



IΦ-Sophia

Revista eletrônica de investigação filosófica, científica e tecnológica

A previsibilidade normativa segundo Wittgenstein e a aplicação dos Direitos Humanos

Por Jonathan Elizondo Orozco¹ (jonathao@hotmail.com).

Resumo:

O presente trabalho tem como objetivo aplicar as “observações sobre seguir regras” que Ludwig Wittgenstein elaborou nas “Investigações Filosóficas” para solver o debate entre o platonismo das regras e o ceticismo das regras. Tentar-se-á expor uma terceira etapa para essa discussão utilizando essas observações para propor uma inversão epistemológica do modelo utilizado nessa discussão. Posteriormente se argumentará que a mesma solução pode ser oferecida ao debate entre formalistas jurídicos e realistas críticos sobre a determinação do Direito. Pensar o Direito fora de um paradigma de perfeição, como se fosse uma máquina, faria com que ambas as partes se foquem na elaboração, na aprendizagem e aplicação das normas jurídicas, e não na teorização ao seu respeito. Esta inversão epistemológica do modelo utilizado para estudar a indeterminação daria como resultado uma leitura pragmática-prática que nos levaria a concluir que o controle de aplicabilidade do direito deve ser intersubjetivo.

Palavras-chave: Wittgenstein; “Seguir uma regra”; Indeterminação do direito; Direitos humanos.

Resumo:

Tio papero celas apliki la “observojn pri jenaj reguloj” kiu Ludwig Wittgenstein

1. Doutorando em Filosofia pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, especialista em Filosofia do Direito pela Universidade da Costa Rica e graduado em Direito pela Universidade da Costa Rica. É bolsista do CNPQ, no Programa de Pós-graduação *stricto sensu* doutorado em Filosofia pelo convênio PEC-PG e atua na Defensoria Pública da Costa Rica como servidor público.



IΦ-Sophia

Revista eletrônica de investigação filosófica, científica e tecnológica

disvolvita en la “Philosophical Investigations” solvi debaton inter platonismo kaj skeptikismo regas regulojn. Ĝi provos elmontri tria etapo por ĉi diskuto, uzante tiujn observojn proponi epistemologia inversigo modelo uzata en ĉi tiu diskuto. Poste, ĝi argumentos ke la sama solvo povas esti proponitaj al la debato inter realistoj kaj kritika juraj realistojn pri determinado de la Leĝo. Pensi Leĝon eksteren paradigma de perfekteco, kiel maŝino, farus ambaŭ partioj ne enfokusigi disvolviĝo, lernado kaj aplikado de juraj normoj kaj teoriado pri ĝi. Ĉi epistemologia inversigo de la modelo uzata por studi nedifiniton rezultigos pragmatan kaj praktikajn legadon, kondukus nin al konkludi ke la aplikeblon de kontrolo leĝo devas esti intersubjektivo. Fine, la ebleco de intersubjektiva kontrolo en la apliko de la Universala Deklaracio de Homaj Rajtoj estos analizita.

Ŝlosilvortoj: Wittgenstein; "Sekvu reglo"; Leĝa nedifiniteco; Homa rajtoj.

Abstract:

*This paper aims to apply the comments of Ludwig Wittgenstein on following a rule from the **Philosophical Investigations**, developed to solve the debate between Platonism and Skepticism of rules. It will try to expose a third stage for this discussion, using these observations, to propose an epistemological inversion model used in this debate. Subsequently, I will argue that the same solution can be offered to the debate between critical legal realists and formalists on the determination of the law. Thinking the law outside a paradigm of perfection, like a machine, would cause both parties to focus on development, learning and application of legal norms, and not in respect to its theorization. This epistemological inversion model used to study the indeterminacy would result in a pragmatic and practical reading that would lead us to conclude that the*



IΦ-Sophia

Revista eletrônica de investigação filosófica, científica e tecnológica

applicability and controlo of the law must be intersubjective. Finally the possibility of an intersubjective control in the application of the Universal Declaration of Human Rights, will be analyzed.

Keywords: Wittgenstein, "following a rule", indeterminacy of law, Human Rights.

Introdução

Utilizando a relativização do conhecimento introduzida nas **Investigações Filosóficas**, com o conceito de **jogos de linguagem**, a tese de que o Direito é indeterminado por causa da inexatidão de suas palavras, tem sido defendida por vários autores entre os quais destacamos aos realistas críticos. O nosso objetivo é utilizar as *observações sobre seguir regras* das **Investigações Filosóficas** para mostrar um terceiro momento do debate entre o platonismo das regras² e o ceticismo das regras³. Observações que se aplicadas *mutatis mutandi* ao problema da determinação do Direito, poderiam nos fornecer uma solução ao debate entre formalistas⁴ e realistas⁵.

2. Para o presente trabalho **platonismo das regras** faz referência à afirmação de que o conteúdo normativo das regras está nelas implícito, independentemente do que pensamos, e o seu significado é suficiente para determinar sua correta aplicação, como os trilhos de um trem. Este conceito de platonismo pode ser achado nas **Investigações**: “De onde vem então a ideia de que a série iniciada seria uma seção visível de trilhos invisíveis estendidos até o infinito? Ora, em lugar de regras, poderíamos imaginar trilhos. E à aplicação não ilimitada da regra, correspondem trilhos infinitamente longos”. **IF**, § 218. (No caso das citações de parágrafos das **Investigações Filosóficas**, utilizar-se-á neste artigo a abreviação **IF**, seguida do número do parágrafo respectivo, e não a norma autor data. Isso porque é o convencionalizado pelos estudiosos de Wittgenstein e facilita a exposição).

3. Por **ceticismo das regras** entendemos a ideia de que o conteúdo normativo não se encontra na norma, razão pela qual o aplicador deve valer-se de algum instrumento externo que permita segui-la. Podemos também achar esta noção nas **Investigações**, quando o instrumento utilizado é a interpretação: “Eis porque há uma tendência para afirmar: todo agir segundo a regra é uma interpretação. Mas deveríamos chamar de “interpretação” apenas a substituição de uma expressão da regra por uma outra”. **IF**, § 201.

4. O formalismo jurídico caracteriza-se por acreditar em um sistema jurídico completo, o qual prevê qualquer possível aplicação prática mediante o uso da lógica interna dos conceitos do próprio sistema. Por esta razão, o Direito escrito prevalece sobre sua práxis, e as diferenças de grau ou categoriais entre ambos é irrelevante.

5. Trata-se dos realistas críticos que em síntese defendiam que o Direito é um fluxo e que sua aplicação, como qualquer fenômeno social, depende dos agentes que participam dessa atividade. Por essa razão, importam mais os efeitos sociais da atividade judicial e se desconfia das leis como fator preponderante



IΦ-Sophia

Revista eletrônica de investigação filosófica, científica e tecnológica

Finalmente, como exemplo da solução proposta, analisar-se-á a possibilidade de aplicação das Declaração Universal dos Direitos Humanos.

As observações sobre “seguir as regras” nas Investigações Filosóficas.

A partir do § 185 das **Investigações Filosóficas** de Wittgenstein podemos achar as considerações que ele fez sobre as regras. Do contexto do livro, deduz-se que Wittgenstein alude às regras linguísticas, as quais deixam de ser rígidas como o eram as regras lógicas das condições de sentido do seu primeiro livro, o **Tractatus Logico-Philosophicus**.

Passemos a analisar primeiro o que entende Wittgenstein por regra. Para ele, as regras são padrões de correção. Pode-se saber se uma regra é cumprida ou não porque ela é o padrão de comparação da ação (GLOCK, 1998, p. 314). Isso implica que há uma diferença crucial entre “seguir uma regra”, “crer que se segue uma regra” e “simplesmente agir segundo a regra”. Aliás. eu posso “acreditar” que ajo segundo a regra, mas estar errado. Eu posso “agir conforme a regra”, mas não estar ciente que o faço. E eu posso saber e estar ciente que “sigo a regra” quando ajo conforme ela.

O debate das **Investigações** sobre *seguir as regras* começa com o § 185:

Retornemos ao nosso exemplo (143)⁶. Agora, julgando segundo critérios usuais, o aluno domina a série dos números naturais. Em seguida, ensinamos-lhe como escrever outra série de números cardinais e lhe damos condições de poder escrever, a uma ordem da forma “+ n”, séries da forma 0, n, 2n, 3n, etc.; ordem “+1”, ele escreve a série dos números naturais. – teríamos feito assim amostragens de sua compreensão num campo numérico até 1000.

Deixemos agora o aluno continuar uma série (digamos “+ 2”) para além de 1000 – e ele a escreve 1000, 1004, 1008, 1012.

Nós lhes dizemos: “Veja bem o que faz!”- Não nos compreende. Dizemos:

na produção das decisões. Um bom exemplo desse realismo é a escola conhecida como *Critical Legal Studies* (Estudos Legais Críticos), que se consolidou nos Estados Unidos no final da década de 70. Ela se caracteriza por chamar a atenção para a indeterminação linguística do Direito, pois incorpora o caráter político da ciência social empírica.

6 . O § 143 das **Investigações** faz referência à situação na qual se pede ao aluno que escreva a série dos números naturais.



IΦ-Sophia

Revista eletrônica de investigação filosófica, científica e tecnológica

“Você devia adicionar *dois*; veja como você começou a série!”. – Ele responde: “Sim; não está correto? Pensei que era assim que *deveria* fazê-lo”. – Ou suponha que ele diga, apontando para a série: “Mas eu continuei do mesmo modo!” - Não nos ajudaria nada dizer: “Mas você não vê que...?” e repetir os velhos exemplos e as velhas elucidacões. Em tal caso, diríamos talvez a esta pessoa, por sua própria natureza, que compreenda a ordem segundo nossa elucidacão, da mesma maneira como *nós* a compreenderíamos: “Adicione 2 até 1000, 4 até 2000, 6 até 3000 e assim por diante.”

Tal caso seria semelhante àquele de uma pessoa que, ao gesto de apontar com o dedo, reagisse naturalmente, olhando na direçãõ da linha que vai do fim do dedo ao punho e não do punho ao fim do dedo. **IF**, § 185.

A dúvida que Wittgenstein introduz neste parágrafo é o ponto crucial do problema de seguir as regras: como é possível saber se o aluno segue ou não a regra? Na parte final, Wittgenstein introduz uma situaçãõ nova: como se sabe se a pessoa que reage olhando na direçãõ que vai do fim do dedo ao punho, quando se aponta com o dedo, está errada? As teorizações do filósofo austríaco sobre seguir as regras visam responder essa incógnita.

O platonismo das regras

Nos § 218 e § 219 das **Investigações**, Wittgenstein utiliza a metáfora de trilhos infinitos para construir a imagem da regra como uma prolongaçãõ perfeita que faz com que a cada vez que ela se aplica, obtenha-se irremediavelmente, o mesmo resultado:

De onde vem entãõ a ideia de que a série iniciada seria uma seçãõ visível de trilhos invisíveis estendidos até o infinito? Ora, em lugar de regras, poderíamos imaginar trilhos. E à aplicaçãõ não ilimitada da regra, correspondem trilhos infinitamente longos. **IF**, § 218.

“As passagens já foram todas feitas” significa: não tenho mais escolha. A regra, uma vez selada com uma significaçãõ determinada, traça a linha a ser seguida por todo o espaço. - Mas se este fosse verdadeiramente o caso, em que me ajudaria?

Nãõ! Minha descriçãõ só tinha sentido quando era compreendida simbolicamente. – Eu acho que isto é *assim*- deveria dizer.

Quando sigo a regra não escolho.

Sigo a regra *cegamente*. **IF**, § 219.

A metáfora dos trilhos pode ser entendida como se existisse uma



IΦ-Sophia

Revista eletrônica de investigação filosófica, científica e tecnológica

correspondência entre a regra e a disposição de segui-la. Contudo, prevalece o tom de questionamento que o autor das **Investigações** utiliza quando diz: “Mas se este fosse verdadeiramente o caso, em que me ajudaria?” E continua dizendo: “Minha descrição só tinha sentido quando era compreendida simbolicamente”. Posteriormente no § 221: “*Minha expressão simbólica era na verdade uma descrição mitológica do uso de uma regra.*”

O que está dizendo Wittgenstein, com estas afirmações? Por que utilizar a palavra “mitológica”? A primeira evidência é que ele crê que a imagem dos trilhos está errada. Poder-se-ia sustentar, também, que Wittgenstein pensa que em realidade a imagem dos trilhos é confusa. Anteriormente no § 193, achamos uma explicação dos erros que podemos cometer quando usamos a imagem errada para descrever algum fenômeno. Wittgenstein utiliza a noção de máquina para nos mostrar esta situação:

[...]Podemos dizer que a máquina, ou sua imagem, é o início de uma série de imagens que aprendemos a deduzir dessa imagem.

Mas quando consideramos que a máquina pode se mover de modo inteiramente diferente, isto pode parecer como se devesse estar contido na máquina, enquanto símbolo, o seu tipo de movimento, de modo ainda mais determinado do que na máquina real. Não seria suficiente que estes fossem os movimentos predeterminados pela experiência, mas deveriam ser- em um sentido misterioso-já *atuais*. E é verdade: o movimento do símbolo da máquina é predeterminado de modo diferente do que o de uma dada máquina real. **IF**, § 193.

Wittgenstein quer mostrar como a imagem da máquina é mais rígida que a máquina real. Sendo utilizada a imagem dos trilhos como estendidos infinitamente para descrever uma norma, obviamente obtêm-se uma noção de continuidade perfeita em que as normas serão obedecidas da mesma maneira em todas as situações futuras.

Fixando a atenção no § 195, fica claro que Wittgenstein não é um anti-platônico⁷. Ao contrário, para o filósofo austríaco a imagem dos trilhos, mais que

7. Nesse sentido Dall’Agnol defende a mesma tese que Stone. *Vide DALL’AGNOL, Sobre a conexão entre regras e ações: uma análise do § 198 das Investigações Filosóficas de Wittgenstein. In: Napoli, 2003.*



IΦ-Sophia

Revista eletrônica de investigação filosófica, científica e tecnológica

errada, é confusa:

“Mas não quero dizer que o que faço agora (ao apreender) determina, *causalmente* e segundo a experiência, o emprego futuro, mas que, de um modo *estranho*, este emprego está, num sentido qualquer, presente.”-Mas o é 'num sentido qualquer'! Na verdade o que há de falso nisto que você diz é apenas a expressão “**de um modo estranho**”. O restante está correto; e a frase parece estranha apenas quando nos representamos para ela um jogo de linguagem diferente daquele no qual nós a empregamos efetivamente[...] [Grifo nosso]. **IF**, § 195.

Misturar a determinação normativa com a determinação causal é o erro que cometem, de acordo com esta linha de pensamento, os defensores do platonismo. A determinação causal é aquela que, automaticamente, leva o sujeito a agir segundo a norma. A determinação normativa refere-se ao conteúdo normativo da regra, que faz com que o sujeito saiba o que deve ser feito, mas, ao mesmo tempo, deixa margem para que ele aja distintamente. Misturar essas duas noções é o erro do platonismo das regras, pois parte da ideia de que a determinação normativa é a mesma que a determinação causal, o qual impede outra opção ao agente que seguir a regra. Em outras palavras, assimilar a ação física de obedecer uma ordem com o significado da ordem em si. Um exemplo deixará mais claro o assunto: uma coisa é o significado de uma norma que me pede que pare o auto ante o sinal que diz PARE, e outra coisa é o ato físico e mecânico de pisar no freio para que o carro pare. A primeira é a determinação normativa, e a segunda a causal. Deve-se compreender que se são confundidas, o resultado será uma imagem errada da norma da qual se espera que condicione perfeitamente os casos futuros. A solução ante esta confusão seria pensar que uma máquina sempre está sujeita a romper-se, e por tanto, suas peças podem quebrar-se, entortar-se, partir-se ou simplesmente parar de funcionar. Esse cruzamento de ideias é o que Wittgenstein tenta mostrar no § 193. Cria-se a noção da norma com a imagem perfeita de uma máquina ou de um mecanismo ideal, e olvida-se que os mecanismos reais estão sujeitos ao rompimento.



IΦ-*Sophia*

Revista eletrônica de investigação filosófica, científica e tecnológica

Wittgenstein quer chamar a atenção sobre o fato de que o problema não é o que o platônico quer dizer, isto é, que o uso da norma está presente na própria norma. O problema é que o platônico descreve este fato como se fosse uma questão metafisicamente esquisita. O platonismo das regras ao procurar um mecanismo oculto das capacidades normativas do ser humano, utiliza uma imagem metafísica para explicar a ação de seguir as regras. Wittgenstein quer demonstrar que seguir uma regra não tem nada de *peculiar* ou *estranho*:

[...]Você tendia a empregar expressões tais como: "as passagens *realmente* já estão feitas mesmo antes que eu as faça por escrito, oralmente, ou mesmo em pensamento". E parecia como se fossem já predeterminadas de um modo peculiar, como se fossem antecipadas- como apenas o significar pode antecipar a realidade. **IF**, § 188.

A interpretação

Se a norma fosse incapaz de nos dizer o que fazer, será preciso um elemento exterior. Wittgenstein analisa uma possível resposta: a interpretação. Que a interpretação nos dá a norma e não ao contrário, questiona a própria base do sistema normativo. É a crença em um ceticismo da regra: o conteúdo normativo não se encontra na norma, razão pela qual o aplicador deve valer-se de algum instrumento que permita segui-la. Wittgenstein nega essa resposta nas "Investigações":

Nosso paradoxo era: uma regra não poderia determinar um modo de agir, pois cada modo de agir deveria estar em conformidade com a regra. A resposta era: se cada modo de agir deve estar em conformidade com a regra, pode também contradizê-la. Disto resultaria não haver aqui nem conformidade nem contradições.

Vê-se que isto é um mal-entendido já no fato de que nesta argumentação colocamos uma interpretação após a outra; como se cada uma delas nos acalmasse, pelo menos por um momento, até pensarmos em uma interpretação novamente posterior a ela. Com isto mostramos que existe uma concepção de uma regra que não é uma interpretação e que se manifesta, em cada caso de seu emprego, naquilo que chamamos de "seguir a regra" e "ir contra ela".

Eis porque há uma tendência para afirmar: todo agir segundo a regra é uma interpretação. Mas deveríamos chamar de "interpretação" apenas a



IΦ-Sophia

Revista eletrônica de investigação filosófica, científica e tecnológica

substituição de uma expressão da regra por uma outra. **IF**, § 201.

O paradoxo ao qual Wittgenstein se refere poderia ser assim entendido: se a regra é dada pela interpretação, qualquer conduta seria adequada à norma ou poderia contradizê-la, tirando-lhe a razão de ser. A resposta dos céticos que defendem não ser a norma uma série infinita de trilhos, mas que ela adquire sentido através da interpretação, também é negada por Wittgenstein mediante um argumento lógico⁸, que parte do final do § 201 das **Investigações**: “Mas deveríamos chamar de “interpretação” apenas a substituição de uma expressão da regra por uma outra”, podemos, então, concluir que para toda regra R^1 existe uma interpretação que a transformará: na regra R^2 , para a qual existirá uma outra interpretação (R^3); esta terceira norma terá mais uma interpretação e assim *ad infinitum*(R^n). Caso o procedimento fosse válido, não poderíamos aplicar a regra R^1 , pois é impossível estabelecer seu conteúdo normativo⁹.

O terceiro momento¹⁰: a regra como prática.

Como Wittgenstein evita o paradoxo anterior e o regresso ao infinito? Para o filósofo austríaco uma regra é uma prática, um costume, uma instituição do ser humano:

O que chamamos “seguir uma regra” é algo que apenas uma pessoa pudesse fazer apenas uma vez na vida? – E isto é, naturalmente, uma anotação sobre a gramática da expressão “seguir uma regra”.

Não pode ser que apenas uma pessoa tenha, uma única vez, seguido uma regra. Não é possível que apenas uma única vez tenha sido feita uma comunicação, dada ou compreendida uma ordem, etc. – Seguir uma regra, fazer uma comunicação, dar uma ordem, jogar uma partida de xadrez, são hábitos (costumes, instituições).

Compreender uma frase significa compreender uma linguagem. Compreender uma linguagem significa dominar uma técnica. **IF**, § 199.

8. Segue-se o raciocínio exposto em DALL’AGNOL, as *observações de Wittgenstein sobre seguir regras e a tese da indeterminação do direito*, p. 99. In: DUTRA, 2005.

9. Esse regresso ao infinito pode ser construído a partir do § 84: “[...]Não podemos imaginar uma regra que regule o emprego da regra? E uma dúvida que aquela regra levante - e assim por diante? [...]” **IF**, § 84.

10. Para a presente exposição do desenvolvimento da síntese entre o platonismo das regras e o ceticismo das regras utilizou-se o excelente trabalho de Martin Stone: STONE, Martin: “Focalizando o Direito: O que a interpretação jurídica não é” In MARMOR, 2000.



IΦ-Sophia

Revista eletrônica de investigação filosófica, científica e tecnológica

Ao dar à regra o caráter de convenção, Wittgenstein queria caracterizá-la como uma prática intersubjetiva. Saber se está, ou não, sendo seguida, depende de uma coletividade, mas um sujeito pode sabê-lo por si mesmo. A regra é elaborada e aprendida coletivamente; o sujeito pode distinguir, posteriormente, se a segue ou não. Mas deve-se distinguir entre *saber* e *acreditar*, pois se o sujeito acredita que segue a regra não significa que ele a esteja seguindo realmente:

Eis porque ‘seguir a regra’ é uma *práxis*. E *acreditar* seguir a regra não é seguir a regra. E daí não podemos seguir a regra ‘privadamente’; porque, senão, acreditar seguir a regra seria o mesmo que seguir a regra. **IF**, § 202.

Toda convenção ou costume deve ser ensinado, a correta maneira de seguir as regras é apreendida como uma prática. Nesse sentido, Wittgenstein se situa em um ponto intermediário entre o platonismo e o ceticismo das regras. As normas não são trilhos mecânicos perfeitos nem são palavras indeterminadas que precisam ser interpretadas a cada aplicação. Como chega Wittgenstein a esta conclusão? Ao entender as regras como *práxis* do ser humano, é preciso estudá-las, enquanto fenômeno dinâmico: as regras não são *letra morta* e sua aplicação não é uma questão estática, mas um *jogo* que deve ser apreendido como qualquer outro:

[...]Uma delimitação que tem uma lacuna vale tanto quanto *nenhuma*.-**Mas isto é verdadeiro?** **IF**, § 99 [Grifo nosso].

“Não é jogo algum, se houver uma vagueza nas regras”. – Mas então não é jogo algum? – “Sim, talvez você vá chamá-lo de jogo, mas em todo o caso **não é um jogo perfeito**”. Isto é, ele está então impuro, mas interesse-me por aquilo que aqui se tornou impuro. – Mas quero dizer: **compreendemos mal o papel que o ideal desempenha** no nosso modo de expressão. Isto é, também nós o chamaríamos de jogo, **apenas estamos cegos pelo ideal** e por isso não vemos claramente o emprego efetivo da palavra “jogo”. **IF**, § 100. [Grifo nosso].

A ideia que Wittgenstein quer transmitir neste parágrafo é que o ideal de perfeição que se tem para uma norma (o trilho) obstrui o fato de que, mesmo sem essa perfeição, a regra tem um conteúdo normativo em si mesmo. Não é preciso recorrer à interpretação para descobrir-lhe a prescrição. Estamos frente a um *jogo da linguagem* a



IΦ-*Sophia*

Revista eletrônica de investigação filosófica, científica e tecnológica

ser apreendido como qualquer outro.

Resumindo: a imagem da norma como trilho é a base de uma teoria da norma que resulta em uma discussão circular entre aqueles que dela participam. O platônico dirá que as regras são como trilhos, e o cético verá claramente que isso não é verdade, pois essa união mecânica entre a norma e a ação não existe. Ao ver isto, o realista sustentará que a interpretação é necessária para que a norma seja realizada por uma pessoa. Essa visão limita, de antemão, nossas posições filosóficas possíveis, e Wittgenstein queria mostrar isto: quando se trabalha com a imagem da norma como trilho, a norma não é, forçosamente, um deles. O modelo em si não nos oferece outras opções para analisar a incógnita de como seguir uma regra. Estar-se-ia, indefinidamente, andando em círculos no debate, e Wittgenstein, ao perceber isto, tentou oferecer outra perspectiva para responder ao problema analisando intensamente a imagem da norma como trilho para poder entender o que há de errado nela. O mesmo tentará fazer com a resposta que dão os céticos: a interpretação é necessária à aplicação da norma. Porém, neste caso, como ficou demonstrado, incorreríamos numa regressão ao infinito. Como evitar então esta discussão circular? Saindo do modelo do trilho ou da máquina, e observando como são as regras verdadeiramente: práticas, costumes ou instituições humanas.

Pode-se utilizar o § 198 das **Investigações** para acompanhar o raciocínio anterior sobre seguir as regras. A primeira parte do parágrafo questiona: “Como pode uma regra ensinar-me o que fazer *neste* momento?” Wittgenstein faz alusão ao sentido da norma que lhe é atribuído pelo platonismo das regras (norma como trilho). O que uma norma cuja aplicação é mecânica como um trilho, ensina-me ou mostra-me em cada caso particular? Nada. Se a norma fosse um trilho infinito perfeito, sua aplicação seria automática, sem outra opção para o agente aplicador, visão que confunde as determinações causal e normativa, o que levaria a duas conclusões possíveis: primeiro,



IΦ-*Sophia*

Revista eletrônica de investigação filosófica, científica e tecnológica

que a norma não é um trilho perfeito, portanto (segunda conjetura) a norma não me diz como devo agir; precisarei de um outro instrumento para guiar minha ação. Wittgenstein dá uma possível resposta, a interpretação: “Seja o que for que faça, deverá estar em conformidade com a regra por meio de uma interpretação qualquer.” Essa frase seria o perfeito exemplo da afirmação de um cético das regras. Mas Wittgenstein responde: “Não, não deveria ser deste modo, mas sim deste: cada interpretação, juntamente com o interpretado, paira no ar; ela não pode servir de apoio a este. As interpretações não determinam sozinhas a significação”. E já na sequência se formula a pergunta: “*Seja o que for que eu faça está, pois, de acordo com a regra*”. Como se viu anteriormente, Wittgenstein responderia negativamente a esta pergunta. Ele mesmo reformula o problema principal: 2Permita-me perguntar: o que tem a ver a expressão da regra - digamos, o indicador de direção- com minhas ações? Que espécie de ligação existe aí?” Assim formulada a pergunta já pressupõe uma conexão entre as regras e nossas ações, mas a questão principal é saber como é essa conexão? Wittgenstein responde que é: “Ora, talvez esta: fui treinado para reagir de uma determinada maneira a este signo e agora reajo assim”. Se o hábito, o treinamento fazem com que sigamos uma regra, isto quer dizer que a conexão existente entre a regra e a ação é causal, fato que Wittgenstein não ignorava: “Mas com isso você indicou apenas uma relação causal, apenas explicou como aconteceu que nós agora nos guiamos por um indicador de direção; não explicou em que consiste na verdade este seguir-o-signo”. Explicar a origem do comportamento de seguir a regra não explica o nexos entre regra e ação. Uma simples reação também não oferece nenhum tipo de conexão. Wittgenstein dá sua resposta final na última frase do § 198 das **Investigações**: “Não; eu também apenas indiquei que alguém somente se orienta por um indicador de direção na medida em que haja um uso constante, um costume”.

As regras para Wittgenstein são, então, uma práxis, um costume, uma



IΦ-*Sophia*

Revista eletrônica de investigação filosófica, científica e tecnológica

instituição. Wittgenstein nega qualquer lacuna entre a regra e a ação, e recusa a imagem de trilhos com a qual o platônico tenta preencher a lacuna. Nega, igualmente, a resposta do cético que aprofundava o tamanho da “lacuna” entre ação e regra sustentando que não existe uma conexão necessária entre ambas. Para Wittgenstein não existe lacuna porque as práticas humanas cotidianas mostram que as regras indicam a ação a ser feita. Colocar a norma como instituição significa que ela é elaborada e apreendida enquanto prática social. Esta perspectiva anula qualquer tipo de explicação metafísica, como a dos platônicos, e ao mesmo tempo, aponta para onde pode ser encontrado o conteúdo normativo da regra: ele é construído socialmente como um costume.

O formalismo jurídico e o realismo crítico

Poderíamos aplicar o até aqui exposto ao debate entre formalistas jurídicos e realistas críticos¹¹. Esse debate pode ser resumido da seguinte maneira:

Os primeiros [os formalistas] negam qualquer incompletude do ordenamento, qualquer incapacidade de dedução de decisões por meio de recursos lógicos. Ou seja, tanto os casos de penumbra, quanto os claros seriam iguais e facilmente solucionáveis com os recursos lógicos disponíveis. No segundo caso, os realistas entenderiam que, em ambos os casos, o enfoque deveria recair sobre a aplicação dos textos, tendo em vista que as características dele

11. É claro que o primeiro livro de Wittgenstein, o *Tractatus Logico-Philosophicus*, influenciou o espírito de certos formalistas jurídicos, sobre tudo dos positivistas. A **Teoria Pura do Direito** de Hans Kelsen é um exemplo. Deve-se lembrar de que Kelsen ministrava aulas na Universidade de Viena, na qual trabalhavam, no departamento de filosofia, vários dos membros do Circulo de Viena, que tinha o *Tractatus* como livro base. O mesmo poder-se-ia dizer das **Investigações Filosóficas**: o conceito de *semelhanças de família* inspirou a Waismann a elaborar o conceito de *textura aberta das palavras* [porosität der Begriffe]. Este por sua vez foi utilizado por vários realistas críticos para demonstrar a vagueza da linguagem com a qual o Direito é elaborado e derivar daí sua indeterminação. Entre eles o argentino Génaro Cárrio e o inglês H.A.L. Hart. No presente trabalho estamos comparando o platonismo das regras ao formalismo jurídico, e o ceticismo ao realismo crítico para propósitos de exposição. Nem Cárrio e nem Hart defendiam o ceticismo das regras e, muito pelo contrário, suas teorizações procuravam combatê-lo tanto quanto ao platonismo. Nesse sentido, a exposição de Hart em “O conceito de Direito” tem semelhança com o exposto neste artigo. *Vide* HART, 1994. Para uma melhor exposição da influência que tiveram ambas as etapas da filosofia wittgensteinianas na Teoria e na Filosofia do Direito, *vide* ANDRADE, 2006, e ELIZONDO, 2008.



IΦ-Sophia

Revista eletrônica de investigação filosófica, científica e tecnológica

(potencialmente vagos, imprecisos) não justificariam a atenção do pesquisador. (ANDRADE, 2006, p. 13)

Se entendemos que o formalismo jurídico defende um tipo de platonismo das regras na hora da aplicação das leis e que o realismo, pelo contrário, critica essa posição ao chamá-la de ingênua, e se adere a um ceticismo da regras, pois a aplicação do direito depende da interpretação que o agente aplicador dê à norma, podemos, então, analisar esse conflito desde a perspectiva das *observações sobre seguir regras* das “Investigações Filosóficas”.

O Direito não é perfeitamente determinado como acreditam os formalistas, mas as críticas dirigidas pelos realistas caem no mesmo erro ao utilizar um “modelo” ou “imagem” de perfeição do sistema jurídico. O seguinte passo nessa discussão é o qual chama por mais realismo¹² em frente e por refletir profundamente sobre o erro: será que o problema está em uma pressuposta indeterminação do Direito, ou nasce na ilusão criada por expectativas errôneas vis-à-vis do sistema jurídico. Em outras palavras: é necessário questionar a partir de que modelo e maior perspectiva o Direito é indeterminado. Não será um erro maior esperar dele uma exatidão inatingível? Com apoio no conceito wittgensteiniano de seguir as regras, e fazendo a mesma análise que ele faz do platonismo das regras, cabe questionar a imagem que utilizam os formalistas para defender o direito enquanto sistema normativo no qual as normas são aplicáveis mediante um método lógico-dedutivo. Os realistas respondem a essa afirmação tentando provar que a realidade demonstra que os aplicadores do direito justificam suas decisões utilizando argumentos lógicos, embora o conteúdo normativo não se encontre na norma: a dedução é, pois um mito, cada juiz decide o rumo que dará à norma. Mais uma vez é aplicável a análise wittgensteiniana à noção de interpretação a fim de negar esta tese dos realistas. Mediante o argumento de redução ao infinito, ele demonstrou que o conteúdo

12 Mais uma vez baseou-se no estudo de STONE, Martin . “Focalizando o Direito: O que a interpretação jurídica não é” In MARMOR, 2000.



IΦ-Sophia

Revista eletrônica de investigação filosófica, científica e tecnológica

normativo deve estar na norma. Mas o que prevalece é a análise da imagem de um sistema normativo que os formalistas utilizam para mostrar a determinação do direito, que conduz os realistas a responderem dentro do mesmo modelo teórico, pois suas críticas tentam provar que o direito é indeterminado, já que o sentido da norma depende do aplicador.

Estes questionamentos deslocam o foco do problema filosófico: não se procura analisar, simplesmente, a eventual indeterminação do Direito. Impõe-se o questionamento a imagem utilizada tanto por formalistas como por realistas críticos para sustentar suas teses. Como se viu, para Wittgenstein, o conteúdo normativo encontra-se na norma, o que permite concluir que ele não defenderia a indeterminação do Direito. Mas, ao estudar as elucidações, faz-se necessário considerar a crítica verdadeira de Wittgenstein sobre o modelo que utilizam tantos os platônicos como os céuticos. Analogicamente, o debate entre realistas e formalistas sustenta que o modelo da lógica deve ser superado e suas respectivas análises dirigidas à operação da prática social do ordenamento jurídico.

A leitura wittgensteiniana das normas propõe uma inversão epistemológica no estudo dos sistemas normativos. A rigorosidade da análise pragmática conduz à negação de que qualquer tipo de construção teórica tem base em abstrações que ignoram a praticidade das normas. As regras são elaboradas, ensinadas e aplicadas como atividade humana, por tanto, teorizar sobre sua aplicabilidade sem considerar a prática, faz com que se construam mitos, e se perca o foco da questão.

Na hora da aplicação da norma, os juízes não devem procurar uma explicação de matizes metafísicos ou uma rigorosidade lógica fictícia, e também não devem acreditar que eles lhe estão dando sentido. Suas decisões estarão baseadas na norma que pertence a um sistema normativo que tem sido criado como prática social de uma comunidade. O tipo de controle que pode existir na concepção das normas como



IΦ-*Sophia*

Revista eletrônica de investigação filosófica, científica e tecnológica

instituição é intersubjetivo.

Um controle intersubjetivo poderia fazer com que a importância do controle da previsibilidade do sistema normativo seja focada nas normas processuais, que permitiriam que o sistema de recursos de impugnação das decisões judiciais desempenhe o papel de fiscalização da aplicação das leis. A importância destas instituições processuais reside no fato de que controlariam a correta aplicação das normas substanciais do Direito, o que é possível, já que as leis substantivas carregam seu próprio conteúdo normativo.

O problema dos Direitos Humanos

Segundo o exposto até aqui, o conteúdo normativo acha-se na norma que vai ser aplicada. Intuitivamente, parece possível que, ao definir as leis como uma instituição criada por uma comunidade de homens (assim como a linguagem), existe uma área clara que não pode ser violentada na hora da aplicação da respectiva norma. Por exemplo, no caso do Homicídio, o artigo 121 do Código Penal Brasileiro que o regula diz: “Matar alguém: pena- reclusão de 6 (seis) a 20 (vinte) anos”. Posteriormente o artigo entra a analisar exceções a essa regra geral: homicídio qualificado, estado de emoção violenta, homicídio por culpa, etc. Por agora, fiquemos com a norma geral: sobre a pena, não há dúvida nenhuma, e parece difícil que algum aplicador do Direito tenha dificuldade para entender em que consiste essa reclusão. Mesmo assim, resulta claro que reclusão é num cárcere, porque trata-se de uma prática social já adotada e inserida nas nossas sociedades faz muito tempo¹³. A primeira parte do artigo, porém, pode complicar um pouco o assunto. “Matar alguém”. O que significa matar alguém? Se questionamos um pouco a norma observamos que os casos escuros começam a aparecer, e eles mostraram

13. Mas como exercício intelectual, podemos imaginar um extraterrestre chegando à Terra ou os tempos nos quais ainda não era uma prática comum a reclusão em centros penitenciários: em ambos os casos pode ser compreensível ter que explicar em que consiste a pena do artigo 121.



IΦ-*Sophia*

Revista eletrônica de investigação filosófica, científica e tecnológica

que a linguagem é vaga e ambígua. Se empurro alguém para fazer uma pegadinha e a pessoa bate no chão e morre, eu matei? Se dou um alimento estragado a um amigo e ele morre, eu o matei?¹⁴ Utilizando a exposição feita acima, podemos observar que esse artigo não é um “trilho” ou uma “máquina” (platonismo das regras) nem que qualquer coisa pode ser interpretada com um homicídio (ceticismo). Certamente, se o resultado de qualquer ação não é uma pessoa morta, dificilmente vamos pensar que deve ser aplicado o artigo 121 do Código Penal.

Com o exemplo anterior queria só mostrar que a própria linguagem faz com que as leis devam ser analisadas com muito cuidado na hora da sua aplicação, mas não estou defendendo o ceticismo que aceitaria qualquer aplicação (se este fosse o caso poderia ser aplicado o artigo de homicídio no caso de lesões). O assunto se dificulta no caso de normativa jurídica que consta em uma declaração de princípios, como é o caso da Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁵. Analisemos o artigo terceiro: “Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”. Os termos vagos nessa sentença são cinco: pessoa, direito, vida, liberdade e segurança. O que se deve entender por “pessoa”? Pode ser desde a formação do zigoto? Desde que se divide o zigoto em dois? A partir do décimo quarto dia que não pode haver gemação? A partir do nascimento? Individuo e pessoa são sinônimos? Todas essas perguntas podem ser respondidas, mas o dilema é por quem? Os órgãos aplicadores dos Direitos Humanos são muitos, com diferentes alcances e muito heterogêneos. Desde Tribunais como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, até instituições estaduais. E dentro de cada

14. A Teoria do Delito tenta dar conta da aplicação da lei penal especial. Nesses casos devemos perguntar sobre o dolo, justificativa etc. Por enquanto, interessa-me mostrar que o que parece uma norma fácil de ser entendida, pode vir a ser um pouco mais complexa.

15. Não queremos analisar os fatores históricos da Declaração, como o fato de que é um instrumento elaborado pouco depois do fim da Segunda Guerra Mundial, que hoje existem instituições que aplicam a normativa de Direitos Humanos como a Corte Interamericana dos Direitos Humanos, que há mais leis positivas nacionais que tentam positivizar a Declaração. O que procuramos é chamar a atenção de que o certo é que a Declaração, por sua natureza, contém normas mais vagas e ambíguas que as leis normais, o que faz com que o controle intersubjetivo de sua aplicação seja mais difícil.



IΦ-Sophia

Revista eletrônica de investigação filosófica, científica e tecnológica

estado a divisão vai ficando mais complexa.

O problema que queremos demonstrar com o exemplo, é que a normatividade de uma declaração de princípios é diferente daquela que tem uma lei positiva. Pessoalmente considero que a normatividade ainda pode ser achada na norma sem ter que recorrer a instrumentos distintos a ela, mas o controle intersubjetivo da aplicação é fraco¹⁶. Ao tratar-se de princípios, ou seja, de diretrizes gerais, as palavras usadas e o modo de redação faz com que a vagueza e a ambiguidade dos termos seja maior, e como consequência, o agente aplicador terá mais opções de aplicação sem violentar o conteúdo normativo.

Em síntese, utilizando a terminologia do começo do artigo, podemos concluir que uma lei tem o conteúdo normativo em si mesma, e sua aplicação não precisa de instrumentos externos a ela. O caso de declarações de princípios como os Direitos Humanos não é uma exceção, porém o controle intersubjetivo de sua aplicação é mais difícil, pois trata-se de regras gerais que tentam influenciar a criação de outras.

Referências

ANDRADE, José Maria Arruda de. **Hermenêutica jurídica e a questão da textura aberta**. Thesis (São Paulo), v. 6, p. 5, 2006, Disponível em <www.cantareira.br/thesis/n6a3/jose_maria_thesis_6.pdf>. Acesso em: 29. Jan. 2008.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo** jurídico: Lições de Filosofia do Direito. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006

BLOOR, David. **Wittgenstein, rules and institutions**. Londres, Nova York: Routledge

16. Um exemplo, utilizando o supra-analisado artigo 3 da Declaração Universal, pode ilustrar o leque de possibilidades que abre esse tipo de normativa. No Brasil a Fertilização *in Vitro*, é permitida. Na Costa Rica foi proibida no ano 2000 pelo Tribunal Constitucional desse país. Em ambos os casos, a aplicação do artigo terceiro é feita por cada estado sem violentar a normatividade dele. No ano 2013, a Corte Interamericana dos Direitos Humanos ordenou ao governo da Costa Rica a rever sua postura. Isto demonstra que existem os controles intersubjetivos das regras da Declaração Universal, mas sua aplicabilidade abre mais opções do que se fosse uma lei normal.



IΦ-Sophia

Revista eletrônica de investigação filosófica, científica e tecnológica

Group, 2002.

BRASIL, Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940, **Código Penal**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 14. Ago. 2014.

CÁRRIO, Genaro. **Sobre os limites del lenguaje normativo**, Buenos Aires: Astrea, 1973.

DALL'AGNOL, Darlei. **Ética e linguagem**: Uma introdução ao Tractatus de Wittgenstein. Florianópolis: Unisinos, 1995.

DI NAPOLI, Ricardo B.(Org) et al. **Ética & Justiça**, Santa Maria: editora da UFSM, 2003.

DUTRA, Delamar José Volpato. **Habermas em discussão**: anais do Colóquio *Habermas* realizado na UFSC. Florianópolis: NEFIPO, 2005.

ELIZONDO OROZCO, Jonathan. **Wittgenstein e a [in]determinação do direito: a previsibilidade da aplicação normativa a partir das observações sobre seguir as regras**. Dissertação (Mestrado)-Programa de Pós-Graduação em Filosofia do Direito. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. 2008.

GLOCK, Hans-Johann. **Dicionário Wittgenstein**. Trad. Helena Martins. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 1998.

HART, H.L.A. **O Conceito de direito**. Lisboa: F. Calouste Gulbenkian, 1994.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 5 Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MARMOR, Andrei. **Direito e Interpretação**: ensaios de filosofia do direito. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 2 Ed. São Paulo: Loyola, 2001.

ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos**



IΦ-*Sophia*

Revista eletrônica de investigação filosófica, científica e tecnológica

Humanos. 1948. Disponível em
<<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf> Acesso em: 14. Ago.
2014.

PÉREZ LLEDÓ, J.A. **El movimiento *Critical Legal Studies***. Madrid: Tecnos, 1996.

PETRY, Franciele Bete. **Sobre a possibilidade do cognitivismo moral nas investigaciones filosóficas de Wittgenstein**. Dissertação (Mestrado)-Programa de Pós-Graduação em Filosofia. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis: 2007.

PITKIN, Hanna Fenichel. **Wittgenstein and justice**. Berkeley: University of Califórnia Press, 1993.

RIBEIRO JÚNIOR, Humberto. **O direito e a filosofia prático-transcendental: a fundamentação da ordem jurídica a partir da ética do discurso de Karl-Otto Apel**. Dissertação (Mestrado)-Programa de Pós-Graduação em Letras. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis: 1993.

UNGER, R.M. **The Critical Legal Studies movement**. Massachussets: Harvard University Press, 1986.

WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua linguagem**. Porto Alegre: SAFE, 1984.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. Tradução de José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

_____. **Tractatus Logico-Philosophicus**. Tradução de Luis Henrique Lopes de Santos. São Paulo: ED. USP, 1994.