.

A relação entre norma inferior e superior configura o **fundamento** da validade normativa e como tal ela também responde por que uma pessoa deve ou não respeitar determinada formulação de norma. Justamente pela necessidade de as normas terem fundamentos, tal relação não pode se dar ao infinito, isto é, não se pode subir indefinitivamente para se encontrar fundamento de validade, ante o risco de a norma não ter sentido objetivo fundamentado. Em outras palavras, a pergunta sobre o por quê de determinada norma ser válida precisa ser respondida. Para tanto, Kelsen sugere uma norma fundamental (*Grundnorm*) como norma *pressuposta*, a qual é necessária à compreensão de qualquer norma *posta*, isto é, decorrente de um ato de vontade bem definido.

Destaca-se que esta norma fundamental não pode ser posta, no sentido de ser um sentido objetivo de um ato de vontade. Ela é *pressuposta* e permite compreender um conjunto de normas como dotado de validade. Também em decorrência da norma fundamental, é conferida uma unidade sistêmica ao conjunto de normas, haja vista ser imputado a ela o fundamento último de validade de todas normas.

Agora, o fundamento de validade das normas em geral pode ser estático ou dinâmico. O fundamento estático da norma é aquele que depende da possibilidade de seu *conteúdo* ser inferido a partir de uma outra norma superior. Neste caso, o sentido de uma norma inferior pode ser **deduzido** de uma norma superior. Desta forma, o fundamento e conteúdo de validade normas inferiores estão previstas nas normas superiores⁸⁰.

⁷⁸ KELSEN, HANS. *Teoria pura do direito*, 6. ed. 4.tiragem, edição original, 1960 São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.4.

⁷⁹ BULYGIN, EUGENIO; MENDONÇA, DANIEL. *Normas y Sistemas Normativos*, Madrid-Barcelona. Editora Marcial Pons. 2005.

⁸⁰ KELSEN, HANS. *Teoria pura do direito*, 6. ed. 4.tiragem, edição original, 1960 São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 218.

No caso do princípio estático, a partir da norma fundamental, é possível inferir o conteúdo de toda norma inferior e, em razão de esta norma pressuposta não possuir outra superior para lhe fundamentar, ela deveria ser imediatamente evidente. Segundo Kelsen, o princípio estático de fundamentação normativa pressupõe uma razão prática⁸¹.

No sentido dinâmico, as normas jurídicas seriam válidas não em decorrência de seu conteúdo inferido a partir de outra norma, mas teriam seu fundamento de validade em decorrência do reconhecimento de um fato como apto à criação de normas⁸². Passa-se, portanto, da perspectiva do que é dito para como e quem diz.

A norma fundamental de um sistema de tal tipo (dinâmico) é pressuposta sempre que “o sentido subjetivo dos fatos geradores de normas postas de conformidade com a Constituição é interpretado como o seu sentido objetivo.”⁸³ Sua função seria a de uma constituição lógico-jurídica, em contraposição à constituição no sentido jurídico-positivo, por garantir unidade ao conjunto de normas jurídicas, dando-lhes o caráter sistêmico. Não se trata de uma norma posta, como as outras até então mencionadas, mas de uma norma “meramente pensada”, que não representa o sentido de uma vontade, mas o sentido de um pensamento. Podemos afirmar que a norma fundamental é mais uma regra (uma convenção) que garante objetividade do que uma norma jurídica voltada à conduta de outrem.

A partir destas abordagens gerais dos conceitos de norma, validade e norma fundamental, podemos compreender a proposição da ciência jurídica, a *Rechtssatz*.

Kelsen propõe a *Rechtssatz (Expositor)* em contraposição às normas jurídicas (*Rechtsnorm*). Enquanto o sentido desta é a vontade da autoridade direcionada à conduta de outrem, o daquela é o sentido descritivo de uma norma. No entanto, descrever uma norma é a utilização de enunciados para descrever um sentido objetivo que também se manifesta por meio de outros enunciados. Trata-se, pois, de uma metalinguagem da linguagem direito. Se Kelsen defende, expressamente, que a *Rechtssatz* é um “sentido descritivo de um dever”, estamos diante de uma proposição normativa referente novamente?

⁸¹ KELSEN, HANS. *Teoria pura do direito*, 6. ed. 4.tiragem, edição original, 1960 São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 219.

⁸² KELSEN, HANS. *Teoria pura do direito*, 6. ed. 4.tiragem, edição original, 1960 São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 220.

⁸³ KELSEN, HANS. *Teoria pura do direito*, 6. ed. 4.tiragem, edição original, 1960 São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 224.

Não parece ser esta a resposta de Kelsen. A *Rechtssatz* não é uma proposição meramente descritiva de normas: ao contrário, trata-se de um **dever ser** com **sentido descritivo**⁸⁴. Esta definição parece contraditória⁸⁵, afinal, se o que conceitua uma proposição é seu sentido, como poderia um dever ser ter um sentido descritivo? Contudo, ao longo de sua vida, Kelsen sempre defendeu que se tratava de um tipo específico de enunciado científico, não assumindo a contradição, mas ao invés de apresentar outros atributos do que constitui a *Rechtssatz*, Kelsen enfatizou o que ela não é.

Em debate com Hart⁸⁶, Kelsen deixa claro principalmente que não se trata de uma mera **mencão** à norma jurídica. O que nos afasta da proposição normativa meramente referente. Não se trata, portanto, de um uso dos enunciados normativos como mero objetos da *Rechtssatz*, mas um dever ser com um sentido peculiar. E esta insistência não é à toa. Para uma posição antirreducionista como a de Kelsen, defender o caráter meramente referente da *Rechtssatz* seria um erro, o qual se evitou.

Como se vê, a posição de Kelsen sobre as proposições da ciência do direito não parece bem definida e, logo de início, se apresenta de maneira contraditória. Diante deste primeiro cenário, poderíamos tentar reconstruir a posição mais coerente possível, a partir do quanto expresso no texto da TPD, ou poderíamos simplesmente aceitar suas contradições e mostrar as questões teóricas com as quais Kelsen conviveu para formular as suas *Rechtssätze*. Este último caminho parece mais interessante para o propósito do presente trabalho.

Para tanto, vamos partir do principal argumento de Kelsen quando confrontado com a natureza contraditória de suas *Rechtssätze*. Em sua defesa, Kelsen não apresenta muitas explicações; todavia, faz uso da referência teórica de Christoph Sigwart, para quem:

“O imperativo... não exige a crença na sua verdade, mas obediência.... Nada de essencial é modificado neste significado mais imediato e usual do imperativo... Também a forma ‘tu deves’ com que se apresentam certos

⁸⁴KELSEN, HANS. *Teoria pura do direito*, 6. ed. 4.tiragem, edição original, 1960 São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 84.

⁸⁵ Ross bem observa isso e julga lamentável a insistência de Kelsen no uso de dever ser como proposição da ciência do direito. Em sua classificação de ciências normativas, Ross observa que Kelsen seria metodologicamente normativo, isto é, utilizaria normas para descrever o direito, o que seria uma corrupção do ideal positivismo. (ROSS, ALF, “*Validity and the conflict between legal positivism and Natural Law*”, Revista Jurídica de Buenos Aires, 1961. pp. 46-93)

⁸⁶HART, H.L.A. “*Kelsen Visitado*”. Ensaios sobre Teoria do Direito e Filosofia. Tradução José Garcez Ghirardi e Lenita Marai Rimoli Esteves. Revisão Técnica: Ronaldo Porto Macedo e Leonardo Gomes Penteadado Rosa. Rio de Janeiro, Elsevier, 2010.

comandos, como os do Decálogo, não exprime imediatamente senão isto mesmo. Dever-ser é o correlato de querer ... Em todo o caso, porém, há neste 'tu deves' um duplo sentido que não existe no simples imperativo. Com efeito, dever-ser (Sollen) tem também o sentido de um genuíno predicado modal que exprime uma relação existente entre a vontade individual subjetiva e um poder emissor de comandos ou uma norma objetiva. O imperativo originário está agora transformado na significação do predicado...e a afirmação de que eu estou obrigado (tenho o dever de) pode ser verdadeira ou falsa com relação a uma ordem jurídica ou moral pressuposta...”⁸⁷(g.n.)

Este trecho da obra de Sigwart, citado por Kelsen, representa bem os dois **compromissos** da *Rechtssatz*: tratar da relação da norma com um determinado sistema jurídico e indicar o aspecto vinculante das normas jurídicas. Estes dois compromissos parecem ser correlatos à ambivalência do conceito de validade citado acima, o qual não pretende ser nem exclusivamente descritivo e nem inteiramente normativo, em sentido moral⁸⁸.

Do lado da **negação do descritivismo empírico**, Kelsen contrapõe a função da ciência jurídica com a das ciências naturais. Como à ciência jurídica não cabe prever o comportamento humano, mesmo que isso fosse possível, resta-lhe imputar prescrições do direito⁸⁹. Em outras palavras, uma ciência jurídica, como pensada por Kelsen, não deve apresentar relações de causalidade entre eventos; ao invés disso, a ciência do direito deve estabelecer relações de **imputação**.

Neste sentido, temos o que Kelsen denomina de princípio de imputação, o qual representa, ao mesmo tempo, uma maneira de inferir novas proposições (conclusões) e também um preceito organizador da apreensão da realidade.

Observa-se o princípio da imputação como “regra de inferência” nos exemplos expostos na TPD, onde Kelsen apresenta algumas relações estabelecidas entre enunciados. Mais especificamente, quando o autor frisa a contraposição do princípio da imputação com o princípio da causalidade, destacando que dado um caso (um evento) A, a *Rechtssatz* não

⁸⁷ Sigwart, Christoph. *Logik*, 3ª Edição. Tubingen, 1904, pp. 17 e ss, **apud** KELSEN, HANS. *Teoria pura do direito*, 6. ed. 4.tiragem, edição original, 1960 São Paulo: Martins Fontes, 2000, nota 9.

⁸⁸ Estas duas contraposições estão bem destacadas no capítulo da TPD, “A negação do dever ser, o Direito como ideologia,” onde Kelsen explora duas acepções do termo “ideologia”, para localizar as oposições de e em TPD (KELSEN, HANS. *Teoria pura do direito*, 6. ed. 4.tiragem, edição original, 1960 São Paulo: Martins Fontes, 2000, p 113-120)

⁸⁹ KELSEN, HANS. *Teoria pura do direito*, 6. ed. 4.tiragem, edição original, 1960 São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 99.

deve dizer “Se A, então será B” , mas sim “Se A, então B deve ser.” Neste momento, o princípio da imputação limita os tipos de inferência que poderíamos ter.

Pelo ângulo da organização da experiência, o princípio da imputação limita o conhecimento de tal forma a manter a noção de norma⁹⁰ não como uma previsão de um comportamento futuro, mas como uma função linguística de estabelecer condutas vinculantes e, também, delimita algumas qualidades do fenômeno jurídico.

Esta função linguística (organizador dos enunciados das autoridades) é representada pela *Rechtssatz*, posto que apresenta enunciados como entidades que representam a vinculação normativa, isto é, normas válidas. Já a delimitação de outras propriedades do fenômeno jurídico é observada na delimitação de qualidades dos elementos pressupostos na norma, como, por exemplo, a liberdade dos agentes, na TPD.

Para Kelsen, a consideração do ser humano como uma entidade livre, para a ciência do direito, não decorre de qualquer propriedade inerente a sua “humanidade”, mas sim em razão da atuação do princípio da imputação, graças ao qual não faria sentido falar no julgamento normativo de condutas se estas não fossem livres⁹¹. De fato, caso a própria ciência do direito tratasse as condutas humanas como uma teia de causalidade previsível, estaríamos diante de uma ciência preditiva e não normativa, postura adotada por um “sociólogo do direito”, mais preocupado com as relações causais entre eventos que determinariam o “direito em ação”.

De outro lado, a *Rechtssatz* também se opõe a aspectos **normativos específicos** **na** ciência do direito. Esta oposição trata do compromisso clássico do positivismo metodológico: uma postura neutra diante do direito. Todavia, temos que fazer uma distinção sobre os significados desta postura do positivismo jurídico. De um lado, temos a oposição à confusão entre enunciados de autoridade e do jurista e, de outro, está o repúdio ao engajamento moral das proposições da ciência do direito, isto é, as proposições da ciência do direito não dizem como o direito deve ser mas como, de fato, é.

⁹⁰ Neste aspecto, observa-se a influência kantiana sobre Kelsen. A imputação funcionaria como uma categoria do pensamento, que organizaria o “pensar jurídico” de forma a tornar a experiência jurídica conhecida, em seu aspecto normativo. Sobre o papel da imputação na argumentação kelseniana, como categoria que organiza o pensar jurídico vide PAULSON, STANLEY. “*Hans Kelsen's Doctrine of Imputation*”. *Ratio Juris*. Vol. 14 No. 1 March 2001.; e Idem. “*The Neo-Kantian Dimension of Kelsen's Pure Theory of Law*” *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 12, No. 3, 1992.

⁹¹KELSEN, HANS. *Teoria pura do direito*, 6. ed. 4.tiragem, edição original, 1960 São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 102 e ss.

Sob o ângulo da contraposição entre enunciado de autoridade e de cientista, a *Rechtssatz*, por definição na TPD, se dissocia das normas emitidas pelas autoridades, sendo estas objeto daquelas⁹². Apesar de as formas linguísticas destes tipos de enunciados serem as mesmas, Kelsen observa duas diferenças: uma que poderíamos denominar de semântica e outra com caráter pragmático. Do ponto de vista pragmático, as *Rechtssätze* se diferenciam das normas por conta de sua função. Estas últimas teriam a função prescritiva, já aquelas seriam meramente descritivas, não podendo prescrever condutas ou outras normas. Do ponto de vista semântico, a norma representaria um sentido de um ato de vontade, já as *Rechtssätze* representariam a descrição de uma norma. Neste sentido, a norma não seria suscetível de ser verdadeira e nem falsa, já as proposições da ciência jurídica poderiam ser verificadas.

Sob o ângulo do repúdio ao engajamento moral na ciência do direito, a *Rechtssatz* pretende ser uma descrição do direito posto, isto é, as normas válidas, desvinculadas de qualquer tipo de preceito além da experiência jurídica própria. Aqui, a *Rechtssatz* trata de excluir preceitos morais ou valores do objeto das proposições da ciência do direito. Procura, portanto, **representar** o direito tal como ele é, sem função **criativa** do jurista, sendo qualquer postura neste sentido considerada não-científica, isto é, a serviço de uma ideologia. O cientista do direito deveria, portanto, refletir o complexo de normas de uma sociedade e não cria-las.

Como se observa das contraposições, Kelsen localiza a *Rechtssatz* entrincheirada numa zona de conflito. De um lado, repudia determinados aspectos normativos (engajamento moral e confusão entre autoridade e cientista), de outro, pretende evitar-se um descritivismo empirista simples. Evidentemente, é fácil, a partir desta localização, estabelecer predicados inusitados sobre a *Rechtssatz*: ela descreve o direito, mas o faz de forma normativa, ou ela prescreve, mas com um sentido descritivo de norma. Estas impressões dificultam uma formulação afirmativa das proposições da ciência do direito kelseniana.

Para compreender melhor este ponto, faz-se necessário compreender as leituras de Raz e Bulygin sobre as proposições da ciência jurídica kelseniana.

⁹² KELSEN, HANS. *Teoria pura do direito*, 6. ed. 4.tiragem, edição original, 1960 São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 80.

2.5 A reabilitação da *Rechtssatz* da TPD: Raz e as sentenças descompromissadas (desengajadas)

Em *The Purity of the Pure Theory*⁹³, Raz procura investigar o real significado das *Rechtssätze*, de forma a lhes dar um conteúdo coerente tanto com a obra kelseniana, como com os preceitos tradicionais do positivismo jurídico. Para tanto, Raz investiga uma leitura viável da relação entre três aspectos da obra kelseniana: a caracterização das proposições da ciência do direito, o antirreducionismo da TPD e a adesão a pressupostos positivistas clássicos (tese das fontes e conexão contingente entre direito e moral).

Raz observa na tradição positivista três teses logicamente independentes: (i) a tese da fonte social do direito, isto é, as normas jurídicas têm sua origem exclusivamente na experiência em sociedade; (ii) a tese reducionista da ciência do direito, segunda a qual a normatividade do direito deve ser reduzida, no âmbito de uma ciência do direito, a elementos não-normativos (ordem, ameaça, comportamento etc.); e (iii) a conexão contingente entre direito e moral.

Para Raz, dois autores positivistas que negariam a tese reducionista (ii) seriam Kelsen e Hart. Para ambos, haveria algum aspecto normativo relevante nos enunciados jurídicos, o qual necessariamente os caracterizam, sob o risco de estarmos diante enunciados estranhos ao raciocínio jurídico (por exemplo, sociológico). Contudo, Raz estabelece uma distinção entre os tipos de análise de enunciados jurídicos de Hart e Kelsen.

Na leitura de Raz, o aspecto normativo dos enunciados hartianos decorreria de uma abordagem expressiva, que nos daria dois tipos específicos de enunciados acerca do direito: os internos e externos. Os últimos tratariam da descrição de comportamentos e fatos associados ao direito; já os primeiros tratariam de **usos** normativos de enunciados sobre o direito, “fornecendo diretrizes pela crítica, recomendação, exigindo, alertando, aprovando etc...”⁹⁴. Neste texto de Raz, a distinção hartiana entre enunciados internos e externos residiria na sua força ilocucionária. Os primeiros expressam a crença do falante e sua atitude prática, representada pela vontade de ser guiada de acordo com certos padrões. Os segundos tipos de enunciados dizem respeito a comportamentos.

⁹³RAZ, JOSEPH. “*The purity of the Pure Theory of Law*”. Essays on Kelsen. Editore: R. TUR e W. Twining. Oxford. Oxford University Press, 1986.

⁹⁴RAZ, JOSEPH. “*The purity of the Pure Theory of Law*”. Essays on Kelsen. Editore: R. TUR e W. Twining. Oxford. Oxford University Press, 1986, p. 86.

A abordagem kelseniana seria outra. Para Raz, o que caracteriza a normatividade de um enunciado, na TPD, é sua capacidade de conhecer normas de direito. Isto é, tal enunciado seria normativo em razão de indicar a existência de uma norma obrigatória⁹⁵. Assim, a despeito de Kelsen adotar uma posição moral relativista, para Raz, a TPD defenderia uma posição moral cognitivista⁹⁶.

É a partir desta premissa que Raz observa três movimentos argumentativos da TPD no sentido de se estabelecer a possibilidade de se estabelecer enunciados antirreducionistas na ciência jurídica.

Primeiro movimento: afirmar que o direito pode ser descrito em termos sociológicos, isto é, fáticos. Assim, é observada a relação entre fatos sociais e o fenômeno jurídico. Este movimento observado por Raz pode ser compreendido como correlato das teses fontes sociais do direito.

Segundo movimento: o primeiro movimento é insuficiente para afirmar a obrigatoriedade (vinculação) das normas. Para isso, Kelsen deve associar a possibilidade de cognição moral ao conhecimento desvinculado do direito. Para expor este movimento, Raz sugere uma imagem interessante. Imaginemos um homem, denominado de homem jurídico (*legal man*), que aceitasse todas as normas jurídicas como moralmente válidas, não havendo em seu conjunto de preceitos morais nada além de normas jurídicas. O ordenamento jurídico, neste caso, seria coincidente com a moral individual desta pessoa. Neste caso, seria possível determinar o ordenamento jurídico, sob a forma de uma condicional: “se o homem jurídico está correto, então todos seus preceitos morais são o ordenamento jurídico”. Esta “condicionalização” estaria pressuposta nos enunciados jurídicos e seria representada na função da norma fundamental. Desta forma, todo enunciado deste tipo seria uma hipótese. Em razão do destaque expresso desta condição, não se pode falar em engajamento destes enunciados. Os enunciados deste tipo não seriam comprometidos (*committed*) com a diretriz expressa na norma, não havendo concordância com o valor (ou desvalor) de determinada norma, mas somente uma validade condicionada.

⁹⁵RAZ, JOSEPH. “*The purity of the Pure Theory of Law*”. Essays on Kelsen. Editore: R. TUR e W. Twining. Oxford. Oxford University Press, 1986, p. 87.

⁹⁶ Raz observa as limitações deste tipo específico de relativismo moral. Tal abordagem, contudo, sofre limitações, ante o tipo de relativismo moral esposado por Kelsen. Mais especificamente, o relativismo subjetivo de Kelsen, em que para uma norma ser objetiva faz-se necessário algum tipo de convenção ou aceitação subjetiva (RAZ, JOSEPH. “*The purity of the Pure Theory of Law*”. Essays on Kelsen. Editore: R. TUR e W. Twining. Oxford. Oxford University Press, 1986, p. 87.

Terceiro movimento: o segundo movimento não trataria adequadamente do discurso jurídico, posto que não trataria dos enunciados categóricos sobre normas, tal qual “é dever dos pais cuidar de seus filhos”. Até o segundo movimento, teríamos, tão somente, enunciados condicionados a uma hipótese: o homem jurídico (*legal man*) estar correto. Não seria esta a prática do discurso de advogados e cientistas do direito, os quais a TPD não distingue, segundo Raz. É necessário um terceiro movimento argumentativo: afirmar que os juristas efetivamente fazem esta pressuposição. A norma fundamental, portanto, seria um tipo de suposição feita por todos juristas quando tratam de normas jurídicas. O jurista, portanto, afirmaria a validade de determinada norma sem, contudo, aderir ou se comprometer ao valor de suas diretrizes. Trata-se mais de uma expressão de um ponto de vista, no caso, do homem jurídico (*legal man*).

Assim, a partir destes movimentos, Raz propõe uma tripartição dos enunciados jurídicos:

- 1 – Enunciados condicionados, os quais são moralmente descompromissados;
- 2 – Enunciados descomprometidos ou desengajados (*detached statements*⁹⁷): também são moralmente descompromissados e tratam do ponto de vista do *legal man*;
- 3 – Enunciados comprometidos ou engajados (*committed statements*): seriam sentenças fundamentadas na crença do valor vinculante de determinadas diretrizes pertencentes à norma.

Somente os enunciados 1 e 2 poderiam ser considerados aptos a integrarem uma ciência do direito positivista, na TPD, posto que poderiam ser julgados verdadeiros ou falsos e não apresentariam qualquer tipo de vinculação moral. As *Rechtsätze* seriam, portanto, sentenças destes tipos. Observa-se que esta reconstrução da teoria kelseniana possui um enfoque específico: estabelecer a possibilidade de enunciados jurídicos sem qualquer vinculação moral. A partir desta leitura, Raz tenta manter incólume duas teses positivistas: a tese das fontes sociais do direito e a da conexão contingente entre moral e direito. Ante este propósito, observa-se que a leitura de Raz da *Rechtssatz* seria menos voltada para a própria possibilidade do conhecimento de normas, sem indeterminação, e mais sobre a possibilidade de desengajamento moral.

Tal leitura foi severamente criticada por Bulyigin em *Enunciados jurídicos y positivismo: respuestas a Raz*⁹⁸. Neste texto, o autor procura expor os possíveis erros de

⁹⁷ O tema das *detached statements* possui uma evolução dentro da literatura raziana. Para uma abordagem mais aprofundada deste tema, vide D’ALMEIDA, LUÍS DUARTE. “*Legal Statements And Normative Language*”. *Law and Philosophy*, Vol. 30, nº 2, Springer, 2011.

leitura da obra kelseniana, as comparações equivocadas com a teoria hartiana sobre enunciados jurídicos, bem como compreender as limitações da proposta raziana.

Inicialmente, dois apontamentos são incisivos sobre a leitura raziana da TPD, para Bulygin. Primeiro, a obra kelseniana não trata de toda a prática discursiva do direito, isto é, não se pretende tratar de enunciados de advogados, juízes e cientistas do direito. Mas trataria de padrões racionais da ciência normativa do direito, isto é, não se procura uma prática discursiva dos agentes do direito, mas do “cientista do direito”. Segundo, e ainda neste sentido, a *Rechtsatz*, a despeito da confusão kelseniana, não seria um tipo de enunciado prático, mas teórico, cujo propósito seria meramente descritivo. Kelsen seria claro sobre a ausência de função prescritiva nas proposições da ciência do direito.

De acordo com Bulygin, a interpretação de Raz não seria feliz também no âmbito da comparação com a teoria hartiana dos enunciados jurídicos. Para Bulygin, Raz haveria se equivocado ao equiparar as *Rechtssätze* de Kelsen com os enunciados internos de Hart, quando os trata sob a mesma alcunha: *legal statements* (enunciados jurídicos). Os enunciados da TPD corresponderiam aos enunciados do tipo oposto, isto é, aos enunciados externos de Hart. Como dito acima, não haveria na TPD uma preocupação com todo tipo de prática discursiva associada ao direito, mas tão somente os da ciência normativa do direito (sobre normas).

Além destas duas críticas à leitura de Raz, Bulygin também explora a própria possibilidade de enunciados normativos, nos moldes propostos na leitura raziana. Especialmente, critica a tentativa de se explicar o caráter dúplice das *Rechtssätze*, qual seja, seu caráter normativo e descritivo. Ele vê nas *detached statements* de Raz duas limitações. Primeiro, elas não se diferenciariam dos enunciados condicionados, sendo possível a partir de um inferir o outro. Segundo, Bulygin insiste na divisão categórica entre enunciados práticos (normas) e enunciados teóricos (descritivos), sendo qualquer tentativa de unificar os dois tipos uma contradição.

É neste sentido que Bulygin procura revisar a *Rechtssatz*, para que ela possa se adequar ao que ele considera o propósito da TPD e um preceito basilar do positivismo: a descrição do direito, sem engajamento moral. Mas ao contrário de Raz, que estabelece novos tipos de enunciados previstos na TPD, Bulygin procura dissociar os sentidos presentes em outro conceito fundamental da obra kelseniana: a noção de validade.

⁹⁸BULYGIN, EUGENIO. “Enunciados jurídicos y Positivismo: respuesta a Raz”, in ALCHOURRÓN, CARLOS E.; BULYGIN, EUGENIO. *Análisis lógico y derecho*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales 1991, p. 427-438.

Bulygin observa que validade teria um significado dúplice. De um lado, trataria da obrigatoriedade das normas de direito; de outro, trataria da pertinência de determinada norma a um sistema jurídico determinado. A validade, como obrigação, não deveria ser objeto de uma *metajurisprudenz* positivista, ainda mais como posta por Kelsen, isto é, como validade **objetiva**. Citando Nino, Bulygin observa o papel central, na TPD, da validade no sentido de obrigatório, o que tornaria Kelsen um falso positivista, já que não seria papel de uma ciência do direito positivista afirmar qual norma seria ou não obrigatória, mas sim qual integra ou não o sistema jurídico. O conceito de validade como obrigação serviria para responder quais normas são fundamentadamente obrigatórias, o que se trata de uma questão extrajurídica, já que o dever de obedecer ao direito não está no próprio direito⁹⁹. Evidentemente, ele observa que, boa parte do tempo, as normas pertencentes ao sistemas são obrigatórias, mas afirmar quais são ou não foge da missão de uma ciência do direito. Por esta razão, Bulygin adere à crítica russiana a Kelsen e o considera um “quasipositivista”.

Diante deste quadro, Bulygin reformula o conceito de validade para tratar exclusivamente do sentido de pertinência a um sistemas jurídico. Consequentemente, a *Rechtssatz* reformulada seria uma proposição normativa que trataria exclusivamente da pertinência de determinadas normas aos respectivos sistemas jurídicos. Seria, portanto, uma proposição teórica descritiva, sem qualquer caráter normativo, e as definições de Kelsen, anteriormente expostas, seriam confusões presentes na literatura da TPD.

Independentemente de serem justas as críticas a Raz, para os propósitos do presente trabalho, é interessante observar as diferenças entre os caminhos trilhados por estes dois autores. Enquanto Raz procura estabelecer novos conceitos presentes na obra kelseniana, que se adequariam às teses positivistas, Bulygin intenta depurar um conceito central, o de validade das normas, de seus elementos morais. Em outras palavras: Raz se aproxima mais de uma **releitura** da obra kelseniana, e Bulygin de uma **revisão**.

Tais caminhos argumentativos distintos, contudo, decorrem principalmente do juízo que cada um destes dois autores fez sobre a adequação ou não da obra, ou parte da obra, de Kelsen aos preceitos positivistas. Diante desta constatação, podemos imaginar três causas desta divergência: diferentes leituras, concepções divergentes sobre quais são os verdadeiros preceitos positivistas ou, ainda, investigações voltadas para aspectos distintos da *Rechtssatz*. A despeito de as duas primeiras hipóteses serem razoáveis, na próxima

⁹⁹ BULYGIN, EUGENIO; MENDONÇA, DANIEL. *Normas y Sistemas Normativos*, Madrid-Barcelona. Editora Marcial Pons. 2005.

seção, exploraremos a última, para que possamos construir elementos necessários para explorar as regras técnicas.

2.6 Entre Bulygin e Raz: as perguntas e respostas na *Rechtssatz*

Como é proposta do presente trabalho, analisaremos a *Rechtssatz* como representativa de um jogo de perguntas e respostas, para compreender o debate acima. Até agora, observamos que a *Rechtssatz* trata de um conceito complexo e, aparentemente, contraditório. De um lado, vimos a leitura conciliatória de Raz, que procurou apresentá-la como um conceito coerente, que conseguiria representar o uso normativo e cognitivo da linguagem pelos juristas de forma “descomprometida” (desengajada); de outro, vimos a análise de Bulygin, a qual observa a incoerência dos propósitos da TPD com o caráter normativo do conceito de validade e da *Rechtssatz*. Agora, sob o ângulo das perguntas e respostas associadas a este tipo de enunciado, como podemos compreender a TPD?

Primeiramente, podemos olhar sob o ângulo das perguntas. Os propósitos de TPD são claros, como bem observa Bulygin: o que se pretende é “*descrever em termos igualmente neutros o direito nazista, comunista, capitalista ou democrático, sem que tal descrição importe adesão aos respectivos regimes políticos ou sua reprovação*”¹⁰⁰. De fato, tal motivação é expressa em várias passagens de TPD, logo no início já anuncia o tipo de questionamento que se propõe: “[TPD] Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito”¹⁰¹(grifo nosso).

Esta proposta kelseniana se adequa facilmente à pergunta-tipo “qual”. De fato, quando em um diálogo se pretende saber “o que é” algo, uma das leituras deste questionamento é a necessidade de se destacar um elemento (ou um grupo) dentro de um conjunto maior. Enfim, quando perguntamos “quais normas fazem parte do direito nazista?” ou “qual norma, no Brasil, trata do homicídio?” estamos demandando pela indicação (do modo que for) ou destacamento de um elemento dentro de um conjunto ou de um conjunto dentro de uma classe.

Todavia, isso não parece claro quanto adentramos no conceito de validade. Como já dito, validade na TPD procura tratar também do **fundamento** de obrigatoriedade

¹⁰⁰BULYGIN, EUGENIO. “*Enunciados jurídicos y Positivismo: respuesta a Raz*”, in ALCHOURRÓN, CARLOS E.; BULYGIN, EUGENIO. *Análisis lógico y derecho*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales 1991, p. 427-438, p. 434.

¹⁰¹KELSEN, HANS. *Teoria pura do direito*, 6. ed. 4.tiragem, edição original, 1960 São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.. 1.

de determinada norma. Normas válidas são aquelas as quais estaríamos objetivamente obrigados a cumprir. Para Kelsen, tal obrigatoriedade deveria se fundamentar no próprio direito, o que demanda o reconhecimento da vinculação normativa de dispositivos inferiores por normas superiores, até uma norma fundamental.

Como bem pontual Bulygin, validade kelseniana é ambígua: trata tanto do fundamento de obrigatoriedade de uma norma (“por que devo cumprir esta ordem?”), como fundamento teórico da proposição jurídica (“esta norma faz parte do direito?”). No trecho seguinte, observa-se bem esta ambiguidade:

*“O que é que fundamenta a unidade de uma pluralidade de normas, por que é que uma **norma determinada pertence a uma determinada ordem**? E esta questão está intimamente relacionada com esta outra: Por que é que uma norma vale, o que é que constitui o seu fundamento de validade?”*

*Dizer que uma norma que se refere à conduta de um indivíduo ‘vale’ (é “vigente”), significa que ela é vinculativa, que o indivíduo se deve conduzir do modo prescrito pela norma. Já anteriormente num outro contexto, explicamos que a questão de por que é que norma vale – quer dizer: **por que é que o indivíduo se deve conduzir de tal forma...**”¹⁰² (g.n.)*

Observe que, por conta do conceito de validade kelseniana ter esta ambiguidade, a TPD trata como legítimos dois tipos de perguntas para uma ciência do direito: “quais são as normas do direito?” e “devo cumprir esta norma?”.

Sob o ângulo da resposta, temos outras dificuldades na teoria kelseniana. A forma da *Rechtssatz* é definido por Kelsen de modo confuso, não se trata de mera descrição de normas e, tampouco, é um dever genuíno. Apesar de não ser claro o que Kelsen afirma, Raz observa haver um caráter diretivo amplo neste tipo de enunciado. Eles não seriam somente enunciados teóricos, mas representariam os enunciados de operadores do direito também, já que, para Raz, Kelsen não distinguiria entre acadêmicos e práticos. Assim, para Raz, a *Rechtssatz* poderia ser lida também como aconselhamento e orientação perante cortes¹⁰³.

Temos, portanto, para a ciência do direito da TPD perguntas ambíguas, que dificultam identificar o que, de fato, se responde. Aparentemente, para a TPD teríamos as

¹⁰² Ibidem, p. 215.

¹⁰³ “They do not merely talk about the law. They use it to advise clients and to present arguments before courts. **Kelsen does not distinguish between the scholar and the practitioner.**” (Raz, Joseph. “The purity of the Pure Theory of Law”. Essays on Kelsen. Editore: R. TUr e W. Twining. Oxford. Oxford University Press, 1986., p. 128).

seguintes perguntas legítimas para uma ciência do direito: “qual?” e “devo?”. Estas, por sua vez, seriam respondidas por meio de uma mesma resposta (*a Rechtssatz*). Daí, o esforço interpretativo de Raz para pensar em uma proposição que diga ao mesmo tempo sobre uma entidade que aceita o direito (*legal man*) e sobre o conhecimento de uma norma (um tipo de descritivismo).

Este tratamento peculiar da TPD possui repercussões. Uma delas diz respeito à aplicação dos preceitos lógicos às *Rechtssätze*. Ainda na 2ª Edição de TPD, as *Rechtssätze* deveriam respeitar “princípios lógicos” de inferência, em especial, o de não contradição. Contudo, para Kelsen, a partir da aplicação do princípio da não contradição às proposições da ciência do direito, **indiretamente** as normas também respeitariam este preceito discursivo:

*“A resposta a esta questão é a seguinte: os princípios lógicos podem ser, se não direta, indiretamente, aplicados às normas jurídicas, na medida em que podem ser aplicados às proposições jurídicas que descrevem estas normas e que, por sua vez, podem ser verdadeiras. **Dois normas jurídicas contradizem-se não podem, por isso, ser afirmadas simultaneamente como válidas quando as proposições jurídicas que as descrevem se contradizem; e uma norma jurídica pode ser deduzida de uma outra quando as proposições jurídicas que as descrevem podem entrar em um silogismo lógico**”¹⁰⁴*

Na 2º edição da Teoria Pura do Direito, esta aplicação indireta de princípios lógicos às normas, por meio das *Rechtssätze*, parece não estar em sintonia com as limitações da norma fundamental. Esta garante a unicidade do sistema jurídico, mas não trata de excluir normas contraditórias, julgando Kelsen plenamente possível em um mesmo sistema termos duas normas opostas, posto que a validade é a existência específica da norma. Mas se a *Rechtssatz* deve apresentar seu objeto, descrevendo-o, como pode uma descrição ser correta se “esconde” normas contraditórias? Então, sendo as *Rechtssätze* as proposições da ciência do direito, esta ou não cumpriria seu papel de descrição (não responderia “qual é o direito?”), ou violaria o princípio da contradição e apresentaria orientações contraditórias (não conseguiria responder como se cumpre o direito).

¹⁰⁴KELSEN, HANS. *Teoria pura do direito*, 6. ed. 4.tiragem, edição original, 1960 São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 84.

Há aqui confusão entre contradição descritiva e contradição normativa. De um lado, pensa-se na contradição descritiva (“é possível haver duas normas contraditórias descritas em um sistema”); de outro, vê a contradição normativa como inaceitável (não é possível à *Rechtssatz* descrever duas normas que apresentam ações contraditórias). Como exposto, é possível afirmar que esta confusão entre tipos de contradições decorre diretamente da ambiguidade da pergunta e consequente dificuldade de se delimitar o que se responde.

Independentemente de podermos afirmar categoricamente sobre a limitação da TPD (o que exigiria uma exegese mais ampla da obra do autor), podemos observar nas diferentes leituras de Bulygin e Raz as repercussões das diferentes percepções e pontos de partida de leitura da TPD.

Em Bulygin, observa-se uma leitura a partir das perguntas associadas à tradição positivista, as quais Kelsen indubitavelmente defende. Para ele, não há dúvida de que a ciência do direito kelseniana teria como propósito tratar exclusivamente das perguntas relativas a quais normas fazem parte de um ordenamento jurídico qualquer. A descrição das normas seria a única finalidade racionalmente aceitável. Neste sentido, quaisquer das afirmações de Kelsen que negassem o “descritivismo” das proposições da ciência do direito seriam meros erros do autor. Em outras palavras: ele separa as possíveis perguntas da ciência do direito na TPD e escolhe as teóricas como únicas adequadas ao positivismo kelseniano.

Para Raz, o caráter antirreducionista de Kelsen deve ser mantido. Por esta razão, há um esforço argumentativo e uma construção teórica fundamentada na metáfora do *legal man*. A partir dela, Raz pretende “esconder” o caráter prático dos enunciados jurídicos por meio da figura do *legal man*, a qual proporciona uma justificativa para o cognitivismo normativo e também apresenta a possibilidade de enunciados práticos desengajados. Assim, a despeito de o enunciado ser prático, ele responde uma pergunta descritivista, mediada pela figura do *legal man*.

Da leitura da TPD bem como do embate entre Raz e Bulygin, podemos notar um esforço de Kelsen no sentido de unificar na figura da *Rechtssatz* tanto as **respostas** práticas como as teóricas, **sem pressupor e aceitar as perguntas práticas, também**. Este artifício repercute na compreensão das perguntas legítimas da ciência jurídica da TPD, ficando ambígua sua função pragmática.

Talvez, o caminho para se compreender melhor possíveis funções práticas (responder sobre ação) da ciência do direito seja a partir da aceitação da autonomia destas

funções e possíveis contatos com uma função meramente descritiva. Evidentemente, esta aceitação de função prática para uma ciência do direito pode comprometer os postulados positivistas. Neste sentido, um outro tipo de função, diferente de responder “devo fazer isso?”, deve ser investigado. Uma proposta para esta investigação é a função pragmática de responder perguntas “como”, bem representada pelas regras técnicas, vistas no próximo capítulo.

Capítulo III - Normas e regras técnicas: identificando as perguntas e respostas

Até aqui, procuramos compreender a função da proposição normativa como um tipo lógico-linguístico que pode ser compreendido como um jogo de perguntas e respostas do tipo “qual”. Vimos algumas das suas dificuldades e peculiaridades. No âmbito da teoria do direito, expomos a teoria rossiana sobre enunciados jurídicos como um bom exemplo deste tipo de proposição. Vimos na *Rechtssatz* de Kelsen uma série de complicações decorrentes do tratamento simultâneo de atributos normativos e descritivos em um mesmo tipo de proposição. Enfim, vimos a função pragmática de responder perguntas “qual” e suas possíveis dificuldades dentro de uma teoria do direito positivista.

Este trabalho ainda não se aprofundou em seu principal objeto: as regras técnicas como tipo de normas aptas a representar a função pragmática da dogmática jurídica de responder perguntas “como”. Neste capítulo, iniciaremos uma primeira aproximação das regras técnicas, encontrando sua origem como um capítulo da história da lógica das normas. Em seguida, exporemos a análise de Aarnio da regra técnica como proposição da dogmática jurídica. Após, exporemos, a partir de um exemplo de Hart e considerações de Maranhão, como a regra técnica pode representar a função de mediação entre autoridade e quem pretende obedecer o direito. Ainda neste tópico, procuraremos identificar as regras técnicas como respostas “como”, com sua respectiva pergunta. Após, trataremos da relação da regra técnica com a figura do legislador racional e a sua relação com as condições de sucesso de respostas a perguntas “como”. Ao fim, tentaremos expor a relação da regra técnica com o pressuposto positivista da cisão entre *Censor* e *Expositor*.

3.1 Regras técnicas: primeiras noções

Na tradição jurídica, tanto no âmbito de uma teoria geral do direito, como no de uma dogmática jurídica, muitas classificações de normas são consolidadas: norma individual, norma geral, norma de competência, etc. Não poderia ser diferente na história da lógica deôntica. Algumas classificações e distinções foram propostas ao longo dos anos para se tentar representar e refletir sobre aspectos do discurso normativo.

A formulação de regra técnica como aqui abordada, decorre de classificação presente em *Norms and Action* de Von Wright, onde ele procura fazer um inventário

exaustivo dos tipos de normas e identifica três grandes categorias: regras, prescrições e as diretrizes (ou regras técnicas)¹⁰⁵.

A primeira categoria, as regras, trataria de normas cuja função é apresentar maneiras corretas de realizar determinadas ações, aqui o preponderante é a qualificação das ações ou casos. Exemplos deste tipo de normas são encontradas nas regras de xadrez, de gramática e os cálculos lógicos. Em uma primeira aproximação, observa-se que este tipo possui uma relação semântica com a atividade a qual integram. Assim, saber as regras de xadrez é necessário para se poder identificar o jogo de xadrez ou outro (p.ex., dama), isto é, as regras do xadrez possuem uma relação conceitual com o jogo.

A segunda categoria, as prescrições, aborda as normas ditadas por alguém, representam um ato de vontade obrigando, permitindo ou proibindo condutas a determinados agentes. Aqui, o aspecto imperativo é mais importante que a qualificação dos atos e casos. As normas individuais proferidas por uma autoridade representam bem esta categoria de norma.

Estes dois tipos de normas (prescrições e constitutivas) iremos denominar por “deveres deônticos¹⁰⁶”, para contrapormos aos deveres técnicos, representados pelas regras técnicas, terceira categoria desenvolvida por Von Wright. Esta norma estabelece a relação entre meios para se atingir determinado fim **pretendido**. A sentença “Se deseja que a cabana se torne habitável, você **tem que** aquecê-la” é um exemplo deste tipo de norma. De um lado, temos um fim pretendido, “tornar a cabana habitável”; de outro, o estabelecimento de um meio necessário para este fim, “aquecê-la”.

Von Wright identifica nestas condições necessárias um tipo específico de proposição, a denominada anankastica, a qual representa que algo é uma condição necessária para outro objetivo¹⁰⁷. Percebe-se, pois, que proposições anankasticas e regras técnicas possuem algum tipo de relação semântica, na qual a última pressupõe a primeira, para ter validade.

De forma exemplificada, podemos ver a relação entre elas:

¹⁰⁵VON WRIGHT, GEORG HENRIK. *Norma y accion: una analise lógica*, Madrid : Tecnos, 1970, p.21 e ss.

¹⁰⁶ A despeito de se parecer redundante, o termo dever deôntico propõe representar conceitos normativos tradicionalmente representados por normas e obrigações. Neste sentido, vide VON WRIGHT, GEORGE HENRIK. “*Norms, Truth and Logic*, in *Practical Reason. Philosophical Papers*, vol. 1, Oxford: Basil Blackwell, 1983. p. 130-209.

¹⁰⁷VON WRIGHT, GEORG HENRIK. *Norma y accion: una analise lógica*, Madrid : Tecnos, 1970, p 21.

Regra Técnica: *Se pretende deixar seu quarto em uma temperatura agradável, você **precisa** ligar um ar-condicionado.*

Proposição anankástica: *Se não ligar um ar-condicionado no seu quarto (a), ele não ficará numa temperatura agradável (b).*

Como se observa, na segunda proposição, ficar em uma temperatura agradável (b) é condição necessária de ligar um ar-condicionado em um quarto. Já na regra técnica, esta mesma condição necessária forma o conteúdo da condição suficiente para o dever técnico “*precisar ligar um ar-condicionado*”. Esta primeira aproximação com as regras técnicas, dentro da classificação de Von Wright¹⁰⁸, mostra como elas, ao contrário de outras normas, possuem uma relação umbilical com proposições descritivas, parecendo, inclusive, que o sentido daquela estaria de alguma forma associada ao desta. Neste momento, mais uma vez, tocamos na questão da possibilidade de normas possuírem verdade e, inevitavelmente, retornamos para o dilema de Jørgensen, já exposto acima.

Assim, ao contrário dos deveres deônticos, a questão da verdade para as regras técnicas parece mais intrincada, ante sua relação com as proposições anankásticas. Quando afirmamos, por exemplo, “Se você quer esfriar sua sala, deve ligar o ar condicionado”, pressupomos a afirmação anankástica “Caso não ligue o ar condicionado, não esfriará sua sala.” Esta última afirmação pode ser julgada verdadeira ou falsa, mas e a regra técnica, ela mesma, isoladamente? Aparentemente, sim, mas um exemplo pode nos mostrar que esta afirmação deve ser vista com cautela.

P1: Se você quiser colocar açúcar na sua sopa, você deve pedir ao garçom.

P2: Você quer colocar açúcar na sua sopa.

Conclusão: Você deve pedir açúcar ao garçom¹⁰⁹.

Evidentemente, esta conclusão lida isoladamente não parece representar bem todo o contexto posto pela regra técnica P1. A impressão que nos passa é que a expressão “você deve pedir açúcar” inserida na conclusão não seria a mesma da premissa P1, sendo

¹⁰⁸ A classificação de Von Wright não está imune à críticas (ALCHOURRÓN, CARLOS; BULYGIN, EUGENIO. *Sobre la existência de las normas jurídicas*, Primeira Edição, Distribuciones Fontamar: Mexico DF, 1997, p.17), mas possui a vantagem de apresentar as regras técnicas e expor a dificuldade de determinação precisa do termo “norma”.

¹⁰⁹ Exemplo extraído de DUNAWAY, B, SILK, ALEX. “*Whiter Anankastics?*” in *Philosophical Perspectives*, 28, Ethics, 2014. Ali, os condicionais anancásticos são analisados sob outra perspectiva, mais especificamente, sob o fenômeno linguístico denominado anti-detachment, o qual trata da impossibilidade de se destacar o conseqüente de um condicional. No exemplo citado, observa-se que a conclusão não parece ser correta.

possível afirmar que a leitura do termo presente na premissa está mais próximo de uma regra técnica, enquanto o dever da conclusão seria o de um dever deôntico.

Feita esta ressalva, podemos, então, inferir que as regras técnicas nada mais são do que reformulações orientativas das proposições anankásticas pressupostas, possuindo um sentido descritivo associado a uma recomendação de ação. De um lado, há um sentido descritivo constitutivo da sua condição de verdade, de outro, há uma pressão normativa menos forte que outros tipos de normas. Ao se analisar sob a perspectiva de categorias filosóficas tradicionais, podemos dizer que as regras técnicas estariam entre ser e dever ser.

Desta caracterização, podemos observar três elementos conceitualmente importantes para as regras técnicas: a finalidade, a ação e a relação entre estes dois elementos. Primeiramente, a **relação** entre finalidade e ação deve ser sempre de satisfação ou não-impedimento, isto é, não haverá uma regra técnica se estivermos diante de uma ação que não satisfaça esta finalidade.

A **ação** deverá ser sempre possível, estando qualificada pelo dever em suas diferentes expressões linguísticas: “é preciso”, “deve”, “é necessário” etc. Podemos, ademais, falar de dois tipos de ações: obrigação ou permissão técnicas. A obrigação técnica é a enunciação de que algo é uma condição necessária para outra coisa (finalidade). Já a permissão possui dois sentidos: um negativo e outro positivo. No sentido negativo, o que se enuncia é a **negação** de que o oposto de determinado ato (fato, estado de coisas...) é condição necessária para se atingir um fim. Em sentido positivo, trata-se da afirmação de que algo é condição **suficiente** para se atingir determinado finalidade¹¹⁰.

Apesar de parecer confusa estas distinções, um exemplo pode esclarecer as diferenças entre as dois tipos de permissão. Imaginemos que temos um copo d’água e queremos aquecê-lo. Uma permissão em sentido positivo é afirmar “Para aquecê-lo, é permitido utilizarmos o micro-ondas na função chá”. Outra forma de dizer isso seria “Se utilizarmos o micro-ondas na função chá, o copo d’água será aquecido”. Nota-se que há outras formas de aquecer o copo, como, por exemplo, usando o fogão. Em sentido negativo, teríamos “Para aquecê-lo, é **permitido** não colocar o copo d’água na geladeira.”, ou, em sua forma descritiva, “**Não** colocar o copo na geladeira é condição necessária para aquecê-lo.”

¹¹⁰VON WRIGHT, GEORGE HENRIK. “*Deontic Logic and the Theory of Conditions*”, in Hilpinen, Risto (ed.) *Deontic Logic: Introductory and Systematic Readings*. Dordrecht Holland Reidel Publishing Company, 1971b, p. 161. Vide também MARANHÃO, JULIANO. “*O discurso da Dogmática Jurídica*” em *Estudos sobre Lógica e Direito*, São Paulo, Marcial Pons, 2013, p. 119.

Um último elemento da regra técnica é sua finalidade. Além de possível, ela deve ser bem determinada. Quando se olha exclusivamente para a finalidade, percebe-se que diferentes fins pretendidos podem determinar tipos distintos de regras técnicas. Até o presente momento, tratamos exclusivamente de exemplos nos quais os fins tratavam da realização de uma ação (estado de coisas, fato, etc..) no mundo fenomênico – por exemplo: tornar uma casa habitável, colocar açúcar na sopa -, mas é possível imaginarmos outros tipos de finalidade.

Um primeiro tipo de finalidade pode ser denominado de semântica ou **conceitual**. A regra técnica semântica apresenta finalidade de indicar meios necessários à compreensão de determinado conceito. Por exemplo, expressões do tipo “Para se falar sobre direito, é preciso falar sobre sanção” ou “Para se ter o belo, é preciso ter as virtudes estéticas”. No primeiro exemplo, falar sobre sanção é condição necessária para se tratar do signo direito, havendo uma relação semântica entre estes dois termos (ao menos para quem enunciou a regra). A combinação de diferentes tipos de deveres com esta finalidade, pode nos dar diferentes relações semânticas entre o ato e finalidade. Em sendo obrigação, temos uma condição necessária do conceito, no caso de permissão positiva, uma condição suficiente; já na permissão negativa, estamos excluindo um sentido necessário.

Um segundo tipo de regra técnica pode ser denominada de fática ou **causal**. A regra técnica fática apresenta a finalidade de se atingir um resultado no mundo fenomênico. Também, a depender do tipo de dever técnico, teremos distintas relações. Tanto no caso de obrigação e permissão positiva, estamos diante de relação de causalidade, isto é, a ação prevista no dever **causa** o fim pretendido, tendo este como efeito no mundo. Todavia, no caso da obrigação, estamos diante de uma condição necessária da relação de causalidade, isto é, trata-se de algo sem o qual não se atinge o resultado; já no caso da permissão positiva, há outros meios de se atingir o resultado, tratando-se de mais uma causa de determinado efeito. No caso da permissão negativa, há a exclusão de uma relação de causalidade, diminuindo as chances de erro.

Um último tipo de finalidade, a mais importante para os propósitos da presente dissertação, pode ser denominada de **regra técnica normativa**. Ela diz respeito à finalidade de se cumprir determinada norma ou conjunto de normas. A ação pretendida surge como meio de satisfação de uma ordem, um conjunto de normas, ou um ideal. Por conta de sua associação a uma satisfação normativa, algumas ressalvas são necessárias, por conta das semelhanças linguísticas.

Ao investigar as inferências práticas, Von Wright alerta sobre a distinção entre a conclusão fundamentada em uma regra técnica e possíveis deveres deonticos presentes¹¹¹. Mais especificamente, é importante ressaltar a diferença entre obrigações derivadas e os deveres postulados em normas (de direito, por exemplo). Um esquema de argumento pode esclarecer.

P1: Há o dever de se pagar imposto de renda.

P2: Ao menos que se faça a provisão de recursos, não é possível pagar este tributo.

Conclusão: Há o dever de se fazer a provisionamento de recursos para pagamento de imposto de renda.

A conclusão, contudo, não afirma sobre a existência de um dever, no sentido de haver uma lei, ou um ato de alguém determinando a obrigação de provisionamento. De fato, no que tange a tributos, não há esta previsão expressa. Então, a regra técnica associada ao cumprimento do dever P1, deve ser lida da seguinte forma, para se excluir qualquer ambiguidade:

Conclusão': Ao menos que se faça o provisionamento de recursos, não se cumprirá o dever de se pagar tributos.

A finalidade de cumprir uma determinada norma, um dever deontico, associado ao fato de se utilizarem as mesmas expressões linguísticas para duas funções distintas, pode dar a entender que obrigações derivadas, nestes termos, seriam as mesmas. Ocorre que o dever técnico de fazer provisionamento não é suficiente para se inferir a existência de uma norma com este mesmo conteúdo.

Este tipo de relação entre dever deontico e técnico foi denominado por Von Wright de extração¹¹². Esta se dá por meio de uma reinterpretação dos deveres deonticos expressos em normas, de forma tal, a estabelecer deveres técnicos que determinem ações necessárias à satisfação das ditas normas. Exemplificando, dado dever deontico “Não se deve matar”, extraímos o dever técnico “Não se deve matar”, que significa que, ao menos que não se cometa homicídio, aquela dever deontico não será satisfeito.

Feitas estas ressalvas, podemos observar que, nas regras técnicas normativas, também temos uma relação distinta entre finalidade e ação devida, que podemos dizer ser

¹¹¹VON WRIGHT, GEORG HENRIK. *Practical Inference*, in *The Philosophical Review*, Vol. 72, No. 2 (Apr., 1963), pp. 159-179. p. 176.

¹¹² VON WRIGHT, GEORGE HENRIK. “*Norms, Truth and Logic*, in *Practical Reason. Philosophical Papers*, vol. 1, Oxford: Basil Blackwell, 1983. p. 130-209, p. 153.

fundamentada na imputação: a indicação de uma ação apta satisfazer ou não-impedir o ordenamento normativo. Como nos outros tipos de regras técnicas, a normativa também possui a obrigação, permissão positiva e negativa. No caso da obrigação das regras técnicas normativas, o que se apresenta é a condição necessária ao cumprimento de uma norma ou ordenamento jurídico. Na permissão positiva, apresenta-se uma forma (condição suficiente) de se cumpri-los. Já na permissão negativa, é apresentada uma forma de não descumprir determinado ordem normativa.

Até agora, tratamos da regra técnica, no sentido de norma-proposição, como determinado por Alchourrón e Bulygin. Mas sendo o objeto da presente dissertação localizar este tipo normativo em uma função pragmática específica, a de dar respostas, devemos nos perguntar que tipo de pergunta está pressuposta nas regras técnicas.

Por definição, as regras técnicas apresentam um meio para satisfação de uma finalidade. Sob o ângulo exclusivo da resposta, estamos falando de se informar a existência de uma relação entre um ato e o sucesso de um fim específico. A partir desta perspectiva, percebe-se que este tipo de informação é apta a satisfazer um requerimento de informação de se saber quais meios são necessários, possíveis ou, ao menos, não impeditivo de se atingir algo. Requerer meios para um fim não é outra coisa, senão perguntar como se faz (se deve, se tem ...) para se atingir determinado fim. Enfim, quando estamos falando de regras técnicas, em termos de perguntas e respostas, estamos diante de resposta e perguntas “como”.

Adequando as perguntas “como” à classificação proposta, podemos observar que teríamos também distintos questionamentos a depender da finalidade. Por exemplo, “como faço para deixar a casa habitável?”, “como compreendo o belo?” (entendida esta pergunta na perspectiva de quem não entende um conceito) e “como cumpro o direito?” tratam-se de perguntas “como” causal, semântica e normativas, respectivamente, as quais exigem respostas destes mesmos tipos.

Especificando a pergunta “como”, podemos observar que, na regra técnica, o que se transmite é uma informação para ação, isto é, não se pressupõe mera informação para se ampliar o conhecimento do agente questionador. O que ele oferece é uma informação com propósito específico, e, por esta razão, não se considera **satisfeita a pergunta** quando tal informação não é adequada às possibilidades de ações do agente. Um exemplo pode esclarecer, imagine uma pessoa com deficiência visual indagando sobre como se faz para atravessar a rua sem ser atropelado, e se recebe a seguinte resposta: “Quando o semáforo estiver verde para os pedestres”. É patente a inutilidade da

informação, neste contexto, por isso, uma boa orientação deve ser uma ponte adequada entre a linguagem da realidade e a finalidade pretendida.

Assim, a linguagem das necessidades práticas tratam de perguntas e respostas também práticas, possuindo um caráter orientativo para a ação, a despeito de não se **postular** uma norma. Contudo, se as respostas como (e as regras técnicas) estabelecem uma qualificação de uma ação e suas perguntas requerem informação para a prática, tal qual os deveres deônticos, qual diferença haveria entre estes dois conceitos (respostas-perguntas como e deveres deônticos)? Aqui é necessário uma qualificação.

Perguntas do tipo como podem ganhar contornos “deônticos” quando pensamos em formulações do tipo: “como devo estacionar meu carro?”. De fato, quando pensamos em regras técnicas normativas, parece haver uma certa similitude com estas perguntas “mais morais”, afinal, nelas também há uma referência a uma norma (esta norma referida, também deôntica). Por exemplo, quando estamos diante de uma regra técnica normativa, “para se cumprir o direito brasileiro, é necessário estacionar o carro a pelo menos cinco metros da esquina”, há a referência ao Código de Trânsito Nacional. No entanto, quando olhamos para uma pergunta “como cumpro o Código de Trânsito Nacional?”, notamos que, diferentemente de “como devo estacionar o carro”, há uma demanda para informação do **cumprimento** do direito brasileiro e não sobre o valor ou desvalor das maneiras corretas de se estacionar o carro. Por esta razão, a melhor formulação da pergunta “como” (associada a regra técnica) seria “como se faz **para atingir determinada finalidade**” e assim que é tratadas na presente dissertação.

Compreendida a regra técnica em alguns dos seus nuances, bem como sua relação com as perguntas “como”, estamos aptos a entendê-la no cenário jurídico e como pode ser um auxiliar teórico importante para entender a dogmática jurídica.

3.2 Juristas e regras técnicas: primeiras perguntas

Antes de se aprofundar no estudo das regras técnicas como um tipo de resposta da dogmática jurídica, é crucial conhecer alguns precedentes e suas motivações.

A referência às regras técnicas entre juristas não é de hoje. Ross, em *Direito e Justiça*¹¹³, observa a natureza das regras técnicas, como um conjunto de normas sobre determinadas atividades, com interesse específico. Quando analisamos, por exemplo, o

¹¹³ROSS, ALF. *Direito e Justiça*, 2ª ed. Tradução e notas de Edson Bini, revisão técnica Alysson Leandro Mascaro. Bauru, EDIPRO, 2007, p. 35-39.

jogo de xadrez, a partir do interesse de apresentar regras para se vencer as partidas, estaríamos formulando uma teoria do xadrez (composto por regras técnicas). Contudo, estas regras não poderiam fundamentar uma ciência do direito, já que esta deveria se fundamentar exclusivamente em fundamentos empíricos (sociológicos). Apesar de se excluir da base do conhecimento jurídico, Ross reconhece, em outra ocasião, o papel que estas regras assumem no discurso orientativo de advogados¹¹⁴.

Schauer, em *Playing by the rules*¹¹⁵, observa um tipo específico de normas, as instruções. Elas, como as regras técnicas, são opcionais tanto por não haver uma obrigatoriedade, como pelo fato de sua (pouca) pressão normativa exercida sobre o agente estar diretamente relacionada com o sucesso para se atingir um determinado fim. A dependência do sucesso para se manter a pressão normativa possui certa semelhança com a relação entre proposições anancásticas, como bem observa Rodriguez¹¹⁶. Apesar das semelhanças, Schauer não chega a utilizá-la como tipo específico de proposição da ciência do direito.

Uma primeira proposta de analisar o discurso da dogmática jurídica como regras técnicas foi feita por Aarnio. Duas razões motivam-no a cogitar as regras técnicas como proposições da dogmática jurídica: primeira razão, não serem uma prescrição, isto é, não podem ser consideradas uma ordem ou obrigação; segunda, a despeito da primeira, incorporariam em sua representação palavras como deve-se, “ter que”, o que explicaria o uso de expressões normativas nas proposições da ciência jurídica¹¹⁷.

Aarnio divide as regras técnicas em dois tipos: primárias, direcionadas às autoridades, e secundárias, direcionadas aos cidadãos. Contudo, esta distinção deve ser

¹¹⁴ ROSS, ALF. *Lógica de las normas*, Madrid : Editroial Tecnos, 1971.

¹¹⁵ SCHAUER, FREDERICK. *Playing by the rules: A philosophical examination of rule-based decision-making in the law and in life*, Oxford: Clarendon Press, 2002.

¹¹⁶ RODRIGUEZ, JORGE LUIS. “Norms, Truth, and Legal Statements”. Jordi Ferrer Beltran Jose Juan Moreso y Diego Papayanis (eds.), *Neutrality in Theory of Law*. Editora: The Netherlands, Sprnger, 2013, p. 127-146, p. 137.

¹¹⁷ “No element of command is associated with the technical norm. It is not a prescription, but a norm which is based on a practical necessity touched upon above. It is exactly for this reason that the concept of technical norm would seem to offer an appropriate possibility to understand the quality of “has” (norm N has to be interpreted in manner 1) often contained in interpretation sentences. Here we actually may have the simple comment “in order to achieve goal E, interpretation 1 has to be chosen”. Such an interpretation is, in other words, in the situation on hand a practical necessity.” (AARNIO, A. *The rational as reasonable*, D. Reidel Publishing Company 1987, p. 181)

vista com ressalva, como próprio Aarnio diz: regras técnicas, por não serem prescrições, não teriam um destinatário, propriamente dito¹¹⁸.

As regras técnicas secundárias seriam sentenças que indicariam a forma de o cidadão gozar da proteção do direito, informando sobre o conteúdo do ordenamento jurídico. Tal proteção, contudo, pode ser lida de duas formas. Uma realista, na qual a regra técnica é vista como uma sentença preditiva; ou de um ponto de vista mais “normativo”, no qual uma perspectiva interpretativa do direito válido é pressuposta. Diante destas duas opções, Aarnio critica a leitura preditiva, com fundamento em argumento metodológico de insuficiência da sentença preditiva para tratar do discurso normativo¹¹⁹. Já a perspectiva interpretativa pode se resumir a uma posição sobre o direito válido, o que desvirtuaria a regra técnica¹²⁰. Neste sentido, Aarnio descarta a regra técnica secundária como representante das proposições da dogmática jurídica.

Já as regras técnicas primárias de Aarnio, por serem direcionadas às autoridades, indica como devem ser interpretadas as normas de direito, para se atingir um fim social determinado. Elas seguiriam a forma: “Se, por sua decisão, você pretende chegar a um determinado efeito social *E*, você deve **interpretar** o direito na maneira *I*”. Observe que, inevitavelmente, para se verificar a falsidade da regra técnica, é necessário postular o efeito social pretendido, já que esta verificação se dá pela adequação entre os meios escolhidos e o fim (no caso, o efeito social) pretendido. Para Aarnio, ao se postular este fim seria necessária a aceitação de uma perspectiva interpretativa específica.

Consequentemente, para Aarnio, as regras técnicas por não tratarem desta “perspectiva interpretativa” não conseguiriam tratar de toda atividade interpretativa realizada pela dogmática jurídica. Ademais, como expõe Maranhão, para Aarnio, as regras

¹¹⁸ AARNIO, A. *The rational as reasonable*, D. Reidel Publishing Company 1987, p. 181.

¹¹⁹ Como observa, Maranhão, “A primeira perspectiva é descartada com base em argumentos semelhantes aos dirigidos por Hart à teoria preditiva de Ross.” (MARANHÃO, JULIANO. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*, São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 115).

¹²⁰ Sobre a aceitação de uma posição sobre o direito válido: “In his remarks, Niiniluoto has presented a lot of remarkable ideas. It is true that a legal scholar can formulate technical norms as well as norm standpoints. Yet, norm standpoints cannot be reduced to such sentences as technical oughts. A norm standpoint not only states that if you reason rationally and if you have bound yourself to certain values, then you ought to accept a certain norm or certain interpretations of a norm. A genuine standpoint does not consist only of theoretical elements. There are also value commitments included in them. Norm standpoints are simply contentions: it is rational and reasonable to accept norm *N* as valid.” (AARNIO, A. *The rational as reasonable*, D. Reidel Publishing Company 1987, p.53)

técnicas primárias não exporiam as razões empregadas na tomada de decisão por magistrados e nem os fins sociais perseguidos pela prática jurídica¹²¹.

As razões do abandono das regras técnica por Aarnio parecem residir em questões atinentes à compreensão da regra técnica e ao sentido do termo dogmática. Sob o ângulo do entendimento da regra técnica, podemos citar dois equívocos: a ausência de distinção entre regra técnica fática e regra técnica normativa; e ligada a este primeiro ponto, a postulação, nas regras técnicas primárias, de se alcançar um fim social mediante determinada interpretação, o que não é necessário, como defende Maranhão¹²².

Como já dito acima, as regras técnicas podem ser classificadas conforme sua finalidade pretendida, o que nos dá três tipos: semântica, causal ou normativa. Em cada uma destes tipos de regras técnicas, a relação entre ação e efeito pretendido ganham o contorno próprio da finalidade. Assim, a regra técnica fática, realmente, ganha um contorno preditivo, contudo, a regra técnica normativa, não. A despeito de ela apresentar necessidades (ou possibilidades) práticas, ainda assim está se falando sobre a satisfação de um conjunto de normas, não de um efeito fenomênico. Por esta razão, não é necessária a postulação de um efeito **social** definido e fixo, para se avaliar as regras técnicas. O que é necessário, contudo, é a aceitação da finalidade de cumprir o próprio ordenamento jurídico, caracterizando as (ou pelo menos, algumas das) proposições da dogmática jurídica como regras técnicas normativas.

Agora, outra razão para a insatisfação de Aarnio acerca das regras técnicas reside na relação entre os sentidos do termo dogmática: dogmática-história e dogmática-ciência, como falamos acima. Inicialmente, observa-se que Aarnio pretende tratar da **proposição** da dogmática jurídica, tópico este associado diretamente à dogmática-ciência. Contudo, ao se medir a adequação da regra técnica para tratar da dogmática jurídica, Aarnio se fundamenta na dogmática-história, e, por esta razão, não considera a regra técnica como apta a tratar da dogmática. Ocorre, contudo, que a complexidade do fenômeno social da dogmática (dogmática-história), dificilmente consegue ser representado por meio de somente um tipo de proposição, representativa de uma entidade semântica.

¹²¹: “A segunda [regras técnicas primárias] é tomada como insuficiente para dar conta da complexidade das razões empregadas pelos juízes e dos fins sociais perseguidos pela prática jurídica”. (MARANHÃO, JULIANO. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*, São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 115)

¹²² MARANHÃO, JULIANO. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*, São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 116.

Para se evitar esta confusão conceitual, devemos ficar atentos ao sentido que se trata da dogmática. Como aqui se seleciona uma função pragmática específica da dogmática, a depender do ângulo que se olha para ela, poderemos estar em diferentes lados desta tensão dogmática-ciência e dogmática-história. Quando nos aproximarmos do sentido dogmática-ciência, estaremos tratando da possibilidade de respostas racionais e verificáveis; quando nos aproximarmos do sentido dogmática-história, estaremos tratando de uma possível função social.

3.3 Regra técnica como uma resposta da dogmática

No âmbito de uma teoria do direito positivista, algumas preocupações são constantes para a determinação das proposições jurídicas: necessidade de neutralidade axiológica (desengajamento), capacidade de descrição (apresentação ou indicação) de normas e o caráter antirreducionista da ciência normativa do direito.

Poucas tentativas conseguem representar tão bem todas estas preocupações como a *Rechtssatz* kelseniana. Ali, como vimos, temos questões referentes à função da ciência do direito, propugnada pela teoria do direito positivista, bem como a difícil tentativa de tratar do caráter normativo da ciência jurídica. Mesmo que a *Rechtssatz* se mostre mais como uma confusão conceitual, o fato de ela ter aglutinado tantos problemas, serviu de reflexão para a caracterização e exploração das proposições jurídicas.

Hart procurou dar sentido às proposições jurídicas de Kelsen. Antes disso, contudo, Hart em encontro com Kelsen¹²³ procurou questioná-lo sobre a possibilidade de compreender a *Rechtssatz* como mera menção a normas de direito. Kelsen, no entanto, é relutante em aceitar que a *Rechtssatz* seja mera menção às normas do direito e insiste na definição de proposições jurídicas como sentido descritivo de um dever.

Esta relutância de Kelsen, permitiu a Hart uma reflexão mais aprofundada sobre a caracterização da função do jurista. A partir de uma boa analogia¹²⁴, Hart percebe as especificidades da relação do jurista com os destinatários da dogmática jurídica. Imaginem um oficial alemão em um campo de prisioneiros de guerra que grita em alemão para presos ingleses (sem domínio da língua alemã): *Stein Sie auf!* Temos um intérprete

¹²³ Encontro relatado em HART, H.L.A. “*Kelsen Visitado*”. Ensaios sobre Teoria do Direito e Filosofia. Tradução José Garcez Ghirardi e Lenita Marai Rimoli Esteves. Revisão Técnica: Ronaldo Porto Macedo e Leonardo Gomes Penteadó Rosa. Rio de Janeiro, Elsevier, 2010.

¹²⁴ I HART, H.L.A. “*Kelsen Visitado*”. Ensaios sobre Teoria do Direito e Filosofia. Tradução José Garcez Ghirardi e Lenita Marai Rimoli Esteves. Revisão Técnica: Ronaldo Porto Macedo e Leonardo Gomes Penteadó Rosa. Rio de Janeiro, Elsevier, 2010, p. 323-347.

que, em seguida, traduz, gritando: Todos de pé! O grito do intérprete, neste contexto, deixa claro o dever de se levantar.

A partir deste cenário, Hart se indaga sobre a verdadeira função do intérprete. Seria ela uma mera tradução do conteúdo da ordem proferida pelo oficial alemão? Responder afirmativamente esta pergunta nos levaria a crer que o grito “Todos de pé!” se trataria de um exercício de referência oblíqua ao significado da ordem, o que não parece factível. Há na performance do intérprete, além de referência (menção) ao conteúdo, um exercício de contextualização da ordem do oficial que a faz ser compreendida como tal. Como observa Maranhão, haveria, além da menção do conteúdo, uma representação do intérprete, esta, por sua vez, estaria ligada a sua força ilocucionária¹²⁵.

Assim, neste contexto normativo, o comando do oficial para ser entendido como ordem deve produzir alguma atitude no receptor (efeito perlocucionário), e, para este efeito, deve o intérprete oferecer aos destinatários condições de compreensão¹²⁶. Em outras palavras, para que haja os efeitos pretendidos pelo oficial no receptor, a performance do intérprete deve ser voltada para o cumprimento da norma. Deve o intérprete, portanto, apresentar condições necessárias (meios) à satisfação da ordem proferida pelo oficial (finalidade), isto é, o ato de fala do intérprete é uma regra técnica do tipo normativa, posto que, no caso específico, a satisfação de uma norma (dever deontico) é a finalidade pretendida.

Esta situação do intérprete é análoga à função da dogmática jurídica de orientar os agentes normativos ao cumprimento do direito, contudo, podemos aproximar a dogmática jurídica ainda mais do exemplo, para destacarmos pontos específicos destas semelhança.

Primeiramente, podemos desvincular o caráter oficial (institucional) do intérprete da situação exposta. De fato, poderíamos melhorar o exemplo e explorar a semelhança com a dogmática, se, ao invés de se pensar em um intérprete, pensarmos que um dos presos domina a língua alemã. Podemos também excluir o caráter ativo (impositivo) expresso no grito do intérprete, para imaginarmos que os outros prisioneiros vão até este preso fluente em alemão. Por fim, imaginemos que o oficial alemão não está em contato direto com todos os presos, mas somente com aquele capaz de entender a

¹²⁵ MARANHÃO, JULIANO. “O discurso da dogmática jurídica”, em *Estudos sobre Lógica e Direito*, São Paulo, Marcial Pons, 2013, p. 118.

¹²⁶ MARANHÃO, JULIANO. “O discurso da dogmática jurídica”, em *Estudos sobre Lógica e Direito*, São Paulo, Marcial Pons, 2013, p. 119.

língua alemã. Resta aos demais presos somente, perguntar ao colega “o que ele disse?”. Com estas medidas, podemos ainda perceber que não há qualquer autoridade do tradutor sobre os presos.

Neste novo contexto, a mera resposta “Ele disse: ‘Fiquem de pé’” pode não indicar todo o efeito ilocucionário do ato de fala do oficial, sendo a resposta do preso tradutor insuficiente para a ação dos agentes. Apesar de o conteúdo traduzido estar correto, não há transmissão de toda a dinâmica comunicacional presente. Percebendo isso, o tradutor se adapta, e se corrige: “Nós precisamos nos levantar, ele está mandando”. A partir deste momento, os presos, toda vez que ouvem os gritos do oficial, perguntam para o tradutor: “como nós cumprimos sua ordem?”. A melhor representação da resposta certa seria, no caso: “Para cumprir sua ordem, nós precisamos...”.

Observamos que estamos diante de uma regra técnica normativa, e, como tal, cumpre a função da dinâmica perguntas e respostas “como”. A princípio, os enunciados proferidos pelo tradutor não são aptos a gerarem “deveres deônticos”, já que este não está em posição de autoridade, sequer é um membro da instituição (ao contrário do intérprete). Ademais, todos (prisoneiros) estão na mesma condição, sendo possível que um dos presos sem domínio do alemão aprenda uma ou outra palavra e passe a contestar as respostas dadas. Estão presentes nesta analogia, portanto, ao menos dois elementos da dogmática-ciência, no sentido positivista, o seu caráter não-autoritativo (o tradutor não é autoridade) e sua capacidade de ser verificado (é possível que os outros presos aprendam e verifiquem o conteúdo da tradução).

Temos, ainda, mais um aspecto de semelhança do exemplo com o papel da dogmática jurídica. Para expô-lo, podemos pensar em outra situação deste exemplo.

Imaginemos que este mesmo oficial, não possua uma preocupação na economia das ordens e, ao invés de ordenar por casos (situações tipo), ele insiste em dar diretrizes excessivamente concretas¹²⁷. Todos os dias, ao ver algo inflamável, determina aos prisioneiros que se pegue isso e isole numa mesma área de contenção. Desta forma, ao ver um barril com gasolina, um vidro de álcool ou um rolo de filme, o oficial sempre grita a mesma frase: “Pegue isso e coloque ali!”. Em seguida, o prisioneiro traduz perfeitamente a ordem, “Precisamos pegar isso e colocar ali” gerando o efeito pretendido pelo oficial, isto é, os prisioneiros pegam aquele produto e o isolam. Depois de várias vezes fazendo

¹²⁷ Este aspecto do presente exemplo é adaptado de HART, H.L.A. “*Kelsen Visitado*”. Ensaio sobre Teoria do Direito e Filosofia. Tradução José Garcez Ghirardi e Lenita Marai Rimoli Esteves. Revisão Técnica: Ronaldo Porto Macedo e Leonardo Gomes Penteadado Rosa. Rio de Janeiro, Elsevier, 2010.

isso, o preso tradutor percebe a motivação do oficial alemão e, após a ordem proferida, traduz “Peguem todos produtos inflamáveis e coloquem numa área de contenção.” Ao ouvirem isso, os presos correm pelo campo procurando todos tipos de produtos inflamáveis e o isolam. Ao ver isso, o oficial alemão percebe que o tradutor conseguiu exprimir suas ordens melhor que ele próprio.

Ainda explorando esta situação, podemos imaginar que, mais uma vez o oficial sem aptidão para se comunicar percebe que há diferenças nos materiais inflamáveis. Pretendendo segregar os líquidos dos sólidos, em duas áreas de contenção, toda vez que que oficial vê um material inflamável líquido, dita a ordem “Pegue isso e coloque na área A”, ao ver um material inflamável sólido, “Pegue isso e coloque na área B”. O preso tradutor não consegue compreender o oficial, e, nesta nova situação, os demais presos não sabem o que fazer quando estão diante de um produto inflamável, se devem levar para a área A ou área B. Quando perguntado, caso o prisioneiro tradutor respondesse simplesmente “Para cumprir este tipo de ordem você deve levar para a área A e para a área B”, os agentes estariam em uma posição insustentável. Por conta disso, o tradutor deve tornar a ordem **executável**, e, ao refletir um pouco mais, compreende que a melhor resposta possível seria “para cumprir suas ordens, devemos separar os produtos inflamáveis líquidos na área A e os sólidos, na área B”.

Mas além de termos complicações no caráter **executável** das respostas, também podemos ter dificuldades em responder de forma completa tais perguntas. Imaginemos se no presente caso somarmos dois complicadores: uma nova ordem, “pegar todos líquidos não inflamáveis e os conter na área C” e além disso a chegada de um novo preso de guerra, que não acompanhou a evolução das ordens. Este observa todos pegando itens aleatórios e colocando nas três áreas, em seguida, pergunta para o tradutor: “Qual é a ordem?”. Este responde: “para cumprir ordens do oficial, devemos separar os produtos inflamáveis líquidos na área A e os sólidos, na área B, já os líquidos não inflamáveis, na área C”. Neste cenário, ele retruca: “E os sólidos não inflamáveis, o que devemos fazer, para cumprir as ordens do oficial?”. A pergunta no novo preso não parece despropositada e mais uma vez nosso tradutor precisará pensar em mediar esta situação entre o oficial e seus colegas prisioneiros.

Estes exemplos servem para mostrar o caráter ativo (e criativo) que a dogmática pode exercer na formulação de regras técnicas que, não só mencionem as normas jurídicas, mas também **representem** o ato de fala da autoridade da maneira a otimizá-la, e torná-la executável e sem lacunas normativas. Há, por detrás deste exercício

do tradutor, a aceitação contrafática de racionalidade do oficial, a qual orienta a reformulação de suas respostas, com o intuito de torná-las adequadas à linguagem dos presos, executável e sem lacunas.

Em síntese, a partir da exploração do exemplo, podemos destacar elementos da regra técnica que podem ser úteis para a caracterização da função pragmática da dogmática jurídica de responder perguntas “como”: capacidade mediadora e possibilidade de não engajamento das proposições ao ordenamento jurídico.

3.4 Mediação entre Linguagem da Norma e Linguagem Real: Regras Técnicas

O papel da mediação entre normas jurídicas e sujeitos é o tipo do problema da teoria do direito que pode ganhar diferentes contornos, a depender do aspecto que se pretende tratar. Por conta disso, é importante localizarmos este problema precisamente neste trabalho, para circunscrever bem nossa análise.

Seguindo a proposta de perguntas e respostas, podemos observar dois enfoques. Um primeiro, em que o problema da mediação pode tratar da capacidade de ter respostas que satisfaçam integralmente às perguntas feitas, isto é, que cumpram a demanda por informação mediadora presente na pergunta. Ou um segundo enfoque, voltado para a possibilidade de se verificar ou **fundamentar** estas respostas, isto é, já estamos diante de uma resposta, agora devemos observar a capacidade de ela ser “verdadeira” (ou se sobrepor sobre outras respostas)¹²⁸.

Ainda sob o enfoque da fundamentação da resposta mediadora, a depender do sentido do termo dogmática que nos aproximamos, podemos nos colocar em diferentes tipos de questionamentos. Quando nos colocamos o sentido dogmática-ciência, o que se questiona é o fundamento epistemológico das proposições da ciência jurídica. Já na dogmática-história, o que se investiga é a capacidade de persuasão e poder deste tipo de discurso dentro de uma cultura jurídica.

O aspecto da satisfação das perguntas é anterior à possibilidade de se verificar a verdade e os fundamentos da resposta e, por esta razão e ante o escopo reduzido desta dissertação, é o nosso enfoque. Contudo, a despeito de a motivação do Professor Tércio

¹²⁸ Em linhas gerais, é este o enfoque quando tratamos das condições de verdade das proposições jurídicas, ou a solução de controvérsias teóricas, temas geralmente associados à crítica dworkiana ao positivismo jurídico, especialmente, em obras como HART, H.L.A. “*Kelsen Visitado*”. Ensaio sobre Teoria do Direito e Filosofia. Tradução José Garcez Ghirardi e Lenita Marai Rimoli Esteves. Revisão Técnica: Ronaldo Porto Macedo e Leonardo Gomes Penteado Rosa. Rio de Janeiro, Elsevier, 2010.

Sampaio Ferraz Jr¹²⁹ ser distinta, suas reflexões são excelentes pontos de partida, para o nosso estudo.

Em seu trabalho de maturidade, *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão e Dominação*, ao procurar um fundamento para a hermenêutica jurídica, Ferraz Jr. coloca em jogo a possibilidade de resposta verdadeira na interpretação formulada pela dogmática jurídica. Mais especificamente, parte do difícil cenário posto pelo positivismo kelseniano sobre os fundamentos da interpretação. A Teoria Pura do Direito, ao fundamentar seus enunciados exclusivamente na validade normativa das normas jurídicas, haveria legado à atividade de interpretação jurídica o caráter político ou ideológico, para além da ciência normativa do direito. Neste sentido, para Ferraz Jr, encontrar o fundamento da atividade interpretativa seria o desafio kelseniano¹³⁰.

Sua investigação do desafio parte da análise de características usuais das línguas, como indeterminação e imprecisão, para tentar compreender como é possível, no ato de comunicação, encontrarmos efetivamente atos de determinação de sentido como de fato ocorrem com as interpretações jurídicas. Para encontrar um “ato doador de sentido que prevaleça”, ele propõe uma analogia esclarecedora entre interpretação e tradução.

Para compreender o sucesso de uma boa tradução, Ferraz Jr procura analisar dois modelos tradicionais de explicação da aprendizagem da linguagem¹³¹. Neste cenário, duas correntes filosóficas tradicionais de explicação da relação entre linguagem (ou pensamento) e realidade surgem como exemplos de como não se daria a tradução. A primeira, a denominada de idealista, determinaria como condição essencial à tradução o estabelecimento de uma relação entre linguagem e pensamento como configuradora do sentido. Assim, a tradução da palavra *ball* para o português seria representada pela relação entre o signo “*ball*”, a **ideia** de bola e, em seguida, a relação entre a **ideia** de bola e a palavra “bola”, em português. A relação entre “*ball*” e “bola”, portanto, seria mediada pelo pensamento (ideia). Outra forma de se estabelecer esta mediação, seria a proposta por uma

¹²⁹ Como bem assinala Maranhão, a obra do Professor Tércio é um esforço contínuo e evolutivo de compreensão da dogmática jurídica, iniciando uma investigação voltada para loucs da ciência do direito dentro de uma teoria da ciência e caminhando para a identificação de sua função social, como elemento central de sua caracterização, encontrando seu papel na formação de uma violência simbólica (MARANHÃO, JULIANO. *Estudos sobre Lógica e Direito*, São Paulo, Marcial Pons, 2013, p. 118). No presente trabalho, utilizaremos reflexões de Ferraz Júnior, presentes em *Introdução ao Estudo do Direito*, no qual se busca mais o fundamento de verdade da interpretação jurídica, que suas condições de sucesso de responder às perguntas específicas.

¹³⁰ FERRAZ JÚNIOR, TÉRCIO SAMPAIO. *Introdução ao estudo do direito : técnica, decisão, dominação*, 3ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2002, 258.

¹³¹ FERRAZ JÚNIOR, TÉRCIO SAMPAIO. *Introdução ao estudo do direito : técnica, decisão, dominação*, 3ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2002, p. 265.

teoria objetivista. Por ela, o elemento de mediação seria a própria realidade. Na dinâmica da tradução, aquele que aprende a nova língua estabeleceria relações da palavra “*ball*” como a palavra “bola” por meio de referência ou indicações.

Para Ferraz Jr, ambas teorias partem de pressupostos equivocados, ou, antes, se ancorariam em partes do procedimento de tradução e não em seu fundamento. Em síntese, o sucesso de uma tradução reside na aceitação do enfoque do tradutor. A transferência de uma língua para outra reside na aceitação de uma outra língua como mediadora, não uma ideia ou a realidade, mas uma terceira língua da qual se aceita a competência performática da **relação entre as duas línguas**. Em síntese: o caminho de uma língua para outra só é possível por meio de uma terceira língua. Aqui, a função do dicionário pode esclarecer. Quando requeremos o seu uso, não levantamos qualquer dúvida sobre o uso competente dos termos das duas línguas ali expressas. Por exemplo, quando ele estabelece relação entre palavras “*ball*” e “bola”, estamos aceitando este uso como legítimo, sem indagações e, nesta relação, há estruturas das duas línguas.

No âmbito da hermêutica jurídica, teríamos também uma relação de tradução entre duas línguas distintas: Linguagem das Normas Jurídicas e Linguagem da Realidade. A língua das normas teria em sua estrutura elementos do discurso prescritivo, conhecido pelo conectivo *dever ser*. Assim, é uma língua que qualifica seus objetos como “obrigatórios”, “permitidos” etc. Já a língua da realidade se fundaria em elementos descritivos, “dominada pelo conectivo ser”, qualificando seus objetos como “possível”, “provável”, “necessário”. A língua intermediária, apta a estabelecer a relação entre ambas línguas, para Ferraz Jr, seria a Língua Hermêutica, a qual teria sua estrutura própria e de forma secundária, regras das outras duas línguas.

Ao observar a ambivalência das *Rechtssätze* de Kelsen, Ferraz Jr acredita ser ela um tipo de proposição útil para se estabelecer esta relação. Mas, pela falta de clareza deste ponto da obra keleniana, Ferraz Jr não consegue extrair dela elementos para uma fundamentação **teórica** da língua da hermenêutica, razão pela qual investiga seus aspectos pragmáticos, encontrando seu caráter de para-poder. Enquanto discurso relacionado a uma função política, mais importante que se ter parâmetros de correção, é ter capacidade adaptativa. Daí, o uso de códigos fracos e fortes para se amoldar à necessidade de tornarem os conflitos decidíveis.

Observa-se que a investigação de Ferraz Jr caminha para o sentido de dogmática-história, isto é, enquanto instituto social com funções específicas e cuja fundamentação se dá na sociedade **com e para** o poder. Ante a dificuldade de se encontrar

um caminho sólido de investigação da fundamentação epistemológica de uma dogmática-ciência, Ferraz Jr investiga sua função social e observa seu poder persuasório na formação das condições de decidibilidade de conflitos¹³².

Independente do caminho e motivações do pensamento de Ferraz Jr, suas reflexões nos mostram como o discurso da dogmática jurídica - seja na sua acepção ciência, seja em seu sentido “sociológico” -, realiza um papel de mediação entre linguagem das normas e linguagem da realidade. Maranhão, notando esta função da dogmática, observa que as regras técnicas, com seu caráter orientativo e, ao mesmo tempo, descritivo de uma relação de causa e efeito, incorporariam elementos tanto da língua realidade, como da língua normativa, o que a tornaria apta a realizar este papel de mediação, proposto por Ferraz Jr.

Esta incorporação de padrões destas línguas distintas se dá no preenchimento pela dogmática jurídica de sua função pragmática de orientar condutas em conformidade ao direito. Tais regras técnicas jurídicas possuiriam um “mínimo valorativo”, necessário à apreciação das normas válidas (incorporação da língua normativa), e um elemento descritivo, que, além de lhe dar um caráter teórico, também permite o compartilhamento de estruturas da língua realidade¹³³. Mais especificamente, Maranhão observa o compartilhamento de estruturas da regra técnica com outras duas línguas, na possibilidade de tradução entre diferentes modalidades discursivas.

Antes de entender a tradução entre as diferentes modalidades, precisamos compreender do que se tratam cada uma destas modalidades. Estas são representadas a partir de distintas lógicas representativas de distintos tipos padrão de discurso. Aqui não se pretende um aprofundamento das peculiaridades ou formalidades de cada lógica, mas é importante se frisar que o uso do termo “lógica” se refere a padrões de inferência e representação de conceitos.

Assim, podemos dizer que modalidade prescritiva trata da lógica das normas, cuja função é representar os padrões do discurso normativo “puro”, as normas até aqui chamadas de deônticas. Operadores característicos desta lógica são “obrigatório”, “deve”, “proibido” e “permitido”. A lógica das regras técnicas (modalidade técnica) representa a lógica das necessidades práticas, na qual se apresenta fins para se atingir um meio, seus

¹³² Maranhão se questiona sobre a possibilidade e **necessidade** de se buscar uma fundamentação epistemológica para esta língua hermenêutica (ciência dogmática do direito). MARANHÃO, JULIANO. “O discurso da dogmática jurídica”, em *Estudos sobre Lógica e Direito*, São Paulo, Marcial Pons, 2013, p. 128.

¹³³ MARANHÃO, JULIANO. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*, São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 115.

operadores seriam as obrigações e permissões técnicas, possuindo alguns marcadores linguísticos dignos de nota: “tem que se fazer isso”, “é preciso..” “é condição necessária para...”, etc. A lógica alética (modalidade alética), por sua vez, representa o discurso sobre a realidade, operadores característicos são “é necessário”, “é possível” e “impossível”. Diante desta definição, é fácil perceber a correlação das modalidades com “as línguas”, acima mencionadas: lógica ou modalidade **prescritiva** com a língua das normas; a lógica ou modalidade das **regras técnicas** com a língua hermenêutica (uma função da dogmática jurídica), e a e representada pela lógica ou modalidade **alética**, teríamos a língua da realidade.

Feita esta longa ressalva, estamos aptos a compreender como é possível a tradução de uma língua para outra.

Iniciemos pela tradução da língua das normas para as regras técnicas¹³⁴. Este uso da língua já foi tratado acima quando foi introduzido o conceito de **extração** das regras técnicas normativas. Imaginemos que na porta de uma sala de escritório, temos escrito: “não é permitida a entrada estranhos.” Aqui temos um típico exemplo de uso da linguagem prescritiva, com a qualificação de uma ação, “a entrada” como proibida, e determinando condições de aplicação, “ser um estranho”. Uma tradução para a lógica das regras técnicas nos indicaria a seguinte necessidade prática: “Para se cumprir esta norma, é necessário não entrar na sala, no caso de ser um estranho”. Observe-se que há duas pressuposições para se estabelecer esta tradução. A primeira é de que ação (necessidade prática apresentada) é executável. A segunda, que não faltam outras **necessidades práticas** para se cumprir esta ordem.

Agora, dado o discurso das regras técnicas, podemos caminhar para um discurso da realidade, em uma lógica de modalidade alética, adaptando o quanto sugerido por Maranhão¹³⁵. Imaginemos, por exemplo, a seguinte formulação de regra técnica: “Para se cumprir o artigo 121 do Código Penal, é preciso não matar quaisquer pessoas”. A partir dela, podemos pressupor uma figura fictícia, uma pessoa que efetivamente satisfaz (cumpre) todo o ordenamento jurídico. Daremos o nome desta figura de *boa pessoa*. Para descrever esta pessoa, utilizaríamos as ações que ele necessariamente realiza e quais ele pode realizar sem deixar de ser ele mesmo. No caso da regra técnica mencionada,

¹³⁴MARANHÃO, JULIANO. “O discurso da dogmática jurídica” em *Estudos sobre Lógica e Direito*, São Paulo, Marcial Pons, 2013, p.122.

¹³⁵ MARANHÃO, JULIANO. “O discurso da dogmática jurídica” em *Estudos sobre Lógica e Direito*, São Paulo, Marcial Pons, 2013, p. 125.

poderíamos dizer que esta *boa pessoa* necessariamente não mata, posto que, para satisfazer o artigo 121, é necessário não tirar a vida de outras pessoas. De um lado, percebemos que as ações que esta *boa pessoa* necessariamente toma podem ser consideradas **obrigações técnicas**, quando procuramos seu correspondente na linguagem das necessidades práticas; de outro lado, também poderíamos dizer que é **possível** para esta *boa pessoa* estudar o direito nazista, posto não haver esta proibição. Percebe-se que ações possíveis (mas não necessárias), do ponto de vista da regra técnica, podem ser consideradas permissões técnicas.

As traduções acima mostram a relação entre estas três linguagens. Estas relações entre linguagens podem parecer por demais abstratas e longe de representarem o papel de mediação realizado pela dogmática. No entanto, um exemplo “concreto” pode mostrar que não se trata de algo tão distante assim.

No âmbito federal, a Lei 9.784 de 1998 regula os atos da administração pública e trata de seus requisitos de validade. Em especial, temos o artigo 2º, parágrafo único, bem como o artigo 11, que estabelecem o dever de obediência a vários requisitos nos processos administrativos, os quais destacamos os seguintes:

Art. 2o A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos **serão observados**, entre outros, os critérios de:

I - atuação **conforme a lei** e o Direito;

II - **atendimento a fins de interesse geral**, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei;

(...)

VII - **indicação dos pressupostos de fato e de direito** que determinarem a decisão;

VIII – observância das **formalidades** essenciais à garantia dos direitos dos administrados;

(...)

Art. 11. A competência é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos

Nestes dispositivos legais, temos algumas determinações voltadas para o agente público, que exige dele, em síntese, o dever de atuar nos limites de sua competência, decidindo sobre objetos lícitos, apresentar alguma motivação para os seus atos, seguir formalidade legal e realizar atos cujo interesse sejam da coletividade. Neste primeiro contato, observamos diversos deveres deônticos previstos nestes dispositivos, que fazem parte da linguagem das normas (lógica prescritiva).

Para se tornar executável, precisamos traduzir (*extrair*) necessidades práticas, aptas ao agente público satisfazer estes deveres deônticos. Podemos formular, uma regra simples: “Para se respeitar a Lei 9.784 de 1999, o funcionário público federal necessariamente deve publicar a motivação de suas decisões administrativas.”. Temos nesta necessidade prática, a apresentação de uma finalidade (satisfação da lei 9.784) e um meio sem o qual ela não é satisfeita.

Por fim, a partir de uma série de regras técnicas, podemos representar estas necessidades práticas em uma linguagem da realidade, imaginando uma figura semelhante a da *boa pessoa*: o ato administrativo. A teoria do ato administrativo é um recurso da dogmática jurídica brasileira que traduz estas séries de regras técnicas para uma modalidade alética, na qual temos condições necessárias para se descrever uma realidade em que todas as regras técnicas são idealmente realizadas. Como na figura teórica da *boa pessoa*, o ato administrativo permite tratar da descrição de uma realidade onde todos os deveres são cumpridos.

Neste sentido, o ato administrativo representa a atividade dos agentes públicos, quando todas estas regras acima são cumpridas. Neste sentido, não havendo um dos elementos, não temos o ato administrativo e tampouco a satisfação do ordenamento. Observando as propriedades do ato administrativo, podemos fazer a correspondência direta com os dispositivos legais, o que nos permite traçar o caminho de volta da língua da realidade para a língua das normas, passando pelas necessidades práticas.

Assim, tais propriedades dos atos administrativos são representados na doutrina jurídica por seus elementos: o sujeito competente, objeto, a forma, o motivo e a finalidade¹³⁶.

¹³⁶. Importante notar também como a figura teórica do ato administrativo surge como uma metáfora de um organismo vivo: “Há um autor italiano, Humberto Fragola, que escrevendo sobre “GLi atti amministrativi”, fala, por analogia com as ciências médicas, em anatomia...”, (DI PIETRO, MARIA SYLVIA ZANELLA. *Direito Administrativo*, 24ª Edição. 2011, p.204)

O elemento da motivação presente no ato administrativo, por exemplo, pode ser traduzido como uma necessidade prática do agente público apresentar as razões de fato e de direito que justificam sua tomada de decisão, para cumprir o ordenamento jurídico. Tal necessidade prática, por sua vez, pode ser reduzida a um dever deôntico de os agentes apresentarem a motivação dos atos administrativos, como se observa do artigo 2º, parágrafo único, inciso VII.

Este exemplo deixa claro o papel da doutrina na reconstrução do ordenamento jurídico, para torna-lo executável e, posteriormente, descrito por meio de figuras teóricas, permitindo uma mediação entre a linguagem real e a linguagem normativa. Observada a dinâmica entre diferentes línguas, podemos agora procurar compreender um elemento fundamental desta relação: o legislador racional.

3.5 O legislador racional: perguntas e respostas

Quando pensamos na dogmática jurídica, em seu sentido dogmática-história, poucas figuras teóricas representam tão bem suas peculiaridades como a do legislador racional. Sua presença não passa despercebida pelos juristas (e até pelo público, em geral). Expressões como “diz o legislador”, “a lei não usa expressões inúteis”, “o silêncio eloquente” se ancoram, pressupõem ou indicam diretamente a figura do legislador racional¹³⁷. Arelado principalmente à teoria hermenêutica romano-germânica, o legislador racional possui diversas funções argumentativas no discurso da dogmática. Podemos compreendê-lo como pressuposto racionalizador da interpretação dogmática ou até mesmo como recurso retórico, justificador de novas instanciações interpretativas.

Em uma aproximação inicial, o legislador racional é a representação de diversas funções discursivas presentes na prática e ideal da dogmática jurídica. Mais especificamente, trata-se de uma figura fictícia que seria “responsável” pelo o ato de legislar nos sistemas jurídicos. A partir desta responsabilização, ela representa e caracteriza todas as fontes legislativa do direito, dando uma unidade de origem e sentido para as

¹³⁷ Podemos observar a referência ao legislador racional até mesmo em decisões judiciais, moldando o papel institucional da jurisdição. Vide, por exemplo: “.17. A Jurisdição Constitucional encontra óbice nos limites da capacidade institucional dos seus juízes, notadamente no âmbito das políticas públicas, cabendo ao Judiciário a análise racional do escrutínio do legislador, consoante se colhe do julgado da Suprema Corte Americana FCC v. Beach Communications, Inc. 508 U.S. 307 (1993), em que se consignou que “a escolha do legislador não está sujeita ao escrutínio empírico dos Tribunais e pode se basear em especulações racionais não embasadas em provas ou dados empíricos” (“Legislative choice is not subject to courtroom factfinding and may be based on rational speculation unsupported by evidence or empirical data”)) (manifestação do Supremo Tribunal Federal em ementa da ADC 42 – DF DIVULG 12-08-2019 PUBLIC 13-08-2019).

normas de determinado ordenamento jurídico. O intérprete dogmático, em decorrência, exclui sentidos possíveis e garante um caráter próprio para a legislação. Assim, ao interpretar textos, o jurista exclui possíveis sentidos que não seriam utilizados pelo legislador racional, de forma tal a criar o conteúdo dos textos legais.

A partir da perspectiva deste trabalho, podemos nos indagar em que dimensão da resposta da dogmática, o legislador racional pode atuar. Nas reflexões de Ferraz Jr está clara a preocupação com a fundamentação das respostas, em especial, como uma resposta se sobressai às demais¹³⁸. Ali, o que se estuda é a possibilidade de se ter uma resposta jurídica correta. Aqui procuramos estabelecer as possibilidades de satisfação de uma pergunta devidamente formulada e nos indagamos sobre o papel do legislador racional na dinâmica de se responder perguntas “como”.

Sendo as regras técnicas representantes de respostas e perguntas “como”, devemos investigar se há padrões mínimos na satisfação destas perguntas que coincidam com atributos do legislador racional. Mas, para isso, devemos ter uma noção mais específica do legislador racional e encontrar atributos mínimos.

Inicialmente, é importante compreender que este recurso não surge como uma figura mitológica, mas, ao contrário, faz parte do discurso jurídico, na função de apresentar o direito “como se” fosse proposto por uma única entidade, sugerindo uma compreensão adequada das diretrizes previstas no ordenamento. Neste sentido, o jurista ao interpretar o direito “como se” tivesse uma fonte única e atemporal, dá um sentido harmônico ao ordenamento, a despeito de se fundamentar em uma pressuposição contrafática da realidade. Tal harmonia, possui uma série de atributos, bem resumidas por Nino¹³⁹:

- 1 – É **único**, apesar de as autoridades legiferantes serem diversas;
- 2 – É **imperecível**, isto é, o ato de vontade emanado no passado mante-se válido no presente, a despeito de as pessoas que realmente o proferiram já terem morrido, eventualmente;
- 3 – É **consciente** de todas normas que proferiu, a despeito de, nos ordenamentos jurídicos modernos, ser humanamente impossível alguém conhecer todas normas de um país;

¹³⁸FERRAZ JÚNIOR, TÉRCIO SAMPAIO. *Introdução ao estudo do direito : técnica, decisão, dominação*, 3ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2002, p. 274.

¹³⁹NINO, CARLOS SANTIAGO. *Introdução à análise do direito*, Tradução Elza Maria Gasparotto; revisão da tradução Denise Matos Marino. São Paulo, Editora Martins Fontes, 2010, p 388-9.

4 – É **onisciente**, levando em consideração todas condições e hipóteses de aplicação de determinada norma, mesmo não sendo possível compreender todas situações;

5 – **Não** utiliza normas **inúteis**, sem aplicação, o que a experiência prova ser falso nos órgãos legiferantes;

6 – Ele é **justo**, mesmo sendo comum ordens e institutos jurídicos com preceitos considerados injustos (vide por exemplo, instituto da escravidão);

7 – É **coerente**, no sentido de não contradizer a si mesmo, apesar de diversas normas orientarem condutas opostas;

8 – É **omnicomprensivo**, no sentido de regular todas situações possíveis, não havendo lacunas, a despeito de não ser possível regular todas hipótese possíveis;

9 – O legislador racional também seria **preciso** em suas formulações, isto é, usaria a linguagem da melhor forma possível. Por fim, este aspecto é facilmente falseado pela realidade.

Há nestes nove atributos diversas orientações interpretativas. Por exemplo, a precisão (9) orienta o intérprete a entender cada termo utilizado pelo legislador real como dotado de sentido e útil. Já a justiça (6) orienta as interpretações conforme um determinado *standard*. Ao aceitar tais orientações, mais que qualificar a figura fictícia do legislador racional, são apresentados ideais aceitos do discurso da dogmática jurídica. Saber quais foram incorporados acidentalmente, ao longo da história, ou que estão necessariamente (do ponto de vista pragmático) associados ao tipo de discurso de mediação do jurista não é tarefa fácil. Nas duas próximas sessões, investigaremos duas dimensões de satisfação das perguntas “como”, usualmente retratadas em características do legislador racional. O primeiro trata da executabilidade, padrão correlato ao de não-contradição. O segundo trata da completude, associado, no âmbito normativo, à ausência de lacunas.

3.6 Boas respostas: a executabilidade como coerência do legislador racional

Antes de adentrar no exame dos critérios de satisfação de perguntas “como”, iremos retornar a um capítulo da história da lógica das normas, o dilema de Jørgensen.

Como já exposto, a questão da possibilidade de haver normas verdadeiras ou falsas possui uma repercussão séria para o lógico dêontico: a própria possibilidade de se haver uma lógica das normas. De fato, não sendo as normas nem verdadeiras nem falsas, como determinar a noção de consequência entre elas?

Em *Norms, Truth and Logic*, Von Wright investiga e revisita estes questionamentos. De maneira geral, trata-se de uma releitura proposta por Von Wright da lógica deôntica. Nesta nova abordagem, procura-se o sentido sobre a racionalidade do ato de legislar e como definir seus padrões ideais, conferindo à lógica um escopo maior que a mera preocupação com “verdade” de argumentos. Ao partir desta postura, na qual se diminui a carga de exigência sobre os sistemas deônticos, Von Wright acredita superar boa parte dos problemas enfrentados pela lógica das normas.

Segundo Maranhão¹⁴⁰, Von Wright utilizaria da abordagem terapêutica de Wittgenstein para ressignificar a lógica das normas. A partir desta perspectiva, não se exigiria mais da lógica deôntica padrões que lhes são impróprios. Em especial, procura dissociar a relação entre possibilidade de se inferir uma norma e sua existência. Assim, a possibilidade de se inferir novas normas a partir de um conjunto normativo não é razão para afirmar que estas normas inferidas existam. Também se pode dizer que o fundamento destas inferências não pode ser apreciado da mesma forma que uma lógica descritiva, mas sim de acordo com seu propósito: o de guiar condutas.

Sendo o propósito do ato de promulgar normas guiar condutas, um conceito importante que surge nesta releitura da lógica deôntica é o de executabilidade. Segundo ele, as normas devem ser compreendidas como diretrizes executáveis, isto é, devem ser passíveis de serem executadas pelos sujeitos normativos. Realmente, quando observamos uma ordem inexecutável, há nela um ar de contrassenso, sendo não só defeituosa, mas também uma descaracterização da ordem enquanto tal. Neste sentido, a executabilidade seria um padrão de racionalidade da razão prática. Mas, note, a despeito da similitude com o conceito de contradição, o que Von Wright propõe é uma leitura “por dentro” da lógica das normas, sugerindo um padrão paralelo ao da contradição, sem com ele assumir todas os compromissos teóricos tradicionais.

Ao invés de se falar de não-contradição de um sistema normativo, onde normas contraditórias seriam impossíveis, a executabilidade do *corpus* de normas permite torná-lo útil para o propósito comunicacional específico. Agora, quando estamos diante de uma legislação irracional, esta não é executável pelos agentes, bem como não permite a satisfação de qualquer vontade¹⁴¹. Isso, contudo, não torna inexistentes as normas promulgadas.

¹⁴⁰ Maranhão, Juliano. Estudos sobre Lógica e Direito. Marcial Pons, São Paulo – SP, 2013, p. 79.

¹⁴¹ MARANHÃO, JULIANO. “O discurso da dogmática jurídica” em *Estudos sobre Lógica e Direito*, São Paulo, Marcial Pons, 2013.79.

Assim como o conceito de contradição, o papel da executabilidade na compreensão do sentido do ato de legislar é semelhante ao de necessidade lógica¹⁴² para os discursos descritivo. Como a necessidade lógica trata de convenções sem as quais tornam ininteligíveis a comunicação, a inexecutabilidade de uma ordem proferida, a despeito de não a tornar inexistente, é capaz de lhe retirar a sua função primordial: a de orientar condutas.

Para os nossos propósitos, podemos resumir a releitura da lógica deôntica, nestes quatro enunciados:

1. a existência de uma norma depende de um ato de promulgação e **não** de qualquer ato de inferência a partir de um conjunto de normas;
2. sobre o ato de promulgar normas pode incidir uma crítica fundamentada num padrão de racionalidade;
3. este padrão consiste na exigência de que a vontade do legislador não quer somente promulgar normas, mas também a concretização de um estado de coisas ideal, decorrente da obediência das diretivas propostas¹⁴³;
4. além disso, esta vontade é una, indivisível¹⁴⁴.

Pela leitura destas conclusões, é possível inferir que esta nova perspectiva trata de caracterizar uma figura fictícia, “o legislador”, no entanto, o ato de promulgar normas é reflexo das condições formais necessárias à execução por um agente de qualquer ordem. Desta forma, o ato de promulgar normas é lido “*do ponto de vista **dos sujeitos normativos**, isto é, com referência às necessidades práticas que são geradas no mundo atual para aqueles que desejam cumprir a ordem normativa*”¹⁴⁵. Podemos dizer, portanto, que tal padrão está mais atrelado às convenções associadas ao cumprimento de uma (ou um conjunto de) ordem por **um** agente do que à necessidade de caracterizar o ato de proferir uma norma. Neste sentido, o legislador racional e os atributos a ele associados seriam mais

¹⁴² MARANHÃO, JULIANO. “A terapia de Von Wright para a síndrome de Jørgensen”, em *Estudos sobre Lógica e Direito*, São Paulo, Marcial Pons, 2013, p. 55 e ss.

¹⁴³ “...to achieve the states of affairs consequent upon fulfillment of the orders, “ (VON WRIGHT, GEORGE HENRIK. “*Norms, Truth and Logic*, in *Practical Reason. Philosophical Papers*, vol. 1, Oxford: Basil Blackwell, 1983, p. 139).

¹⁴⁴: “If there existed no source, like a will, for the unity of a set of norms there would be no reason, it seems, why the contents of norms should be mutually consistent rather than contradict each other” (VON WRIGHT, GEORGE HENRIK. “*Norms, Truth and Logic*, in *Practical Reason. Philosophical Papers*, vol. 1, Oxford: Basil Blackwell, 1983, p. 149).

¹⁴⁵ MARANHÃO, JULIANO. “*Condicionalidade e a lógica de implicação normativa de Von Wright*”, em *Estudos sobre Lógica e Direito*, São Paulo, Marcial Pons, 2013, p. 93.

o reflexo do sujeito normativo, e menos uma generalização (ou mera abstração) dos legisladores concretos. Podemos, por exemplo, observar as contrapartes do sujeito normativo das conclusões acima:

- 1'. Só é possível cumprir uma norma se alguém a proferiu;
- 2'. O cumprimento de normas demanda um compreensão finalística do ato de promulgar, o que se pretende realizar ao obedecê-la;
- 3'. Esta finalidade é executar o resultado pretendido em determinada ordem;
- 4'. Sobre um mesmo assunto, não é possível cumprir duas ordens representativas de vontades distintas.

As regras técnicas, neste contexto, possuem um papel importante para a executabilidade das normas e, por isso, também estariam atreladas a ela, especialmente, no caso de se tratar de regras técnicas normativas (cuja finalidade é o cumprimento de uma norma). Neste sentido, a executabilidade como limite de compreensão da norma (como convenção) está presente nas regras técnicas, também, e, por conseguinte, deve fazer parte da dinâmica de perguntas e respostas “como”. Mas qual é o papel da executabilidade, nas perguntas. Imaginemos um diálogo entre dois irmãos, Maria e João.

João: Como faço para cumprir a ordem da mamãe de chegar mais cedo na escola?

Maria: Para cumprir a ordem da mamãe, você precisa sair agora e ficar em casa.

Considerando a normalidade de João e a ausência de recursos literários de Maria, a situação mostra uma resposta insatisfatória. Assim se dá porque a resposta não apresenta uma informação útil para a finalidade pretendida na pergunta. No caso, a resposta indica uma ação e omissão ao mesmo tempo, o que é impossível. Quando João pergunta “como faço...”, a informação requerida deve ser voltada para a ação. Como, no caso, não é possível agir a partir dela, sequer podemos falar que houve uma resposta válida. Situação diferente seria se Maria respondesse “*Para cumprir esta ordem, você deve sair daqui uma hora*” e o horário limite de entrada da escola é em trinta minutos. Nesta última situação, João consegue executar a orientação da resposta, já que a informação apresentada é apta a fornecer meios possíveis. Agora, a veracidade desta informação é algo diferente, que não se confunde com a possibilidade de satisfazer o requerimento presente na pergunta. A distinção é sutil, ambas as respostas não apresentam condições necessárias para se atingir a finalidade, contudo, a segunda resposta chega a satisfazer a demanda por informação para ação, já a segunda, não. Em poucas palavras: o fracasso da primeira

resposta reside mais em não fornecer informação, a segunda compromete mais o sucesso da ação de quem pergunta.

Quando olhamos sob a perspectiva das demandas da pergunta “como”, fica evidente o papel da executabilidade na capacidade de um discurso da dogmática que pretenda efetivamente apresentar respostas úteis para a ação. Talvez por esta razão, quando olhamos para o legislador racional “usado” pela dogmática jurídica, podemos encontrar características que se assemelham à executabilidade. Dentre os atributos do legislador racional enumerados por Nino, podemos destacar dois diretamente associados à executabilidade: coerência (7) e unicidade (1). Esta semelhança nos permite sugerir que a presença da executabilidade como característica do legislador racional seja mais do que uma construção histórica acidental, própria de um compromisso ideológico da dogmática jurídica. Somos autorizados a observar na executabilidade, e seus correlatos no legislador doutrinário uma convenção (no sentido de necessidade lógica) que nos dá critérios mínimos sobre o modo adequado de proferir respostas “como” de forma satisfatória.

Neste ponto, contudo, faz-se necessária uma ressalva. O fato de as regras técnicas - ou as respostas da dogmáticas- possuírem como padrão a executabilidade, não significa que o legislador real não possa proferir normas contraditórias. Em casos como estes, temos duas situações possíveis. Primeira, o intérprete procura reinterpretar o ordenamento jurídico de forma a torná-lo coerente. Segunda, e no limite, pode informar ser impossível cumprir aquele ordenamento, restando tão somente a função descritiva das normas. Nestes casos, ao jurista restaria, somente, responder perguntas “qual”. Assim, seguindo a releitura de Von Wright, o fato de ser contraditório um determinado ordenamento jurídico, não exclui sua validade (ou obrigatoriedade), mas sim sua capacidade de ser executável, o que atinge o discurso das necessidades práticas aptas ao seu cumprimento e, conseqüentemente, a função da dogmática jurídica de responder perguntas “como”.

Além da executabilidade, há outro padrão das respostas “como” que pode indicar um papel necessário do legislador racional: a proibição das lacunas.

3.7 Boas perguntas: as lacunas

Em uma primeira aproximação das lacunas, observamos o seu significado no uso pelos juristas. Em especial, diz-se que um sistema possui lacunas, quando ausente alguma solução normativa que deveria existir para tratar de algum caso específico. Não

havendo lacunas, diz-se que o sistema jurídico é completo, tendo o legislador real previsto todas normas necessárias.

Observa-se que a função primordial do conceito de lacuna é de estabelecer um juízo crítico acerca da atividade legislativa, de acordo com um parâmetro qualquer. Independentemente do parâmetro escolhido, observa-se que o juízo crítico se fundamenta em outra demanda, a necessidade de o ordenamento jurídico dar todas respostas. Nesta demanda, encontramos atributos do legislador racional, mais especificamente, a sua qualidade de ser omnicomprensivo (8).

Ocorre que, diferentemente da coerência, (ou executabilidade, como aqui tratado), não é tão clara o *status* da completude (ou ausência de lacunas). Seria um padrão de racionalidade, algo necessário para falarmos no ato racional de promulgar normas, ou mera demanda ideológica? A dificuldade de ver a completude (a ausência de lacunas) como um padrão necessário do ato de promulgar normas (e de orientar condutas ao seu cumprimento) fica clara quando saímos do âmbito jurídico e pensamos nos mais diversos contextos normativos. Basta imaginarmos a situação de um pai ordenando um filho, normas de etiqueta, normas de jogo de xadrez, etc. De fato, quando trazemos para contextos ainda mais restritos, a exigência de regulação parece absurda. No âmbito das normas de xadrez, por exemplo, a exigência de se saber se é obrigatório o uso de tênis é um contrassenso, como se estivesse “exigindo demais do legislador”.

Por outro lado, quando voltamos para o direito, e pensamos no âmbito dos Estados de Direito modernos, nos quais se pretende regular diversos aspectos da vida cotidiana, a exigência de completude parece algo natural. Ainda mais quando pensamos em princípios amplamente difundidos no Ocidente como o da legalidade, no sentido de que tudo que não está proibido é permitido.

No âmbito da história da lógica das normas, a completude está quase sempre presente nos principais sistemas formais elaborados, sem, contudo, uma maior reflexão sobre o seu real significado e sua extensão¹⁴⁶. Definições e axiomas que postulam a interrelação entre permissão, proibição e obrigação dão um contorno formal à impossibilidade lógica de lacunas, determinando que todos atos possíveis devem seguir uma destas qualificações.

¹⁴⁶ Vide o Sistema Standard de Lógica, como representado por Hilpinen (HILPINEN, RISTO; FOLLESDAL, DAGFIN. *Deontic Logic: na introduction*. Hilpinen, Risto (ed.) *Deontic Logic: Introctory and Systematic Reading*. Reidel Publishing Company, 1971, p. 1-36.)

Tanto na tradição jurídica, como na história da lógica, as lacunas normativas não parecem só como um defeito, mas como algo a mais, que, de alguma forma, corrompe o discurso normativo. Como, então, a releitura de Von Wright, que subsidia as regras técnicas, pode tratar das lacunas?

Diferentemente da executabilidade, o padrão de completude não parece de forma tão clara como uma exigência da razão prática, não recebendo o mesmo tratamento por Von Wright, na sua releitura da lógica das normas. Neste contexto, a completude, presente nos ordenamentos, aparece como uma metanorma (uma norma sobre normas) a qual proíbe a ausência de solução normativa. Neste sentido, o princípio da legalidade (“tudo que não está previsto em lei é permitido”) seria uma metanorma que, não estando positivada, permitiria ao ordenamento jurídico possuir lacunas. Nesta situação, não haveria qualquer razão para informar a permissão de tudo que não está proibido.

No entanto, quando pensamos no discurso das ciências em geral, a ausência de respostas no seu domínio possui um tom de irracionalidade. De maneira mais concreta, quando pensamos em ciências empíricas, o ideal de completude exige que, a partir delas, seja possível explicar todos fenômenos por ela abordados. Como bem apontam Alchourrón & Bulygin, este preceito decorre do Princípio da Razão Suficiente (*nihil est sine ratione*), o qual governaria o raciocínio, de acordo com Leibniz¹⁴⁷.

No âmbito de uma ciência normativa, em especial, quando partimos da apreensão do ato de promulgar normas ou dar ordens, não há tanta clareza da aplicação do Princípio da Razão Suficiente. Afinal, o que seria um sistema de normas completo? Com todas ações possíveis com *status* deontico determinado? Se sim, caberia ao “legislador” *qualificar* deonticamente todo e qualquer ato?¹⁴⁸ Podemos dizer que um conjunto de normas é irracional por não qualificar todas ações possíveis?

Apesar destas complicações, quando descemos alguns degraus de abstração do discurso das normas, para pensarmos na função de dar respostas “como” da dogmática, a completude parece mais fortemente associada à ausência de resposta apta à ação. Imaginemos um exemplo trivial:

¹⁴⁷ALCHOURRÓN, CARLOS; e BULYGIN, EUGENIO. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires : Editorial Astrea de R. Depalma, 1975, p. 231.

¹⁴⁸ Maranhão, por sua vez, defende o padrão de completude, ante a necessidade de respeito ao Princípio da Razão Suficiente e a exigência de alternativas apresentadas serem exaustivas, bem como argumenta que o caráter normativo da lógica mitigaria o fato de a completude ser considerada uma metanorma. (MARANHÃO, JULIANO. “Uma lacuna na lógica de implicação normativa de Von Wright”, em *Estudos sobre Lógica e Direito*, São Paulo, Marcial Pons, 2013, p.73.).

Maria: Como se faz para ferver a água? Como chego mais cedo ao trabalho?

João: Para esquentar a água, é necessário aquecê-la a, no mínimo 100° C.

Aqui é evidente a ausência de apresentação de informação apta à ação, sendo que, dificilmente, alguém defenderia a adequação da resposta. Contudo, a análise ganha complexidade, quando pensamos nas resposta da dogmática e tentamos estabelecer as perguntas pressupostas. A contraposição entre duas interpretações possíveis para um mesmo enunciado de regra técnica pode auxiliar a compreensão:

Regra técnica: Para se respeitar o artigo 195, XI da Lei 9.279¹⁴⁹, se você possui uma relação de emprego com alguém, você precisa manter segredo industrial com esta pessoa.

1º Pergunta possível (p1): Como faço para respeitar o artigo 195, XI da Lei 9.279?

2º Pergunta possível (p2): Como faço para respeitar o artigo 195, XI da Lei 9.279, na situação de eu ser empregado?

Na segunda interpretação, está evidente que a resposta é completa. Agora, e na primeira? A resposta satisfaz integralmente à demanda por informação para a ação? A partir dela, o agente é apto a cumprir a norma? A regra técnica como reposta de p1 não trata de algumas situações ali previstas, deixando o sujeito normativo sem informação completa para cumprir a norma (no caso de se ter um contrato não trabalhista, por exemplo). A questão que se coloca, neste caso, é saber se, a partir da regra técnica nós somos autorizados a formular perguntas “como”. Mas sendo o ato de perguntar uma função associada a manifestação de uma demanda por informação, haveria alguma limitação? Afinal, haveria algum critério para informar se uma pergunta é válida, racional ou, ao menos, pertinente?

Este questionamento possui semelhança com a preocupação da distinção entre lacunas autênticas e não autênticas. A primeira trataria da ausência de possibilidade de se decidir, com fundamento no conjunto de normas. A segunda trata de casos já regulamentados pelo direito, mas com soluções insatisfatórias¹⁵⁰.

¹⁴⁹ Brasil. Lei 9279 de 1997: Artigo 195 - Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem: (...)XI - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato;

¹⁵⁰FERRAZ JÚNIOR, TERCIO SAMPAIO. *Introdução ao estudo do direito : técnica, decisão, dominação*, 3ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2002,p. 216.

Ao tratar do assunto das lacunas, Kelsen denuncia o caráter ideológico da doutrina das lacunas, observando a dinâmica argumentativa de comparação do direito posto com um direito ideal¹⁵¹. De fato, sob uma perspectiva positivista, julgar insatisfatório o direito parece uma função estranha ao *Expositor*. Como bem aponta Kelsen: “*O que importa na apreciação da teoria das lacunas é determinar as circunstâncias nas quais, segundo esta teoria, se apresenta uma ‘lacuna’ do Direito.*”¹⁵² Diante desta cautela, quais perguntas poderiam ser formuladas, sem cairmos em uma crítica ao ordenamento jurídico?

Para procurar perguntas que sejam legítimas, vamos nos fundamentar em preceitos de lógica erotética¹⁵³, sem adentrar em qualquer formalismo. Esta parte do pressuposto que sim, haveria limitação racional às perguntas formuladas, sendo possível, ainda, representar formalmente processos de inferências cujas conclusões sejam ao menos uma pergunta¹⁵⁴. À primeira vista, pode soar estranha a possibilidade de questões serem consequências lógicas de conjunto de premissas, ainda mais quando há uma dificuldade em falar sobre a possibilidade de perguntas possuírem valor verdade¹⁵⁵. Afinal, usualmente, associada à noção de consequência lógica está a “manutenção da verdade” das premissas, como vimos quando tratamos do dilema de Jørgensen.

Contudo, quando pensamos em exemplos, esta hipótese não parece absurda:

¹⁵¹ “Se uma ordem jurídica não contém qualquer norma geral que imponha ao empresário o dever de indenizar o prejuízo causado por um empregadoseu em serviço da empresa, ... a aplicação da ordem jurídica vigente será considerada como insatisfatória por parte de um socialista, mas será considerada como perfeitamente razoável por parte de um liberal” (KELSEN, HANS. *Teoria pura do direito*, 6. ed. 4.tiragem, edição original, 1960 São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.274).

¹⁵² KELSEN, HANS. *Teoria pura do direito*, 6. ed. 4.tiragem, edição original, 1960 São Paulo: Martins Fontes, 2000,, p. 273.

¹⁵³ Erotética advém do grego erotema (ερωτημα), que significa questão (WISNIEWSKI, ANDRZEJ. *Questions, Inferences, and Scenarios*, London: College Publications, 2013.p. 1) Ademais, como comprova Wisniewski, haveria uma correlação entre a possibilidade de se inferir perguntas de conjuntos enunciados e completude. Em síntese, ele prova que se, a partir conjunto de enunciados que contenha suas próprias consequências lógicas (uma teoria) não é possível inferir (evocar) perguntas, então, este conjunto de sentenças é completo (WISNIEWSKI, ANDRZEJ. *The Posing of questions – Logical Foundations of Erotetica Inferences. Studies in Epistemology, Logic Methodology, and Philosophy of Science*, vol 252, 1995, p. 101)

¹⁵⁴ Esta parte da lógica se preocupa com aspectos atinentes aos questionamentos em geral: qual a natureza das perguntas (seria linguística ou não?), maneira de representa-las, sua racionalidade, seus modelos de inferência, representação formal tanto de perguntas quanto de estratégias discursivas, etc. A literatura da lógica Erotética é ampla e diversificada e, contribui em diversas áreas, notadamente inteligência artificial, revisão de crenças e lógica dinâmica epistêmica, vide, por exemplo (LUPKOWSKI, PAWET. *Logic of question in the wild – Inferential Erotetic Logic in information seeking Dialogue Modelling*. GABBAY, DOV (ed.) *Studies in Logic*, vol 64, 2015, p. 13).

¹⁵⁵ WISNIEWSKI, ANDRZEJ. *The Posing of questions – Logical Foundations of Erotetica Inferences. Studies in Epistemology, Logic Methodology, and Philosophy of Science*, vol 252, 1995, p. 1.

I. P: *O Código Civil Argentino foi inspirado pelo maior jurista brasileiro do século XIX.*

Q: *Quem foi o maior jurista brasileiro do século XIX?*

II. P1: *Todo brasileiro torce para um time de futebol.*

P2: *João é brasileiro.*

a. Q: *João torce para qual time de futebol?*

III. P1: *Getúlio Vargas se matou e entrou para história?*

Q: *Getúlio Vargas entrou para história?*

IV. P1: *Quem foi Dom Pedro I?*

P2: *Pode-se dizer que Dom Pedro I foi rei do Brasil ou de Portugal.*

Q: *Dom Pedro I foi rei de Portugal?*

Os exemplos acima são plenamente plausíveis e, não só isso, também parecem que as perguntas são consequências das premissas. Agora, o que torna a relação entre premissas e conclusões possível? Há algum critério de validade ou uma série de procedimentos de formulação de perguntas válidas? Uma maneira interessante de observar quais critérios de racionalidade estão presentes na formulação de perguntas é comparar perguntas patentemente inválidas e outras válidas. Vejamos.

Exemplo 1:

P1: *Em tempo de chuva, não é bom plantar café.*

P2: *Amanhã choverá.*

Q: *Quando o café se tornou conhecido na China?*

Exemplo 2:

P1: *Quem matou Gandhi está com uma túnica branca.*

P2: *A única pessoa com túnica branca é o senhor Nathuram Godse.*

Q: *Nathuram Godse matou Gandhi?*

Exemplo 3:

P1: *São Paulo é a maior cidade do Hemisfério Sul.*

Q: *São Paulo é a maior cidade do Hemisfério Sul?*

Exemplo 4:

P1: *Todo brasileiro torce para um time de futebol.*

P2: João é brasileiro.

Q: João torce para qual time de futebol?

Exemplo 5:

P1: Observo que não há sinal de agressão física no corpo da vítima. E há indícios de que ela foi envenenada com substâncias produzidas exclusivamente na empresa X.

Lestrade: A vítima nunca esteve na empresa X.

Sherlock: Como estas substâncias saem da empresa X?

Dos exemplos acima, o **primeiro** demonstra uma pergunta inapropriada, posto que trata de algo que não está dentro do contexto e sequer faz sentido. Causa estranheza a afirmação sobre a fama do café na China, diante das informações sobre o tempo e melhor período de cultivo da planta. Observa-se que não há correlação com o **sentido** das possíveis respostas com os enunciados anteriores. No **segundo** exemplo, a pergunta versa sobre consequência lógica das afirmações. Trata-se, pois, de uma pergunta inútil, já que resposta decorre logicamente das afirmações. No **terceiro** exemplo, temos uma pergunta ainda mais inútil que a anterior, porque a resposta dela já está expressa no conjunto do qual ela emerge. Agora, no quarto e no quinto exemplos parecem que as perguntas são coerentes com o restante dos enunciados e, ainda assim, representam um requerimento por informação pertinente e útil.

Estes exemplos nos permitem compreender dois atributos de uma pergunta válida, a partir de um determinado contexto assertivo¹⁵⁶. Primeiro: ela deve exigir por informação nova. Não pode requerer informação já presente no contexto, devendo abrir a possibilidade de ampliar o repertório de quem pergunta. Segundo: ela deve ser contextualizada. A informação requerida deve possuir alguma relação com o contexto apresentado, não podendo ser incompatível com ele. A partir destes dois atributos, podemos, então, nos perguntar, dado um contexto normativo, quando uma pergunta efetivamente requer informação nova de forma contextualizada? Isto é, quando há lacunas dos sistemas normativos?

Como defende Maranhão, Alchourrón e Bulygin apresentaram um padrão de lacunas normativas que pode ser útil. Em linhas gerais, há uma lacuna normativa quando o

¹⁵⁶ Estes atributos são simplificações de preceitos formais elaborados no âmbito da lógica erotética inferencial, isto é, a parte da lógica dedicada às inferências que possuem como conclusão perguntas. Não se pretende aqui um tratamento formal ou amplo do tema, para tanto recomenda-se (WISNIEWSKI, ANDRZEJ. *Questions, Inferences, and Scenarios*, London: College Publications, 2013, p. 59)

legislador regula um determinado caso, com *n* propriedades, mas não lhe atribui soluções a todas combinações possíveis destas propriedades. Um exemplo mais concreto, proposto por Maranhão, pode tornar mais simples esta definição¹⁵⁷.

Imaginemos a seguinte norma: “Ao comprador é permitido ficar com o bem se a aquisição se deu de boa fé e por título oneroso.”. Temos como propriedades a boa fé e a onerosidade (representado, respectivamente, pelas letras *g* e *p*), e temos como solução normativa “permitido ficar com o bem” (representado pela letra *P*). A partir desta distinção, podemos estabelecer a seguinte relação de casos possíveis, formados pela combinação destas propriedades, e suas soluções normativas:

<i>Casos</i>	<i>Solução normativa</i>
1. <i>g e p</i>	P
2. <i>g e não p</i>	X
3. <i>não g e p</i>	X
4. <i>não g e não p</i>	X

Observa-se pela tabela, que a norma não regula os casos 2 a 4, sendo, por isso, necessária a reformulação do sistema, para que possamos suprir esta lacuna e, como bem defende Alchourrón e Bulygin, possamos cumprir seu ideal científico de completude.

Nesta definição de lacuna, podemos encontrar os dois atributos das perguntas válidas, indicados acima. De um lado, a demanda por regulação dos casos 2 a 4 (pergunta sobre sua regulamentação) exige informação nova, afinal, não temos soluções normativas para os casos; de outro, não se autoriza perguntar sobre qualquer ação ou caso virtualmente possível, mas somente os casos relacionados às propriedades já enunciadas pela norma.

No caso de lacunas como estas, a dogmática jurídica não conseguiria cumprir integralmente a função de responder perguntas “como”, sendo legítimas perguntas sobre os casos 2 a 4. A manutenção do contexto se dá graças à relação entre os casos questionados e as propriedades enunciadas pela norma. A demanda por informação nova está clara: não estão expressas as soluções normativas para estes casos.

Ao analisarmos as lacunas nas respostas “como”, ficou evidente que, independentemente da veracidade das respostas, a completude é uma demanda para o

¹⁵⁷ Adaptado de Maranhão, Juliano. “Uma lacuna na lógica de implicação normativa de Von Wright”, Estudos sobre Lógica e Direito. Marcial Pons, São Paulo – SP, 2013.p. 69.

sucesso de responder perguntas, e, assim como a executabilidade, pode ser uma condição do ato de apresentar necessidades práticas ao cumprimento de normas. Neste sentido, talvez o atributo do legislador racional ser omnicomprensivo também não seja um mero acidente histórico.

Todavia, está claro que o padrão de completude proposto aqui não é tão forte como o presente no legislador racional, que demanda a regulação de todos atos da vida. Esta demanda maior sobre o legislador, no ocidente, possui raízes claras na evolução histórica do direito moderno e nas pretensões totalizadoras dos códigos, que se tornaram o ideal legislativo. Além da pretensão de regular exclusivamente através de código (o que está fora do código, não é lei), há a correlata demanda institucional por decisão de todos caso pelo Judiciário, a proibição do *non liquet*. Marco histórico desta demanda é a promulgação do Código Civil Napoleônico de 1805, com seu artigo 4º, que proíbe a recusa de julgamento, sob o pretexto de ausência de lei¹⁵⁸.

Contudo, deve-se fazer um alerta. A proposição de um padrão de completude não significa que todo ordenamento jurídico seja necessariamente completo. Aqui, podemos retomar a postura de Von Wright, na análise da executabilidade, para pensarmos a completude como um limite de satisfação de perguntas. Diferentemente do padrão da executabilidade que trata da **aptidão para a ação** da informação prestada, a completude trata da **existência de informação** que se requer. Todavia, apesar das distinções, ambos padrões tratam da possibilidade de satisfação das perguntas sobre como se cumpre determinado ordenamento.

3.8 Censor e Expositor nas regras técnicas

Até o presente momento, localizamos o aspecto funcional da regra técnica como norma que cumpre a missão de responder questões “como”. Sua possibilidade e condições foram localizadas tanto para uma dogmática-ciência como para uma dogmática-história. Agora, tentaremos localizar a regra técnica diante um problema da teoria do direito positivista.

Quando vimos as condições de sucesso da resposta “como” (e das regras técnicas), tratamos dos limites de racionalidade da função pragmática de responder da

¹⁵⁸ “Em virtude do artigo 4º do Code Civil, o juiz não pode recusar-se a julgar sob o pretxto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei; se o fizer, torna-se culpado de recusa de justiça (deni de justice), infração prevista no art.º 258º do Código Penal francês.” (GILISEN, JOHN. *Introdução Histórica ao Direito*, Tradução Antonio Manuel Hespanha. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian. 2001, p. 539)

dogmática, isto é, o que torna inteligível estes atos de fala. Mas para a teoria do direito, ou uma metodologia da ciência do direito, importa compreender não só tais condições, mas também o fundamento de qualquer resposta, e mais, a possibilidade de hierarquia entre as distintas respostas possíveis. A partir deste momento, entramos no complexo problema do fundamento das proposições jurídicas .

Sob o rótulo fundamento das proposições encontram-se alguns problemas teóricos que se misturam: resoluções de disputas teóricas, relação entre o debate teórico e adjudicatório, possibilidade de enunciados desprovidos de engajamento moral, dinâmica da linguagem, fundamento coerentista ou fundacionista das teorias jurídicas, etc. Tratar de todos eles em suas mais diferentes correntes teóricas, ao mesmo tempo, demanda uma reflexão profunda sobre a prática e teoria jurídicas, e, além disso, sobre a própria natureza da linguagem e do conhecimento. Tarefa imprópria para este trabalho. Ao invés disso, podemos trazer este debate para um ambiente específico, a tese metodológica positivista como exposta no primeiro capítulo desta dissertação.

Como já dito, no centro da reflexão positivista está a tentativa de compreender a distinção entre *Censor* e *Expositor*, já propugnada por Bentham. Mais do que a mera diferenciação do discurso diretivo e do caráter cognitivo da ciência, esta distinção trata de algumas facetas do debate metodológico. Para os fins do presente trabalho, podemos identificar **duas** dimensões desta distinção, uma primeira associada a aspectos **institucionais** e outro, à vinculação das proposições jurídicas ao engajamento moral.

Primeiramente, a distinção pode tratar da capacidade **institucional** da ciência do direito de possuir autoridade sobre os sujeitos normativos¹⁵⁹. Aqui, a distinção surge principalmente como um alerta para a população, sobre a confusão entre o poder das autoridades e dos juristas. Quando nos aproximamos do sentido dogmática-história, esta distinção nos leva a perquirir o papel institucional do discurso dos juristas e nos mostra os vários níveis de poder presentes nas sociedades. Já no sentido dogmática-ciência, nos indagamos sobre a existência de algum padrão presente nas proposições para se manter a distinção.

Neste último sentido, as regras técnicas são essencialmente distintas dos enunciados das autoridades, em especial, as regras técnicas normativas aplicadas ao direito. Assim se dá porque sua estrutura pressupõe uma norma, ou um conjunto delas.

¹⁵⁹ Bobbio trata desta distinção quando analisa o aspecto funcional da dogmática jurídica em BOBBIO, NOBERTO. “*Sein*” and “*Sollen*” in the legal Science’ in Archiv für Rechts – und Sozialphilosophie LVI, nº 6, pp 7-30, 1970, p. 27 a 30.

Como exposto, as regras técnicas vinculam meios necessários para se atingir um determinado fim. No caso de uma regra técnica normativa, o fim é justamente o cumprimento do direito, isto é, há a necessidade de algum ato normativo prévio. E, no caso das regras técnicas fáticas aplicadas ao direito, como ficamos? Neste caso, o fim pretendido pode ser “evitar a sanção” e, ainda assim se pressupõe uma autoridade que se aplica a sanção, mantendo-se a distinção.

Evidentemente, quando nos aproximamos da dogmática no sentido dogmática-história, o seu papel institucional pode lhe garantir a capacidade de estabelecer uma considerável pressão normativa e até mesmo integrar meios institucionais de produção de direito. Contudo, o que se observa na forma da regra técnica é a necessária referência ao ordenamento, o que desconfigura qualquer pretensão de representação de enunciados de autoridades.

A distinção entre *Censor* e *Expositor* ganha outros contornos, quando caminhamos para a necessidade de proposições sobre normas jurídicas não serem vinculadas a razões **morais**, isto é, sobre a demanda de os enunciados do *Expositor* não conter a adesão a preceitos morais ou engajamento em determinado dever. Para os nossos propósitos, é importante notar as necessidades teóricas pressupostas em sua formulação. Estas podem ser divididas em dois argumentos. Primeiro, o “argumento da verdade”: o conhecimento do direito deve se pautar em proposições que podem ser falseáveis, preferencialmente, descrições sobre fatos. Segundo, usualmente associado ao primeiro argumento, está a da ausência de “avaliação” moral das proposições da ciência do direito, isto é, não há necessidade de avaliações morais para se informar qual é o direito vigente. Podemos nos indagar se as regras técnicas são aptas a suprir estas necessidades.

Sob a ótica da verdade, as regras técnicas precisam ser vistas em duas das suas formas: regras técnicas fáticas e regras técnicas normativas. Como dito acima, as regras técnicas fáticas como respostas sobre o direito podem ganhar a seguinte forma linguística “Para se evitar o ato coativo, é preciso realizar tal e tal ato.” Esta regra nada mais é do que a versão orientativa da sentença fática “ao menos que você faça tal e tal, não se evitará a sanção”. Neste último caso, a verdade da sentença pode ser verificada se houver premissas fáticas que sustentem a ausência de sanção, quando da realização deste ato. A regra técnica fática aplicada ao direito supre, portanto, este argumento.

A regra técnica normativa, no âmbito do discurso jurídico, pode ser formulada da seguinte forma “Para se **cumprir** o ordenamento jurídico, é preciso realizar tal e tal ato”. A demanda por cumprimento do direito parece dar um caráter prévio de avaliação das

normas válidas. Neste sentido, Maranhão observa o caráter dúplice das regras técnicas, não tratando somente de proposições sobre fatos, mas possuem também um elemento valorativo:

“O elemento descritivo traz seu caráter teórico, podendo tais proposições assumir valores de verdade, o que é uma vantagem importante com relação aos “conselhos” como proposta de interpretação das *Rechtssätze*, pois permite uma conceituação neutra da ciência do direito, ainda que tais proposições dependam de valorações (a principal delas, a valoração sobre a própria validade das normas jurídicas que se pretende obedecer).”¹⁶⁰ (grifo nosso)

Este “mínimo avaliativo” presente na proposta de Maranhão surge como decorrência da rejeição à dimensão empírica das regras técnicas (regras técnicas factuais) – com conseqüente aceitação das regras técnicas normativas - e da compreensão que as regras técnicas no discurso da dogmática surgem como “*decorrência lógica da combinação de propriedades do discurso que, ao mesmo tempo, descreve uma norma como vinculante e explicita seu conteúdo.*”¹⁶¹

O “argumento da verdade” não parece simples de contornar, quando adequamos as regras técnicas normativas ao discurso do direito, isso porque, além dos elementos fáticos, estamos diante de um tipo de proposição o qual também trata de um mínimo avaliativo. Precisamos caminhar para o outro argumento: ausência de avaliação moral.

O tema das avaliações morais possui diversas faces. Há uma dimensão voltada à fundamentação da interpretação jurídica, que traz a indeterminação semântica das proposições sobre normas jurídicas ao seu centro, confrontando à possibilidade da tese positivista das fontes sociais do direito¹⁶². Há, contudo, um aspecto que pode nos ajudar a compreender a possibilidade das regras técnicas, como proposições com mínimo avaliativo. Trata-se da avaliação moral como “engajamento moral”.

As *detached statements* de Raz procuram tratar da possibilidade de desengajamento moral. O engajamento trata da adesão daquele que enuncia a proposição ao dever de determinada norma. Em outras palavras, o que se busca analisar é se toda

¹⁶⁰MARANHÃO, JULIANO. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*, São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 115.

¹⁶¹MARANHÃO, JULIANO. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*, São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 116.

¹⁶² Exemplo desta dimensão encontramos em HART, H.L.A. “*O Positivismo e a separação entre o Direito e a Moral*”, em *Ensaio sobre Teoria do Direito e Filosofia*. Tradução José Garcez Ghirardi e Lenita Marai Rimoli Esteves. Revisão Técnica: Ronaldo Porto Macedo e Leonardo Gomes Penteadó Rosa. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2010, p. 68-78.

sentença sobre norma jurídica não conteria também informação sobre a aceitação e promoção da obrigatoriedade de determina norma.

Em *The purity of the pure of Law*, a defesa das *detached statements* parece se fundamentar no “argumento da verdade” descritiva. Observamos este fundamento na utilização do recurso teórico do *legal man*, já que se supõe a referência a um tipo específico de sujeito cognitivo como fundamento das sentenças, e este demanda a utilização de condições de verdade como fundamento do desengajamento moral das sentenças.

Para não retornarmos ao argumento verdade, podemos procurar entender o engajamento a partir de duas perspectivas: uma linguística, e outra conceitual.

Segundo Mullins, sob o ângulo da semântica tradicional que trata de conceitos deônticos, seria impossível determinar a distinção entre sentenças compromissadas e desengajas¹⁶³. Por esta razão, para manutenção da distinção entre sentenças compromissadas e desengajadas, haveria a necessidade de se buscar os seus usos padrão, isto é, o modo como são utilizadas pelos usuários competentes da língua. Para tanto, utiliza uma abordagem linguística, fundamentada na teoria griceana das implicaturas, bem como pela percepção da dominância do uso comprometido da linguagem deôntica. Por implicatura, ele entende o seu aspecto estereotípico que permite ao intérprete inferir informações que garantem a coerência e intelegibilidade dos atos de fala em determinado contexto¹⁶⁴.

Partindo destas premissas, Mullins estabelece a seguinte estratégia investigativa. Primeiro, ele precisa compreender a existência de implicaturas na linguagem deôntica que permitem compreender **em regra** as asserções sobre normas como enunciados engajados. Segundo, precisa comprovar se é possível derrotar esta implicatura, permitindo o contexto das sentenças desengajadas. Para realizar o primeiro movimento argumentativo, ele evoca testes como regras de verificação (*rule of thumb*).

O primeiro teste, o da calculabilidade (*calculability*) exige que as implicaturas sejam capazes de serem realizadas. Quando alguém indaga: “É permitido tirar a vida de uma pessoa?” Se a resposta for “Não” ou “Sim” é compreendido, no caso de não haver qualquer informação extra, que a pessoa aprova esta orientação como correta. Há, neste

¹⁶³ MULLINS, ROBERT. “*Detachment and Deontic Language in Law*”, in *Law and Philosophy* vol 37: Springer Science, 2018, pp. 351–384, p. 365

¹⁶⁴ MULLINS, ROBERT. “*Detachment and Deontic Language in Law*”, in *Law and Philosophy* vol 37: Springer Science, 2018, pp. 351–384, p. 366.

contexto, uma implicatura que permite compreender a adesão do falante à orientação dada pela norma.

O segundo teste é o da cancelabilidade explícita (*Explicit cancellability*): se o falante cancela a implicatura, ele não está se contradizendo. O discurso normativo também passa neste teste. Para compreender, basta imaginar o seguinte exemplo: “Legalmente, você deve informar a polícia”. Mas não quero dizer que você tenha realmente que fazê-lo. É de se reparar a ausência de contradição nesta negação.

O terceiro teste trata do não destacamento (*non-detachability*): para que tenha efeito um cancelamento de implicatura feito a partir de uma sentença já enunciada, é necessário que seja feito expressamente. Em outras palavras: a mera reformulação da sentença não é capaz de cancelar a implicatura.

O quarto teste refere-se à ausência de redundância da implicatura expressa. Se uma implicatura é feita expressamente por quem já enunciou uma norma, isso não o torna redundante. Imaginemos a seguinte fala: “Legalmente, você deve pagar o ICMS. E acrescento que você possui boas razões para pagá-lo, por conta das funções institucionais dos estados.” Esta possibilidade de “reforçar”, sem ser redundante, decorre do fato de que o engajamento não decorre de condições de verdade do enunciado¹⁶⁵.

A partir destes testes, é possível perceber que o contexto de engajamento (*commitment*) pode ser percebido como composto de implicaturas que permitem compreendê-lo como padrão da linguagem deôntica. De fato, frases soltas sobre normas, sem uma especificação nos levam a inferir que a pessoa adere ao valor ou desvalor daquela ação. Quando digo, “deve-se amar os próximos, como a si mesmos”, logo se “implica” que eu tenho uma orientação religiosa específica. Além de aplicação de testes em exemplos, Mullins cita estudos em linguística descritiva que apoiam esta conclusão: “*A broad body of work in descriptive linguistics supports the claim that deontic language – especially Strong deontic modal verbs like ‘must’ and ‘have to’ – is more likely to be used in a committed fashion than in a detached fashion*”¹⁶⁶.

Agora, como caracterizar o desengajamento (*detachment*)? Mullins informa que este pode se dar tanto explicitamente, conforme os exemplos acima, ou de forma contextual, em que a implicatura gera uma contradição com as informações pressupostas

¹⁶⁵MULLINS, ROBERT. “*Detachment and Deontic Language in Law*”, in *Law and Philosophy* vol 37: Springer Science, 2018, pp. 351–384., p. 371.

¹⁶⁶ MULLINS, ROBERT. “*Detachment and Deontic Language in Law*”, in *Law and Philosophy* vol 37: Springer Science, 2018, pp. 351–384, p. 373.

da situação comunicacional, bem como seus propósitos. Cancelamentos implícitos em contextos legais são observados, por exemplo, em afirmações de advogados sobre outros advogados ou posições doutrinárias¹⁶⁷.

Do ponto de vista linguístico, podemos observar que, para termos uma sentença sobre normas que seja necessariamente desengajada, é necessário algum tipo de marcação contextual ou textual que indique o cancelamento da implicatura do comprometimento¹⁶⁸. A partir destas conclusões, poderíamos refletir sobre uma construção teórica como proposições e respostas jurídicas e, mais especificamente, como regras técnicas. Afinal, se o desengajamento depende mais de uma instanciação linguística (contextual ou textual), como podemos refletir sobre a possibilidade de uma regra técnica, enquanto tal, ser necessariamente engajada ou desengajada?

Mais importante que as formulações linguísticas, *per se*, são o seu sentido dentro do contexto. Especificamente, estas marcações linguísticas funcionam como referência a uma entidade externa, originária de determinado dever. Assim, informar que não se concorda com determinada norma ou um contexto doutrinário representam uma indicação de que um outro proferiu aquela norma, que não o próprio falante. A partir desta constatação, podemos observar que a regra técnica possui em sua função esta marcação, já que a indicação de meios necessários para satisfação de um fim já cumpre este papel. Por exemplo, quando se enuncia “**Para se cumprir o direito**, é preciso tal e tal conduta”, a expressão “Para se cumprir o direito” já representa um fato externo como gerador de normas, inibindo qualquer implicatura de adesão (engajamento) às ações propostas.

Também observamos esta marcação, quando olhamos para o ângulo da pergunta “como”. Este tipo de pergunta demanda por informação sobre o cumprimento de alguma ordem, ordenamento jurídico ou norma. Não se demanda por informação sobre a adesão ou não do jurista. Quando indagamos “como se faz para cumprir o direito?”, está expressa o cancelamento da implicatura do engajamento.

Além deste viés linguístico, podemos também fazer algumas distinções conceituais sobre o que significa esta avaliação e a repercussão para as regras técnicas.

¹⁶⁷MULLINS, ROBERT. “*Detachment and Deontic Language in Law*”, in *Law and Philosophy* vol 37: Springer Science, 2018, pp. 351–384, p. 379.

¹⁶⁸ Interessante notar que os primeiros e principais ataques dworkianos ao positivismo partem de análise do discurso jurídico em contextos judiciais, mais especificamente, em decisões de tribunais, onde o magistrado já faz uma escolha e adere a ela. Evidentemente, não se pretende realizar uma análise da crítica dworkiana com base em argumentos linguísticos, mas este fato pode ser um bom indício da natureza da observação hartiana sobre o argumento de Dworkin, isto é, que se trata de um teoria sobre discurso adjudicatório (sem cancelamento da implicatura) e não teórico, onde o contexto já inibe esta implicatura.

Quando se fala que o uso normativo da linguagem, automaticamente, trata do comprometimento à norma¹⁶⁹, é preciso compreender os possíveis objetos deste engajamento. Usualmente, na teoria do direito, o que se pretende com esta afirmação é informar a adesão ao valor ou desvalor de determinada ação presente no enunciado. Por exemplo, a interpretação comprometida de “É devido pagar ICMS, em São Paulo” diz que há uma adesão ao **pagamento** como algo obrigatório. No entanto, este uso comprometido pode se tratar de outros elementos da enunciação. No caso da regra técnica, não haveria engajamento à ação prevista na norma jurídica, mas sim à validade da norma, entendida como pertinência ao ordenamento. Quando alguém enuncia “para se cumprir o artigo 155, §2º, é preciso pagar o ICMS” não se pode falar que há uma adesão ao valor de se pagar o referido tributo. No máximo, podemos falar sobre avaliação da validade da própria norma, o que é coisa distinta.

Além destes argumentos, também podemos notar a observação de Bobbio em *Sein and Sollen*. Naquele texto, Bobbio apresenta diversas formas de pressão normativa, contrapondo-se a maneira que a tradição positivista tenta tratar do tema da normatividade da ciência do direito. Especificamente, critica a falta de percepção de que poderia haver uma gradação de pressão normativa entre o discurso da autoridade e discurso teórico. Neste contexto, indica a dogmática jurídica como um aconselhamento, nem imperativo, nem meramente descritivo. Nesta perspectiva, as regras técnicas poderiam realizar pressão normativa semelhante ao aconselhamento, já que como este, elas orientam, mas podem ser avaliadas (por exemplo, bom ou mau conselho) de acordo com análise do sucesso das necessidades práticas atingirem determinado fim.

Com estas considerações, podemos entender a possibilidade de a regra técnica cumprir a função de distinção entre *Censor* e *Expositor*, já que trata de cumprimentos de normas jurídicas, sem demandar necessariamente avaliações morais. No entanto, para a compreensão desta possibilidade, a investigação deste tópico requer adentrar em outros debates do positivismo, especialmente, as críticas dworkianas ao positivismo. Contudo, como já se afirmou, este debate requer adentrar em questões atinentes às condições de verdade dos enunciados jurídicos, limites da metodologia da teoria do direito (*Metametajurizprudenz*), o que nos forçaria ao confronto entre diversas teorias do direito, o que foge, e muito, do escopo de uma dissertação de mestrado.

¹⁶⁹BULYGIN, EUGENIO. “*Enunciados jurídicos y Positivismo: respuesta a Raz*”, in ALCHOURRÓN, CARLOS E.; BULYGIN, EUGENIO. *Análisis lógico y derecho*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales 1991, p. 427-438, p. 437.

CONCLUSÕES

Neste capítulo, apresentamos quatro grupos distintos de conclusões. Um primeiro associado às teses do reducionismo e antirreducinismo e sua associação com diferentes funções da dogmática jurídica. Um segundo grupo trata dos padrões de sucesso das respostas “qual” e “como” e a necessidade de dissociação delas quando tratar das funções da dogmática jurídica. Um terceiro grupo, concluímos sobre o significado do termo ciência normativa, bem como a distinção entre conjunto de normas e sistema de normas e sua consequência para compreensão das funções da dogmática jurídica. Ao final, encerramos com as limitações do presente trabalho e trabalhos futuros.

Mas, antes, iremos sumarizar as principais conclusões presentes nos capítulos precedentes:

1.1 Quando investigamos o significado do termo “dogmática jurídica”, vimos dois sentidos distintos nos quais ele se encontra, o de dogmática-ciência, tratando de problemas metodológicos, e de dogmática-história, tratando do debate sobre esta instituição. Antes de definir um sentido, procuramos estabelecer a função de responder perguntas como um passo inicial para compreender o sentido de dogmática jurídica.

1.2 Para localizar as perguntas e respostas exercidas pela dogmática jurídica, procuramos compreender em qual tópico do debate metodológico este tema se insere. Notamos que, quando falamos de perguntas e respostas, estamos tratando de proposições da dogmática jurídica direito. Após, tentamos compreender as perguntas e respostas em um aspecto geral, procurando analisar quando uma resposta consegue realizar sua função pragmática com sucesso (isto é, responder). Destacamos dois tipos de perguntas sobre normas que se mostram interessantes para a representação da função pragmática da dogmática jurídica de responder perguntas: as perguntas sobre qual norma faz parte do direito (perguntas “qual”) e as que indagam como se cumpre o direito (perguntas “como”).

1.3 Com estes dois tipos de perguntas em mente, procuramos compreender que tipo de pergunta a tradição positivista aceita como própria de uma ciência do direito (dogmática-ciência). Vimos que apesar de haver uma adesão inicial a perguntas “qual”, a posição antirreducionista traz um complicador, não sendo clara a função de uma ciência do direito positivista, para esta posição. Para explorar as funções (perguntas) que as posições reducionistas e antirreducionistas defendem, sugerimos as figuras teóricas da proposição normativa, a *Rechtssatz* de Kelsen e as regras técnicas. Também sugerimos uma leitura da

proposta metodológica positivista, não fundamentada exclusivamente na descrição de normas. Mais especificamente, sugerimos uma leitura daquela proposta, com fundamento na distinção entre ciência do direito expositiva (*expositor jurisprudence*) e ciência do direito avaliativa (*ensorial jurisprudence*).

2.1 Analisamos a figura teórica da proposição normativa. Ela bem representa a capacidade de responder perguntas “qual”, posto que indica ou descreve aspectos da norma: sua pertinência ao conjunto, sua eficácia, sua relação com outras normas etc. Contudo, a descrição de normas pode ter complicações, ante a eventualidade de representar padrões normativos **da** linguagem objeto, **na** metalinguagem. Diante desta dificuldade, nós sugerimos duas posturas: a cautelosa e a audaciosa. A primeira é representada pelas proposições normativas referentes, que incorporam poucos (ou nenhum) padrões do discurso normativo da linguagem objeto na metalinguagem. A segunda trata das proposições normativas reflexivas, que procuram refletir na metalinguagem padrões de da linguagem objeto. Como exemplos de cada uma delas no âmbito da teoria do direito, apresentamos a teoria russiana da proposição jurídica e a *Rechtssatz* kelseniana.

2.2. Ao analisar as proposições jurídicas russianas, vimos que as normas aparecem associadas à descrição de fatos empíricos, sem qualquer associação da linguagem das normas com a linguagem da ciência do direito. A normatividade do discurso do direito não é incorporada na ciência do direito, sendo esta um ramo da sociologia. A crítica que surge é da utilidade de uma ciência deste tipo.

2.3 Procuramos compreender os problemas colocados pela *Rechtssatz*. Para isso, analisamos duas leituras em sentidos distintos: a de Raz e a de Bulyigin. Após a compreensão dos argumentos de ambos, sugerimos que a proposta kelseniana confunde diferentes tipos de perguntas da ciência do direito. Há, na teoria kelseniana, a confusão entre fundamentação teórica de suas proposições e fundamentação obrigacional das normas. No lado das perguntas, parece tratar de perguntas “qual” e “devo agir...?”. No lado das respostas, há a pretensão da teoria kelseniana de responder estas duas perguntas, com o mesmo enunciado.

2.4 A confusão presente na *Rechtssatz* nos força a compreender duas diferentes funções da dogmática jurídica de forma dissociada. As perguntas e respostas práticas, voltadas para ação, não podem ser confundidas com perguntas e respostas “qual”, cuja finalidade é ampliar o conhecimento sobre determinado conjunto de normas. Sugerem-se as regras técnicas como excelentes representantes desta função.

3.1. Investigamos as regras técnicas como um tipo específico de norma que associa uma ação ao sucesso de se atingir determinada finalidade. Observamos três elementos das regras técnicas: ação, finalidade e a relação entre estes dois. Propomos uma classificação para as regras técnicas, de acordo com a finalidade pretendida. Teríamos as regras técnicas fáticas, conceituais e normativas. Cada uma com as respectivas finalidades: produzir um efeito no mundo, estabelecer a relação entre dois conceitos e cumprir determinada ordem ou norma. As regras técnicas fáticas e normativas pareceram interessantes para tratar do fenômeno jurídico e da função da dogmática jurídica de responder perguntas “como”.

3.2 Mesmo que poucas vezes tenha sido tratada diretamente, vimos que as regras técnicas não são novidades, na teoria do direito. Autores como Ross e Schauer tratam indiretamente das regras técnicas ou percebem funções da prática jurídica semelhantes a exercida por ela. Aarnio foi o primeiro autor a tratar diretamente do tema, sugerindo as regras técnicas como proposições da dogmática jurídica. No entanto, as rejeitou. Observamos que esta rejeição trata de tentativa de tratar de temas da dogmática-ciência e dogmática-instituição, simultaneamente.

3.3 O discurso das regras técnicas pode ser útil para representar a função da dogmática jurídica de mediar entre linguagem das normas (prescritiva) e linguagem da realidade (descritiva). A teoria do ato administrativo é um ótimo exemplo desta função.

3.4 A figura do legislador racional foi analisada em suas características consagradas e conseguimos observar que algumas destas estão diretamente associadas à função de responder perguntas “como”. Mais especificamente, com os padrões de executabilidade e proibição de lacunas normativas, vimos que, mais que acidentes históricos, alguns atributos do legislador racional são condições necessárias ao sucesso de respostas a perguntas “como”.

3.5 Ao fim, estudamos a possibilidade de as regras técnicas cumprirem a função da dogmática de responder perguntas “como”, sem violar a proposta positivista. Vimos que esta questão trataria de outros temas atinentes à avaliação das respostas da dogmática, não somente as condições de sucesso da resposta. Sugerimos argumentos fundamentados em estudos linguísticos acerca das *detached statements*. Nestes estudos, observamos a necessidade de algum tipo de marcação que indique não haver a adesão ao preceito enunciado (cancelamento de implicaturas). Concluímos haver esta marcação nas regras técnicas, que as tornaria aptas a distinguir o *Censor* do *Expositor*.

4.1 Reduccionismo, antirreduccionismo e diferentes perguntas à dogmática jurídica

Quando Kelsen e Hart enfrentaram a questão da normatividade como elemento relevante para se tratar do fenômeno jurídico, eles se colocaram diante de uma questão não tão simples de se harmonizar com as teses positivistas das fontes sociais do direito, e da separação do direito da moral. Uma das razões desta dificuldade reside nos reflexos não só para debates conceituais sobre o direito, mas sobre a própria função da dogmática jurídica (especialmente, a dogmática-ciência). Não por outra razão, Kelsen procurou com sua TPD representar uma ciência **normativa** do direito.

Um destes reflexos reside nos tipos de respostas que a dogmática jurídica estaria apta a responder. Ao longo do trabalho, observamos a possibilidade de ao menos duas perguntas da dogmática jurídica, cada uma com sua finalidade específica. As respostas “como”, a despeito de não indicarem vinculação moral, apresentam ações, suprimindo uma função prática. Teríamos, portanto, uma resposta normativa em certo sentido.

As regras técnicas são instrumentos teóricos úteis para tratar desta função de responder perguntas “como” e podem nos auxiliar na incorporação do antirreduccionismo, no nível metodológico da ciência do direito, sem, contudo, tratar necessariamente de um engajamento moral. Assim, enunciados da dogmática podem tratar de perguntas práticas. Seria mantida, portanto, a distinção entre *Censor* e *Expositor*.

No entanto, uma possível pergunta que se coloca é sobre a adequação de tal tipo de norma para se especificar a função de uma dogmática-ciência. Afinal, tradicionalmente, proposições das ciências possuem a finalidade de ampliar conhecimento e não indicar ações corretas. Esta objeção cai quando nos atentamos para detalhes da dinâmica pergunta e resposta.

Como expusemos, toda pergunta é uma demanda por **informação**. Estaríamos, portanto, ampliando o conhecimento. No entanto, este conhecimento possui como finalidade específica a ação e não a descrição/identificação de um objeto. Por esta razão, haveria o cumprimento de uma finalidade tradicional do conhecimento científico.

Neste aspecto, este estudo indica que os diferentes vieses positivistas, reducionista e antirreducionista, demandam diferentes funções de uma dogmática jurídica, representadas por distintas perguntas e respostas.

4.2 O sucesso das respostas “qual” e “como”: a necessidade compreender cada peculiaridade

Como vimos no capítulo III, é possível, a partir da apresentação de uma necessidade prática, inferir a existência de um ordenamento, o qual pode ser descrito. Haveria, então, a possibilidade de uma proposição normativa. Retornamos, portanto, a questão sugerida no capítulo 1.2 se haveria diferença no tipo de resposta.

Agora, ao final, podemos ver com mais clareza a diferença entre os tipos de respostas. Retomemos um exemplo anterior, o fundamentado na seguinte formulação: “*Ao comprador é permitido ficar com o bem se a aquisição se deu de boa fé e por título oneroso.*”.

Diante desta sentença, podemos estabelecer dois tipos de perguntas correlatas: “Qual norma trata da manutenção do bem pelo comprador no caso de aquisição de boa-fé e a título gratuito?” e “Como se cumpre o direito, quando o comprador adquire o bem de boa-fé e a título gratuito?”.

A primeira pergunta pode ser respondida da seguinte forma: “Não há norma que trata desta hipótese específica.” Já a segunda para ser respondida deve apresentar alguma necessidade prática que permita o cumprimento do direito. Nesta situação, há uma exigência maior para o jurista encontrar ações ou reformulações dos enunciados do ordenamento para que seja possível responder esta pergunta. No caso, poderíamos responder “Para cumprir o ordenamento, o comprador deve devolver o bem.”, sem que haja qualquer dispositivo neste sentido.

Assim, observamos que a completude das perguntas “qual” e “como” não coincidem, não sendo simples a correlação entre os dois tipos de respostas. No entanto, poderíamos incorporar a noção de completude normativa nas perguntas “qual”, para se fazer este paralelo?

Esta pergunta está diretamente associada à questão da relação entre lógica das normas e lógica das proposições normativas. Alchourrón deu uma resposta afirmativa a esta pergunta¹⁷⁰. No entanto, quando vimos a tentativa de Kelsen de tratar da consistência

¹⁷⁰ Segundo Alchourrón, seria possível, por meio de assunção da completude e consistência normativas das proposições que descrevem normas, estabelecer uma correlação entre estes dois sistemas (sistemas das normas e sistema das proposições normativas). Assim, caso entendamos ser proibido haver normas contraditórias ou ausência de ação regulada, o sistema de proposições normativas e das normas mesmas serão correspondentes (ALCHOURRÓN, CARLOS E. *Logica de normas y logica de proposiciones normativas*.

normativa (ausência de contradição), percebemos quão complexa pode ser a mera incorporação dos padrões normativos a uma linguagem descritiva, no âmbito de uma teoria do direito.

Um aspecto relevante desta complexidade reside no tipo de comprometimento das proposições descritivas da ciência do direito com a tese das fontes sociais. Em um grau mais forte e aceito por Kelsen, só pode haver alguma proposição sobre existência de normas, na ocasião de encontrarmos uma fonte social (autoridade) a quem se possa imputar este ato de vontade. Neste limite, proposições sobre o direito, mais que responder sobre normas, descrevem atos de autoridade, possuindo pouca distinção de um descritivismo reducionista. Este comprometimento é percebido na obra kelseniana de forma clara, e talvez, por esta razão, Bulygin não tem dúvidas da adesão de Kelsen às proposições normativas.

Nesta dissertação, conseguimos observar que os padrões práticos (normativos) de sucesso das respostas precisam ser dissociados dos padrões descritivos, para serem bem compreendidos e representados. Mais do que isso, são necessários para se compreender as diversas funções da dogmática jurídica.

4.3 Ciências normativas: dos conjuntos de normas ao sistema normativo

O tema da normatividade da ciência do direito (dogmática-ciência), para os positivistas, é uma questão sensível, que ataca o próprio centro das suas principais teses: a proposta metodológica de distinção entre *Censor* e *Expositor*. Afinal, parece um contrassenso dar um caráter normativo a uma ciência avessa a avaliações morais.

Ao longo da dissertação, percebemos que as respostas “qual” e “como”, dentro das funções exercidas pela dogmática jurídica, lidam diretamente com normas de direito, mas o fazem de formas distintas. Desta forma, poderíamos dizer que representam funções distintas que podem estar associadas a diferentes sentidos de normatividade da dogmática jurídica. Para compreender a distinção presente nestes dois tipos de respostas e de sentido

Alchourrón, Carlos E.; Bulygin, Eugenio. *Análisis lógico y derecho*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales 1991 p. 25-51, p. 25-51.). Para uma discussão mais detalhada deste assunto, vide (NAVARRO, P. E; RODRIGUEZ, JORGE LUIZ. *Deontic Logic and Legal Systems*, New York, Cambridge University Press, 2014, página 85 e ss.)

de ciência normativa, valemo-nos da distinção elaborada por Wróblewski, em *Normativity of Legal Science*¹⁷¹.

Wróblewski nos fala de quatro sentidos, em que podemos falar de uma normatividade da ciência jurídica. No presente trabalho, interessa-nos três destes sentidos¹⁷². O primeiro trata da normatividade em razão de produzir normas, isto é, a ciência do direito é considerada normativa por ter como proposição normas. O segundo sentido trata da normatividade enquanto capacidade avaliativa do direito, seria a “*censorial jurisprudence*”. A ciência do direito, neste sentido, refere-se a norma (“*a science about norm*”), no entanto, há uma comparação e hierarquização de normas. O terceiro sentido da normatividade diz respeito à descrição de normas, constituindo a ciência do direito em expressões sobre normas, em seu aspecto descritivo.

Para tratar do primeiro sentido da normatividade teríamos normas mesmas, cujo objeto seriam ações. Assim, a ciência do direito, por meio de normas, indica ações necessárias ao cumprimento do ordenamento. Para tratar dos segundo e terceiros sentidos, temos proposições sobre normas. Contudo, no segundo sentido, estas proposições tratam da **relação** entre normas, daí a avaliação. Já o terceiro trata da descrição da existência de normas.

Destes diferentes tipos de proposições, podemos notar que as normas e suas relações aparecem como objeto nos segundo e terceiro sentido de ciência normativa. Estas, por sua vez, podem ser vistas como respostas “qual”, que podem ser um tipo de resposta da dogmática jurídica. Assim, quando estamos tratando desta função específica da dogmática, estamos diante de uma ciência normativa enquanto descritiva de um **conjunto** de normas (segundo sentido).

Agora, quando falamos do primeiro sentido, a normatividade da ciência surge como condição de seu próprio sucesso. Da mesma forma, a resposta “como” demanda a incorporação de “padrões normativos” para que a dogmática jurídica consiga exercer esta função. Assim se dá porque estamos diante da função de orientar ações, somente no primeiro sentido de ciência normativa. Por conseguinte, a dogmática jurídica quando executa esta função específica ganha os contornos de sistema normativo. Neste caso, a

¹⁷¹WRÓBLEWSKI, JERZY. “*Normativity of Legal Science*”, *Logique et Analyse*, pp. 60-77, 1966.

¹⁷² O quarto sentido de ciência normativa explorada por Wróblewski trata da concepção filosófica de que objetos culturais, tal qual o direito, precisam de uma metodologia própria, distinta das ciências descritivas. No âmbito da teoria do direito, exemplo da aplicação deste tipo de concepção está presente na teoria egológica do direito de Cossio. (WRÓBLEWSKI, JERZY. “*Normativity of Legal Science*”, *Logique et Analyse*, pp. 60-77, 1966, p. 66-8.)

dogmática jurídica deixa de ter como finalidade única a **representação** de um **conjunto** de normas do direito para se tornar ela própria um **sistema normativo**. Para compreender como o sistema normativo é tratado neste trabalho, valemo-nos do conceito de sistema normativo de Alchourrón e Bulygin.

Alchourrón e Bulygin, em seu *Normative Systems*, procuraram, a partir de preceitos formais, estabelecer conceitos elementares de um sistema normativo, definindo-o e caracterizando-o. Inicialmente, investigam uma atividade da ciência do direito: a de relacionar casos a soluções normativas. Para os efeitos deste trabalho, é importante notar que soluções normativas são indicações de ações devidas (obrigatórias). Assim, uma das funções da ciência do direito seria a sistematização destas relações entre casos e soluções normativas.

A partir desta perspectiva, sistemas normativos podem ser definidos como conjunto de sentenças os quais possuem **todas** as consequências normativas virtualmente inferidas a partir de sentenças jurídicas¹⁷³. Por se tratar de consequências normativas, tal sistema teria como ideal tanto a coerência como a completude **normativas** e não as descritivas. Tais sistemas normativos, contudo, possuem como pressuposto um problema normativo, que trata da pergunta sobre a qualificação normativa de determinada ação.

Tais sistemas normativos, na acepção de Alchourrón e Bulygin, exerceriam funções semelhantes às respostas “como” e, conseqüentemente, às regras técnicas. Afinal, tanto as respostas “como” e estas soluções normativas respondem como alguém precisa agir para se cumprir o direito. Assim, os sistemas normativos, vistos usualmente como objetos da ciência do direito, seriam, a bem da verdade, constitutivos de uma função específica da dogmática jurídica.

Conclui-se que o sentido de ciência normativa que possui como objetos normas, está diretamente associado à função de responder perguntas “qual”, já o sentido de emanar normas está diretamente associado às perguntas “como”. Somente neste último sentido, a dogmática jurídica pode ser vista como um sistema normativo. No sentido de responder perguntas “qual”, o que temos é um conjunto de normas.

4.4 Limitações desta dissertação, trabalhos futuros e as marcas da dogmática

¹⁷³ “Um conjunto normativo es un conjunto de enunciados tales que entre suss conseqüências hay enunciados que correlacionan casos com soluciones. Todo conjunto normativo que contiene **todas** sus conseqüências es, pues, um sistema normativo” (ALCHOURRÓN, CARLOS; e BULYGIN, EUGENIO. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires : Editorial Astrea de R. Depalma, 1975, p. 92)

Ao longo desta dissertação conseguimos realizar uma primeira aproximação da função exercida pela regra técnica e sua capacidade de representar uma função específica da dogmática jurídica. Também nos aproximamos da repercussão sobre a teoria positivista, especialmente na capacidade de lidar com a distinção entre reducionismo e antirreducionismo, bem como podemos compreender melhor em que sentido uma ciência do direito pode ser chamada de normativa. Contudo, muitos outros temas devem ser explorados para se compreender melhor as possíveis repercussões das regras técnicas para uma teoria positivista.

Como já informado na Introdução, preferimos tratar mais das condições de sucesso das respostas do que da relação ou escolha dentre possíveis respostas. Por esta razão, temas como fundamento da interpretação, soluções de controvérsias teóricas e exploração mais aprofundada das teses positivistas foram deixados de lado. No entanto, estes temas devem ser mais bem explorados em investigações futuras para se compreender o reflexo das regras técnicas para uma teoria do direito positivista. Em especial, a compreensão da teoria das fontes e seu real significado devem ser associados com a capacidade das regras técnicas de serem verdadeiras ou falsas.

Por fim, para além da finalidade acadêmica desta dissertação, acredito que a pergunta sobre quais marcas a dogmática pode deixar em nós, os profissionais do direito, permeou o presente trabalho e, mesmo que estejamos longe de compreendê-la, estamos mais próximos de aceitar que esta investigação requer a compreensão das diversas funções da dogmática jurídica, em seu sentido científico ou histórico. E, mais importante que entendermos as respostas que damos com as dogmáticas é ouvir as perguntas que pressupomos quando trabalhamos com o direito, para podermos ver as marcas que ele deixa em nós.

BIBLIOGRAFIA

AARNIO, A. *On legal reasoning*. Turku: Turun Yliopisto., 1977.

AARNIO, A. *The rational as reasonable*, D. Reidel Publishing Company 1987

ALCHOURRÓN, CARLOS E. *Logica de normas y logica de proposiciones normativas*. Alchourrón, Carlos E.; Bulygin, Eugenio. *Análisis logico y derecho*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales 1991 p. 25-51.

ALCHOURRÓN, CARLOS E. “*On Law and Logic*”, in Beltran, Jordi; e Ratii, Giovanni (eds). *The logic of legal requirements, Essays on defeasibility*. Oxford Press, 2012 (artigo originalmente publicado em 1996) p. 39-53.

ALCHOURRÓN, CARLOS; e BULYGIN, EUGENIO. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires : Editorial Astrea de R. Depalma, 1975.

Alchourrón, Carlos E.; Bulygin, Eugenio. “Fundamentos Pragmaticos para uma logica de normas”. Alchourrón, Carlos E.; Bulygin, Eugenio. *Análisis logico y derecho*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales 1991.

ALCHOURRÓN, CARLOS; BULYGIN, EUGENIO. *Sobre la existência de las normas jurídicas*, Primeira Edição, Distribuciones Fontamar: Mexico DF, 1997.

ALEXY, ROBERT. *Teoria da argumentação juridical – a A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. Revisão: Claudia Toledo. São Paulo: Landy. 2005.

ALEXY, ROBERT; BULYGIN, EUGENIO. *La pretension de correccion del derecho: La polémica sobre la relacion entre derecho y moral*, Tradução: Paula Gaido. Colombia: Universidad Externado de Colombia – Série de Teoria Jurídica y Filosofia del derecho, n. 18.

AQVIST, LENNART. *Introduction to deontic logic and the theory of normatize systems*. Napoli: Bibliopolis, 1987.

ATRIA, FERNANDO, *Del Derecho y el Razonamiento Juridico*, em Doxa n. 25, 1999, p 79-119.

BELNAP, N. D. *The Logic of Questions and Answers*, Yale University Press, New Haven, 1976.

BENTHAM, JEREMY. *An introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Batoche Books, 2000.

BOBBIO, NOBERTO. “*Sein*” and “*Sollen*” in the legal Science’ in Archiv für Rechts – und Sozialphilosophie LVI, nº 6, pp 7-30, 1970, presente em coletânea Jori, Mario. Legal Positivism. The International Library of Essays in Law & Legal Theory, New York, New York Press reference collection, 1992, pp 329-353.

BIX, BRIAN H. “Defeasibility and Open Texture”. The logic of legal requirements: Essays on Defeasibility. Editores Jordi Ferrer Beltrán e Giovanni Battista Ratti. Oxford. Oxford Print, 2012, pp. 193-201

BOBBIO, NORBERTO. *O Positivismo Jurídico*, 1º Edição, São Paulo: Ícone, 1995.

BULYGIN, EUGENIO. “*Normas, proposiciones normativas y enunciados jurídicos*” in ALCHOURRÓN, CARLOS E.; BULYGIN, EUGENIO. *Análisis lógico y derecho*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales 1991, p. 169-195.

BULYGIN, EUGENIO. “*Sobre la regla de reconocimiento*”, in ALCHOURRÓN, CARLOS E.; BULYGIN, EUGENIO. *Análisis lógico y derecho*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales 1991, p. 383-393.

BULYGIN, EUGENIO. “*Enunciados jurídicos y Positivismo: respuesta a Raz*”, in ALCHOURRÓN, CARLOS E.; BULYGIN, EUGENIO. *Análisis lógico y derecho*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales 1991, p. 427-438.

BULYGIN, EUGENIO. “*True or False Statements in Normative Discourse*”, em “*In search of a New Humanism: The philosophy of Georg Henrik von Wright*. Edited by Rosaria Egidi.. Synthese Library Studies In Epistemology, Logic, Methodology, And Philosophy Of Science, Vol. 282, Springer, 1999, pp. 183-192.

BULYGIN, EUGENIO. *En defensa de El Dorado. Respuesta a Fernando Atria*, in Atria et Alii. *Lagunas en Derecho*. Madri: Marcial Pons, 2005.

BULYGIN, EUGENIO; MENDONÇA, DANIEL. *Normas y Sistemas Normativos*, Madrid-Barcelona. Editora Marcial Pons. 2005.

BUSTAMANTE, THOMAS. “*A breve história do positivismo descritivo. O que resta do positivismo jurídico depois de H. L. A. Hart?*” em *Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica*, Vol. 20 - n. 1 - jan-abr 2015, pp. 307-327.

CABRERA, CARLOS ALARCÓN. *Imperativos y lógica em Jørgensen*, Isegoria nº 20, 1999, pp. 207/215.

CARACCIOLO, RICARDO. *El concepto de laguna. Descripción o Prescripción em La noción de sistema em la teoría del derecho*, Mexico: Fontanamara, 27-36.

CHIASSONI, PIERLUIGI. *O enfoque analítico na filosofia do direito: de Benthan a Kelsen*. Tradutores: Heleno Taveiras Torres e Henrique Mello. São Paulo. Editora Contracorrente, 2017.

COMANDUCCI, PAOLO. “*La interpretación jurídica.*” Beltrán, J. F.; Ratti, G.B (eds.). *El realismo jurídico genovês*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 51-69.

DAVID, RENÉ. *Grandes sistemas do direito contemporâneo: direito comparado*, 2. ed. Lisboa: Meridiano, 1978.

D’ALMEIDA, LUÍS DUARTE. “*Legal Statements And Normative Language*”. *Law and Philosophy*, Vol. 30, nº 2, Springer, 2011.

DI PIETRO, MARIA SYLVIA ZANELLA. *Direito Administrativo*, 24ª Edição. 2011.

DWORKIN, RONALD. *Law's Empire*, Harvard University Press 1986.

DWORKIN, RONALD. Legal Theory and the problem of sense. In: GAVISON, R. (Ed.). *Issues in encyclopedia of philosophy*. 2003.

DUNAWAY, B, SILK, ALEX. “Whiter Anankastics?” in *Philosophical Perspectives*, 28, Ethics, 2014.

EBENSTEIN, WILLIAN. *La teoria Pura del Derecho*. México – Buenos Aires : Fondo de Cultura Econômica, 1947.

FERRAZ JÚNIOR, TÉRCIO SAMPAIO. *A ciência do direito*, 1a. ed. São Paulo: Editora Atlas, 1977.

FERRAZ JÚNIOR, TÉRCIO SAMPAIO. *Introdução ao estudo do direito : técnica, decisão, dominação*, 3ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

GAMUT, L. T. F. *Logic, language and meanin*, v. 1. Chicago, The University of Chicago Press, 1991.

GUASTINI, RICCARDO. *Sollsätze. An Exercise in Hard Legal Positivism*, in *Rechtstheorie*, vol. 31, 2000.

GUASTINI, RICCARDO. “Contribución a la teoria del ordenamento jurídico”, Ferrer, Jordi; Ratti, Giovanni. *El realismo jurídico genovês* Editora Marcial Pons, 2011.

GUASTINI, RICCARDO. *Defeasibility, Axiological Gaps, and Interpretation*, in FERRER, JORDI; E RATTI, GIOVANNI (eds). *The logic of legal requirements, Essays on defeasibility*, Oxford Press, 2012. P. 182-192.

GILISEN, JOHN. *Introdução Histórica ao Direito*, Tradução Antonio Manuel Hespanha. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian. 2001.

HART, H. L. A. *Problems of the Philosophy of Law*, em *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press. 1983.

HART, H.L.A. “O Positivismo e a separação entre o Direito e a Moral”. *Ensaio sobre Teoria do Direito e Filosofia*. Tradução José Garcez Ghirardi e Lenita Marai Rimoli Esteves. Revisão Técnica: Ronaldo Porto Macedo e Leonardo Gomes Penteado Rosa. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2010.

HART, H.L.A. “*Kelsen Visitado*”. *Ensaio sobre Teoria do Direito e Filosofia*. Tradução José Garcez Ghirardi e Lenita Marai Rimoli Esteves. Revisão Técnica: Ronaldo Porto Macedo e Leonardo Gomes Penteado Rosa. Rio de Janeiro, Elsevier, 2010.

HART, H. L.A. *O conceito de Direito*, pós-escrito organizado por: Penelope A. Bulloch e Joseph Raz ; tradução de: Antônio de Oliveira Sette-Câmara ; revisão de tradução: Marcelo Brandão Cipolla ; revisão técnica: Luiz Vergílio Dalla-Rosa. -- São Paulo, Martins Fontes, 2009.

HILPINEN, RISTO; FOLLESDAL, DAGFIN. *Deontic Logic: na introduction*. Hilpinen, Risto (ed.) *Deontic Logic: Introctory and Systematic Reading*. Reidel Publishing Company, 1971, p. 1-36.

HILPINEN, RISTO; MCNAMARA, PAUL. *Deontic Logic: a historical survey and introduction*. Gabbay, Dov et alii (editores) *Handbook of Deontic Logic and Normative Systems*. College Publications, 2013, p.3-137.

HINTIKKA, JAAKO. *Some Main Problems of Deontic Logic*. HILPINEN, RISTO (ed.) *Deontic Logic: Introctory and Systematic Reading*. Reidel Publishing Company, 1971, p. 59-104.

JØRGENSEN, JORGEN, “Imperativer og Logik”, *Theoria*, núm. 4, 1938, pp. 183-190

JØRGENSEN, JORGEN. “Imperatives and Logic”. *Erkenntnis* 7, 1939, pp. 288-296.

KANGER, STIG. *New Foundations for Ethical Theory*. HILPINEN, RISTO (ed.) *Deontic Logic: Introctory and Systematic Reading*. Reidel Publishing Company, 1971, p. 36-58.

KELSEN, HANS. *Teoria pura do direito*, 6. ed. 4.tiragem, edição original, 1960 São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, HANS. *Teoria geral das normas*, Edição original 1970, Porto Alegre : Fabris, 1986.

LUPKOWSKI, PAWET. *Logic of question in the wild – Inferential Erotetic Logic in information seeking Dialogue Modelling*. GABBAY, DOV (ed.) *Studies in Logic*, vol 64, 2015.

KNUUTTILA S. *The Emergence of Deontic Logic in the Fourteenth Century*. In: HILPINEN R. (eds) *New Studies in Deontic Logic*, Synthese Library (Studies in Epistemology, Logic, Methodology, and Philosophy of Science), vol 152. Springer, Dordrecht. 1981

MACCORNICK, NEIL. *Argumentação jurídica e teoria do direito*, Trad. Barcellos, Waldea. Revisão: Michael, Marylene. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MARMOR, ANDREI. *Interpretation and legal theory*. Second Edition. Hart Publishing. Oxford and Oregon, 2005.

MARANHÃO, JULIANO. *Padrões de racionalidade na sistematização de normas*, Tese de Doutorado defendida para obtenção de grau de Doutor, junto à Faculdade de Direito da Universidade São Paulo, em 2004.

MARANHÃO, JULIANO. *Lógica e Ontologia das Normas Jurídicas*. *Revista Brasileira de Filosofia*, v. 233, p. 7-36, 2009.

MARANHÃO, JULIANO. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*, São Paulo: Marcial Pons, 2012.

MARANHÃO, JULIANO. *Estudos sobre Lógica e Direito*, São Paulo, Marcial Pons, 2013.

MARANHÃO, JULIANO. *Critical Remarks on Ratti's 'five faces of the incompleteness of law'*, *Revista Brasileira de Filosofia*, v. 240, 2013, p. 144-158,.

MARANHÃO, JULIANO. *La lógica de implicación normativa de von Wright y la paradoja de Chisholm*, *DOXA (ALICANTE)*, v. 1, p. 65-84, 2016.

MAZZARESE, TECLA. *"Norm Proposition": A Tentative Defense of a Sceptical View*", em *In search of a New Humanism: The philosophy of Georg Henrik von Wright*. Edited by Rosaria Egidi.. *Synthese Library Studies In Epistemology, Logic, Methodology, And Philosophy Of Science*, Vol. 282, Springer, 1999.

MICHELON JR, CLAUDIO FORTUNATO. *Aceitação e objetividade: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito*, São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2004.

MORESO, JOSÉ. *Legal Positivism and Legal Disagreements*. *Ratio Juris*, 22, março, 2009.

MULLINS, ROBERT. *"Detachment and Deontic Language in Law"*, in *Law and Philosophy* vol 37: Springer Science, 2018, pp. 351–384., p. 371.

NAVARRO, P., AND MORESO, J. J., *Normas permissivas, sistemas jurídicos y clausura normativa: Um anáises de la evolucion de las ideas de Carlos alcourron y Eugenio Bulygin* in *Theoria: na international jornal for theory, History and Foudnations of Science*, Segunda Época ,vol 7. Nº 16/18 número especial.

NAVARRO, P. E; RODRIGUEZ, JORGE LUIS. *Deontic Logic and Legal Systems*, New York, Cambridge University Press, 2014.

NINO, CARLOS SANTIAGO. *Algunos modelos metodológicos de ciência” jurídica*, Primeira Edição, quarta impressão, Ediciones Fontamara, México, DF, 2007.

NINO, CARLOS SANTIAGO. *El Concepto de validez jurídica em la teoria pura de Kelsen*, In: *La validez del Derecho*, Colección Mayor Filosofía Y Derecho, Buenos Aires: Astrea, 1985.

NINO, CARLOS SANTIAGO. *Algunos modelos metodológicos de “ciência” jurídica*, Primeira Edição, quarta impressão. México, DF, 2007.

NINO, CARLOS SANTIAGO. *Introdução à análise do direito*, Tradução Elza Maria Gasparotto; revisão da tradução Denise Matos Marino. São Paulo, Editora Martins Fontes, 2010.

PAULSON, STANLEY. “*The Great Puzzle: Kelsen’s basic norm*”. in *Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of law*. Editado por Eduardo Duarte d’Almeida, John Gardner e Leslie Green. Portland. Hart Publishing, 2013.

PAULSON, STANLEY. “*The Neo-Kantian Dimension of Kelsen's Pure Theory of Law*” *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 12, No. 3, 1992

PAULSON, STANLEY. “*Hans Kelsen's Doctrine of Imputation*”. *Ratio Juris*. Vol. 14 No. 1 March 2001.

PERELMAN, CHAIN. *Tratado de argumentação: a nova retórica*, tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão [revisão da tradução Eduardo Bradão] 2ª edição – São Paulo: Martins Fontes, 2005.

RATTI, G. B., RODRÍGUEZ, JORGE LUIS. *On Coherence as a Formal Property of Normative Systems*, *Revus*, 2015, p. 131-146.

RATTI, GIOVANNI BATTISTA. *Contemporary Jurisprudence through Genoese Eyes*, Texto inédito apresentado em reunião do grupo Pós-Debate, em São Paulo – SP, em 09 de novembro de 2016, autorização de uso pelo próprio autor.

RAZ, JOSEPH. *Ethics in the public domain: essays in the morality of law and politics*. Oxford University Press, 2001.

RAZ, JOSEPH. “*The purity of the Pure Theory of Law*”. Essays on Kelsen. Editore: R. TUR e W. Twining. Oxford. Oxford University Press, 1986.

RODRIGUEZ, JORGE LUIS. “Lagunas axiológicas y relevância normativa”, em Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho, nº 22, 2000, p. 349-369.

RODRIGUEZ, JORGE LUIS. “Kelsen y la verdade de los enunciados jurídicos”. Laura Clérico y Jan -R Sieckmann (eds.), La teoría del derecho de Hans Kelsen, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 73-112.

RODRIGUEZ, JORGE LUIS. “Norms, Truth, and Legal Statements”. Jordi Ferrer Beltran Jose Juan Moreso y Diego Papayanis (eds.), Neutrality in Theory of Law. Editora: The Netherlands, Sprnger, 2013, p. 127-146.

ROSS, ALF. *Imperatives and Logic*, Theoria 7. 1941, p. 53-71.

ROSS, ALF, “*Validity and the conflict between legal positivism and Natural Law*”, Revista Juridica de Buenos Aires, 1961. pp. 46-93.

ROSS, ALF. *Lógica de las normas*, Madrid : Editroial Tecnos, 1971.

ROSS, ALF. *Direito e Justiça*, 2ª ed. Tradução e notas de Edson Bini, revisão técnica Alysson Leandro Mascaró. Bauru, EDIPRO, 2007.

SCHAUER, FREDERICK. *Playing by the rules: A philosophical examination of rule-based decision-making in the law and in life*, Oxford: Clarendon Press, 2002.

TUZET, GIOVANNI. “*Describir Normas: um enfoque pragmático*”, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 41 (2018).

VAQUERO, ÁLVARO NÚÑEZ. “*Five Models of Legal Science*”, *Revus* [Online], 19 2013, Online since 31 May 2013, acessada em 19 de abril de 2019. URL : <http://journals.openedition.org/revus/2449> ; DOI : 10.4000/ evus.2449.

VAQUERO, ÁLVARO NÚÑEZ. “*Ciencia jurídica realista: modelos y justificación*”. *DOXA*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 35, 2012, pp. 717-747.

VON WRIGHT, GEORG HENRIK. *Deontic Logic*. *Mind* 60, 1951, p. 1-15.

VON WRIGHT, GEORG HENRIK. *Practical Inference*, in *The Philosophical Review*, Vol. 72, No. 2 (Apr., 1963), pp. 159-179.

VON WRIGHT, GEORG HENRIK. *Norma y accion: una analise lógica*, Madrid : Tecnos, 1970.

VON WRIGHT, GEORG HENRIK. “*A New System of Deontic Logic*”. HILPINEN, RISTO (ed.) *Deontic Logic: Introductory and Systematic Readings*. Dodrecht Holand Reidel Publishing Company, 1971a.

VON WRIGHT, GEORG HENRIK. “*Deontic Logic and the Theory of Conditions*”, in Hilpinen, Risto (ed.) *Deontic Logic: Introductory and Systematic Readings*. Dodrecht Holand Reidel Publishing Company, 1971b.

VON WRIGHT, GEORG HENRIK. “*Norms, Truth and Logic*”, in *Practical Reason. Philosophical Papers*, vol. 1, Oxford: Basil Blackwell, 1983. p. 130-209.

VON WRIGHT, GEORG HENRIK. *Deontic logic: a personal view*, *Ratio Juris*, March, 1999, Vol.12(1), p.26-38.

WISNIEWSKI, ANDRZEJ. *The Posing of questions – Logical Foundations of Erotetica Inferences*. *Studies in Epistemology, Logic Methodology, and Philosophy of Science*, vol 252, 1995.

WISNIEWSKI, ANDRZEJ. *Questions, Inferences, and Scenarios*, London: College Publications, 2013.

WRÓBLEWSKI, JERZY. “*Normativity of Legal Science*”, *Logique et Analyse*, pp. 60-77, 1966