



**Guilherme da Franca Couto Fernandes de Almeida**

**Técnica legislativa e linguagem**

**Dissertação de Mestrado**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-graduação em Direito do Departamento de Direito da PUC-Rio

Orientador: Prof. Adrian Sgarbi

Rio de Janeiro  
Abril de 2017



**Guilherme da Franca Couto Fernandes de Almeida**

## **Técnica legislativa e linguagem**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-graduação em Direito do Departamento de Direito do Centro de Ciências Sociais da PUC-Rio. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

**Prof. Adrian Sgarbi**

Orientador

Departamento de Direito – PUC-Rio

**Prof. Noel Struchiner**

Departamento de Direito – PUC-Rio

**Prof. Fábio Perin Shecaira**

Departamento de Direito – UFRJ

**Profa. Mônica Herz**

Vice-Decana de Pós-Graduação do Centro de  
Ciências Sociais - PUC-Rio

Rio de Janeiro, 05 de abril de 2017

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, do autor e do orientador.

## **Guilherme da Franca Couto Fernandes de Almeida**

Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) em 2014. Candidato ao título de Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica. Tem como principais áreas de interesse a filosofia do direito e a filosofia da linguagem e se dedica principalmente ao tema das implicações da psicologia na área jurídica.

### Ficha Catalográfica

Almeida, Guilherme da Franca Couto Fernandes de

Técnica legislativa e linguagem / Guilherme da Franca Couto Fernandes de Almeida ; orientador: Adrian Sgarbi. – 2017.

118 f. : il. color. ; 30 cm

Dissertação (mestrado)–Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, 2017.

Inclui bibliografia

1. Direito – Teses. 2. Filosofia do direito. 3. Nomografia. 4. Técnica legislativa. 5. Vagueza. 6. Filosofia da linguagem. I. Sgarbi, Adrian. II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. Título.

CDD: 340

## Agradecimentos

Ao CNPq e à PUC-Rio, pelos auxílios concedidos, sem os quais este trabalho não poderia ter sido realizado.

Ao meu orientador, Prof. Adrian Sgarbi, pela orientação e por ter me apresentado à nomografia.

Ao Prof. Fábio Shecaira, que inspirou em mim a vontade de ser acadêmico.

Ao longo desse mestrado, não foram poucas as experiências inesquecíveis e as lições importantes. Muitas delas ocorreram no NERDS, grupo de pesquisas coordenado pelo Prof. Noel Struchiner, a quem devo imensa gratidão, não só por suas contribuições para essa dissertação, mas também por me instigar interesse em temas que certamente ainda irão figurar em minha vida acadêmica. Dos colegas do NERDS, gostaria de destacar a influência e amizade de três grandes pesquisadores: Pedro Chrismann, Gabriel Cabral e Fausto Pinheiro Marques.

Ao Prof. Ivar Hannikainen, que ajudou imensamente e tornou possível a realização dos estudos quantitativos realizados.

Aos demais professores do Departamento de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio, com destaque para os professores Fábio Leite, Luiz Eduardo Melin, Adriano Pilatti e Márcia Nina Bernardi.

Aos colegas de mestrado, que contribuíram de forma indelével para a presente dissertação através de comentários, críticas e revisões. Em especial, gostaria de agradecer a Ursula Vasconcellos, que ao longo desta jornada sempre contribuiu

com revisões e críticas a capítulos dessa dissertação e artigos finais para as disciplinas. Também me auxiliaram com inúmeros comentários os colegas Rodolfo Assis, Rebeca Freitas e Lucas Grecco.

A todos os professores que, ao longo desses anos de graduação e mestrado, contribuíram para minha formação intelectual.

Aos meus pais, Aluizio e Maria Lúcia, pelo apoio incondicional.

Ao meu irmão de sangue, Alexandre, e aos irmãos que a vida me deu, Diego Menescal, Vinny Dantas, Tiago Andrade e Carlos Eduardo Lopes, sem os quais essa empreitada seria impossível.

## Resumo

Almeida, Guilherme da Franca Couto Fernandes de; Sgarbi, Adrian. **Técnica legislativa e linguagem**. Rio de Janeiro, 2017. 118p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

A filosofia do direito se preocupa tradicionalmente com a análise de problemas interpretativos sob a perspectiva do juiz. Uma mudança de perspectiva pode ser benéfica: é possível utilizar de conceitos de filosofia da linguagem para aprimorar a redação de textos normativos, lançando nova luz sobre as questões filosóficas persistentes sobre a interpretação jurídica. O presente trabalho analisa os conceitos de ambiguidade e vagueza, em suas diversas formas, e oferece uma divisão entre tipos de vagueza instrumentalmente desejáveis e indesejáveis para a consecução dos valores perseguidos pelo direito. Após, é apresentado um argumento que pretende mostrar que textos normativos são atos de fala ilocucionários. Finalmente, o trabalho busca mostrar como a linguagem ordinária pode ser usada para aumentar a clareza de textos normativos. A hipótese de que essa prática pode gerar benefícios é testada e confirmada a partir de um questionário distribuído a juristas e não juristas. Na conclusão, argumenta-se que a aplicação das conclusões filosóficas anteriores a textos normativos pode aumentar o grau de efetividade e transparência do direito e resolver parte dos problemas de interpretação que permanecem não solucionados após décadas de debate filosófico, como ocorre com as discussões sobre intencionalismo e textualismo.

## Palavras-chave

Filosofia do direito; Nomografia; Técnica legislativa; Vagueza; Filosofia da linguagem; Teoria do direito.

## Abstract

Almeida, Guilherme da Franca Couto Fernandes de; Sgarbi, Adrian (Advisor). **Legislative technique and language**. Rio de Janeiro, 2017. 118p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Philosophy of law is traditionally preoccupied with the analysis of interpretative problems under the judge's point of view. A change in perspective might be beneficial: it is possible to use concepts from philosophy of language to enhance the redaction of normative texts, shedding new light on persistent philosophical questions about interpretation in law. The present thesis analyzes the concepts of ambiguity and vagueness in its multiple forms, offering a division between kinds of instrumentally desirable and undesirable vagueness to the values pursued by law. Afterwards, it presents an argument that intends to show that normative texts are illocutionary speech acts. Finally, the thesis seeks to show ways in which ordinary language may be used to create clearer normative texts. The hypothesis that this practice may generate benefits is tested and confirmed by a questionnaire distributed to both lawyers and laymen. In its conclusion, it is argued that the application of these previous philosophical conclusions to normative texts may increase the degree of effectiveness and transparency of law and solve part of the problems of interpretation that remain unsolved after decades of philosophical debate, as happens with discussions about intentionalism and textualism.

## Keywords

Philosophy of law; Nomography; Legislative technique; Vagueness; Philosophy of language; Jurisprudence.

## Sumário

Introdução	10
1 Indeterminação linguística, vagueza e ambiguidade	22
1.1 Indeterminação linguística	22
1.2 A distinção entre vagueza e ambiguidade	26
1.3 Diferentes conceitos de vagueza	27
1.4 Textura aberta	36
1.5 O valor instrumental da vagueza no direito	37
1.6 Semelhanças de família	48
1.7 Vagueza e técnica legislativa	52
2 Textos normativos como atos de fala ilocucionários	56
2.1 Infelicidades legislativas	62
2.2 Condições de obediência	67
2.3 Compreensão e efetividade	69
2.4 Resposta a uma objeção	71
3 Linguagem ordinária	74
3.1 Background	76
3.2 A multiplicidade de níveis na linguagem ordinária	81
3.3 Contexto e intenções	84
4 Métodos de otimização	90
4.1 Intenções em notação lógica	91
4.2 Testes	101
4.3 Discussão	107
5 Conclusão	109
6 Referências bibliográficas	112



## Lista de Figuras

Figura 1 – Árvore de decisão baseada no art. 1829 do Código Civil 104

Figura 2 – Probabilidades de acerto de respondentes no grupo 1  
(texto normativo original) e no grupo 2 (árvore de decisão) em  
questões fáceis e difíceis 106

## Introdução

Regular o comportamento humano a partir de regras não é uma tarefa fácil. Quando se cria uma regra através de um comando normativo expresso através da linguagem ordinária, uma série de problemas podem surgir. Consideremos o exemplo da “criança legalista”, trazido por Twinning e Miers (2010):

Johnny, de 7 anos, é filho único e recentemente sua mãe tem se preocupado porque seu desejo de comer doces têm afetado o seu apetite durante as refeições. Preocupada, ela comenta sobre a situação com seu marido, pai de Johnny, que é advogado. O marido sugere que eles devem criar uma regra a respeito e deixar essa regra clara para Johnny, de forma que seja justo puni-lo quando este comer doces durante o dia.

Um belo dia a mãe descobre que Johnny entrou na dispensa e comeu metade de um pote de doces. Ela então procura Johnny e lhe diz “Isso é errado. No futuro, você nunca deve entrar na dispensa sem a minha permissão”. No dia seguinte, Johnny usa uma vassoura para pegar o pote de doces da dispensa e comer. “Eu não entrei na dispensa”, ele diz, quando confrontado pela mãe<sup>1</sup>.

O exemplo de Twinning e Miers (2010) ilustra bem algumas das dificuldades que os tomadores de decisão no direito e em outros ramos têm ao estabelecer regras. Criar comandos normativos precisos, que sejam compreendidos pelos seus destinatários e que desestimulem o comportamento estratégico é algo extremamente difícil. Algumas vezes, para evitar o legalismo de cidadãos como Johnny, recorremos a linguagem vaga.

Outras vezes, recorremos a uma linguagem técnica, que tem seu significado determinado pela prática de um subconjunto relativamente pequeno da população. Essas estratégias são rotineiramente utilizadas pelos redatores de textos normativos. Afinal, se a precisão excessiva de “não entre na dispensa” é indesejável e a vagueza de “se engajar em práticas que afetem seu apetite” também, parece que o ideal seria cunhar um termo que abarcasse exatamente as condutas que se quer coibir. Essa estratégia, porém, também gera seus problemas

---

<sup>1</sup> Parafraseio o exemplo em Twinning e Miers (2010:14).

próprios. Afinal, regras jurídicas, em geral, não são endereçadas a uma única pessoa (a Johnny), mas a todos os cidadãos de uma determinada jurisdição.

O art. 243 da CRFB/88 em sua redação original prescrevia que “As *glebas* de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de *plantas psicotrópicas* serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”<sup>2</sup>; o art. 168 do Código Penal estabelece que é proibido “apropriar-se de *coisa alheia móvel*, de que tem a *posse* ou a *detenção*”<sup>3</sup>; o art. 169, também do Código Penal, define como crime “apropriar-se alguém de *coisa alheia* vinda ao seu poder por *erro*, *caso fortuito* ou força da natureza”; o art. 184 do mesmo código tipifica a conduta de “violar *direitos de autor* e os que lhe são *conexos*”; Também é proibido: “causar epidemia, mediante a propagação de *germes patogênicos*”, (art. 267)<sup>4</sup>.

Não importa quem você seja, qual tenha sido o seu nível de estudo, nem sua erudição. Certamente você não pode dizer que entendeu perfeitamente o que o Estado esperava de você em cada um dos casos acima. O que, exatamente, é uma planta psicotrópica? O que é uma gleba? Será que eu tenho a propriedade de uma gleba? O que conta como caso fortuito? O que são germes patogênicos? Todas essas são perguntas com respostas bastante confusas e que eu mesmo, como bacharel em direito e advogado, não saberia responder com confiança.

A despeito disso, todos esses comandos são aplicáveis a qualquer um que esteja no território brasileiro, como afirma o art. 3º da lei de introdução às normas do direito brasileiro. Todos, cultos e incultos, juristas e não juristas, têm suas esferas de liberdade restritas por esse tipo de texto, independentemente de sua capacidade de compreendê-los. Com relação a certos subsistemas legais, cidadãos

<sup>2</sup> O texto foi alterado pela emenda constitucional 81, de 2014, substituindo o vocábulo “glebas” pela expressão muito mais elucidativa e natural “propriedades rurais e urbanas” e passou a ter a seguinte redação: “as propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º”.

<sup>3</sup> Três termos jurídicos cujos significados diferem de suas contrapartes usadas na linguagem comum.

<sup>4</sup> Todos os grifos são meus.

inclusive têm que realizar exames para provar seu conhecimento da legislação pertinente, como acontece com a lei de trânsito<sup>5</sup>.

Imagine, por outro lado, uma regra de trânsito que punisse os motoristas que conduzissem seus veículos em uma velocidade maior do que é “razoável”, como era o caso da legislação vigente em Ohio em 1917<sup>6</sup>. Essa regra, bastante vaga, torna difícil que qualquer cidadão, independentemente de sua competência linguística e capacidade para o raciocínio jurídico e moral, guie sua ação de forma efetiva.

Tradicionalmente, prática e teoria jurídicas não se interessam muito pela redação legislativa, preferindo se preocupar com a interpretação de textos normativos. Assim, não faltam artigos e livros que teorizem a respeito da tarefa do juiz. Como interpretar textos normativos? Como justificar a aplicação do direito? Quais os limites morais da atuação judicial? Essas são as perguntas que geralmente instigam juristas e filósofos do direito.

Recentemente, autores como Wintgens (2002) e Sgarbi (2005) têm discutido a questão sob o ponto de vista do legislador. Esse enfoque abre um campo consideravelmente menos saturado para a pesquisa, com a oportunidade de fazermos novas perguntas a respeito de temas tradicionais do direito e, talvez, a partir delas encontrarmos novos caminhos, resolvendo alguns de nossos problemas.

Wintgens (2002:9-39)<sup>7</sup> chama esse enfoque de “legisprudência”, dividindo-o em duas grandes frentes. A primeira busca responder a perguntas sobre a elaboração de textos normativos. A segunda, que parece ser a preocupação central do autor, busca identificar os “limites materiais” que o direito impõe à prolação desses textos.

O presente trabalho tem como escopo a primeira linha de investigação, cujo precursor é Jeremy Bentham, em particular na obra “Nomography” (Bentham, 1843/2011a:413-523). O argumento que sustenta a posição benthamiana continua sendo pertinente, principalmente se levarmos em

---

<sup>5</sup> Para que nos tornemos habilitados a dirigir, a lei 9503/97 estabelece, em seu artigo 147, III, a aprovação em exame “escrito, sobre legislação de trânsito”.

<sup>6</sup> Waldron (2010:2).

<sup>7</sup> Ver também Wintgens (2007:3-42).

consideração o quadro teórico desenvolvido ao longo do séc. XX pela filosofia da linguagem. Acredito poder descrever o referido argumento utilizando-me da terminologia contemporânea nos debates sobre teoria/filosofia do direito<sup>8</sup> da seguinte maneira:

O direito, segundo visão amplamente aceita, tem a pretensão de influenciar a conduta de determinados indivíduos (Kelsen, 1941)<sup>9,10</sup>. É o que acontece, por exemplo, quando o direito prevê regras semelhantes a comandos (regras primárias, na tipologia de Hart, 2009:103 e seguintes), que expressam uma prescrição e vinculam determinadas condutas a determinadas consequências (Kelsen, 2001 :. 323-348). Da mesma forma, parece natural dizer que regras têm a pretensão de influenciar a conduta de determinados indivíduos mesmo quando não se assemelham tanto a comandos. Mesmo as regras secundárias de Hart (2009:103 e seguintes), que conferem poderes aos seus destinatários, parecem exercer influência sobre a conduta dos jurisdicionados. Estabelecer que, cumprindo as formalidades X, Y e Z, as partes realizam entre si um contrato válido importa influenciar a conduta dos indivíduos que pretendem realizar contratos válidos.

Além disso, também parece pacífico que essa influência que o direito pretende exercer sobre o comportamento das pessoas ocorre através de enunciados textuais paradigmaticamente canônicos e gerais que chamamos de regras (Schauer, 1999, 2015). Se esse é o meio pelo qual o direito pretende exercer a sua influência, segue-se então que, para cumprir essa pretensão, é necessário que os destinatários das regras as entendam. Caso as regras não sejam entendidas, o direito é falho no sentido de que não consegue exercer a sua pretensão de

---

<sup>8</sup> Muito embora os termos tenham conotações distintas em uma determinada corrente do pensamento jurídico, utilizarei de ambas indistintamente, fazendo referência a questões filosóficas formuladas em conexão com o direito e as tentativas de respostas formuladas por filósofos e juristas.

<sup>9</sup> Existe um amplo debate sobre como funciona a autoridade no caso do direito. Raz (1999) desenvolve uma complexa e polêmica teoria envolvendo razões práticas e razões de segunda ordem. O argumento que pretendo apresentar, porém, não precisa tomar lados nessa polêmica. Muito embora a terminologia empregada em certos momentos sugira uma posição raziana, utilizo-me dos termos de maneira mais ampla e menos rigorosa, implicando em uma posição mais fraca e, espero, menos polêmica que a de Raz.

<sup>10</sup> Waldron (2010) afirma a questão da seguinte forma: “Like Raz – indeed like almost everyone writing in jurisprudence today – I accept that guiding action (or guiding conduct or guiding behavior) is the mode of governance distinctive to law” (2010:6). Tradução do autor: “Como Raz – na verdade como quase todos na teoria do direito contemporânea – eu aceito que guiar a ação (ou guiar a conduta, ou guiar o comportamento) é o modo de governança distintivo do direito”.

influenciar o comportamento de seus destinatários (Bentham, 1843/2011b:248, caso de leis ineficazes).

No caso das normas primárias, segundo a distinção hartiana, o processo pelo qual o direito pretende exercer a sua influência sobre o comportamento das pessoas, pelo menos na maior parte dos sistemas jurídicos existentes, é o seguinte: (1) há um texto normativo “TN”<sup>11</sup> que descreve uma conduta (por exemplo “matar alguém”) e vincula a realização deste ato a uma consequência (“X anos de prisão”). (2) O objetivo do texto normativo “TN” é fornecer uma razão para que os cidadãos de um país “P”, onde “TN” é uma regra válida no ordenamento jurídico vigente, se abstenham de realizar a conduta descrita (“matar alguém”). (3) Para que (2) seja cumprido, é necessário que os cidadãos do país “P” compreendam qual é a conduta descrita por “TN”. Ou seja, essa digressão não passa de uma maneira sofisticada e rigorosa de dizer que, para que um texto forneça uma razão para que se faça ou se deixe de fazer algo, é antes necessário que se compreenda o que o texto diz.

É importante perceber que a situação não é binária. Seria falso afirmar que, quando se está diante de um texto normativo, se compreende o texto ou não se compreende o texto. É perfeitamente possível se imaginar que regras variam em função de seu grau de clareza (Schauer, 1997)<sup>12</sup>. Elas tanto podem ser muito claras, no sentido de que sua aplicação é razoavelmente incontroversa, quanto podem ser bastante obscuras. Outra maneira de colocar a questão é utilizar termos hartianos: a linguagem possui uma “textura aberta”, sendo certo que seu uso se adapta às circunstâncias do mundo, de maneira que o significado de uma dada palavra nunca é absoluto e imutável. Assim, muito embora, na maior parte dos

---

<sup>11</sup> A necessidade de se distinguir entre texto da norma e norma é reforçada continuamente por Sgarbi (2005; 2013). Embora largamente negligenciada na tradição anglo-saxã (Shecaira, 2015), sua importância é inegável e nos permite ver com muito mais clareza os problemas interpretativos. Uma das consequências imediatas da distinção, conforme assevera Shecaira, é o fato de que não podemos falar que, quando o texto é claro, cessa a interpretação, para desmontar um dos brocardos mais famosos e menos precisos do direito. No presente trabalho, optei por utilizar da mesma terminologia utilizada por Sgarbi (2005; 2013).

<sup>12</sup> Schauer utiliza o termo “precisão”. O termo, porém, não me parece intuitivamente adequado, especialmente porque o autor explicita a ideia de que, dentro da concepção que ele apresenta no referido artigo, precisão deve ser compreendido como o oposto de vagueza. Em geral, tendemos a considerar o oposto de vagueza como clareza, motivo pelo qual me referirei a essa mesma propriedade através desse nome distinto, pelo menos quando lidamos com uma noção ampla de vagueza. Quando menciono precisão, sempre me refiro à redução da generalidade dos termos empregados.

casos, a linguagem e, por corolário, as regras, tenham um significado bem definido – uma zona de certeza – sempre existirão casos de penumbra, nos quais não sabemos ao certo qual o significado de um determinado termo ou expressão (Hart, 2009). Podemos fazer a ponte entre ambas as concepções afirmando que uma regra é mais clara se os casos que geralmente se apresentam sobre a sua aplicação estão em uma zona de certeza e que ela é menos clara se os casos estão na zona de penumbra.

Essa noção de que as regras podem ter diferentes graus de precisão que variam em função da linguagem empregada pelo legislador nos permite vislumbrar a primeira utilidade do estudo dos problemas de teoria do direito sob a perspectiva do legislador. Em tese, regras enunciadas através de textos normativos mais claros, precisos e específicos sofreriam menos de problemas que tradicionalmente incitam o debate sobre a interpretação. A tarefa normativa da “legisprudência” ou “nomografia” é justamente mostrar de que maneiras podemos minimizar problemas como a indeterminação do direito ainda durante a etapa da elaboração do texto normativo. É o caso, por exemplo, das propostas de Sgarbi (2013) sobre como redigir boas definições legislativas.

Suponhamos que o legislador consiga cumprir essa missão; ele redige e aprova textos normativos cujo conteúdo é claro, incontroverso e expressa bem as suas intenções. Nesse caso, uma das grandes disputas contemporâneas sobre interpretação de textos normativos é resolvida. Alexander e Sherwin (2008), dentre outros<sup>13</sup>, defendem que interpretar textos normativos é sempre buscar as intenções que o legislador tinha ao promulgar essas leis. Com base nessa tese, elegem como principais adversários os textualistas, como Sinnott-Armstrong (2005), que defendem que, embora seja possível defender normativamente a primazia da intenção do autor sobre o significado do texto, isso não é necessário; existem ocasiões nas quais o melhor caminho seria buscar o significado literal do texto, através da atribuição de sentido de acordo com as regras de uso da linguagem ordinária.

Todo esse debate, que motivou edição especial da San Diego Law Review em 2005, concentra-se sobre a distinção entre significado do proferimento e

---

<sup>13</sup> Ver também Alexander e Prakash (2004), Fish (2005), Knapp e Michaels (1982; 2005).

significado do autor. É possível que um determinado texto tenha algum significado objetivo quando analisado a partir das regras da linguagem ordinária e um outro significado que discorda deste em função da intenção do autor. O exemplo preferido de Alexander e Sherwin é o seguinte: imagine que sua mãe te deixou um bilhete dizendo “coloque o ‘autobahn’ do lado do sofá”; se imaginarmos que o significado de *autobahn* é “estrada alemã”, essa frase não faz o menor sentido. Você sabe que a sua mãe jamais pediria que você colocasse a estrada alemã do lado do sofá. Você sabe, porém, que a sua mãe sempre confunde ‘autobahn’ com ‘otomano’<sup>14</sup>. Naturalmente, para cumprir com o desejo da mamãe, você não vai colocar uma estrada alemã (imaginando que isso fosse possível) ao lado do sofá, mas sim o otomano (Alexander e Sherwin, 2008:133).

O caso do bilhete da mamãe serve para demonstrar tanto a distinção quanto a controvérsia que advém dela. O bilhete comporta pelo menos dois sentidos diversos: 1) “coloque a estrada alemã do lado do sofá”, que é o resultado do significado convencional das palavras e sua combinação e, portanto, o significado do proferimento e 2) “coloque o otomano do lado do sofá”, que é o significado intencionado pelo autor do bilhete. Alexander e Sherwin defende que sempre devemos privilegiar (2) sobre (1)<sup>15</sup>, enquanto um outro conjunto de autores defende que, pelo menos no caso do direito, devemos preferir (1) a (2) na maioria dos casos.

Sob a perspectiva do legislador, podemos dizer o seguinte: é possível minimizar e, talvez, eliminar a lacuna entre (1) e (2). A mãe do exemplo poderia ter escrito “coloque o otomano ao lado do sofá”. Nesse caso, não haveria divergência alguma entre (1) e (2). O ato de fala da mãe seria transparente no sentido empregado por Dascal (2003). Ambos significados seriam convergentes e a discussão sobre intencionalismo ou textualismo perderia seu objeto.

A ideia, portanto, é fazer uma análise das causas pelas quais a linguagem empregada pelo legislador na elaboração de textos normativos pode ser falha e

---

<sup>14</sup> Otomano é um móvel que parece com um puff.

<sup>15</sup> Existe um debate, evidenciado por Sinnott-Armstrong (2005), sobre se a posição de Alexander e Sherwin pode ser colocada nesses termos mais fracos, ou se ela é uma posição forte, defendendo que a única interpretação verdadeira é a busca pelas intenções do autor, como defende Fish (2005). De toda forma, a posição que descrevo é plausível e parece ser defendida em algum grau pelos autores, bem como por Marmor (2005).



propor soluções para esses problemas. Bentham sugere a seguinte tipologia dos problemas nomográficos de primeira ordem (Bentham, 1843/2011a:425):

1. Ambiguidade: ocorre quando duas ou mais interpretações possíveis parecem sugeridas pelo texto, mas não sabemos qual delas é a correta.
2. Obscuridade: ocorre quando simplesmente não temos ideia do que foi dito. É a “ambiguidade levada ao máximo”, posto que não temos um número razoável de interpretações concorrentes, mas um número indefinido e potencialmente infinito delas.
3. Excesso de robusteza<sup>16</sup>: ocorre quando o direito possui um conjunto de prescrições tão grande que nenhum cidadão consegue mantê-lo em mente a todo o tempo (quando o adjetivamos de “absoluto”) ou quando um cidadão específico não consegue manter o conjunto de prescrições que se dirigem especificamente a ele em sua própria mente durante todo o tempo (quando adjetivamos o excesso de robusteza de relativo)<sup>17</sup>.

O propósito do presente trabalho é analisar os dois primeiros problemas. Pretendo discutir a ambiguidade e obscuridade de textos normativos (em particular as sugeridas pelo próprio Bentham e por Sgarbi, 2005 e 2013), à luz de conceitos relevantes da teoria dos atos de fala (Searle, 1995, 2002, 2005; Austin, 1962; Dascal, 2006). Isso implica uma análise mais profunda e precisa de conceitos como ambiguidade e vagueza, bem como a avaliação normativa da ocorrência desses fenômenos no direito.

O terceiro problema, relacionado ao número de prescrições que regulam, concomitantemente, a conduta de um dado indivíduo, mereceria uma investigação autônoma e relativamente independente. Escolhi não lidar com essa questão, mas considero necessário tê-la em mente como um dos limites da empreitada nomográfica. Se as soluções postuladas para reduzir vagueza e ambiguidade implicarem um conjunto imenso de regras, então sua implementação agrava o problema do excesso de robusteza.

Não é difícil ver como isso poderia se dar: retornemos ao exemplo da lei de trânsito vigente em Ohio em 1917, que prescrevia algo como “dirija com cuidado”. Essa regra, que comporta várias interpretações igualmente corretas, a

<sup>16</sup> Tradução livre de “overbulkiness”.

<sup>17</sup> Parafraseado de Bentham (1843/2011a:425).

variar conforme os padrões extrajurídicos empregados por cada juiz, pode regular uma quantidade imensa de condutas. Podemos considerar que ela regula o caso do motorista que dirige enquanto conversa com alguém por telefone, o caso do motorista que dirige em excesso de velocidade e o caso do motorista que dirige após ter consumido bebidas alcoólicas. Essa regra, portanto, regula, no mínimo, três condutas distintas.

O problema surge quando vemos o que acontece se tentarmos tornar essa regra mais clara: subitamente, triplicamos o número de regras que os motoristas precisam conhecer para cumprir aquilo que o Estado exige deles: haveria uma regra específica proibindo que se dirija enquanto se fala ao telefone, uma outra regra limitando a velocidade máxima e ainda mais uma regra proibindo a direção após o consumo de bebidas alcoólicas. Isso pode ser desejado ou indesejado, mas temos que ter em mente que esses dois conjuntos de problemas (por um lado, vagueza e ambiguidade e, por outro, excesso de robusteza) funcionam de maneira a se limitar mutuamente. Se exagerarmos na exigência de especificar a regra, acabaremos com um conjunto imenso de regras<sup>18</sup> e teremos dificuldades em influenciar os cidadãos através de seus textos; se seguirmos o caminho inverso, poderemos ter um sistema com uma única regra “faça a coisa certa” (Alexander e Sherwin, 2008:152), eliminando totalmente o problema do excesso de robusteza, mas potencializando ao máximo a vagueza e indeterminação do direito<sup>19</sup>.

Uma última distinção deve ser observada e será pressuposta ao longo dessa dissertação: a diferença entre o conteúdo comunicado por uma regra – sua carga informacional – e a pressão que ela exerce sobre o tomador de decisão. Para compreendermos essa discussão, é interessante delinear, brevemente, a posição normativa de Schauer a respeito da tomada de decisão jurídica.

Schauer toma como exemplo paradigmático do conceito de regra relevante para o direito as regras primárias (segundo a clássica distinção de Hart, 2009:103 e seguintes), que “prescrevem ações e comportamentos” (Marcondes e Struchiner, 2015:166). Essas regras são generalizações simplificadas de considerações

---

<sup>18</sup> Conforme veremos na seção seguinte, um conjunto de filósofos acredita ser impossível reduzir certos termos vagos a um conjunto finito de termos mais específicos.

<sup>19</sup> Um problema intimamente relacionado a esse é aquele que Schauer (2001) identifica como a convergência entre regras e princípios.

normativas mais profundas. O exemplo de Schauer é uma regra que proíbe a entrada de cachorros no restaurante (Schauer, 1991:25).

Com base em algumas experiências ruins que envolviam a presença de cachorros em um determinado restaurante, o dono desse restaurante estabelece uma regra que proíbe a entrada de todos os cachorros. Seu propósito, podemos imaginar, era evitar comportamentos capazes de criar um transtorno para os seus clientes (Marcondes e Struchiner, 2015:166). Essa regra, como todas as regras, em virtude de sua generalização, é ao mesmo tempo sobre e sub inclusiva. O texto da regra (seu conteúdo informacional) se aplica a exemplos onde a justificção não se aplicaria (como no caso de cães guias) e deixa de incorporar casos aos quais a justificção se aplicaria (bêbados inconvenientes) (Marcondes e Struchiner, 2015:166).

Em virtude dessas características, o resultado da aplicação de uma regra a uma situação específica nunca pode ser superior ao resultado que alcançaríamos se levássemos em consideração todos os fatores relevantes. Isso ocorre porque regras sempre funcionam à luz de um propósito subjacente. “Proibido cachorros no restaurante”, por exemplo, é uma regra cujo propósito subjacente é evitar transtornos aos clientes do restaurante. Na maioria dos casos, esse resultado será atingido se você impedir que cachorros entrem no restaurante. Nos casos onde a regra funciona, a melhor decisão possível era impedir a entrada de cachorros no restaurante e a regra prescreveu a proibição da entrada de cachorros no restaurante. Quando isso acontece, a aplicação da regra gera o mesmo resultado que a aplicação de seu propósito subjacente: afinal, se o propósito subjacente do dono do restaurante ao promulgar a regra era evitar transtornos para seus clientes e aquele cachorro em particular era um transtorno, então a regra foi, em certo sentido, supérflua. Se ela não existisse e o dono do restaurante tivesse como política simplesmente impedir transtornos a seus clientes, o resultado seria o mesmo. Por outro lado, se impedirmos um cachorro extremamente bem-comportado e bonito de entrar em um restaurante com base na regra, pode ser que a justificção não recomendasse esse mesmo resultado. Poderia ser que aquele cachorro em particular não só não causaria transtorno algum aos clientes do restaurante, como também tornaria a experiência deles mais agradável. Em resumo, regras nunca podem fornecer resultados superiores ao modelo de decisão

particularista (aquele que leva em consideração todos os fatores relevantes) para um dado caso particular, mas sempre podem fornecer resultados inferiores àquele. Essa questão, como afirma Schauer, é lógica, não empírica (Schauer, 1991:100).

O modelo de tomada de decisões defendido por Schauer, o positivismo presumido, é caracterizado pelo fato de que essas generalizações prescritivas são levadas a sério. Elas oferecem resistência com relação aos seus propósitos subjacentes. Essa resistência deve, ainda, ser suficientemente forte para que somente resultados moralmente absurdos autorizem o tomador de decisão a ignorar a regra e aplicar diretamente suas razões subjacentes (Schauer, 1991:196-197, 203). Mesmo que a decisão discorde do melhor resultado possível, à luz de todas os fatores relevantes, devemos seguir a regra. Só devemos deixar de segui-la quando o resultado por ela recomendado for extremamente ruim.

Toda a argumentação que o autor faz a respeito da desejabilidade de um positivismo presumido pressupõe uma divisão entre duas etapas diferentes do processo de aplicação da regra: 1) o adjudicador deve compreender o conteúdo informacional do texto normativo e 2) o adjudicador deve decidir se aplica ou não o comando daquele texto ao caso concreto. Isso é importante porque nos permite perceber que, em casos onde uma regra é clara e tribunais criam uma exceção a essa regra, não houve uma alteração naquela regra original: seu conteúdo informacional continua o mesmo, mas a sua aplicabilidade passa a ser derrotada pela aplicabilidade de uma outra regra – judicialmente criada – que passa a regular aquele subconjunto de casos que, de outra forma, estariam sob o pressuposto de aplicação da primeira regra<sup>20</sup>.

Resumindo as ideias acima: o direito é, muitas vezes, desnecessariamente complexo. Ele muitas vezes se utiliza de uma linguagem extremamente técnica que o cidadão comum, destinatário final das prescrições emanadas do legislativo, tem dificuldades em compreender. Outras vezes ele simplesmente usa linguagem excessivamente complexa, vaga ou ambígua. Quando isso acontece, é de se esperar que a capacidade do direito de influenciar nas condutas de seus jurisdicionados seja reduzida. Da mesma forma, se imaginamos que o conteúdo informacional comunicado por um texto normativo é relevante para as decisões

---

<sup>20</sup> Asgeirsson (2016) chama esse tipo de teoria de “visão *pro tanto*” e a atribui a Raz.

tomadas por juízes, também eles devem ser capazes de entender o conteúdo prescritivo intencionado pelo legislador da melhor forma possível.

Levando em conta o aparato conceitual da filosofia da linguagem, é possível imaginar meios para simplificar os textos normativos pelos quais o legislador prescreve condutas. Isso é algo bom. O jurisdicionado só consegue seguir as prescrições do legislador quando sabe exatamente o que está prescrito. Além disso, uma legislação mais clara permite mais crítica e, presumivelmente, expande a possibilidade de ação política do jurisdicionado. Se existe uma lei injusta, mas ninguém sabe ao certo qual o conteúdo dessa lei, ou, ainda, apenas aqueles aos quais ela beneficia sabem o seu real conteúdo, é de se esperar que exista pouca indignação com relação à sua existência. Se, por outro lado, a lei é claramente injusta, não há dúvidas de que o potencial para indignação é maior.

Inicialmente, é preciso que se discuta com algum cuidado o que faz com que um texto normativo seja vago, impreciso, incompleto ou subdeterminado. Essa é a função do próximo capítulo. Após, construindo a partir desta fundação, irei discutir uma possível teoria sobre o significado e como essa teoria pode nos ajudar a criar textos mais claros com relação a seus destinatários finais. A partir desse referencial teórico, buscarei aplicar essas conclusões à simplificação de um texto normativo específico. Para confirmar se de fato essa simplificação foi capaz de alterar o nível de compreensão dos destinatários gerais daquela regra, realizarei um experimento para comparar o grau de acerto de juristas e não-juristas quando expostos à lei original e à versão simplificada. O objetivo é mostrar que é possível aprimorar pelo menos alguns textos normativos através de melhorias em seu uso da linguagem ordinária. No melhor dos casos, isso poderia ser generalizado para um subconjunto expressivo do direito, ajudando-o a funcionar como uma técnica de controle social mais eficiente e transparente.

# 1.

## Indeterminação linguística, vagueza e ambiguidade

### 1.1

#### Indeterminação linguística

Uma crítica óbvia à empreitada nomográfica, como reconhecem Bentham (1844/2010:437) e Sgarbi (2005:21), é a ideia de que a linguagem é radicalmente indeterminada<sup>21</sup>. Se isso fosse verdade, a tarefa de reduzir as indeterminações de um certo texto estaria inevitavelmente fadada ao fracasso, posto que isso só seria possível através da elaboração de novos textos (ou da substituição de textos existentes), eles mesmos sujeitos a novos casos de indeterminação.

Esse argumento é geralmente associado à segunda metade da obra de Wittgenstein. É possível dizer que ele encontra fundamento, por exemplo, nos §§ 97-155 das *Investigações Filosóficas*<sup>22</sup> (Wittgenstein, 2009), dedicados à demonstração de que, de qualquer conjunto finito de dados, pode-se extrapolar uma quantidade potencialmente infinita de fórmulas (ou regras) passíveis de explicar a continuação de uma sequência. Um dos exemplos citados é o seguinte:

Imaginemos que A anote uma série de números, enquanto B o observa com o intuito de achar uma regra que explique a referida sequência e lhe permita continua-la indefinidamente. A escreve “1, 5, 11, 19, 29”. B subitamente diz que sabe continuar a sequência. O que isso quer dizer? Uma explicação possível é que B descobriu a fórmula que deve ser aplicada para continuar a sequência.

---

<sup>21</sup> Para uma extensa crítica dessa visão, ver Struchiner (2011).

<sup>22</sup> Struchiner (2002) faz uma longa investigação a respeito do conceito de “textura aberta”, desenvolvido por Waismann, sob influência de Wittgenstein em um estágio anterior à redação de “*Investigações Filosóficas*”. Para os efeitos da presente linha argumentativa, creio não fazer muita diferença utilizar da posição das investigações. Ademais, a linha de argumentação que pretendo expor parece mais ampla: ela é central, por exemplo, para os debates contemporâneos sobre a relação entre contexto e significado. Ver Borg (2010).

Qualquer explicação para as ações posteriores de B que se dê exclusivamente em termos de fórmulas é, no mínimo, incompleta. Por exemplo, se pedirmos que B continue a sequência “1000, 1002, 1004, 1006” e ele a continuasse, poderia se passar, por exemplo, o seguinte: B escreve “1008, 1010 [...], 1998, 2000, 2004, 2008”. Nesse caso, algo de estranho aconteceu. A interpela B e diz que não era essa a continuação correta, que a intenção era sempre somar 2 ao número anterior. O conjunto de acertos de 1008-1998 parecia indicar que essa era, de fato, a fórmula que B tinha imaginado para explicar a sequência de A. Mas B sempre poder responder: “Sim, a fórmula era: some sempre 2 até 1000, 4 até 2000, 6 até 3000...”. Brian Bix resume a conclusão deste argumento (atribuído por ele a Kripke): “if there is no fact of the matter that tells us how to use a word, if any way we go can be characterized as following the rule, then, it seems, anything goes” (1990:108)<sup>23</sup>.

O argumento é particularmente contundente quando pensado a partir da concepção corrente de linguagem. Na filosofia em geral<sup>24</sup>, bem como no caso do direito<sup>25</sup>, uma das teorias mais aceitas com relação ao que constitui o significado das palavras<sup>26</sup> é aquela que diz que o significado deriva de certas convenções sociais. Essas convenções, por sua vez, são regras que expressam uma regularidade no uso de certas expressões em certos sentidos. Assim, essas regularidades nada mais são do que uma sequência de usos específicos, compondo um conjunto parecido com as sequências discutidas acima. As regras da linguagem, portanto, devem sofrer do mesmo problema que a sequência: muito embora a regra se coadune ao uso, várias outras regras poderiam, igualmente, explicá-lo.

O problema específico para o direito que esse tipo de teoria gera é a ideia de que o conteúdo das prescrições normativas não tem a capacidade de determinar sua aplicação, mesmo em casos claros. Se esse é o caso, pode ser que, ao invés de vir do legislador, o conteúdo dessas regras venha diretamente do aplicador da

<sup>23</sup> Tradução do autor: “se não há fato objetivo que nos diga como usar uma palavra, se qualquer forma de uso pode ser caracterizada como seguir a regra, então, ao que parece, vale tudo”.

<sup>24</sup> Nesse sentido: Wittgenstein (2009), Searle (1995, 2002 e 2005), Gadamer (2011), Davey (2006).

<sup>25</sup> Struchiner (2002), Sgarbi (2005), Schauer (1999), Hart (2009), Hesse (2009), Shecaira (2015); Sinnott-Armstrong (2005).

<sup>26</sup> Este tema será discutido com mais vagar no capítulo 4.

regra, do juiz. Como o significado do texto é radicalmente indeterminado, ao atribuir sentido, o juiz pode criar um novo texto, que nunca está necessariamente restrito pelo texto normativo aprovado pelo legislativo<sup>27</sup>.

Aqui, é importante ressaltar a distinção entre norma e texto (ou fonte) da norma (Shecaira, 2015; Sgarbi, 2005; Dascal, 2003:322). Textos, por si só, não possuem um significado autônomo; o significado de um texto só existe com relação a um intérprete qualquer. O significado dos textos depende da existência de um observador<sup>28</sup> que lhe atribui um determinado sentido. Logo, sempre há interpretação<sup>29</sup>.

Com essas considerações, se apresenta, aparentemente, um problema. Por um lado, 1) o direito pode ser visto como um conjunto de prescrições emanadas do legislativo que tem a pretensão de influenciar no comportamento de seus destinatários, mas, por outro, 2) o significado dessas prescrições depende necessariamente da atividade interpretativa de um agente que em geral não compõe o legislativo (pensamos, naturalmente, no juiz). Como 3) a linguagem é indeterminada, segue-se que o autor das regras é, de fato, o juiz, que vai julgar cada caso em particular de acordo com as suas próprias convicções extrajurídicas, conforme a visão do “pesadelo realista”, segundo a descrição de Hart (1983:126-132).

A estranheza da questão reside no fato de que as duas posições delineadas acima (1 e 2) parecem ser contraditórias. A posição 2, porém, conforme foi visto, só contradiz 1 se a linguagem for, de fato, radicalmente indeterminada (3). A resposta que tradicionalmente é dada pelos filósofos do direito para fugir desse imbróglio é negar justamente essa terceira afirmação que sustenta a contradição.

<sup>27</sup> Essa visão seria uma espécie de versão exagerada do realismo jurídico, o “pesadelo” a que se refere Hart em *American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream* (1983:123-144).

<sup>28</sup> Aqui, uso a distinção de Searle (1995:1-31) entre coisas que são dependentes de observadores e coisas que são independentes de observadores. Enquanto as primeiras compõem a realidade social e são ontologicamente subjetivas, como textos e instituições, as segundas compõem o mundo físico. O monte Everest, por exemplo, existe independentemente de qualquer observador, ainda que muitas das características que atribuímos ao monte Everest, como por exemplo, dizer que ele é uma montanha bonita, peculiar ou especial, só existem relativamente a um observador.

<sup>29</sup> Dascal (2003:322) distingue, ainda, entre interpretação *sensu largo*, que é a ascrição de sentido a qualquer signo tratado como parte de uma língua e interpretação *sensu stricto*, que é a interpretação que ocorre a partir da existência de dúvidas em uma situação comunicativa. Juristas que se valem da máxima “*interpretatio cessat in claris*” parecem se referir à interpretação *sensu stricto*, enquanto aqui, estamos preocupados com a interpretação *sensu largo*.



Apesar do argumento wittgensteiniano, nem o próprio Wittgenstein possuía uma posição tão forte com relação à indeterminação (Bix, 1990).

Struchiner (2011 e 2002) se coloca exatamente a mesma questão, apontando que o problema é justamente que a linguagem (e, por corolário, o direito) raramente é tão indeterminada quanto a discussão supra faz parecer. Segundo o autor:

Entretanto, a sugestão mencionada [a linguagem é radicalmente indeterminada] revela uma má interpretação daquilo que Wittgenstein pretendia. Os usos refletem hábitos que posteriormente se transformam em convenções dentro de uma comunidade linguística. Se o significado só existisse dentro de um contexto particular de uso por um falante individual, então o aspecto da composicionalidade da linguagem – o fato de que entendemos proferimentos linguísticos que nunca ouvimos antes – não poderia ser explicado (Struchiner, 2011:136).

A posição mais adequada, segundo Struchiner, é concluir com Hart (2009) que a linguagem possui um significado bem determinado na maior parte dos casos. Ela possui uma zona de certeza sobre a qual geralmente não discutimos e que aceitamos sem maiores problemas. Por outro lado, “nas beiradas”, existe a zona de penumbra, onde não sabemos exatamente o que uma determinada palavra ou conjunto de palavras significa. De fato, essa parece ser a posição mais condizente com a de Wittgenstein em *Investigações Filosóficas* (Wittgenstein, 2009:82).

Portanto, a noção de que a linguagem é radicalmente indeterminada, embora ainda seja seguida por alguns filósofos da linguagem<sup>30</sup>, parece suficientemente inconsistente com as nossas práticas e crenças habituais para que a descartemos. Assim, podemos perceber que a aparente contradição entre as afirmações 1 e 2, discutidas acima, é resolvida. Em uma cultura jurídica que se sente comprometida com a deferência aos textos normativos na maioria dos casos aquilo que o legislador quis prescrever será cumprido por seus destinatários e exigido pelos aplicadores do direito. Resta ainda certa controvérsia quanto aos

---

<sup>30</sup> Ver Borg (2010).

casos de penumbra (ou de fronteira), motivo de intenso debate na literatura sobre teoria e filosofia do direito.

Assim, os problemas interpretativos realmente interessantes surgem a partir de textos que apresentam algum tipo de indeterminação. Na próxima seção veremos algumas das fontes de indeterminação que causam esses problemas e suas particularidades.

## 1.2

### A distinção entre vagueza e ambiguidade

Como vimos, Bentham tratava vagueza e ambiguidade como problemas do mesmo tipo. Na realidade, para o filósofo, a vagueza nada mais era do que a ambiguidade levada ao seu limite máximo: enquanto um termo ambíguo comporta dois ou três significados diferentes (definição na qual é acompanhado por Waldron, 1994 e Soames, 2012), um termo vago comporta  $n$  significados diferentes.

Embora a divisão conceitual benthamiana ainda tenha adeptos na filosofia contemporânea (como é o caso dos super-avaliadores<sup>31</sup>), classificações rivais abundam (Endicott, 2003; Sorensen, 2001, 2012; Asgeirsson, 2013, 2015). Em todos os casos, o conceito de ambiguidade se mantém constante (um termo é ambíguo se ele se refere a dois ou mais conceitos diferentes), diferindo os autores sobre como caracterizar a vagueza e se a vagueza em si é apenas um conceito homogêneo ou vários conceitos distintos com características e consequências diferentes.

No presente capítulo, irei expor brevemente algumas teorias sobre a vagueza e como cada uma delas trata a questão da vagueza no direito, em particular a afirmação comum de que a vagueza é algo instrumentalmente bom no contexto jurídico (Asgeirsson, 2015). Naturalmente, não irei enfrentar todas as

---

<sup>31</sup> Trata-se de uma tradução canhestra do termo “*supervaluationists*”, usado pela literatura (Endicott, 2003; Sorensen, 2012) para designar uma determinada teoria a respeito da vagueza, que será brevemente discutida adiante.

teorias a respeito da vagueza, mas apenas algumas delas; em particular, aquelas que são utilizadas por autores para sustentar uma visão normativa a respeito da vagueza no direito. Meu objetivo é mostrar que, dentro de praticamente qualquer leitura razoável destas teorias, ainda há algum espaço para o esforço nomográfico de tornar os textos normativos mais precisos. Na realidade, ainda que a vagueza seja uma característica inevitável do direito (Endicott, 2001; Struchiner, 2005), ainda existe valor em criar leis mais precisas, pelo menos em alguns domínios específicos.

Se parte das recomendações mais comuns sobre técnica legislativa dizem coisas como “não seja vago” e “não seja ambíguo”, é importante que tenhamos conceitos mais ou menos bem delimitados a respeito do que seja vagueza e ambiguidade. Por outro lado, é possível que, em pelo menos alguns casos, a opção normativamente mais desejável seja justamente empregar termos vagos. De qualquer forma, parece evidente que uma investigação rigorosa a respeito do conceito de vagueza pode beneficiar a elaboração de sugestões normativas sobre técnica legislativa.

### 1.3

#### Diferentes conceitos de vagueza

Preliminarmente, é importante distinguir entre a vagueza intensional e a vagueza extensional (Sgarbi, 2005:22; Struchiner, 2005:113; Endicott, 2003). A vagueza intensional é definida como a imprecisão sobre “as características ou propriedades” que conformam o significado de um dado termo (Sgarbi, 2005, p. 22). Por outro lado, a vagueza extensional se dá com relação à “quantidade ou grau de presença de uma das propriedades constitutivas do conceito que deve estar presente no caso particular para que a aplicação do conceito seja possível” (Struchiner, 2005, pp. 113-114). É importante perceber que não há oposição entre as duas. Na realidade, a vagueza extensional depende, necessariamente, da existência de uma vagueza na intensão do conceito<sup>32</sup>. Analisarei primeiro

---

<sup>32</sup> Essa clarificação foi sugerida pelo prof. Noel Struchiner.

exemplos paradigmáticos de vagueza extensional, para depois avaliar casos de vagueza intensional.

### 1.3.1

#### Vagueza extensional: o paradoxo sorites

Sorensen (2001, 2012), na esteira de uma tradição de autores da filosofia analítica (Soames, 2012, 1999; Endicott, 2003; Asgeirsson, 2015; Russell, 1923), explora o conceito de vagueza a partir do paradoxo sorites. Para ilustrar esse paradoxo, vou utilizar o exemplo clássico de vagueza da literatura: o homem careca.

1. Um homem com 0 fios de cabelo na cabeça é careca;
2. Se um homem com  $n$  fios de cabelo na cabeça é careca, então um homem com  $n + 1$  fios de cabelo também é careca;
3. Logo, um homem com um bilhão de fios de cabelo na cabeça é careca.

Este é o paradoxo sorites: nós partimos de uma premissa maior (premissa-base) verdadeira, passamos por uma permissa intermediária (passo indutivo) que aparentemente é verdadeira<sup>33</sup> e chegamos a uma conclusão que é patentemente falsa, apesar de utilizarmos um método inferencial válido. Como a conclusão é obviamente falsa, é necessário que se encontre algum erro na construção do argumento que constitui o paradoxo sorites. Diferentes teorias responderão a esse paradoxo de maneiras diferentes (Sorensen, 2012), mas todas apontam a existência de casos de fronteira como uma característica necessária para a existência de vagueza. O ponto é que predicados como “careca” se aplicam claramente a um conjunto de casos (pessoas sem nenhum fio de cabelo na cabeça,

<sup>33</sup> É importante observar que existem versões do passo indutivo (ou princípio da tolerância) que são claramente falsas. Se mantivéssemos a premissa maior do exemplo (“um homem com 0 fios de cabelo na cabeça é careca”), mas propuséssemos como passo indutivo a expressão “um homem com  $n + 100.000$  fios de cabelo na cabeça também é careca”, não teríamos razão para aceitar a validade do argumento (Endicott, 2003:78).

por exemplo), e claramente não se aplicam a um outro conjunto (pessoas cabeludas). Existe, porém, um conjunto de casos sobre os quais não sabemos se é correto ou incorreto aplicar o predicado “careca”. Esses são os casos de fronteira.

Diferentes teorias sobre a vagueza discordam, principalmente, sobre a natureza da nossa relutância em aplicar o predicado a esses casos fronteirios. Alguns defendem que isso se dá por motivos epistêmicos, implicando que existe um número determinado de fios de cabelo na cabeça de alguém que dividem a aplicação do predicado “careca” entre aplicações corretas e incorretas. Outros defendem que esse é um problema linguístico: simplesmente não existem regras que nos permitam afirmar se um caso fronteiro é um caso de aplicação correta ou incorreta do predicado vago (Asgeirsson, 2013:345)<sup>34</sup>. Nesta sub-seção, todas as menções ao termo “vagueza” se darão com relação a situações desse tipo de vagueza extensional.

### 1.3.2

#### A teoria epistêmica da vagueza

Sorensen propõe uma definição mais estrita do que constitui a vagueza. Segundo ele, predicados podem ter dois tipos diferentes de casos de fronteira: casos relativamente fronteirios e casos absolutamente fronteirios. A vagueza, para o autor, só ocorre quando um termo é suscetível a casos fronteirios do segundo tipo. Para o filósofo: “Um  $x$  individual é um caso absolutamente fronteiro de  $F$  se e somente se  $x$  é fronteiro dada qualquer maneira de responder ‘ $x$  é  $F$ ?’” (2001:393). Se, por outro lado,  $x$  é um caso fronteiro de  $F$ , mas existem maneiras de determinar que  $x$  é (ou não)  $F$ , então  $x$  é apenas um caso relativamente fronteiro de  $F$ .

O exemplo do autor ajuda a compreender melhor a distinção: suponhamos que exista uma regra, aplicável a pescadores, que diga que os peixes menores do que 10 cm devem ser devolvidos ao mar. Pode ser que, em um primeiro momento,

<sup>34</sup> Asgeirsson inclui à lista a existência de teorias ontológicas sobre a vagueza. O autor não faz, porém, nenhuma referência a autores que defendam a teoria e não consegui encontrar menções a essa teoria em outras obras.

os pescadores separem os peixes entre três conjuntos, baseados apenas em medições a olho nu: 1) peixes que claramente são maiores que 10 cm; 2) peixes que claramente são menores que 10 cm e 3) peixes que são casos de fronteira. Não há, porém, vagueza alguma (pelo menos no sentido de Sorensen): qualquer peixe do conjunto 3 é maior ou menor que 10 cm; sempre é possível saber-lo posteriormente através de uma medição mais precisa, com uma régua. Logo, embora, em um primeiro momento, seja possível identificar casos de fronteira, esses casos são eventualmente resolvidos por outra forma de se conhecer se um peixe ( $x$ ) é maior ou menor que 10 cm ( $F$ )<sup>35</sup>.

É interessante perceber que apenas casos absolutamente fronteiriços – e não casos relativamente fronteiriços – podem funcionar como uma instância do paradoxo sorites (Sorensen, 2001:394).

A teoria da vagueza de Sorensen é, portanto, uma teoria primariamente epistêmica (Asgeirsson, 2013:345). O problema não está, para adeptos deste tipo de teoria a respeito da vagueza, na inexistência de um número  $n$  de fios de cabelo que marque a fronteira absoluta entre carecas e não-carecas; esse número existe, mas não temos como saber que número é esse (Soames, 2012:97). Cada proposição do tipo “ $x$  é  $F$ ” possui um valor verdade (é falsa ou verdadeira), mas existe um conjunto de proposições desse tipo que não exibem marcadores de verdade (Asgeirsson, 2013:345). Em outras palavras, embora todas as aplicações de um predicado a um objeto sejam verdadeiras ou falsas, nem sempre essa veracidade (ou falsidade) se manifesta de maneira perceptível, gerando casos com relação aos quais não podemos conhecer o valor verdade. Assim, todo sujeito  $x$  é careca ( $F$ ) ou não-careca ( $\sim F$ ), mas esse fato nem sempre é cognoscível.

### 1.3.3

#### A teoria linguística da vagueza

<sup>35</sup> É importante perceber que teorias não-epistêmicas a respeito da vagueza tenderão a negar a existência de uma diferença entre esses dois tipos de casos de fronteira. Como Sorensen, eles irão defender que casos como esse não são realmente vagos, mas não por causa de qualquer fator epistêmico, mas sim por causa da existência de limites linguisticamente precisos estabelecidos na elaboração da regra. Para eles, o fato de que não conseguimos conhecer desse limite por uma inspeção meramente visual não é relevante para as propriedades linguísticas do predicado.

Outra maneira de encarar esse mesmo problema é dizer que a natureza da vagueza é linguística: ela existe porque é uma característica da maneira como a linguagem funciona (Asgeirsson, 2013:345). Soames (2012) defende uma versão sofisticada dessa teoria.

Segundo o autor, predicados vagos são, ao mesmo tempo, parcialmente definidos e sensíveis ao contexto. O que torna um predicado parcialmente definido?

To say that [um predicado] P is partially defined is to say that it is governed by linguistic rules that provide sufficient conditions for P to apply to an object and sufficient conditions for P not to apply, but no conditions that are both individually sufficient and disjunctively necessary for P to apply or not to apply (Soames, 2012:96)<sup>36</sup>.

Como acontece com a maior parte das definições filosoficamente precisas, é útil considerar um exemplo. Soames (1999) propõe o seguinte exemplo: imagine que existem dois grupos distintos de pessoas. O primeiro grupo (grupo A) consiste de “adultos que são anormalmente baixos. Alguns tem 1 metro e 22 centímetros (quatro pés), outros são um pouco mais altos e outros um pouco mais baixos”. O segundo grupo (grupo B), consiste de adultos cuja altura está na parte de baixo do espectro normal de altura (p. 164). Assim, cada membro do grupo B é claramente mais alto do que qualquer membro do grupo A. Suponhamos que queiramos criar uma palavra (um predicado) que tome como base essa divisão. Soames propõe as seguintes regras para esse predicado:

- i. Every member of group A is (now) a smidget. Further, for any adult whatsoever (and time t), if the height of that adult (at t) is less than or equal to the (present) height of at least one member of group A, then that adult is a smidget (at t).

---

<sup>36</sup> Tradução do autor: “dizer que [um predicado] P é parcialmente definido é dizer que ele é governado por regras linguísticas que fornecem condições suficientes para que P se aplique a um objeto e condições suficientes para que P não se aplique, mas nenhuma condição ou conjunto de condições que sejam ao mesmo tempo individualmente suficientes e disjuntivamente necessárias para que P se aplique ou não se aplique”.

- ii. Every member of group B is not (now) a smidget. Further, for any adult whatsoever (and time t), if the height of that adult (at t) is greater than or equal to the (present) height of at least one member of group B, then that adult is not a smidget (at t).
- iii. Nonadults (and nonhumans) are not smidets (Soames, 1999:164)<sup>37</sup>

Essa definição, segundo o filósofo, consiste em uma condição suficiente para que algo seja um “sanão”<sup>38</sup> e uma condição suficiente para que algo não seja um “sanão”. Se alguém pertence ao grupo A (B), essa pessoa é um “sanão” (não “sanão”), não havendo a necessidade de qualquer outro elemento. Não existem, porém, fronteiras bem definidas entre “sanão” e não “sanão”. Afinal, existe um conjunto de pessoas que não pertencem nem ao grupo A e nem ao grupo B. Para essas pessoas, “sanão” é indefinido. Nesses casos, haverá vagueza sobre a classificação dessas pessoas, já que as regras que governam a aplicação desse predicado são silentes com relação a elas.

Isso é o que faz com que predicados vagos, para Soames, sejam parcialmente indefinidos. De maneira mais técnica, Asgeirsson (2016) explica a teoria de Soames da seguinte forma: predicados vagos possuem uma extensão padrão positiva (um conjunto de casos aos quais eles se aplicam), uma extensão padrão negativa (um conjunto de casos aos quais eles não se aplicam) e um conjunto de casos aos quais eles nem se aplicam, nem não se aplicam<sup>3940</sup>.

<sup>37</sup> Tradução do autor: “i. Todo membro do grupo A é (agora) um sanão. Ademais, para qualquer adulto (e tempo t), se a altura daquele adulto (em t) for menor ou igual à altura (presente) de pelo menos um membro do grupo A, então esse adulto é um sanão (em t). ii. Todo membro do grupo B não é (agora) um sanão. Ademais, para qualquer adulto (e tempo t), se a altura daquele adulto (em t) é maior ou igual à altura (presente) de pelo menos um membro do grupo B, então aquele adulto é um não sanão. iii. Não-adultos (e não-humanos) são não sanões”.

<sup>38</sup> Tradução livre de “*smidget*”, que é uma palavra inventada.

<sup>39</sup> Uma variação desse argumento é apresentada por Endicott (2003) e diz que 1) se o significado deriva do uso através de práticas estabelecidas dentro de uma comunidade de falantes e 2) em casos fronteirios, não há uma prática estabelecida dentro daquela comunidade de falantes, 3) não existe um significado verdadeiro com relação a casos de fronteira. Esse argumento será analisado com mais vagar no capítulo 4.

<sup>40</sup> Dascal (2003:334) parece adotar uma visão mista ao afirmar que tanto a linguagem natural quanto a linguagem jurídica são casos onde: “there are cases in which the combination of linguistic and factual knowledge is such that pragmatically there is no reasonable doubt that x belongs to A or that x does not belong to A, as well as cases in which such a question is undecidable by any amount of combined linguistic and factual knowledge” (tradução do autor: existem casos nos quais a combinação de conhecimento linguístico e factual é tal que pragmaticamente não existe dúvida razoável de que x pertença a A ou que x não pertença a A, assim como casos em que tal questão não é possível de decidir por qualquer quantidade de conhecimento linguístico e factual combinado). Para Dascal, portanto, parece que uma combinação de indeterminação epistêmica e linguística está em jogo na aplicação de predicados vagos.



Por outro lado, predicados vagos também são sensíveis ao contexto. Isso ocorre porque, durante uma conversa, podemos decidir tratar um determinado  $x$  como  $F$ , mesmo quando  $F$  é indefinido para  $x$ . Isso ocorre se, por exemplo, estamos conversando sobre um indivíduo qualquer  $I$  e eu digo que “ $I$  é sanão”. É possível que, ainda que todos envolvidos na conversa saibam que  $I$  é um caso de indeterminação com relação a sanão, ocorra um ajuste entre os participantes dessa conversa e que continuemos nossa discussão tratando  $I$  como sanão.

Em outras palavras, predicados vagos são sensíveis ao contexto porque, em um determinado contexto conversacional, existe um certo nível de discricionariedade por parte dos interlocutores para alterar o conjunto de casos para os quais os predicados são indefinidos. Podemos ajustar as extensões positivas e negativas do predicado vago para fins específicos, ainda que as extensões padrão continuem constantes.

#### 1.3.4

#### Vagueza de ordens superiores

Independentemente da teoria adotada, ainda há um outro problema: a vagueza de ordens maiores<sup>41</sup>. Pela facilidade de exposição, tratarei apenas da vagueza de segunda ordem, mas existem vaguezas de ordens indeterminadamente maiores (Sorensen, 2013).

Esse fenômeno acontece quando não sabemos ao certo se um determinado caso conta ou não como um caso de fronteira (Soames, 2012). Assim como não sabemos se homens com uma determinada quantidade de fios de cabelo restantes na cabeça são ou não carecas, pode existir um número  $n$  de fios de cabelo para o

---

<sup>41</sup> Aqui, procuro discutir o problema das vaguezas de ordem maiores no sentido que a literatura filosófica sobre a linguagem entende. Schauer (2016), chama de “vagueza de segunda ordem” um fenômeno que ele mesmo admite que é analiticamente distinto daquele que pretendo discutir, estando mais próximo do problema das lacunas de conhecimento e da discussão de Hart sobre a possibilidade de vagueza na regra de reconhecimento.

qual temos dúvida sobre se o homem é claramente careca ou se é um caso de fronteira entre carecas e não-carecas<sup>42</sup>.

Uma maneira de observar esse fenômeno é perceber que o predicado “claramente careca” pode fazer parte de um paradoxo sorites. “Um homem com 0 fios de cabelo na cabeça é claramente careca”; “Um homem com 1 fio de cabelo na cabeça é claramente careca”; (...); “Um homem com 1 bilhão de fios de cabelo na cabeça é claramente careca”. A vagueza que existia no predicado careca continua existindo com relação aos casos “claros”. Se não há (ou não é possível conhecer) fronteiras bem definidas entre carecas e não carecas, também não há fronteiras claras entre claramente carecas e não claramente carecas (Endicott, 2003).

Soames (2012) argumenta que a existência da vagueza de segunda ordem e a maneira como juízes decidem casos difíceis fornecem bons argumentos para a correção de sua teoria linguística a respeito da vagueza. Suponhamos que um juiz precise decidir se Carlos é careca ou não. Imaginemos, por exemplo, que, em um caso de homicídio, uma das testemunhas tenha dito que viu, por volta do horário do crime, um homem careca entrando na residência da vítima. Pode ser que a calvície de Carlos seja um caso de vagueza de segunda ordem: temos dúvidas sobre se Carlos é claramente careca ou se ele é um caso de fronteira entre carecas e não-carecas. Ao decidir sobre a credibilidade da testemunha de acusação, o juiz do caso precisará fazer um juízo a respeito da calvície de Carlos: será que ele de fato é suficientemente careca para ser o homem identificado pela testemunha?

Pode ser que, confrontado com essa situação de vagueza de segunda ordem, o juiz recorra a uma regra (também de segunda ordem), que diga “em casos de dúvidas sobre vagueza de segunda ordem, escolha a opção mais próxima da zona de certeza”. Nesse caso, o juiz decidira que Carlos é, de fato, careca e utilizaria a evidência fornecida pela testemunha contra ele. Por outro lado, esse mesmo juiz pode recorrer a uma outra regra de segunda ordem, que diga “se houver dúvida razoável sobre qualquer coisa em um processo criminal, interprete

<sup>42</sup> Endicott (2003:62) usa esse fato para criticar a teoria kelseniana sobre a completude de sistemas jurídicos. Segundo Endicott, não podemos considerar a norma como uma moldura que estabelece limites para a aplicação do direito porque normas vagas são sujeitas a vagueza de segunda ordem, não existindo demarcações claras entre casos pertencentes à extensão (positiva ou negativa) dos termos e aqueles pertencentes à sua zona de indefinição. Eu discordo dessa visão, mas essa discussão foge ao escopo do presente trabalho.

a dúvida a favor do Réu”<sup>43</sup>. Nesse caso, o juiz decidira que Carlos não é careca e não utilizaria o depoimento da testemunha de acusação como evidência incriminadora.

O que isso mostra é que, por mais que a vagueza seja um fator relevante para o direito, em muitos casos a maneira como lidamos com a vagueza é mais importante. No caso acima, o direito, embora não tenha solucionado o problema linguístico da vagueza, regulou essa característica de duas maneiras diferentes, com resultados opostos. Em um caso, a vagueza de segunda ordem foi interpretada contra o Réu e, em outro, a favor dele<sup>44</sup>.

O mesmo tipo de coisa pode acontecer com relação à vagueza de primeira ordem. Suponhamos que Carlos seja um caso de fronteira legítimo para careca. Nesse caso, o recurso à segunda regra renderia o mesmo resultado: a interpretação favorável ao Réu. É possível imaginar, porém, um sistema jurídico onde a regra oposta fosse válida. Ou seja, é possível que um sistema jurídico optasse por uma regra de evidência que dissesse que a dúvida deve ser interpretada a favor da acusação. Nesse caso, novamente, a vagueza teria sido pouco determinante para o deslinde da controvérsia jurídica. Em todos os casos, a calvície de Carlos continua sendo um exemplo de vagueza, mas o direito possui ferramentas especificamente pensadas para lidar com esse problema.

Se pensarmos em outros contextos, porém, é possível que se prefira que o direito lide com a vagueza de uma maneira diferente. Nesse sentido, vale a pena pensar no predicado “bêbado”. Bêbado é um predicado vago que está sujeito ao

<sup>43</sup> É claro que a regra parece ser, em algum sentido, indeterminada e, talvez, vaga. Mas essa vagueza é uma vagueza de primeira ordem e pode funcionar para limitar os casos de vagueza de segunda ordem na aplicação do predicado “careca”. Também é importante perceber que essa regra atua sobre a vagueza de primeira ordem, determinando que todos os casos de penumbra (casos onde F é indeterminado para x) devem ser tratados de uma certa maneira.

<sup>44</sup> O problema, naturalmente, é que pode existir uma vagueza de terceira ordem: pode haver dúvidas sobre se Carlos é um caso de fronteira entre “caso de fronteira para careca” e “claramente careca”. Nesse caso, o recurso a uma regra de terceira ordem poderia resolver o problema, mas surgiria a vagueza de quarta ordem e assim por diante, *ad infinitum* (Endicott, 2003:74). Outro problema possível é que regras de segunda ordem podem ser, elas mesmas, vagas (Asgeirsson, 2016), ou mesmo introduzir vagueza na aplicação de regras claras (Shecaira, 2009). Meu ponto não é mostrar que o direito resolve a vagueza, nem que ele pode lidar com todos os casos onde predicados vagos estão envolvidos, mas simplesmente que existem ferramentas eficazes para lidar com a vagueza no direito. Afinal, o paradoxo sorites é um paradoxo e nenhuma solução proposta para ele é aceita (um histórico com algumas tentativas de resolvê-lo e objeções a cada uma das soluções avaliadas é oferecido em Endicott, 2003:78). Com isso eu quero dizer que, embora o problema possa não ser resolvido, ele é ao menos mitigado pelo uso de regras interpretativas de ordem maiores.

paradoxo sorites. A premissa-base desse paradoxo seria algo do tipo “alguém com  $n$  miligramas de álcool no sangue está bêbado” e o passo indutivo seria equivalente ao do caso do careca (“alguém com  $n - 1$  miligramas de álcool no sangue está bêbado”). É possível, porém, que queiramos lidar com o caso do bêbado de uma maneira diferente daquela que lidamos com o caso do careca. É possível que, por considerarmos a segurança jurídica, a equidade, a previsibilidade e a coordenação social como valores importantes a serem perseguidos pelo direito, desejemos criar fronteiras claras, de maneira que não existam casos de fronteira com relação à regulação de bêbados.

Em casos como esse<sup>45</sup>, é comum termos uma definição legislativa extremamente precisa. Dessa forma, “bêbado”, conforme relevante para aquela regra específica, deixa de ser um conceito vago no sentido aqui discutido e passa a ser um termo extremamente preciso.

## 1.4

### Textura aberta

A textura aberta da linguagem é um dos fenômenos semânticos mais discutidos na filosofia do direito, em parte por causa da influência de Hart (1994). É importante, porém, distinguir a textura aberta da vagueza.

O conceito de textura aberta foi desenvolvido por Waissman (Struchiner, 2003:8) como uma reação ao positivismo lógico e à corrente filosófica do verificacionismo. Waissman, particularmente preocupado com os conceitos empíricos, mostrou que é impossível imaginar um conceito empírico ou psicológico que esteja perenemente delimitado em todas as direções possíveis.

Em outras palavras, é impossível criar um conceito tal que sua definição não esteja passível de revisão ante à experiência empírica. Um exemplo é importante para ilustrar esse ponto. Schauer (1991:36), citando Austin, nos convida a considerar o exemplo de um passarinho que em todos os aspectos

<sup>45</sup> Que é, inclusive, o exemplo apresentado por Struchiner (2005 : 115) e Endicott (2001:380) de texto normativo escrito de maneira extremamente clara/precisa.

relevantes para sua classificação como um pintassilgo parece ser um pintassilgo. Não temos dúvidas: esse passarinho é um pintassilgo. Imaginemos, porém, que, subitamente, esse passarinho exploda. Parece que não saberíamos o que dizer. É estranho dizer que o passarinho do exemplo é um pintassilgo, afinal, “a capacidade de explodir (ou não explodir) nunca foi contemplada pela comunidade linguística enquanto essa desenvolvia uma definição limitada pelo conhecimento existente daquela comunidade sobre o mundo e os pintassilgos que nele habitavam” (1991:36-37).

É importante perceber que, mesmo que o conceito de pintassilgo empregado por aquela comunidade fosse perfeitamente preciso, isso não resolveria o problema. Afinal, seria impossível antecipar, de antemão, que pintassilgos poderiam explodir. É por isso que a textura aberta é o potencial da vagueza. Mesmo palavras perfeitamente precisas podem se tornar vagas a partir da possibilidade de novas situações fáticas (Struchiner, 2003:12; Endicott, 2003:37; Waldron, 1994:522; Schauer, 1991:36).

Todos os conceitos empíricos parecem sofrer desse tipo de problema. Afinal, qualquer descrição específica sobre fatos do mundo está sujeita a revisão a partir de novas experiências. Assim, se aceitarmos o argumento de Schauer de que o pressuposto fático das regras são, tipicamente, generalizações descritivas, será verdadeiro que a grande maioria das regras jurídicas estará sujeita ao fenômeno da textura aberta.

## 1.5

### O valor da vagueza para o direito

A maioria dos filósofos que escrevem sobre a relação entre o direito e a vagueza tendem a concordar com relação à proposição de que a vagueza empregada nos textos normativos é algo bom (Hart, 1994; Endicott, 2011; Soames, 2012; Asgeirsson, 2013; Waldron, 1994). Sorensen (2001) apresenta uma visão contraposta, argumentando que a vagueza não cumpre nenhuma função normativamente desejável no direito. Avaliar o argumento de Sorensen e a

resposta de Asgeirsson (2013) ajuda a entender a posição de Hart (1994). Após, analisaremos os argumentos apresentados por Endicott, Soames e Waldron à luz da resposta de Asgeirsson (2015), o que levará ao conceito de “semelhança de família” e a um outro tipo de vagueza. Finalmente, tecerei comentários a respeito das implicações normativas que o debate traz para a nomografia.

Em uma primeira aproximação, pode parecer que há uma inconsistência entre a visão apresentada na introdução a respeito do direito e da maneira pela qual o direito tem a pretensão de regular a conduta de seus jurisdicionados e a ideia de que a vagueza no direito tenha algum valor. O argumento seria mais ou menos o seguinte: como o jurisdicionado precisa conhecer a regra para se conformar a ela, regras vagas são falhas por não permitirem esse conhecimento e, portanto, o direito não deveria se utilizar de regras vagas. Uma ligeira reformulação seria a seguinte: o direito busca certos ideais como previsibilidade, segurança jurídica e equidade; a aplicação de regras vagas é imprevisível, insegura e, conseqüentemente, iniqua. Argumentos desse tipo foram avaliados e rejeitados por Endicott (2003) e Waldron (2010). A ideia básica por trás dos contra-argumentos é que, por mais que seja verdadeiro que regras vagas militam contra alguns dos valores caros ao direito e embora seja verdade que elas tenham uma capacidade menor de guiar a conduta dos jurisdicionados do que regras mais claras e precisas, esses efeitos negativos não são suficientes para contrabalancear os valores especificamente avançados pela vagueza no direito. Essa discussão é altamente normativa e dependerá do peso que damos a cada um dos valores em jogo, mas é importante avaliar especificamente como cada um desses autores defende a vagueza no direito.

Outra discussão, porém, é a questão puramente linguística por trás da discussão. Será que as propriedades linguísticas de predicados vagos podem trazer efeitos positivos no contexto legal? Sorensen (2001), pensa que não.

Sorensen, como vimos, adota a teoria epistêmica da vagueza. Ele acredita que a aplicação ou não aplicação de um predicado vago a um caso fronteiro absoluto depende do conhecimento dos limites daquele predicado e que esse conhecimento é inacessível. Logo, Sorensen questiona a vantagem que adjudicadores teriam sobre legisladores. Afinal, se a fronteira entre  $F$  e  $\sim F$  é absolutamente incognoscível, nenhuma vantagem epistêmica pode existir para o

juiz advinda de sua proximidade com os fatos do caso. A posição do legislador seria tão ruim quanto a do juiz para decidir se um determinado  $x$  é ou não  $F$ .

Asgeirsson (2013) concorda condicionalmente com a maioria das premissas do argumento de Sorensen, discordando de sua conclusão. De fato, se adotarmos a teoria epistêmica da vagueza, é impossível argumentar a normatividade de predicados vagos em regras legais a partir de uma vantagem epistêmica do juiz. Isso é quase uma tautologia. Existem, porém, outras formas pelas quais um juiz pode estar em uma posição melhor para lidar com casos de vagueza do que o legislador, mesmo que adotemos a teoria epistêmica.

De fato, o argumento mais comumente levantado por defensores do emprego de termos vagos na redação de textos normativos nada tem a ver com a posição epistêmica do juiz. A questão não é que, em virtude de sua proximidade com o caso concreto, o juiz tenha uma capacidade maior de decidir corretamente sobre a aplicação de um predicado vago – muito embora esse possa ser o caso quando lidamos com casos relativamente fronteiriços. A defesa que autores como Hart (1994) e Soames (2013) fazem da vagueza no direito está diretamente relacionada com o status normativo da questão a ser tratada. Em outras palavras, o juiz está numa posição melhor que o legislador para responder à questão normativa sobre como  $x$  *deve* ser tratado, ainda que não esteja numa posição melhor que o legislador para responder à questão descritiva sobre se  $x$  é  $F$  ou  $\sim F$ .

A ideia por trás dessa defesa da vagueza no direito é relativamente simples: legisladores formulam regras que são vagas, determinando de antemão como determinados conjuntos de casos devem ser tratados (correspondendo, respectivamente, às extensões positiva e negativa do predicado vago) e deixam em aberto como outras questões devem ser decididas (na região para qual o predicado é indefinido), delegando poder para que os tribunais, informados sobre as peculiaridades do caso, decidam como cada caso *deve* ser tratado.

A distinção é importante. Ainda que exista alguma vantagem epistêmica envolvida no caso – os juízes estão em uma posição epistêmica privilegiada com relação ao *status* normativo do caso concreto – essa questão epistêmica não envolve o conhecimento a respeito das fronteiras conceituais entre casos para os quais o predicado se aplica e casos para os quais o predicado não se aplica.

Assim, uma visão epistêmica sobre a vagueza é compatível com pelo menos um argumento normativo pelo valor da vagueza no direito. Se as razões pelas quais acreditamos que regras que empregam predicados vagos são algo bom estão relacionadas à correção moral da aplicação dessas regras em casos fronteiriços, não há problema algum em adotarmos uma teoria epistêmica a respeito da vagueza.

Esse argumento, levantado por Asgeirsson (2013), parece ser similar àquele levantado por Hart (1994)<sup>46</sup> para defender a desejabilidade de regras vagas no direito, no sentido de que eliminar a vagueza previamente, se possível, traria o custo de “blindly prejudging what is to be done in a range of future cases, about whose composition we are ignorant” (1994:130)<sup>47</sup>.

É interessante notar que essa narrativa a respeito do valor da vagueza no direito se aproxima, ainda que não se confunda, da teoria de Soames em um sentido importante para os argumentos normativos a respeito da vagueza. Afinal, se existe uma crença geral de que a jurisprudência funciona de maneira a precisificar o direito de maneira incremental, reduzindo os casos de aplicações sub-ótimas e clarificando regras relativamente indeterminadas, parece justo dizer que estamos diante da dependência contextual dos predicados vagos. Segundo essa concepção, cada vez que uma nova decisão estipulasse que  $x$  é  $F$  (ou  $\sim F$ ), a comunidade jurídica como um todo ajustaria suas concepções prévias a respeito da extensão de  $F$  para acomodar aquela decisão, tornando o termo mais preciso<sup>48</sup>.

A defesa que Endicott (2011) oferece para a vagueza no direito começa com uma conceituação muito semelhante à discutida acima. Segundo Endicott:

---

<sup>46</sup> Hart não formula um argumento explícito a favor da vagueza, se preocupando, principalmente, com a textura aberta, que, como vimos, se refere à possibilidade de vagueza. Muitas de suas colocações, porém, funcionam bem como uma defesa ao uso de termos vagos no direito. Não pretendo discutir a questão exegética sobre a intenção de Hart, tão somente mostrar que sua argumentação está de acordo com aquela apresentada por Endicott e que as respostas e limitações que proponho ao argumento de Endicott parecem ser compatíveis com a posição hartiana.

<sup>47</sup> Tradução do autor: “julgar cegamente o que deve ser feito em um conjunto de casos futuros, sobre os quais não conhecemos a composição”.

<sup>48</sup> Soames (2013) pensa que esse argumento conta como uma evidência de que sua teoria é melhor que a teoria epistêmica da vagueza. Asgeirsson (2015) oferece uma refutação convincente.



(...) a vague legal standard clearly applies in some cases, and clearly does not apply in others, and there are borderline cases in which the linguistic formulation of the standard leaves its application unclear (2011:17)<sup>49</sup>.

O exemplo de texto normativo “vago” usado por Endicott é uma norma estadunidense que tipifica como uma espécie de crime causar que uma criança ou pessoa jovem seja “negligenciada, abandonada ou exposta, em uma maneira que provavelmente causará a ela sofrimento desnecessário ou prejuízos para a saúde”. O filósofo segue seu argumento mostrando que, à luz dessa regra, existirão casos claros de negligência (deixar um recém-nascido em casa sozinho o dia inteiro), casos claros de não-negligência (deixar uma pessoa de 15 anos de idade sozinha em casa durante algumas horas e casos de fronteira (deixar um recém-nascido sozinho com um garoto de 15 anos de idade durante algumas horas<sup>50</sup>).

O filósofo segue notando que, quando estamos diante de termos como “criança” ou “bêbado”, o legislador em geral ou evita essas palavras ou lhes dá definições estipulativas precisas. Endicott não elabora sobre como esse tipo de palavra difere de outras palavras como “negligência”. Parece haver, porém, alguma diferença entre elas, conforme veremos.

A defesa que o filósofo faz a respeito do valor normativo da vagueza envolve vários argumentos, incluindo a resposta de Asgeirsson a Sorensen, mas dois em particular merecem uma análise mais detida: o primeiro diz respeito a termos como “careca” e “maduro” – casos clássicos de vagueza como suscetibilidade ao paradoxo sorites, onde uma única propriedade varia em sua quantidade, afetando a aplicação correta do predicado, conforme discutimos até então; o segundo diz respeito principalmente a termos como “negligência” e “razoável”<sup>51</sup>.

<sup>49</sup> Em Endicott (2003), o filósofo parece se filiar a uma teoria diferente a respeito da vagueza, mais similar à posição wittgensteiniana que será discutida abaixo. Para os fins do argumento avançado no artigo sob apreço, porém, Endicott parece recorrer a uma teoria menos estrita e, em linhas gerais, mais próxima àquela defendida por Soames (2013).

<sup>50</sup> Os dois primeiros exemplos são de Endicott (2011:17), o último, na falta da apresentação de exemplos por parte do autor, foi feito por mim. Qualquer falha no argumento decorrente do último argumento, portanto, não pode ser oposta a Endicott. É importante, inclusive, perceber, que o próprio Endicott (2003:95) reconhece que não é fácil apontar para casos de fronteira claros.

<sup>51</sup> É interessante notar, porém, que, ao responder uma possível objeção dworkiniana ao seu conceito de vagueza, Endicott recorre ao paradoxo sorites e ao problema do *quantum* indenizatório

O primeiro argumento levantado por Endicott (2001, 2011), diz que a precisificação do tipo realizado por definições legislativas é arbitrária e, por isso, algo potencialmente danoso. Esse argumento, porém, não parece correto.

Assim, vamos imaginar a lei que estabelece o limite legal de idade para o consumo de álcool. Novamente, estamos diante de um caso suscetível ao paradoxo sorites. Como um predicado vago nesse sentido, “maduro o suficiente para beber” pode ser precisificado através da escolha de um número  $n$  de anos de idade que torne o sujeito maduro o suficiente para beber por estipulação.

É possível que um legislativo interessado em estabelecer esse limite pelas mesmas razões supra (segurança jurídica, previsibilidade, etc.) resolva consultar a sociedade e encomendar estudos sobre qual é o melhor  $n$  possível para atingir os propósitos subjacentes dessa regra. Ainda que existam discussões acaloradas a respeito de que número é esse, é provável que o resultado final deste processo deliberativo revele um número de anos de idade que é um dos melhores para a definição da idade mínima para consumo de álcool. É estranho chamar essa opção de arbitrária. Embora ela possa ser subótima com relação a alguns casos, essa é uma característica que regras têm em função de sua generalidade (Schauer, 1991; Struchiner, 2002, 2011), não tendo, necessariamente, uma relação direta com a precisificação de um conceito vago.

Na verdade, o primeiro argumento levantado por Endicott parece estar muito mais relacionado a essas características que regras têm em função de sua generalidade do que com relação à vagueza propriamente dita. Afinal, a razão que o filósofo levanta para afirmar que nem sempre é desejável precisificar conceitos vagos é a existência de uma quantidade maior ou menor de casos de aplicação sub-ótima que cada opção gera.

Assim, por exemplo, ao discutir a idade mínima para votação (Endicott, 2011:23), ele afirma que a opção por uma linguagem precisa é arbitrária no mesmo sentido em que a definição de uma determinada quantidade de miligramas por litro de sangue é arbitrária. Assumindo que a razão subjacente à regra seja a de impedir que pessoas imaturas votem, é certo (via paradoxo sorites) que uma

---

em ações por danos morais. Isso sugere que, para Endicott, predicados vagos como “negligência” e “careca” não são tão diferentes assim.

diferença de um dia não deveria fazer diferença entre a maturidade e a imaturidade. A consequência de estabelecermos uma idade mínima para votar, portanto, é arbitrária ao escolher esse número, que necessariamente, ante às variações pessoais no processo de amadurecimento, será sobre e sub-inclusiva. Afinal, se a regra diz que só podem votar os maiores de 16 anos, é certo que algumas pessoas maduras de 15 anos de idade serão impedidas de votar e que algumas pessoas imaturas de 17 anos de idade poderão votar.

A regra, porém, é desejavelmente precisa, segundo Endicott, porque ajuda a cumprir requisitos que são essenciais para o conceito de democracia (2011:23). Portanto, ainda que tenhamos que incorrer em algum ônus (sub e sobre-inclusão), esse ônus é derrotado pelo bônus que recebemos ao adotar a regra precisa.

Por outro lado, algumas regras podem apresentar um balanço de razões que milite a favor de sua vagueza. Seria o caso, para o autor, de regras que estabelecessem que o prazo para ingressar com uma ação criminal seja de 7 meses. Em outras palavras, pode haver uma regra que crie um limite preciso de 7 meses após os quais ninguém poderia ser processado por ofensas criminais. Segundo Endicott, essa regra traria algumas vantagens: sua precisão tornaria o direito previsível para oficiais e cidadãos e criaria um custo procedimental menor para as cortes (afinal, bastaria verificar se se passaram ou não 7 meses do dia do cometimento do crime e da data de protocolo da petição inicial). As desvantagens da adoção dessa regra, porém, seriam grandes: pode ser que 7 meses seja mais do que tempo suficiente para a persecução de casos de furto, mas muito pouco para que se investigasse fraudes financeiras. Em outras palavras, uma regra precisa com relação ao tempo para que se iniciem os processos criminais seria ruim justamente por ser sobre e sub-inclusiva demais.

É interessante notar que os argumentos levantados por Endicott são análogos àqueles levantados no debate sobre métodos de tomada de decisão jurídicas. Nessa literatura (Struchiner, 2005, 2011; Alexander e Sherwin, 2008), se debate sobre os méritos e deméritos de dois modelos de tomada de decisão fundamentalmente diferentes. De um lado, temos o formalismo jurídico, que, de uma maneira ou outra, propõe que “levemos as regras a sério” e que sigamos suas

consequências mesmo em casos de sobre ou subinclusão (Schauer, 1991)<sup>52</sup>. De outro, particularistas jurídicos defendem que o direito deve se esforçar em fazer a coisa certa na maior parte dos casos, reduzindo ou eliminando os casos de sub e sobreinclusão. Formalistas jurídicos em geral defendem sua posição normativa através do recurso aos valores tradicionalmente atribuídos ao direito, como segurança jurídica, previsibilidade e eficiência, enquanto particularistas pretendem avançar diretamente os propósitos morais que subjazem o direito.

Esses são exatamente os valores que Endicott contrapõem em seu primeiro argumento. Para o filósofo, ao formularmos uma regra, estamos diante de duas opções: podemos 1) escolher a formulação de regras precisas e lidar com os problemas de sobre e subinclusão que advém de sua arbitrariedade; ou 2) escolher a formulação de regras vagas, que estarão sujeitas a menos casos de sobre e subinclusão, ainda que isso seja mais custoso<sup>53</sup>. De fato, essa é simplesmente uma transposição do debate sobre modelos de tomada de decisão jurídica para o campo da técnica legislativa. Da mesma maneira que podemos atribuir um valor maior ou menor a regras, podemos criar textos normativos mais ou menos precisos.

É importante perceber, porém, que a existência de casos de sobre ou subinclusão não costuma ser atribuída à vagueza da linguagem, mas sim à generalidade da linguagem empregada em regras jurídicas (Schauer, 1991; Struchiner, 2002, 2005, 2011; Alexander e Sherwin, 2008). Se esse é o caso, a vagueza não está necessariamente em jogo. Afinal, uma regra vaga pode ser sobre ou subinclusiva, ainda que apenas em sua zona de certeza<sup>54</sup>.

Imaginemos uma regra que proíba bêbados no restaurante. Vamos imaginar que a regra existe porque a maioria dos bêbados são chatos. Bêbado, como vimos, é um predicado vago. Independentemente da teoria que adotarmos a respeito da natureza da vagueza, existirão casos de pessoas claramente bêbadas,

---

<sup>52</sup> Naturalmente, o formalismo jurídico engloba várias teorias específicas a respeito de como lidar com os problemas de sub e sobreinclusão e sobre a importância relativa das regras frente às razões que às subjazem. Para uma defesa de um modelo específico de formalismo jurídico, ver o positivismo presumido de Frederick Schauer (1991).

<sup>53</sup> Discutindo um exemplo sobre a possibilidade de regras vagas em direito tributário, Endicott explicitamente cita o custo operacional da regra para os operadores do direito como uma razão cogente para adotarmos regras precisas (2011:24-25).

<sup>54</sup> Esse contra-argumento pretende apenas rechaçar a ideia de que o emprego de termos vagos em textos normativos resolveria o problema da sobre e subinclusão. Para isso, basta mostrar que termos vagos também podem ser sobre ou subinclusivos, ainda que isso se dê apenas em sua área de certeza. Posteriormente, avalio uma leitura mais caridosa do argumento de Endicott.

casos de pessoas claramente sóbrias e uma zona onde ou não existe uma resposta correta ou não sabemos qual é a resposta correta para a aplicação do predicado.

Dada essa regra vaga, pode existir algum sujeito  $x$  que esteja claramente bêbado, mas que não seja uma pessoa chata. Nesse caso, a regra, embora seja vaga, se aplica claramente a  $x$ , mas, segundo suas razões subjacentes, não deveria se aplicar, sendo, portanto, sobreinclusiva com relação a  $x$ .

Se esse é o caso, o argumento de Endicott não é necessariamente um argumento a favor da vagueza no direito. Afinal, casos de sobre e subinclusão ocorrerão mesmo quando estivermos lidando com regras vagas.

Endicott poderia evitar esse problema facilmente. Ele poderia dizer explicitamente que regras precisas (no sentido de não serem vagas) criam mais casos de sobre ou subinclusão do que regras vagas. Essa resposta parece intuitivamente verdadeira e parece ser suficiente para que Endicott mantenha sua posição. Essa versão caridosa do argumento de Endicott, embora válida, não nos ajuda muito.

Afinal, estaríamos diante de uma questão valorativa tão difícil quanto a questão sobre modelos de tomada de decisão no direito. Lá, também, modelos que defendem a aplicação contextual de cada uma das alternativas disponíveis (formalismo e particularismo) também são populares: “A escolha por um ou outro modelo deve ser feita contextualmente e envolve uma avaliação dos prós e contras de cada modelo [...]” (Struchiner, 2005:178. No mesmo sentido, Sinnott-Armstrong, 2000). O reconhecimento deste tipo de possibilidade, porém, não permite, por si só, que criemos critérios para a avaliação de quando usar um modelo ou o outro, nem nos permite saber qual o modelo que deve ser usado como padrão.

O segundo argumento levantado por Endicott diz que, com relação a certas condutas que queremos regular, seria impossível fazê-lo de forma precisa. Voltando ao exemplo da negligência com relação aos cuidados com crianças, é possível afirmar que a única maneira de proteger as crianças do maior número possível de condutas danosas a elas é através de um termo vago como “negligência”. Segundo Endicott:

The variety of ways in which a parent may be more or less in charge of the child and more or less absent make precise regulation impossible. And suppose that the parent is always uncontroversially present, but does not feed the child very well, or very frequently, or keep it very clean, or keeps it shut in its room or in a crib all the time, or much of the time. The daunting variety of things that a child needs from its parents corresponds to a wide variety of ways in which a parent may more or less neglect a child. The result is that no legal regulation can provide a precise guide to the responsibilities and liabilities that the law imposes on parents. While the law could be made more precise (eg with age requirements for babysitters), there is no alternative to the vagueness of the terms “neglected or abandoned” in the Children and Young Persons Act (Endicott, 2011:26)<sup>55</sup>.

O argumento de Endicott pode ser caracterizado da seguinte forma: 1) o Estado deve regular condutas danosas a crianças; 2) é impossível regular condutas danosas a crianças através de termos precisos; 3) logo, o Estado deve regular condutas danosas a crianças através de textos normativos vagos<sup>56,57</sup>.

Termos como “negligência” e “multidão” estão relacionados com mais do que uma dimensão de aplicação. Enquanto “careca” é um predicado que varia única e exclusivamente com relação à quantidade de fios de cabelo na cabeça, “multidão” é um predicado que varia de acordo com duas dimensões diferentes. Uma multidão é um predicado que se aplica corretamente, segundo Endicott (2003) e Asgeirsson (2015), quando um número suficiente de pessoas se reúne em uma densidade suficientemente pequena. Logo, nós podemos ter dois grupos

<sup>55</sup> Tradução do autor: “A variedade de maneiras pelas quais um pai pode estar mais ou menos responsável pela criança e mais ou menos ausente torna a regulação precisa impossível. E imaginemos que o pai esteja sempre presente, de maneira incontroversa, mas não alimente a criança muito bem, ou com muita frequência, ou a mantenha muito limpa, ou a mantenha trancada em seu quarto ou em um berço em todos os tempos, ou na maioria do tempo. A extraordinária variedade de coisas que uma criança precisa de seus pais corresponde a uma larga variedade de maneiras pelas quais um pai pode ser mais ou menos negligente. O resultado é que nenhuma regulação jurídica pode fornecer um guia preciso para as responsabilidades e riscos que a lei impõe aos pais. Embora a lei possa ser reformada para se tornar mais precisa (eg com requerimentos de idade para babás), não existe alternativa para a vagueza dos termos “negligenciado ou abandonado” no Ato de Crianças e Pessoas Jovens”.

<sup>56</sup> Uma variação menos rigorosa desse argumento aparece em Endicott (2001), como um argumento para demonstrar que o direito é necessariamente vago. Esse argumento é endossado por Struchiner (2005). Outra versão do argumento segundo a qual a vagueza é algo bom que está conectado aos valores perseguidos pelo direito aparece no capítulo final de *Vagueness in Law* (Endicott, 2003) e é parcialmente endossada por Waldron (2010).

<sup>57</sup> O argumento é construído de uma maneira um pouco mais sofisticada por Asgeirsson (2015 : 428): “P1. Adequately regulating conduct that is especially damaging to children is good. P2. Vagueness in the law is a necessary means to adequately regulating conduct that is especially damaging to children. P3. Value transmits from ends to means. C. Vagueness in the law is (sometimes) instrumentally good”.

diferentes, o primeiro com  $x$  pessoas e densidade  $y$  e o segundo com  $x + 10$  pessoas e densidade  $y - 10$ . Supondo que o primeiro grupo seja um exemplo claro de multidão, será que o segundo também seria um exemplo de multidão? E será que esse grupo é “menos multidão” do que o primeiro ou “mais multidão” do que o segundo?

Essa confusão se dá por conta da incomensurabilidade dos dois requisitos. Incomensurabilidade é definida por Endicott (2003, p. 41) como “uma relação entre  $X$  e  $Y$  que ocorre se, e somente se, for impossível medir  $X$  e  $Y$  em uma escala comum”. Embora possamos colocar duas quantidades diferentes de pessoas em uma mesma escala, não faz sentido colocar pessoas e densidade em uma única escala. Esse fenômeno é chamado por Asgeirsson (2015) de multidimensionalidade incomensurável: vários critérios influenciam na aplicação de um predicado e essas condições são medidas em dimensões diferentes, sendo incomensuráveis entre si<sup>58,59</sup>. “Negligência” é claramente um termo deste tipo. Ele engloba uma série de ações diferentes que variam em múltiplas dimensões incomensuráveis.

O argumento de Asgeirsson (2015) contra Endicott consiste em afirmar que, em casos como esse, quem está fazendo o trabalho é a incomensurabilidade multidimensional, e não a vagueza<sup>60</sup>: o fato de que existem vários critérios diferentes, que variam de maneira multidimensional e incomensurável, torna possível regular um espectro de condutas potencialmente infinito; a vagueza, como vimos, não ajuda muito nesse sentido.

Para tornar a conclusão mais concreta, basta considerar alguns exemplos que envolvem dimensões vagas da regra que proíbe o tratamento negligente de

<sup>58</sup> Endicott (2003) argumenta que a incomensurabilidade multidimensional implica em vagueza. O argumento é complexo e foge do escopo do presente trabalho, em especial frente à crítica ao argumento de Endicott que será considerada a seguir

<sup>59</sup> Esse fenômeno faz parte do que Struchiner (2005:114), chama de vagueza combinatória que, segundo ele, “se refere à imprecisão a respeito de quais são as propriedades constitutivas de um conceito e a maneira pela qual essas propriedades devem estar combinadas para que o uso do termo geral possa ser empregado de forma legítima”. A vagueza combinatória de Struchiner, porém, parece ser mais ampla do que o conceito de Asgeirsson, já que ela engloba a confusão sobre “quais são as propriedades constitutivas de um conceito”, ao passo que Asgeirsson parece pressupor que sabemos quais são essas propriedades.

<sup>60</sup> Mesmo que aceitemos que a incomensurabilidade multidimensional implica em vagueza, ainda podemos manter o argumento de Asgeirsson, afirmando que, na realidade, as consequências positivas são causadas pela primeira e não pela segunda. Se não aceitarmos a relação de implicação entre incomensurabilidade multidimensional e vagueza, o argumento também funciona.

crianças. Uma das possíveis maneiras de infringir a regra, segundo Endicott (2011:17), é quando deixamos um recém-nascido com uma babá de cinco anos de idade. É importante perceber, porém, que a idade mínima para que uma babá afaste a aplicação da regra no caso de um recém-nascido é vaga no sentido aqui discutido. Imaginando que essa idade pode ser substituída por alguma noção de maturidade ou responsabilidade, podemos formular um paradoxo sorites que envolva a idade mínima para ser uma babá competente.

O fato de que o texto legal não fornece uma idade mínima para babás, porém, em nada ajuda a regular o restante das condutas. Se a mesma regra estabelecesse uma idade mínima para babás, esse conjunto de problemas específico estaria resolvido, da mesma forma como o estabelecimento de uma idade mínima para a participação no processo eleitoral resolve o problema da vagueza de “maduro”. Essa precisificação, porém, nada tem a ver com outros tipos de negligência. Poderia ser o caso de que, mesmo deixando a criança aos cuidados de alguém acima da idade mínima estabelecida, alguém siga sendo negligente, porque, por exemplo, os deixou em um ambiente insalubre<sup>61</sup>. Isso funciona como uma evidência a favor da tese de Asgeirsson de que o real responsável semântico pela possibilidade de regulação de um rol de condutas indefinido é a incomensurabilidade multidimensional, e não a vagueza.

## 1.6

### **Semelhanças de família**

A discussão sobre incomensurabilidade multidimensional convida o debate de algumas posições defendidas no direito e na filosofia a respeito da indeterminação linguística, que talvez não devam contar como teorias da vagueza propriamente ditas. Uma dessas posições, atribuída por Endicott a Hart e Wittgenstein (2003:176), é a ideia de que avaliamos casos fronteiros a partir de suas similaridades com casos paradigmáticos.

---

<sup>61</sup> Endicott (2011:25) inclusive admite expressamente que o texto normativo em questão poderia ter precisificado o termo sem problema algum.



Hart, ao falar sobre a linguagem do direito, observa que “regras possuem um núcleo central de significado incontroverso” (1994:12). Quando discutimos a respeito de casos que se enquadram neste núcleo central de significado incontroverso, chega a ser difícil imaginar casos fronteirios (na terminologia hartiana, casos de penumbra), muito embora isso seja sempre possível (ocasionando a textura aberta da linguagem, sobre a qual terei mais a falar adiante). Podem existir, porém, casos onde temos dúvidas sobre se um determinado fato se adequa ao pressuposto fático de uma determinada regra. O que fazemos para decidir sobre esse tipo de caso?

Em sua célebre discussão sobre a regra “proibido veículos no parque”, Hart estabelece que esta regra possui um núcleo central de significado incontroverso e uma zona de penumbra. Ninguém discutiria, por exemplo, que carros contam como veículos no contexto desta regra. Por outro lado, pode haver discussão sobre se a regra proíbe ou não a entrada de patinetes no parque. Pelo menos parte dessa indeterminação surge a partir de um determinado tipo de vagueza no predicado “veículos”. Podem haver dúvidas genuínas sobre se um patinete é um veículo, mesmo em cenários distintos da aplicação da regra.

Hart acredita que a maneira como avaliamos casos de penumbra é através de sua comparação com casos nucleares:

Faced with the question whether the rule prohibiting the use of vehicles in the park is applicable to some combination of circumstances in which it appears indeterminate, all that the person called upon to answer can do is consider (as does one who makes use of a precedent) whether the present case resembles the plain case ‘sufficiently’ in ‘relevant’ respects (Hart, 1994:127)<sup>62</sup>.

Portanto, casos podem ser mais ou menos difíceis dependendo de suas semelhanças e diferenças com casos nucleares. Claramente, Hart identifica na tarefa da adjudicação uma certa discricionariedade em casos de penumbra. Como não há nenhuma solução claramente definida a partir do pressuposto fático da

---

<sup>62</sup> Tradução do autor: “Confrontados com a questão de se uma regra proibindo o uso de veículos no parque é aplicável a alguma combinação de circunstâncias onde ela parece ser indeterminada, tudo que a pessoa chamada a responder pode fazer é considerar (assim como se faz com o uso do precedente) se o caso presente se assemelha ao caso claro ‘de maneira suficiente’ em aspectos ‘relevantes’”.

norma, o juiz possui uma certa margem para decidir a solução normativamente desejável para o caso concreto (1994:129).

Logo, para Hart, assim como para Soames, parecem existir três tipos de casos: casos onde  $x$  claramente é um veículo (F); casos onde  $x$  claramente não é um veículo ( $\sim F$ ); e casos indefinidos, onde as regras da linguagem ordinária e os casos paradigmáticos conhecidos não são capazes de estabelecer se  $x$  é ou não um veículo. Alguns casos indeterminados são mais semelhantes aos casos paradigmáticos de veículos e outros são mais semelhantes aos casos paradigmáticos de não-veículos. Essa proximidade com um dos polos claramente deve contar como uma razão para que o adjudicador decida em uma ou outra direção, mas certamente não será conclusiva.

O importante é notar que “veículos” é mais semelhante a “negligência” do que a “careca”. Assim como existem várias maneiras diferentes de ser negligente e essas maneiras são medidas em dimensões incomensuráveis entre si, existem vários requisitos possíveis para que algo conte como um veículo e não há determinação sobre quais ou quantos desses requisitos devem ser cumpridos para que apliquemos o predicado de maneira correta. Nenhum desses requisitos pode ser considerado uma condição suficiente para que algo conte como um veículo e é possível que nenhum dos requisitos seja uma condição necessária. “Veículos” e “negligência”, portanto, parecem ser conceitos que são regidos por *semelhanças de família* (Wittgenstein, 2009)<sup>63</sup>.

O conceito de semelhança de família é cunhado por Wittgenstein em *Investigações Filosóficas* a partir da análise do conceito de “jogo”.

<sup>63</sup> Asgeirsson (2015, nota de rodapé 12) argumenta que esse não é necessariamente o caso. Ele nota que podemos considerar “negligência” como uma propriedade “informativa e necessária” de todas as instâncias de negligência, assim como poderíamos considerar “jogo” como uma propriedade informativa e necessária de “todas as instâncias de cada subtipo de jogo”. O problema da semelhança de família surge quando buscamos caracterizar o que une todas essas instâncias sob a mesma categoria. Muito embora esse possa ser o caso e seja certamente possível discutir a incomensurabilidade multidimensional de “negligência” sem lidar com a semelhança de família, eu não vejo porque isso não seria algo proveitoso. Afinal, o que torna “negligência” incomensuravelmente multidimensional é justamente a existência de um grupo de características que não são necessárias e suficientes para que algo conte como negligente e que variam de maneira incomensurável entre si. Pode ser que, nesse sentido, a incomensurabilidade multidimensional seja um fenômeno semântico mais restrito (ou seja, se aplique a um conjunto menor de casos) do que as semelhanças de família. Parece, porém, que existe uma conexão intuitiva entre esses dois conceitos. Não pretendo, porém, avaliar de forma mais rigorosa qual a extensão dessa conexão no presente trabalho.

Observe, p. ex., os processos a que chamamos “jogos”. Tenho em mente os jogos de tabuleiro, os jogos de cartas, o jogo de bola, os jogos de combate, etc. O que é comum a todos estes jogos? – Não diga: “Tem que haver algo que lhes seja comum, do contrário não se chamariam ‘jogos’” – mas *olhe* se há algo que seja comum a todos. – Porque, quando olhá-los você não verá algo que seria comum a *todos*, mas verá semelhanças, parentescos, aliás, uma boa quantidade deles [*omissis*] (Wittgenstein, 2009:51, §66).

Todos esses tipos diferentes de jogos (de tabuleiro, de cartas, de bola e etc.) possuem semelhanças que não podem ser reduzidas a uma propriedade (ou grupo de propriedades) necessária e suficiente para que algo conte como um jogo (Struchiner, 2002:42). Se imaginarmos, por exemplo, que jogos devem envolver mais de uma pessoa, teremos o contraexemplo da paciência; se imaginarmos que jogos devem ser divertidos, veremos contraexemplos de jogos chatos (xadrez certamente é menos divertido que jogos mais simples), e assim por diante (todos os exemplos são do próprio Wittgenstein, 2009:52, §66).

Não posso caracterizar melhor essas semelhanças do que por meio das palavras “semelhanças familiares”; pois assim se sobrepõem e se entrecruzam as várias semelhanças que existem entre os membros de uma família: estatura, traços fisionômicos, cor dos olhos, andar, temperamento, etc., etc. – E eu direi: os ‘jogos’ formam uma família (Wittgenstein, 2009:52, §67).

É possível, portanto, que alguns termos jurídicos sejam indeterminados por denotarem categorias de coisas que se assemelham entre si por semelhanças de família. Se esse é o caso, com relação a esses termos, é bem possível que façamos comparações como a que Hart descreve, e que, de fato, seria um erro grave quando o juiz de um determinado caso

(...) thinks of a standard case and then arbitrarily indentifies certain features in it – for example, in the case of a vehicle, (1) normally used on land, (2) capable of carrying a human person, (3) capable of being self propelled – and threats these three as always necessary and always sufficient conditions for the use in all contexts of the word ‘vehicle’, irrespective of the social consequences of giving it this interpretation. This choice, not ‘logic’, would force the judge to include a toy motor car (if electrically propelled) and to exclude bicycles and the aeroplane. In all this there is possibly great stupidity, but no more ‘logic’, and no less, than in

cases in which the interpretation given to a general term and the consequent application of some general rule to a particular case is consciously controlled by some identified social aim (Hart, 1983:67)<sup>64</sup>.

É, portanto, um erro tentar precisificar termos como “jogo” e “veículo”, que englobam um conjunto de casos entre os quais há uma semelhança de família, como parece ser um erro precisificar termos como “negligência”. Ainda que possa haver discussões sobre se a semelhança de família e a incomensurabilidade multidimensional são conceitos próximos, distantes, ou mesmo um único conceito<sup>65</sup>, para os fins da técnica legislativa, eles parecem cumprir a mesma função e carregar o mesmo tipo de valor<sup>66</sup>.

## 1.7

### Vagueza e técnica legislativa

A partir da discussão acima, podemos traçar algumas conclusões com relação ao emprego da vagueza em textos normativos. Na verdade, Endicott (2011) tem essa mesma pretensão, ao citar a nomografia de Bentham, afirmando que “(...) I think that the value of vagueness is a general principle of what Jeremy Bentham called ‘the science of legislation’ – a general principle (...) of the

<sup>64</sup> Tradução do autor: “[seria um grave erro quando o juiz de um determinado caso] pensa em um caso padrão e então identifica arbitrariamente certas características nele – por exemplo, no caso de um veículo, (1) normalmente usado em terra, (2) capaz de carregar um ser humano, (3) capaz de se impulsionar de maneira autônoma – e trata essas três como condições sempre necessárias e sempre suficientes para o uso em todos os contextos da palavra ‘veículo’, irrespectivamente das consequências sociais dessa interpretação. Essa escolha, não a ‘lógica’, forçaria o juiz a incluir um carrinho de brinquedo (se de propulsão elétrica) e excluir bicicletas e aviões. Em tudo isso há a possibilidade de grande estupidez, mas não mais ‘lógica’, e não menos, que nos casos em que a interpretação dada a um termo geral e a consequente aplicação de alguma regra geral a um caso particular é conscientemente controlada por algum objetivo social”.

<sup>65</sup> Ver nota de rodapé anterior.

<sup>66</sup> Endicott (2003:47-48) discute muito brevemente a questão das semelhanças de família, atribuindo a necessidade de avaliação do conceito ao uso feito deste por Hart e discutindo posições que negam a existência de termos que apresentam semelhanças de família. Existe uma literatura interessante sobre o valor descritivo da semelhança de famílias e evidências empíricas no sentido que, de fato, seres humanos utilizam do tipo de proximidade que não varia em função de condições necessárias e suficientes descrito por Wittgenstein em tarefas classificatórias. Ver Rosch e Mervis (1975); Saunders et al (1991).

understanding of how to craft normative texts” (2011:30)<sup>67</sup>. Embora eu discorde de várias das conclusões do filósofo, sem dúvidas compartilho de sua crença a respeito da importância de uma compreensão adequada da vagueza para a empreitada nomográfica.

Em primeiro lugar, é interessante notar que, se aceitamos o argumento de Asgeirsson (2015), devemos concluir que, via de regra, o emprego de termos vagos unidimensionais deve ser evitado, sendo eles substituídos por precisificações legais, como ocorre no caso do limite de teor alcoólico no sangue e da idade mínima para a votação<sup>68</sup>. Provavelmente as exceções a essa regra estariam relacionadas à vantagem epistêmica que juízes tem sobre legisladores quanto ao *status* normativo de algumas regras. Se, por algum motivo, acreditamos que o direito deve ser incrementalmente modificado em alguma área específica pelo emprego de técnicas da *commom law*, então teremos boas razões para delegar esse poder aos juízes através da vagueza, seguindo a conclusão em Asgeirsson (2013). É importante repisar, porém, a distinção entre interpretação e aplicação do direito. Como vimos, é possível que uma regra não seja aplicada a um determinado caso concreto a despeito daquele caso se encontrar claramente sob o predicado fático da regra. Isso pode acontecer por razões morais, por exemplo. Portanto, não parece ser verdadeiro que a vagueza funcionaria como um requisito necessário para que as virtudes epistêmicas sobre o *status* normativo das regras aconteçam. Um ordenamento jurídico onde os juízes fossem particularistas também cumpriria essa função<sup>69</sup>.

Em segundo lugar, é importante aceitar o argumento de Endicott (2011; 2001) de que o direito, para regular certas condutas, precisa usar termos que não são precisos. Seriam casos como o da regulação da violência, dos maus-tratos de crianças e análogos, nos quais uma quantidade potencialmente infinita de condutas distintas podem lesar um direito que deve ser protegido. Talvez uma boa

<sup>67</sup> Tradução autor: “(...) eu penso que o valor da vagueza é um princípio geral do que Jeremy Bentham chamou de ‘a ciência da legislação’ – um princípio geral (...) da compreensão de como elaborar textos normativos”.

<sup>68</sup> Essa primeira conclusão, naturalmente, depende de certos compromissos normativos. Eu não vou desenvolver o argumento normativo sobre os valores da segurança jurídica, eficiência e etc., nesta ocasião, me limitando a dizer que adoto, em linhas gerais, a argumentação utilizada por Schauer (1991) em favor do positivismo presumido.

<sup>69</sup> É verdade que o emprego de textos normativos vagos pode ter outras vantagens com relação ao particularismo jurídico. Isso não muda o fato de que, com relação às virtudes apontadas por Endicott, não parece haver diferença significativa entre as duas alternativas.

sugestão para identificar casos como esses possa ser extraída de um trecho menos trabalhado do artigo de Asgeirsson (2015). Ao discutir a “arbitrariedade” indicada por Endicott com relação à precisificação de termos vagos, o filósofo corretamente identifica a questão em termos de problemas de sobre e subinclusão. Para os casos de sobreinclusão, porém, Asgeirsson nota que o direito tem instrumentos capazes de mitigar seus efeitos. Defesas como insanidade temporária e estado de necessidade, previstos em vários ordenamentos jurídicos, servem justamente para afastar a incidência de uma regra com relação a casos onde ela é sobreinclusiva. O mesmo, porém, não acontece com relação aos casos de subinclusão:

(...) legal defenses can only mitigate the effects of overinclusion. But in the case of neglect, in contrast to most other legislative scenarios, underinclusion is arguably the more serious side of the coin (or at least equally serious), and the only possible way of mitigating underinclusion seems to be the employment of expansive purposive legal interpretation. But this presupposes that cases of underinclusion reliably reach the courts, and much has to happen for a case that is not covered by the law (but which should be) to get that far in the system. It is probably not an exaggeration to say that most cases of underinclusion will stay out of the courts' reach and, as a result, judicial interpretation is a rather inefficient tool for dealing with underinclusion. From all this, it seems to me appropriate to conclude that in the case of neglect, using a list of fairly specific action types is not an option that is available to lawmakers, given their end to adequately regulate the relevant form of conduct (Asgeirsson, 2015:437)<sup>70</sup>.

A partir dessa ideia, é possível imaginar que a maioria dos casos onde devemos regular condutas através de termos incomensuravelmente multidimensionais sejam casos onde a subinclusão seja o problema mais relevante a ser combatido. Quando uma lista de condutas específicas não for capaz de proteger um bem jurídico que deva ser tutelado e a proteção a esse bem jurídico

<sup>70</sup> Tradução do autor: “ (...) defesas jurídicas somente podem mitigar os efeitos da sobreinclusão. Mas em casos de negligência, em contraste com a maioria dos outros cenários legislativos, a subinclusão é provavelmente o lado mais sério da moeda (ou pelo menos igualmente sério), e a única maneira possível de mitigar a subinclusão parece ser o emprego da interpretação expansiva baseada nos propósitos. Mas isso pressupõe que casos de subinclusão cheguem aos tribunais de maneira confiável, e muito tem que acontecer para que um caso que não esteja coberto pela lei (mas que deveria estar) chegue longe no sistema. Provavelmente não é exagero dizer que a maioria dos casos de subinclusão não chegarão aos tribunais e, como resultado, a interpretação judicial é uma ferramenta deveras ineficiente para lidar com a subinclusão. De tudo isso, me parece apropriado concluir que em casos de negligência, usar uma lista de tipos de ação mais ou menos específica não é uma opção que esteja disponível para os legisladores, dado seu objetivo de regular adequadamente a forma relevante de conduta”.

for mais importante do que a proteção à tutela de interesse do possível transgressor, parece ser o caso de que devemos recorrer a textos normativos indeterminados no sentido levantado por Asgeirsson.

## 2.

### Textos normativos como atos de fala ilocucionários

Atos de fala se tornaram um dos tópicos mais importantes da filosofia da linguagem a partir de 1962, com a publicação de “*How to do things with words*”, de J. L. Austin (1962). Nela, Austin oferece uma definição de performativos que, com Searle (1969), é generalizada para uma definição de atos de fala “ilocucionários”<sup>71</sup>. Segundo essa posição, para que um determinado proferimento seja um ato de fala, ele precisa cumprir dois requisitos: A) ele não pode ser exclusivamente descritivo, não podendo, portanto, ser verdadeiro ou falso; e B) o proferimento da sentença em si é, ou constitui parte de, uma ação (Austin, 1962:5). Green (2014), na *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, sugere que ainda é necessário um terceiro requisito, consistente na existência de alguma intenção comunicativa por parte do falante.

A primeira condição sugerida por Austin é que um ato de fala ilocucionário não pode ser exclusivamente descritivo, não podendo ser verdadeiro ou falso. Isso distingue atos de fala ilocucionários, ou performativos (parte do objetivo da distinção era substituir a distinção tradicional entre performativos e “*sense and reference*”<sup>72</sup>, ver Searle, 1968), de atos de fala locucionários, ou descritivos<sup>73</sup>. É fácil percebermos isso a partir da noção de condições de verdade. Quando se faz alguma afirmação meramente descritiva, ela possui um valor verdade. Seu conteúdo proposicional (aquilo que é dito) se relaciona de alguma forma com o mundo, bastando verificarmos se um corresponde ao outro. Se, de fato, o conteúdo proposicional de uma afirmação descreve adequadamente uma situação no mundo, dizemos que a afirmação é verdadeira. Caso contrário, dizemos que ela é falsa.

---

<sup>71</sup> Em que pese as distinções entre ambas, por me referir a uma classe um pouco mais ampla de atos de fala e por opção, sempre irei me referir a esse tipo de ato como atos ilocucionários. Da mesma forma, as distinções mais precisas das palestras finais de Austin (1962) não são importantes para o argumento que pretendo desenvolver.

<sup>72</sup> Sentido e referência, em tradução livre.

<sup>73</sup> Searle (1968) discorda da distinção, preferindo outras distinções, que serão discutidas mais à frente. Para os fins do presente trabalho, porém, a objeção de Searle à distinção de Austin é irrelevante.



Se digo que “está chovendo”, não é difícil determinar o valor verdade dessa afirmação: eu olho pela janela. Caso esteja chovendo, a afirmação é verdadeira; caso contrário, ela é falsa. Como ela descreve um estado de coisas no mundo, basta verificarmos se o estado de fato existe ou não para determinarmos o valor verdade da afirmação. O que vale para “está chovendo” vale para um sem número de outras descrições. “A mesa é de madeira”, “não está nevando”, “o copo é de vidro” e uma série indeterminada de outros proferimentos têm essas características. Todos possuem valor verdade e o seu valor verdade é determinado pela constatação de que o estado de coisas descrito corresponde ao estado de coisas no mundo.

Uma outra classe de atos de fala não possui essas características<sup>74</sup>. Quando faço uma promessa, por exemplo, eu não estou descrevendo nada e, portanto, não posso dizer, nesse primeiro sentido, que estabeleço condições de verdade. Digamos que eu fale “prometo que vou jantar com você amanhã”. Essa afirmação é falsa ou é verdadeira? Ela descreve algum estado de coisas no mundo? Não. Ela constitui uma promessa. Através desse proferimento eu me comprometo a um estado de coisas futuro que depende exclusivamente da minha vontade. Da mesma forma, esse compromisso só existe em virtude do fato de que eu disse “prometo que vou jantar com você amanhã”. Portanto, dizer “prometo que vou jantar com você amanhã” conta como uma ação: fazer uma promessa.

Muito embora, de uma certa forma, você possa dizer que uma promessa é verdadeira (foi cumprida) ou falsa (não foi cumprida), parece intuitivamente verdadeiro que existe uma diferença entre esse tipo de condição de verdade e o tipo de condição de verdade que existe no caso de “está chovendo”. Essa diferença motivou Austin a criar um novo termo para as condições de verdade de atos de fala performativos ou ilocucionários: condições de felicidade (Austin, 1962, Searle, 1969, 2005). Portanto, atos de fala ilocucionários estabelecem

---

<sup>74</sup> Na verdade, atos de fala, enquanto atos de fala completos, nunca são verdadeiros ou falsos, mas podem ter como conteúdo proposições que são verdadeiras ou falsas. Isso pode ser observado se imaginarmos a seguinte situação: eu digo “está chovendo”, quando, de fato, não há uma nuvem no céu. A proposição “está chovendo” é falsa, mas o ato de fala “está chovendo” de fato existiu e pode ter sido bem sucedido no sentido de ser compreendido por meu interlocutor, que não necessariamente sabia que não estava chovendo (eu posso, por exemplo, ter feito uma piada). O objetivo principal da presente seção, porém, é explicitar o que são atos de fala ilocucionários, de maneira que essa distinção mais fina não é estritamente necessária para a compreensão do ponto. Nesse sentido, adoto uma estratégia argumentativa similar à das primeiras palestras de Austin (1962).

condições de felicidade, ao invés de condições de verdade, e contam como uma ação ou pelo menos como parte de uma ação.

A última condição, sugerida por Green (2014), tem como objetivo tornar o conceito um pouco mais preciso. Quando não há intenção comunicativa, não parece verdadeiro que uma ação foi realizada. Se eu prometo que vou jantar com você amanhã em um sussurro claramente inaudível, não parece verdadeiro que eu assumi um compromisso com você.

Textos normativos cumprem todos os três requisitos descritos acima. Isso é especialmente verdadeiro se assumirmos o referencial teórico do positivismo jurídico. O que faz com que algo seja uma regra válida dentro de um determinado ordenamento jurídico é o fato de que este algo advém de uma das fontes reconhecidas do direito (Hart, 1994, Kelsen, 1998). Mais especificamente, é necessário que exista uma regra que permita que certos órgãos promulguem certos textos que, respeitadas algumas condições, contam como uma regra daquele ordenamento jurídico. É assim que um texto elaborado por um grupo de parlamentares e aprovado de acordo com as regras pertinentes deixa de ser apenas um texto e passa a ser um texto *normativo*<sup>75</sup>.

Esse texto normativo não descreve nada, já que um de seus objetivos, como vimos, é sempre influenciar a conduta de seus jurisdicionados. Como um texto normativo não descreve nada, ele também não impõe condições de verdade. “Matar alguém – pena: X anos de cadeia” não é verdadeiro ou falso no mesmo sentido de que “está chovendo” é verdadeiro ou falso. Parte do esforço de Kelsen é justamente mostrar esse ponto: regras não são verdadeiras ou falsas, mas sim válidas ou inválidas (Kelsen, 1998:52-53). A distinção é, em um certo sentido, análoga àquela proposta por Austin. Se atos de fala locucionários estabelecem condições de verdade, atos de fala ilocucionários estabelecem condições de felicidade. “Está chovendo” é verdadeiro ou falso, enquanto “prometo encontrar com você amanhã” pode ser feliz ou infeliz: ela será feliz, para Austin, quando: 1) Exista um procedimento convencional aceito que inclui o proferimento de certas palavras por certas pessoas em certas circunstâncias (“eu prometo que...”); 2) as pessoas e circunstâncias do caso sejam apropriadas para a invocação daquele

---

<sup>75</sup> No mesmo sentido, defendendo que textos normativos são atos de fala, Asgeirsson (2016).

procedimento em particular<sup>76</sup>; 3) o procedimento deve ser executado por todos os participantes de maneira correta e completa; 4) quando o procedimento requer certos pensamentos ou sentimentos, as pessoas envolvidas naquele procedimento devem ter aqueles pensamentos ou sentimentos (se eu prometo me encontrar com você amanhã, é necessário que eu tenha a intenção de me encontrar com você amanhã); e, finalmente, 5) as pessoas envolvidas precisam cumprir com o acordado no futuro (Austin, 1962:15).

Como veremos, em vários casos, algumas dessas condições não se aplicam a determinadas regras jurídicas. É possível, por exemplo, que o legislador seja incompetente (2). Nesse caso, o seu ato ilocucionário de fala que deveria consistir na criação de uma regra será nulo, tanto de acordo com as regras do direito constitucional brasileiro, quanto com as condições de felicidade de Austin. De maneira semelhante, é possível que o legislador seja insincero<sup>77</sup>. Nesse caso, ainda que a regra seja válida do ponto de vista jurídico, ela advém de um ato de fala infeliz e, portanto, necessita ser analisada de uma forma distinta daquelas regras que se originaram de atos de fala felizes.

Isso não quer dizer que proposições sobre o direito não possam ser verdadeiras ou falsas. Se digo “no Brasil, o homicídio é proibido”, basta verificarmos que, em geral, se considera o decreto-lei 2848 de 1940 como uma norma válida e dotada de exigibilidade e que o art. 121 desse texto normativo atribui uma pena à conduta “matar alguém” sob o título “homicídio” para dizermos que a afirmação é verdadeira. Se, por outro lado, nos perguntarmos sobre o valor verdade da própria expressão do texto “Matar alguém – pena – reclusão, de seis a vinte anos”, não teremos nenhuma resposta, porque a pergunta não faz sentido. Podemos apenas notar que essa lei existe e que ela é reconhecida como uma regra do direito brasileiro. Como esse é o caso, sabe-se que quem matar alguém está sujeito a uma determinada pena.

---

<sup>76</sup> Promessas podem, convencionalmente, ser feitas por qualquer pessoa. Isso não é necessariamente o caso: para que um ato de fala (“eu, fulano de tal, te aceito como minha legítima esposa”) conte como fazer algo (casamento) é às vezes necessário que certas condições convencionalmente estabelecidas sobre as pessoas envolvidas no ato de fala e as circunstâncias do ato (no caso do Brasil, a exigência de habilitação para casamento) sejam observadas.

<sup>77</sup> Esse problema é particularmente interessante para a investigação proposta e será oportunamente discutido de maneira mais extensa.

Um texto normativo também é sempre e necessariamente uma ação ou parte de uma ação. Emitir um texto normativo cujo conteúdo seja “Matar alguém – X anos de prisão”<sup>78</sup> é fazer algo da mesma forma que ordenar ou prometer (Austin, 1962) são fazer algo. Kelsen é novamente eloquente: “a ligação entre um delito e uma sanção jurídica é estabelecida por um ato, ou atos, de seres humanos, por um ato criador de Direito” (Kelsen, 2001:324). A esta ligação Kelsen designa o nome de “imputação”. Imputar é relacionar uma ocorrência no mundo a uma consequência não necessária em termos físicos.

Para ver esse ponto de maneira clara, façamos um pequeno experimento mental. Imaginemos uma sociedade em que não exista imposto de renda. Nela, não há nenhuma regra que estabeleça “se você receber entre X e 2X reais por mês, pague Y% ao Estado – pena Z reais”<sup>79</sup>. Essa sociedade é perfeitamente imaginável. Suponhamos que, em determinado momento, o órgão legislativo dessa sociedade promulgue um texto que diga “se você receber entre X e 2X reais por mês, pague Y% ao Estado – pena Z reais”. Qual é a diferença entre os dois momentos dessa sociedade e qual a ação que introduziu essa mudança? A diferença é que, no segundo momento, quem não pagar o imposto estará sujeito à sanção prevista pelo ordenamento jurídico. Essa diferença é introduzida justamente pela existência da norma, expressa pelo texto normativo supra.

A promulgação de um texto normativo altera um estado de coisas no mundo. Há um estado inicial qualquer que é alterado pela promulgação de uma regra, que funciona de maneira semelhante ao proferimento de uma promessa ou de uma ordem. Publicar um texto no diário oficial não é o mesmo que publicar um texto na “Science” ou na “Veja”. Textos publicados no diário oficial passam a contar como regras, textos publicados na “Science” e na “Veja” não. Publicar um texto em um determinado veículo da imprensa oficial conta como produzir uma

<sup>78</sup> Esse tipo de regra, típica do direito penal, geralmente é descrita como uma ordem. Ver Kelsen (1998), Hart (1994). Talvez seja melhor, porém, imaginar todas as regras como promessas. A regra que proíbe o homicídio, portanto, poderia ser lida como uma promessa condicionada: se você matar alguém, passará X anos na prisão. Essa definição tem a vantagem de incorporar as regras de segunda ordem, que criam poderes. Assim, a regra que diz que toda a manifestação de vontade multilateral que cumprir os requisitos X, Y e Z conta como um contrato válido poderia ser lida como uma promessa que diz “se você fizer uma manifestação de vontade multilateral que cumpra os contratos X, Y e Z, eu prometo que promoverei a execução dessa manifestação de vontade”.

<sup>79</sup> Formulo a regra da mesma forma que a regra do homicídio para facilitar as comparações e montar um framework mais uniforme. Kelsen (1998, 2001) defende que regras jurídicas (normas) em geral possuem essa forma ou podem ser reduzidas a essa forma. Embora eu concorde com esse ponto, não acho ele estritamente necessário para o argumento que pretendo desenvolver.

regra, que, por sua vez, conta como uma promessa, uma ordem, uma permissão e etc.

Ademais, como vimos, o requisito extra exigido por Green também é cumprido: textos normativos que pretendem influenciar a conduta de seus jurisdicionados devem ser compreendidos por esses jurisdicionados. Logo, ao menos em geral, existe uma intenção comunicativa em jogo na promulgação de um texto normativo.

É importante perceber que as distinções propostas por Austin e Searle entre atos de fala locucionários e ilocucionários não funcionam de maneira dicotômica. De fato, como assevera Austin, a dicotomia entre performativos e constativos foi “abandonada em favor de famílias mais gerais de atos de fala relacionados e sobrepostos” (1962:149). Nesse sentido, é importante perceber que atos de fala locucionários mantêm certas características ilocucionárias e vice versa.

Por exemplo, quando há uma relação hierárquica bem definida entre dois sujeitos, é possível que atos de fala descritivos, claramente locucionários, quando proferidos pelo superior hierárquico, possuam uma certa força normativa com relação ao destinatário do ato, hierarquicamente inferior. Se um pai fala para o filho que “o mundo é X”, é natural imaginarmos que existe, na perspectiva do filho, uma certa força normativa com relação àquela descrição. É possível e provável que o filho passará a agir como se o mundo fosse X, ainda que essa afirmação não seja verdadeira.

O oposto também é verdadeiro. É possível que atos de fala ilocucionários por parte do legislador sejam entendidos como afirmações locucionárias sobre propriedades morais. Austin reconhece esse ponto ao afirmar que verdade/falsidade e correção/incorreção são apenas diferentes dimensões de avaliação de diferentes afirmações, que são a coisa certa ou própria a se dizer em certas circunstâncias, para uma determinada audiência, com determinados propósitos e determinadas intenções (1962:144)<sup>80</sup>. Assim, uma lei que proíbe uma

---

<sup>80</sup> O debate sobre verificacionismo bem como sobre meta-ética é totalmente irrelevante para os propósitos do presente trabalho. Embora certas teorias epistemológicas ou morais possam ter problemas com as afirmações supra de Hart e Austin, essas críticas não têm pertinência para o argumento que pretendo defender.

determinada conduta pode ser interpretada por parte dos cidadãos como uma declaração de que aquela conduta é moralmente errada. De fato, o argumento normativo de Hart a favor do positivismo conceitual identifica exatamente essa característica (Hart, 1983:77-78): “If with the Utilitarians [Bentham e Austin] we speak plainly, we say that laws may be law but too evil to be obeyed. This is a moral condemnation which everyone can understand and it makes an immediate and obvious claim to moral attention”<sup>81</sup>.

Outra ressalva importante deve ser feita: muito embora o ato de fala legislativo, considerado como um todo, seja preponderantemente ilocucionário, ele também contém, necessariamente, elementos locucionários. Assim, se há um texto normativo que diz “matar alguém – pena X anos de prisão”, há pelo menos dois elementos locucionários em jogo: 1) “matar alguém”, que descreve uma determinada conduta que pode ser verificada ou não e 2) “X anos de prisão”, que também descreve uma propriedade objetiva que pode ser verificada. Isso não traz nenhum problema para a análise supra; Austin, inclusive, afirma diversas vezes que todo ato ilocucionário tem algum componente locucionário (1962).

## 2.1

### Infelicidades legislativas

Agora que estabelecemos que textos normativos são atos de fala prototipicamente ilocucionários no sentido austiniano, podemos discutir as maneiras pelas quais um texto normativo pode ser infeliz. A título de recordação, são 5 as formas de infelicidade propostas por Austin:

- 1) Não existe um procedimento convencional aceito que inclui o proferimento de certas palavras por certas pessoas em certas circunstâncias;

---

<sup>81</sup> Tradução do autor: “se, com os Utilitaristas [Bentham e Austin], nós falamos de forma clara, nós dizemos que a lei pode ser a lei, mas ser muito má para ser obedecida. Essa é uma condenação moral que qualquer um pode entender e que faz um apelo óbvio e imediato à atenção moral”.

- 2) As pessoas e circunstâncias do caso não são as pessoas e circunstâncias apropriadas para a invocação daquele procedimento em particular;
- 3) O procedimento não foi executado por todos os participantes de maneira correta e completa;
- 4) Quando o procedimento requer certos pensamentos ou sentimentos, as pessoas envolvidas naquele procedimento não tinham aqueles pensamentos ou sentimentos no momento do proferimento do ato;
- 5) As pessoas envolvidas não cumprem com o acordado no futuro

A promulgação de textos normativos, como qualquer ato de fala ilocucionário, está sujeita às infelicidades supra. De maneira interessante, porém, o direito, em sua sistemática própria, possui nomes e procedimentos para lidar com pelo menos parte dessas infelicidades de maneira específica. Indiretamente, isso serve como mais uma evidência de que textos normativos podem ser analisados como atos de fala.

Assim, as três primeiras infelicidades motivam, no direito, a inconstitucionalidade formal do ato normativo:

Os vícios formais traduzem defeito de formação do ato normativo, pela inobservância de princípio de ordem técnica ou procedimental ou pela violação de regras de competência. Nesses casos, viciado é o ato nos seus pressupostos, no seu procedimento de formação, na sua forma final (Mendes, Coelho e Branco, 2007:961).

É possível dividir as instâncias de inconstitucionalidade formal apontadas pelos autores em três tipos diferentes: a) vícios de ordem técnica; b) vícios procedimentais e c) violação de regras de competência. Embora os autores não elaborem suficientemente sobre o que constituem “vícios de ordem técnica”, seria possível imaginar que esses vícios se refiram a infelicidades do tipo 1, quando não há um procedimento convencionalmente aceito para a realização do ato de fala. Essa possibilidade, porém, é enganosa. Muito embora seja perfeitamente possível imaginar atos de fala contaminados por infelicidades do tipo 1, o mesmo não é o

caso no direito, devido a existência, pelo menos no caso brasileiro, de uma regra de segunda ordem que estabelece a competência residual dos estados para legislar, sem que exista o estabelecimento de um procedimento especial para esse tipo de legislação. Isso pode ser depreendido do art. 25, § 1º, da Constituição Federal<sup>82</sup>.

Ainda assim, parece que essa ausência de instâncias específicas de infelicidades do tipo 1 não milita contra, mas sim a favor, da tese que pretendo defender. Afinal, parece que o constituinte, preocupado com as infelicidades do tipo 1, se preocupou em fechar explicitamente essa possibilidade através da competência residual dos estados.

Para fortalecer o argumento, teríamos uma correspondência perfeita entre os outros dois tipos de inconstitucionalidade formal e os outros dois tipos de infelicidade: um ato pode ser infeliz ou um texto normativo pode ser formalmente inconstitucional por vício procedimental (infelicidade de tipo 3, inconstitucionalidade formal do tipo b) ou por incompetência (infelicidade de tipo 2, inconstitucionalidade formal do tipo c).

Exemplos destes dois tipos de inconstitucionalidade não faltam. O STF, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.440, por exemplo, decidiu que uma lei do estado de Santa Catarina era inconstitucional por vício procedimental, observando, na ementa que:

Segundo consistente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, as Assembleias Legislativas Estaduais possuem competência para deliberar sobre anistia administrativa de servidores estaduais. Contudo, não cabe a essas Casas Legislativas iniciar a deliberação de processos legislativos com esse objetivo, pois estão elas submetidas às normas processuais de reserva de iniciativa inscritas na Constituição Federal, por imposição do princípio da simetria (STF, ADI 1440, relator Ministro Teori Zavascki, julgamento em 15 de outubro de 2014).

Neste caso, o STF estabeleceu que 1) a assembleia legislativa do Estado de Santa Catarina tinha competência para deliberar sobre o tema (afastando, portanto, a possibilidade de se tratar de inconstitucionalidade formal do tipo c), mas que 2)

---

<sup>82</sup> “São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição”. Isso significa que todas as matérias não reguladas na Constituição estão sob a competência estadual (Mendes, Coelho e Branco, 2007:773).



ela não poderia ter iniciado os procedimentos, pois esta é uma iniciativa reservada ao chefe do executivo local. Trata-se, portanto, de um caso puro de inconstitucionalidade formal por incompetência, análoga a infelicidade do tipo 2. Afinal, o vício se deu porque as pessoas que haviam iniciado o procedimento não eram as pessoas apropriadas para a invocação dele.

Quanto à declaração de inconstitucionalidade por violação das regras de repartição de competência, abundam exemplos. Uma instância em que isso ocorreu foi na ADI 1357, onde se discutia uma lei do Distrito Federal. Na ementa do acórdão, ficou consignado que:

A Lei distrital nº 919/1995 tratou de operação de crédito de instituição financeira pública, matéria de competência privativa da União, nos termos dos arts. 21, VIII, e 22, VII, da Constituição (STF, ADI 1357, relator Ministro Roberto Barroso, julgamento em 25 de novembro de 2015).

O que acontece, porém, quando lidamos com infelicidades dos tipos 4 e 5?

As infelicidades do tipo 5, que se verificam quando os efeitos diferidos no tempo do ato de fala não se realizam, também receberam tratamento diferenciado no direito, com a criação de um conceito específico para tratar de sua incidência ao campo jurídico<sup>83</sup>. Trata-se do *dessuetudo* (Kelsen, 1998:160), um “costume negativo cuja função essencial consiste em anular a validade de uma norma existente”. Ou seja, se um texto normativo sofre da infelicidade do tipo 5, não sendo cumprido pelo Estado de forma reiterada ao longo do tempo, ele eventualmente perde sua validade, deixando de compor o sistema jurídico vigente.

A influência do costume negativo no ordenamento jurídico pátrio é controversa, em particular com relação ao direito penal<sup>84</sup>, existindo jurisprudência majoritária no sentido de que “o ordenamento jurídico brasileiro não permite revogação de lei pelo costume” (STJ, REsp 745954, relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, julgamento em 18 de agosto de 2009), mas trata-se de um

---

<sup>83</sup> Esse tipo de condição de felicidade será analisado mais detidamente no item posterior.

<sup>84</sup> Segundo Greco (2010), a impossibilidade de revogação da lei pelo costume tem sua fonte no art. 2º, *caput*, da Lei de Introdução ao Código Civil que, segundo o autor, “de forma clara e precisa preconiza: ‘Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue’” (2010:15).

fenômeno reconhecido, em diferentes momentos históricos, por cortes inglesas, escocesas, norte-americanas e norueguesas, inclusive em direito penal (Bonfield, 1964).

Alternativamente, podemos interpretar as infelicidades do tipo 5 como sendo o simples descumprimento, em uma instância específica, do que ficou estabelecido através do ato de fala, que foi feliz com relação a todas as outras condições. Esse tipo de situação não é incomum no direito. Em vários casos, o juiz sabe que uma determinada regra se aplica a um determinado caso e mesmo assim desvia dessa regra, em geral por considerações não-jurídicas (incluindo, mas não se restringindo, a considerações morais). Esse tipo de situação, que preocupa autores como Schauer (1999), motiva o debate sobre modelos de tomada de decisão jurídica (Struchiner, 2005, cap. 9).

Encarar infelicidades do tipo 5 dessa forma implica a divisão analítica do problema da tomada de decisões jurídicas em duas fases claramente distintas, conforme discutido na introdução: em um primeiro momento, o tomador de decisão consulta as fontes do direito, e as interpreta (mesmo em casos claros, ver Shecaira, 2015); em um segundo momento, munido da informação que tem sobre o conteúdo normativo do direito positivo, o adjudicador decide o caso concreto. Diferentes modelos de tomada de decisão prescreverão diferentes métodos para a segunda fase do problema. Enquanto formalistas jurídicos no sentido forte jamais desviarão do conteúdo normativo informado pelo direito positivo, particularistas jurídicos, também no sentido forte, darão pouca importância a esse conteúdo.

Essa distinção é importante. Asgeirsson (2016) faz um breve histórico das objeções que foram levantadas contra teorias sobre o direito que apostam – como eu aposto – na caracterização de textos normativos como atos de fala, mostrando que muitas delas se equivocam por não perceberem essa distinção. Assim, quando um tribunal interpreta um determinado texto normativo de maneira “errada”, ou seja, com um sentido diverso daquele que foi comunicado pelo legislador, não há uma modificação do texto normativo anterior, mas sim a criação de uma nova razão para decisões futuras, que pode ou não se sobrepor à razão criada com a promulgação do texto normativo. A lição é simples: textos normativos têm uma carga informacional que cria obrigações e deveres; se juízes, advogados e cidadãos irão cumprir com essas obrigações e deveres é algo diferente.

Portanto, dos cinco tipos de infelicidade propostos por Austin, quatro possuem correlação direta com conceitos especificamente jurídicos. As infelicidades do tipo 4, porém, não motivam tanta discussão nos meios jurídicos. O problema do legislador insincero, que promulga um texto normativo sem a intenção de que aquele texto normativo encontre efetividade, é, porém, a infelicidade mais importante para a empreitada nomográfica. Isso porque o objetivo da presente dissertação é justamente mostrar como o uso da linguagem pode auxiliar o legislador sincero a alcançar os seus propósitos de maneira mais eficiente. Naturalmente, quando o legislador não é sincero, não há utilidade alguma no estudo da nomografia, que, portanto, se circunscreve aos casos onde infelicidades do tipo 4 não ocorrem.

## 2.2

### Condições de obediência

Como vimos, atos de fala ilocucionários não estabelecem condições de verdade, mas sim condições de felicidade. Vimos também que textos normativos são atos de fala ilocucionários. Assim, eles também estabelecem condições de felicidade.

A quinta forma de infelicidade descrita por Austin possui certas características que são distintas das quatro infelicidades anteriores. Ela estabelece que um ato de fala, para ser feliz, precisa ser cumprido: quando eu digo “prometo que vou jantar com você amanhã”, esse proferimento implica que a promessa será cumprida. Caso amanhã eu jante com você, meu proferimento foi feliz. De maneira similar, quando o texto de uma determinada regra estabelece que “matar alguém – pena X anos de prisão”, esse proferimento estabelece que, caso você mate alguém, irá passar X anos na prisão<sup>85</sup>.

Esse tipo específico de condição de felicidade, às vezes chamado de condição de satisfação, é analiticamente distinguível dos demais, já que ele, ao

---

<sup>85</sup> Para os efeitos desse argumento, não é necessário levar em consideração a longa lista de exceções previstas na lei penal. Claro que, caso você mate alguém em legítima defesa, por exemplo, você não deve cumprir X anos de prisão.

contrário dos outros, se refere às consequências futuras de um ato, e não às características constitutivas do mesmo. Em parte por esse motivo, Searle (2005:117-137), chama as condições de satisfação de um comando de condições de obediência. Optei por adotar esta distinção.

É importante perceber que mesmo esse texto normativo simples está condicionado à satisfação de uma condição anterior, que é simplesmente fática. Consideremos a regra que proíbe o homicídio (matar alguém – X anos de prisão). Podemos separá-la em dois elementos distintos: 1) matar alguém e 2) passar X anos na prisão. Caso 1) não ocorra, ou seja, caso o destinatário da regra não mate alguém, a regra sequer entra em jogo, posto que a conduta realizada não está sob o seu pressuposto fático. Caso 2) não ocorra, excluídas as exceções legais, temos uma promessa ou ameaça não cumprida. O elemento 1) é geralmente chamado de “pressuposto fático” ou “*protasis*”, enquanto o segundo elemento é chamado de “consequente” (Schauer, 1991:23) ou sanção (Kelsen, 1998).

Sabemos que matar alguém é proibido a partir do pressuposto fático da regra e sabemos a consequência possível dessa conduta. Muito embora torne a análise confusa, porque a conduta a ser desestimulada é afirmada (“matar alguém”), o texto normativo é suficientemente claro para que saibamos exatamente o que ele prescreve e o que conta como cumprir as suas condições de obediência.

Para tornar a análise mais clara, podemos retornar à analogia entre regras e comandos<sup>86</sup>. Podemos ver a regra “matar alguém – X anos de prisão” como um comando atrelado a uma ameaça<sup>87</sup>. Podermos manter o sentido e as condições de satisfação da regra se dissermos “não mate alguém ou vai passar X anos na prisão”. A pergunta passa a ser “o que conta como obedecer esse comando?”. Ler

---

<sup>86</sup> Asgeirsson (2016) identifica uma relação importante entre teorias jurídicas do “conteúdo comunicativo” (que defendem, em linhas gerais, algo como a identificação entre textos normativos e atos de fala ilocucionários aqui proposta) e as teorias do direito com base no paradigma do comando.

<sup>87</sup> O filósofo do direito J. Austin (2007, que não deve ser confundido com o filósofo da linguagem J. L. Austin, que vinha sendo citado até então) é famoso por propor que todas as leis são comandos. Sua definição de comando, porém, é um pouco diferente da que pretendo trabalhar aqui. Para Austin, comando é uma expressão de vontade na qual o endereçado está sujeito a um mal por parte do emissor do comando, caso não cumpra com a vontade daquele (2007:21-22). Isso serve para diferenciar comandos de outras expressões de vontade. Para efeitos do presente trabalho, preferi tratar de comandos como imperativos exigidos pelas regras do sistema, que podem ou não estar atrelados a sanções.

regras como comandos permite que nos façamos a mesma pergunta com relação a elas. Se a regra que coíbe o homicídio tem o sentido de um comando, obedecer o comando é justamente se abster de cometer homicídio. A análise permanece a mesma, mas um pouco mais clara. As condições de obediência de “matar alguém – X anos de prisão” são 1) que não se mate alguém e 2) que quem matar alguém passará X anos na prisão. 1) diz respeito ao comando, enquanto 2) diz respeito à sanção atrelada ao comando.

Como vimos, não é estritamente necessário que se formule todas as regras como comandos atrelados a ameaças para que vejamos que textos normativos são atos de fala ilocucionários. Podemos reformular os textos tanto como promessas quanto como ameaças e provavelmente como outros tipos de atos de fala. Porém, como o conceito de condições de obediência permite que certos pontos que seguem adiante no argumento sejam expressos de maneira mais clara, optei por analisar normas como comandos.

## 2.3

### Compreensão e efetividade

De acordo com a narrativa supra, textos normativos 1) são atos de fala; 2) são (ao menos em geral) reduzíveis a atos de fala do tipo comandos e, 3) portanto, estabelecem condições de obediência. Vimos também que podem existir mais de uma condição de obediência por texto normativo. No caso de comandos atrelados a ameaças, temos uma condição que estabelece a obediência ao comando e uma condição que estabelece a punição daquele que descumprir o comando (ou, de maneira menos comum, a premiação daquele que cumprir o comando. Ver Kelsen, 1998).

O jurisdicionado, portanto, poderia fazer duas perguntas com relação a um determinado texto normativo. “O que o Estado quer que eu faça ou deixe de fazer” e “O que acontece se eu não obedecer”. Essas duas perguntas, por sua vez, têm relação direta com as duas partes do texto normativo “padrão”: a primeira se liga

ao pressuposto fático (que estou chamando de comando) e a segunda à sanção atrelada ao pressuposto fático (Kelsen 1998:78-80).

A maior virtude de analisar a questão nesses termos é contemplar tanto o homem mau<sup>88</sup> austiniano quanto o homem perplexo de Hart. Em “O Conceito do Direito”, umas das críticas que Hart faz com relação à teoria do direito proposta por Austin é o seu foco no “homem mau”. Ao colocar as sanções no centro explicativo do fenômeno jurídico, Austin teria resolvido o problema do jurisdicionado que não tem nenhuma deferência ao conteúdo das regras. O homem mau tem como único objetivo evitar males para si e, portanto, descrever o direito com foco nas sanções daria a esse tipo de jurisdicionado toda a informação que ele deseja ter. Como vimos, dividir regras entre pressupostos fáticos e sanções permite que o homem mau tenha todas as informações que ele precisa, como desejava Austin e os defensores de sua teoria. Hart objeta, porém, que o direito deveria estar mais preocupado com o homem perplexo, que deseja seguir o direito. O homem perplexo está menos preocupado com as consequências jurídicas que seus atos podem lhe causar e mais preocupado em saber qual é a conduta que o legislador espera dele (Hart, 1994:40). A primeira pergunta responde a todos os anseios do homem perplexo e, segundo Hart, resolve o seu dilema.

A nomografia, como teoria que pretende desenvolver um método para a produção de bons textos normativos deve se preocupar com ambos “perfis” de jurisdicionados. Tanto o homem mau quanto o homem perplexo precisam saber exatamente qual é a conduta que o legislador pretende coibir ou incentivar e se a conduta está sendo coibida ou incentivada. Pode ser que a sanção interesse mais ao homem mau, mas também esse só pode ser influenciado pelo texto normativo e pelas escolhas que o legislador faz com relação à gravidade da sanção se o comando em si for compreendido.

A compreensão é uma questão de grau, como já vimos. Regras variam em função de seu grau de clareza (Schauer, 1997). Regras mais claras são, presumivelmente, melhor compreendidas do que regras menos claras. Da mesma forma, comandos podem ser mais ou menos claros, e eles podem variar no grau de

---

<sup>88</sup> No original, “bad man”.

clareza com relação a dois elementos: 1) o comando; e 2) a sanção atrelada ao comando. É conceitualmente possível que tenhamos um comando extremamente claro atrelado a uma sanção extremamente vaga e todas as variações possíveis de vagueza e clareza entre os dois elementos.

Toda vez que aumentamos a clareza do elemento 1), é de se esperar que menos pessoas transgridam a regra. Os homens perplexos saberão o que o direito espera deles e os homens maus saberão que alguma sanção existe e qual a conduta que funciona como pressuposto da aplicação dessa sanção. Quando a clareza do elemento 2) é aumentada, é de se esperar que os homens maus saibam exatamente qual a sanção atrelada à conduta. Assim, muito embora isso não necessariamente implique uma redução da transgressão à regra, a gravidade da sanção (da pena, no caso do direito penal) deve influenciar mais do que em um ordenamento jurídico no qual, via de regra, as sanções são vagas.

## 2.4

### Resposta a uma objeção

Uma objeção possível ao argumento relativamente óbvio que formulei acima é a seguinte: a ideia de que textos normativos mais claros devem gerar mais conformidade à regra depende de uma presunção falsa. Ela seria verdadeira caso os destinatários finais das regras tivessem o hábito de ler textos normativos. Como isso não é verdade, não se segue necessariamente de um aumento na clareza dos textos normativos uma maior compreensão por parte dos destinatários finais e, naturalmente, não se segue o vínculo mais remoto de que um aumento na clareza daqueles textos aumentaria a conformidade com a regra<sup>89</sup>.

Uma maneira de se responder a essa objeção é apontar a confusão que ela faz entre causa e consequência. Simplificando um pouco o argumento, a objeção diria que aumentar a clareza dos textos normativos não implicaria em maior compreensão porque os destinatários finais não leem textos normativos. A resposta óbvia é inverter a relação causal: destinatários finais não leem textos

---

<sup>89</sup> Essa objeção me foi apontada pelo prof. Fábio Shecaira.

normativos porque eles não são claros. Ambas explicações possuem certo apelo intuitivo e, portanto, essa resposta não pode contar como uma refutação rigorosa da objeção, mas ela certamente parece ter pelo menos o mesmo nível de suporte argumentativo do que a própria objeção.

Além do mais, existe um problema com essa inversão: se é bem verdade que pode ser que os destinatários finais não leiam textos normativos por causa de sua notória complexidade, também pode ser que eles não o façam por falta de interesse, por falta de tempo, ou por uma série de outros motivos. Pode ser que uma parcela dos destinatários finais dos textos normativos não os leia por causa de sua complexidade ou, ainda, os leia, mas não compreenda o que uma determinada regra exige. Se essa parcela da população existe, por outro lado, é de se esperar um ganho com a proliferação de textos normativos mais claros.

De qualquer forma, os cidadãos que não leem textos normativos continuam sujeitos a eles e, de maneira geral, são informados sobre mudanças legislativas particularmente importantes. Seja por intermédio da mídia, de advogados ou de amigos que leem textos normativos, esses sujeitos continuam possuindo algum contato com a atividade regulatória estatal.

Assim, se aumentamos a clareza e a precisão de um determinado texto normativo, podemos esperar que as discussões jurisprudenciais, doutrinárias e jornalísticas a respeito do conteúdo desse texto sejam minimizadas. Deste modo, também podemos esperar um aumento na conformidade às regras, ainda que esse aumento seja causado de forma indireta por uma melhor compreensão de outros agentes.

É importante asseverar também que a relação que pressuponho entre uma maior compreensão do conteúdo das regras e uma maior efetividade das mesmas se relaciona meramente ao conteúdo informacional. Naturalmente, seres humanos são motivados por vários fatores e nem sempre estes estão relacionados à quantidade de informação que lhes é disponibilizada. Ampla literatura existe sobre o tema e o objetivo do presente trabalho não é perquirir sobre os motivadores mais eficazes para aumentar o nível de conformidade às regras.

Finalmente, é interessante notar que, mesmo que aceitemos a objeção, podem existir outras boas razões para desejar regras jurídicas mais claras. É



possível, por exemplo, que uma regra obscura seja injusta. Nesse caso, é possível que a população não perceba que o direito contém esse elemento ruim e, portanto, não proceda de maneira crítica, de forma a melhorar a sociedade através dos mecanismos de participação democrática. A contrário senso, se a regra for clara, parece que a capacidade da população de lutar pela revogação dessa regra foi restaurada.

Isso dito, as duas figuras vistas cima, o homem mau e o homem perplexo são alegorias bem conhecidas da teoria do direito, foco de inúmeras discussões sobre os méritos e deméritos das obras de Hart e Austin. Ambas as figuras pressupõem a importância do elemento informacional, embora sejam motivadas por coisas muito diferentes: o homem mau é motivado pelo desejo egoísta de não ser prejudicado, enquanto o homem perplexo tem a vontade de seguir as regras estabelecidas por uma determinada comunidade. Como vimos, porém, se aumentamos a clareza de um determinado elemento do texto normativo, deveríamos perceber um aumento correspondente na conformidade às regras de cada um dos dois: no caso do homem mau o elemento mais relevante é a sanção, enquanto no caso do homem perplexo é mais importante que se aumente a descrição da conduta que se permite, proíbe ou se torna obrigatória. Elevar o grau de clareza e precisão dos textos normativos não implica em qualquer mudança motivacional, mas permite que cada um dos agentes saiba melhor qual é o conteúdo informacional dos fatores que lhe motivam.

Com isso, creio que estabeleci que textos normativos são atos de fala ilocucionários e que textos normativos mais claros, ou seja, que estabeleçam condições de obediência mais precisas, reduziriam o número de transgressões às regras. Se esse é o caso, a pergunta relevante agora é: “como aumentar a clareza das regras”, ou seja, como fazer com que elas sejam compreendidas por um número maior de jurisdicionados.

### 3.

## Linguagem ordinária

Na seção anterior, tentei defender que textos normativos são atos de fala ilocucionários. Segundo essa concepção, um texto normativo nada mais é do que um determinado enunciado linguístico cujo objetivo é exercer pressão sobre o comportamento de um determinado grupo de indivíduos. Se essa é uma boa descrição do que são textos normativos, se segue que eles serão mais efetivos conforme forem melhor compreendidos.

Nessa seção, utilizando-me do conceito de linguagem ordinária e de algumas considerações sobre a natureza do significado, que não são triviais nem incontroversas, tentarei mostrar que é conceitualmente possível construir métodos que permitam a maximização da clareza de textos normativos. Para tal, será necessário adotar uma teoria do significado. Optei por busca-la em uma tradição específica da literatura filosófica (Searle, 1969, 1994, 1995, 2005, Wittgenstein, 1969, 2009, Struchiner, 2002, 2003) que nos fornece um conceito mais ou menos preciso e útil de linguagem ordinária.

A filosofia da linguagem ordinária tem raízes na obra do segundo Wittgenstein (1969, 2009) e é tradicionalmente simplificada (de maneira nem sempre correta) na expressão “o significado é o uso” (Searle, 1969:146-148<sup>90</sup>). Em formulação sucinta, a teoria afirma que o significado de palavras, sentenças e atos de fala é dada pelo uso que um determinado grupo de falantes faz daquelas palavras, sentenças e atos de fala. No clássico exemplo do §2 de *Investigações Filosóficas*, Wittgenstein (2009:16) descreve uma linguagem simples e primitiva: um construtor e um ajudante, com o objetivo de se comunicar e completar a obra, desenvolvem entre si uma convenção; o construtor aponta para um determinado objeto e diz “bloco”, para outro e diz “coluna” e assim por diante. Toda vez que o construtor grita uma das palavras acordadas previamente, o ajudante deve trazer-lhe o objeto correspondente. Assim, quando o construtor grita “bloco”, o ajudante deve pegar um bloco e lhe entregar.

---

<sup>90</sup> O trecho específico de Searle discute as más aplicações da simplificação da teoria.

Ao longo do livro, em particular no que diz respeito às regras (Wittgenstein, 2009:118-121), é possível inferir que um dos objetivos de Wittgenstein era demonstrar como a linguagem se assenta em certas práticas que, com o decorrer do tempo, se solidificam e podem ser explicitadas como regularidades. Essas regularidades são percebidas no uso da linguagem e compõem o que se convencionou chamar de regras de uso.

Struchiner, comentando Wittgenstein, clarifica: “os usos refletem hábitos que posteriormente se transformam em convenções dentro de uma comunidade linguística”, e conclui “Assim, quando Wittgenstein fala do uso ele está falando de acordos ou convenções ou regras” (2002:136). A ideia é que quando um determinado grupo de falantes passa a utilizar determinados termos com a intenção de realizar determinadas coisas, esses termos se ligam a um sentido mais ou menos bem determinado e se transformam em regras não escritas, costumes que, quando abraçados por um grupo suficiente de pessoas, compõem uma língua.

No mesmo sentido, Searle (1995), teoriza que a realidade social existe através da imposição de certas funções a certos objetos que se solidificam com o uso ao longo do tempo. Provavelmente o melhor exemplo que o filósofo oferece dessa prática é o seguinte: imagine uma tribo primitiva que construa um muro para delimitar a sua fronteira com relação a outra tribo. Ao longo dos anos, o muro desmorona e se torna cada vez menor, até que tudo o que sobrou do muro é uma linha de pedras no chão. Obviamente, os habitantes de qualquer uma das tribos pode facilmente ultrapassar essa linha de pedras. Ao contrário do muro, a linha de pedras não tem a capacidade, em virtude de suas características físicas, de impedir o trânsito entre as duas tribos. O uso constante do muro e a sua existência ao longo dos anos, porém, cria nos habitantes de ambas as tribos um costume de não atravessar aquele espaço específico e esse hábito se tornou de tal maneira arraigado que mesmo a linha de pedras é capaz de impedir o trânsito. O muro, que era um obstáculo físico, se tornou uma convenção marcada por um símbolo (Searle, 1995:39-40).

O mesmo ocorre com a linguagem. Sons ou símbolos não possuem nenhum significado intrínseco<sup>91</sup>. Ao longo do tempo, o uso reiterado de certos sons e/ou expressões com um determinado significado (que é explicitado por ações) solidifica uma convenção. Essa convenção não é, naturalmente, imutável. Se o termo *X* é usado no sentido *Y* no tempo *t* (dentro de uma determinada língua), o seu significado em *t* é *X*. Se, porém, em *t*<sub>2</sub>, *X* passa a ser utilizado com o significado *Z*, não há dúvidas de que o seu significado passou a ser *Z*.

É interessante notar que esse tipo de visão a respeito da linguagem natural encaixa bem com as teorias linguísticas da vagueza discutidas no capítulo 2. Afinal, se o significado existe a partir de práticas sociais reiteradas e não existem práticas sociais reiteradas na aplicação de conceitos vagos a casos de fronteira, parece que o correto é concluir, com Soames, que casos de fronteira são aqueles para os quais não existem regras linguísticas estabelecendo condições de verdade. Para tornar o exemplo mais concreto, imaginemos a seguinte situação: *x* é um sujeito que vive na comunidade *C*. Ele tem alguns fios de cabelo na cabeça, mas os membros de *C* não possuem um consenso sobre se *x* é ou não é careca. Alguns membros de *C* defendem que *x* é careca, outros que *x* não é careca e outros, ainda, não sabem dizer se *x* é careca ou não. Nesse caso, se as regras da linguagem advém das práticas dos membros de *C*, parece estranho dizer que *x* é ou não careca. Parece mais natural concluir que *x* é indefinido para careca, ou que o predicado careca não possui regras de aplicação com relação a *x*, não fazendo sentido dizer que a afirmação “*x* é careca” tem um valor verdade.

### 3.1

#### Background

A caracterização da linguagem supra pressupõe uma estreita conexão entre prática e significado. Palavras e frases adquirem seus significados a partir das

---

<sup>91</sup> Isso não significa que todas as palavras sejam arbitrariamente definidas de maneira convencional, nem nada do tipo. Esse tipo de posição não encontra respaldo na literatura empírica (ver Dingenmanse et al, 2015). A afirmação é que, mesmo que dentro de alguns limites que são mais ou menos constantes, diferentes sociedades utilizarão diferentes símbolos e sons para significar as mesmas coisas.

coisas que fazemos com elas. É a partir da observação de certas regularidades no emprego de certas palavras e na maneira como conectamos essas palavras que aprendemos a nossa língua materna. Se isso é verdade, existe algo essencialmente contingente na linguagem ordinária.

Imaginemos uma pessoa A, que vive na comunidade CA. Essa pessoa está exposta às práticas e às realidades da comunidade CA. Ela percebe certas regularidades que conectam a linguagem empregada pelos outros membros de CA à sua prática e, assim, através de definições ostensivas e da extrapolação das regras de conexão entre as palavras utilizadas por esse grupo linguístico, aprende a língua de CA. Uma segunda pessoa, B, vive na comunidade CB. CB e CA são comunidades bastante próximas geograficamente e possuem uma linguagem comum. Apesar dessas similaridades, também existem diferenças: algumas das práticas comuns em CA são raras em CB e vice-versa. Algumas vezes, isso implica em pequenas diferenças linguísticas, outras vezes, não. B percebe as regularidades de CB, mas não foi suficientemente exposto às regularidades de CA, assim como A percebe as regularidades de CA, mas nunca foi exposto às regularidades de CB. Considerando a teoria da linguagem ordinária, é de se esperar que A e B sejam perfeitamente capazes de comunicação, mas que, em alguns momentos, isso se dê de maneira um pouco difícil.

Com relação à maior parte da língua em comum, A e B internalizaram as mesmas regras e atribuem os mesmos significados aos mesmos proferimentos linguísticos. Em algum momento, porém, A pode falar com B sobre uma daquelas práticas que em CA são corriqueiras, mas que nunca acontecem em CB. Naturalmente, B terá dificuldade em compreender o que A quer dizer.

Essa situação pode se dar de maneira muito mais radical. Suponhamos que A encontre uma outra pessoa, Z, que vive em uma comunidade totalmente distinta, CZ. Enquanto A vive no planeta Terra, é um ser humano, está acostumado à gravidade, à maneira como os objetos se comportam na Terra e uma série de outras coisas que ele compartilha com B e com o resto da humanidade, Z é um extraterrestre que vive em um planeta similar à Terra, mas cuja gravidade é muito fraca. Imaginemos, ainda, que por uma coincidência astronômica, as línguas faladas em CA e CZ utilizem os mesmos sons para designar os mesmos

objetos. Assim, cadeira, na língua de CA e na língua de CZ significa um objeto com as mesmas características gerais que se usa para sentar. Apesar dessas muitas similaridades, devemos esperar grande dificuldade de comunicação entre A e Z. Se A diz a Z “sente-se nessa cadeira”, é perfeitamente possível que Z se utilize de uma corda para se amarrar à cadeira. O objetivo de Z era cumprir com a diretiva de A, mas isso certamente não aconteceu. Por que?

A resposta é que atos de fala só têm significado e só impõem condições de satisfação relativamente a um *background* (Searle, 1994:640, 1983:141-143, 2005:125-126)<sup>92,93</sup>. O *background* é o conjunto de pressuposições necessárias para que se compreenda o significado de qualquer proferimento linguístico. Ele inclui, mas não se limita à competência linguística. No exemplo anterior, por exemplo, poderíamos dizer que A, B e Z compartilham a mesma língua, mas o *background* de cada um deles é diferente do background dos demais. Enquanto A e B possuem algumas pequenas diferenças com relação às práticas de suas comunidades, Z possui um *background* totalmente diferente e, portanto, irá compreender os proferimentos de A e B de maneira totalmente diferente ou não irá compreendê-los de maneira alguma. Isso mostra que 1) há mais na compreensão do que apenas o significado de palavras individuais e suas regras de combinação e, portanto, 2) não há um significado literal que não pressuponha uma série de elementos do *background*.

Um dos exemplos usados por Searle para ilustrar a tese é a frase “o gato está no tapete”. Normalmente, não temos problema algum em compreender a frase e seu sentido literal, que, a princípio, parece totalmente independente do contexto

<sup>92</sup> Ao longo de sua obra, Searle oferece uma distinção entre o *background* e a “network of intentionality” (rede de intencionalidade). A ideia é que, enquanto o primeiro consiste em “um conjunto de capacidades mentais não representacionais” (1983:143), o segundo consiste em um conjunto de estados mentais intencionais representacionais. Essa distinção, embora importante no contexto da filosofia da mente e na obra de Searle como um todo, não parece particularmente relevante aqui. Ademais, ambos são admitidamente difíceis de distinguir e funcionam mais como um contínuo do que como uma distinção com fronteiras bem definidas. Dessarte, tratarei de ambos conceitos sob o nome de *background*.

<sup>93</sup> A ideia de *background* guarda forte semelhança com o conceito de horizonte de compreensão em Gadamer (2011:364-365). É importante destacar, porém, que o próprio Searle rechaça a influência que alguns autores percebem da tradição fenomenológica de Husserl e Heidegger, da qual Gadamer pode ser visto como parte, em sua obra (Searle, 2002:9-11). Ele não descarta as semelhanças entre algumas das conclusões e conceitos desenvolvidos por ele e pelos autores daquela tradição, mas enfatiza as diferenças de método e afirma que o método da fenomenologia não se aprofunda suficientemente nas questões para chegar a respostas que lhe satisfariam.

ou de considerações alheias à competência linguística. “O gato está no tapete” significa que o gato está no tapete e nada mais. Se uma determinada pessoa tem competência linguística em português, ela deve ser capaz de compreender o significado dessa frase imediatamente. O significado literal de cada um dos termos e a relação sintática entre eles permite que essa pessoa derive uma proposição razoavelmente clara que expressa o fato de que o gato está no tapete.

Imaginemos, porém, que a situação fática que pretendemos confrontar com a proposição “o gato está no tapete” seja um gato flutuando no vácuo absoluto, em algum canto distante do universo completamente livre da influência de qualquer campo gravitacional. Ainda que a configuração espacial seja de um gato e de um tapete na mesma disposição que geralmente consideramos como condição de verdade para a proposição, o contexto específico no qual esse gato e esse tapete se encontram não parecem satisfazê-la.

Para usar outro exemplo de Searle, imagine que você entra em um restaurante, chame pelo garçom e lhe diga “eu gostaria de um hambúrguer”. Novamente, essa frase é perfeitamente clara e o seu significado deveria ser prontamente entendido por qualquer falante competente do português. Para utilizar o jargão utilizado por Searle, é fácil determinar que a condição de satisfação desse ato de fala é que o garçom traga um hambúrguer. Suponhamos, porém, que o garçom traga um hambúrguer que tem cem metros de raio e trinta metros de altura. O pedido que você fez foi cumprido? E se o garçom trouxesse um hambúrguer normal, mas que estivesse envolto em uma embalagem transparente feita de diamante e que é impossível de ser aberta (Searle, 2005:127)? Em ambos os casos, diríamos que o pedido feito pelo cliente não foi cumprido.

De maneira mais radical ainda, certas vezes todas as palavras de uma sentença têm sentido e estão conectadas de maneira sintaticamente adequada, mas parece difícil dizer que a sentença tem sentido. Searle nos oferece três exemplos: “Bill opened the mountain”, “Sally opened the grass” e “Sam opened the sun”<sup>94</sup>. Não há nada gramaticalmente incorreto com nenhuma das três sentenças, mas não fazemos ideia de como interpretá-las (Searle, 1983:147). Muito embora saibamos

---

<sup>94</sup> “Bill abriu a montanha”, “Sally abriu a grama” e “Sam abriu o sol”, em tradução livre do autor.

o que significa “open” (abrir) e o que significa “mountain” (montanha), não possuímos, em nosso *background*, nenhuma prática que possamos identificar com “open the mountain” (abrir a montanha, *ibidem*).

Com esse tipo de exemplo, Searle mostra que não é possível conceber o significado de um ato de fala sem pressupor um *background*. Precisamos de uma série de crenças e acordos tácitos contra os quais os nossos proferimentos linguísticos possam adquirir sentido.

Wittgenstein, em “*On Certainty*”<sup>95</sup>, explora amplamente a questão do *background*. Sua preocupação principal é mostrar que, para que faça sentido dizer que se tem certeza de algo, é necessário que essa certeza seja posta em relação com uma série de outras crenças e certezas a respeito do mundo e que pelo menos algumas delas devem permanecer inquestionáveis. A ideia é que para que possamos avaliar qualquer coisa, devemos ter certos parâmetros e que esses parâmetros não podem ser avaliados. A ideia é resumida no § 343: “But it isn’t that the situation is like this: We just can’t investigate everything, and for that reason we are forced to rest content with assumption. If I want the door to turn, the hinges must stay put” (Wittgenstein, 1969:348)<sup>96</sup>.

O mesmo vale para a linguagem: ela precisa ser construída sobre alguma base de pressuposições que não são investigáveis e que permanecem necessariamente implícitas. Essa base de pressuposições é o *background*.

O fato de que todo o conhecimento, linguístico ou não, precisa ser baseado em alguma pressuposição é obviado pelo seguinte argumento: 1) a cognição humana é limitada; 2) tudo que é limitado precisa começar em algum ponto; 3) se não existir um conjunto de crenças ou estados mentais axiomáticos, impossíveis de investigar e necessariamente implícitos, então não haveria limites para a cognição humana; 4) logo, existe um conjunto de crenças ou estados mentais axiomáticos, impossíveis de investigar e necessariamente implícitos; 3) pode ser explicitado se imaginarmos que qualquer conjunto de enunciados que explicitasse os elementos do *background* necessários para a compreensão de uma determinada

<sup>95</sup> Searle (1994) admite que “*On Certainty*” é a origem de muitos dos insights que deram origem à sua teoria do *background*.

<sup>96</sup> Tradução do autor: “Mas não será o caso em que a situação seja assim: Nós não podemos investigar tudo e por essa razão somos forçados a nos contentarmos com pressupostos. Se eu quero que a porta abra, as dobradiças devem permanecer fixas”.



frase necessitaria ele mesmo de elementos do background para ser compreendido, o que nos levaria a um regresso ao infinito (Searle 1983, 2005).

### 3.2

#### **A multiplicidade de níveis na linguagem ordinária**

Tanto o conteúdo semântico do uso correto de cada palavra em uma língua quanto as regras sintáticas de combinação entre palavras são internalizadas por determinados grupos de falantes. Se essas regras são internalizadas com base na exposição ao uso, como diz a filosofia da linguagem ordinária, então é de se esperar que diferentes grupos de falantes com diferentes experiências de vida e, conseqüentemente, diferentes exposições ao uso da linguagem, internalizem regras ligeiramente diferentes (i.e. possuem backgrounds diferentes).

Assim, é possível imaginar que essas regras possuam um conteúdo amplamente compartilhado entre falantes de uma mesma língua, mas que mesmo assim apresente grupos mais locais. Por exemplo, falantes do português compartilham certas regras semânticas e sintáticas. Poderíamos chamar esse conjunto de regras que definem o português de L1. Nesse sentido, línguas tão diferentes em seu uso quanto o português falado em Portugal e o português falado no Brasil são a mesma língua (L1). Podemos então elaborar essa distinção e mostrar que brasileiros utilizam um conjunto mais específico de regras, L2, que possui interseções com, mas não contém nem está contido em L1. Da mesma forma que o português do Brasil existe enquanto L2, podem existir subconjuntos de falantes do português do Brasil que utilizem a linguagem de maneira ainda mais específica e discordante dos conjuntos anteriores, L1 e L2. Assim, operadores do direito, por exemplo, empregam uma série de palavras com regras de uso discordantes das que regem essas mesmas palavras em L1 e L2 e, assim, podem ser considerados falantes de L3. Novamente, embora L3 tenha interseções com L1 e L2, é perfeitamente possível que um subconjunto qualquer de palavras tenha um significado radicalmente diferente em L3 do que em L1 e L2.

L3 ainda é português (que definimos como L1) e ainda é português do Brasil (L2), mas possui um subconjunto de regras próprias que geram proferimentos que podem não ser compreendidos por falantes de L1 e/ou L2. Assim, roubo e furto podem ser sinônimos em L1 e L2, mas possuem significados diversos em L3. Imaginemos agora que pretendemos prolatar uma regra que diga “quem incorrer na conduta X, será punido como se tivesse cometido furto”. Sem dúvidas, falantes de L3 reconhecerão imediatamente a distinção entre roubo e furto e terão confiança em qual é o conteúdo normativo dessa regra: aquele que fizer X, será punido em conformidade com o art. 155 do Código Penal. Ou, ainda, conduta X foi equiparada a “subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel”. Falantes de L2, porém, podem ficar confusos. Para eles, é perfeitamente lícito interpretar a regra sob apreço como equiparando a conduta X a roubo. Para falantes de L2, não é difícil imaginar que quem cometer X será punido da mesma forma que um assaltante. Assim, se o objetivo da regra for regular a conduta dos cidadãos brasileiros, que, de maneira ampla, são falantes de L2, mas não de L3, faria mais sentido formular a regra em outros termos, conforme as regras de uso L2<sup>97</sup>.

Uma consequência interessante da análise feita nesses termos é que é possível imaginarmos que o conjunto de comunidades linguísticas (Ln) é indeterminado. Podemos ir de falantes do português, a falantes do português brasileiro, a falante do português carioca, a falantes do português brasileiro dos operadores do direito e assim por diante. Se esse é o caso, saber quem são os destinatários finais de uma regra, i.e. saber quais são as pessoas cuja conduta pretendemos regular, é extremamente importante para a boa técnica legislativa. Se, por exemplo, as regras de direito financeiro têm como objetivo regular a conduta de agentes do sistema financeiro, faz mais sentido formular essas regras tendo em mente as regras de uso da linguagem na comunidade de falantes “agentes do sistema financeiro” (L4) do que formulá-las em L1, L2, L3 ou Ln. Isso se segue do fato de que, ao interpretar o texto normativo que pretende regular a sua conduta, os jurisdicionados tenderão a fazê-lo com relação às suas

---

<sup>97</sup> No mesmo sentido, Asgeirsson (2016), argumentando que a exigência de dolo para a configuração de crimes, embora seja contextualmente incorporada ao texto normativo na visão de juristas, não o é na visão do destinatário final da regra (o cidadão comum).

capacidades de *background*, que incluem a competência linguística específica que têm em L4.

Em virtude desta situação, uma regra pode ser perfeitamente clara para um grupo de leitores e totalmente incompreensível para outro grupo. As regras de direito penal exemplificadas na introdução, por exemplo, são perfeitamente claras para os operadores do direito. Esse grupo de falantes, que fala uma linguagem específica na qual “furto” e “roubo” se referem a condutas significativamente diferentes, compreende perfeitamente as regras que aludem a essa distinção. Aqueles que não participam dessa comunidade e são falantes de uma língua na qual “furto” e “roubo” são sinônimos, porém, terá grande dificuldade em compreender aquelas regras.

Essa sugestão, embora relativamente vaga, me parece avançar a questão nomográfica para além das discussões benthamianas pré virada linguística. O aparato conceitual desenvolvido por Wittgenstein, Austin e Searle, dentre outros, torna possível formular esse tipo de hipótese. Mais especificamente, essa solução provisória enseja um novo conjunto de perguntas interessantes e relevantes para a boa redação legislativa, que inclui perguntas como “Qual é o método para verificar o conteúdo das regras de Ln?”, “Qual é o método para verificar se um determinado texto normativo está de acordo com as regras de Ln?” etc.

Uma ressalva importante deve ser feita com relação à linguagem específica dos juristas. Embora boa parte do presente trabalho esteja normativamente engajada com a crítica à linguagem técnica, essa crítica se dá com relação ao seu uso nos textos normativos direcionados a outros grupos de falantes, que não estão familiarizados com aqueles termos. Como vimos, o surgimento de linguagens “técnicas”, específicas de um grupo de falantes, é natural e ocorre em muitos níveis. Assim, é verdade que juristas desenvolverão uma linguagem especializada que se distingue da linguagem mais geral de qualquer país (nesse sentido, Shecaira e Struchiner, 2016:7-8; Schauer, 2015).

Mais importante ainda é ter em mente que o texto normativo sempre tem um destinatário adicional, que é o órgão jurisdicional que deve aplicar o direito. Afinal, se o direito se difere de outras normas sociais a partir da sua capacidade de exigir o cumprimento de suas obrigações de maneira coercitiva e monopolizada

pelo Estado (Kelsen, 1941), é necessário que os aplicadores do direito (por exemplo, juízes), também sejam capazes de compreender plenamente a regra primária em jogo. Assim, se uma regra R prescreve que agentes do mercado financeiro devem se comportar da maneira X, sob a pena Y, é importante que não só os agentes do mercado financeiro, mas também os aplicadores do direito, compreendam plenamente o pressuposto fático e a sanção previstas nessa regra<sup>98</sup>.

Assim, há ainda mais um limite que deve ser levado em consideração: se a R é escrita em L4 (linguagem dos agentes do sistema financeiro) e L4 é incompreensível para os aplicadores do direito, que estão habituados a L3 (a linguagem dos juristas), se segue que R é nomograficamente inadequada e veria ser reescrita de maneira a ser compreensível tanto por falantes de L4 quanto por falantes de L3.

### 3.3

#### Contexto e intenções

Se considerarmos, segundo o raciocínio supra, que o significado de um determinado ato de fala surge a partir da conjunção de 1) o significado convencional das palavras empregadas; 2) a organização sintática destas palavras; e 3) do contexto no qual se deu o proferimento<sup>99</sup> veremos que os atos de fala legislativos, a princípio, deveriam ser mais determinados (claros) que os atos de fala em geral. Enquanto 1) e 2) são compartilhados por quaisquer falantes de uma mesma língua (por exemplo, L2), sejam eles legisladores ou não, 3), que varia de maneira imprevisível no uso ordinário da linguagem, possui um conteúdo mais ou menos constante no caso do direito.

Para isso, será necessário explicitar algumas das características centrais do que geralmente se entende por contexto. Muito embora a literatura filosófica seja geralmente vaga com relação ao conceito (ver Borg, 2010 e Searle, 2005), alguns

<sup>98</sup> O argumento acima é derivado da posição que Raz (2012, cap. IV) atribui à Kelsen em Teoria Geral do Direito e do Estado.

<sup>99</sup> Segundo Searle (1994:644), os elementos 1) e 2) que discrimino acima são o aspecto semântico e sintático da composicionalidade. Importante observar, ainda, que, na divisão proposta, o background está pressuposto e influi nos três elementos.

filósofos se debruçaram sobre o tema. Um deles, Dascal, nos oferece uma tipologia útil sobre os tipos de dicas e pistas que nos permitem inferir o significado de um proferimento a partir de seu contexto (2003, capítulo 8).

A preocupação de Dascal é oferecer uma descrição adequada de como ocorre a interpretação. O modelo que o autor propõe pressupõe que, na maior parte dos casos, somos capazes de inferir o significado de um dado ato de fala sem recorrermos diretamente a dados contextuais<sup>100</sup>. Quando esse não é o caso, recorremos a informações contextuais<sup>101</sup>. Essas informações podem ser classificadas em dois tipos diferentes.

No primeiro caso, há uma lacuna no proferimento que precisa ser preenchida por conhecimentos extralinguísticos do falante. Assim, suponhamos que alguém te diga, com referência a um amigo seu, chamado João, que “João é daqueles que almoça no Gero”. O significado desse proferimento está claramente incompleto: o conteúdo semântico depreendido do significado de cada uma das palavras e da relação entre elas não parece ser significativo na maior parte dos contextos. Se você sabe, porém, que o Gero é um restaurante muito caro, exclusivo e prestigioso e que João é rico e pedante, você será capaz de interpretar o proferimento do seu amigo como um comentário irônico sobre João.

No segundo caso, há um descompasso entre o significado do proferimento e qualquer significado que poderia razoavelmente ter sido intencionado pelo falante. Um bom exemplo é o já discutido caso do bilhete da mamãe. Ao deixar o bilhete pedindo para que mudássemos a “*autobahn*” de lugar, isso causa um estranhamento: afinal, o significado proposicional do proferimento sequer faz sentido, posto que não temos uma autoestrada em casa e nem poderíamos mudar a autoestrada de lugar. Logo, não é possível que a intenção da mãe fosse essa.

---

<sup>100</sup> A análise de Dascal não é contraditória com aquela proposta por Searle (2005) sobre significado literal. Ainda que o *background* esteja influenciando a interpretação literal e que este modo de interpretação, portanto, também dependa, em alguma medida, de referências que são de alguma forma contextuais, parece que as situações descritas por Dascal ainda podem ser distinguidas destas. Em outras palavras, mesmo que não exista uma distinção de tipo entre as duas formas de recurso ao contexto, há uma distinção de grau entre elas.

<sup>101</sup> Dascal também divide em três níveis cada uma das duas formas de contexto. Em um lado do espectro estão informações específicas e, no outro, informações de *background*. Esse espectro de possibilidades já foi parcialmente contemplado na discussão sobre o *background* e repetir essa discussão neste momento seria pouco proveitoso. Falando especificamente sobre a interpretação jurídica, sem usar essa distinção, o autor simplesmente aponta como usamos heurísticas para buscar informações que nos ajudem a determinar o significado pragmático de um ato de fala (Dascal, 2003:330).

Segundo Dascal, é isso que nos leva a procurar por pistas metalinguísticas; no caso, lembramos que a nossa mãe geralmente confunde “*autobahn*” e otomano e revisamos nossa interpretação inicial para interpretar o proferimento como se esse tivesse feito referência direta àquele móvel.

Obviamente, existe uma ampla gama de dicas contextuais extralinguísticas e pistas co-textuais metalinguísticas. Nosso conhecimento sobre como restaurantes funcionam, por exemplo, está em jogo quando entendemos o absurdo do exemplo do hambúrguer de Searle; da mesma forma, a maneira como interpretamos romances está diretamente ligada ao nosso conhecimento metalinguístico de que a linguagem utilizada nos livros de ficção não segue as mesmas regras da linguagem que utilizamos no dia a dia.

O modelo de Dascal oferece uma boa explicação para muitos de nossos desentendimentos diários. Afinal, várias vezes não somos capazes de entender um determinado proferimento, ou o entendemos de maneira equivocada, por não possuímos certos conhecimentos extra e metalinguísticos que o falante assume que tenhamos. Caso tivéssemos esses conhecimentos, por mais que não compreendêssemos o texto diretamente, recorreríamos a eles para revisar nossa interpretação inicial e chegar a uma interpretação que estivesse alinhada com o significado intencionado pelo falante<sup>102</sup>.

Com relação ao conhecimento extralinguístico, é natural imaginarmos que a resposta nomograficamente adequada é, novamente, o alinhamento entre a linguagem escolhida para o texto normativo e a linguagem ordinária praticada pelos destinatários daquele texto. Assim, se queremos regular o mercado financeiro, parece natural assumir que o destinatário do texto – um agente do mercado financeiro – tenha algum conhecimento a respeito deste tópico. Nesse caso, não seria irracional criar textos normativos que dependessem ou que se beneficiassem de referências implícitas a esses conhecimentos. Por outro lado, utilizar como parte de um texto normativo destinado a artistas plásticos uma referência implícita a conhecimentos extralinguísticos financeiros parece muito pouco razoável.

---

<sup>102</sup> Gadamer (2011) oferece uma visão semelhante, ainda que de forma menos precisa.

No que diz respeito às pistas metalinguísticas, o direito parece já estar desde sempre em uma posição vantajosa com relação aos demais contextos interpretativos, sejam eles conversacionais ou de alguma forma institucionais. Isso ocorre porque esses casos são “ativados” por um descompasso entre o significado intencionado pelo falante e o significado do proferimento e, como já vimos, alguns dos elementos da intenção do falante, no caso específico do direito, são mais ou menos constantes.

O direito, por exemplo, tem a pretensão de influenciar a ação dos cidadãos de uma determinada jurisdição. Essa pretensão, por sua vez, parece intuitivamente contar como uma das intenções do legislador na prolação de um texto normativo. Se focarmos apenas nos casos centrais das regras do direito, podemos perceber que outras intenções permanecem mais ou menos constantes: a intenção de prolar regras gerais, a pretensão de autoridade, etc. Esse não é necessariamente o caso com falantes em geral. É perfeitamente possível que você conheça um falante de uma determinada língua e, ainda assim, seja incapaz de atribuir a ele certas intenções constantes. Dada a multiplicidade de atos de fala que constantemente executamos, é natural que nossas intenções variem de maneira bastante significativa. Em contraste, os atos de fala emanados do legislador tendem a comportar um número menor de tipos de atos de fala. Não esperamos, por exemplo, que um ato de fala legislativo tenha como conteúdo exclusivo a descrição simples de algum fato.

Subsiste, ainda, uma grande zona de indeterminação com relação às intenções do legislador. Naturalmente, corpos legislativos distintos terão intenções bastante diferentes. Um corpo legislativo X pode ter a intenção de proibir o aborto, por exemplo, enquanto um corpo legislativo Y tem a intenção de permiti-lo. Cada um desses corpos legislativos, atuando de maneira independente e em jurisdições totalmente diferentes, emitem regras cujo conteúdo é diretamente contraditório. O legislativo X promulga uma regra que proíbe o aborto, enquanto o legislativo Y promulga uma regra que permite o aborto. Embora algumas das intenções dos legisladores, nesse caso, estejam em contradição, ainda assim é possível perceber que certas características se mantêm constantes ao longo dos dois casos. Tanto o congresso X quanto o congresso Y têm a intenção de regular a conduta humana, de prolar regras gerais, de regular o aborto, etc.

Da mesma forma, a relação entre o falante e o destinatário do ato de fala é paradigmaticamente constante no caso de atos legislativos: um órgão legislativo, dotado de autoridade, prolata regras que devem ser obedecidas pelos seus destinatários que, normalmente, não possuem a mesma autoridade que o legislativo<sup>103</sup>. Assim, certas mudanças no significado de determinados proferimentos em função da relação entre falante e destinatário não são muito problemáticas no caso do direito. Por exemplo, se alguém me diz “vá ao escritório de metrô”, a força ilocucionária desse ato vai variar de acordo com a relação que existe entre mim e o falante. Se o falante for meu superior, é natural que eu encare sua fala como uma ordem; se o falante for um colega em posição hierarquicamente igual, posso encarar sua fala como um conselho ou um pedido (Hart, 1994:18-19). No caso das regras do direito, não existe a opção de encarar a disposição legislativa como um pedido; na esmagadora maioria dos casos, ela tem a pretensão de obrigatoriedade.

Por fim, há a relação do significado do proferimento com o conjunto total de proferimentos de um determinado agente, fator explicitamente classificado como uma pista metalinguística por Dascal (2003:175). Por exemplo, se Carlos diz “estou morrendo”, minha interpretação do significado do proferimento de Carlos vai variar de acordo com o conhecimento que eu possuo sobre o conjunto total de coisas que Carlos costuma dizer. Se eu sei que Carlos geralmente faz piadas, utiliza metáforas e brinca com o sentido das palavras, terei a interpretar “estou morrendo” como mais uma piada, brincadeira ou metáfora. Se eu sei que Carlos é um homem muito sério e sisudo, por outro lado, certamente ficarei preocupado ao ouvi-lo dizer que está morrendo<sup>104</sup>. Se eu não conheço Carlos, ficarei perplexo e terei dúvidas sobre o que ele quis dizer.

---

<sup>103</sup> Claro que podemos pensar em alguns contraexemplos. É verdade que, algumas vezes, o órgão legislativo irá deliberar sobre, por exemplo, algum dos outros poderes da república, situação na qual o destinatário estará no mesmo grau hierárquico que ele. Pode ser, também, que o órgão legislativo crie regras que dizem respeito à sua própria atuação, em outro caso problemático para a afirmativa supra. De todo modo, parece tranquilo dizer que, na maioria dos casos, a relação entre falante e destinatário se mantém constante.

<sup>104</sup> É verdade que outras dicas podem deixar esse significado mais claro. A linguagem corporal e a entonação de Carlos, por exemplo. No caso da linguagem escrita, porém, nem sempre eu possuo essas dicas adicionais e, mesmo quando as possuo (pontos de exclamação, itálico, aspas e etc), ainda assim as possuo em menor intensidade do que no caso da linguagem falada. Ver Austin (1962:74-75).



Essa variação em função de outros atos de fala advindos do mesmo falante subsiste se pensarmos em legisladores em geral, mas pelo menos com relação a um fato, a indeterminação resultante dessa variação é significativamente menor: temos acesso imediato a todos os outros atos de fala emanados do legislador<sup>105</sup>. Em outras palavras, temos acesso ao ordenamento jurídico de um determinado país. Os corpos legislativos X e Y podem ter características muito distintas e promulgar regras cujo conteúdo seja totalmente dissonante, mas, tanto no caso de X, quanto no caso de Y, temos acesso imediato a todas as regras que eles promulgaram anteriormente. Assim, dificilmente ficaríamos perplexos diante de um ato legislativo no mesmo sentido em que ficamos perplexos frente ao proferimento de Carlos quando não o conhecemos.

Se considerarmos essas características distintivas e essa narrativa específica sobre o significado dos proferimentos, nosso principal desafio deve ser alinhar ao máximo o significado do proferimento, entendido como a conjunção entre significados convencionais das palavras e sua relação sintática, com o significado do autor, entendido como suas intenções. Dessa forma, podemos falar sobre as técnicas eficazes para que ambos significados se identifiquem sem um esforço muito grande. Em um mundo ideal sabemos: 1) as intenções do legislador; 2) o contexto do proferimento do texto normativo e 3) a língua específica utilizada pelos destinatários finais do texto normativo; o que resta saber é como escolher e organizar as palavras que vão compor o texto normativo de maneira a fazer com que o significado do proferimento coincida com o significado do autor.

---

<sup>105</sup> Existe uma certa polêmica sobre tratar “legislador” como uma única pessoa. Para fugir desse problema, Sgarbi (2005:18-19) propõe a expressão “corpo legislativo”.

## 4.

### Métodos de otimização

O guia prático para pessoas envolvidas na elaboração de textos normativos da União Europeia inicia-se com os seguintes comentários: “The drafting of a legal act must be: - clear, easy to understand and unambiguous; - simple and concise, avoiding unnecessary elements; - precise, leaving no uncertainty in the mind of the reader” (E.U. 2014)<sup>106</sup>. Esses pontos, embora obviamente positivos enquanto recomendações para a boa redação legislativa, estão longe de ser facilmente implementados. Poderia se dizer, inclusive, que a própria recomendação é vaga e ambígua.

Recomendações muito similares se encontram na Lei Complementar 95, em Bentham (1843/2011a), em Schauer (1991) e em muitas outras obras que versam sobre o tema. No Brasil, a despeito do advento da Lei Complementar 95, em 1997, não houve mudança perceptível na qualidade de nossos textos normativos. Um bom exemplo é o novo Código de Processo Civil, aprovado em 2015 e que começou a vigorar em 2016, que possui diversos artigos que são obscuros, complexos, redundantes e desnecessários.

À luz do referencial teórico discutido e para tentar encontrar um método mais eficiente de redação legislativa, pretendo descrever um método trifásico e testá-lo. Em um primeiro momento, é necessária a definição precisa e específica dos objetivos de um determinado texto normativo. Isso pode ser alcançado através da conversão desses objetivos específicos em alguma forma de notação lógica, nos moldes do que fizeram Alchourrón e Bulygin (1987) e Kowalski (1992). Veremos que ao traduzirmos as intenções legislativas em termos lógicos, podemos não só reduzir em muito a lacuna existente entre intenção e texto, conforme as já citadas discussões de Alexander e Sherwin (2008)<sup>107</sup>, mas também resolver problemas incidentais quanto à consistência interna do direito.

---

<sup>106</sup> Tradução do autor: “A redação de um texto normativo deve ser: - clara, fácil de entender, e não ambígua – simples e concisa, evitando elementos desnecessários; - precisa, sem deixar dúvidas na mente do leitor”.

<sup>107</sup> Ver também Alexander e Prakash (2004), Fish (2005), Knapp e Michaels (1982, 2005).

Com o resultado da primeira fase em mãos, é necessário verificar quem é o destinatário final do texto normativo, para que escolhamos qual “linguagem” ordinária será empregada no texto normativo final. Sabendo 1) quais condutas o texto normativo quer regular; 2) de que forma ele quer regula-las, e 3) os destinatários dessa regulação, podemos elaborar textos normativos provisórios que contenham descrições linguisticamente adequadas 4) da conduta regulada e 5) das consequências jurídicas do cumprimento ou descumprimento do comando legislativo. A elaboração desses textos deve ser guiada pelos métodos tradicionais da filosofia analítica, com a oposição de diversos contraexemplos para que se possa minimizar a região de penumbra do texto normativo final. Essa segunda fase, portanto, resultaria em algumas opções de textos normativos finais.

Por fim, com os textos resultantes das fases anteriores, devem ser realizados testes empíricos que envolvam o grau de compreensão de um grupo representativo do grupo destinatário quanto a cada uma das opções. Assim, o texto normativo final deveria ser aquele que, comprovadamente, fosse mais facilmente compreendido pelos destinatários finais da pressão estatal por ele exercida.

Veremos cada uma dessas fases de maneira pormenorizada, a partir da tentativa de simplificação de um texto normativo específico.

## 4.1

### Intenções em notação lógica

Durante a introdução, discutimos como o legislador racional e honesto deve se preocupar em adequar o significado que ele intenciona (significado do falante) com o significado comunicado através do texto normativo. Essa estratégia reduz a distância entre os significados resultantes de interpretações diversas. Mostramos como, no caso do bilhete da mamãe, é possível fazer com que o intérprete, independente da sua escolha entre dois métodos interpretativos (textualismo e intencionalismo), chegue a um único resultado.

Parece, portanto, que é sempre interessante, do ponto de vista do legislador, coadunar ao máximo o significado por ele intencionado com o

significado do proferimento (no caso, o texto normativo). Isso inclui até mesmo os casos para os quais o legislador quis delegar certa discricionariedade ao juiz. Afinal, é em tese possível que o legislador queira que: 1) seu comando se aplique claramente ao conjunto de casos A; 2) seu comando não se aplique (claramente) ao conjunto de casos B e 3) que o juiz de cada caso concreto decida se seu comando se aplicará ao conjunto de casos C. Isso pode ser alcançado através do emprego de termos vagos, como vimos no capítulo 2. Isso, porém, também poderia ser alcançado através de uma linguagem precisa. No caso do “sanão” (Soames, 1999), por exemplo, os grupos A e B são perfeitamente delimitados.

Para transformar certas intenções legislativas, formuladas em termos mais ou menos vagos, em algo mais concreto e objetivo, opto pela estratégia descrita por Kowalski (1992). Muito embora o modelo proposto por Alchourrón e Bulygin (1987) seja provavelmente mais completo, ele pode ser desnecessariamente complexo para os fins do presente trabalho. A notação lógica condicional defendida por Kowalski, muito próxima àquela utilizada nas mais populares linguagens de programação, é suficientemente similar à linguagem natural para nos permitir aliar o rigor conceitual à facilidade da compreensão.

Kowalski define programação lógica como:

(...) any set of sentences which are equivalent to a set of universally quantified implications in the normal logic programming form

A if B<sub>1</sub> and... and B<sub>n</sub>

where A is an atomic formula, B<sub>i</sub> for 0 < i < n is an atomic formula or the negation of an atomic formula, and all variables, e.g. X<sub>1</sub>, ..., X<sub>m</sub> occurring in the implication are assumed to be universally quantified, i.e.

for all X<sub>1</sub>, ..., X<sub>m</sub> [A if B<sub>1</sub> and ... and B<sub>n</sub>] (Kowalski, 1992:3)<sup>108</sup>.

De acordo com a definição supra, em concordância com as conclusões do próprio Kowalski, é possível expressar qualquer texto normativo em termos de programação lógica. Para seguir a tradição de Alchourrón e Bulygin (1987),

<sup>108</sup> Tradução do autor: “(...) qualquer conjunto de sentenças que seja equivalente a um conjunto de implicações universalmente quantificadas no formato normal de programação lógica A se B<sub>1</sub> e... e B<sub>n</sub> onde A seja uma formula atômica, B<sub>i</sub> para 0 < i < n é uma formula atômica ou a negação de uma formula atômica e todas as variáveis, e.g. X<sub>1</sub>, ..., X<sub>m</sub> ocorrentes na implicação sejam universalmente quantificadas, i.e., para todo X<sub>1</sub>, ..., X<sub>m</sub> [A se B<sub>1</sub> e ... e B<sub>n</sub>]”.

utilizarei um exemplo do direito civil brasileiro para demonstrar a conversão da legislação (ou, idealmente, de um determinado projeto legislativo) em linguagem natural para a notação sugerida por Kowalski.

Especificamente, transformaremos o art. 1.829 do Código Civil em programação lógica. A redação do artigo é a seguinte:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.

Esse artigo pode ser lido como uma sequência de declarações condicionais:

**Se** o falecido deixou descendentes **e** cônjuge sobrevivente **e** o regime de bens **não** era o da comunhão universal **ou não** era o da separação obrigatória de bens **ou** o regime era de comunhão parcial **e** o autor **não** tenha deixado bens particulares: dividir a herança entre descendentes e o cônjuge;

**Se** o falecido deixou descendentes **e não** deixou cônjuge sobrevivente: dividir a herança entre os descendentes;

**Se** o falecido deixou ascendentes **e** cônjuge sobrevivente: dividir a herança entre os ascendentes e o cônjuge sobrevivente;

**Se** o falecido deixou cônjuge sobrevivente **e não** deixou ascendentes **e não** deixou descendentes: a herança deve ser dada ao cônjuge sobrevivente;

**Se** o falecido deixou ascendentes **e não** deixou cônjuge sobrevivente **e não** deixou descendentes: dividir a herança entre os ascendentes;

**Se o falecido não deixou descendentes e não deixou ascendentes e não deixou cônjuge sobrevivente: dividir a herança entre os colaterais<sup>109,110</sup>.**

Esse artigo é obviamente bastante complexo e é difícil imaginar que o cidadão comum, destinatário final da regra sob apreço, seja capaz de destrinchar as possibilidades lógicas do artigo por vontade própria. A falha em compreender a ordem de sucessão definida pelo Código Civil, por sua vez, gera sérios problemas para a gestão de bens do cidadão. Ela interfere, por exemplo, na avaliação por parte de um dado cidadão sobre a conveniência de fazer ou não fazer um testamento, dispondo de seus bens de maneira diversa do que estabelecido na legislação.

O assunto é ainda mais complexo se levarmos em conta as regras específicas para a divisão da herança em cada um dos casos. Quando o cônjuge sobrevivente concorre com os ascendentes, por exemplo, é necessário avaliar a quantidade de ascendentes vivos e qual a linha, se materna ou paterna, da relação de ascendência com o falecido, havendo diferentes reservas com relação à quantia destinada a cada um dos herdeiros a depender do número global de ascendentes vivos e a relação deles com as linhas de ascendência. Isso para não falar na polêmica que se instaurou nos tribunais brasileiros sobre a inconstitucionalidade do art. 1790, que prevê tratamento diferenciado ao companheiro (ver Dias e Moreno 2013; Tartuce 2015, pp. 160-170), e das complicações que existem quando se inclui no cômputo do monte mor fatores como a existência ou inexistência de bens particulares e as reservas que a lei impõe com relação a esses bens.

<sup>109</sup> Dando um tratamento um pouco mais formal à mesma ideia: Se DESC e ~COM, então A; Se DESC e CON e ~COMU e ~SO e ~COMP e ~BPAR, então B; Se ~DESC e CON e ASC, então C; se CON e ~DESC e ~ASC, então D; Se ~DESC e ~CON e ASC, então E; Se ~DESC e ~ASC e ~COM e COL, então F. Onde DESC significa descendentes, CON significa cônjuge, COMU significa regime da comunhão universal, SO significa regime da separação obrigatória de bens, BPAR significa a existência de bens particulares, COL significa colaterais e, finalmente, ASC significa ascendentes.

<sup>110</sup> Quando somos rigorosamente simbólicos, a leitura se torna extremamente difícil. Eu criei um programa de computador utilizando a linguagem de programação Python e seguindo o paradigma de programação lógica conforme definido por Kowalski (1992) que faz esse tipo de operação com os artigos 1.829 a 1.844 do Código Civil, com bons resultados.

Tudo isso aponta a necessidade de simplificarmos o texto normativo do referido artigo e clarificarmos as regras que regem aspectos tão relevantes para a vida de muitos cidadãos como aquelas que compõem o direito sucessório.

A primeira observação é que a longa lista de exceções presentes no inciso I é largamente desnecessária e deveria ter sua regulação prevista no capítulo atinente às regras que regulam os regimes de comunhão de bens possíveis. Afinal, se imaginarmos que o destinatário final da regra buscará se informar sobre as consequências de uma determinada opção legislativa no momento em que esta é feita, nada mais natural do que explicitar as consequências sucessórias de cada uma das opções possíveis no momento de regulação destas. Tal tratamento geraria mais clareza e tornaria a longa lista de condicionais do art. 1.829 substancialmente mais simples.

Essa inclusive parece ser a intenção quando o legislador remete o leitor ao art. 1.640, parágrafo único, fazendo referência expressa, naquele momento, ao regime da separação obrigatória de bens. Acontece que o art. 1.640, parágrafo único, não trata deste assunto: ele simplesmente estabelece o regime da comunhão parcial de bens como padrão, asseverando que os nubentes podem escolher regime diverso através de pacto antenupcial realizado por escritura pública. É o art. 1.641 do Código que prevê as hipóteses nas quais o casamento somente poderá se dar no regime de separação obrigatória dos bens. Seja por qual motivo for, a remissão feita no art. 1.829 acaba não simplificando em nada a interpretação do artigo, gerando apenas profunda confusão na mente do leitor.

De toda forma, se o art. 1.641 estabelecesse uma definição legislativa mais precisa sobre o significado da separação obrigatória de bens, a remissão a este seria redundante<sup>111</sup>. Se, por outro lado, o art. 1.641 não nos oferece nenhuma previsão a respeito das consequências do regime de bens que ele estabelece, ele é incompleto e topograficamente inadequado. Como suas consequências só vêm a ser explicitadas no art. 1.829, é de se esperar que exista confusão, mesmo por parte de profissionais treinados, quanto mais à luz da remissão errônea feita no referido artigo.

---

<sup>111</sup> Uma das grandes utilidades de representar trechos de legislação de maneira simbólica é justamente identificar redundâncias e inconsistências. Ver Wahlgren (2007:84-86).

Outra crítica simples, direta e óbvia diz respeito ao caput do artigo, que se utiliza de um termo estritamente jurídico: sucessão legítima. O que é sucessão legítima? Apesar da inexistência de uma definição legislativa específica, a doutrina esclarece que: “Referida sucessão terá lugar, via de regra, se o autor da herança falecer (...) sem deixar por testamento suas declarações de última vontade” (Menin, 2012:1; no mesmo sentido, Tartuce, 2015:9). Outras exceções possíveis são quando o testamento não dispõe ou não pode dispor de toda a herança, ou quando este é, de alguma forma, nulo ou anulável.

Poderíamos, portanto, reescrever o caput de maneira simples, concisa e mais informativa: “A sucessão, quando não houver testamento válido ou quando o testamento não dispor validamente sobre a totalidade da herança, será deferida na seguinte ordem”. Dessa forma, embora um pouco mais extenso, o *caput* se tornaria muito mais claro e auto-evidente. Estritamente, poderíamos, ainda, excluir a menção a “testamento válido” e “dispor validamente”, porque obviamente só pode produzir efeitos jurídicos aquilo que for juridicamente válido, nos termos, inclusive, de outras partes do Código Civil e da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Da mesma forma, também a menção a bens particulares no inciso I do art. 1.829 é absolutamente desnecessária. A divisão entre bens particulares e bens não-particulares é feita por força dos arts. 1.658, 1.659, 1.660, 1.667 e 1.672 do Código Civil que, ao disciplinarem os regimes de separação de bens no casamento estipulam o direito de meação. Segundo esse direito, o cônjuge sempre é proprietário de metade dos bens adquiridos na constância do casamento<sup>112</sup>, podendo, ainda, ser proprietário de metade de todos os bens do casal (comunhão universal)<sup>113</sup>. Os bens particulares, por sua vez, são aqueles sobre os quais não recai direito de meação (Dias, 2015:330).

A vedação feita pelo art. 1829, I, é especialmente confusa por causa deste fato: ao se utilizar do conceito de “bens particulares” em seu texto, o artigo cria uma dupla negação. Se substituirmos “bens particulares” por “bens sobre os quais

<sup>112</sup> O direito sucessório não é minha especialidade e nem, muito menos, o tema da presente dissertação, mas é importante observar que Dias (2015:300) observa que mesmo no caso da separação obrigatória de bens, a Súmula 277 do STF estabelece que os bens adquiridos na constância do casamento serão de propriedade conjunta. Logo, seria muito mais simples explicar a divisão de bens entre particulares e não particulares nos termos feitos no presente trabalho.

<sup>113</sup> Sobre o assunto da meação, ver Dias (2015:299-300).



não incide direito de meação”, segundo a definição proposta, o texto teria a seguinte redação: “[não herda o cônjuge casado sob o regime da comunhão parcial se] o autor da herança não houver deixado bens sobre os quais não incide direito de meação”.

É possível criar as mesmas consequências lógicas com um texto muito mais simples: basta dizer que o cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes apenas com relação aos bens sobre os quais não recaia direito de meação.

Assim, estariam excluídos da concorrência: 1) o cônjuge sobrevivente casado sob regime de comunhão universal (afinal, seu direito de meação alcança todos os bens deixados pelo falecido) e 2) o cônjuge supérstite casado sob o regime da comunhão parcial de bens em que “o autor da herança não houver deixado bens particulares”. A única exceção não abarcada por essa redação alternativa seria a do cônjuge sobrevivente casado sob o regime da separação obrigatória de bens. Para cumprirmos com a intenção legislativa de excluir essa classe de herdeiros potenciais da ordem de vocação hereditária, poderíamos seguir duas estratégias distintas: 1) fazer menção a “exceções legais”, abarcando uma série de fatores que excluiriam o cônjuge da concorrência com os descendentes, incluindo aí, naturalmente, uma versão mais completa do art. 1641; ou 2) fazer a exclusão expressa daqueles casados sob o regime de separação obrigatória de bens. Ambas opções são potencialmente claras e inambíguas.

É muito mais simples revisar o texto normativo para que este diga: “A herança, quando não houver testamento válido ou quando o testamento não dispor validamente sobre a totalidade da herança, será transmitida na seguinte ordem: I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge exclusivamente quanto aos bens sobre os quais não recaia direito de meação, observadas as restrições legais (alternativamente: excluídos aqueles casados sob o regime da separação obrigatória de bens)”.

Uma observação interessante é que nem sempre a explicitação de todos os requisitos lógicos das declarações condicionais é estritamente necessária quando se formula um texto normativo em linguagem ordinária. Muito embora o foco do estudo do autor esteja relacionado a situações mais especificamente jurídicas,

como a existência de meta-regras sobre a leitura de determinados textos normativos, acredito que o mesmo se aplique aqui com relação ao art. 1829. Isso porque, estritamente falando, haveria necessidade de se asseverar que a sucessão se defere aos descendentes em concorrência com o cônjuge sobrevivente se esse existir. Como é óbvio que, não havendo cônjuge, deve ser respeitada a ordem sucessória do art. 1829 sem a concorrência entre o herdeiro ali especificado e o cônjuge, que, no caso, não existe, não é necessário que se explicita este requisito<sup>114</sup>. Essa é uma das muitas vantagens que a linguagem ordinária tem sobre suas contrapartes formais, como observado pelo próprio Kowalski (1992).

Logo, se estamos falando em sucessão *causa mortis*, é bastante óbvio que o cônjuge é sempre o cônjuge sobrevivente. Assim, podemos simplificar mais o artigo, excluindo-a.

Da análise acima foi possível perceber diversas maneiras de simplificar o art. 1829, tornando o seu tortuoso caminho lógico um pouco mais fácil de navegar. Aliando isso às considerações sobre a linguagem ordinária, acredito ser possível formular algumas alternativas ao texto original do artigo que possivelmente aumentarão significativamente sua compreensão por parte de seus destinatários finais. Mesmo profissionais treinados no direito, como eu, têm uma certa dificuldade em compreender comandos normativos deste tipo e acredito que o esforço tenha ainda a vantagem adicional de tornar a operação do direito por parte de seus agentes tradicionais significativamente mais eficiente.

Agora a tarefa, como defini no início do presente capítulo, é criar várias opções que, levando em conta as observações linguísticas feitas no restante do presente trabalho, possam ser testadas umas contra as outras e contra a redação original do texto, para que se conclua qual delas exprime a regra com maior clareza.

Para tal, como afirmado anteriormente, é necessário que estabeleçamos quem é o destinatário final da regra e qual a linguagem ordinariamente empregada por esta classe de jurisdicionados. No caso específico do art. 1.829, não há dúvida:

---

<sup>114</sup> Slocum (2015) observa que a existência de implicatura conversacional no âmbito jurídico é, muitas vezes, algo benéfico e simplificador. Acredito que o caso sob análise, da desnecessidade do predicado “sobrevivente” à palavra “cônjuge” seja uma instância de um dos vários tipos de implicatura conversacional discutidos na literatura.

um dos poucos fatos indiscutíveis é que todos iremos morrer. Como todos vamos morrer, a regra do art. 1.829 interessa a todos. Logo, todos os jurisdicionados brasileiros devem ser capazes de compreender o texto deste artigo.

Isso, naturalmente, implica em maior dificuldade para estabelecer o vocabulário a ser utilizado pelo legislador. Nesse caso, devemos minimizar ao máximo o emprego de expressões com significado especificamente jurídico, embora, em certos casos, seja necessário manter algum resquício delas. Parece ser o caso com a palavra “meação”, que, como vimos, é o nome de um direito que cônjuges possuem: os bens adquiridos na constância do casamento, ou todos os bens que compõem o patrimônio somado dos cônjuges, no caso específico da comunhão universal de bens.

Uma opção inicial que leva em conta as considerações supra seria:

Art. X – A transmissão da herança, quando não houver testamento válido ou quando o testamento não dispor validamente sobre a sua totalidade, seguirá a seguinte ordem:

I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge exclusivamente quanto aos bens sobre os quais não recaia direito de meação, observadas as restrições legais

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge;

IV - aos colaterais.

Outra possibilidade seria fazer uma tabela:

Art. Y: Os herdeiros, quando não houver testamento válido ou quando este não dispor validamente sobre a totalidade da herança, serão definidos pela tabela abaixo, devendo verificar-se a existência de descendentes, cônjuge, ascendentes e/ou colaterais, nesta ordem, verificando, a seguir, a interseção relevante na tabela:

	Descendentes	Cônjuge	Ascendentes	Colaterais
Descendentes	A	B	A	A
Cônjuge	B	D	C	D
Ascendentes	A	C	E	E
Colaterais	A	D	E	F

Onde A significa que herdarão os descendentes, B significa que herdarão os descendentes em concorrência com o cônjuge com relação aos bens sobre os quais não recair meação, ressalvadas as exceções legais, C significa que herdará o cônjuge em concorrência com os ascendentes, D significa que herdará o cônjuge, E significa que herdarão os ascendentes e F significa que herdarão os colaterais.

Em qualquer uma das duas redações alternativas propostas, é difícil substituir “meação” por uma descrição que produza os mesmos efeitos que o uso desse termo técnico sem tornar o artigo consideravelmente mais complexo. Se substituíssemos “bens sobre os quais não recair meação” por “bens cuja propriedade seja dividida entre os cônjuges”, por exemplo, estaríamos utilizando uma linguagem mais simples e mais acessível ao falante do português em geral, mas estaríamos alterando consideravelmente o conteúdo normativo do artigo. Isso porque uma classe de bens que não está incluída na primeira definição estaria incluída na segunda. É possível imaginar que o cônjuge A possua, por motivos quaisquer, 10% de um bem de propriedade exclusiva do cônjuge B, que este já possuía antes do casamento. Esse bem, segundo a redação menos técnica, estaria excluído do conjunto de bens que A pode herdar no caso da morte de B. A propriedade que A possui sobre esse bem, porém, não advém de direito de meação.

Da mesma forma, se substituíssemos a redação do artigo para excluir da sucessão os “bens adquiridos durante a constância do casamento”, estaríamos ignorando totalmente o caso daqueles que optaram pelo regime da comunhão universal de bens. Nesse caso, como vimos, o direito de meação recai sobre a totalidade dos bens de propriedade do casal e a intenção legislativa é que sejam excluídos da concorrência sucessória os cônjuges que já possuem o direito a metade dos bens. Sob essa segunda opção de redação menos técnica, porém, o cônjuge concorreria com os descendentes sobre aqueles bens que, embora sejam objeto de meação, tenham sido adquiridos antes do casamento.

Por esse motivo, acredito ser necessária a manutenção do termo “meação” na redação do artigo, ressalvada a necessidade que existe de uma definição legislativa explícita e precisa do termo, que deve vir acompanhado de remissão ao artigo que o define. Da mesma maneira, fiz algumas outras pressuposições a respeito do restante do Código Civil na redação destes artigos alternativos. Uma delas é que o art. 1.641 contenha as consequências jurídicas do regime de separação obrigatória de bens, para que a situação dos cônjuges sob esse regime se enquadrem nas hipóteses de incidência do termo “ressalvadas as exceções legais”. Afinal, é reconhecido o direito ao cônjuge casado sob esse regime à meação, mas não é reconhecido o direito deste à concorrência com os descendentes do falecido em matéria sucessória.

## 4.2

### Testes

A partir da simplificação realizada acima, segundo a metodologia proposta, é necessário aferir empiricamente se essa simplificação gerou alguma diferença significativa em métricas que traduzem a compreensão do destinatário do texto normativo.

Baseado nas simplificações supra, a hipótese a ser testada era de que o percentual de respostas corretas seguiria a seguinte ordem, do maior para o menor percentual de acertos: 1) tabela, 2) texto normativo simplificado e 3) texto

normativo original. Afinal, segundo toda a argumentação supra, jurisdicionados e juristas deveriam compreender melhor textos normativos mais simples. Ademais, essa diferença deveria ser estatisticamente significativa.

Da mesma forma, imaginamos que a mesma ordem deveria se manter com relação à atribuição de facilidade de leitura por parte dos respondentes; eles deveriam considerar mais simples responder às perguntas feitas quando foram instruídos a usar a tabela, passando por uma dificuldade média no caso do texto normativo simplificado e reportando dificuldade no caso do texto original.

Para testar essas hipóteses, criei um questionário online na plataforma Qualtrics. Todos os respondentes eram submetidos à seguinte instrução: “Você deve decidir quem herda os bens de João, utilizando a legislação abaixo”, seguido por uma das três opções de texto normativo (1: tabela; 2: texto normativo simplificado; 3: texto normativo original). Adicionalmente, todos respondentes recebiam a seguinte definição de “bens particulares” e “meação”:

Leve em conta que bens particulares são aqueles sobre os quais não recai direito de meação. Meação é o direito que um cônjuge tem sobre o patrimônio do outro cônjuge. Um é sempre proprietário de metade dos bens adquiridos pelo outro durante o casamento. Quando o regime de bens do casamento é o da comunhão universal, um cônjuge tem direito a metade de todos os bens do outro.

Todos os respondentes eram divididos aleatoriamente entre um de três grupos e tinham que responder à um conjunto uniforme de quatro perguntas de múltipla escolha a respeito das diversas hipóteses de incidência do art. 1829 do Código Civil. As opções eram sempre as mesmas, consubstanciadas nas seis classes e combinações de classes de herdeiros previstas pelo dispositivo (descendentes, descendentes e cônjuge, ascendentes, ascendentes e cônjuge, cônjuge e colaterais).

Ao final deste questionário (cada respondente deveria responder a três perguntas), foram colhidas informações demográficas incluindo se o respondente era operador do direito (juiz, advogado, bacharel, etc), estudante de curso de direito ou outro. Também neste conjunto de questões estava a seguinte pergunta:

“A legislação que lhe foi apresentada era fácil ou difícil de entender? Indique o grau de facilidade/dificuldade na escala abaixo”. Os participantes então deveriam responder em uma escala de sete pontos, variando de “muito fácil” (0) a “muito difícil” (6).

Infelizmente, os resultados colhidos a partir de 120 respostas (média de idade = 27.33; mulheres = 49) não foram suficientes para confirmar ou rejeitar a hipótese, vez que os testes realizados (ANOVA e o teste não-paramétrico Wilcoxon) não retornaram resultados estatisticamente significativos ( $p > 0.05$ ). Uma explicação possível é que certas falhas no desenho experimental tenham mascarado um efeito existente. Também é possível que a simplificação seja muito pequena e não gere um resultado visível no número relativamente baixo de respondentes, ou, ainda, que não exista efeito algum.

Uma maneira de lidar com esse resultado nulo é criar ainda outra opção de redação legislativa que seja capaz de criar um efeito mensurável na compreensão dos respondentes. No item anterior, vimos como o texto normativo do art. 1829 do Código Civil pode ser visto como uma série de afirmações condicionais. Se esse é o caso, é mais natural representar visualmente este tipo de estrutura como uma árvore de decisão. De maneira similar, isso nos permite transformar o processo relativamente complexo de realizar a subsunção do caso sob análise ao texto normativo em algumas simples perguntas de sim ou não.

A partir dessas considerações, construí a seguinte árvore de decisão:

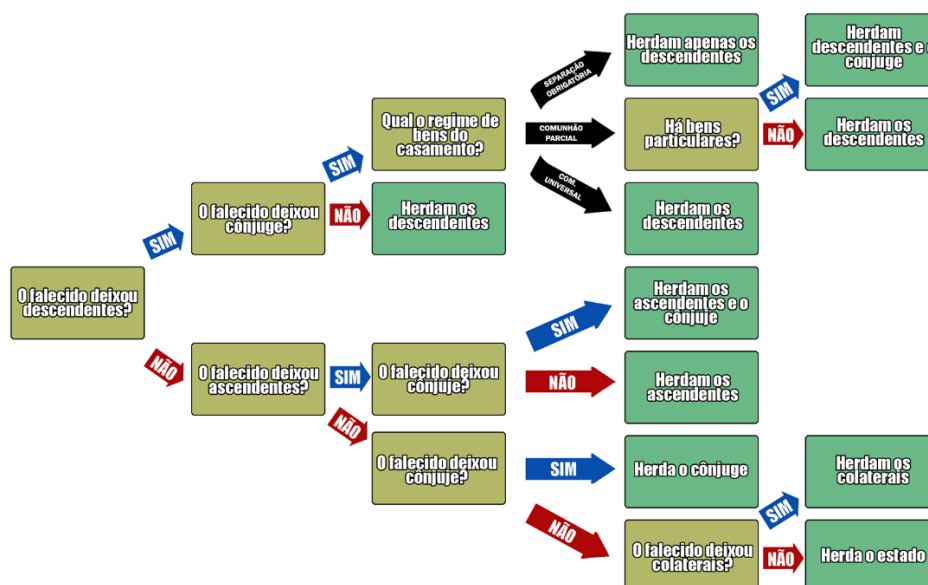


Figura 1 Árvore de decisão baseada no art. 1829 do Código Civil.

Para avaliar esta nova hipótese, um novo experimento foi desenhado. Os participantes eram aleatoriamente distribuídos entre dois grupos. Ambos os grupos respondiam ao mesmo conjunto de questões do primeiro experimento. Junto a instrução, os participantes receberam a seguinte definição de “bens particulares” e “meação”, ligeiramente modificada com relação ao primeiro experimento, com ênfase na ideia de que os bens sobre os quais o cônjuge tem direito de meação não são incluídos na herança:

Leve em conta que bens particulares são aqueles sobre os quais **não recai direito de meação**. Meação, por sua vez, é o direito que um cônjuge tem sobre o patrimônio do outro cônjuge. Um é sempre **proprietário** de metade dos bens adquiridos pelo outro durante o casamento. Logo, bens particulares são aqueles adquiridos **antes da constância do casamento e não são herdados, já que já compõem o patrimônio do cônjuge sobrevivente**. Quando o regime de bens do casamento é o da comunhão universal, um cônjuge tem direito de meação sobre todos os bens do outro.

Os participantes do primeiro grupo foram instruídos a responder às questões de acordo com a redação original do art. 1829 do Código Civil, enquanto os do segundo grupo foram instruídos a responder às mesmas questões de acordo com a árvore de decisão supra. A hipótese principal era que participantes do segundo grupo obteriam um percentual de acerto maior do que participantes do primeiro grupo.



133 pessoas participaram do experimento (média de idade = 29.47 anos, 62 mulheres). Para testar a hipótese principal, realizamos um teste não-paramétrico Wilcoxon, que mostrou a significância estatística ( $p = 0.032$ ) da diferença entre as médias de acerto do primeiro (2.58 acertos) e do segundo grupo (2.88 acertos), ainda que com uma potência estatística relativamente baixa  $(0,35)^{115}$ .

Análises exploratórias adicionais revelaram que a diferença entre os dois grupos era consideravelmente maior nos casos mais difíceis, que envolviam diferenças entre regimes de bens e a presença ou ausência de bens particulares. Participantes no primeiro grupo acertaram, em média, 0,569 questões deste tipo, enquanto participantes no segundo grupo acertaram, em média, 0,967 questões (teste não-paramétrico Wilcoxon,  $p = 0,003$ ). Esse resultado possui potência estatística alta (0,82). Por outro lado, não houve diferença significativa entre a quantidade total de acertos dos dois grupos nos casos classificados como fáceis. Essa descoberta é consistente com os comentários teóricos a respeito da simplificação do art. 1.829 e, inclusive, esperada a partir deles, já que a maior fonte de obscuridade do referido texto normativo está relacionada a essa subclasse de questões.

Para testar essa hipótese de maneira mais rigorosa, utilizamos um modelo de regressão linear com efeitos mistos que tentava prever se um dado respondente responderia a uma dada pergunta a partir da interação entre a dificuldade da pergunta (0 = fácil; 1 = difícil) e o grupo (0 = lei original; 1 = árvore de decisão), controlando para a influência randômica do respondente (através de seu número de identificação única) e para o conjunto de perguntas que ele respondia (um conjunto continha duas questões difíceis e duas questões fáceis enquanto outro conjunto continha apenas uma questão difícil e três questões fáceis).

Esse modelo foi capaz de demonstrar a influência positiva da interação entre o grupo experimental e a dificuldade da questão (coeficiente = 1,39,  $p = 0,003$ ). Isso significa que, mesmo levando em consideração a variação natural de

---

<sup>115</sup> A potência estatística do experimento é um indicativo de sua replicabilidade. A estatística mencionada foi calculada a partir da geração de dados aleatórios a partir dos parâmetros dos dados colhidos, em especial o desvio padrão e a média dos resultados observados. A partir de 10.000 simulações do mesmo número de participantes com os mesmos parâmetros, 3.578 instâncias mostraram um valor  $p$  menor que 0,05 na direção esperada. Isso indica que o experimento principal, para fornecer resultados robustos, deveria ter incluído mais participantes.

aptidão entre os respondentes de cada grupo, ainda foi perceptível um aumento significativo na probabilidade de acerto dos respondentes quando eles tinham que lidar com questões difíceis: aqueles no grupo 1, que deveriam responder às perguntas a partir do texto normativo original, acertaram significativamente menos do que aqueles no grupo 2. O gráfico abaixo, que representa a probabilidade esperada de acerto de um respondente qualquer em cada uma das condições e em casos fáceis e difíceis, demonstra bem essa previsão:

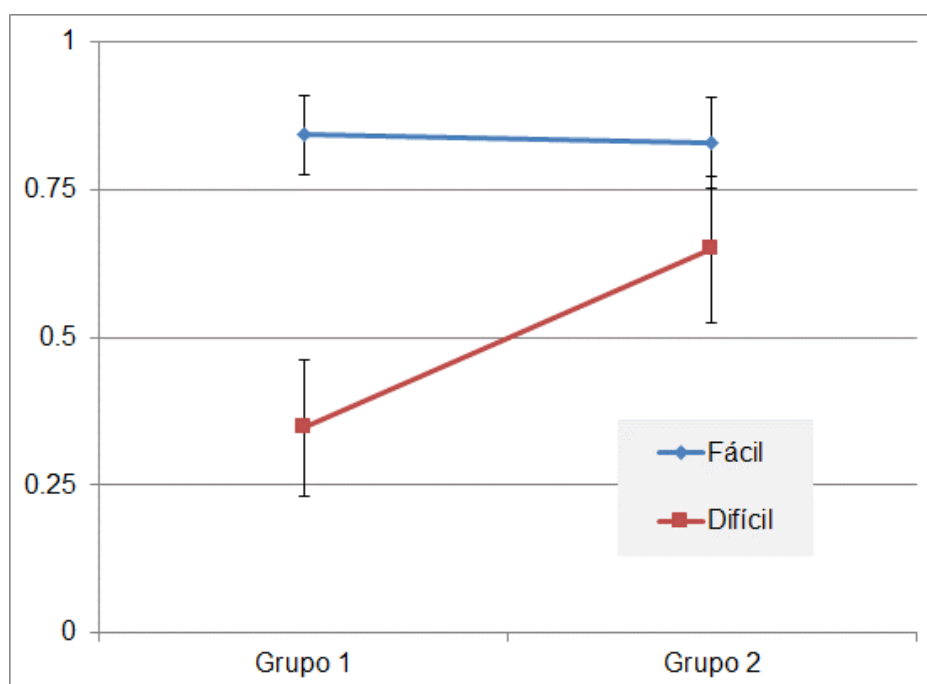


Figura 2 Probabilidades de acerto de respondentes no grupo 1 (texto normativo original) e no grupo 2 (árvore de decisão) em questões fáceis e difíceis.

Em resumo: os modelos mostram que existe um efeito apenas marginalmente significativo da condição experimental (lei original x árvore de decisão)<sup>116</sup>. Esse efeito abaixo do esperado pode ser explicado pela existência de questões muito fáceis no questionário<sup>117</sup>, conforme comprovaram as análises

<sup>116</sup> Conforme reportado na p. 87.

<sup>117</sup> As questões fáceis incluíam: “João faleceu sem deixar testamento. Ele não tinha filhos, tampouco cônjuge. Sua única família eram seus pais e seu irmão, Luiz, de quem era muito próximo. João sempre morou com seus pais, que ainda estão vivos. Quem deve herdar os bens de João, segundo os dispositivos legais acima?” e “João faleceu sem deixar testamento. Ele não tinha esposa e tampouco deixou descendentes ou ascendentes vivos. Seus únicos parentes vivos são dois irmãos: Lucas e Rodolfo. Quem deve herdar os bens de João, segundo os dispositivos legais acima?”. Em contraste, questões difíceis incluíam: “João faleceu se deixar testamento. Muitos anos

posteriores. Assim, um modelo que leva em consideração as variáveis que indicam a condição (lei original x árvore de decisão) e a dificuldade das respostas (fácil = 0, difícil = 1) possui um potencial explanatório maior do que o modelo simples, que levava em consideração somente a condição experimental. Quando levamos em consideração a interação entre a condição experimental e a dificuldade das respostas, o modelo captura ainda mais da variação nos modelos, conforme comprovado por uma análise de variância (ANOVA) entre as métricas de qualidade relativa (AIC<sup>118</sup>) e representado visualmente na figura 2.

Adicionalmente, uma análise em separado de juristas (66) e não-juristas (67)<sup>119</sup> mostrou que não-juristas que participaram do grupo 1 acertaram consideravelmente menos questões difíceis (0,37, em média) do que não-juristas participantes do grupo 2 (média de 0,87 acertos,  $p = 0.009$ ). O mesmo também foi observado com relação a juristas, embora em menor medida (média do grupo 1 = 0,756; média do grupo 2 = 1,068;  $p = 0,1$ ). É interessante notar, inclusive, que o efeito da educação jurídica parece ser menor do que o efeito da condição experimental. Afinal, não-juristas no grupo 2 acertaram, em média, 0,87 questões, enquanto juristas no grupo 1 acertaram, em média, 0,756 questões. Ainda que essa diferença não seja estatisticamente significativa (um teste não-paramétrico Wilcoxon indica que o valor  $p = 0.56$ ), é interessante notar que, no mínimo, juristas com acesso ao texto normativo original não têm nenhuma vantagem sobre não-juristas munidos da árvore de decisão.

---

atrás, ele se casou com Maria, sob o regime de comunhão parcial de bens. Maria está viva. João tinha duas filhas: Rebeca e Ursula. Todos os bens que João deixou foram adquiridos antes da constância do casamento, de maneira que são bens particulares. Seu irmão, Lucas, também está vivo. Quem deve herdar os bens de João, segundo os dispositivos legais acima?”. A questão é difícil porque envolve a distinção entre bens particulares e não particulares e suas consequências para a herança ou propriedade prévia do cônjuge.

<sup>118</sup> O AIC, critério de informação Akaike, é uma medida da qualidade de modelos estatísticos. Quanto menor o valor do AIC, melhor o modelo. A métrica não nos fornece informações sobre a qualidade absoluta dos modelos, como faz o  $R^2$ , mas nos permite comparar modelos diferentes.

<sup>119</sup> As questões demográficas apresentadas aos participantes incluíam uma pergunta sobre a formação/atuação profissional dos respondentes. As opções válidas eram: 1) “Estudante do curso de direito (graduação)” (19); 2) “Operador(a) do direito (juiz(a), advogado(a), bacharel, etc. Se tiver qualquer formação ou emprego jurídico, marque essa opção) e 3) “Outro (qualquer outra formação/ocupação não-jurídica)”. Baseado em estudos pregressos (em especial, Kahan et al, 2016), optei por analisar os respondentes em grupos dicotômicos de juristas e não-juristas.

### 4.3

#### Discussão

Os resultados acima estão de acordo com as hipóteses levantadas anteriormente a partir das teorias discutidas a respeito de filosofia da linguagem. Em particular, o fato de que tanto juristas quanto não-juristas se saem melhor quando são instruídos a utilizar de um esquema conceitual menos dependente da linguagem específica do direito brasileiro sugere que, embora os malefícios da linguagem especializada com relação à capacidade de guiar a conduta existam e sejam sensíveis, o mesmo não pode ser dito com relação aos benefícios. Afinal, caso o emprego de linguagem especificamente jurídica fosse benéfico, era de se esperar que aqueles que os falantes competentes dessa linguagem acertassem mais na presença de seu uso, o que não se verificou.

Ademais, creio que os experimentos são capazes de demonstrar que a otimização legislativa através da combinação de técnicas qualitativas e quantitativas é possível e não é tão difícil. Isso talvez possa ser generalizado para outros campos do direito, em particular aqueles onde os termos empregados não são, preferencialmente, multidimensionalmente incomensuráveis. Nesses casos, parece que a adequação da legislação à linguagem ordinária (ou a outros esquemas conceituais mais acessíveis aos não-juristas) pode trazer benefícios mensuráveis para a transparência do direito e, espera-se, para a sua capacidade de influir na conduta de seus jurisdicionados.

## Conclusão

Na introdução, além de explorar alguns conceitos preliminares de teoria do direito, busquei tecer um argumento para defender a relevância do presente trabalho. Em discussão retomada no capítulo 3, procurei mostrar como a compreensão de que regras pretendem influenciar a conduta de cidadãos comuns leva a uma presunção de que regras mais claras gerarão um maior cumprimento das mesmas por parte de seus destinatários finais. Alternativamente, teci um argumento que defende que regras mais claras facilitam sua crítica, democratizando o direito e, potencialmente, tornando-o mais justo.

Em essência, defendi um argumento muito simples: 1) o direito pretende influenciar a conduta de seus jurisdicionados; 2) ele faz isso através da linguagem de textos normativos; 3) a linguagem utilizada nesses textos normativos pode ser otimizada a partir de investigações a respeito da linguagem ordinária.

Para suportar esse argumento, utilizei de duas estratégias distintas, em momentos distintos. Em primeiro lugar, analisei as distinções analíticas que filósofos da linguagem tecem sobre a vagueza, mostrando que aquilo que normalmente tratamos como um único fenômeno pode ser dividido em vários conceitos diferentes. Utilizando essas distinções para analisar os argumentos normativos empregados no campo jurídico sobre a vagueza, foi possível torna-los mais precisos, mostrando para quais tipos de vagueza eles funcionam e para quais tipos de vagueza eles não funcionam. Assim, pudemos notar que os argumentos levantados por Endicott e Waldron parecem ter como alvo um tipo de vagueza distinto da vagueza do tipo Sorites. Se isso é verdade, já podemos aconselhar legisladores de maneira mais eficaz do que as vagas diretivas de documentos como o guia prático para a elaboração de textos normativos da União Européia e a Lei Complementar 95, que dizem, em essência, coisas como “não seja vago” e “não seja ambíguo”. Podemos dizer, diretamente: não empreguem termos vagos unidimensionais.

Posteriormente, busquei compreender como as teorias descritivas sobre a linguagem ordinária avançadas no campo da filosofia podem ser usadas para a elaboração de textos normativos mais eficientes. Assim, conhecer a multiplicidade de níveis da linguagem ordinária e compreender a diferença entre o significado do falante e o significado do proferimento nos permitiu elaborar uma alternativa logicamente equivalente e comprovadamente mais eficiente ao art. 1.829 do Código Civil.

Com isso, espero ter fornecido uma defesa convincente de meu argumento central. Pelo menos um subconjunto das ações humanas reguladas pelo direito pode ser otimizada a partir da compreensão da linguagem. Ainda que isso nem sempre resolva os eternos problemas de interpretação do direito, parece ser possível mitigá-los através da redução da distância entre intenções do legislador e conteúdo informacional dos textos normativos, o que incidentalmente democratiza o acesso à informação jurídica.

É difícil precisar qual o subconjunto de textos normativos que poderiam ser afetados por essa otimização. Quando falamos de predicados vagos, parece que eles cumprem uma função desejável, em especial quando se tratam de termos incomensuravelmente multidimensionais, ou que apresentem semelhanças de família. Se, conforme sugere Waldron (1994), esses são justamente os termos mais moralmente carregados e disputados nas contendas judiciais e políticas, parece que, ainda que a otimização possa se dar em um grande conjunto de casos, ela não será capaz de resolver os problemas que vemos nos “casos difíceis”.

Independentemente da extensão de aplicação das sugestões normativas acima, acredito que valha a pena apostar na nomografia. Conforme vimos, a metodologia empregada para a otimização do art. 1829 do Código Civil não é particularmente custosa em termos de tempo e recursos. É possível afirmar, ainda que com uma dose saudável de ceticismo, que essa metodologia pode ser generalizada para outras aplicações no campo da nomografia. Poderíamos, por exemplo, testar diferentes definições legislativas, ou diferentes estruturas lógicas. Da mesma forma, as sugestões para lidar com a vagueza também são suficientemente simples e diretas para que possamos dizer que seu custo é negligenciável. Logo, no pior dos casos teremos uma legislação mais legível. No

melhor cenário, por outro lado, acabamos com um direito mais democrático, justo e eficiente.

## Referências bibliográficas

ALCHOURRÓN, C. E. e BULYGIN, E (1987). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas e sociales*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

ARAÚJO, M. (2010) *John Searle e a ontologia do mundo social: subsídios para uma teoria acerca do objeto do conhecimento jurídico*. Revista de Filosofia da UNISINOS, 11(2), pp. 163-175.

AUSTIN, J. (2007) *The province of jurisprudence determined*. Cambridge : Cambridge University Press.

AUSTIN, J. L. (1962) *How to do things with words*. Oxford : Oxford University Press.

ALEXANDER, L e PRAKASH, S (2004) “*Is That English That You’re Speaking?*” *Why Intention Free Interpretation is an Impossibility*. San Diego L. Rev. 41, pp. 967-996.

ALEXANDER, L. e SHERWIN, E. (2008) *Demystifying Legal Reasoning*. Cambridge : Cambridge University Press.

ASGEIRSSON, H. (2015) *On the instrumental value of vagueness in the law*. Ethics, Vol. 125, Nº 2, pp. 425-448.

\_\_\_\_\_ (2013) *Vagueness and power delegation in law: a reply to Sorensen*. In FREEMAN, M. e SMITH, F. (eds.) (2013) *Law and language: current legal issues, volume 15*. Oxford : Oxford University Press, pp. 344-355.

\_\_\_\_\_ (2016) *Can legal practice adjudicate between theories of vagueness?* In KEIL, G. e POSCHER, R. (eds.) (2016) *Vagueness and law*. Oxford : Oxford University Press. versão preliminar disponível em [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2687091](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2687091), visitado em 04/01/2016.

BENTHAM, J. (1843/2011a) *The Works Of Jeremy Bentham*, vol. 3. Liberty Fund : Indianapolis. Disponível em <<<http://oll.libertyfund.org/title/1922>>>.



\_\_\_\_\_ (1843/2011b) *The Works Of Jeremy Bentham*, vol. 1. Liberty Fund : Indianapolis. Disponível em <<  
<http://oll.libertyfund.org/titles/2009>>>. Visitado em 24/02/2017.

BIX, B. (1990) *The application (and mis-application) of Wittgenstein's rule-following considerations to legal theory*. Canadian Journal of Law & Jurisprudence, Vol. 3, Issue 2, pp. 107-121.

BONFIELD, A. E. (1964) *The abrogation of penal statutes by nonenforcement*. American Criminal Law Quarterly 3, pp. 33-61.

BORG, E. (2010) *Meaning and Context: a survey of the contemporary debate*. Em WHITING, D. (ed.) *The Later Wittgenstein on Language*. Hampshire : Palgrave MacMillan, pp. 96-113.

BRENNAN, A. (2011) *Necessary and sufficient conditions*. Stanford Encyclopedia of Philosophy. Disponível em:  
<https://plato.stanford.edu/entries/necessary-sufficient/>. Visitado em 02/01/2017.

DASCAL, M. (2006) *Interpretação e compreensão*. Tradução de Márcia Heloísa Lima da Rocha. São Leopoldo : Editora Unisinos.

\_\_\_\_\_ (2003) *Interpretation and understanding*. Amsterdam : John Benjamins Publishing.

DIAS, M. B. (2015) *Manual de direito das famílias*. 10ª ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais.

DAVEY, N. (2006) *Unquiet Understanding: Gadamer's Philosophical Hermeneutics*. New York : State University of New York Press.

DIAS, C. S. e MORENO, F. B. P. (2013) *Cenário jurisprudencial atual sobre a inconstitucionalidade das diferenças no tratamento sucessório de cônjuges e companheiros*. Disponível em:  
[http://www.editoramagister.com/doutrina\\_24213422\\_CENARIO JURISPRUDENCIAL ATUAL SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE DAS DIFERENCAS NO TRATAMENTO SUCESSORIO DE CONJUGES E COM PANHEIROS.aspx](http://www.editoramagister.com/doutrina_24213422_CENARIO_JURISPRUDENCIAL_ATUAL SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE DAS DIFERENCAS NO TRATAMENTO SUCESSORIO DE CONJUGES E COM PANHEIROS.aspx). Visitado em 25/04/2016.

DINGEMANSE, M., BLASI, D. E., LUPYAN, G., CHRISTIANSEN, M. H. e MONAGHAN, P. (2015) *Arbitrariness, iconicity and systematicity in language*. Trends in Cognitive Sciences, Vol. 19, Issue 10, pp. 603-615.

ENDICOTT, T. (2003) *Vagueness in law*. Oxford : Oxford University Press.

\_\_\_\_\_ (2001) *Law is necessarily vague*. Legal Theory, 7, pp. 379-385.

\_\_\_\_\_ (2011) *The value of vagueness*. In MARMOR, A. e SOAMES, S. (eds) (2011) *Philosophical foundations of language in law*. Oxford : Oxford University Press, pp. 14-30.

E.U., *Joint practical guide for persons involved in the drafting of European union legislation*. Bruxelas, 2014, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/content/techleg/KB0213228ENN.pdf>. Visitado em 22/03/2016.

FINE, K. (1975) *Vagueness, truth and logic*. Synthese, Vol. 30, Issue 3, pp. 265-300.

FISH, S (2005) *There Is No Textualist Position*. San Diego L. Review, 42, pp. 629-650.

GADAMER, H. (2011) *Verdade e Método I*. Petrópolis : Vozes.

GIGERENZER, G. (2002) *Adaptive thinking: rationality in the real world*. New York : Oxford University Press.

GREEN, M. (2014) *Speech Acts*. Stanford Encyclopedia of Philosophy. Disponível em: <http://plato.stanford.edu/entries/speech-acts/>. Visitado em 04/01/2016.

GRECO, R. (2010) *Curso de direito penal: parte geral*. Niterói : Impetus.

HART, H. L. A. (2009) *O conceito de direito*. 1 ed. São Paulo : WMF Martins Fontes.

\_\_\_\_\_ (1994) *The Concept of Law*. 2 ed. Oxford : Claredon Press.

\_\_\_\_\_ (1983) *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford : Claredon Press.

HESSE, K. (2009) *Temas Fundamentais do Direito Constitucional. textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocência Mártires Coelho*. São Paulo : Saraiva.

KAHAN, D. M., HOFFMAN, D., EVANS, D., DEVINS, N., LUCCHI, E., CHENG, K. (2016) *"Ideology" or "situation sense" an experimental investigation of motivated reasoning and professional judgement*. University of Pennsylvania Law Review, Vol. 164, Issue 2, pp. 349-438.

KELSEN, H. (1998) *Teoria pura do direito*. 6 ed. São Paulo : Martins Fontes.

\_\_\_\_\_. (2001) *O que é justiça? A Justiça, o Direito e a Política no espelho da ciência*. São Paulo : Martins Fontes.

\_\_\_\_\_. (1941) *The law as a specific social technique*. University of Chicago Law Review, Vol. 9, Issue 1, pp. 75-97.

KNAPP, S. e MICHAEL, W. B. (2005) *Not a Matter of Interpretation*. San Diego L. Rev 42, pp. 651-668

\_\_\_\_\_ e \_\_\_\_\_. (1982) *Against Theory*. Critical Inquiry, vol. 8, n. 4, pp. 723-742.

KOWALSKI, R. A. (1992) *Legislation as Logic Programs*. Proceedings of the Second International Logic Programming Summer School on Logic Programming in Action, pp. 203-230.

MARMOR, A. (2005) *Interpretation and Legal Theory*. Oxford : Hart Publishing.

MENDES, G. F., COELHO, I. M. e BRANCO, P. G. G. (2007) *Curso de direito constitucional*. São Paulo : Saraiva.

MENIN, M. M. (2012) *Da sucessão legítima*. Disponível em [http://www.direitorp.usp.br/wp-content/uploads/2014/11/artigo\\_marcia\\_maria\\_menin.pdf](http://www.direitorp.usp.br/wp-content/uploads/2014/11/artigo_marcia_maria_menin.pdf). Visitado em 25/04/2016.

RAZ, J. (2012) *O conceito de sistema jurídico: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos*. São Paulo : WMF Martins Fontes.

\_\_\_\_\_. (1999) *Practical Reasons and Norms*. Oxford : Oxford University Press.

ROSCH, E. e MERVIS, C. B. (1975) *Family resemblances: studies in the internal structure of categories*. Cognitive psychology, 7, pp. 573-605.

RUSSELL, B. (1923) *Vagueness*. Australasian Journal of Psychology and Philosophy, Vol. 1, Issue 2, pp. 84-92.

SAUNDERS, D., TAX, S., WARD, J., COURT, K. e LOKEN, B. (1991) *The family resemblance approach to understating categorization of products: measurement problems, alternative solutions and their assessment*. In HOLMAN, R. H. e SOLOMON, M. R. (eds) (1991) *Advances in consumer research volume 18*, Solomon : Association for Consumer Research, pp. 84-89.

SCHAUER, F. (1991) *Playing By The Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford : Oxford University Press.

\_\_\_\_\_. (2016) *Second-order vagueness in law*. In KEIL, G. e POSCHER, R. (eds.) (2016) *Vagueness and law*. Oxford : Oxford University Press. Versão preliminar disponível em

[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2741810](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2741810), visitado em 04/01/2016.

\_\_\_\_\_. (2010) *Was Austin Right After All? On the Role of Sanctions in a Theory of Law*. Ratio Juris, Volume 23, Nº 1, pp. 1-21.

\_\_\_\_\_. (1997) *Prescriptions In Three Dimensions*, Iowa Law Review, 82, pp. 911-922.

\_\_\_\_\_. (2015) *Is law a technical language?* No prelo. Publicação esperada na San Diego Law Review. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2689788](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2689788). Visitado em: 30/12/2015

\_\_\_\_\_. (2001) *The convergence of rules and standards*. Regulatory Policy Program Working Paper RPP-2001-07. Disponível em: <https://www.hks.harvard.edu/m-rcbg/research/rpp/RPP-2001-07.pdf>. Visitado em: 07/10/2016.

SEARLE, J. (1994) *Literary Theory and Its Discontents*. New Literary History, 25, pp. 637-667.

\_\_\_\_\_. (1969) *Speech Acts: an essay in the philosophy of language*. Cambridge : Cambridge University Press.

\_\_\_\_\_. (1968) *Austin on locutionary and illocutionary acts*. The Philosophical Review, Vol. 77, Nº 4, pp. 405-424.

\_\_\_\_\_. (1983) *Intentionality: an essay in the philosophy of mind*. Cambridge: Cambridge University Press.

\_\_\_\_\_. (1995) *The Construction of Social Reality*. New York : The Free Press.

\_\_\_\_\_. (2002) *Consciousness and Language*. Cambridge : Cambridge University Press.

\_\_\_\_\_. (2005) *Expression and Meaning: Studies in the Theory of Speech Acts*. Cambridge : Cambridge University Press.

\_\_\_\_\_. (2002) *Introduction*. Studies in Linguistics and Philosophy, Vol. 79, pp. 3-16.

\_\_\_\_\_. (1980) *The background of meaning*. In SEARLE, J., KIEFER, F. e BIERWISCH, M (eds) (1980) *Speech act theory and pragmatics*, Dordrecht : D. Reidel Publishing Company, pp. 221-232.

SGARBI, A. (2013) *What Is a Good Legislative Definition?* Beijing Law Review, vol. 4, Nº 1, pp. 28-36.

\_\_\_\_\_. (2005) *Textos normativos e alguns problemas de adscrição de sentido*. Direito, Estado e Sociedade, v. 9, nº 26, pp. 6-31.

SHECAIRA, F. (2015) *Sources of Law Are not Legal Norms*. Ratio Juris, Vol. 28, Nº 1, pp. 15-30.

SHECAIRA, F. e STRUCHINER, N. (2016) *Teoria da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro : Contraponto.

SINNOT-ARMSTRONG, W. (2005) *Word Meaning in Legal Interpretation*. San Diego L. Review, 42, pp. 465-492.

\_\_\_\_\_. (2000) *A patchwork quilt theory of constitutional interpretation*. In CAMPBELL, T. e GOLDSWORTHY, J. (2000) *Judicial power, democracy and legal positivism*. Aldershot : Dartmouth Publishing Co., pp. 315-334.

SOAMES, S. (2012) *Vagueness and the law*. In MARMOR, A. (ed.) (2012) *The Routledge companion to philosophy of law*. New York : Routledge, pp. 95-106.

\_\_\_\_\_. (1999) *Understanding truth*. Oxford : Oxford University Press.

SORENSEN, R. (2001) *Vagueness has no function in law*. Legal Theory, Vol. 7, pp. 387-417.

\_\_\_\_\_. (2012) *Vagueness*. Stanford Encyclopedia of Philosophy, disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/vagueness/>. Visitado em: 29/12/2016.

STRUCHINER, N. (2002) *Direito e Linguagem: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito*. Rio de Janeiro : Renovar.

\_\_\_\_\_. (2011) *Indeterminação e Objetividade: Quando o direito diz o que não queremos ouvir*. Em MACEDO JR., R. P. e BARBIERI, C. H. C. (organizadores). *Direito e Interpretação: Racionalidade e Instituições*. São Paulo : Saraiva.

\_\_\_\_\_. (2005) *Para falar de regras: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis no direito*. Tese de Doutorado, Programa de Pós-graduação em Filosofia da PUC-Rio, defendida em 4 de agosto de 2005.

SLOCUM, B. G. (2015) *Ordinary Meaning: A Theory of the Most Fundamental Principle of Legal Interpretation*. Chicago : The University of Chicago Press.

\_\_\_\_\_. (2016) *Conversational implicature and legal texts*. Ratio Juris, vol. 29, Issue 1, pp. 23-43.

TARTUCE, F. (2015) *Direito Civil*, vol. 6, *Direito das Sucessões*. São Paulo : Editora Método.

TUSHNET, M. (1999) *Taking the constitution away from the courts*. Princeton : Princeton University Press.

TWINING, W. e MIERS, D. (2010) *How to do things with rules*. Cambridge : Cambridge University Press.

VOERMANS, W. (2002) *Rationality in legislation by employing informatics?* in WINTGENS, L. (ed.) (2002) *Legisprudence: A New Theoretical Approach To Legislation, Proceedings of the Fourth Benelux-Scandinavian Symposium on Legal Theory*. Portland : Hart Publishing, pp. 127-137.

WAHLGREN, P. (2007) *Legislative techniques*. in WINTGENS, L. (ed.) (2007) *Legislation in context: essays in legisprudence*. Burlington : Ashgate Publishing, pp. 77-94.

WALDRON, J. (1994) *Vagueness in law and language: some philosophical issues*. California Law Review, Vol. 82, Nº 32, pp. 509-540.

\_\_\_\_\_. (2010) *Vagueness and the guidance of action*. NYU School of Law, Public Law Research Paper Nº 10-81. Disponível em [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1699963](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1699963). Visitado em 07/01/2017.

WINTGENS, L. (ed.) (2007) *Legislation in context: essays in legisprudence*. Burlington : Ashgate Publishing.

\_\_\_\_\_. (ed.) (2002) *Legisprudence: A New Theoretical Approach To Legislation, Proceedings of the Fourth Benelux-Scandinavian Symposium on Legal Theory*. Portland : Hart Publishing.

WITTGENSTEIN, L. (2009) *Investigações Filosóficas*. Petrópolis : Vozes.

\_\_\_\_\_. (1969) *On certainty*. Oxford : Basil Blackwell.