

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

**TRÊS ARGUMENTOS SOBRE
O REALISMO JURÍDICO EUROPEU-CONTINENTAL**

Curitiba
2019

Cesar Antonio Serbena

**TRÊS ARGUMENTOS SOBRE
O REALISMO JURÍDICO EUROPEU-CONTINENTAL**

Tese apresentada como requisito parcial à
progressão como Professor Titular de Filosofia do
Direito do Departamento de Direito Privado do
Setor de Ciências Jurídicas da Universidade
Federal do Paraná

Curitiba
2019

Banca Examinadora

Prof. Titular Newton Carneiro Affonso da Costa

Prof. Titular João Maurício Leitão Adeodato

Prof. Titular Delamar José Volpato Dutra

Prof. Titular Oscar Luis Sarlo Oneto

Sumário

Resumo	4
Abstract	5
Introdução	6
Capítulo I - A gênese do realismo jurídico de Kelsen: o neokantismo	13
O método da Hipótese de Hermann Cohen	23
O realismo como crítica à metafísica: Kelsen, Popper, Carnap e o Círculo de Viena	25
As origens da divisão entre Sein e Sollen em Kelsen	29
Kelsen e a mecânica quântica	33
Kelsen e o problema do Sollen	34
Capítulo II - Ceticismo e objetividade na interpretação jurídica: o realismo jurídico genovês revisitado	38
A Interpretação literal	39
O Ceticismo interpretativo e o realismo genovês	41
Por que a interpretação literal importa para o Direito?	44
A noção de significado literal dos linguistas	46
O que os juristas entendem por significado literal? Uma noção pragmático-formal de significado literal para a linguagem jurídica	48
O significado do significado	53
Concepções do Significado	55
A concepção referencial	55
A Concepção ideacional	57
A concepção proposicional	58
A concepção pragmática	59
Sintaxe, Semântica e Pragmática dos enunciados jurídicos	61
O problema da verdade dos enunciados jurídicos	63
Narrativas Jurídicas	64
A teoria da Quase-verdade de Newton da Costa	66
Capítulo III - “Fatos” e “fatos jurídicos”: uma proposta a partir de um realismo jurídico redefinido	73
Uma crítica ao realismo na filosofia da ciência contemporânea: o conceito de adequação empírica	75
O Modelo Kelseneano: para as ciências normativas não é o fato que cria a norma, e sim é a norma que dá um sentido ao fato	83
O Modelo de MacCormick: o Silogismo Jurídico	85
O Modelo de Frederick Schauer: os predicados fáticos	87
O Modelo de Alchourrón e Bulygin: a definição de caso e as propriedades relevantes	89
O Modelo de M. Taruffo: o caso como parte de uma narrativa processual	90
O Modelo de J. Wróblewski: determinação descritiva ou valorativa de fatos, fatos positivos e negativos, fatos simples e relacionais	91
Conclusões	95
Referências bibliográficas	99

Resumo

A temática do presente trabalho é o Realismo Jurídico Europeu-Continental, especificamente o Realismo Jurídico de Hans Kelsen e o Realismo Jurídico de Giovanni Tarello e da Escola Genovesa de modo geral. Ao todo o trabalho articula três argumentos sobre o Realismo Jurídico Europeu-Continental: 1. A teoria jurídica de Hans Kelsen, além de ser uma teoria normativista, é uma teoria realista do Direito. A literatura jurídica explorou de modo predominante a característica normativista da teoria de Kelsen, o que não corresponde exatamente ao próprio Kelsen, uma vez que ele também se definia como um Realista. O primeiro argumento do trabalho explora a gênese histórica do realismo de Kelsen em sua obra, ainda não devidamente contemplada como deveria pela literatura. 2. O realismo jurídico kelseneano e o da Escola de Gênova, em matéria de interpretação jurídica, adota uma postura cética ao postular que a adjudicação de sentido às normas jurídicas é uma atividade volitiva e não racional, o que impede uma Teoria da Decisão Judicial. O segundo argumento do trabalho explora em que sentido preciso se pode falar de objetividade e literalidade na interpretação das normas jurídicas e como uma concepção proposicional e pragmática de significado pode ser defendida na interpretação das normas legais. 3. O terceiro argumento é a formulação de como, do ponto de vista da epistemologia e da filosofia da ciência, diversas teorias jurídicas modelam os fatos para que eles adquiram o significado de fatos jurídicos, assim como as teorias científicas interpretam os fenômenos naturais e experimentos a partir de Modelos. Este terceiro argumento possui uma importância central para uma postura realista em matéria de Filosofia do Direito, uma vez que os fatos jurídicos e o seu status de objetividade são sempre postulados pelas teorias realistas no Direito.

Palavras -chave: Realismo Jurídico; Interpretação literal; fatos jurídicos; modelos científicos.

Abstract

The theme of the present work is the European-Continental Legal Realism, specifically Hans Kelsen's Legal Realism and Giovanni Tarello's Legal Realism, and the Genovese School's Legal Realism in general. The work articulates three theses about the European-Continental Legal Realism: 1. Hans Kelsen's legal theory, besides being a normative theory, is a realistic Legal theory. Legal literature predominantly explored the normativist characteristic of Kelsen's theory, which does not correspond exactly to Kelsen himself, since he also defined himself as a Realist. The first thesis explores the historical genesis of Kelsen's realism in his work, not yet properly contemplated in the literature. 2. The Kelsenean and the Genoa School's legal realism in the field of legal interpretation takes a skeptical position in postulating that the adjudication of a meaning to legal norms is a volitional and not rational activity, which precludes a Theory of Judicial Decision. The second thesis explores in what precise sense one can speak of objectivity and literalness in the interpretation of legal norms and how a propositional and pragmatic conception of meaning can be defended in matter of interpretation of legal norms. 3. The third thesis of the work is the formulation of how, from the point of view of epistemology and the philosophy of science, various legal theories shape facts so that they acquire the meaning of legal facts, just as scientific theories interpret natural phenomena and experiments from Models. This third thesis is of central importance to a realistic point of view on Legal philosophy, since legal facts and their status of objectivity are always postulated by realistic theories in Law.

Keywords: Legal Realism; Literal interpretation; legal facts; scientific models.

Introdução

Creio que este trabalho monográfico é uma boa oportunidade para tentar responder à pergunta, geralmente feita aos filósofos do Direito: qual é a sua filosofia do Direito? Nestes mais de vinte anos ininterruptos de ensino e pesquisa, tanto da filosofia como da filosofia do Direito, nunca me preocupei em definir-me como um certo tipo de filósofo alinhado a uma certa e definida filosofia. Minha atitude sempre foi estudar, na medida do possível, todos os filósofos e todas as filosofias. O perigo, certamente, nesta atitude, é tornar-se um generalista. Porém, sempre achei que era necessário à minha formação um certo grau de conhecimento básico em toda a história da filosofia. Conjuntamente com esta visão de panorama, procurei conciliar um estudo mais aprofundado em certos filósofos e certas filosofias com as quais tive mais proximidade, e certamente também os seus grandes comentadores. Seguindo a máxima aristotélica, de entre dois extremos seguir pelo meio termo, tentei conciliar uma posição equidistante entre o generalista e o especialista.

A escolha do tema também possui uma relação com a pergunta do parágrafo anterior. Sempre tive uma simpatia por uma posição realista, tanto na filosofia em geral como na filosofia jurídica. Antes do comprometimento com qualquer conteúdo, ou da definição de um certo ramo da filosofia por seu objeto específico, parece-me que a filosofia realista é consequência mais de uma certa atitude (realista) frente ao fenômeno jurídico. Antes de ser uma questão de objeto do conhecimento, trata-se mais de uma questão metodológica, ou de quais métodos devem ser utilizados no estudo das questões filosóficas. Desde a minha graduação em Direito, sempre tive um sentimento de frustração com as dogmáticas jurídicas, no sentido de que estas teorias sempre me pareceram pouco ou insuficientemente fundamentadas lógica e metodologicamente, sem contar a enorme carga ideológica que intrinsecamente carregam.

Não é à toa que dediquei-me, durante o mestrado e o doutorado, às lógicas jurídicas de modo geral. Posteriormente desenvolvi projetos de pesquisa envolvendo um ramo aplicado das lógicas, ou seja, a informática jurídica. Neste trabalho volto novamente à filosofia do Direito, e especificamente ao Realismo Jurídico Europeu-Continental. Como o próprio termo designa, não me ocupei neste trabalho do realismo jurídico norte-americano, mas do realismo kelseneano e da escola genovesa. Também não abordei o realismo jurídico escandinavo. Reconheço a importância fundamental destas escolas, mas neste trabalho não pude ocupar-me delas.

A história da filosofia do Direito nos séculos XIX e XX dividiu-se, em um exame amplo, de forma predominante em duas grandes linhas: o Direito Natural e o Positivismo Jurídico. Deve-se a Hans Kelsen, na primeira metade do século XX, a mais consistente e contundente crítica ao Direito Natural a partir de um programa epistemológico baseado no neokantismo. As abordagens epistemológicas do Direito a partir das filosofias da ciência mais recentes, como a de Popper, ainda não foram inteiramente desenvolvidas no panorama da recente filosofia do Direito. O presente trabalho pretende traçar alguns traços gerais a partir dos quais um programa de crítica epistemológica ao Direito pode ser desenvolvido, baseando-se nas filosofias da ciência de Bas C. van Fraassen e Newton da Costa.

Susan Haack, em seu livro *Evidence Matters*¹, teorizou sobre o que ela denominou o “conturbado casamento entre a ciência e o Direito”, reconhecendo várias tensões entre o empreendimento científico e a cultura do Direito: entre o caráter investigativo e desinteressado da ciência e a produção estratégica de provas e argumentos pelas partes em litígio; entre a busca da ciência por princípios gerais e a atenção do Direito para os casos particulares; entre a exigência

¹ HAACK, Susan. *Evidence Matters: Science, Proof and Truth in the Law*. New York: Cambridge University Press, 2014.

científica de inovações e a preocupação do sistema jurídico com casos passados já julgados e precedentes; e entre as aspirações teóricas da ciência e a orientação prática do sistema jurídico.

A filosofia da ciência no século XX relativizou as verdades científicas e, segundo nosso ponto de vista, poderia também relativizar as concepções jurídicas de verdade. No contexto do raciocínio judicial, não há uma única decisão jurídica correta ou uma verdade jurídica para a resolução dos casos judiciais, pois as interpretações do Direito funcionam analogamente segundo um modelo de conjecturas e refutações. O critério popperiano de demarcação entre o conhecimento comum e a ciência opera no raciocínio judicial como critério de comprovação das premissas fáticas, porém não opera da mesma forma com relação às premissas normativas, resultando que estas podem ser argumentáveis mas não necessariamente comprováveis; as perguntas sobre “o que é o Direito”, ou “qual a essência da lei” não fazem sentido, uma vez que, assim como o conhecimento científico, para Popper, avança segundo a dinâmica das conjecturas e refutações, as interpretações jurídicas funcionam segundo um jogo argumentativo análogo aos modelos científicos. Explorei as consequências para a filosofia do Direito das teorias da ciência mais contemporâneas, como a teoria da quase-verdade de Newton da Costa² e a teoria de Bas C. Van Fraassen.

Como proposta metodológica, utilizei disciplinas e conceitos de fora da ciência jurídica, como a linguística e a epistemologia. Estas duas disciplinas serviram-me para traçar um quadro realista de um certo tipo de realismo jurídico, especificamente o kelseneano e o genovês, e desenvolver o que denominei *três argumentos sobre o realismo jurídico*.

O trabalho é dividido em três capítulos, e cada capítulo desenvolve um argumento. O

² A teoria da quase-verdade de Newton da Costa é promissora para abordar as seguintes hipóteses, que não explorei no presente trabalho e que podem ser desenvolvidas futuramente: (a) sistemas legais/teorias jurídicas/decisões jurídicas incompatíveis podem coexistir em um sistema; (b) a corroboração ou validade das teorias jurídicas, em termos de coerência, pode ser local mas não global; (c) ainda do ponto de vista da coerência, assim como atualmente não há uma teoria unificadora de toda a física, é improvável haver uma teoria unificadora de todo o Direito.

primeiro capítulo é de cunho mais exegético e expositivo. Todos conhecem Kelsen como um normativista, mas poucos o definem como um realista jurídico. É exatamente esta a interpretação que pretendi explorar na filosofia kelseneana. Meu primeiro argumento é que Kelsen é um realista jurídico. Exploro no primeiro capítulo a postura realista de Kelsen, que desemboca em uma filosofia jurídica anti-metafísica, porém não empírica. Explorei também a obra de Kelsen, infelizmente não traduzida para o português, *Society and Nature*. Nela pude também conhecer as preocupações epistemológicas de Kelsen, e a sua leitura e conhecimentos da mecânica quântica e de físicos como Max Planck, E. Schrödinger e Werner Heisenberg. É muito curioso que Kelsen estivesse informado sobre a mecânica quântica da década de 40 do século passado. Isso sugere que, do ponto de vista epistemológico, a física é importante à epistemologia jurídica. Explorei esta questão também no capítulo terceiro.

O segundo capítulo teve por objeto o realismo genovês e especificamente a postura cética desta escola com relação à interpretação jurídica. Desde *Diritto, enunciati, usi: studi di teoria e metateoria del diritto*³, a clássica obra de Giovanni Tarello, fundador da escola de Gênova, há uma ligação muito forte e consistente entre as filosofias da linguagem, que geralmente são anti-metafísicas, e a filosofia do Direito. Aqui há uma passagem, no panorama da filosofia jurídica da metade do século XX, da metodologia neokantiana de Kelsen aos estudos sobre o Direito e sua linguagem (e que era também muito presente na filosofia jurídica de Hart). Neste capítulo examinei o ceticismo e a objetividade na interpretação jurídica. Tanto Kelsen quanto Tarello, por serem céticos em matéria de interpretação jurídica, não desenvolveram uma teoria da decisão judicial, por acreditarem que a adjudicação de sentido às normas jurídicas era uma atividade não racional. Revisitei justamente este ponto do ceticismo do realismo de Kelsen e Tarello, para qualificar exatamente que espécie de objetividade podemos pressupor ao tratarmos da interpretação do texto das normas. A noção de literalidade dos linguistas e a de interpretação literal dos juristas foram

³ Bologna: Il Mulino, 1974.

comparadas e avaliadas, assim como a categoria de *sentido*. Propus uma abordagem que concilia a concepção proposicional e a concepção pragmática do sentido dos enunciados jurídicos, a partir da teoria da quase-verdade de Newton da Costa.

O terceiro capítulo teve por objeto a categoria *fato jurídico*. É uma tese recorrente, em várias variantes dos realismos filosóficos e jurídicos, que os fatos são objetivos, autoevidentes, claros, etc. Recordemos o debate entre Kelsen e Alf Ross sobre se a validade jurídica é um conceito empírico ou não (Kelsen o negava, obviamente). O mesmo debate pode ser feito acerca do conceito de fato jurídico: a qualificação que qualifica o fato como sendo um fato jurídico, é ela mesma empírica? Neste capítulo repondo que ela não pode ser, e recorro à epistemologia e à noção que os físicos conhecem muito bem, ou seja, à noção de Modelo. Tanto Van Fraassen quanto Newton da Costa formularam teorias da ciência originais que criticam o realismo científico: o primeiro, uma teoria empírico-constitutiva, conhecida como *empirismo construtivo*, e o segundo, uma teoria com traços críticos e pragmáticos, conhecida como *teoria da quase-verdade*. O pano de fundo de ambas as teorias é a física e suas teorizações. É um problema crucial para os físicos, desde o nascimento da mecânica quântica com Max Planck, saber que espécie de objetos são os elétrons e as partículas atômicas e subatômicas, pois elas não obedecem às propriedades do mundo macrofísico. Não há outra saída para os físicos a não ser a construção de modelos, exatamente como os astrônomos desde Ptolomeu faziam para explicar os movimentos regulares dos astros e o movimento, aparentemente irregular, dos planetas. Argumentei que as teorias jurídicas, no sentido metateórico, também modelam os fatos, e neste sentido também constroem modelos específicos e originais para os fatos. Do ponto de vista da epistemologia, as teorias jurídicas operam da mesma maneira ao modelarem os fatos, apesar de assim não o admitirem explicitamente e também de não assim denominarem. Expus e comparei como teorias jurídicas, no papel e função de metateorias sobre o Direito, como as de Kelsen, MacCormick, F. Schauer, Alchourrón, Bulygin, Taruffo e Wróblewski, modelam os fatos para conceituar o que são fatos jurídicos. São estes fatos jurídicos que possuem

um sentido operativo e a partir deles as normas jurídicas os conectam com efeitos jurídicos determinados.

Assim como Kelsen termina a obra *Society and Nature* dialogando com a filosofia da ciência de Planck, Schrödinger e Heisenberg, creio que seja valioso, nos dias atuais, os juristas pensarem epistemologicamente a sua disciplina a partir de filósofos da ciência com Van Fraassen e Newton da Costa. A partir deles podemos ter uma postura crítica frente ao Direito em geral, e especificamente frente aos argumentos das diversas teorias realistas do Direito. Esta foi uma das inspirações centrais para o presente trabalho.

Outra inspiração central foi a seguinte citação de Einstein:

Os conceitos físicos são criações livres da mente humana, não sendo, por mais que possa parecer, singularmente determinados pelo mundo exterior. Em nosso esforço para compreender a realidade nós somos algo semelhantes a um homem tentando compreender o mecanismo de um relógio fechado. Ele vê o mostrador e os ponteiros em movimento, até ouve o seu tique-taque, mas não tem meio algum de abrir a caixa. Se for engenhoso, poderá formar alguma imagem de um mecanismo que poderia ser responsável por todas as coisas que observa, mas jamais poderá estar bem certo de que a sua imagem seja a única capaz de explicar suas observações. Jamais poderá comparar essa imagem com o mecanismo real e não pode sequer imaginar a possibilidade ou o significado de tal comparação. Mas certamente acredita que, com o aumento de seus conhecimentos, a sua imagem da realidade se tornará cada vez mais simples e explicará uma gama cada vez maior de impressões sensoriais. Pode também acreditar na existência do limite ideal de conhecimento e que a mente humana dele se aproxima. Poderá chamar esse limite ideal de verdade objetiva.⁴

Com esta citação pude ter a intuição de como construir um argumento, que me parece central, para discutir o realismo no âmbito das teorias jurídicas. As categorias fundamentais de realidade, objetividade e verdade estão sintetizadas de maneira genial por Einstein. Com base neste

⁴ EINSTEIN, Albert; INFELD, Leopold. A evolução da física. Rio de Janeiro: Jorge Zahar ed., 2008, p. 36. (“Physical concepts are free creations of the human mind, and are not, however it may seem, uniquely determined by the external world. In our endeavour to understand reality we are somewhat like a man trying to understand the mechanism of a closed watch. He sees the face and the moving hands, even hears its ticking, but he has no way of opening the case. If he is ingenious he may form some picture of a mechanism which could be responsible for all the things he observes, but he may never be quite sure his picture is the only one which could explain his observations. He will never be able to compare his picture with the real mechanism and he cannot even imagine the possibility or the meaning of such a comparison. But he certainly believes that, as his knowledge increases, his picture of reality will become simpler and simpler and will explain a wider and wider range of his sensuous impressions. He may also believe in the existence of the ideal limit of knowledge and that it is approached by the human mind. He may call this ideal limit the objective truth.” p. 33 na edição original).

argumento procurei examinar o significado da objetividade da interpretação jurídica, a partir dos termos e enunciados da linguagem jurídica, e a objetividade dos fatos jurídicos, ou seja, como as teorias jurídicas qualificam os fatos humanos, empíricos e naturais, como fatos jurídicos. O presente trabalho afasta as concepções ingênuas de que a linguagem jurídica e os fatos jurídicos podem ser interpretados objetivamente sem a qualificação devida, e assim frustra o realismo ingênuo. As operações interpretativas da linguagem e representativas dos fatos são mais complexas, e são sintetizadas na categoria de Modelo. Ao final também terminei com uma citação de Einstein, a qual igualmente, em um certo sentido, poderá ser frustrante para a epistemologia e para o epistemólogo.

Capítulo I

A gênese do realismo jurídico de Kelsen: o neokantismo

Para entendermos a posição específica de Kelsen no campo da epistemologia precisamos recorrer a alguns pronunciamentos específicos nos quais Kelsen deixa clara as suas influências. A influência mais conhecida na formação de Kelsen é a própria filosofia de Kant e o neokantismo de Herman Cohen. Esta foi uma influência duradoura na posição de Kelsen, tendo sido abandonada apenas na última fase do seu pensamento.

Paulson propôs a seguinte periodização da obra de Kelsen⁵:

1. Construtivismo crítico (*circa* 1911-1921)

Transição (*circa* 1913-1921)

2. Fase clássica (*circa* 1921-1960)

Período Neokantiano (*circa* 1921-1935)

Período híbrido, com elementos neokantianos e analíticos (*circa* 1935-1960)

3. Fase cética (*circa* 1960 até a morte de Kelsen em 1973)

Paulson denomina a primeira fase de construtivismo crítica para realçar duas ideias: o construtivismo como formação de conceitos, o que na tradição da ciência jurídica alemã significa *formação*, e o adjetivo *crítico* para marcar a influência já presente da herança de Kant nos esforços de Kelsen para purificar os principais conceitos da Teoria alemã do Direito Público.

O problema central para Kelsen, já evidenciado nesta fase, era o problema da normatividade. Kelsen ataca os dualismos clássicos das teorias jurídicas, como o dualismo Estado/Direito, direito

⁵ PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie Litschewski. (eds.) Normativity and Norms: critical perspectives on Kelsenian Themes. Oxford: Clarendon Press, 1998. p. Xxvii

subjetivo/direito objetivo, pessoa física/pessoa jurídica, para desfazer estas dualidades e reconstruí-las sob o prisma da normatividade, da norma jurídica como pedra angular e fenômeno central a ser analisado. Kelsen também criticará duramente o Direito Natural e as concepções do Direito como fato. Para Kelsen a especificidade central do Direito consiste em sua normatividade.

Na periodização de Paulson, a segunda fase é caracterizada pela introdução por Kelsen de certas teorias empiristas e analíticas, como a sua recepção da doutrina da causalidade de Hume, a teoria da proposição jurídica (*Rechtssatz*), e o seu crescente interesse no papel da lógica formal no Direito.

A fase cética é marcada por certas doutrinas da segunda edição da Teoria Pura do Direito (1960), pelas ideias expressas nas correspondências entre Kelsen e Klug e pelo livro póstumo *Teoria Geral das Normas*⁶ (1979) [inserir referência]. Nesta fase Kelsen, segundo Paulson, abandona as categorias neokantianas características da sua fase clássica e adota uma posição cética, duvidando, por exemplo, da aplicabilidade dos princípios da lógica clássica à teoria do Direito. A famosa categoria de Kelsen da Norma Fundamental é assumida nesta fase como sendo uma ficção, contrariamente ao seu caráter transcendental, defendido por Kelsen na fase clássica.

Ao lado da periodização de Paulson, podemos notar, no que se refere à fundamentação epistemológica de sua teoria, que Kelsen teve como primeiras referências o princípio da economia do pensamento de Mach, o neokantismo de Hermann Cohen e a teoria das ficções de Vaihinger.

Quanto à sua relação com o neokantismo, Kelsen, no ano de 1923, por ocasião da publicação da segunda edição da obra “Problemas principais na teoria do Direito Público”⁷, declara

⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1986.

⁷ KELSEN, Hans. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*. Tübingen: J.C.B Mohr, 1911. 2ª reimpressão de 1923, com um novo prefácio, traduzido por Stanley L. Paulson e Bonnie Litschewski Paulson e publicado em S.L. Paulson e B. L.

no Prefácio que sua posição definitiva neste item deu-se com o contato com a obra de Cohen “Ética da vontade pura” e com as teorias das ficções de Vaihinger:

“It was by way of Hermann Cohen's interpretation of Kant, in particular Cohen's Ethics of Pure Will, that I arrived at the definitive epistemological point of view from which alone the correct employment of the concepts of law and of state was possible. In 1912 in the *Kantstudien*, a review of *Main Problems* appeared in which my book was recognized as an attempt to apply the transcendental method to legal science, and this brought to my attention the wide-ranging parallels that existed between my concept of legal will and Cohen's views, which at that time were not known to me. I came to appreciate as the consequence of Cohen's basic epistemological position – according to which the epistemic orientation determines its object, and the epistemic object is generated logically from an origin (Ursprung) – that the state, in so far as it is the object of legal cognition, can only be law, for to cognize something legally or to understand something juridically means nothing other than to understand it as law. Hans Vaihinger's analysis of personifying fictions (his 'philosophy of the as if') was also illuminating, inviting my attention to analogous situations in other fields of scientific enquiry. My new perspective reached even to the analogy I occasionally drew in *Main Problems*, that between the personification of the universe in *God* and the personification of the law in the *state*. And there is the parallel between problems of *theology* and problems of *jurisprudence* (theodicy, and unlawful acts committed by the state), which I had begun to investigate in a study of 1913. This epistemological enrichment is reflected in a study [on the Heidelberg neo-Kantians] that appeared in 1916, in an essay of 1919 on legal fictions, and especially in my book, *The Problem of Sovereignty and the Theory of International Law*, published in 1920.⁸

Convém expormos quais eram os objetivos de Kelsen na obra *Hauptprobleme*, e quais eram especificamente as suas posições com relação à teoria das ficções de Vaihinger.

A primeira grande obra de Kelsen, *Hauptprobleme*, tem como objetivo uma “*Teoria Pura do Direito qua teoria do Direito Positivo*”. A 'pureza' da teoria é dirigida contra o ponto de vista sociológico, que emprega o método científico causal para apropriar a lei como parte da realidade natural, e contra a teoria do Direito Natural, que toma a teoria jurídica fora das normas de direito positivo e a coloca dentre postulados ético-políticos.

O ponto de partida de *Hauptprobleme* é a dicotomia de Sein e Sollen, primeiramente descoberta por Kant, opondo valor e realidade, moralidade e natureza. Kelsen toma o “dever” como a expressão da autonomia do Direito em distinção ao “ser” social que pode ser compreendido

Paulson 1998, p. 3-22

⁸ KELSEN, Hans. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 1911. p. 15-16.

“sociologicamente”.

O problema central de Kelsen é a lei da lei, é a norma legal reconstruída, é a “lei da normatividade”. Kelsen esforçou-se para formular a norma legal reconstruída como um julgamento hipotético, que liga pelo dever fatos materiais condicionantes e condicionados. Sem a lei da normatividade, não pode haver conhecimento jurídico, ou ciência jurídica. Kelsen é contra uma teoria imperativista, que reduziria o Direito a uma coleção de imperativos.

O conceito de pessoa física e de “unidade do Estado” é uma ferramenta conceitual, que por abstração pressupõe que há um “ponto de imputação”, ou um “ponto de referência” para o conjunto dos fatos condicionantes que são ligados aos fatos condicionados ou aos fatos materiais qualificados juridicamente.

O Estado é idêntico ao Sistema Jurídico: esta é a unidade do Estado e do Sistema Legal. A pessoa – física e jurídica – não é nada mais que a personificação de um complexo de normas estabelecendo o comportamento humano, especificamente, a pessoa física é a personificação das normas jurídicas impondo obrigações a um ser humano particular. O território, assim como a pessoa natural, deve ser entendido como a esfera espacial de validade das normas jurídicas formando o sistema estatal.

Neste ponto Kelsen já começa a desenvolver uma abordagem anti-metafísica das categorias jurídicas a partir da influência de Vaihinger e de sua obra.

Hans Vaihinger (1852-1933) foi um dos expoentes do movimento filosófico neokantiano. Fundou e dirigiu de 1896 a 1923 a famosa revista alemã Kant-Studien (Philosophische Zeitschrift

der Kant-Gesellschaft⁹, publicada até os dias atuais, pela Sociedade Kant. Sua obra de filosofia sistemática de maior influência, inclusive sobre Kelsen, foi “Die Philosophie des Als-Ob”.¹⁰

A Filosofia do como se é um extenso tratado sobre o papel das ficções na filosofia e na ciência em geral. Ele é dividido em três partes: I. *Princípios Básicos*; II. *Estudo ampliado de problemas especiais*; III. *Confirmações Históricas*. A temática abordada é bastante ampla e variada.

Na Parte I ele dedica o capítulo V às Ficções Jurídicas. Os demais capítulos são dedicados às ficções heurísticas, práticas (éticas), às ficções na Matemática, na Mecânica e na Física. Também nesta primeira parte Vaihinger elabora uma Teoria Lógica das Ficções Científicas, a qual compreenderá a separação das ficções científicas das ficções da Estética, a forma linguística da ficção, as principais características das Ficções e uma teoria geral da construção ficcional. Os capítulos seguintes da Parte I são dedicados à história das ficções a partir dos gregos, romanos, medievais até a moderna teoria do conhecimento. A Parte I finaliza com uma secção dedicada às consequências da Teoria das Ficções para a Teoria do Conhecimento.

A Parte II é um estudo de casos especiais com relação à aplicação do método das ficções. Nesta parte são abordados, dentre outros, o problema das classificações, o método de Adam Smith na Economia Política, o de Bentham na Ciência Política, o problema do conceito de força na Física (inclusive na Física de Faraday e Maxwell), na Química o conceito de afinidade química, o problema do espaço absoluto, a superfície, a linha e o ponto como ficções, e o infinitesimal como ficção.

⁹ <http://www.kant-gesellschaft.de/en/>

¹⁰ Berlin: Reuther & Richard, 1911. Trad. Inglesa como *The Philosophy of 'As If': a System of the Theoretical, Practical and Religious Fictions of Mankind* [London: Degan Paul, Trench, Trubner & Co. 1924, traduzida por C.K. Ogden da 5ª e 6ª edição de Vaihinger. Tradução portuguesa: *A filosofia do como se*. Trad. de Johannes Kretschmer. Chapecó: Argos editora da Unochapecó: 2011. 723 p.

A Parte III é a dedicada à confirmação histórica por Vaihinger da validade da sua teoria. Neste item Vaihinger dedica-se à discussão do uso do método das ficções por Kant em várias de suas obras. Aqui é que torna-se nítida a característica neokantiana de Vaihinger, ao apresentar Kant como uma autoridade e como o parâmetro final de confirmação da sua teoria. Os capítulos finais da terceira e última parte dão dedicados a uma interlocução com as filosofias de Fichte, de F. A. Lange e Nietzsche.

A proposta central de Vaihinger é que as ficções apresentam quatro principais características:

1. As ficções são contraditórias com a realidade. As ficções são um distanciamento da realidade até o ponto em que elas são colocadas em contradição com o mundo exterior e tornam-se auto-contraditórias. Esta oposição em contradição com a realidade é um instrumento de aprofundamento da análise.

2. A verdadeira ficção é provisória, enquanto útil para a compreensão da realidade: “Of course, if there is a contradiction with reality, then the fiction can only have a value if used provisionally until experience has become richer, or until the methods of thought have been so refined that these provisional methods can be replaced by definitive ones”.¹¹

3. A consciência expressa de que a ficção ou o método ficcional não é a realidade, ou tautologicamente que a ficção é ficcional: “The third of the main features of a normal fiction is the express awareness that the fiction is just a fiction, in other words, the consciousness of its fictional nature and the absence of any claim to actuality”.¹²

¹¹ The Philosophy of 'As If': a System of the Theoretical, Practical and Religious Fictions of Mankind, 1924. p. 98.

¹² Idem, p. 98.

4. As ficções são meios ou instrumentos para determinados objetivos ou fins: “A further essential character of fictions, i.e. of scientific fictions, is that they are means to a definite end, in other words that they are expedient. Where there is no expediency the fiction is unscientific”¹³

É importante frisar que, apesar da grande extensão da obra, apenas um capítulo de três páginas são dedicadas às ficções jurídicas (Cap. V, p. 33-35 da ed. Inglesa).

Kelsen dedicou um extenso comentário à *Filosofia do como se*, a qual foi publicada na forma de uma resenha contendo cinco partes.¹⁴ Kelsen elogia a teoria de Vaihinger como um todo, mas não adere totalmente a ela, sugerindo modificações ou mesmo refutando algumas das quatro características que elencamos acima. Kelsen, nesta resenha, ao confrontar-se com o método ficcional de Vaihinger, mais reafirmará expressamente alguns pontos da sua teoria do que reconhecerá alguma influência que possa ter recebido. Kelsen também proporá qualificar o argumento de Vaihinger acerca das ficções jurídicas, o qual ele não considera pertinente. Passemos no que segue às considerações de Kelsen.

Kelsen, na primeira parte de sua resenha, concorda que o conceito de sujeito de direito deve ser enquadrado exatamente no que Vaihinger denomina de ficções personificativas: “Estas tienen su fuente em el impulso antropomórfico de personificación que desde siempre domina nuestro sistema de representación, en esta 'inquebrantable propensión del género humano' a hipostasiar todo lo meramente mental en la forma de la persona, del sujeto, y a conferirle así una representación concreta”.¹⁵

¹³ Idem, p. 99.

¹⁴ KELSEN, Hans. Reflexiones en torno de la teoría de las ficciones jurídicas: con especial énfasis em la filosofía del “como si” de Vaihinger. In Ficciones jurídicas: Kelsen, Fuller, Ross. Compiladores Daniel Mendonca e Ulises Schmill. Trad. Espanhola de Jean Hennequin. México: Distribuciones Fontamara, 2003. p. 23-56. Original publicado em *Annalen der Philosophie*. Ed. por Hans Vaihinger e Raymund Schmidt, Feliz Meiner. Leipzig, 1919.

¹⁵ KELSEN, Hans. Reflexiones en torno de la teoría de las ficciones jurídicas: con especial énfasis em la filosofía del “como si” de Vaihinger, 2003. p. 28

Kelsen termina a primeira parte afirmando que é a indevida hipóstase da pessoa que conduz a falsos problemas e a dificuldades artificialmente criadas, como a Teoria Orgânica da Pessoa Jurídica, a qual qualifica como um autêntico misticismo jurídico.

A segunda parte da sua resenha é dedicada às ficções da prática jurídica, ou seja, as ficções do legislador. Kelsen neste ponto esclarece que as ficções do legislador não são as ficções no sentido de Vaihinger, porque as ficções do processo de estabelecimento das normas não é um processo mental e que objetiva o conhecimento, senão que representa um processo ou um procedimento de um ato de vontade. Uma lei, ao artificialmente igualar duas situações distintas ou dois sujeitos distintos, não está criando uma “ficção” para afirmar que estas duas situações ou estes dois sujeitos são iguais, apenas está afirmando que, do ponto de vista jurídico, ambas as situações produzem os mesmos efeitos jurídicos ou ambos os sujeitos possuem os mesmo direitos ou os mesmos poderes jurídicos. Desta maneira Kelsen sintetiza a função característica da ficção para o legislador: “El legislador es todopoderoso en su campo, porque su función no consiste en otra cosa, más que en enlazar efectos jurídicos con hechos. Una ficción de la ley sería tan imposible como una ficción de la naturaleza. En efecto, la ley sólo podría entrar en contradicción consigo misma, es decir, con su propia realidad. Pero esto carece de sentido”.¹⁶

A terceira parte da resenha de Kelsen é dedicada às ficções da aplicação do Direito e à analogia como procedimento interpretativo. Aqui Kelsen afirmará que a analogia é uma forma de ficção jurídica, mas ela não será provisória, como as ficções da teoria do conhecimento, mas definitiva, uma vez que produzirá efeitos jurídicos que não serão provisórios:

“Si la ley amenaza con castigar a quien dañe los telégrafos estatales, pero no contempla pena alguna

¹⁶ Reflexiones en torno de la teoría de las ficciones jurídicas: con especial énfasis en la filosofía del “como si” de Vaihinger. p. 39-40

para quien deteriore los teléfonos estatales o contempla para este delito una pena demasiado leve – a juicio del órgano encargado de aplicar el derecho –, el que el juez inflija a quien dañe los teléfonos la pena que la ley conempla para quien destruya los telégrafos, usando para la protección del teléfono la norma que protege a los telégrafos, esto representa una ficción; no como si el telégrafo y el teléfono fueran lo mismo (esto no es lo que afirma o juez, ni lo que pretende afirmar), sino como si la ley amenazara con la misma pena a quien dañe los teléfonos, como a quien dañe los telégrafos. La ficción jurídica sólo puede ser una afirmación ficticia de derecho, no una afirmación ficticia de hechos.”¹⁷

Kelsen finaliza esta terceira parte enfatizando que a interpretação analógica, como ficção, atinge um fim útil e conveniente para a pessoa que finge, de modo que a esta ficção jurídica não entrará em contradição com o seu objeto, ou seja, com a ordem jurídica, já que o objeto do direito é o conjunto das normas jurídicas:

“Sin embargo, la ficción de la aplicación del derecho – esto es, la interpretación analógica – plantea una contradicción imposible de suprimir con respecto al orden jurídico. No constituye ningún rodeo, que a pesar de todo terminaría conduciendo a la 'realidad' del derecho, sino un camino equivocado, que quizá conduzca a aquello que es considerado como útil y conveniente por la persona que finge, pero jamás al objeto de la ciencia del derecho: al derecho.”¹⁸

Na quarta parte de sua resenha, Kelsen considera a Teoria do Direito e a prática do Direito. Kelsen afirma categoricamente que as ficções da aplicação do direito são estranhas ao sistema das ficções de Vaihinger, uma vez que o conhecimento do direito possui um papel secundário na aplicação do direito, mesmo que o conhecimento possa informar a aplicação do direito:

“Finalmente, para demostrar que la ficciones de la aplicación del derecho son totalmente ajenas al sistema de las ficciones de Vaihinger, conviene establecer que el conocimiento del derecho – el único susceptible de conducir a una auténtica ficción – desempeña un papel secundario en la aplicación del derecho. El conocimiento del derecho no es la esencia, el sentido y la finalidad reales de esta actividad, sino simplemente su medio. Para la aplicación del derecho, como también practicamente para el establecimiento del derecho, lo que importa no es realmente el conocimiento del derecho, sino más bien su puesta em práctica, las acciones volitivas. El conocimiento del derecho, la teoría del derecho, se concreta a preparar la práctica del derecho, le proporciona sus herramientas.”¹⁹

A quarta parte da resenha finaliza com Kelsen refutando que as ficções da pessoa do Estado, do contrato do Estado, sejam necessárias para fundamentar o direito do Estado a castigar. Kelsen

¹⁷ KELSEN, *ibidem*, p. 42-43

¹⁸ KELSEN, *ibidem*, p. 45

¹⁹ KELSEN, Reflexiones en torno de la teoría de las ficciones jurídicas: con especial énfasis en la filosofía del “como si” de Vaihinger. p. 46.

sempre separou o direito da moral, e neste sentido ele considera estas ficções como as de uma certa concepção moral do mundo. Para ele a teoria do direito deveria abandonar estas ficções juntamente com a representação de um fundamento moral do Direito.

Na quinta e última parte da resenha, Kelsen aborda a soberania da ordem jurídica e conclui que a norma jurídica e a obrigação jurídica não são ficções práticas no sentido que lhes dá Vaihinger. Esta quinta parte será relativamente útil para o propósito de interpretar o sentido realista da obra de Kelsen e para aclarar o entendimento kelseneano sobre a categoria de Dever, que é central na epistemologia da sua obra.

Vaihinger trata das ficções práticas e inclui os conceitos de norma e de obrigação entre elas. Kelsen refuta este ponto, pois considera que o “real” no direito já é a própria norma e nada fora dela, além dela ou em contradição com ela:

“Podríamos decir, en el sentido de Vaihinger: el jurista considera al derecho como si éste fuera una suma de normas deónticas. Pero si esto es una ficción, si el derecho no es, en realidad, una norma deóntica, qué es entonces el derecho 'en realidad'? Y además: qué es una norma deóntica? En otras palabras: se supone que es una ficción la hipótesis de que el derecho es una norma deóntica, resulta necesario que el derecho pueda ser otra cosa, algo 'real'; resulta necesario que la 'norma deóntica' también sea algo 'real', pero algo distinto de lo que el derecho 'es realmente'; la norma deóntica no puede volver a ser ella misma una ficción. Porque la ficción consiste evidentemente en una comparación, en una falsa equiparación de una cosa real con otra cosa real.”²⁰

Para finalizar a exposição da resenha de Kelsen, convém citar o seu último parágrafo. Nele Kelsen esclarece em que sentido o dever, uma categoria central no seu pensamento, é distinto das ficções:

“El concepto de deber – y, junto con él, los conceptos de obligación, de norma, de ideal, de valor (objetivo) – podrían designarse como ficciones, se por ficción no se entendiera un constructo imaginario que sirve para el conocimiento de la realidad y que establece una contradicción con esta misma realidad. Y el deber – tanto moral como jurídico – sólo es una 'ficción', si por ficción se entiende todo aquello que no constituye la expresión (una expresión exenta de contradicción) de la

²⁰ KELSEN, *ibidem*, p. 51-52.

realidade de la natureza. Asimismo, si a Vaihinger se le puede conceder que las normas jurídicas – al igual que todo el mundo del deber – son productos imaginarios de la mente humana, son constructos salidos de la imaginación, em relación com el mundo sensible del ser de la naturaleza, esto no significa, de ninguna manera, que exista necesariamente alguna contradicción con esta realidad – la primera de sus 'características esenciales', por la cual se puede 'reconocer inmediatamente cualquier ficción'. Precisamente en la categoría del deber está creada una forma en la cual la imaginación puede desarrollarse sin contradicción com la realidad del ser. Por otra parte, el mundo del deber debe considerarse como un objeto del conocimiento (ético o jurídico) por cierto distinto de la realidad de la naturaleza, pero en pie de igualdad con ella, como un tipo específico de realidad, si es que existen aquí verdaderas ficciones.”²¹

O método da Hipótese de Hermann Cohen

Já posteriormente, no ano de 1933, em uma carta dirigida ao professor italiano Renato Treves, Kelsen afirma que, devido a mal entendidos, não quer mais apelar ao princípio da economia do pensamento de Mach e às teorias das ficções de Vaihinger, e sim ao método da Hipótese de H. Cohen, retomando novamente esta referência:

“Although it is altogether correct that the theory of the basic norm finds a certain support in Mach's principle of economy of thought and in Vaihinger's theory of fictions, nevertheless, owing to various misunderstandings that have arisen from these references, I no longer wish to appeal to Mach and Vaihinger. What is essential is that the theory of the basic norm arises completely from the Method of *Hypothesis* developed by Cohen. The basic norm is the answer to the question: What is the presupposition underlying the very possibility of interpreting material facts that are qualified as legal acts, that is, those acts by means of which norms are issued or applied? This is a question posed in the truest spirit of transcendental logic.

In the resolution of the concept of person, the Pure Theory of Law also distinguishes itself from Cohen's legal philosophy, which retains the concept because there are concealed behind it those very ethico-metaphysical postulates that Cohen is unwilling to forgo. The Pure Theory of Law, recognizing the concept of person as a substantive concept, as the hypostatization of ethico-political postulates (freedom and property, for example), resolved this concept in the spirit of Kantian philosophy, where all substance is to be reduced to function.”²²

O Método da Hipótese é como Kelsen designa o método da filosofia de Cohen a partir de duas obras dele, *Logik der reinen Erkenntnis*, e *Ethik des reinen Willens*²³. Cohen retoma este

²¹ KELSEN, *ibidem*, p. 55.

²² The Pure Theory of Law, 'Labandism', and Neo-Kantianism. A Letter to Renato Treves. S.L. Paulson e B.L. Paulson 1998, p. 169-175) p. 173-174. [The Pure Theory of Law, 'Labandism', and Neo-Kantianism. A Letter to Renato Treves. S.L. Paulson e B.L. Paulson 1998, p. 169-175). Primeiramente publicada em francês, com tradução de Michel Troper, em *Droit et Société*, 7, 1987, p. 333-5. Original em alemão e tradução italiana por Agostino Carrino publicada em Hans Kelsen e Renato Treves, *Formalismo giurídico e realtà sociale*, ed. Stanley L. Paulson, Nápoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992, p. 55-8 (alemão), 51-4 (italiano)).

²³ COHEN, Herman. *System der Philosophie*. Parte I: *Logik der Reinen Erkenntnis*; Parte II: *Ethik des reinen Willens*. Parte III: *Aesthetik des reinen Gefühls* (2 vols). Berlin: 1902-1912.

conceito de Platão, que colocava em oposição a *Anhypotheton* e a *Hypothesis*, sendo esta última em um sentido diverso do que é entendido como hipótese na ciência moderna. A *Anhypotheton* é o Bem, o absoluto, é aquilo que não possui nenhuma pressuposição, ao contrário da *Hypothesis*, que são as definições e axiomas que dão origem às deduções e aos teoremas da matemática, cuja verdade depende justamente dos seus pressupostos, ou seja das mesmas definições e axiomas. Cohen refuta que haja a *Anhypotheton*, concebendo que todos os conceitos e julgamentos são construídos como um processo de pensamento, como uma atividade de cognição. Em suma, a ciência não pode ser baseada em pressupostos imutáveis, mas estes mesmos pressupostos são fruto da atividade cognitiva. Neste sentido é centralmente esclarecedora a seguinte passagem de Geert Edel:

“It is on this point that, in the *Ethik des reinen Willens*, the theorem of origin from the *Logik der reinen Erkenntnis* is extended to the notion that Kelsen termed Cohen's 'Method of *Hypothesis*'. This method, this theorem of *Hypothesis*, is the result of Cohen's examination of Plato, who moves up in Cohen's System of Philosophy alongside Kant, indeed even ahead of Kant, to become Cohen's main authority. One must keep this Platonic provenance in mind if one wants to understand the theorem of *Hypothesis* properly. For the Platonic *Hypothesis*, which is beholden to experience and therefore not subject to empirical scrutiny, has nothing whatever to do with a 'hypothesis' in the sense familiar from modern natural science. Platonic *Hypothesis* are, rather, the mathematical definitions and axioms that form the presuppositions, the foundations of abstract mathematical deductions and proofs, whose truth therefore depends on these presuppositions. These *Hypothesis*, according to Plato, can be distinguished from the *Anhypotheton*, the idea of the good, representing the unconditional, the presuppositionless, in short, representing a metaphysical absolute whose dialectical cognition – unlike cognition in the mathematical sciences – also leads to an unconditional, presuppositionless, valid knowledge.

According to Cohen, however, there cannot be unconditional, presuppositionless, valid knowledge. All concepts and all judgments must be understood as products, as something generated by means of thought. This is the purport of the theorem of origin. And this is true, in particular, for the highest concepts, as something generated by means of thought. This is the purport of the theorem of origin. And this is true, in particular, for the highest concepts and for what appear to be the ultimate foundations of scientific cognition. To be sure, these serve as basic concepts and as foundations in science, whose conditions for validity they are, but they forfeit the rank and dignity that have so often been accorded them in the history of philosophy. They are not eternal truths, not absolute foundations given in and of themselves, but rather something generated by means of thought, and they serve, therefore, and to that extent, as the laying of foundations, so to speak, subject in principle to revision, as are all thoughts, all cognition. Precisely this is the content and the core of the *Hypothesis* theorem.²⁴

Descrevemos a gênese e o desenvolvimento das posições epistemológicas de Kelsen até

²⁴ EDEL, Geert Edel. The Hypothesis of the Basic Norm: Hans Kelsen and Hermann Cohen. In S.L. Paulson e B.L. Paulson 1998, p. 208.

1933. Um capítulo interessante da epistemologia de Kelsen é o seu contato com o Círculo de Viena, o qual também adotava, como é conhecido, uma filosofia anti-metafísica.

O realismo como crítica à metafísica: Kelsen, Popper, Carnap e o Círculo de Viena

A abordagem kelseneana acerca da Ciência do Direito, como já mencionamos, foi baseada em uma perspectiva antimetafísica. Um dos pilares do programa do positivismo jurídico de Kelsen consistiu na sua crítica ao jusnaturalismo, o que ele identificava como sendo a presença estranha e alienígena no conhecimento jurídico de juízos morais e políticos. Apesar de Kelsen ter sido contemporâneo dos filósofos do Círculo de Viena nas primeiras décadas do século XX, e na mesma Universidade de Viena, não há uma influência direta dos pilares do positivismo lógico vienense na filosofia kelseneana. Certamente que Kelsen e os filósofos do Círculo compartilhavam o mesmo ambiente intelectual e a mesma atmosfera ideológica, porém Kelsen já tinha formado suas concepções epistemológicas uma ou duas décadas anteriores, tendo baseado os pilares da sua teoria no neokantismo da escola de H. Cohen e H. Vaihinger. O neokantismo deu a Kelsen os fundamentos para uma perspectiva anti-metafísica e crítica quanto ao modo de sistematizar o conhecimento científico, e pretendia o fazer pela primeira vez com relação à Ciência do Direito.

Uma carta de Kelsen a Henk L. Mulder é esclarecedora sobre as suas relações com os filósofos do Círculo de Viena. Nesta carta Kelsen declara que não pertence estritamente ao Círculo, que compartilha das suas concepções antimetafísicas, mas que discorda da sua filosofia moral, principalmente a desenvolvida por Schlick:

“In response to your letter of March 31, I would like to inform you that I did not belong to the so-called 'Vienna Circle' in the stricter sense of the word. I had personal contacts with this circle through my acquaintance with Prof. Schlick, Dr. Otto Neurath, Prof. Philipp Frank and Prof. Victor

Kraft. What connected me to the philosophy of this circle — without being influenced by it — was its antimetaphysical thrust. From the very beginning I rejected the moral philosophy of this circle — as is formulated in Schlick's 'Issues of Ethics'. However, the writings by Philipp Frank and Hans Reichenbach on causality did influence my view of this issue. The Journal 'Erkenntnis' published my essay 'Die Entstehung des Kausalgesetzes aus dem Vergeltungsprinzip' in its 8th volume and an essay titled 'Causality and Retribution' in its 9th volume. (Excerpts from a letter that Kelsen wrote to Henk L. Mulder on 5 May 1963. Mulder had sent out a questionnaire to study the background of the Vienna Circle. (Cited permission of Wiener Krets Stichtung, Amsterdam.) p. 378-379.”²⁵

Clemens Jabloner esclarece que as cartas entre Kelsen e os filósofos do Círculo não circularam na Áustria mas fora dela, entre Genebra e The Hague:

“The personal (epistolary) rapprochement between Kelsen and the Vienna Circle did not take place in Austria, but rather mainly between Geneva and the Hague. At the beginning of 1936, Kelsen wrote to Neurath that he wanted to participate in the Ideology-critical studies of his circle. Subsequently, Kelsen participated in the 5th and 6th International Congresses for the Unity of Science. His essay 'Causality and Retribution' was published in both German and English in the Journal of Unified Science in 1939. He later submitted a large manuscript entitled 'Vergeltung und Kausalität' which however was not published until it was translated into English.”²⁶

Um dos filósofos do Círculo que tiveram maior influência e repercussão foi sem dúvida Karl

Popper. Popper menciona em uma entrevista como ele teve contato com Kelsen:

St.: What would interest me now is another person, one who was also mentioned in 'The open society', namely Hans Kelsen. He was also somebody who had been involved in this Vienna science scene and participated in both the Gomperz Circle and the Freud Circle..., and he later also took part in the Unity of Science movement...

Popper: I got to know him through Kraft, through Julius Kraft. Julius Kraft was with him for a while as a kind of...

St.: Assistant? Research assistant?

Popper: Something like that. (...) When I first went to England – I traveled from the Paris Congress to England – I traveled from the Paris Congress to England – Julius Kraft introduced me to Kelsen and Kelsen gave me a letter to Hayek. And then in England I got to know Hayek.

(. . .)

St.: Kelsen also worked on the so-called crisis of democracy.

Popper: He revised all his theories under the influence of Hitler. I met him again later in America.

St.: Did you ever study his theory, his theory of law?

Popper: I studied it enough – but not extensively – to see that I could not accept it in that form. I mean, you know that: his theory of law could be applied to anything.

St.: Legal positivism.²⁷

Infelizmente Popper não desenvolveu mais, no trecho citado, a argumentação da sua opinião

²⁵ JABLONER, Clemens. Kelsen and his Circle: The Viennese Years. *European Journal of International Law* 9 (1998). p. 368-385.

²⁶ JABLONER, Clemens. *Ibidem*, nota de rodapé 56, p. 380.

²⁷ Do capítulo “Documentation: Popper and the Vienna Circle – Excerpt from an Interview with Sir Karl Popper (1991) in STADLER, Friedrich. *The Vienna Circle: Studies in the Origins, Development, and Influence of Logical Empiricism*. Vienna Circle Institute Library and Springer, 2015. p. 274.

sobre a teoria de Kelsen. Um dos legados da epistemologia popperiana que merecem ser explorados e que podem somar-se à crítica kelseneana ao Direito Natural, consiste na sua explicação da dinâmica do desenvolvimento do conhecimento científico através das conjecturas e refutações. Reforça este ponto de vista a conclusão de Popper em “A lógica da investigação científica”, em seus antepenúltimo e penúltimo parágrafos:

“El antiguo ideal científico de la *episteme* – de un conocimiento absolutamente seguro y demostrable - ha mostrado ser un ídolo. La petición de objetividad científica hace inevitable que todo enunciado científico sea *provisional para siempre*: sin duda, cabe corroborarlo, pero toda corroboración es relativa a otros enunciados que son, a su vez, provisionales. Sólo em nuestras experiencias subjetivas de convicción, em nuestra fe subjetiva, podemos estar “absolutamente seguros”. Juntamente com el ídolo de la certidumbre (que incluye los grados de certidumbre imperfecta o probabilidad) cae uno de los baluartes de lo obscurantismo, que cierra el paso del avance científico: pues la adoración de este ídolo reprime la audacia de nuestras preguntas y pone em peligro el rigor y la integridad de nuestras contrastaciones. La opinión equivocada de la ciencia se delata em su pretensión de tener razón: pues lo que hace al hombre de ciencia no es su *posesión* del conocimiento, de la verdad irrefutable, sino su *indagación* de la verdad persistente y temerariamente crítica.”²⁸

Claramente Kelsen e Popper compartilhavam do mesmo argumento geral de crítica ao essencialismo, cujo um exame mais aprofundado revelaria uma crítica à sua origem na filosofia de Platão²⁹.

A longa e extensa reflexão epistemológica de Popper e do Círculo de Vienna sobre os fundamentos da então nascente mecânica quântica tornaram explícita a ideia de que a ciência avança através da construção de modelos para a explicação da realidade. Todas as sutilezas e paradoxos que as novas pesquisas demonstraram no campo dos componentes do átomo confirmariam as observações finais de Popper na *Logica da Investigação Científica*.

Curiosamente, os juristas ainda hoje sentem dificuldade em absorver as conquistas já bem

²⁸ POPPER, Karl. R. La logica de la investigacion científica. Madrid: Ed. Tecnos, 1962, 1ª ed. 1985, 7ª reimp. 1934, 1ª ed. austríaca. 1958, 1ª ed. inglesa, p. 261.

²⁹ Popper cita Kelsen em algumas notas de rodapé em “La sociedad abierta y sus enemigos” s.l., Ed. Paidós, s.d.: Cap. 3, n. de rodapé 31, p. 517: “(...) H. Kelsen Platonic Love, em The American Imago, vol. IU, 1942).”; e na n. de rodapé 59 do cap. X, p. 652: “(...) H. Kelsen nos suministra una excelente exposición de los conflictos de Platón, así como también una tentativa de análisis psicológico de su ambición de poder”, em The American Imago, vol. 3, 1942, pág. 1 a 110.

estabelecidas no campo da epistemologia, e ainda recorrem a um essencialismo platônico, seja quando analisam a linguagem jurídica, idealizando, por exemplo, que há significados verdadeiros para as palavras, seja na construção de conceitos teóricos, que buscam também que sejam verdadeiros e duradouros, e indiretamente defendem uma concepção de verdade também essencialista e platônica.³⁰

Conforme já mencionado, o panorama da filosofia do Direito no século XX muda no cenário posterior à 2ª Guerra Mundial. Com a revalorização do pensamento jurídico baseado nos direitos e garantias fundamentais, assim como nos direitos humanos, o positivismo perdeu muito do seu poder de crítica epistemológica à Teoria do Direito. Juristas como G. Radbruch contribuíram para uma reavaliação da tradição do positivismo jurídico e influenciaram as teorias atuais, sendo uma das mais conhecidas e discutidas neste sentido a Teoria da Argumentação de R. Alexy. Não seria aqui o espaço adequado para discutir a revisão do positivismo jurídico face os conhecidos crimes cometidos durante a 2ª Guerra, apesar de sua importância. Meu interesse consiste antes de tudo na questão epistemológica do conceito de verdade no contexto da teoria do Direito.

Mais recentemente, a crítica ao essencialismo não advém do positivismo jurídico e de seus seguidores, mas de juristas influenciados pela teses pós-modernistas do campo da filosofia e de alguns filósofos que suspeitam que sequer haja um conceito de verdade. Paradoxalmente as teses relativistas também no campo da epistemologia ganharam força nas últimas décadas, e não deixaram de repercutir em certas Teorias do Direito³¹. Qual a razão deste fenômeno? Penso que a resposta está na forma de argumentação predominante na prática jurídica, que consiste basicamente

³⁰ No campo específico da linguagem do Direito e da Teoria do Direito foi Alf Ross, juntamente com Kelsen e influenciado por ele, quem melhor elaborou a crítica anti-metafísica neste domínio. O programa realista de Ross insere-se na tradição do chamado realismo escandinavo, o qual já apresentava seus antecedentes nas obras de Axel Hägerström e Karl Olivecrona. Cf. de Alf ROSS: *Imperatives and Logic*, 1941; *Tû-Tû*, *Harvard Law Review* 70 (1957) 5: 812–825; *On Law and Justice*, 1959; *Hacia una Ciencia Realista del Derecho: Crítica del dualismo en el Derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1961.

³¹ Vários filósofos poderiam ser citados neste sentido, como Lyotard, Derrida e Baudrillard. No campo jurídico e nesta mesma linha, cf. SANTOS, Boaventura de Souza, *A crítica da razão indolente*, São Paulo: Cortez Editora, 2011.

na construção de textos escritos e na formulação de narrativas.

Outro expoente do Círculo de Viena foi Rudolf Carnap, o qual menciona que leu com interesse as investigações de Kelsen acerca das origens históricas do princípio da causalidade:

“Para entender la causalidad desde este punto de vista moderno, es instructivo considerar el origen histórico del concepto. Yo no he hecho estudios propios en esta dirección, pero he leído con interés lo que Hans Kelsen ha escrito sobre ello. Kelsen está ahora en este país, pero en otro tiempo era profesor de Derecho constitucional e internacional en la Universidad de Viena. Cuando surgió la revolución en 1918 y la República Austríaca fue fundada en el siguiente año, él fue uno de los autores principales de la nueva constitución de la República. Al analizar problemas filosóficos relacionados con el Derecho, él aparentemente se interesó en los orígenes históricos del concepto de la causalidad.”³²

Carnap refere-se aos trabalhos de Kelsen que culminariam na obra *Society and Nature*,³³ obra esta que merece ser melhor analisada, pois esclarece um ponto de vista epistemológico fundamental para Kelsen, a divisão entre *Sein* e *Sollen*.

As origens da divisão entre *Sein* e *Sollen* em Kelsen

A famosa tese de Kelsen acerca da divisão entre *Sein* e *Sollen* foi também investigada por ele do ponto de vista histórico, sociológico e etnológico em *Society and Nature*. A tese kelseneana é de que na história do pensamento humano o homem não interpretava o mundo sempre pelo princípio da causalidade. Inclusive, para os homens primitivos, segundo Kelsen, o princípio da causalidade é um princípio estranho. O homem das primeiras sociedades interpretava a natureza pelo mesmo princípio que regulava sua relação com a comunidade, ou seja, pelo princípio da *lex talionis* ou norma de retribuição. Para ele a natureza era uma parte intrínseca da sua sociedade. A separação entre Sociedade e Natureza representa a gradual e progressiva emancipação da lei da

³² CARNAP, Rudolf. *Philosophical Foundations of Physics. An Introduction to the Philosophy of Science*. Edited by Martin Garner. New York, London: Basic books, Inc. Publishers, 1966, p. 204, Citado por Ulises Schmill, Presentación, p. 9 in Hans Kelsen, *Ensayos sobre Jurisprudencia y Teología*. Trad. Ulises Schmill. México: Distribuciones Fontamara, 2003.

³³ KELSEN. *Society and Nature: a Sociological Inquiry*. New York: Routledge, 1946.

causalidade do princípio da retribuição.

Esta obra de Kelsen é uma vasta pesquisa sobre uma grande coletânea de material fruto da pesquisa etnográfica e antropológica, a qual contém cerca de mil citações. Curiosamente, comparecem na obra algumas citações de Kelsen a grupos indígenas brasileiros.³⁴

Society and Nature recebeu uma dura crítica de um grande sociólogo da época, Talcott Parsons, através de um Review publicado na Harvard Law Review.³⁵ A avaliação de Parsons é contundente:

“as a 'sociological inquiry' Dr. Kelsen's work is definitely incompetent. If it were submitted to me as a doctoral dissertation I should have no alternative but to reject it.

The most conspicuous single defect is Dr Kelsen's shockingly indiscriminate use of 'comparative method'. He has set up a stereotyped concept of the 'principle of retribution' which is, however, not at all adequately analyzed in a sociological context. He has then apparently expended an enormous amount of labor in canvassing the literature of ethnology and social anthropology and picked out every statement he could find which could, on the face of the verbal formulation alone, be interpreted as an 'example' of the principle of retribution. These statements are arranged in terms of an *ad hoc* classification and strung together. With practically no further analysis – only a piling up of endless 'examples' so that the reader is overwhelmed with boredom – Dr. Kelsen claims to have 'proved' that virtually the whole life of 'primitive man' is completely dominated by the principle

³⁴ “Inasmuch as he [the primitive men] fears certain qualities or conditions or wishes to obtain them, he considers the thing feared or desired as somehow infectious, or as an emanating substance, contagious through touch. Thence the widespread method among primitive peoples of curing illnesses by sucking or tapping blood. So the Pawumwa Indians of Brazil, like many other primitive peoples, wear a small short stick in the nasal septum, the ends protruding into the nostrils. This peculiar custom is associated with a primitive idea of medicine. They claim that disease is something solid and travels in a straight line like an arrow, while air is like nothing and can bend corners. Hence, when they breathe the disease strikes the end of the stick and falls out of their nostrils, while the purified air passes into their lungs. J.D. Haseman, “The Pawumwa Indians of South America”, *American Anthropologist*, N.S. XIV, 1912, p. 342.

This also explains the fact that illness is regarded as a collective evil which befalls not only a single individual but also those who live in common with him, so that they, as well as the sick person, have to take the prescribed medicine even if the latter is only wounded.” p. 13-14.

Em outra passagem, há também outra referência aos indígenas brasileiros:

“A tale of the central Brazilian Indians is just such an account. Keri and Kame are requested by their aunt, Ewaki, to fetch the sun, which is in the possession of the red king vulture, Urubu. After various experiences Keri grasps the vulture so violently that the latter is almost killed.

Only if he surrenders the sun, may he remain alive. Thereupon the king vulture dispatches his brother, the white vulture, to fetch the sun. At first, however, he brings only the aurora. 'Is this right?' Kame asks Keri who still holds the royal vulture. 'No, not the aurora,' answers Keri. Thereupon the white Urubu brings the moon. Again Kame asks: 'Is this right?' 'No,' replies Keri. Only then does the white vulture bring the sun. And when Kame asks: 'Is this right?' Keri answers: 'Now it is. Without delay he releases the red Urubu who was very angry.’” Von den Steinen, p. 375.

Here retribution appears as exchange: the royal vulture delivers the sun and therefore retains his life.” Kelsen, *ibidem*, p. 141.

³⁵ Vol. 58 n. 1 nov. 1944, p. 140-144.

of retribution, which to him is the essence of 'society'.”³⁶

A conclusão da resenha de Parsons apresenta um veredicto pessimista:

“To the sociologist, the most serious thing about Dr. Kelsen's treatment of these problems is not the element of error in his results but the *method* by which he arrives at them. For it is quite clear that he is not even interested in knowing how the modern science of sociology would attempt to treat such problems. He never enters into a critical discussion of any of the theoretical literature on the subject. His juristic approach to the problem is quite enough for him. All he wants or needs from sociological literature are 'examples' to illustrate his ready-made theory.”³⁷

A obra de Kelsen “Society and Nature” é dividida em três partes: Parte I. Concepção Primitiva de Natureza; Parte II. Religião Grega e Filosofia; e Parte III. Ciência Moderna. A parte I é a mais extensa da obra, sendo a parte II bem menor que a primeira, e a Parte III destoa do restante da obra como bastante breve, o que pode indicar que Kelsen não conseguiu levar a cabo todo o projeto de maneira integral. No entanto, a parte III é a mais significativa para os nossos propósitos, pois é onde Kelsen externará a sua visão epistemológica sobre a lei da causalidade e sobre os avanços científicos, principalmente da física, até a década de 40 do século XX.

Kelsen expõe a conhecida crítica de Hume ao conceito de causalidade, e conclui que foi ele que, juntamente com Kant, transformaram a causalidade de uma conexão objetivamente necessária entre causa e efeito para um princípio subjetivo do pensamento humano: “In transforming causality from an objectively necessary connection of cause and effect, immanent to nature, into a subjective principle of human thinking, Hume and Kant merely freed the law of causality from an element which it inherited as a successor to the principle of retribution”.³⁸

O ponto interessante a ser notado nesta temática é que Kelsen não possuía uma visão simplista e mecanicista da relação de causalidade. Os parágrafos seguintes mostrarão um Kelsen atento e informado sobre a literatura epistemológica mais avançada na década de 40, que incluirão

³⁶ Idem, p. 140-141.

³⁷ Idem, p. 143.

³⁸ KELSEN, Society and Nature, p. 251.

autores como Reichenbach e Max Planck.

Kelsen nega que a lei de causalidade tenha um caráter bipartido, ou seja, que uma causa possui apenas um efeito, e que um efeito pode ser reconduzido a apenas uma causa. Esta particular concepção da causalidade seria devida a um antigo hábito de interpretar a natureza de acordo com o princípio da retribuição. Kelsen sugere a correção desta concepção pela compreensão de que cada efeito possui um número infinito de causas e cada causa um número infinito de efeitos:

“Such a correction is all the more necessary since a realistic analysis shows that each effect is not only the end of a chain of causes but also the beginning of a new chain and, at the same time, the point of intersection of an infinite number of chains. No event is dependent upon one cause alone. Starting with this fact, certain philosophers have completely abandoned the concept of cause as useless and have replaced it by that of 'conditions' or 'components' of the event. Similarly, the concept of effect had to be replaced by that of 'resultants'. However, it was deemed necessary to indicate one of the conditions or components of an event as the 'decisive' one.”³⁹

Nesta mesma linha de raciocínio, Kelsen nega que a causa necessariamente precede cronologicamente o efeito, em uma sequência irreversível. Consequentemente, a sequência cronológica do fenômeno não é um elemento essencial de uma lei da natureza. Kelsen cita várias leis da física para demonstrar que a melhor compreensão da causalidade é a de uma conexão, uma dependência funcional entre a causa e o efeito:

“Thus the fact that a thrown body, under the influence of the force of gravity, follows a parabolic orbit is explained by saying that gravity is the cause which has as its effect the parabolic orbit of the body. The decisive relationship, however, is the one between position, velocity, and acceleration, which are simultaneously existing elements. Boyle's law, for example, sets up a connection between the pressure and the volume of a gas, which are simultaneous elements, although it is customary to say that increased or diminished pressure is the cause for the increase or the diminution of the volume.”⁴⁰

O trecho citado demonstra que Kelsen não concebia a divisão entre Sein e Sollen de uma maneira puramente dual e dicotômica, sendo ciente das visões, àquele tempo atuais, do princípio da causalidade.

³⁹ KELSEN, Society and Nature, p. 254.

⁴⁰ KELSEN, Society and Nature, p. 255.

Kelsen e a mecânica quântica

É importante mencionar que Kelsen (já com cerca de 60 anos) entre 1940 e 1946, que é o ano de publicação em inglês da obra “Society and Nature”, estava relativamente bem informado sobre as discussões epistemológicas deste época em função dos avanços da mecânica quântica, e mantinha-se plenamente informado sobre os avanços da física e suas controvertidas repercussões epistemológicas.⁴¹

Kelsen também era ciente das sutilezas e complexidades epistemológicas que o princípio da causalidade adquiria na ciência moderna a partir de Galileu. A causalidade, a partir da ciência moderna, passa a ser entendida não como uma sucessão temporal e mecânica entre a causa e o efeito, mas como um continuum.⁴²

Kelsen pontua que o maior golpe no conceito de absoluta necessidade foi ocasionado pelo desenvolvimento da mecânica quântica e o princípio da incerteza (ou indeterminação) de Heisenberg. Com ele a conexão entre a causa e o efeito não seria mais uma relação necessária, mas uma relação de probabilidade estatística:

“Of the two variables which constitute the initial state of motion – for example, position and velocity, or time and energy – only one can be measured with comparative accuracy, for the inaccuracy of the value of one variant increases in proportion to the degree of accuracy attained in measuring the other. If one variable is determined with absolute accuracy, the other variable remains absolutely indeterminate. This is the 'principle of indeterminacy', discovered and formulated by Heisenberg. If one assumes predictability as the criterion of causality, as is done in the modern philosophy of nature, and declares an event to be causally determined when it can be safely predicted, then there is, according to the general interpretation, no causality in the sphere of quantum mechanics, or at least causality cannot be proved even where it is 'objectively' given. But it is said that the causal determination of subatomic processes is unnecessary for arriving at physical laws for macroscopic phenomena. To be sure, such laws would not express absolute necessity but merely statistical probability.”⁴³

⁴¹ No Capítulo VI “The law of causality in modern natural science”, no item 77 “Absolute necessity or statistical probability”, Kelsen disserta sobre a mecânica quântica e o princípio da indeterminação – *indeterminacy* é o termo usado por Kelsen – de W. Heisenberg. p. 256-258.

⁴² Cf. *idem*, p. 253.

⁴³ KELSEN, Society and Nature, p. 256-257.

Kelsen disserta também sobre Reichenbach, Max Planck e E. Schrödinger.⁴⁴ Kelsen encaminha sua argumentação para concluir que a causalidade como categoria, do ponto de vista filosófico de Kant, ainda permanece válido, mesmo que a realidade não possa ser, em última análise, descrita em termos puramente causais, mas em termos de probabilidade estatística:

“That means that causality as category, in the sense of Kant's philosophy, is a norm directed to human thinking. This norm may be valid without exception, even though experience permits only approximate conformity with it and warrants a description of reality only in terms of statistical probability.”⁴⁵

A conclusão de Kelsen é de que o pensamento causal, a causalidade, significa a sua emancipação do princípio da retribuição, sendo possível que o conceito de natureza seja separado do conceito de sociedade, e que a lei da causalidade seja separada da norma:

“The idea of natural law, as we have seen, presumes a dualism within nature conceived as a universal society; the real, inadequate human society is contrasted with the ideal cosmic society. It is the antagonism of man and God, of the empirical and the transcendental. With the emancipation of the causal from the normative interpretation of nature, i.e., nature as the creation of God and under the rule of the divine will, the antagonism of the empirical and the transcendental disappears from the sphere of science. Hence there is no longer room for a natural behind or above a positive legal order.”⁴⁶

Kelsen e o problema do *Sollen*

A dicotomia entre *Sein* e *Sollen* serve para Kelsen fundar a autonomia do Direito frente ao mundo natural. O *Sollen* como categoria ocupará na teoria de Kelsen o que podemos chamar de “centralidade epistêmica”, pois será a principal categoria que funda os juízos normativos, em analogia ao papel fundamental que o princípio da causalidade, que regula o *Sein*, ocupa nas ciências

⁴⁴ Kelsen cita de Reichenbach, “Das Kausalproblem in der Physik, Die Naturwissenschaften, XIX 1931” e “Die Kausalstruktur der Welt”, Sitzungsberichte der Bayr. Acad. Derr Wiss., Math. Naturw. Abt, 1925, p. 133, e de Max Planck, “Der Kausalbegriff in der Physik”, 1932, p. 13. A nota 47 da p. 262 de “Society and Nature” é um comentário mais extenso de Kelsen ao livro de Planck, na qual ele compara o “espírito ideal” [uma entidade que não estaria sujeita às leis da natureza, como é o homem com os seus sentidos e os seus instrumentos de medida] deste com a “absoluta inteligência” de Laplace. Kelsen também comentou o artigo de E. Schrödinger, proveniente da sua aula inaugural na Universidade de Zurich em 1921, “Was ist ein Naturgesetz?”, 1929, 17 Die Naturwissenschaften 9 – para maiores detalhes cf. p. 886-887 de Stanley PAULSON, Metamorphosis in Hans Kelsen's legal Philosophy, The Modern Law Review 2017, 80 (5) p. 860-894.

⁴⁵ KELSEN, Society and Nature, p. 258.

⁴⁶ KELSEN, Society and Nature, p. 266.

naturais.

Devemos a Mario Losano um estudo aprofundado da categoria de Dever (Sollen) , especificamente o capítulo “El 'Sollen' como fundamento de la prescripción” da obra “Teoría Pura del Derecho: evolución y puntos cruciales”⁴⁷:

“Se puede por tanto, concluir resumiendo em tres puntos las características del *Sollen* en Hans Kelsen:

- 1) imposibilidad de definir el *Sollen*;
- 2) total separación del *Sein*;
- 3) concepción del *Sollen* como entidad indivisible.”⁴⁸

Losano, ao examinar as fontes do “*Sollen*” em Kelsen, afirma que ele toma de Georg Simmel, como fonte principal, a impossibilidade de definir o *Sollen*:

“És aquí donde encontramos formulado claramente el problema que, em la doctrina kelseniana, se presenta siempre que se discute sobre la norma fundamental. En un sistema de *Sollen* (o de normas em sentido kelseniano, lo que es lo mismo), cuando se alcanzó aquel *Sollen* 'que no puede a su vez derivar de sí el *Sollen* mismo, es decir que ya no puede derivar su dignidad de outro *Sollen*, la cadena se interrumpe y nos deja sin explicaciones para este último, precisamente como nos había dejado para el primero: el último elemento que se puede explicar es el penúltimo” [Georg Simmel, *Einleitung in die Moralwissenschaft*. Berlin, 1892, p. 14]⁴⁹

Ainda segundo Losano, Kelsen toma de Arnold Kitz, como fonte secundária, a indivisibilidade do *Sollen*:

“Arnold Kitz, em particular, ofrece a la teoría kelseniana ya sea una confirmación de la división y contraposición absoluta entre *Sein* y *Sollen* (como Kelsen ya la había encontrado también em Georg Simmel), ya sea una concepción simplificada del *Sollen*, concebido como entidad indivisible: en efecto, mientras Simmel se plantea el problema de una distinción en el interior del *Sollen*, Kitz no advierte para nada este problema y se limita a explicar la contraposición de *Sein* y *Sollen* como si se tratara de dos mundos indivisibles e inconciliables.”⁵⁰

Uma das importantes conclusões de Losano é que o problema do *Sollen* é um problema do

⁴⁷ Mario G. LOSANO. *Teoría Pura del Derecho: evolución y puntos cruciales*. Trad. Jorge Guerrero R. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1992.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 104.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 97-98.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 101-102.

primeiro Kelsen, e que depois da obra de Kelsen de 1925 *Allgemeine Staatslehre*, o dualismo entre Sollen e Sein não é mais um problema para Kelsen, senão um pressuposto da Teoria Pura do Direito que basicamente não sofrerá modificações, pois para isso Kelsen teria que revisar todo o seu sistema. Neste sentido são as conclusões de Losano:

“En todas las obras de Hans Kelsen, directa o indirectamente, se habla del *Sollen* como del elemento característico de la norma jurídica. Sería inútil presentar aquí todos los pasajes en que Hans Kelsen enuncia la total división entre *Sein* y *Sollen* o la función que el *Sollen* desempeña en su sistema. En las páginas precedentes se citaron las concepciones kelsenianas siempre que se encontró el modelo del que se derivan. En cuanto a las primeras obras de la teoría pura (*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, *Das Problem der Souveränität*, *Der soziologische und juristische Staatsbegriff*) este trabajo exegético ya se cumplió en un polémico ensayo de Fritz Sander [*Das Recht als Sollen und das Recht als Sein*]. En cuanto a obras más recientes ignoro la existencia de escritos análogos; el problema del *Sollen*, en efecto, es un problema sobre todo del primer Kelsen y Franz Achermann, al recoger en un escrito de 1955 pasajes del *Sollen* sacados de vários autores, en la parte dedicada a Hans Kelsen se detuvo en la *Allgemeine Staatslehre* de 1925. Después de esta obra, en efecto, se puede decir que el dualismo entre *Sein* y *Sollen* es sentido por Hans Kelsen, no ya como problema, sino solo como presupuesto de la teoría pura del derecho. Se puede por tanto, concluir que un análisis de las obras más recientes no es necesario, porque nada cambió en la concepción kelseniana del *Sollen*. Y no podría ser de otra manera, pues un cambio de opinión al respecto tendría como consecuencia inmediata la revisión de tdo el sistema.”⁵¹

É importante retermos aqui duas diferenças fundamentais entre o princípio da causalidade e o princípio da imputação para Kelsen:

1. pela causalidade, a união da causa e do efeito é produzida sem a intervenção de uma vontade humana ou sobre-humana. Pela imputação, ao contrário, a união é realizada por atos volitivos de seres humanos.

2. pela causalidade, a série de fatos possíveis é infinita e a conexão de causalidade entre os fatos é ilimitada, pois é possível progredir ou regredir indefinidamente na série de atos causais. Pela imputação, por causa da presença do elemento volitivo que Kelsen exclui da natureza, a série de

⁵¹ Mario G. LOSANO. Teoría Pura del Derecho: evolución y puntos cruciales. Trad. Jorge Guerrero R. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1992] p. 102-103. Kelsen enfrentou a questão da diferença entre Causalidade e Imputação em vários trabalhos, além do livro já citado *Society and Nature*. Cf, neste sentido: *A sociological inquiry: Causality and Retribution. The Journal of Unified Science (Erkenntnis)*, 1939, p. 234-240; e *Causality and Imputation. Ethics*, 1950, p. 1-11.

fatos consta somente de dois, a condição e a consequência que a ela deve ser imputada.

Do exposto até este primeiro capítulo, podemos concluir que o realismo de Kelsen consiste fundamentalmente em uma postura antimetafísica. O realismo de Kelsen poderia ser empírico? A resposta é negativa. O postulado epistemológico fundamental de Kelsen não poderia ser empírico, pois este é o terreno da causalidade, e o Direito não pode ser uma ciência causal, e sim normativa, baseada nos juízos de imputação e não nos juízos de causalidade.

Capítulo II

Ceticismo e objetividade na interpretação jurídica: o realismo jurídico genovês revisitado

Uma visão bastante difundida na tradição da filosofia do Direito do século XX é que o movimento realista traduziu-se em dois grandes momentos: o realismo jurídico escandinavo e o realismo jurídico norte-americano. Porém são menos mencionados, ou quase não o são, os realismos jurídicos de Kelsen, o qual foi objeto do 1º capítulo, e o atual realismo da escola genovesa. Nosso objetivo neste capítulo consiste em avançar na análise filosófica do realismo jurídico europeu-continental no século XX. Uma vez descortinada a faceta realista de Kelsen, conforme fizemos no capítulo anterior, podemos agora percorrer o itinerário do realismo na Itália, o qual desemboca na escola genovesa, encabeçada por uma particular interpretação do realismo no Direito por Giovanni Tarello.

O principal argumento deste capítulo consiste em retomar o realismo jurídico kelseneano com relação à interpretação jurídica (postura esta que foi compartilhada e desenvolvida por Tarello, resultando em um ceticismo interpretativo), para em seguida analisar se há uma objetividade do significado na linguagem jurídica. Veremos como, a partir da concepção proposicional acerca do significado nas filosofias do atomismo lógico de Wittgenstein e Russell, o sentido objetivo da interpretação lógica é um forte argumento contra o ceticismo interpretativo de Kelsen e Tarello. Examinaremos também como, em matéria de interpretação no Direito, podemos postular uma objetividade ou não do significado dos textos jurídicos interpretados. Esta tese é central para a relativização do ceticismo interpretativo de Kelsen e Tarello, o que tem como efeito a negação de um ceticismo radical e a reformulação do realismo como uma teoria pragmática e parcialmente relativista em matéria de interpretação da linguagem jurídica e de filosofia da linguagem.

A Interpretação literal

Perluigi Chiassoni, em um trabalho recente⁵², defendeu que três atitudes básicas de uma teoria do Direito realista são: anti-formalismo, empiricismo e anti-normativismo. Segundo ele, a Teoria Pura do Direito possui estas três atitudes. Kelsen teria oferecido uma radical teoria do Direito anti-formalista e anti-conceitualista, como crítica às posturas metodológicas e teóricas do positivismo jurídico continental do século XIX. P. Chiassoni também defende que Kelsen e sua teoria adotaram uma epistemologia empirista no estudo do Direito, e um normativismo realista, em oposição a um realismo ingênuo e um normativismo ingênuo. Não seria aqui o espaço adequado para expor todos os argumentos de Chiassoni, pois nos interessa apenas pontuar a interpretação realista da obra de Kelsen desenvolvida por ele.

Antes de Herbert Hart fazer uso, em sua teoria do Direito, da filosofia da linguagem produzida em Oxford e Cambridge na primeira metade do século XX, foi o realismo escandinavo que, na esteira de Kelsen, empreendeu um programa de investigação anti-metafísico no âmbito das teorias jurídicas. Nesta tradição incluem-se as obras de Axel Hägerström e Karl Olivecrona. O realismo escandinavo possui seu ponto culminante nas obras de Alf Ross, as quais são contemporâneas de “O conceito de Direito” de H. Hart.⁵³

Comparando a repercussão que a obra de Ross “Sobre o Direito e a Justiça” (*On Law and Justice*) com “O conceito de Direito” de Hart, temos que o segundo livro, infelizmente, eclipsou o primeiro, e este praticamente não teve a merecida atenção que mereceria no debate jusfilosófico no mundo anglo-saxão. E. Bulygin argumenta que Ross fez contribuições muito originais à filosofia do

⁵² Wiener Realism, 2013, p. 161.

⁵³ Cf. de Alf ROSS: *Imperatives and Logic*, 1941; *Tû-Tû*, 1957; *On Law and Justice*, 1959; *Hacia una Ciencia Realista del Derecho: Crítica del dualismo en el Derecho*, 1961.

Direito e efetuou uma crítica severa a Kelsen, as quais passaram despercebidas, além de ter sido mal compreendido pelo próprio Hart⁵⁴.

Concordando com a observação de E. Bulygin sobre Alf Ross, temos que o positivismo de Hart e do círculo dos que foram seu alunos, como N. MacCormick, W. Waluchow e J. Raz, dentre outros, assim como seu crítico mais famoso, R. Dworkin, dominaram o debate jusfilosófico nos círculos internacionais, de modo que o realismo jurídico continental-europeu ficou relegado a um segundo plano.

M. Barberis recupera, no verbete “El realismo jurídico europeo-continental” da *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*⁵⁵, a escola realista francesa na Universidade de Nanterre com Michel Troper, e principalmente a escola realista genovesa com Giovanni Tarello, Ricardo Guastini, Paolo Comanducci e Pierluigi Chiassoni.

Nosso foco será apenas a escola de Gênova e a tese do ceticismo interpretativo do fundador

⁵⁴ El filósofo del derecho dinamarqués Alf Ross es considerado generalmente como el exponente más importante del llamado "realismo escandinavo". No cabe duda de que Ross es efectivamente uno de los filósofos jurídicos más importantes de la postguerra; más dudosa, em cambio, es su ubicación dentro de la escuela realista escandinava, por la sencilla razón de que a existencia misma de una escuela tal es bastante discutible. Bajo el rótulo de “realismo” suelen agruparse pensadores en muchos aspectos tan disímiles entre sí, como Axel Hägerström, Vilhelm Lundstedt, Ingmar Hedenius, Karl Olivecrona y Alf Ross —para no nombrar sino a los más destacados— cuyo único vínculo indiscutible parece ser la procedencia escandinava, pero cuyas otras semejanzas, aparte de la puramente geográfica, difícilmente alcanzan para caracterizar una escuela. Por estos motivos centraré mi atención exclusivamente en Alf Ross, sin preocuparme por su ubicación entre los otros pensadores escandinavos. Más bien trataré de compararlo con los otros dos filósofos del derecho que junto a Ross dominan el panorama jusfilosófico de los últimos treinta años. Me refiero a Kelsen y a Hart. De los tres el que menos influencia tuvo, sobre todo en el mundo anglosajón, fue sin duda Ross. Y esto no es poco decir, pues el meridiano de la moda filosófica pasa en nuestra época por Oxford y Harvard. En cierto modo cabe decir que la obra de Ross —cuya contribución más importante, *Sobre el Derecho y la Justicia* fue publicada en inglés en 1958 —fue eclipsada por *El Concepto de Derecho* de Hart que apareció apenas dos años más tarde (1960). Tanto que ni las contribuciones ciertamente muy originales de Ross a la *Teoría General del Derecho*, ni su demoledora crítica de ciertas teorías de Kelsen fueron debidamente apreciadas y casi se podría decir que pasaron inadvertidas. Esto se debió a dos hechos fortuitos: la publicación de la crítica de Ross a Kelsen en una revista de muy escasa divulgación, por un lado, y cierto malentendido en que incurrió Hart y —en mayor medida— muchos de los lectores de Hart, por el otro. El principal objetivo de este trabajo consistirá, pues, en rescatar algunas ideas básicas de Ross (sobre todo, referentes a su concepción de la ciencia jurídica y su crítica a Kelsen) y disipar los malentendidos, provocados por una interpretación errónea de Hart y por la lectura superficial de *El Concepto de Derecho*. Confío en contribuir de esta manera a una más justa valoración de la obra de Ross y su ubicación frente a sus dos grandes contemporáneos. Eugenio BULYGIN, *Alf Ross y el realismo escandinavo*, 1981, p. 75.

⁵⁵ Vol. 1, p. 227-240.

da escola genovesa Giovanni Tarello.

O Ceticismo interpretativo e o realismo genovês

O foco de Giovanni Tarello no realismo é evidente já em sua obra de 1962 *Il realismo giuridico americano* (Milano: Giuffrè). Em verdade, Tarello tinha muitos interesses além da Teoria do Direito, pois escreveu clássicos na área da história da cultura jurídica e do direito do trabalho e sindical. São seus discípulos diretos Ricardo Guastini, Paolo Comanducci, Pierluigi Chiassoni e Mauro Barberis, sendo considerado Guastini o maior discípulo de Tarello.

A escola genovesa encontra suas raízes nas tradições escandinava e americana. Porém, como enfatiza J. Ferrer Beltrán e G. B. Ratti, “ha desarrollado progresivamente sus propias tesis, injertando em el tronco del realismo elementos teóricos de autores como Bobbio, Scarpelli, Kelsen, Hare y Alchourrón y Bulygin, refinando con la metodología analítica algunas tesis básicas del realismo jurídico clásico (especialmente del americano) y no pocas veces introduciendo tesis totalmente novedosas.”⁵⁶

Não podemos aqui examinar a obra de todos os autores da escola de Gênova. Isto por si só já demandaria outra pesquisa. Interessa-nos examinar principalmente algumas teses comuns a todos os membros da escola, de modo a aprofundá-las e submetê-las a um exame crítico.

Segundo J. Ferrer Beltrán e G. B. Ratti, a escola genovesa caracteriza-se pela defesa das seguintes teses próprias do realismo jurídico:

a. ceticismo interpretativo;

⁵⁶ Jordi FERRER BELTRAN e Giovanni B. RATTI (ed.), *El Realismo Jurídico Genovés*, 2011, p. 13.

- b. o caráter sistemático do direito como variável dependente da operação da doutrina;
- c. o não cognoscitivismo ético, e como corolário deste, a separação metodológica entre o direito e a moral.

Acrescentam ainda que a escola procura responder a perguntas como: o que significa conhecer o direito e como ele é conhecido? Existe uma lógica das normas jurídicas? Ela é independente da vontade das autoridades normativas e das operações dos juristas?⁵⁷

Barberis indaga se o realismo jurídico não seria somente uma forma radical de positivismo jurídico.⁵⁸ Para responder a esta pergunta, Barberis elenca três teses do realismo jurídico, para confrontá-las com as teses do positivismo jurídico. As teses são:⁵⁹

1. Tese da separação: direito e moral não tem nenhuma relação.
2. Emotivismo ético: os juízos de valor não são senão expressão de sentimentos ou emoções.
3. Ceticismo interpretativo: cada disposição jurídica pode ter diferentes significados, e qualquer caso judicial pode revelar-se como um caso difícil.

Para os fins do presente trabalho, será objeto de análise apenas a terceira tese, a do ceticismo interpretativo.

Barberis observa que esta terceira tese é subscrita por todas as variantes do realismo jurídico Europeu-Continental. Barberis concorda com uma interpretação realista de Kelsen, e ressalta que o

⁵⁷ J. FERRER BELTRAN e G. B. RATTI, *idem*, p. 12-13.

⁵⁸ BARBERIS, Mauro. El Realismo Jurídico Europeo-Continental. *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. 1, p. 227. Disponível em <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3875/9.pdf>

⁵⁹ *Ibidem*, p. 235.

próprio Kelsen seria um realista em matéria de interpretação.

Esta tese na verdade seria composta por duas teses, ainda segundo Barberis:⁶⁰ a) uma sobre a interpretação, ou seja, que toda disposição jurídica tem mais de um significado; e b) outra sobre a aplicação, ou o uso da norma abstrata obtida mediante a interpretação para resolver os casos concretos, segundo a qual todo caso é, ou pode converter-se, em um caso difícil.

Barberis recorda a classificação das teorias da interpretação traçada por Hart:

“En la conocida clasificación de las teorías de la interpretación trazada por Hart, el escepticismo interpretativo se pone tanto al *formalismo interpretativo* – la tesis según la cual toda disposición tiene un sólo significado, y que todos los casos son claros – como a la *teoría mixta* del próprio Hart. **Según la teoría mixta, em primer lugar, las disposiciones tienen em algunos casos un sólo significado**, otras veces más de un significado; em segundo lugar, los casos em ocasiones son fáciles mientras que otras veces son difíciles.”⁶¹

A ideia de que as disposições jurídicas possuem apenas um significado necessita ser revisitada e aprofundada. Concorda-se aqui com a teoria mista de Hart, no entanto, o argumento pode avançar no sentido de que há critérios analíticos, desenvolvidos pela lingüística e pela filosofia da linguagem, que permitem distinguir quando uma disposição jurídica, ou o texto da lei, possui um significado apenas, ou mais de um. Dentro do âmbito estritamente legal e da interpretação jurídica, a disputa e a decisão por vários significados de um texto legal é decidida não exclusivamente por critérios puramente lingüísticos, mas por variados critérios legais, que podem incluir diretrizes interpretativas positivadas, princípios legais e constitucionais, as intenções do legislador, etc.

O que é realmente problemático no ceticismo interpretativo, tanto do realismo jurídico de Kelsen quanto na postura do realismo genovês de Tarello, é a afirmação de que todo enunciado jurídico está aberto à interpretação e que o seu significado, em última instância, depende de uma

⁶⁰ Ibidem, p. 237.

⁶¹ Ibidem, p. 237.

decisão interpretativa não controlável racionalmente. Esta pode ser uma tese demasiadamente radical, uma vez que, efetivamente, não é o que ocorre na prática nos sistemas de Justiça de diversos países. A atividade jurisdicional, de “dizer o direito”, é concretizada mediante a busca de uma eficiência operacional, que inclui os casos rotineiros e “fáceis”, os quais são resolvidos mediante uma aplicação simples e direta dos dispositivos legais aplicáveis ao caso. Os dispositivos jurídicos que serão objeto de dúvidas interpretativas e cujos seus diferentes significados serão disputados nos tribunais superiores são a minoria dos casos, e não a maioria. Neste sentido, nem toda disposição jurídica tem mais de um significado, e nem todo caso fácil pode transformar-se em um caso difícil.

Por que a interpretação literal importa para o Direito?

Os linguistas há muito problematizam a interpretação literal, chegando ao ponto de atualmente não utilizarem mais esta expressão ou terem muitas reservas com relação a ela. No entanto, os juristas ainda a utilizam e lhe conferem uma importância central em sua atividade interpretativa dos textos legais como leis, códigos, contratos, testamentos, etc. Quais as razões deste descompasso entre linguistas e juristas acerca do significado literal das palavras e dos textos, e principalmente sobre a interpretação literal?

Basicamente duas razões importam para que os juristas não abram mão da interpretação literal: uma é histórica e outra é sobretudo ideológica.

A razão histórica pode ser encontrada desde o Direito Romano a partir de duas máximas clássicas: *clara non sun interpretanda* e *interpretatio cessat in claris*. Estas cláusulas estão

intimamente relacionadas à *voluntas legis*, à vontade do legislador, categoria esta que permanece até hoje nas mais diversas áreas do Direito quando o direito positivo é objeto de interpretação. Na época de Savigny e da escola histórica alemã, a *voluntas legis* foi associada ao legislador histórico. Segundo DASCAL e WRÓBLEWSKI, as duas cláusulas também estão historicamente ligadas ao princípio epistemológico cartesiano das ideias claras e distintas:

“For Descartes, these ideas are such that they function as an absolute Archimedean point for all knowledge because, once intuited, their truth is immediately given and knowledge because, once intuited, their truth is immediately given and they are in no need for further explication. Empiricists (e.g., Locke), though denying the innateness Descartes attributes at least to some of these ideas, also assumed the existence of unquestionably clear and certain ideas, namely those that originate directly in sense impressions.”⁶²

Ainda segundo DASCAL e WRÓBLEWSKI, Leibniz, que em geral era um crítico do cartesianismo, adotou nesta matéria uma posição similar, ainda que sob diferentes fundamentos:

“Leibniz rejected Cartesian intuitionism, and sought to develop formal means – such as his well-known attempts to create a Universal Characteristic – to ensure clarity and precision. He believed that, once formulated in the unambiguous characters of the Universal Characteristic, the truth of any statement would become a matter of calculation, leaving no room for further dispute.”⁶³

Ainda hoje o argumento comum de que o texto legal é claro por si mesmo e que não necessita de interpretação jurídica alguma é de uso recorrente nas argumentações escritas tanto dos advogados como dos juízes, e o seu uso está intimamente conectado a um efeito retórico que é desejado que a linguagem jurídica tenha nas lides processuais.

E a razão ideológica a que aduzimos é que o intérprete do Direito pode, a partir da interpretação literal, defender a segurança jurídica e as intenções do legislador. Conexa ao valor da segurança jurídica está o fato de que o Direito opera segundo o *canon* literal dos textos positivos. O material básico e primeiro do intérprete do Direito são os textos legais, tanto no direito nacional como no direito internacional. Uma interpretação jurídica terá mais força e legitimidade quanto

⁶² Marcel DASCAL; Jerzy WRÓBLEWSKI. Transparency and Doubt: Understanding and Interpretation in Pragmatics and in Law. *Law and Philosophy*. Vol. 7, n. 2, Aug. 1988, p. 203-224, p. 206.

⁶³ *Ibidem*, p. 209.

mais expressar o sentido literal dos textos legais. O valor de literalidade dos textos comumente é um artifício que pode ser usado pelo intérprete do Direito para negar a discricionariedade da interpretação, tal como já apontava Kelsen no último capítulo da segunda edição da Teoria Pura do Direito. Claramente, do ponto de vista filosófico, esta proximidade ou espelhamento entre o texto interpretado e texto interpretante é altamente problemática, e merece ser analisada de modo mais analítico.

Proporemos, nas seções seguintes, analisar as principais problematizações e reservas que os linguistas e filósofos da linguagem apresentam acerca da interpretação literal e da noção de significado. Correlacionadas a elas, analisaremos os vários significados que os juristas atribuem à significação literal para, ao final, apresentarmos uma formulação que julgamos filosoficamente e realisticamente adequada.

A noção de significado literal dos linguistas

Aproveitarei neste tópico a sistematização apresentada por MAZZARESE.⁶⁴ Segundo MAZZARESE, as posições dos linguistas acerca do significado literal podem ser classificadas em quatro grupos: a) literalismo, b) antiliteralismo moderado, c) antiliteralismo radical, e d) literalismo moderado.

a) Um exemplo notório de literalismo é o “critério da carta anônima” de J.J. KATZ:

“The anonymous letter situation is the case where an ideal speaker of a language receives an anonymous letter containing just one sentence of that language, with no clue whatever about the motive, circumstances of transmission, or any other factor relevant to understanding the sentence on the basis of its context of utterance. (...) We intend to draw a theoretical line between semantic interpretation and pragmatic interpretation by taking the semantic component to properly represent

⁶⁴ MAZZARESE, Tecla. Interpretación literal: juristas y lingüistas frente a frente. Doxa 23, 2000. p. 597-631. Trad. Jordi Ferrer Beltrán.

only those aspects of the meaning of a sentence that an ideal speaker-hearer of the language would know in such an anonymous letter situation”.⁶⁵

Esta posição consiste em que o falante detecte o significado de uma sentença de maneira livre e independente do contexto em que é proferida, e unicamente com base no seu conhecimento das regras da linguagem.

b) O antiliteralismo pretende agrupar, sob esta denominação, segundo MAZZARESE, um grupo variado e heterogêneo de linguistas que concebem que os aspectos sintático, semântico e pragmático condicionam e influenciam a individualização do significado dos enunciados linguísticos. Os dois principais representantes desta vertente seriam o segundo Wittgenstein e a sua teoria dos jogos de linguagem, e J. L Austin e suas teorias sobre os atos de fala.

c) Um exemplo de antiliteralismo radical é o ataque de Gibbs à noção de significado literal. MAZZARESE cita a seguinte passagem de Gibbs para ilustrar: “Not only is difficult to show that all sentences have well-defined literal meanings, but even in cases where we supposedly can, one finds that these are not always used in understanding language.”⁶⁶

O argumento de Gibbs consiste em por em dúvida a existência de uma divisão profunda entre o que um enunciado pode significar literalmente e o que este enunciado pode transmitir, ou como pode ser usado para transmitir algum conteúdo literal. Segundo ele, as teorias do “significado literal livre de contexto” ou as noções revisadas de “significado literal relativo a um conjunto de pressuposições de fundo” pouco explicam o processo psicológico de compreensão de uma língua. Também não haveriam mecanismos cognitivos diferenciados entre a compreensão literal e a compreensão em geral.

⁶⁵ KATZ, J.J. Propositional Structure and Illocutionary Force. A Study of the contribution of sentence meaning to speech acts. New York: The Harvest Press, 1977, p. 14.

⁶⁶ GIBBS, R.W. Literal Meaning and Psychological Theory. Cognitive Science, 8, 1984. p. 275-304. Apud Mazzarese 2000, p. 299.

d) O literalismo moderado foi originalmente sugerido por DASCAL para referir-se à sua própria defesa da noção de significado literal. DASCAL sustenta que a noção tradicional de significado literal é definida em termos demasiadamente restritivos e propõe uma reformulação da mesma, para que abandone

“the attempt to provide a set of necessary and sufficient conditions for something to be a literal meaning. Instead, a number of conditions and the corresponding criteria are described which are semantically relevant to the characterization of the notion of literal meaning so that, when a large number of these conditions are satisfied, an aspect of meaning can be reliably seen as belonging to literal meaning, but no single condition is strictly necessary in the sense that its absence would ipso facto prevent the aspect of meaning from being so described.”⁶⁷

O artigo citado de DASCAL é uma interessante discussão linguística acerca de uma concepção quase pragmática acerca do significado literal, e uma refutação dos argumentos apresentados por GIBBS. Porém, os argumentos apresentados por DASCAL são de ordem psicológica e empírica no que concerne à categoria de significado, os quais certamente fogem do escopo do nosso recorte metodológico.

O que os juristas entendem por significado literal? Uma noção pragmático-formal de significado literal para a linguagem jurídica

Entre os teóricos do Direito encontraremos diversas posicionamentos acerca da consideração do significado literal dos termos da linguagem, e que por efeito são apropriados em suas respectivas abordagens no que concerne à linguagem jurídica.

Tecla MAZZARESE, após analisar diversas propostas de interpretação literal entre os juristas, principalmente as que fazem uso da *interpretação linguística* e do *significado ordinário* para a determinação do sentido de certos textos legais, propõe a distinção entre uma forma de

⁶⁷ DASCAL, M. Defending Literal Meaning. *Cognitive Science*, 11, 1987. p. 259-281, p. 260.

literalismo jurídico radical e uma forma de literalismo jurídico moderado:

“El primer tipo (denominado literalismo jurídico radical) comprende todos los usos lingüísticos que aparentemente asumen una concepción restringida del significado literal (como es el caso del primero de los dos usos mencionados de <interpretación lingüística> y, respectivamente, de <significado ordinario>); el segundo tipo comprende, em cambio, todos los usos lingüísticos que (como em el caso del segundo de los dos sentidos de <interpretación lingüística> y, respectivamente, de <significado ordinario>) no abandonan, aunque sea com alguna reserva, la noción de de significado literal sino que la redefinen y/o la remiten a una caracterización más amplia, sincrética y multiforme a un mismo tiempo.”⁶⁸

Victoria Iturralde SESMA⁶⁹ propôs, para a argumentação jurídica, abandonar em parte a categoria de significado literal para adotar a de significado convencional, a partir das teorias de DAVIDSON em *Communication and Convention*⁷⁰ e LEWIS em *Convention*⁷¹. Em ambas as teorias a linguagem seria um caso particular do fenômeno mais amplo das *convenções* ou da *convencionalidade*:

“Las palabras y los enunciados tienen un significado convencional em el sentido de que para ser consideradas palabras, es decir, símbolos lingüísticos, tiene que haber reglas o convenciones que regulen su empleo. Y em segundo lugar, en la medida que las palabras tienen significados, hay una manera correcta (própria) e incorrecta (impropia) de emplear e interpretarlas.”⁷²

Uma das melhores teorizações sobre o significado literal no âmbito da filosofia jurídica é a obra clássica de Roberto J. VERNENGO “La interpretacion literal de la ley”.⁷³

O fio condutor da análise de VERNENGO acerca da interpretação literal é a relação de sinonímia, e consiste na principal questão: “cuál sea la relación racional que deba postularse entre los enunciados normativos interpretados y los enunciados en que se formulan los resultados de la interpretación tenida por válida.”⁷⁴

⁶⁸ MAZZARESE, Tecla. Interpretación literal: juristas y lingüistas frente a frente. Doxa 23, 2000. p. 597-631. Trad. Jordi Ferrer Beltrán, p. 618.

⁶⁹ SESMA, Victoria Iturralde. Interpretación literal y significado convencional. Madrid: Marcial Pons, 2014.

⁷⁰ DAVIDSON, Donald. “Communication and Convention.” Synthese, vol. 59, no. 1, 1984, pp. 3–17.

⁷¹ Convention. A Philosophical Study. 2ª ed. Oxford: Basil Blackwell, 1986.

⁷² SESMA, Victoria Iturralde. Interpretación literal y significado convencional. 2014, p. 131.

⁷³ VERNENGO, Roberto J. La interpretación literal de la ley. 2ª ed. ampliada. Buenos Aires: Abeledo -Perrot, 1994.

⁷⁴ Ibidem, p. 17.

Qualquer que seja a interpretação jurídica em questão, sempre o intérprete terá que postular uma relação entre dois textos, o texto a ser interpretado e o texto resultado da interpretação. Os linguistas postulam, de alguma maneira, um princípio de identidade entre os dois textos, e que é explicado pela relação de sinonímia. VERNENGO sublinha a importância desta relação para os textos legais e normativos:

“La interpretación de una norma há de encontrarse en la clase de sus expresiones equivalentes y, quizás, sinónimas. Tal requisito es una condición necesaria para la validez del pensamiento jurídico, ya que el resultado de una interpretación aceptable de un texto normativo – sea una interpretación teórica efectuada en el plano del conocimiento científico, sea una interpretación creadora, cuando la interpretación es efectuada por un órgano jurídico efectivo – há de ser siempre outro enunciado normativo incluido en la clase de las normas compatibles con la norma cuya interpretación se busca o se formula.”⁷⁵

Ao longo da sua obra VERNENGO desenvolve e analisa as diversas relações linguísticas que são próximas à relação de literalidade, como a tradução, a equipolência, a sinonímia e a paráfrase, para ao final analisar em detalhes a estrutura sintática dos enunciados jurídicos e a adjudicação de significados, a partir da gramática gerativa de CHOMSKY.

Outra conclusão também central da obra de VERNENGO é que a pergunta “quando é que dois enunciados possuem o mesmo significado?”, pergunta esta pressuposta pela interpretação literal, não possui uma resposta afirmativa para as linguagens naturais. De certa maneira a relação de identidade entre o sentido das expressões das linguagens naturais somente é coerente e operativa a partir de algum contexto pragmático do uso destas linguagens:

“La cuestión, pues, de cuál sea la respuesta simple a nuestro interrogante básico – cuándo dos enunciados significan lo mismo – no tiene solución pacífica: o bien la relación de sinonimia es postulada o rechazada *a priori*, como una posibilidad o imposibilidad de todo lenguaje, o bien es relegada a una cierta relación pragmática en los usos de ciertas expresiones de algún lenguaje por algún usuario del mismo. Para los primeros, la relación de sinonimia o se da en absoluto, o es imposible; para los segundos, es susceptible de grados y matices según el contexto empírico de uso. Si tales son las dificultades que la identidad de significado suscita aun el lenguajes construidos *ad hoc*, o lógicamente perfectos (relativamente), esas dificultades se acrecientan cuando pretendemos encontrar una explicación uniforme y sencilla de la relación de sinonimia en los lenguajes naturales (tarea al parecer imposible), o para algún contexto pragmático de uso de algún lenguaje ordinario.

⁷⁵ Ibidem, p. 11.

En este ínfimo plano, tendremos que aceptar que los criterios a que quizás se recurra para considerar, en algún uso normal o aberrante de un lenguaje, que dos expresiones son sinónimas, que dos expresiones 'dicen lo mismo', son tan oscuros o circulares como la noción misma que con ellos se trata de esclarecer. Para aquellos a quienes obsesiona la precisión, cabe advertir que, en última instancia y en ese nivel lingüístico de comunicación que ofrecen los lenguajes ordinarios, *le mot juste* no existe y lanzarse a su búsqueda es incurrir en una van pérdida de tiempo.”⁷⁶

Uma das conclusões também centrais de VERNENGO, com alguma dose de ceticismo, é que os intérpretes do Direito não encontrarão na linguagem em si mesma a relação de identidade entre os sentidos das sentenças normativas. A interpretação jurídica alcança este resultado a partir de estabelecimento de uma convenção, de uma decisão léxica ou linguística, que permitirá dizer que dois enunciados jurídicos, possuindo o mesmo significado (como resultado de uma decisão do intérprete), produzem os mesmos efeitos jurídicos:

“En rigor, la sustituibilidad de los términos, en el discurso normativo, es el resultado de una sinonimia convencional, de una decisión léxica. Ninguna investigación de la realidad – sino la aceptación de la regla lingüística de equiparación – permitirá comprobar que la interpretación literal de una norma impone los mismos deberes o concede iguales derechos. La interpretación más rigurosamente literal es incapaz de enunciar una norma que regule lo mismo que la primitiva interpretada, si de antemano no se há resuelto, por un acto de decisión lingüística, que ambas tengan el mismo alcance prescriptivo o normativo.”⁷⁷

Já DASCAL e WRÓBLEWSKI propõem uma interpretação jurídica orientada a partir de uma concepção pragmática.⁷⁸ Neste trabalho ambos os autores propõem que a interpretação jurídica pode ser transparente, para os casos claros, ou duvidosa, justamente nos casos onde há dúvida na definição dos predicados dos enunciados jurídicos, ou mesmo se certas classes pertencem ou não às extensões dos predicados jurídicos. As dúvidas interpretativas ocorrem porque a linguagem do Direito e a linguagem das normas é fuzzy. A proposta de DASCAL e WRÓBLEWSKI é que a semântica dos enunciados jurídicos somente pode ser completamente definida a partir dos contextos do uso da linguagem e do contexto interpretativo. Um caso ilustrativo é a definição do termo “igual proteção” contida na constituição dos Estados Unidos. O significado desta expressão era um quando

⁷⁶ Ibidem, p. 57.

⁷⁷ Ibidem, p. 66-67.

⁷⁸ DASCAL, Marcelo; WRÓBLEWSKI, Jerzy. Transparency and Doubt: Understanding and Interpretation in Pragmatics and in Law. Law and philosophy, vol. 7, n. 2. Aug., 1988. p. 203-224.

os autores da constituição americana o redigiram, e historicamente foi-se modificando a partir da variação dos contextos históricos, os quais sempre orientaram pragmaticamente a Suprema Corte na interpretação deste conceito constitucional de igualdade. Os autores reconhecem que o texto constitucional, em certo sentido, é objetivo, porém, nos casos de dúvidas interpretativas, será o contexto quem poderá determinar e orientar a adjudicação de sentido ao texto pelos intérpretes do Direito. É exatamente esta a conclusão geral apresentada pelos autores:

“The pragmatic concept of clarity permits a reinterpretation of the traditional maxims *interpretatio cessat in claris* and *clara non sunt interpretanda* within the framework of a pragmatically oriented theory of legal interpretation which fits the description of the current use of legal language. Neither as a starting nor as an ending point of the understanding of a text is clarity an absolute given. Consequently, legal language has to tolerate the existence of interpretative doubt, even concerning the question of whether a text must or must not be interpreted.

The fact that the law must be operative in society calls for institutional means to solve legal controversies, and such means constrain the interpretative process. Ideally, such institutional means are supposed to be able to settle *ex auctoritate* the clarity issue in any given case. (...) Though the circle or spiral of interpretation never comes to an absolute resting point, it proceeds in a sufficiently ordered and convergent way to provide a sufficient – though not absolutely certain – basis for all practical purposes.”⁷⁹

Desta breve exposição sobre algumas teorias jurídicas acerca da interpretação literal, podemos ressaltar a importância do contexto pragmático para a interpretação jurídica. Uma concepção puramente sintática e semântica dos enunciados jurídicos, apesar da sua importância notável demonstrada pelos avanços da lógica deôntica, não será capaz de fornecer uma interpretação operativa ao nível das instituições jurídicas. É justamente no aspecto pragmático que a interpretação jurídica pode ser compreendida de maneira mais integral, e nossa proposta consistirá em formalizar este aspecto pragmático.

Em paralelo à interpretação literal da lei, uma categoria fundamental para a linguística e para a moderna filosofia da linguagem é a de significado. Podemos até mesmo dizer que a interpretação literal não pode ser efetuada se não postular uma relação de identidade entre o sentido dos diferentes enunciados jurídicos. Neste viés teremos que examinar algumas noções filosóficas sobre

⁷⁹ DASCAL, Marcelo; WRÓBLEWSKI, Jerzy. Transparency and Doubt: Understanding and Interpretation in Pragmatics and in Law. Law and philosophy, 1988, p. 222.

o sentido ou o significado na linguagem.

O significado do significado

O que seja o “significado” é uma das grandes questões da filosofia da linguagem e da própria filosofia, e é pensada desde o diálogo *O Crátilo* de Platão. Uma adequada teoria da interpretação jurídica necessita distinguir analiticamente as diversas concepções filosóficas de significado, e não operar ou pressupor um conceito monolítico de significado, pois, tratando-se de um conceito complexo, o resultados da interpretação de um enunciado jurídico irão variar conforme a teoria do significado que se queira adotar. Hart tem o mérito de aprofundar o problema, mas sua teoria encontra uma limitação conceitual, a qual apenas pode ser superada por uma teoria mais complexa do significado.

Podemos resumir o nosso ponto de vista em três tópicos principais:

- a) o ceticismo interpretativo, ou seja, a posição de que as disposições jurídicas possuem diferentes significados e a escolha do mais adequado é um ato volitivo e não racional, pode ser modulado e qualificado, pois nem sempre é o caso de uma disposição jurídica possuir vários significados;
- b) a consequência da tese anterior resulta em assumirmos a teoria mista de Hart, ou seja, em alguns casos as disposições jurídicas possuem um significado apenas, em outros, mais de um significado;

c) o que permite estabelecer que uma disposição jurídica possua apenas um significado é uma convenção extra-linguística, geralmente estabelecida em um contexto pragmático de interpretação. A linguagem por si mesma não possui uma relação completa de isomorfismo, ou de identidade, ou de sinonímia, entre o enunciado objeto de interpretação e o enunciado que o interpreta. O mais próximo que podemos chegar em termos de objetividade da interpretação para os termos das linguagens naturais, e por consequência dos enunciados jurídicos, é a concepção proposicional de significado, a qual remete à interpretação lógico-formal das disposições jurídicas, e à teoria do atomismo lógico de Wittgenstein e de Russell. As posições de Wittgenstein e Russell permitem elaborar uma posição realista redefinida, no que se refere à uma teoria da interpretação das disposições jurídicas. A univocidade do sentido dependerá principalmente do sentido proposicional do enunciado jurídico. Este sentido, apenas de modo aproximado, único e proposicional, permite redefinir uma forma de objetividade para a interpretação jurídica, e ao mesmo tempo redefinir uma variante do realismo jurídico em matéria de interpretação das normas. Proporemos, ao final deste capítulo, uma concepção proposicional e pragmática acerca da interpretação dos enunciados jurídicos, com base na teoria da quase-verdade de Newton da Costa.

Uma tese similar à que propomos é a tese da *autonomia semântica da linguagem* de Frederick Schauer.⁸⁰

⁸⁰ O argumento da *autonomia semântica* é formulado por Schauer na seguinte passagem de *Playing by the Rules* no que ele designa *autonomia semântica* da linguagem: “El contraste entre los modelos conversacional y atrincherado centra nuestra atención em la *autonomia semántica* del lenguaje, esto es, em la aptitud que poseen los símbolos – palabras, frase, oraciones, párrafos – para portar significados independientes de los propósitos comunicativos que persigan sus usuarios em ocasiones particulares. El fundamento de la autonomía semántica podría explicarse em términos de reglas lingüísticas, de convenciones, de un referencia socialmente determinada o incluso de otras diversas maneras. Pero ni el nombre ni la fuente del fenómeno son relevantes aquí. Pues cualquiera que sea la fuente de la autonomía semántica, y cualquiera que sea el nombre que le demos, hay al menos algo – no importa cómo se lo llame – que comparten todos los hablantes de esse mismo lenguaje, incluso em aquellos casos em los que el hablante y su interlocutor no tienen nada em común, salvo su lenguaje. Sea lo que fuere aquello que me permite entender algo de lo escrito em un periódico australiano de 1836, pero nada de lo que podría haber escrito em chino em 1991 algún académico del derecho estadounidense de cuarenta y cinco años edad interesado em las reglas, se trata de algo que se localiza em la comprensión de los usos de los símbolos y que no resulta completamente reducible a lo que un hablante podría desear comunicar em una ocasión particular.” SCHAUER, Frederick. *Las reglas em juego*, p. 115-116.

Schauer está nesse caso interessado em explicar como um *modelo entrincheirado* de regras pode funcionar, ou seja, como um sistema de regras pode ser aplicado sem que os destinatários das normas desse sistema, ou mesmo a autoridade que aplica a norma, possam discutir os fundamentos e razões das regras, de modo que elas serão aplicadas sem exceções que poderiam ser produzidas por uma discussão de razões, ou seja, serão aplicadas de maneira inderrotável. O entrincheiramento das regras somente é possível pela *autonomia semântica* da linguagem, ou seja, pela possibilidade que a linguagem possa ter um sentido objetivo e este sentido seja compreendido da mesma maneira por diferentes destinatários das regras, e por diferentes aplicadores ou autoridades, incluindo o caso desse sentido ser compreendido da mesma maneira em épocas e tempos diferentes.

Quanto à concepção de significado proposicional e ao atomismo lógico de Wittgenstein e Russell, para explicá-la utilizaremos uma divisão bastante didática devida a Luiz H. de A. Dutra⁸¹ no que se refere às diferentes concepções de significado. Dutra distingue quatro concepções principais de significado: concepção referencial, ideacional, proposicional e pragmática. A concepção proposicional será melhor compreendida se contrastada com as demais concepções. No que segue expomos resumidamente cada uma das concepções, seguindo o roteiro da obra citada.

3. Concepções do Significado

3.1 A concepção referencial

Um dos defensores desta concepção foi John Stuart Mill no livro I de *A System of Logic – Ratiocinative and Inductive*.⁸² A concepção referencial basicamente assume que o significado de uma palavra ou expressão linguística consiste no objeto designado ou nomeado por esta palavra ou expressão. O principal fenômeno levado em conta por esta concepção consiste na relação entre o

⁸¹ DUTRA, Luiz H. De A. *Filosofia da Linguagem: introdução crítica à semântica filosófica*, cap. 3.

⁸² 2002 [1ª ed. 1843].

signo, dado pela língua, e o objeto do mundo exterior o qual é associado ao signo. A tarefa de nomear objetos é um fenômeno linguístico bastante conhecido e um dos fenômenos básicos de qualquer língua, sem o qual a própria língua não poderia desenvolver-se como um sistema.

O principal problema da teoria referencial do significado consiste em tomar a nomeação como o fenômeno básico que confere significação a quaisquer tipos de expressões linguísticas. Há palavras na linguagem que não possuem uma referência direta, ou mesmo não há objetos que possam ser relacionados como sendo a referência destas palavras, como é o caso de muitos termos filosóficos como alma, classe social, história, etc, e no sentido referencial, estas palavras não são nomes de coisa alguma. A saída consiste em assumirmos que há entidades abstratas, que emprestam significado a estes termos, ou refinar a teoria da referência para que o significado não seja uma entidade metafísica.

Outro problema para a concepção referencial consiste em explicar o significado referencial do que chamamos sentenças ou orações de uma determinada língua, as quais são compostas de várias palavras. Este é o chamado “problema da composicionalidade”. A teoria da referência poderia responder que o significado de uma oração como “Sócrates bebeu cicuta” é um evento complexo e que este evento possui uma referência, porém somente correlacionar os termos “Sócrates”, “beber” e “cicuta” como nomes de objetos a objetos não explica a capacidade da língua de compor nomes para construir uma oração e um significado mais complexos, que justamente o falante de uma língua é capaz de compreender.

Para contornar essa dificuldade, outra teoria do significado foi concebida, a teoria ideacional.

3.2 Concepção ideacional

A concepção ideacional defende que o significado de uma expressão reside na ideia ou conceito que o falante possui ao utilizá-la em seu discurso. Um dos grandes filósofos que defendeu esta concepção foi John Locke no § 2º do cap. II do Livro III do Ensaio sobre o Entendimento Humano: “As palavras, em sua significação imediata, são os sinais sensíveis das ideias de quem as utiliza.”

Esta concepção não possui dificuldade de explicar a significação dos termos abstratos, uma vez que recorre à uma noção primitiva de intensionalidade do sujeito falante. A referência aos objetos do mundo exterior, ou a atividade de nomear, seria apenas uma consequência das ideias e intuições dos falantes, as quais são compartilhadas por uma comunidade de falantes competentes desta língua.

O problema da composicionalidade também será mais fácil de resolver para a concepção ideacional, uma vez que o significado das sentenças também será uma entidade abstrata construída a partir dos significados individuais. Como o significado não necessita de um objeto do mundo exterior, ou mesmo um evento complexo como pré-requisito para explicar a significação nesta concepção, a composicionalidade pode ser explicada através de um raciocínio abstrato e conceitual.

L.H. de A. Dutra sintetiza a concepção ideacional nas seguintes cláusulas:

- “a) o falante utiliza uma expressão como marca de uma ideia sua;
- b) ele pressupõe que os outros falantes possuem ideias semelhantes às suas;
- c) ele pressupõe que, por terem origem similar à de suas ideias, as ideias dos outros falantes e, por conseguinte, as expressões a elas associadas designam também coisas e situações no mundo.”⁸³

⁸³ DUTRA, Luiz H. De A. Filosofia da Linguagem: introdução crítica à semântica filosófica, p. 81-82.

3.3 A concepção proposicional

Há na literatura filosófica muitas versões de teorias proposicionais, porém, as duas versões mais tradicionais e conhecidas são a de Wittgenstein no *Tractatus*, e a de Russell a partir do seu livro *A filosofia do atomismo lógico*.⁸⁴ A concepção proposicional é intimamente relacionada à concepção referencial, porém, é muito mais refinada e consegue superar as dificuldades para explicar, por exemplo, o problema da composicionalidade.

A ideia básica de Wittgenstein e Russell é que as proposições estão relacionadas a fatos ou estado de coisas, e o que torna uma proposição verdadeira é o fato ou o estado de coisas com a qual ela está relacionada. Russell fará uma distinção crucial entre *símbolos simples* e *símbolos complexos*, assumindo que os símbolos complexos possuem propriedades que os símbolos simples não podem possuir, levando a uma reformulação completa da questão da composicionalidade. Russell diz que um fato é aquilo que é expresso por uma sentença inteira, e que a expressão completa de um fato sempre vai envolver uma sentença, e não termos isolados. Para Russell, os fatos estão relacionados com símbolos complexos, e não com símbolos simples. Ele também pretendeu empreender uma análise lógica do mundo, e para tanto concebeu os *átomos lógicos*, os quais são constituídos por fatos e particulares.

O fenômeno crucial para Russell no que diz respeito ao entendimento do significado de uma oração era a forma lógica da proposição que traduzia esta oração. Este entendimento só é possível com a lógica, e nesse sentido, a partir do seu entendimento, a filosofia deveria estar fundamentada na lógica.

Outra tese de Russell é que a forma lógica da proposição é independente do contexto e

⁸⁴ 1998.

independente das intenções dos falantes, o que confere à interpretação lógica uma objetividade. Tal tese é bem traduzida por Dutra:

“Quando traduzimos então sentenças de diversas línguas naturais para uma suposta linguagem formalizada sem ambiguidade, podemos conhecer a forma lógica da proposição, isto é, aquilo que ela possui de mais essencial enquanto símbolo complexo. E por isso podemos dizer que determinada proposição está por trás das diversas sentenças que podem ser utilizadas nas mesmas circunstâncias de comunicação em que há o assentimento dos falantes, isto é, sua opinião de que os diferentes enunciados feitos com diferentes proposições são verdadeiros. *Mas o que, em última instância, é verdadeiro ou não é a proposição, diz Russell, e isso não é uma questão de assentimento dos falantes, mas uma questão objetiva que envolve apenas a proposição e o fato que a torna verdadeira.*”⁸⁵ (grifos nossos)

Neste sentido, a língua como fenômeno aparente, e sua gramática superficial é enganadora. Para atingirmos um nível mais profundo de significação é necessária uma análise lógica das sentenças e orações, o que torna aparente o seu significado proposicional e a própria proposição, e é ela que decide se a oração é verdadeira ou falsa.

Por fim, observamos que a concepção proposicional é essencial para o uso especializado da linguagem, especialmente nas ciências e na filosofia. O refinamento da análise proposicional pode ser essencial para a resolução de problemas complexos nas ciências e na semântica filosófica, o que demanda uma linguagem mais complexa em termos de significação. Um exemplo bastante notório seria o uso da semântica de mundos possíveis para a análise da linguagem modal, onde os termos necessário e possível são amplamente utilizados.

3.4 A concepção pragmática

Não é possível unificar as várias correntes da concepção pragmática em uma mesma rubrica, sendo talvez mais apropriado falar-se em concepções pragmáticas. A abordagem histórica mais antiga do pragmatismo acerca do significado encontra-se em John Dewey, sendo que o segundo Wittgenstein das *Investigações Filosóficas* teve grande influência na filosofia da linguagem que

⁸⁵ DUTRA, Luiz H. De A. *Filosofia da Linguagem: introdução crítica à semântica filosófica*, p. 89.

seria irradiada a partir de Cambridge. Também contribuíram de forma relevante para a concepção pragmática do significado Gilbert Ryle, John L. Austin e Peter Strawson. Mais recentemente, com influência determinante na filosofia da linguagem e refinando o pragmatismo, podemos citar Willard van Orman Quine.

A partir do ponto de vista pragmático, a linguagem deve ser concebida primeiramente como uma série ou rede de eventos de comunicação entre os falantes de uma língua, e tais eventos devem ser estudados como um tipo particular de colaboração entre os indivíduos que compartilham uma forma de linguagem. A concepção pragmática de significado é importante para a semântica filosófica, pois enfatiza não exatamente o aspecto sintático ou semântico de uma linguagem, mas subordina a própria semântica a determinados aspectos do uso da linguagem. Nos parágrafos 12 a 15 das *Investigações Filosóficas*, Wittgenstein compara o uso da linguagem ao uso de uma ferramenta, e nega que seja possível dar uma definição universal para o que seja a significação. Assim como uma ferramenta possui uma enorme diversidade de usos e propósitos, que inclusive mudam constantemente, o que impede uma definição única e exata, a linguagem e a significação também são dotadas de noções que visam a sua utilidade prática. Daí a famosa definição de Wittgenstein de que uma linguagem é composta por um amplo conjunto de *jogos de linguagem*.

Dentro do círculo da filosofia analítica, foi Quine quem levou o pragmatismo a uma forma avançada e refinada de filosofia acerca do significado, expressa sobretudo em sua obra *Word and Object*.⁸⁶ Influenciado por Dewey, Quine sustentou uma concepção naturalista e comportamental em semântica. Na versão de Quine, a noção tradicional de significado é substituída pela noção de *significado estimulatório (stimulus meaning)*. Neste sentido Quine rejeita a concepção ideacional de significado, substituindo-a por uma concepção *comportamental e ambientalista*, na medida em que procura ancorar as questões semânticas em contextos ambientais de comunicação, onde os

⁸⁶ 1960.

interlocutores interagem sob variados estímulos e respostas a estes estímulos.

Resumindo, o ponto de vista pragmático, para esclarecer o que seja o significado, exige a análise do contexto com os seguintes elementos, segundo Dutra:

- a) a intenção de comunicação do falante;
- b) o estímulo que ele apresenta ao interlocutor;
- c) os outros elementos de uma cena empírica na qual falante e interlocutor se encontram, que podemos chamar de estado de coisas (E) e que são parte do estímulo total tanto para o falante quanto para o interlocutor;
- d) a resposta do interlocutor, que pode ser estritamente verbal ou não;
- e) a interpretação que o aprendiz, ou tradutor, ou intérprete, etc, seja ele quem for, inclusive os próprios falante e interlocutor como pessoas físicas, da relação estímulo-resposta-estado-de-coisas, que podemos chamar de *relação de comunicação* (e que podemos representar por 'C'); e, por fim:
- f) a intenção de comunicação do interlocutor.”⁸⁷

Foi a concepção pragmática de significado a que mais impactou a filosofia do Direito na segunda metade do século XX, sobretudo a obra de J. L Austin, o que não quer dizer que as outras concepções sejam menos importantes e não mereçam ser amplamente desenvolvidas.

Sintaxe, Semântica e Pragmática dos enunciados jurídicos

Qualquer interpretação do direito legislado começa com um texto escrito. Neste sentido qualquer intérprete do direito escrito estará implicado com as dimensões sintática, semântica e pragmática da linguagem jurídica. Devemos a Alf Ross a primeira abordagem dos problemas interpretativos do Direito a partir destas três dimensões.⁸⁸

Outras duas clássicas obras da filosofia jurídica e que impactaram o campo de estudos das relações entre a linguagem e o Direito, e que possuem uma especial importância para o Realismo Jurídico, são: do próprio Alf Ross “Lógica de las normas”⁸⁹, na qual ele distingue o discurso indicativo do discurso diretivo, com o propósito de explicar os conceitos de *diretivo* e *norma* com

⁸⁷ DUTRA, Filosofia da Linguagem: introdução crítica à semântica filosófica, p. 104-105.

⁸⁸ Cf. o cap. IV “O método jurídico (interpretação)” da obra Alf ROSS. Sobre el Derecho y la Justicia. Trad. Genaro R. Carrió. 2ª ed. Buenos Aires: Eudeba Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1997.

⁸⁹ Trad. Jose S.P. Hierro. Madrid: Editorial Tecnos, 1971.

base nesta distinção, auxiliando a fundamentar a lógica deôntica, e a obra de Giovanni Tarello “Diritto, enunciati, usi: studi di teoria e metateoria del diritto”.⁹⁰

Estaria fora dos propósitos do presente trabalho analisar as teorias de Alf Ross e Giovanni Tarello acerca da sintática, da semântica e da pragmática jurídica, as quais por si só mereceriam um estudo em separado. O que aqui proporemos será um ensaio de aplicação de um estudo formalizado da pragmática ao Direito.

As dimensões sintática e semântica da linguagem jurídica apresentam um histórico já avançado de estudos formalizados, principalmente com o desenvolvimento dos sistemas de lógica deôntica do final da década de quarenta do século XX com Francisco Miró Quesada e início da década de cinquenta com os trabalhos de Georg Henrik von Wright. Contudo, a formalização da dimensão pragmática é mais recente. Uma formalização profundamente interessante e que adotaremos no presente trabalho é a teoria da quase-verdade de Newton C.A. da Costa. A aplicação da sua formalização à linguagem jurídica permitirá conciliar a concepção proposicional do sentido com a concepção pragmática, já que reconhecemos que esta dimensão é essencial na determinação do processo interpretativo no Direito.

Sendo a linguagem do Direito em parte uma linguagem natural e em parte uma linguagem técnica, ela apresentará uma série de peculiaridades e especificidades próprias ao campo jurídico. As dimensões sintática e semântica dos enunciados jurídicos são importantes para as etapas iniciais do processo interpretativo, porém, será na dimensão pragmática que o intérprete levará em conta diversos aspectos pragmáticos da interpretação, como a coerência da interpretação dentro do sistema jurídico e as consequências jurídicas e práticas da interpretação adotada.

⁹⁰ Bologna: Il mulino, 1974.

No que segue explicaremos a teoria da quase-verdade de Newton da Costa e como ela pode se aplicada à interpretação dos enunciados jurídicos, uma vez que ela dá conta fundamentalmente de uma formalização, ainda que semântica, do decisivo e fundamental contexto pragmático de interpretação do Direito.

O problema da verdade dos enunciados jurídicos

Kelsen recordava na introdução do seu ensaio “O que é a Justiça” que o problema sobre o que é a verdade é um dos problemas mais profundos e difíceis da humanidade, e nem mesmo Jesus Cristo, segundo a narrativa bíblica, teria respondido a esta intrigante pergunta feita por Pilatos⁹¹. Neste tópico levantarei algumas questões atuais sobre o problema da verdade no Direito, tendo como pano de fundo as discussões da epistemologia de K. Popper e N. da Costa.

Dentre os vários objetivos da Teoria Pura do Direito de Kelsen, um deles foi desenvolver e elevar ao Teoria do Direito ao patamar de uma verdadeira ciência, filtrando os juízos morais e políticos e atribuindo a ela um objeto específico, as normas vigentes e positivadas, e uma função principalmente descritiva do material normativo, e não uma função prescritiva. Desta maneira faz parte da Teoria Pura do Direito um programa de refundação epistemológica da Ciência do Direito, definindo-a como uma ciência normativa e diferenciando-a de outras ciências humanas, como a sociologia, e das outras ciências causais. Segundo Kelsen teríamos, por um lado, as ciências normativas, como a Ciência do Direito, regendo-se pelo princípio da imputação, e por outro lado as ciências causais, regendo-se pelo princípio da causalidade. Como pano de fundo do programa epistemológico kelseneano está o neokantismo, que influencia Kelsen quanto a uma abordagem anti-metafísica do Direito, cf. analisamos no cap. I.

⁹¹ KELSEN, Hans. O que é a Justiça. Trad. E. G. Valdés. México: Fontamara, 1991. 21ª reimp. 2008, p. 8.

Desde a publicação da 1ª edição (1934) e da 2ª edição (1960) da Teoria Pura do Direito, vários desenvolvimentos teóricos no campo da lógica e da epistemologia no século XX permitiram fazer avançar as perguntas e questões colocadas por Kelsen. Não seria aqui o lugar para um exame descritivo completo destes avanços, mas mencionamos apenas a moderna filosofia da linguagem, o desenvolvimento da lógica deôntica e a epistemologia popperiana e pós-popperiana. Estas três movimentações filosóficas, assim como suas interseções, permitiram que a Teoria do Direito ganhasse categorias e conceitos teóricos refinados que sofisticaram a análise do fenômeno jurídico. As filosofias do Direito de Hart, Bobbio, Alf Ross e seus discípulos, são tributários diretos destas influências. No entanto, a moderna filosofia da linguagem e a lógica deôntica tiveram uma influência direta nos filósofos do Direito logo após o seu surgimento, sendo que a epistemologia foi a que mais tardiamente foi recepcionada e elaborada pelos filósofos jurídicos. As obras de S. Haack, L. Laudan, M. Taruffo e J. F. Beltrán sintetizam os aportes mais recentes da epistemologia no campo da filosofia do Direito.

Interessa-me primeiramente recuperar a crítica popperiana a uma certa concepção de verdade, que me parece útil como argumento para a defesa da relativização da verdade na filosofia jurídica, para então discutir o que chamo de “valor jurídico da verdade epistêmica”, argumentando que a verdade no campo jurídico é relativa, mas não completamente relativa, e que necessitamos minimamente de um critério para a verdade ou da concepção da verdade como correspondência, na tradição de Aristóteles e Tarski.

Narrativas Jurídicas

Atualmente podem ser encontrados numerosos estudos no campo das ciências humanas que demandam uma “epistemologia relativista”, desde sociólogos do conhecimento, feministas, multiculturalistas, teóricos da literatura e até semiólogos. Este ambiente pode levar a crer que todo e

qualquer conhecimento é relativo e dependeria, em última análise, do contexto e do consenso dos participantes do discurso. A verdade já não seria uma questão epistemológica, mas uma questão de sociologia, ou antropológica ou mesmo discursiva. A partir desta perspectiva, valoriza-se no Direito apenas a narrativa, ou, por outra via, todas as questões conceituais que o Direito demandaria poderiam ser reduzidas a questões de narração.

Certamente o Direito é principalmente produzido e praticado através de textos escritos e também por narrativas. É certo também que o processo jurídico envolve o que poderia ser denominado de sujeitos narrativos, como as partes, os peritos, as testemunhas, o juiz, etc. No entanto, analisar o discurso jurídico apenas como uma narrativa leva ao esquecimento de certos compromissos básicos que os mais variados textos jurídicos necessitam obedecer, como as decisões jurídicas necessitam ter com o direito probatório, com a regras processuais, etc. Do ponto de vista das diversas teorias da Argumentação Jurídica, as decisões jurídicas precisam, por exemplo, ser procedimentalmente otimizadas segundo mandados de otimização como defende Alexy, ou integradas segundo parâmetros de consistência, coerência e consequência como na teoria de MacCormick, e assim por diante.

No campo da direito processual e da filosofia do Direito, M. Taruffo foi um dos que melhor pontuou as reservas necessárias que Teoria do Direito necessita resguardar frente a um relativismo radical ou pós-modernista⁹².

A prática do Direito trabalha com um conceito maleável de verdade, pois ora a verdade é entendida no sentido da correspondência, como no direito probatório, ora a verdade é buscada no sentido da coerência, como no direito dos precedentes e constitucional, e também a verdade é

⁹² Cf. cap. II e II de TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad: el juez y la construcción de los hechos*. Madrid: Marcial Pons, 2010.

entendida no sentido pragmático, sobretudo no raciocínio consequencialista. De todo modo, estas articulações entre os vários sentidos filosóficos de verdade e os seus diversos usos no Direito merecem ser melhor desenvolvidos.

Uma noção mínima de verdade precisa ser obedecida em todos os campos do Direito.

Recorro ao que J. Searle denominou “posição standard” acerca da verdade:

“On most of the major philosophical issues there is what we might call, using a computer metaphor, the default position. Default positions are the views we hold prereflectively so that any departure from them requires a conscious effort and a convincing argument. Here are the default positions on some major questions:

- There is a real world that exists independently of us, independently of our experiences, our thoughts, our language.
- We have direct perceptual access to that world through our senses, especially touch and vision.
- Words in our language, words like *rabbit* or *tree*, typically have reasonably clear meanings. Because of their meanings, they can be used to refer to and talk about real objects in the world.
- Our statements are typically true or false depending on whether they correspond to how things are, that is, to the facts in the world.
- Causation is a real relation among objects and events in the world, a relation whereby one phenomenon, the cause, causes another, the effect.”⁹³

Searle, no trecho citado, defende uma concepção de Verdade baseada em Tarski, a qual é um parâmetro importante e essencial para avaliar as narrativas jurídicas. Analisaremos a seguir a proposta de Newton da Costa, que formalizou o aspecto pragmático da Verdade, assim como Tarski formalizou a concepção semântica de Verdade e da Verdade como correspondência.

A teoria da Quase-verdade de Newton da Costa

A história da filosofia desenvolveu diversas doutrinas acerca do que seja a Verdade, este que é um dos mais profundos problemas filosóficos. Nas relações da filosofia com a própria ciência, a noção de Verdade foi profundamente modificada, passando-se desde concepções metafísicas acerca da Verdade a concepções anti-metafísicas. De modo esquemático, podemos articular três grandes

⁹³ SEARLE, John R. *Mind, Language and Society: Philosophy in the real world*. New York: Basic Books, 1999, p. 9-10.

concepções filosóficas acerca da Verdade: a concepção coerentista, a concepção pragmática e a concepção da Verdade como correspondência.

Esta última concepção foi determinante no desenvolvimento das ciências, uma vez que ela reflete a ideia geral de que a ciência é verdadeira na medida em que a sua descrição do mundo é correspondente com este mundo. Foi Alfred Tarski quem formalizou, de modo rigoroso, esta concepção da Verdade como correspondência, a qual foi amplamente adotada na Matemática e nos estudos de fundamentos da Física. É neste contexto que surge a preocupação de Newton C. A da Costa de elaborar uma teoria da Verdade compatível com o desenvolvimento das ciências empíricas. Segundo da Costa, a teoria da Verdade como correspondência formulada por Tarski não daria conta das seguintes questões colocadas pelo desenvolvimento científico das ciências, principalmente da física: como uma teoria científica posterior pode suplantar uma teoria científica anterior, se o mundo continua sendo o mesmo? Em que sentido diz-se que uma teoria, em um dado momento histórico, é verdadeira, e posteriormente, deixou de ser verdadeira?

Para Da Costa o cientista opera com um conceito distinto da verdade simplesmente como correspondência. Uma categoria essencial para as teorias científicas, em sua abordagem, é a de *domínio* da teoria. Uma proposição de uma certa teoria científica é dita *quase-verdadeira* nesta teoria para um certo domínio, “salvando as aparências” de modo que ela coincide com o que é cientificamente observado neste domínio. Quando se muda de domínio, muda-se também de teoria. Certas teorias mais amplas incorporam teorias científicas anteriores como um domínio mais restrito. Neste sentido a Verdade não é algo estático, definitivo e categórico nas teorias científicas. O cientista tem a Verdade como uma meta e um horizonte, o que na dinâmica do desenvolvimento científico e nas sucessões das teorias funciona mais como uma direção do que como um objeto que é apropriado. É neste sentido que Da Costa concebe as teoria científicas como sendo quase-

verdadeiras. A teoria da quase-verdade de Da Costa dá um sentido preciso a esta formulação teórica. Em outras palavras, esta teoria de Da Costa amplia a teoria da correspondência de Tarski para uma generalização que incorpora os aspectos pragmáticos das teorias científicas.

Esta ideia pode ser facilmente replicada no domínio da interpretação jurídica, e a analogia segue sendo a mesma. Os enunciados jurídicos são interpretados (nas melhores e mais rigorosas interpretações) sempre a partir do contexto de um determinado sub-sistema do sistema jurídico mais geral, cujo o texto escrito com maior hierarquia é uma certa Constituição. Assim como o domínio de uma certa teoria científica possui limites, as interpretações dos enunciados jurídicos possuem não só limites pragmáticos e contextuais, mas também significados de origem pragmática e contextual. Por exemplo, as interpretações literais características do Direito Penal e do Direito Tributário não são as mesmas das interpretações mais flexíveis dos contratos no Direito Civil e Comercial. Certas interpretações jurídicas, e certos métodos de interpretação jurídica valem em certas áreas do Direito, em outras não (como é o caso da analogia no Direito Penal e Tributário).

O mesmo pode ser dito acerca dos sistemas jurídicos. Determinadas proposições jurídicas internas a um sistema jurídico possuem uma interpretação, a qual pode não existir, ou mesmo ser modificada, quando a mesma proposição faz parte de outro sistema jurídico. Basta pensar nos direitos reprodutivos da mulheres: elas naturalmente são as mesmas em qualquer localidade, no entanto a existência ou a extensão dos seus direitos reprodutivos variam conforme o sistema jurídico na qual elas estão inseridas.

A teoria da Quase-verdade de Newton da Costa possui uma definição matemática precisa, a qual apenas indicaremos. Para o propósito do presente trabalho, será suficiente retermos os aspectos mais gerais e conceituais da teoria de Newton da Costa, os quais são expostos de maneira didática por D. Krause:

“Mais tecnicamente, uma sentença ou proposição P de uma linguagem conveniente L é quase-verdadeira em uma estrutura A (que tem domínio D) se essa estrutura pode ser estendida a uma estrutura (chamada de A -normal) B tal que P seja verdadeira no sentido tarskiano em B . Há condições necessárias e suficientes para que a estrutura A possa ser estendida a uma estrutura B , mas ela não nos importam aqui (ver Mikenberg et al. 1986). Em A , algumas das relações são parciais, ou seja (consideremos apenas o caso de relações binárias), não se aplicam a todos os pares de objetos do domínio. Para alguns pares, permanece indeterminado se eles satisfazem ou não a relação, contrariamente às relações conjuntistas usuais, para os quais os pares satisfazem ou não satisfazem a relação (as relações usuais são sempre totais). A questão então da extensão de A a B está em se saber se as relações parciais podem ser tornadas totais, e então o conceito de verdade de Tarski se aplica a elas. Deste modo, se A pode ser estendida a uma B na qual P seja verdadeira em sentido usual (tarskiano), pode-se dizer que P ‘salva as aparências’ em A ou seja, tudo se passa em A como se P fosse verdadeira em sentido correspondencial. A idéia é realmente interessante, e se adapta muito bem ao que aparentemente se espera de um conceito de verdade nas ciências empíricas. Com efeito, parece que podemos esperar que haja relações totais unicamente nos domínios usuais da matemática, mas que nos campos de estudo das ciências empíricas, esse conceito tenha que ser amenizado.”⁹⁴

No mesmo sentido é a opinião de Otávio Bueno: “Há um componente pragmático nesse ponto, já que tais informações são relativas a nossos interesses, e são obtidas de acordo com o que se toma como relevante em determinado contexto.”⁹⁵

Otávio Bueno apresenta, de maneira sintética e completa, a contraparte formal da teoria da Quase-Verdade:

“De modo mais formal, cada relação parcial R_i em D pode ser caracterizada como uma tripla ordenada $\langle R_1, R_2, R_3 \rangle$, onde R_1, R_2, R_3 são conjuntos disjuntos, com $R_1 \cup R_2 \cup R_3 = D^n$, e tais que R_1 é o conjunto das n -uplas que pertencem a R_i , R_2 das n -uplas que não pertencem a R_i , e R_3 daquelas n -uplas para as quais não está definido se pertencem a R_i ou não. (Cumprir notar que se R_3 for vazio, R_i será uma relação n -ária usual, que pode ser identificada com R_1 .) Com esta noção de relação parcial, representamos as informações que dispomos acerca de certo domínio do conhecimento, e mapeamos as regiões que necessitam de investigação adicional (representadas pelo componente R_3). Desse modo, é possível, em certa medida, acomodar formalmente a “incompletude” das informações existente no conhecimento científico. Este constitui-se no papel “epistêmico” das relações parciais, e poderá ser explorado, a seu modo, tanto por realistas como por empiristas. Há ainda, contudo, um aspecto “semântico”, a ser empregado para se definir uma generalização do conceito tarskiano de verdade: a quase-verdade.”⁹⁶

A estas definições, Otávio Bueno acrescenta:

“Para formularmos este último conceito, necessitamos de duas noções auxiliares. A primeira delas, intimamente relacionada com o conceito de relação parcial, é a noção de estrutura parcial (ou

⁹⁴ KRAUSE, Décio. Newton da Costa e a Filosofia da Quase-Verdade. *Principia* 13(2): p.105–128, 2009. p. 115.

⁹⁵ BUENO, Otávio. Quase-verdade: Seu Significado e Relevância. Texto inédito do autor. p. 2.

⁹⁶ BUENO, Otávio. Quase-verdade: Seu Significado e Relevância. Texto inédito do autor. p. 2.

estrutura pragmática simples). Uma estrutura parcial é uma estrutura matemática do seguinte tipo: $A = \langle D, R_i, P \rangle_{i \in I}$, onde D é um conjunto não vazio, $(R_i)_{i \in I}$ é uma família de relações parciais definidas em D , e P é um conjunto de sentenças acerca de D aceitas como verdadeiras, no sentido da teoria da correspondência da verdade (cf. Mikenberg, da Costa e Chuaqui [1986]). De acordo com a interpretação do conhecimento científico que se adote, os elementos de P poderão incluir leis ou mesmo teorias (no caso de uma proposta realista), ou enunciados de observação (no caso dos empiristas). De qualquer modo, e este é o ponto de se introduzir o conjunto P , a cada momento particular, há sempre um conjunto de sentenças aceitas em certo domínio, e que proporcionam restrições acerca das possíveis extensões do conhecimento científico. Intuitivamente, as estruturas parciais modelam aspectos de nosso conhecimento a respeito desse domínio.

A segunda noção a ser introduzida relaciona-se intimamente com o objetivo de se formular um conceito mais amplo de verdade. Tal como no caso da caracterização tarskiana (cf., por exemplo, Tarski [1933], [1944], [1954] e [1969]), segundo a qual a verdade é definida numa estrutura, a quase-verdade também será formulada em termos estruturais. Para tanto, dada uma estrutura parcial $A = \langle D, R_i, P \rangle_{i \in I}$, dizemos que $B = \langle D', R'_i, P' \rangle_{i \in I}$ é uma estrutura A -normal se (1) $D = D'$; (2) cada R'_i “estende” a relação parcial correspondente R_i a uma relação total (isto é, diferentemente de R_i , R'_i está definida para todas as n -uplas de objetos de D'); (3) se c é uma constante da linguagem interpretada por A e por B , em ambas as estruturas, c é associada ao mesmo objeto de D ; (4) se α é uma sentença de P , então α é verdadeira em B . O emprego de estruturas A -normais na formulação da quase-verdade é similar ao do conceito de interpretação no caso da proposta de Tarski.

A partir dessas considerações, podemos finalmente definir o conceito de quase-verdade (cf. Mikenberg, da Costa e Chuaqui [1986]). Dizemos que uma sentença α é quase-verdadeira na estrutura parcial A de acordo com B se (1) A é uma estrutura parcial (na acepção apresentada acima), (2) B é uma estrutura A -normal, e (3) α é verdadeira em B (segundo a definição tarskiana de verdade). Se α não é quase-verdadeira em A de acordo com B , dizemos que α é quase-falsa (em S de acordo com B). Assim, em linhas gerais, uma sentença α é quase-verdadeira numa estrutura parcial A se existe uma estrutura A -normal (total) B na qual α é verdadeira.”⁹⁷

A ideia central da Quase-verdade possui uma extensa aplicação no campo jurídico, uma vez que as categorias de domínio e de contexto são essenciais na interpretação jurídica. Podemos citar os seguintes tópicos da Teoria do Direito nos quais a Quase-verdade é uma noção útil:

⁹⁷ BUENO, Otávio. Quase-verdade. Dicionário de termos lógico-filosóficos. Ed. João Branquinho; Desidério Murcho; Nelson Gonçalves Gomes. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 654-655. Todo o aparato formal pode ser sintetizado em uma *estrutura pragmática simples*: “Assim, uma *estrutura pragmática simples* A é da forma $A = \langle D, R^i, P \rangle_{i \in I}$, onde, como sempre, D é um conjunto de objetos de um domínio particular, R^i , uma família de relações parciais, e P é o conjunto das proposições admitidas. Dada essa estrutura, para cada relação parcial R^i , constrói-se um conjunto R_i de sentenças atômicas e de negações de sentenças atômicas tais que as primeiras correspondem às n -uplas que satisfazem R^i , e as últimas às n -uplas que não satisfazem R^i . Consideremos então R como o seguinte conjunto: $R = \cup_{i \in I} R_i$. Assim, uma estrutura pragmática simples A admite uma estrutura A -normal se, e somente se, o conjunto $R \cup P$ é consistente. Em linhas gerais, isto significa que a extensão de uma estrutura pragmática simples A a uma estrutura A -normal B é possível sempre que o processo de extensão das relações parciais é realizado de tal forma que a consistência entre as novas relações estendidas e as proposições básicas aceitas (P) esteja assegurada.

Aliás, esse notável resultado proporcional evidência para a interpretação da noção de verdade pragmática como um conceito do tipo *como se*. Se uma sentença é pragmaticamente verdadeira, pode-se dizer que ela descreve o domínio particular sob consideração *como se* sua descrição fosse verdadeira. Com efeito, sendo consistente com o conhecimento básico presente no domínio em exame (representado pelo conjunto P , tal sentença permite a apreensão de algumas das principais informações a respeito deste último, *sem* todavia comprometer-nos com a aceitação da *verdade* dos demais itens de informação (formulados pela estrutura total A -normal).

Como é bastante claro, essa definição representa uma generalização da definição tarskiana de verdade, no que diz respeito às estruturas parciais – ambas as definições sendo exatamente as mesmas quando a primeira é restrita a estruturas totais.” BUENO, Otávio. O empirismo construtivo: uma reformulação e defesa. Campinas: UNICAMP, Centro de Lógica, Epistemologia e História da Ciência, 1999. p. 157-158.

- a) nos casos de derrotabilidade jurídica, o raciocínio aplicado é sempre considerado em relação a um conjunto de premissas que determinam um certo contexto. Se houver modificação em uma das premissas, haverá a modificação do contexto;
- b) em relação aos argumentos coerentistas, a Quase-verdade delimita uma noção de validade dos enunciados jurídicos sempre em relação a um contexto local, o que permite explicar que o sistema jurídico como um todo possa acomodar sub-sistemas incompatíveis entre si;
- c) por fim, a Quase-verdade justifica como sistemas legais/teorias jurídicas/decisões jurídicas incompatíveis podem coexistir; como a corroboração ou validade das teorias jurídicas, em termos de coerência, pode ser local mas não global; e ainda do ponto de vista da coerência, assim como atualmente não há uma teoria unificadora de toda a física, é improvável haver uma teoria unificadora de todo o Direito.

Como exposto, a teoria da quase-verdade de Newton da Costa dá conta de conciliar as concepções proposicional e pragmática de sentido, e é esta concepção que pode ser um fundamento de base, inclusive, para uma lógica deôntica mais próxima da interpretação que os juristas efetuam na prática jurídica. Nossa análise foi efetuada apenas no nível proposicional. Não há nenhum impedimento para que a análise possa avançar para um nível que incorpore operadores deônticos e quantificadores.

O realismo jurídico aqui redefinido faz conexão com o realismo kelseneano em matéria de interpretação. Kelsen anteviu o problema da interpretação jurídica, porém sua postura cética não lhe permitiu que desenvolvesse uma teoria completa da interpretação jurídica. A formulação teórica que propomos conserva o realismo kelseneano e o complementa, na medida em que fornece, a partir da

concepção proposicional de significado, um forma de objetividade para os enunciados linguísticos. Kelsen buscava a objetividade para a Ciência do Direito. Esta objetividade é obtida na hipótese do presente trabalho como o resultado de uma teoria realista em matéria de interpretação jurídica, e uma forma de realismo na filosofia da linguagem e na filosofia do Direito, na medida em que discutimos e propomos uma modificação na tese do realismo genovês e principalmente de Tarello do ceticismo interpretativo em prol de uma concepção proposicional e pragmática do significado, ancorada na teoria da quase-verdade de Newton da Costa.

Capítulo III

“Fatos” e “fatos jurídicos”: uma proposta a partir de um realismo jurídico redefinido⁹⁸

Os fatos ocupam um lugar central na vida do Direito. As leis positivas, as autoridades e instituições jurídicas pressupõem um mundo factual, sendo este o ponto de partida para o conjunto complexo de operações realizadas pelos profissionais do Direito. Mas o que poderia haver de errado com os fatos? Por que eles poderiam ser um problema? Se os fatos são simples e evidentes, por que eles poderiam ser complexos e confusos em algumas situações? Procurarei mostrar como estas questões podem contrariar o senso comum e encobrir problemas filosóficos interessantes para o Realismo Jurídico. Entre os fatos cotidianos do mundo normal das pessoas e os fatos que adentram os sistemas jurídicos existe uma distância e um detalhado caminho que procurarei analisar em suas características mais gerais no presente capítulo, a partir do ponto de vista da epistemologia da teoria do Direito.

As principais teorias do Direito, a partir de Kelsen, comumente definem a norma jurídica a partir de uma estrutura condicional, ou seja, a partir de certas circunstâncias ou de um conjunto de fatos interligados, segue-se uma ou um conjunto de consequências jurídicas. Esta estrutura condicional não está explícita na linguagem das normas de direito positivo ou nas normas positivadas de um determinado sistema jurídico. Comumente é o intérprete ou o aplicador das normas que reconstrói o sentido da norma escrita em uma estrutura condicional metalinguística. Inclusive estas estruturas condicionais podem ser interpretadas em relação a outras estruturas condicionais também extraídas da interpretação de outras normas, a fim de se alcançar uma interpretação minimamente sistemática do ordenamento jurídico. Aqui nos ocuparemos somente do antecedente desta estrutura condicional. Não nos ocuparemos em analisar o próprio condicional em

⁹⁸ Um primeiro esboço deste capítulo apareceu em SERBENA, Cesar A (coord.). *Concepções de Sistema em Direito: estudos em homenagem a Eugenio Bulygin*. Curitiba: Juruá, 2018, com o título *O que é um fato no contexto de um sistema jurídico? Uma questão não tão simples*.

si nem o consequente normativo, apesar da importância essencial destes elementos para a análise da norma jurídica e da ampla literatura dedicada ao tema⁹⁹.

Partirei da discussão sobre o realismo na Filosofia da Ciência a partir dos argumentos elaborados por Bas C. Van Fraassen relativizando o realismo científico. Os argumentos deste autor serão fundamentais para o debate e para o ponto que pretendo argumentar com relação ao Realismo Jurídico. A sua proposta, de modo geral, consiste em considerar que uma teoria científica é um conjunto de Modelos, e os fatos considerados por esta teoria científica são os fatos *empiricamente adequados* às subestruturas empíricas do(s) Modelo(s) da teoria. Fatos, neste sentido, são *fatos empiricamente adequados*.

O avanço histórico da ciência nos faz crer que a tarefa de definir a realidade será sempre inacabada, pois não há limite para o avanço do conhecimento humano sobre o mundo exterior, de modo que por mais que se apresente uma definição ontológica de fato, ela sempre estará destinada a ser superada.

Detalharei o conceito de *adequação empírica* de Van Fraassen com um exemplo dele próprio, objetivando a clareza da exposição. Em seguida tentarei demonstrar como diversas Teorias do Direito “modelam” os fatos para que eles adquiram o *status* de *fatos jurídicos*, no mesmo sentido em que as teorias científicas representam os fatos e experimentos através de modelos. O ponto interessante é que cada teoria do Direito modela os fatos jurídicos de uma maneira própria, ressaltando características que outra teoria jurídica não considera tão relevantes, e assim o efeito é que não temos uma uniformidade conceitual. As semelhanças e a uniformidade que pode ser alcançada entre as teorias jurídicas é apenas epistemológica, no sentido que todas as teorias

⁹⁹ Para uma exposição atualizada da lógica deôntica atual cf. de Pablo E. NAVARRO e Jorge RODRÍGUEZ, *Deontic Logic and Legal Systems*, 2014.

jurídicas *modelam* os fatos, e é este o ponto que pretendo demonstrar no presente capítulo.

Esta proposta não é absolutamente inédita, e é semelhante à proposta de Alchourrón e Bulygin formulada em *Sistemas Normativos*¹⁰⁰. Faremos uso da categoria de “modelo”, amplamente utilizada na filosofia da ciência¹⁰¹, para definirmos o que seja um “fato”, e para daí poder considerar o que seja um caso. Alchourrón e Bulygin definem que os casos são um “modelo” que satisfaz um UP (“Universo de Propriedades”), e a partir daí se obtém um US (“Universo de Soluções”).

Uma crítica ao realismo na filosofia da ciência contemporânea: o conceito de adequação empírica

Popper, em “Conjecturas e refutações”, já havia teorizado que não havia uma verdade a ser encontrada na investigação científica em definitivo, pois os resultados da ciência sempre seriam conjecturas, que seriam eternamente provisórias, destinadas a serem refutadas para serem substituídas ou refinadas por outras conjecturas.

Os cientistas recorrem atualmente às mais diversas representações da realidade, e principalmente aos modelos, de diferentes áreas, confrontando frontalmente a divisão epistemológica das disciplinas pressuposta na epistemologia de Kelsen.

¹⁰⁰ “Isto é, exatamente, o que nos propomos fazer no presente trabalho: aproveitar para a ciência do direito as investigações e avanços metodológicos alcançados nos últimos anos em outros campos do saber (sobretudo na fundamentação da matemática e da física) para mostrar: a) que existe um conceito de sistema que pode ser utilizado com proveito no âmbito jurídico; b) que a sistematização é uma das tarefas fundamentais do jurista, e c) que na ciência do direito são propostos tanto problemas empíricos como problemas lógicos, ou seja, puramente racionais (sistematização).” *Sistemas normativos*, p. 81-82, em tradução livre.

¹⁰¹ Faremos uso da noção de modelo em sentido amplo, como, por exemplo, quando o modelo do átomo de Bohr ou o modelo do DNA é utilizado na linguagem comum da ciência. Na lógica e na metamatemática há um conceituado rigorosa de modelo, que consiste em uma interpretação de um sistema axiomático. Para os fins do presente trabalho o primeiro significado é suficiente.

Para exemplificar esta afirmação, bastaria mencionar a formulação do modelo da dupla-hélice do DNA. A conquista desta descoberta científica foi possível graças à combinação do conhecimento de áreas diversas, como a biologia molecular, a física e a química. Os formuladores do modelo da dupla-hélice foram influenciados pela obra “O que é vida”, de Schrödinger, e pelos resultados parciais de Linus Pauling, outro físico e químico, o qual formulou um dos modelos mais conhecidos do átomo.

Parece-me que, a partir da citação destes bem conhecidos resultados e avanços da ciência do século XX, a ferramenta conceitual mais utilizada é a noção de modelo. Tanto Einstein quanto Heisenberg, ao tratarem do que entendiam por uma teoria, utilizavam a noção de modelo que utilizamos hoje.

Esta ferramenta metodológica em vários casos foi adequadamente apropriada pela Ciência do Direito. A obra de Tércio Sampaio Ferraz Jr. é um exemplo desta utilização.¹⁰² A teoria de Ferraz Jr. admite para o Direito três modelos: o modelo decisório, o modelo sintático e o modelo semântico. João Maurício L. Adeodato elaborou extensamente uma teoria retórica da norma jurídica, da dogmática jurídica e do Direito Constitucional.¹⁰³ Richard Posner construiu um modelo para o Direito baseado na teoria econômica.¹⁰⁴ Eugênio Bulygin e Alchourrón formularam um conjunto de modelos lógicos para a Ciência do Direito.¹⁰⁵ Outros modelos poderiam ser citados, como o modelo marxista, o modelo hegeliano, o modelo de Pareto e o modelo de regras

¹⁰² FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.

¹⁰³ Cf. entre outros: João Maurício ADEODATO: *Uma Teoria Retórica da Norma Jurídica e do Direito Subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2014; *Filosofia do Direito: uma crítica à verdade na Ética e na Ciência*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019; *Ética e Retórica: para uma teoria da Dogmática Jurídica*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017; *A Retórica Constitucional: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do Direito Positivo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

¹⁰⁴ POSNER, Richard A. *A economia da justiça*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

¹⁰⁵ ALCHOURRÓN e BULYGIN, *Sistemas Normativos: introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*, 2012.

procedimentais para a argumentação prática e jurídica na Teoria de Robert Alexy¹⁰⁶, o modelo argumentativo na Tópica de Viehweg¹⁰⁷, etc.

A mecânica quântica, com todas as suas peculiaridades, possui pelo menos duas interpretações: a interpretação mais aceita, conhecida como interpretação de Copenhague, e o modelo de Schrödinger. O próprio Schrödinger provou que sua modelo era equivalente ao modelo da Escola de Copenhague e poderia nele ser traduzido.

Qual dos modelos existentes para a mecânica quântica é o mais correto ainda é uma questão em aberto. Se existe um modelo único e correto, que unifique todas os modelos alternativos da mecânica quântica, é uma pergunta também em aberto, e que, como Einstein esperava, somente no tempo futuro com uma teoria futura (talvez) ele poderá ser alcançado.¹⁰⁸

Uma grande transformação ocorrida no domínio da filosofia da ciência foi a adoção do método axiomático na assim denominada axiomatização das teorias. Sua origem remonta à D. Hilbert e ao seu programa de axiomatizar os fundamentos da matemática no início do século XX.

Outra grande revolução ocorreu neste campo com a obra de A. Tarski, ao propor a noção de

¹⁰⁶ ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica, 2001.

¹⁰⁷ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento da imprensa nacional, 1979.

¹⁰⁸ Neste sentido é esclarecedora a posição de W. Heisenberg: “Embora a base experimental da relatividade geral ainda seja um tanto reduzida, a teoria traz consigo ideias da maior importância. Durante o extenso período que vai dos matemáticos da Grécia Antiga ao século XIX, a geometria euclidiana foi considerada com a única possível; os axiomas de Euclides foram encarados como a base de qualquer estrutura geométrica, base que não admitia a menor sombra de dúvida. Mesmo assim, no século XIX, os matemáticos Bolyai e Lobachevsky, Gauss e Reimann perceberam que outras geometrias poderiam ser criadas no mesmo nível de precisão matemática da euclidiana; assim, entre as geometrias inventadas, saber-se qual delas seria a correta, na descrição da Natureza, tornou-se uma questão empírica. E foi somente pelo trabalho de Einstein que o problema pôde realmente ser retomado pelos físicos. A geometria adotada na relatividade geral não se restringiu somente ao espaço tridimensional, pois dizia respeito à estrutura quadridimensional espaço-temporal. A teoria estabeleceu uma relação entre essa geometria (dita reimaniana) e a distribuição de massas no Universo. Ela, portanto, levantou – de maneira inteiramente nova – velhos problemas acerca do comportamento do espaço e tempo nas dimensões astronômicas; e a teoria tinha respostas a sugerir que poderiam ser verificadas experimentalmente”. HEISENBERG, Física e Filosofia, p. 174-175.

verdade como correspondência e uma noção ampla de verdade para as linguagens formalizadas. A partir de Tarski os epistemólogos e filósofos da ciência puderam contar com um aparato formal bastante extenso no qual um grande conjunto de teorias científicas poderiam ser axiomatizadas em axiomas fundamentais, e a partir dos quais poderiam ser obtidos os demais teoremas da teoria, por recursão, assim como uma interpretação para os seus resultados, ou seja, um modelo para a teoria.

Um exemplo bastante didático é o citado por Van Fraassen¹⁰⁹. Seguiremos ele e seu exemplo no que se segue.

Considere os axiomas:

A0 Há pelo menos uma linha.

A1 Para quaisquer duas linhas, há no máximo um ponto que pertence a ambas.

A2 Para quaisquer dois pontos, há exatamente uma linha que passa por ambos.

A3 Em qualquer linha, há pelo menos dois pontos.

A4 Há apenas um número finito de pontos diversos.

A5 Em qualquer linha, há um número infinito de pontos diversos.

Com estes axiomas três teorias podem ser construídas:

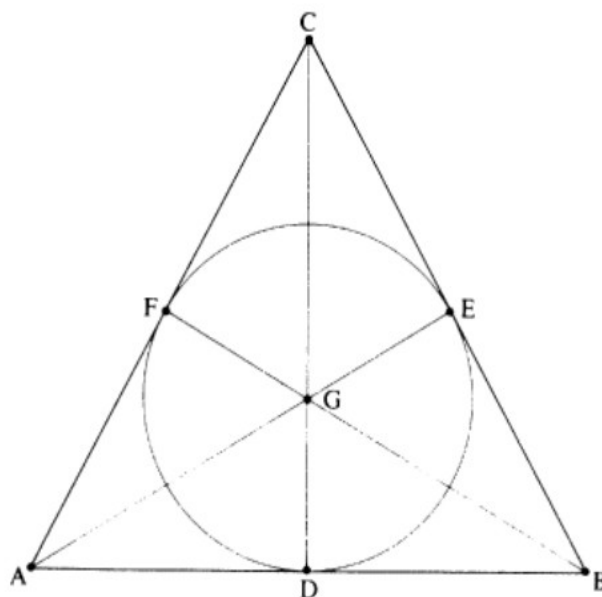
T0 possui os axiomas A1, A2 e A3;

T1 é T0 mais A4;

T2 é T0 mais A5;

Agora considere a figura abaixo, a chamada “Geometria dos Sete Pontos”:

¹⁰⁹ Cf. *A imagem científica*, p. 84.



Van Fraassen explica como a figura apresentada pode ser compreendida como uma estrutura, um modelo para os axiomas A1, A2, A3 e A4:

“Nessa estrutura, apenas sete coisas são chamadas “pontos”, a saber: A, B, C, D, E, F, G. Do mesmo modo, há apenas sete “linhas”, a saber, os três lados do triângulo, as três perpendiculares e o círculo inscrito. Pode-se ver facilmente que os quatro primeiros axiomas são verdadeiros a respeito dessa estrutura: a linha DEF (isto é, o círculo inscrito) passa por exatamente três pontos, a saber, D, E e F; sobre os pontos F e E passa exatamente uma linha, a saber DEF; as linhas DEF e BEC possuem exatamente um ponto em comum, a saber, E, e assim por diante”¹¹⁰.

A estrutura que satisfaz os axiomas de uma teoria é chamada de “modelo” da teoria em questão. Neste sentido, a figura exposta ou geometria dos sete pontos é um modelo de T1 e de T0, mas não de T2.

Necessitamos ainda de mais dois sub-conceitos, os quais estão intimamente relacionados, para chegarmos ao conceito mais geral de fato para o empirismo construtivo de Van Fraassen: subestrutura e isomorfismo. A partir deste conceito geral oferecido poderemos estendê-lo como uma definição de fato para um sistema jurídico determinado.

¹¹⁰ *A imagem científica*, p. 85.

A estrutura de sete pontos, apresentada acima, é a imagem de um triângulo euclidiano. Desta maneira a estrutura de sete pontos pode se "encaixar" em uma estrutura euclidiana:

“dizemos que uma estrutura pode se encaixar em outra se a primeira é isomórfica a uma parte (uma subestrutura) da segunda. O isomorfismo é, obviamente, a identidade total de estrutura, e é um caso-limite da encaixabilidade; se duas estruturas são isomórficas, então cada uma delas pode se encaixar na outra. A geometria dos sete pontos é isomórfica a certa figura plana euclidiana, ou, em outras palavras, ela pode se encaixar no plano euclidiano”¹¹¹.

Considerando T1 e T2, podemos dizer que todo modelo de T1 pode se encaixar em um modelo (ou ser identificado com uma subestrutura) de T2.

Neste ponto já estamos em condições de apresentar a definição central de fato para estendê-la para a noção de fato jurídico a partir de um sistema jurídico.

Van Fraassen afirma que apresentar uma teoria é “especificar uma família de estruturas, seus modelos; e, em segundo lugar, especificar certas partes desses modelos (as subestruturas empíricas) como candidatos à representação direta dos fenômenos observáveis. As estruturas que podem ser descritas em relatos experimentais e de medição podemos chamar de aparências; a teoria é empiricamente adequada se possui algum modelo tal que todas as aparências sejam isomórficas a subestruturas empíricas daquele modelo”¹¹².

Em outras palavras, não temos fatos isoladamente considerados. A ciência acessa os fatos através de relatos experimentais e medições, os quais formam uma subestrutura. Uma teoria científica é, porém não somente, uma família ou uma classe de modelos. Esta teoria científica será empiricamente adequada se as aparências (medições e relatos experimentais) encaixarem-se, se elas forem isomórficas, às subestruturas empíricas da teoria.

¹¹¹ *A imagem científica*, p. 87.

¹¹² *A imagem científica*, p. 122.

O que consideramos como a validade de uma teoria científica é a relação isomórfica entre as medições e experimentos e a subestrutura empírica da teoria. A partir desta definição podemos ilustrar uma das teses centrais do empirismo construtivo de Van Fraassen: não é preciso acreditar que as boas teorias sejam verdadeiras, nem acreditar que as entidades que elas postulam sejam reais: “A ciência visa dar-nos teorias que sejam empiricamente adequadas; e a aceitação de uma teoria envolve, como crença, apenas aquela de que ela é empiricamente adequada”¹¹³.

Neste sentido o empirismo construtivo de Van Fraassen é uma posição anti-realista. Ao privilegiar o critério da adequação empírica, ele quer dizer que uma teoria é adequada empiricamente se ela possui pelo menos um modelo tal que todos os fenômenos reais a ele se ajustam, e na expressão enfatizada por ele, “salvando as aparências”.

A partir daqui podemos considerar que, da mesma forma, um fato jurídico nunca é um fato jurídico isolado. Um fato jurídico é sempre considerado a partir de um modelo ou vários modelos, constituídos pelas normas jurídicas ou teorias jurídicas, que podem interagir entre si. As normas não apenas descrevem, mas prescrevem os fatos jurídicos tal como os modelos das teorias científicas descrevem os fatos relevantes para a teoria. Substituímos aqui a antiga “conformação” do fato à norma pela idéia de isomorfismo entre as descrições dos fatos e as subestruturas empíricas de normas ou teorias jurídicas.

Uma dos aspectos mais interessantes da definição apresentada consiste no esvaziamento das velhas questões que a antiga tradição da dogmática jurídica tanto debateu, como, por exemplo, a “natureza do fato jurídico” ou a própria questão da verdade ou da justiça nas teorias jurídicas. Não importa a questão ontológica da “natureza do fato jurídico”, pois o fato é sempre dado através de

¹¹³ *A imagem científica*, p. 33.

uma opção ou uma escolha prévia que distingue em algum aspecto o fato relevante da gama infinita dos demais fatos. Da mesma maneira, os fatos relevantes são representados sempre através de um modelo, que articula a representação dos fatos com as demais categorias internas de uma dada teoria jurídica ou com um conjunto de normas de direito positivo, com suas definições, institutos e prescrições próprias.

Convém observar como fatos novos, como, por exemplo, os decorrentes dos avanços tecnológicos, demandam uma regulamentação peculiar pelas normas jurídicas.

Recordemos a dificuldade que foi para os juristas do final do século XIX e do início do século XX conceituar adequadamente o “furto de energia elétrica”. Classicamente o furto é definido pelo Direito Penal como “subtração de coisa alheia móvel”. Sim, é possível furtar energia elétrica de um terceiro, mas como conceituar “energia elétrica” como “coisa alheia móvel”? Esta perplexidade era visível em Carnelutti:

“Aquele que se pode chamar o ponto de rotura, ou seja, o ponto em que se revelou a angústia da teoria tradicional para abranger os novos fenômenos, diz respeito ao regime jurídico da eletricidade. Sabe-se que, a princípio, os juristas ficaram perplexos perante o problema da definição e tratamento dos fenômenos jurídicos relativos à eletricidade. Um episódio típico, que tem mesmo o valor de uma parábola, foi o furto de eletricidade. Perante o caso de um indivíduo que, ligando uma tomada ao fio que passa em frente da sua janela, ilumina sua casa à custa e sem consentimento do produtor de eletricidade, elevava-se como uma barreira o hábito de considerar coisa só id quod cerni vel tangi potest, pelo que a eletricidade, que nem se toca, nem se vê, não poderia poder ser uma coisa, nem, por isso mesmo, objeto de um furto. Tal foi a força do hábito que, na Alemanha, para que tais fatos fossem punidos, foi necessário promulgar uma lei especial. Sinal, certamente, da maior utilidade da inteligência latina é que os nossos magistrados tenham preferido inverter o silogismo, e, em vez de deduzir do fato de a eletricidade não ser uma coisa que esta não se pode roubar, terem deduzido da verificação de que pode ser roubada a conclusão de que deve ser uma coisa. Na verdade, que a eletricidade, logo que foi utilizada para fins práticos, se tenha tornado coisa a respeito da qual têm lugar conflitos de interesses, e que destes conflitos tenham resultado contratos e delitos, constituía premissa infalível para concluir que também aqui havia um objeto de relações de direito. Mas tal perplexidade, facilmente superada entre nós no campo prático, continuava a dominar a teoria: como é que se definem tais objetos e qual é a reação que deles deriva sobre o conceito de coisa?”¹¹⁴

Carnelutti dizia a este respeito que era preciso uma nova categoria de objetos: além da distinção entre os sólidos e os líquidos e aeriformes, deveria haver uma categoria distinta que ele

¹¹⁴ CARNELUTTI, *Teoria geral do direito*, p. 245-246.

denominou de “fluídos” ou de “coisas fluidas”. A energia elétrica seria um “fluido”, e assim como um tubo ou um cano contém a água, um fio condutor contém a eletricidade¹¹⁵. Carnelutti superficialmente mencionou que não era exigido para o Direito exatamente saber que espécie de coisa era a eletricidade, bastaria poder medi-la ou ter dela uma possibilidade de medição. No entanto seu raciocínio ainda estava apegado ao que denominamos de *critério ontológico*: era preciso saber que espécie de coisa a eletricidade era, e qual era a sua natureza para corretamente classificá-la. Pela definição que defendemos, segue-se que esta pergunta não faz sentido, pois o importante é saber qual é a sua propriedade relevante, o que Carnelutti corretamente identificou, e que seria a propriedade de que a energia elétrica é uma grandeza e seu consumo pode ser medido.

Passaremos agora a expor como conhecidas Teorias do Direito modelam os fatos. Um bom ponto de partida para nossa análise consiste em retomar a teoria normativa de Kelsen, para, a partir dele, recordar o conceito de fato jurídico em outras teorias do Direito a ele posteriores. A partir de um quadro teórico mais amplo, poderemos visualizar como conceito de fato jurídico é sempre modelado no contexto de subsistemas jurídicos que compõem o sistema jurídico como um todo.

O Modelo Kelseneano: para as ciências normativas não é o fato que cria a norma, e sim é a norma que dá um sentido ao fato

Devemos a Kelsen a conquista para a Teoria do Direito de importantes distinções que são essenciais até os dias atuais. Uma primeira distinção da teoria de Kelsen consiste em diferenciar e conceituar adequadamente o objeto da ciência do Direito de outros objetos, ou seja, diferenciar corretamente os fatos jurídicos dos fatos brutos a partir da norma jurídica. Kelsen claramente distingue dois planos, o ser e o dever, e procura manter clara esta distinção em toda a sua teoria. É

¹¹⁵ CARNELUTTI, *Teoria geral do direito*, p. 248.

muito fácil misturar ou confundir os dois planos, pois na linguagem natural a sentença, por exemplo, “abortar é proibido” é uma sentença válida. Esta sentença pode ser entendida em um sentido prescritivo (“abortar deve ser proibido”) ou em um sentido descritivo (a sentença apenas descreve que existe uma proibição de abortar). Esta ambiguidade é fonte de diversos mal entendidos e confusões na Teoria do Direito, a qual Kelsen evitava a partir da diferenciação entre ser e dever.

Kelsen, muito atento à nascente epistemologia vienense da sua época, em uma nota de rodapé do primeiro capítulo da Teoria Pura do Direito, que versa sobre “Direito e Natureza”¹¹⁶, reprova M. Schlick por reduzir uma norma moral à reprodução de um fato da realidade, mais precisamente por afirmar que o enunciado que diz que uma conduta corresponde à uma norma é um enunciado fático. O enunciado de que uma conduta é boa não consiste na afirmação de um fato real: “Se a norma expõe as circunstâncias sob as quais uma conduta é boa, não determina assim como seja faticamente uma conduta, senão como deve ser.”¹¹⁷

Novamente, na nota 46 da primeira página do segundo capítulo da Teoria Pura (Direito e Moral), Kelsen igualmente reprova Schlick por definir a ética como uma ciência fática e, afirmar que ainda que ela “fosse uma ciência normativa” não deixaria de ser uma “ciência dos fatos”. Kelsen reconhece que as “valorações” são atos reais. Mas as normas empregadas nos atos de valoração não são fatos reais, senão conteúdos significativos, ou seja, o sentido dos atos. As normas morais e as normas de direito positivo são o sentido de fatos empíricos e de condutas, e não ordens de entidades transcendentais¹¹⁸.

Uma segunda distinção importante de Kelsen na Teoria Pura do Direito é entre a norma jurídica (*Rechtsnorm* ou *Sollnormen*) e o enunciado jurídico que a descreve (*Rechtssatz* ou

¹¹⁶ KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, p. 31, n. 12.

¹¹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸ A censura a Schlick será reafirmada na nota 80 da p. 116.

Sollsätze)¹¹⁹. As normas jurídicas não podem ser verdadeiras ou falsas, mas os enunciados jurídicos que as descrevem são apofânticos, ou seja, podem ser verdadeiros ou falsos. A distinção kelseneana entre a norma jurídica e sua proposição correspondente abriu o campo para o desenvolvimento da lógica jurídica e da lógica deôntica, cuja forma moderna foi alcançada na obra de G. H. von Wright¹²⁰.

Portanto, na abordagem de Kelsen, não são os fatos que criam a norma jurídica, senão o contrário: os fatos e os atos de conduta somente adquirem um sentido jurídico a partir da sua interpretação, da atribuição de sentido a partir de uma norma jurídica que lhe é anterior.

O Modelo de MacCormick: o Silogismo Jurídico

Neil MacCormick também utiliza-se de um conceito bastante análogo à idéia de Kelsen da norma funcionar como um esquema de interpretação. Para MacCormick o “esquema de interpretação” é o silogismo jurídico, o qual pode ser ilustrado no esquema abaixo:

Se FO (fatos operativos) então CN (consequências normativas)

Quando consideramos um sistema jurídico S, um fato básico é que as sentenças da linguagem natural que são consideradas as normas válidas de S são estabelecidas em uma forma canônica e ordenadas em uma sequência de números naturais, e que podem apresentar divisões e subdivisões em seções, parágrafos, incisos, títulos, etc. Também é um fato básico que para alguém que demanda uma causa a uma autoridade com poder de decisão no contexto de S, há um dever de indicar em quais sentenças (ou em quais dispositivos de lei) está amparando sua razão de pedir.

¹¹⁹ *Teoria Pura do Direito*, p. 85 e 88.

¹²⁰ Remeto o leitor interessado em maiores detalhes sobre a obra de Von Wright para o excelente livro de Daniel GONZÁLEZ LAGIER, *Acción y Norma em G.H. von Wright*. Para o papel da lógica deôntica na Teoria do Direito e na Filosofia do Direito, cf. a já citada obra de NAVARRO e RODRÍGUEZ.

Além de apontar o “direito aplicável ao caso”, o demandante deve alegar os fatos que está em condições de provar e a partir dos quais pretende obter certos efeitos jurídicos específicos e determinados.

A operação intelectual do demandante de demonstrar que os fatos particulares da sua causa são fatos previstos na disposições legais (fatos operativos) e que a partir deles seguem-se determinadas consequências normativas aplicáveis ao caso baseia-se eminentemente em um raciocínio silogístico, o qual não é suficiente por si mesmo para apresentar a fundamentação da pretensão, mas sem o qual a própria fundamentação é impossível. O silogismo jurídico é a fundamentação mínima do raciocínio judicial, e geralmente em uma causa apresentada perante uma autoridade de S o argumento silogístico é complementado e reforçado com argumentos retóricos e persuasivos.

A partir destes argumentos MacCormick insiste sobre a imprescindibilidade do silogismo no raciocínio jurídico:

“Por que então insistir no silogismo afinal de contas? A resposta deveria ser óbvia: porque é ele que fornece a moldura dentro da qual os outros argumentos fazem sentido enquanto argumentos jurídicos. Voltamos assim ao problema de saber o que poderia ser considerado como aplicação efetiva de uma lei, e também voltamos, conseqüentemente, à questão sobre qual procedimento pode ser concebido para permitir a implementação de uma lei em um caso concreto. Isso possui uma lógica própria dentro da qual se torna claro o porquê das questões interpretativas e dos argumentos terem uma real importância como argumentos jurídicos. Ademais, isso nos ajuda a lembrar por que é tão importante para um jurista ser metuculoso ao examinar atentamente cada uma das proposições universais ou conceitos estabelecidos em uma lei, descobrindo assim sua hierarquização, interação mútua ou subordinação. Os casos são ganhos ou perdidos por meio do emprego de um cuidado metuculoso (ou por meio da falta desse cuidado) em exaurir cada conceito relevante, em testar rigorosamente cada um dos eventos particulares que poderão contar como exemplos de concretização daquele conceito geral. É claro, isso não significa que seja necessário ou mesmo melhor estabelecer disputas jurídicas reais em termos silogísticos rigorosos. O modo de apresentar um caso pertence mais à retórica que à lógica, mas a retórica mais eficiente será provavelmente aquela que se fundamenta em uma clara compreensão das implicações lógicas desse processo.”¹²¹

Se para Kelsen a norma fornece um esquema, um modelo de interpretação, para MacCormick o silogismo fornece a moldura para a argumentação jurídica que está implicada na aplicação do Direito. Podem surgir problemas no emprego da moldura, os quais serão resolvidos

¹²¹ Retórica e Estado de Direito, p. 57.

por argumentos não dedutivos, de natureza retórica ou persuasiva.

Ainda é preciso lembrar um importante argumento de MacCormick relevante para o exame que aqui fazemos do conceito de fato ou modelagem dos fatos. Sua teoria da argumentação jurídica é complementada por uma teoria institucional do Direito, e MacCormick, juntamente com Ota Weinberger constantemente insistiu que a argumentação jurídica não acontece livremente, mas na dinâmica das instituições jurídicas. A partir da categoria de *instituição* ou de *argumentação institucional* MacCormick reafirma o conceito de “fato institucional”. Em termos gerais um sistema jurídico S comumente possui pessoas dotadas de autoridade para determinar certos fatos (um guarda de trânsito que multa um carro estacionado em local proibido) e procedimentos simples ou mais complexos que geram presunções de que certos fatos ocorreram. Tais procedimentos garantem eficiência e economia na dinâmica do funcionamento dos sistemas jurídicos, uma vez que não é preciso, para cada fato singular, efetuar sempre uma prova completa da sua ocorrência.

Após a teoria de MacCormick, recordaremos o modelo de norma jurídica para Frederick Schauer, que também conceitua a norma jurídica a partir de uma estrutura condicional entre um antecedente, ou predicado fático, em um conseqüente.

O Modelo de Frederick Schauer: os predicados fáticos

Schauer considera que as regras prescritivas possuem um predicado fático ou antecedente e um conseqüente. O predicado fático consiste em uma generalização, uma vez que as regras pretendem regular geralmente uma classe de objetos ou fenômenos e não somente objetos particulares. Segundo sua definição, o predicado fático de uma regra prescritiva é uma *generalização probabilística*.

Assim compreendida uma regra, ela sempre terá um caráter *sobreincludente* e um caráter *subincludente*. A regra será *sobreincludente* porque pode incluir casos em que o seu predicado fático seja satisfeito para um determinado caso, e este caso não produza o efeito descrito no consequente da regra. O consequente da regra também pode representar a justificação da regra, e no caso da *sobreinclusão* a ocorrência da situação descrita no predicado fático pode não ser justificada pelo consequente. Por exemplo, em um restaurante pode haver a regra de que “não se admitem cachorros”. A justificativa, ou a consequência almejada desta regra é que “os clientes não sejam perturbados”. A *sobreinclusão* significa que (probabilisticamente) podem haver cachorros que adentrem o restaurante e não perturbem os clientes, ou seja, que a relação entre o antecedente e o consequente não exista no caso concreto considerado.

Uma regra prescritiva também é *subincludente*, no sentido de que seu predicado fático não compreende hipóteses que, ocorrendo, poderiam também causar ou justificar o consequente da regra. No exemplo anterior, muitas perturbações aos clientes do restaurante podem não ser causadas pelos cachorros (por fumantes, ou pessoas que falam alto, etc.).

Schauer não considera que a *subinclusão* ou *sobreinclusão* sejam um defeito das regras prescritivas. Em realidade elas fazem parte das próprias regras:

“As regras dependem, pois, de predicados fáticos que são (habitualmente) generalizações probabilísticas e subincludentes com respeito às justificações da regra. Posto que as generalizações são necessariamente seletivas, as generalizações probabilísticas incluirão propriedades que em certos casos particulares serão irrelevantes e todas as generalizações, probabilísticas ou não, excluirão propriedades que em certos casos particulares serão relevantes. Portanto, em alguns casos, os predicados fáticos tornarão operativas características do caso que não servem à justificação da regra e, em outros casos, não reconhecerão características do caso cujo reconhecimento serviria à justificação da regra.”¹²²

Até este momento alcançamos a seguinte premissa: os fatos são um conjunto maior, e até infinito, de elementos que são selecionados pelas regras como sendo relevantes para o antecedente

¹²² *Las reglas en juego*, pg. 92, em tradução livre.

de um condicional de uma regra (Kelsen), ou para o silogismo jurídico (MacCormick), ou para a generalização probabilística de um predicado fático (Schauer).

Consideremos agora uma conceituação lógica, ou uma definição lógica de caso para uma norma ou para uma regra normativa.

O Modelo de Alchourrón e Bulygin: a definição de caso e as propriedades relevantes

Para Alchourrón e Bulygin, antes de definir o que seja um “caso” é necessário ter em conta uma “propriedade”. O ponto de vista de ambos os autores é similar ao adotado por Kelsen e exposto anteriormente. O conjunto de propriedades é um conjunto infinito, e somente algumas delas serão relevantes para serem tomadas em consideração. Partindo de uma delimitação do Discurso, segundo Alchourrón e Bulygin, teremos um “Universo do Discurso” UD. Um subconjunto finito de UD será um “Universo de Propriedades” UP. O conceito de caso (em geral) pode ser definido recursivamente em termos de propriedades do Universo de Propriedades (UP), a partir das seguintes definições¹²³:

- a) Se P_i é uma propriedade de UP, então P_i é (define) um caso.
- b) Se P_i é um caso, então a negação de P_i ($\sim P_i$) é um caso.
- c) Se P_i e P_j são casos, então a conjunção ($P_i \wedge P_j$) e a disjunção ($P_i \vee P_j$) são casos, sempre que não resultem tautológicas nem contraditórias.

Alchourrón e Bulygin introduzem mais algumas distinções, como a diferença entre casos

¹²³ *Sistemas Normativos*, p. 39.

elementares (conjunção de todas as propriedades do UP ou suas negações) e casos complexos (que são todos os casos não elementares), e entre casos genéricos e casos individuais. Para o principal propósito da presente exposição, que consiste em obter uma definição ampla de caso para um sistema jurídico, não tomaremos em conta estas distinções, sem que, com isso, negemos a sua importância.

Uma questão metodológica que se coloca quando avançamos nos conceitos da lógica jurídica é que o mundo prático do Direito parece resistir ao modo de raciocinar a partir de esquemas abstratos e proposicionais. Entre os filósofos do Direito, uma das melhores mediações entre a filosofia do Direito, a teoria do direito, a epistemologia e o processo foi a realizada por M. Taruffo.

O Modelo de M. Taruffo: o caso como parte de uma narrativa processual

No contexto processual do Direito, os fatos não são analisados em sua forma lógica, atômica e proposicional. Os fatos são comumente apresentados como parte de uma narrativa processual, onde intervêm no discurso diversos personagens, como os advogados, os juízes, as testemunhas, etc. É comum nos sistemas de Civil Law a distinção entre a matéria de fato e a matéria de direito, ou entre os enunciados estritamente normativos e jurídicos e os enunciados fáticos. M. Taruffo, na mesma esteira do raciocínio que Kelsen, MacCormick, Schauer, Alchourrón e Bulygin propuseram, distingue dois critérios de relevância para os fatos: relevância jurídica e relevância lógica:

Relevância jurídica: um fato é juridicamente relevante se é um fato descrito por uma ou mais normas (*fact-tokens* ou *facta probanda*);

Relevância lógica: um fato é logicamente relevante quando, não sendo em si mesmo um *facta*

probanda principal, pode ser usado como premissa para inferências cujas conclusões se referem à verdade ou falsidade de um enunciado relativo a um fato principal¹²⁴.

O discurso jurídico também encerra uma dimensão institucional. Os fatos narrados no processo também são socialmente construídos e sua significação institucional e social podem ir além de sua realidade puramente empírica.

O Modelo de J. Wróblewski: determinação descritiva ou valorativa de fatos, fatos positivos e negativos, fatos simples e relacionais

Para Jerzy Wróblewski há várias espécies de fatos no Direito, e a relação dos fatos com o Direito é determinada pela maneira que eles são referidos na linguagem jurídica. Para este autor há três maneiras essenciais de determinação dos fatos pelas normas legais: descritivamente ou valorativamente; positivamente ou negativamente; e simplesmente ou relacionalmente.¹²⁵

Exemplos de determinações descritivas são "quem mata um homem", "veículo", etc., e de determinações valorativas "legítimo interesse", "razões importantes", etc. Na oposição entre fatos determinados descritivamente ou valorativamente entram em jogo as propriedades semânticas da linguagem jurídica, especificamente do núcleo claro de significado e das zonas de penumbra.

Wróblewski afirma que os enunciados jurídicos descritivos são afirmações existenciais, que são baseadas em sentenças observacionais e em regras de evidência (prova), da mesma maneira que as ciências naturais verificam fatos. As afirmações existenciais dependerão das regras de prova adotadas. Não podemos aqui entrar em detalhes, pois esta é a matéria das Teorias da Prova. Os

¹²⁴ Cf. Michele TARUFFO. *Simplemente la verdad: el juez y la construcción de los hechos*, cap. II, p. 55.

¹²⁵ WRÓBLEWSKI, Jerzy. Facts in Law. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*. Stuttgart, vol. 59, n. 2, p. 161-178, 1973, p. 163.

sistemas judiciais são específicos nestes sentido, cada um dos quais com suas regras de provas e de evidências. Wróblewski menciona as principais regras de prova, como a regularidade empírica (um fato é provado se ocorre de maneira contínua e regular), a da prova quando quando a evidência contrária não é demonstrada (um fato é provado quando sua contra-prova não é apresentada), e as regras contra-empíricas (quando não há fatos empíricos nem regularidades empíricas, mas o fato é provado quando o efeito desejado do fenômeno não ocorre, como nos casos da Idade Média em que se acreditava que as bruxas boiavam quando colocadas na água e com as mãos amarradas).

As normas legais podem determinar os fatos sem usar expressões negativas contendo as partículas "não", "nenhum" ou outros funtores sinônimos dentro de uma linguagem legal dada. A determinação dos fatos sem o uso das expressões negativas é "positiva"; do contrário, é "negativa".

A determinação dos fatos de maneira positiva ou negativa pode também depender da técnica legislativa adotada. Um sistema legal pode determinar que o dever de prestar socorro a uma pessoa em perigo significa positivamente a obrigação do ato de socorrer ou a proibição da omissão em prestar socorro.

Os fatos determinados negativamente também possuem a função de determinar o que deveria ter ocorrido em tal situação. O salva-vida que não socorreu alguém na praia que esteve quase afogado possui o dever legal, ao contrário do banhista que não sabe nadar. As normas podem determinar o que deveria ter ocorrido (a ação do salva-vida em salvar o afogado) em uma situação em que o um fato ou conduta determinada não ocorreu.

Os fatos determinados de um modo simples são os fatos determinados descritivamente ou valorativamente, explicados nos parágrafos anteriores, e os fatos determinados positivamente. Neste

caso a relação do fato em questão com a norma não é relevante para declarar a sua existência.

Já para os fatos determinados de um modo relacional, para declarar a sua existência é necessário determinar a sua relação com uma norma legal. São exemplos de fatos determinados de forma relacional: "contrato inválido", "ação legal", "o órgão estatal transgrediu a competência", etc. Aqui o que conta é a relação de um grupo de eventos com as normas legais. Por exemplo, se certas ações são legais, elas evocam certos efeitos legais; do contrário, se as ações não são legais, não estão em relação com as normas legais, e não produzem os efeitos legais. Wróblewski afirma que: "The semantic properties of relational statements are dependent on the linguistic properties of the norms referred to (esp. norms of the first or of the higher levels) and on the properties of the facts referred to (esp. facts determined descriptively or evaluatively; primary or secondary valuation, facts as behaviorus or other facts, etc.)".¹²⁶

Wróblewski conclui que este terceiro critério (fatos determinados de modo simples ou relacional) é um critério mixto, que combina os dois primeiros critérios (fatos determinados descritivamente/valorativamente e fatos determinados positivamente/negativamente). A proposta de Wróblewski demonstra que os fatos referidos pelas normas legais possuem certas características impostas pela lei, ou seja, eles são designados por termos da linguagem jurídica, e a maneira pela qual eles são determinados pelas normas jurídicas influencia suas propriedades e as características dos enunciados relativos à sua existência. O objetivo de Wróblewski, com esta classificação, foi esclarecer melhor a oposição entre *quaestiones iuris* e *quaestiones facti*.

Do percurso entre as teorias do Direito que selecionamos, podemos elaborar o seguinte quadro expositivo, o qual mostra a principal característica do que denomino *Modelo fático*, ou seja, o componente principal que a teoria selecionou para modelar os fatos a partir da perspectiva jurídica.

¹²⁶ WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Facts in Law*, p. 172.

QUADRO EXPOSITIVO: MODELOS TEÓRICOS DOS FATOS JURÍDICOS

Autores	Modelo fático
H. Kelsen	Norma jurídica formada por um condicional unindo o antecedente e o consequente
N. MacCormick	Fatos operativos e silogismo jurídico
F. Schauer	Generalização probabilística de um predicado fático
Alchourrón e Bulygin	Relevância e propriedades relevantes determinam um Universo de Casos de caráter matricial, o qual é um subconjunto do Universo do Discurso
Michele Taruffo	Narrativas jurídicas, relevância jurídica e relevância lógica
J. Wróblewski	Determinação descritiva ou valorativa de fatos; fatos positivos e negativos; fatos simples e relacionais

O ponto comum às teorias do Direito que selecionamos (Kelsen, MacCormick, Schauer, Alchourrón e Bulygin, Taruffo e Wróblewski), e aí está uma vantagem delas, consiste em que conceituam fato jurídico modelando os fatos naturais, sem pressupor uma determinada ontologia para o mundo exterior. O fato jurídico não é um dado anterior à teoria do Direito, mas é o resultado de categorias que servem antes como um modelo, um critério interpretativo para a leitura dos fatos: Kelsen atribui esta tarefa à norma, MacCormick aos fatos operativos e ao silogismo jurídico, Schauer ao predicado fático, Alchourrón, Bulygin¹²⁷ e Taruffo à relevância e ao discurso, e finalmente Wróblewski a uma classificação triádica.

¹²⁷ Para maiores detalhes sobre o conceito de relevância de Alchourrón e Bulygin para a determinação do UC, cf. *Sistemas normativos*, Cap. VI El problema de la relevancia y las lagunas axiológicas p. 141 a 166. O conceito de relevância pode ser assim sintetizado: “La definición del concepto de relevancia se elabora en tres pasos em el § 3. Esta noción tiene mucha importancia. Cabe mostrar que para todo sistema normativo existe un UP tal, que contiene todas las propiedades relevantes y sólo las propiedades relevantes para esse sistema. Este hecho proporciona un criterio de adecuación para la elección del Universo de Casos (*tesis de relevancia*): adecuado es, en este sentido, aquel Universo de Casos que está construido a partir del Universo de Propiedades Relevantes. Por otra parte, la cuestión de saber cuáles son las propiedades que deben ser relevantes, es decir, que merecen ser tenidas en cuenta para dar soluciones diferentes, es un problema valorativo. Llamamos *hipótesis de relevancia* a la proposición que identifica aquellas propiedades que deben ser relevantes de acuerdo con un criterio axiológico”. *Sistemas normativos*, p. 142.

Conclusões

É preciso ressaltar que não faria sentido buscar uma única teoria, ou mesmo uma teoria do Direito unificadora com relação à modelagem dos fatos. Assim como na filosofia em geral há diversas correntes no campo da lógica, da ontologia e da metafísica, o mesmo ocorre nas teorias do Direito. Ora um ora outro aspecto é ressaltado e selecionado por uma dada teoria, na medida em que o conceito de fato jurídico é um dos conceitos fundamentais do Direito, assim como outras categorias básicas como o conceito de norma jurídica, sistema jurídico, etc.

A busca de sistematização e análise teórica é uma tarefa que os filósofos do Direito realizam ao debruçar-se sobre o seu objeto, ou seja, as doutrinas jurídicas, as normas positivas, as Constituições escritas e as decisões jurisprudenciais. Era isso o que Kelsen denominava como a atividade científica do cientista do Direito. Já em contextos decisórios, ou seja, nas argumentações que advogados públicos e privados realizam perante os tribunais, e nas sentenças nas quais as autoridades judiciárias decidem os casos, é lícito que as teorias que mencionamos tenham um uso prático e estratégico. Kelsen ressaltou diversas vezes que o Direito, enquanto técnica de regulação social, não tem como objetivo entender e compreender o mundo, a natureza ou a sociedade, e sim regulá-las através das normas jurídicas. Neste sentido, ao fim e ao cabo, o jurista prático geralmente irá selecionar o critério ou o modelo fático que lhe traz mais vantagens do ponto de vista argumentativo e retórico para a defesa do seu caso, ou o juiz para a sentença que pretende proferir, ou mesmo a autoridade legislativa com relação aos termos e categorias da lei para a regulação jurídica dos fatos.

Os desafios do Direito com os novos fatos ou os “fatos fluidos” não terminou com o episódio de Carnelutti e a regulação jurídica do furto da energia elétrica, como mencionamos no

início desse Capítulo. Vivemos uma civilização de avanços científicos e tecnológicos. Já neste século XXI o Direito necessita lidar, dentre outros exemplos que poderiam ser dados, com os "fluidos" problemas de regulação da internet e da criptografia¹²⁸. Com o avanço da inteligência artificial e da robótica, novas áreas do conhecimento estão sendo criadas e fronteiras entre o humano e o artificial estão tornando-se igualmente fluidas, de modo que elas também demandarão e em alguns locais já demandam uma regulação jurídica¹²⁹, podendo-se mencionar a existência de disciplinas como "ética robótica" e teorias da "responsabilidade robótica". Possuir uma clara definição, ou mesmo uma teoria definitória precisa para o fato jurídico, torna-se essencial nos tempos atuais de rápido avanço tecnológico¹³⁰.

Seria coerente e realista concluir este trabalho admitindo que, na prática, as teorias jurídicas, por melhor e mais refinadas que possam ser, são utilizadas de maneira pragmática pelos argumentadores na prática judicial. Uma determinada distinção, por exemplo, que um advogado pretende argumentar em um caso talvez possa ser obtida pela introdução de algum aspecto de uma certa teoria jurídica, e neste sentido ela poderá ser útil para a argumentação prática.¹³¹

¹²⁸ Atualmente a Corte Constitucional brasileira possui dois casos em trâmite que discutem a futura proibição ou não do aplicativo mensageiro WhatsApp utilizar-se da criptografia ponta a ponta ou "end-to-end" nos serviços oferecidos aos seus usuários. Durante o ano de 2016 o poder judiciário brasileiro ordenou quatro bloqueios judiciais ao aplicativo, interrompendo os seus serviços entre 24 e 48 horas e afetando mais de 100 milhões de usuários, devido à negativa da empresa proprietária do aplicativo de fornecer os dados de usuários investigados pelas autoridades policiais brasileiras. O problema não consiste somente no regime jurídico da criptografia, mas na regulação jurídica dos aplicativos, uma vez que as empresas proprietárias que fornecem seus serviços via internet localizam-se fora do Brasil, o que dificulta a aplicação não somente da lei brasileira mas da leis de outros países às estas mesmas empresas da internet.

¹²⁹ Para maiores detalhes cf. o periódico da ed. Springer *International Journal of Social Robotics* (<https://link.springer.com/journal/12369>).

¹³⁰ Outro exemplo atual da regulação jurídica de novos fatos que adquirem relevância para o Direito brasileiro é a nova (nova apenas no Brasil, pois outros países como a Argentina, México e países de União Européia a possuem há mais de duas décadas) Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD (Lei n. 13.709, de 14/08/2018). Ela apresenta 19 definições em seu art. 5º, ou seja, para os fins da Lei são definidos: dado pessoal, dado pessoal sensível, dado anonimizado, banco de dados, titular, controlador, operador, encarregado, agentes de tratamento, tratamento, anonimização, consentimento, bloqueio, eliminação, transferência internacional de dados, uso compartilhado de dados, relatório de impacto à proteção de dados pessoais, órgão de pesquisa e autoridade nacional.

¹³¹ A título de exemplo, menciono um caso que ocorreu comigo: certo dia um advogado de São Paulo telefonou-me solicitando que eu expusesse a um futuro cliente seu, uma grande multinacional estrangeira, o conteúdo de um artigo que escrevi e que demonstrava, através da pesquisa empírica e comparativa dos indicadores judiciais, que o sistema judicial brasileiro era, por característica própria, litigioso, demorado e congestionado quando comparado aos sistemas europeus e americano. Com minha exposição o advogado pretendia contratar este cliente e convencê-lo de que estes defeitos não eram imputáveis aos serviços do escritório brasileiro de advocacia, mas ao próprio

Cabe também, aos teóricos do direito, denunciar quando as teorias jurídicas, neste uso pragmático e retórico nos tribunais, são traídas epistemologicamente, resultando em um uso incoerente da própria teoria. Esta é prática comum nas cortes judiciais brasileiras, e muitas vezes o que é mencionado como teoria não é efetivamente e epistemologicamente uma verdadeira teoria jurídica, e sim um argumento simples alçado (retoricamente) ao *status* de teoria.

No fundo as relações entre o epistemólogo e o cientista experimental, ou no caso do presente trabalho, entre o epistemólogo jurídico e o jurista prático, é uma relação complexa e sempre frustrante para o epistemólogo. Assim como comecei este trabalho com uma citação de Einstein, terminarei também com outra, relevante para a discussão deste ponto:

“Science without epistemology is – insofar as it is thinkable at all – primitive and muddled. However, no sooner has the epistemologist, who is seeking a clear system, fought his way through to such a system, than he is inclined to interpret the thought-content of science in the sense of his system and to reject whatever does not fit into his system. The scientist, however, cannot afford to carry his striving for epistemological systematic that far. He accepts gratefully the epistemological conceptual analysis; but the external conditions, which are set for him by the facts of experience, do not permit him to let himself be too much restricted in the construction of his conceptual world by the adherence to an epistemological system. He therefore must appear to the systematic epistemologist as a type of unscrupulous opportunist: he appears as *realist* insofar as he seeks to describe a world independent of the acts of perception; as *idealist* insofar as he looks upon the concepts and theories as the free inventions of the human spirit (not logically derivable from what is empirically given); as *positivist* insofar as he considers his concepts and theories justified *only* to the extent to which they furnish a logical representation of relations among sensory experiences. He may even appear as *Platonist* or *Pythagorean* insofar as he considers the viewpoint of logical simplicity as an indispensable and effective tool of his research.”¹³²

Talvez seja difícil localizar outra passagem que esclareça tão bem a relação entre a epistemologia e o cientista. Na visão de Einstein o cientista necessita de liberdade para adotar posições realistas, idealistas, positivistas e até platônicas ou pitagóricas em seu empreendimento

ambiente judicial brasileiro. O artigo referido era: Justiça em números: uma análise numérico-comparativa entre indicadores dos sistemas judiciais brasileiro e de países americanos e europeus. In SERBENA, Cesar Antonio (coord.). *Brazilian and European Perspectives in E-Justice*. Curitiba: Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR, 2016. p. 11-39.

¹³² EINSTEIN, Albert. Remarks to the Essays Appearing in this Collective Volume. In Paul Arthur SCHILPP. *Albert Einstein: Philosopher-Scientist*. Vol. VII in the Library of Living Philosophers. New York: MJF Books, 1970, p. 684.

científico.

Penso que o mesmo ocorre entre o filósofo do Direito, enquanto interroga epistemologicamente a sua disciplina, e a atividade jurídica profissional. Certamente a epistemologia jurídica não poderá cercear a liberdade da prática jurídica, pois esta dificilmente poderá ser enquadrada em apenas um modelo epistemológico. Esta posição também serve como uma crítica à epistemologia kelseneana, que por vezes revelou-se estreita demais em seu neokantismo para compreender alguns aspectos das práticas judiciais.

Em suma, o realismo jurídico e suas variantes não podem ser pensados a partir de premissas dogmáticas ou imutáveis. A linguística pragmatista e a epistemologia empírico-construtiva fornecem conhecimentos precisos e distinções valiosas à filosofia do Direito. Elas fundam um realismo crítico, na medida em que criticam duramente algumas ficções jurídicas, como a objetividade da interpretação jurídica e a objetividade dos fatos jurídicos. Estas duas formas de objetividade, e que postura realista podemos adotar frente a elas, foram o nosso objeto durante o presente estudo.

Referências bibliográficas

- ADEODATO, João Maurício. *Uma Teoria Retórica da Norma Jurídica e do Direito Subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2014.
- ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do Direito: uma crítica à verdade na Ética e na Ciência*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica: para uma teoria da Dogmática Jurídica*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- ADEODATO, João Maurício. *A Retórica Constitucional: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do Direito Positivo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Sistemas normativos: introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*. 2 ed. Rev. Buenos Aires, Bogotá: Ed. Astrea, 2012.
- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.
- BARBERIS, Mauro. El Realismo Jurídico Europeo-Continental. *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. 1, p. 227-240. Disponível em <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3875/9.pdf>
- BUENO, Otávio. *O empirismo construtivo: uma reformulação e defesa*. Campinas: UNICAMP, Centro de Lógica, Epistemologia e História da Ciência, 1999.
- BUENO, Otávio. *Quase-verdade: Seu Significado e Relevância*. Texto inédito do autor.
- BUENO, Otávio. Quase-verdade. In: *Dicionário de termos lógico-filosóficos*. Ed. João Branquinho; Desidério Murcho; Nelson Gonçalves Gomes. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 654-655.
- BULYGIN, Eugenio. Alf Ross y el realismo escandinavo. *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. Buenos Aires, no 1, 1981, pp. 75-89.
- CARNAP, Rudolf. *Philosophical Foundations of Physics. An Introduction to the Philosophy of Science*. Martin Garner (ed.). New York, London: Basic books, Inc. Publishers, 1966.
- CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Trad. A. C. Ferreira. São Paulo: LEJUS, 1999.
- CHIASSONI, Pierluigi. Wiener Realism. In D'ALMEIDA, Luís Duarte; GARDNER, John; GREEN, Leslie (eds.). *Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law*. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2013. p. 131-162.
- COHEN, Herman. *System der Philosophie*. Parte I: Logik der Reinen Erkenntnis; Parte II: Ethik des reinen Willens. Parte III: Aesthetik des reinen Gefühls (2 vols). Berlin: 1902-1912.
- D'ALMEIDA, Luís Duarte; GARDNER, John; GREEN, Leslie (eds.). *Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law*. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2013.

DASCAL, Marcelo; WRÓBLEWSKI, Jerzy. Transparency and Doubt: Understanding and Interpretation in Pragmatics and in Law. *Law and Philosophy*. Vol. 7, n. 2, Aug. 1988. p. 203-224.

DASCAL, Marcelo. Defending Literal Meaning. *Cognitive Science*, 11, p. 259-281, 1987.

DAVIDSON, Donald. Communication and Convention. *Synthese*, vol. 59, no. 1, p. 3–17, 1984.

Documentation: Popper and the Vienna Circle – Excerpt from an Interview with Sir Karl Popper (1991) In: STADLER, Friedrich. *The Vienna Circle: Studies in the Origins, Development, and Influence of Logical Empiricism*. Vienna: Circle Institute Library and Springer, 2015.

DUTRA, Luiz Henrique de Araújo. *Filosofia da Linguagem: introdução crítica à semântica filosófica*. 2ª de. Rev. Florianópolis: Ed. da UFSC, 2017.

EDEL, Geert. The Hypothesis of the Basic Norm: Hans Kelsen and Hermann Cohen. In: PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie Litschewski. (eds.) *Normativity and Norms: critical perspectives on Kelsenian Themes*. Oxford: Clarendon Press, 1998. p. 195-219.

EINSTEIN, Albert; INFELD, Leopold. *A evolução da física*. Trad. Giason Rebuá. Rio de Janeiro: Jorge Zahar ed., 2008. 1ª publicação e tradução brasileira por Monteiro Lobato. Ed. Original: *The evolution of physics. The Growth of Ideas from Early Concepts to Relativity and Quanta*. Cambridge University Press, 1938.

EINSTEIN, Albert. Remarks to the Essays Appearing in this Collective Volume. In Paul Arthur SCHILPP. *Albert Einstein: Philosopher-Scientist*. Vol. VII in the Library of Living Philosophers. New York: MJF Books, 1970.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.

FERRER BELTRAN, Jordi; RATTI, Giovanni B. (ed.) *El Realismo Jurídico Genovés*. Barcelona: Marcial Pons, 2011.

HAACK, Susan. *Evidence Matters: Science, Proof and Truth in the Law*. New York: Cambridge University Press, 2014.

<http://www.kant-gesellschaft.de/en/>

International Journal of Social Robotics. Springer (<https://link.springer.com/journal/12369>)

JABLONER, Clemens. Kelsen and his Circle: The Viennese Years. *European Journal of International Law* 9 (1998). p. 368-385.

KATZ, J.J. *Propositional Structure and Illocutionary Force. A Study of the contribution of sentence meaning to speech acts*. New York: The Harvest Press, 1977.

KELSEN, Hans. Causality and Imputation. *Ethics*, p. 1-11, 1950.

KELSEN, Hans. Causality and Retribution. *The Journal of Unified Science (Erkenntnis)*, p. 234-240, 1939.

KELSEN, Hans. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*. [Problemas principais na teoria do Direito Público]. Tübingen: J.C.B Mohr, 1911. 2ª reimpressão de 1923, com um novo prefácio, traduzido por Stanley L. Paulson e Bonnie Litschewski Paulson e publicado em S.L. Paulson e B. L. Paulson 1998, p. 3-22).

KELSEN, Hans. *O que é a Justiça*. Trad. E. G. Valdés. México: Fontamara, 1991. 21ª reimp. 2008.

KELSEN, Hans. Platonic Love. *The American Imago*, vol. 3, p. 1-110, 1942.

KELSEN, Hans. Reflexiones en torno de la teoría de las ficciones jurídicas: con especial énfasis em la filosofía del “como si” de Vaihinger. In: *Ficciones jurídicas: Kelsen, Fuller, Ross*. MENDONCA, Daniel; SCHMILL, Ulises (Comp.) Trad. Espanhola de Jean Hennequin. México: Distribuciones Fontamara, 2003. p. 23-56. Original publicado em *Annalen der Philosophie*. Ed. por Hans Vaihinger e Raymund Schmidt, Feliz Meiner. Leipzig, 1919.

KELSEN, Hans. *Society and Nature: a Sociological Inquiry*. Oxfordshire, New York: Routledge, 2011. Orig. Publicado por Routledge, Trench, Trubner and Co., Ltd, 1946.

KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Trad. Roberto J. Vernengo. 14 ed. México: Ed. Porrúa, 2005.

KELSEN, Hans. The Pure Theory of Law, 'Labandism' and Neo-Kantianism. A letter do Renato Treves. p. 169-175. In PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie Litschewski. (eds.) *Normativity and Norms: critical perspectives on Kelsenian Themes*. Oxford: Clarendon Press, 1998.

KELSEN, Hans. The Pure Theory of Law, 'Labandism', and Neo-Kantianism. A Letter to Renato Treves. In: PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie Litschewski. (eds.) *Normativity and Norms: critical perspectives on Kelsenian Themes*. Oxford: Clarendon Press, 1998. p. 169-175. [Primeiramente publicada em francês, com tradução de Michel Troper, em *Droit et Société*, 7, 1987, p. 333-5. Original em alemão e tradução italiana por Agostino Carrino publicada em Hans Kelsen e Renato Treves. *Formalismo giurídico e realtà sociale*. Stanley L. Paulson (de.). Nápoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1992, p. 55-8 (alemão), 51-4 (italiano)]

KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1986.

KRAUSE, Décio. Newton da Costa e a Filosofia da Quase-Verdade. *Principia* 13(2): p.105–128, 2009.

LAGIER, Daniel González. *Acción y Norma em G.H. von Wright*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995.

LEWIS, D. *Convention. A Philosophical Study*. 2ª ed. Oxford: Basil Blackwell, 1986.

LOSANO, Mario G. *Teoría Pura del Derecho: evolución y puntos cruciales*. Trad. Jorge Guerrero R. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1992.

MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Trad. C. H. Mendes; M. P. Veríssimo. Rev. C. Michelon. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MAZZARESE, Tecla. Interpretación literal: juristas y lingüistas frente a frente. *Doxa*, 23, 2000. p.

597-631. Trad. Jordi Ferrer Beltrán.

MILL, John Stuart. *A System of Logic – Ratiocinative and Inductive*. Honolulu: University Press of the Pacific, 2002 [1ª ed. 1843].

NAVARRO, Pablo E.; RODRÍGUEZ, Jorge. *Deontic Logic and Legal Systems*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

PARSONS, Talcott. Society and Nature Review. *Harvard Law Review*. Vol. 58, n. 1, p. 140-144, nov. 1944.

PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie Litschewski. (eds.) *Normativity and Norms: critical perspectives on Kelsenian Themes*. Oxford: Clarendon Press, 1998.

PAULSON, Stanley. Metamorphosis in Hans Kelsen's legal Philosophy. *The Modern Law Review*. 80 (5) p. 860-894, 2017.

POSNER, Richard A. *A economia da justiça*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

PLANCK, Max. *Der Kausalbegriff in der Physik*. 1932.

PLATÃO. *Fedro ou da Beleza*. Trad. Pinharanda Gomes. 6 ed. Lisboa: Guimarães editores, 2000.

POPPER, Karl. *La sociedad abierta y sus enemigos*. s.l., Ed. Paidós, s.d.

POPPER, Karl. R. *La logica de la investigacion científica*. Madrid: Ed. Tecnos, 1962, 1ª ed. 1985, 7ª reimp. 1934, 1ª ed. austríaca. 1958, 1ª ed. inglesa.

QUINE, Willard Van Orman. *Word and Object*. USA: MIT Press, 1960.

REICHENBACH, Hans. Das Kausalproblem in der Physik. *Die Naturwissenschaften*, XIX 1931.

REICHENBACH, Hans. Die Kausalstruktur der Welt. *Sitzungsberichte der Bayr. Acad. Der Wiss., Math. Naturw. Abt.*, p. 133, 1925.

ROSS, Alf Tû-Tû. *Harvard Law Review* 70 (1957) 5: p. 812–825.

ROSS, Alf. *Hacia una Ciencia Realista del Derecho: Crítica del dualismo en el Derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1961.

ROSS, Alf. Imperatives and Logic. *Philosophy of Science*, Vol. 11, No. 1, p. 30-46, Jan., 1944.

ROSS, Alf. *Lógica de las normas*. Trad. Jose S.P. Hierro. Madrid: Editorial Tecnos, 1971.

ROSS, Alf. *On Law and Justice*. Berkeley: University of California Press, 1959. Nova edição: The Lawbook Exchange, Ltd., 2004. Ed. em espanhol: *Sobre el Derecho y la Justicia*. Trad. Genaro R. Carrió. 2ª ed. Buenos Aires: Eudeba Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1997.

ROSS, Alf. Tû-Tû. *Harvard Law Review*, 70, 5, p. 812–825, 1957.

RUSSELL, Bertrand. *The philosophy of logical atomism*. USA: Open Court, 1998.

SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente*. São Paulo: Cortez Editora, 2011.

SCHAUER, Frederick. *Las reglas en juego: un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*. Trad. Claudina Orunesu e Jorge L. Rodríguez. Barcelona: Marcial Pons, 2004. Edição original: *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford: Oxford University Press, 1991.

SCHMILL, Ulises. Apresentação. In: KELSEN, Hans. *Ensayos sobre Jurisprudencia y Teología*. Trad. Ulises Schmill. México: Distribuciones Fontamara, 2003.

SCHRÖDINGER, E. *Was ist ein Naturgesetz?* 1929, 17 Die Naturwissenschaften 9°.

SEARLE, John R. *Mind, Language and Society: Philosophy in the real world*. New York: Basic Books, 1999.

SESMA, Victoria Iturralde. *Interpretación literal y significado convencional*. Madrid: Marcial Pons, 2014.

SERBENA, Cesar Antonio. Serbena. O que é um fato no contexto de um sistema jurídico? Uma questão não tão simples. In SERBENA, Cesar A (coord.). *Concepções de Sistema em Direito: estudos em homenagem a Eugenio Bulygin*. Curitiba: Juruá, 2018.

SERBENA, Cesar Antonio; Justiça em números: uma análise numérico-comparativa entre indicadores dos sistemas judiciais brasileiro e de países americanos e europeus. In SERBENA, Cesar Antonio (coord.). *Brazilian and European Perspectives in E-Justice*. Curitiba: Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR, p. 11-39, 2016.

TARELLO, Giovanni. *Diritto, enunciati, usi: studi di teoria e metateoria del diritto*. Bologna: Il mulino, 1974.

TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad: el juez y la construcción de los hechos*. Trad. D. A. Scagliotti. Madrid: Marcial Pons, 2010.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. Facts in Law. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*. Stuttgart, vol. 59, n. 2, p. 161-178, 1973.

VAIHINGER, Hans. *Die Philosophie des Als-Ob*. Berlin: Reuther & Richard, 1911. Trad. Inglesa *The Philosophy of 'As If': a System of the Theoretical, Practical and Religious Fictions of Mankind*. London: Degan Paul, Trench, Trubner & Co. 1924, traduzida por C.K. Ogden da 5ª e 6ª edição de Vaihinger. Tradução portuguesa: *A filosofia do como se*. Trad. de Johannes Kretschmer. Chapecó: Argos editora da Unochapecó: 2011. 723 p.

VAN FRAASSEN, Bas C. *A imagem científica*. Trad. Luiz Henrique de Araújo Dutra. São Paulo: Ed. UNESP: Discurso Editorial, 2007.

VERNENGO, Roberto J. *La interpretación literal de la ley*. 2ª ed. ampliada. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Trad. Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento da imprensa nacional, 1979.