

# REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 47 • nº 186  
Abril/junho – 2010

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

# Hart e o positivismo jurídico

## Em torno à hermenêutica e a textura aberta da linguagem do direito

Roberto Bueno

### Sumário

1. A linguagem e o direito como categoria imprevisível. 2. A textura aberta do direito perante sua indeterminabilidade. 3. A textura aberta e o poder discricionário do intérprete da norma. Considerações finais.

#### *1. A linguagem e o direito como categoria imprevisível*

O direito é construído sob base linguística natural que, com maior ou menor diferença de estrutura, vai ganhando conotações próprias formando um vocabulário jurídico específico que apresenta variações entre os diversos ordenamentos jurídicos existentes. Não obstante o apreciável quadro de diferenças que distancia os ordenamentos jurídicos, identificamos ao menos algumas similaridades que os aproximam e que talvez se revelem elemento universal capaz de estabelecer eixo teórico comum entre eles.

Um problema teórico básico que parece servir como ponto de junção universal das normas jurídicas em quaisquer latitudes é o da inacessibilidade cognitiva do ser humano à determinação exata e precisa da conduta humana que se tem por objetivo normatizar. A incapacidade humana para determinar a linguagem, bem como para antecipar os eventos futuros, é o que está à raiz do conceito de indeterminação que marca o direito (*cf.* HART, 1986, p. 143). O dever permanece em situação de inde-

Roberto Bueno é Docente da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia.

terminabilidade, mesmo porque “somos homens, não deuses” (HART, 1986, p. 141). Dessa forma conclui-se facilmente a ligação entre a linguagem e o direito marcados por sua inarredável condição de indeterminação. Dessa forma, entende-se como uma limitação da condição humana, e, por conseguinte, do trabalho do legislador:

“[...] que trabalharemos sob a influência de duas desvantagens ligadas, sempre que procurarmos regular, de forma não ambígua e antecipadamente, alguma esfera da conduta por meio de padrões gerais a serem usados, sem directiva oficial ulterior, em ocasiões particulares” (Idem).

A previsibilidade humana em sua intervenção legislativa vê-se bastante afetada, tomando por referência suas altas pretensões de cercar o futuro. A rigor, portanto, não logra prever todas as consequências normativas almejadas e desejáveis. Isso tem sua raiz na natureza indeterminada e inabarcável de uma realidade complexa composta por uma linguagem natural que o jurista toma por empréstimo juntamente com suas limitações para proceder à construção das normas e do ordenamento jurídico cujas adaptações e reconstruções linguísticas e semânticas não serão capazes de eliminar as áreas de incerteza (indeterminação) ou de múltiplos significados apenas determináveis nos casos concretos em que se apresentem. É cercado por tais limitações que o jurista aparece para Hart, uma vez que

“[...] os legisladores humanos não podem ter tal conhecimento de todas as possíveis combinações de circunstâncias que o futuro pode trazer. Essa incapacidade de antecipar acarreta consigo uma relativa indeterminação de finalidade” (Ibidem).

Tal imprevisibilidade caracteriza não apenas o marco da construção e estrutura das normas jurídicas como sua projeção sobre o momento da interpretação das normas, quando o aplicador não se depara

com “situações *de facto* particulares que não esperam por nós já separadas umas das outras, e com etiquetas apostas como casos de aplicação da regra geral [...]” (HART, 1986, p. 139). Aqui não se trata de uma imperfeição da norma, simplesmente se deve ao fato de que não podemos atribuir ao legislador uma capacidade que escapa à humanidade, qual seja, a mais perfeita e precisa antecipação de todos os fatos e que, portanto, isso repercute na estrutura normativa. A norma é, portanto, indeterminada devido a esses motivos, mas, de qualquer modo, determinável a cada caso concreto. Em suma, a ideia é de “que não podem ser criadas pelo poder legislativo, de forma antecipada, regras uniformes destinadas a serem aplicadas caso a caso, sem directivas oficiais ulteriores” (Idem, p. 144). Ao contrário, o que uma crença absoluta na completude do ordenamento jurídico sugere é sua irrealizabilidade, dadas as dificuldades, ambiguidades ou mesmo lacunas legais. Um retrato do direito como este é que sofre o ataque dos modernos antipositivistas, que sustentam a ideia de que

“[...] lo que es realmente incompleto no es el derecho, sino el retrato positivista, de él, y que tal cosa es así se evidenciará en la mejor descripción que el antipositivista da de lo que los jueces hacen y debieran hacer cuando encuentran que el material jurídico standard identificado por referencia a las fuentes sociales del Derecho se prueba indeterminado” (HART, 1980, p. 6).

Retomando a argumentação de Hart, podemos dizer que incompleto não é o direito, mas a base vocabular de que é feito e que sobre ele projeta seus efeitos de forma inexorável. Posta a argumentação nesses termos, ressaltamos que a impossibilidade de perfeita delimitação legal das condutas futuras implicará que o poder legislativo possa valer-se de uma dupla estratégia. A primeira delas é de ordem técnico-legisla-

tiva e sugere a criação de normas jurídicas gerais. A segunda estratégia consiste em delegar funções para o aparelho administrativo de sorte a que este trabalho utilize seu poder regulamentar para “moldar regras adaptadas às suas necessidades especiais” (HART, 1986, p. 144) e, por conseguinte, torne o ordenamento jurídico operativo e eficiente, a par de eficaz. Exemplos desse tipo de norma regulamentadora são a previsão legal de prática de preço justo (Idem), de condições dignas e de segurança no trabalho ou, ainda, a regulamentação sobre a distribuição dos lucros entre os empregados de empresas<sup>1</sup>.

A inviabilidade da determinação de situações, bem como de casos futuros, de modo inexorável deve-se não à liberdade humana e o futuro ainda sofre com indeterminações de ordem linguística. A este respeito nos diz Hart que

“[...] El significado de las palabras está en función del contexto lingüístico en que aparecen y de la situación humana dentro de la que son usadas. [...] en algunas ocasiones se puede advertir que una misma palabra tiene distintos criterios de aplicación [...]” (PÁRAMO ARGÜELLES, 1984, p. 28).

Ademais dessas indeterminações linguísticas, deparamo-nos também com ingerências poderosas de combinações do acaso, bem como de eventos naturais que influenciam e, por vezes, determinam algumas das ações humanas invertendo anteriores prioridades. A própria linguagem possui limitações quanto à sua futura inteligência e interpretação, dado que os significados linguísticos não são unívocos, ou raramente assim se apresentam, e, mesmo quando isso ocorre, o conjunto de palavras normalmente termina por diluir a maior precisão de que um vocábulo eventualmente

<sup>1</sup> A nossa Constituição de 1988 representa exemplo a esse respeito. Ali estava prevista a distribuição dos lucros das empresas sob as condições e termo em que uma lei (infraconstitucional) o dispusesse.

te desfrute em um determinado momento histórico. A esse respeito nos diz Hart

“[...] Aparte de un significado central originário y de algunas extensiones metafóricas o figurativas, existen otros usos de las palabras que se aplican a una multitud de objetos que no presentan propiedades comunes connotadas por aquéllas, pero que sin embargo, parecen encajar en el uso de una misma palabra”. (PÁRAMO ARGÜELLES, 1984, p. 28).

Hart nos esclarece que as palavras têm várias acepções que variam ao redor de um contexto. As próprias circunstâncias de um mesmo tempo são capazes de sustentar apreensões vocabulares segundo diversos significados. Como podemos perceber, as alterações históricas ensejam novas interpretações das palavras. Aqui, contudo, a ideia é de que, dentro de um mesmo período histórico, mas em circunstâncias diversas, podem apresentar diferentes significados. Além disso, temos que as acepções das palavras oscilam em torno a um significado central originário. Ao redor desse significado que Hart denomina “central originário”, postula a possibilidade da existência de outros significados unidos ao significado original por um elo de significação comum.

As propriedades comuns que ligam essa palavra dotada de um significado originário às demais acepções é o que possibilita a realização de diversas interpretações pelo aplicador no mundo do direito. Essas conotações ou significados comuns funcionam como um eixo sobre o qual giram as interpretações diversas nas também diferentes situações. Fazendo um chamado à realidade, Hart (1986, p. 141) diz que

“[...] Se o mundo em que vivemos fosse caracterizado só por um número finito de aspectos e estes, conjuntamente com todos os modos por que se podiam combinar, fossem por nós conhecidos, então poderia estatuir-se antecipadamente para cada possibi-

lidade. Poderíamos fazer regras cuja aplicação a casos concretos nunca implicasse uma outra escolha. [...]”.

Em um cenário imaginário como esse, em que seria possível conhecer tudo, por conseguinte, tal conhecimento seria traduzível no conteúdo das normas jurídicas. Nesse cenário seria factível pensar na tarefa de aplicação do direito como “um mundo adequado a uma jurisprudência ‘mecânica’ [...]” (HART, 1986, p. 141). Contudo (e este não é um detalhe, todavia, não devida e apropriadamente considerado), “este não é o nosso mundo” (Idem).

Acerca disso devemos ainda sublinhar que, quando a linguagem humana natural é transposta para o mundo jurídico, ela constitui uma norma de formatação geral. Nesse sentido Hart sublinha que “a incerteza na linha de fronteira é o preço que deve ser pago pelo uso de termos classificatórios gerais em qualquer forma de comunicação [...] as línguas naturais [...] têm irreduzivelmente uma textura aberta [...]” (Ibidem). Ademais das línguas naturais, e tendo em conta que são a matéria-prima do legislador, resulta que também a linguagem jurídica encontra-se caracterizada pela textura aberta (*open texture*) (cf. HART, 1986, p. 143).

É interessante atentar que os vocábulos podem desfrutar, em um determinado momento histórico, de um significado socialmente compartilhado de forma praticamente unívoca. Mas a linguagem natural não é estática e, sim, uma dimensão da cultura em permanente evolução. Sendo assim, os significados atribuídos às palavras pelas comunidades vivas em que elas têm seu uso são frequentemente alterados<sup>2</sup>, de sorte que algumas palavras podem sofrer profundas alterações em sua significação, sendo possível observar a transformação de um significado pejorativo ou grosseiro para uma outra acepção que invada o terreno da comicidade. Profundas transformações

<sup>2</sup> Por outro lado, é também necessário ponderar que as circunstâncias históricas influenciam o significado do direito, seu discurso e seus institutos.

como essas bem podem fazer com que uma palavra pronunciada em um determinado período e contexto histórico possa constituir uma ofensa à honra e ensejar ações judiciais.

Por outro lado, a mesma palavra pronunciada em um contexto similar mas em outro período histórico é possível que tenha seu significado modificado, alterado do ofensivo ao cômico, com o que uma ação já não teria lugar. Ainda assim, há outros vocábulos que, sem alterar sentido, caem em desuso, têm seu significado suspenso durante um período, e ganhando essa “ausência de significado”, porventura, ofensivo, vê igualmente inviabilizada a ideia de sustentar ações com base em tal interpretação<sup>3</sup>.

Desde outra ótica, embora não desconsiderando o caráter indeterminado da linguagem, poderíamos ocupar-nos da análise de alternativas com a busca de um significado mais preciso dos vocábulos para, então, como dizia Austin (apud PÁRAMO ARGÜELLES, 1984, p. 19), nos aproximarmos de uma “conciencia agudizada de las palabras para agudizar nuestra percepción de los fenómenos”. Mas a quais limites pode alcançar essa nossa aguda percepção é uma pergunta que interessa responder, ainda que apenas parcialmente.

Creemos que uma tal busca é não apenas louvável como necessária mas, se levada ao limite, infrutífera. O que entendo como infrutífera é a busca de preciso significado das palavras, que não pode radicalmente resolver o problema do significado multidimensional das palavras ainda que, e aqui sua virtude, reduza e minimize consideravelmente os problemas que geram ao intérprete e ao aplicador do direito.

Realizando a aproximação possível ao significado dos vocábulos, podemos

<sup>3</sup> Isso sim, uma suspensão deste gênero, temporária, por definição, haverá de, em momento futuro, encontrar seu novo momento, de inserção e compartilhamento significacional entre os falantes de um mesmo idioma de origem.

alcançar um razoável número de normas jurídicas sobre as quais as dúvidas sobre seu significado e modo de aplicação recaem a níveis desprezíveis. É nesses casos que é dado utilizar o método lógico-dedutivo ou silogístico no momento da aplicação das normas. Essa possibilidade de aplicação silogística da norma jurídica não poderá compreender os casos em que esta se apresente abertamente marcada pela indeterminação, senão quando o seu grau de precisão seja alto. Essa é uma concepção formalista derivada da tradição de Montesquieu-Blackstone em que ao órgão jurisdicional restaria nada mais do que portar-se como a boca que pronuncia o querer da lei. Em suma, como alertara Kahn-Freund (apud RODRIGUEZ, 2009, p. 38) já na década de 1930, “pouquíssimas pessoas hoje [...] ainda caracterizam o papel do juiz como uma máquina cuja única função é aplicar de um modo lógico o estatuto relevante a cada caso particular [...]”. Com isso ficaria claramente delineada sua função de declarar e não criadora do direito.

Inversamente nos diz Hart que, nessas áreas não habitadas pela precisão terminológica, haveremos de distanciar-nos de considerar o valor da aplicação do método silogístico. Esse método supõe viável e factível a crença em um sistema positivista fechado que propicia a aplicação dedutiva do direito a partir de premissas legais. Em outros termos, podemos optar por outro encaminhamento, como nos diz Hart: “[...] if legal arguments and legal decisions of penumbral questions are to be rational, their rationality must lie in something other than a logical relation to premises” (HART, 1985, p. 64).

Contudo, mesmo quando os melhores e mais hábeis esforços sejam empregados, restará aquilo que Hart denomina “zona de penumbra” (Idem), habitada por uma importante área de vagueza (*vagueness*), que remete à necessidade da construção judicial, o que nos termos de Hart consiste em que “[...] judges [...] he was very much alive to the character of language, to its va-

gueness or open character; he thought that in the penumbral situation judges must necessarily legislate [...]” (Ibidem, p. 65). Em zonas como essas, de onde, então, como em outro contexto se perguntara Kahn-Freund (apud RODRIGUEZ, 2009, p. 39), se o juiz não deriva suas decisões do direito posto, onde, então, ele fundamenta o direito? De ambos os trechos emergem algumas ideias que necessitam adiante ser retomadas, tal como conexão entre a vagueza (*vagueness*), o caráter aberto das normas e a necessária criação judicial, ainda que para fazê-lo não desfrutem de completa liberdade.

Hart tem o cuidado de argumentar no sentido da inexistência de sólidos e suficientes razões para sustentar a incompatibilidade da convivência das normas jurídicas com o alegado caráter indeterminado de parte delas. Mas haveríamos também de entender que isso não é um “central element of actual law to be seen in the core of central meaning which rules have, that there is nothing in the nature of a legal rule inconsistent with *all* questions being open to reconsideration in the light of social policy” (HART, 1985, p. 72).

Ademais, nessa zona habitada por penumbra e pela vagueza (*vagueness*), por vezes, o sistema também apresenta ambiguidades. O debate em parte se centraliza em que o direito não poderá livrar-se dessas variáveis por completo, sendo então necessário, logicamente, que lhe habite e constitua o que Hart denomina textura aberta (*open texture*) (HART, 1986, p. 140-161)<sup>4</sup>. À raiz da textura aberta, podemos dizer que “la incertidumbre en la aplicación o interpretación de ciertos términos, surge, pues, de su posible *ambigüedad*, es decir, del hecho de la incertidumbre del sentido en que son usados” (PÁRAMO ARGÜELLES, 1984, p. 28).

Além desses argumentos, há ainda mais algumas possibilidades em que pode resi-

<sup>4</sup> Como vimos, esse problema se deve à linguagem natural sobre a qual o direito é construído e posteriormente interpretado e aplicado.



dir um problema, a saber, a determinação mais precisa e em acabada “de los límites de su campo de aplicación” (Idem). Segundo Hart, todas essas situações são impossíveis de eliminar absolutamente de todas as normas de um ordenamento jurídico. A esse respeito nos diz Hart (1985, p. 64) que

“[...] If a penumbra of uncertainty must surround all legal rules, then their application to specific cases in the penumbral area cannot be a matter of logical deduction, and so deductive reasoning, which for generations has been cherished as the very perfection of human reasoning, cannot serve as a model for what judges, or indeed anyone, should do in bringing particular cases under general rules. In this area men cannot live by deduction alone.”

Estabelecidas as normas jurídicas sobre essa estrutura absolutamente instável, e revelada a insuficiência da lógica dedutiva para aquilo que Dworkin denominaria *hard cases*, deparamo-nos com que, mesmo quando objetivando a previsibilidade absoluta, o conjunto do ordenamento jurídico caracterizar-se-á pela incongruência entre as decisões baseadas em normas jurídicas previstas para vigorar em certos casos e as expectativas de que boas e legítimas sejam todas as decisões tomadas com base no mais estrito legalismo.

Será perceptível que ao lançar mão, de forma irrestrita, do princípio da legalidade ou, se preferirmos, do formalismo extremo, que “consiste numa atitude para com as regras formuladas de forma verbal que, ao mesmo tempo, procura disfarçar e minimizar a necessidade de tal escolha, uma vez editada a regra geral” (HART, 1986, p. 142), poderemos alcançar decisões jurídicas injustificadas do ponto de vista dos valores. Essa visão formal ou ‘literal’ da interpretação e aplicação do direito é obtida por um raciocínio dedutivo, processo no qual “the judge’s practical choices or decisions play no part” (HART, 1985, p. 65; PÁRAMO AR-

GÜELLES, 1984, p. 343). Assim seria posto o argumento uma vez que, para todos os casos concretos que se apresentem, supõe-se que o ordenamento jurídico possua uma e apenas uma resposta indiscutível capaz de, ademais, ser antecipada pelo órgão jurisdicional ao consultar o ordenamento jurídico, crítica com a qual Hart (1986, p. 167) manifesta sua conformidade.

Essa é apenas uma entre as possíveis abordagens teóricas do problema hermenêutico. A aplicação de uma teoria literal torna o juiz um autômato, uma verdadeira “slot machine” (HART, 1985, p. 66). O núcleo do erro formalista praticado pelos tribunais, contudo, é o seu excessivo uso da lógica, por “take a thing to a ‘dryly logical extreme, or make an excessive use of analytical methods” (Idem).

É a essa teoria positivista que denominaríamos aqui estrito formalismo, a qual Hart (1985, p. 64) qualificará como equívoca ou errada. O argumento central desse erro apontado por Hart (Idem, p. 66) reside em que sua essência é “[...] to give some general term an interpretation which is blind to social values and consequences [...]”. Ponderadamente, contudo, o autor nos adverte que “intelligent decisions which we oppose to mechanical or formal decisions are not necessarily identical with decisions defensible on moral grounds” (HART, 1985, p. 69)<sup>5</sup>.

Perante a limitação que o princípio do estrito formalismo nos propicia, mas, paralelamente, também sabedores das virtudes que o mesmo possui e das benesses sociais que ele oportuniza (previsibilidade, segurança/certeza jurídica, etc.), parece que não se trata de um princípio do qual possamos e devamos abrir mão por completo. A ideia é de valer-nos dele, mas, isto sim, com algumas limitações que, por exemplo, as mais estritas, e clássicas, versões do positivismo jurídico não pareciam proclives a admitir,

<sup>5</sup> Este último é uma limitação a qual devemos dedicar a devida atenção, muito embora não neste espaço.

ou seja, a concepção de normas jurídicas com textura aberta (*open texture*), cujo preenchimento dependa da intervenção de um poder discricionário parcialmente informado pelo âmbito da moralidade compreendida no ordenamento jurídico e pela sociedade que compartilha uma determinada perspectiva da moralidade.

Nossa hipótese de trabalho, que continuaremos a explorar nas linhas subseqüentes, é a de que existe uma limitação linguística muito potente. Essa limitação leva a que a construção das normas jurídicas encontre-se marcada pela imprecisão ou incompletude semântica, a qual redundando no caráter aberto dessas normas jurídicas. Essa característica que assinalamos também pode ser entendida como indeterminação das normas jurídicas que se projetam sobre todo um ordenamento jurídico.

Afirmado que as normas jurídicas estarão marcadas por certo nível de indeterminação, dadas as razões acima elencadas, haveremos de nos ocupar com a brevidade que as limitações deste artigo permitam, de como a hermenêutica e a filosofia jurídica podem enfrentar essa questão no sentido de emprestar maior grau de previsibilidade às normas jurídicas como resultado da intervenção do intérprete e aplicador do direito. Propomos na epígrafe subseqüente ocupar-nos da textura aberta (*open texture*) do direito como forma de abordagem das limitações acima expostas.

## 2. A textura aberta do direito perante sua indeterminabilidade

Vimos na epígrafe anterior uma série de limitações às quais o direito se vê exposto. Não obstante essas limitações, não recaem dúvidas sobre a necessidade de utilizar o direito como mecanismo de controle social. Isto sim, os instrumentos de que lançaremos mão para construir o direito para que ele leve a termo essa tarefa são bastante diversos e discutíveis, tal como, por exemplo, lançar-se à construção de normas e

ordenamentos jurídicos detalhistas ou de caráter mais genérico.

A proliferação de estruturas normativas ou do fenômeno da inflação legislativa pode ter efeitos antiliberais bastante amenizados, acaso tenhamos em boa conta o que Hart (1986, p. 139) nos comentou ser a

“[...] tomada de consciência progressiva [...] do importante facto de que a distinção entre as incertezas da comunicação por exemplos dotados de autoridade [...] e as certezas de comunicação através da linguagem geral dotada de autoridade (legislação) é de longe menos firme do que sugere este contraste ingênuo.”

Ainda quando tenhamos em conta essa tomada de consciência acerca das limitações da linguagem (natural) e, por conseguinte, dos reflexos que isso provoca sobre o direito<sup>6</sup> é fato que, mesmo na busca de uma maior precisão vocabular derivada de um maior conhecimento das palavras (como sugeriu Austin), não logramos alcançar mais do que a uma situação em que “em casos particulares concretos, [podem] surgir incertezas quanto à forma de comportamento exigido por elas” (HART, 1986, p. 139). Isso nos leva a supor que, dada a realidade da expansão legislativa, nos depararemos com uma mais ampla gama de situações de incerteza, alvo inverso ao que, declaradamente, objetivamos todos aqueles que se postam pela expansão da legislação, qual seja, o de ampliar a segurança jurídica. De qualquer sorte, ainda que pudéssemos suplantar nossas naturais limitações, depararíamos com uma firme indesejabilidade desse amplíssimo detalhamento.

Embora algumas normas jurídicas possuam um caráter menos exposto a di-

<sup>6</sup> Por outro lado, as situações de críticas à incerteza no âmbito do direito não esmaecem e tampouco parecem perder brilho perante os interesses daqueles que de forma mais ou menos aberta e determinante conseguem transformar os interesses privados em querer público positivado legalmente.



vergências quanto ao seu significado, ainda assim, devido a possuir um caráter último não unívoco, plurissignificacional ou polissêmico de sua matéria-prima, a saber, as palavras, deparamo-nos com que mesmo previsões normativas simples podem sugerir diversas acepções. No bojo desse cenário, remanescem problemas e profundas incertezas no âmbito das normas jurídicas positivadas, às quais os cânones da interpretação não podem eliminar (Idem). Isto sim, diríamos nós, os esforços no sentido de limitação do âmbito das incertezas e indeterminações não representam esforço em vão, posto que elas podem ser substancialmente reduzidas (*Ib.*).

Hart comenta que, muito embora se verifique um expressivo número de múltiplas situações em que os casos previstos nas normas jurídicas são abordáveis de forma mais direta e resolvida, outros casos há que, talvez, mais numerosos, “revelar-se-ão como indeterminados em certo ponto em que sua aplicação esteja em questão; possuirão aquilo que foi designado como *textura aberta*” (*Ibidem*, p. 140,141). Assim, a *textura aberta* (*open texture*) encontra definição em Hart (1986, p. 148) com o significado de

“[...] áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso.”

É absolutamente inviável a previsão exhaustiva e altamente compreensiva *ab initio* sobre quais combinações de circunstâncias surgirão, ou que interesses terão de ser sacrificados em cada uma delas e em que medida (*cf.* HART, 1986, p. 146). Essa abertura irá mostrar-se com toda clareza nos casos concretos para os quais inexistirá uma resposta, mas, isto sim apenas “respostas” (HART, 1986, p. 165), em suma, de que não se pode tratar a questão “como

se houvesse uma única resposta correta a descobrir, distinta de uma resposta que seja um compromisso razoável entre muitos interesses conflitantes” (Idem, p. 144,145).

Entendido como resposta apenas o conjunto final de ideias que possa ser alvo e objeto de acordo de partes em conflito, haveremos de compreender um outro aspecto da afirmação da *textura aberta* (*open texture*) das normas jurídicas nas situações de indeterminabilidade. Isso é o que caracteriza a *textura aberta* do direito, que pode ser trazida a caso concreto por meio de alguns exemplos.

Exemplos dessas situações de indeterminação linguística que se reflete no âmbito do jurídico podem ser de variadas ordens. Um desses exemplos pode ser o de uma placa que proíba a entrada de veículos em um parque. Ao tentar aplicar a norma, o intérprete lididamente poderia questionar-se sobre quais são as condições necessárias, bem como quais requisitos deveriam ser preenchidos, para que o objeto recaísse no âmbito daquilo que a norma jurídica em questão entende por veículo e, por conseguinte, tornasse obrigatória a aplicação de tal norma. Seriam apenas os automóveis ou as bicicletas estariam incluídas? Qual resposta é possível?

Suponhamos por um momento que a legislação que justifica a aposição da placa exclui até mesmo o uso de bicicletas, devido a sua máxima, e talvez exagerada, preocupação em proteger a paz e a tranquilidade dos frequentadores do parque. Essa seria uma norma que, por específica e excludente, seria bastante clara e, portanto, permitiria a aplicação do silogismo jurídico.

Igualmente podemos conceber exemplo contrário, a saber, o de que bicicletas tem seu uso abertamente permitido no parque por força de entendimento de que o parque é local de lazer e de que tal veículo pode ser, e comumente é, utilizado como meio de lazer, inclusive por crianças. Assim considerando, e tendo em vista a finalidade do parque, dirigida essencialmente ao ócio e

recreio de coletivos, famílias inclusive, não seria razoável abrir mão de tal permissão.

Mesmo nesse segundo caso, em que a permissão é expressa, ainda assim subsistiriam limitações linguísticas ulteriores ao debate sobre se a bicicleta é ou não um veículo e se, portanto, pode ou não ser admitida no parque. Restariam, entre outras, dúvidas sobre os limites da permissibilidade de uso do referido veículo. Assim, por exemplo, poderiam os ciclistas organizar corridas em grandes grupos no parque?<sup>7</sup> O que seria considerado um grupo? Três ciclistas o seriam? E se proibidas as corridas, como precisar qual o movimento seria considerado como tal? Mas e se as pessoas não organizassem (ou não o declarassem) corridas, mas, sim, passeios coletivos, como aferir se há ciclistas velozes acima do permitido?

E se mesmo o passeio de coletivos viesse a sofrer proibição e os grupos, na tentativa de burlar a norma, viessem a organizar-se para tal passeio mantendo certa distância entre si, qual a resposta que poderia dar a autoridade do parque? A partir de que distância poderia ela determinar que se trata de um coletivo desarticulado que, casualmente, resolveu passear ou, então, que se trata de um passeio articulado, o que restaria incluso na proibição?

Seria então necessária uma outra norma a regulamentar as limitações dos usos das bicicletas. Ainda assim, na tentativa de aproximar-se ainda mais de uma legislação detalhista, poderia o legislador ver-se inclinado até mesmo a limitar a velocidade das bicicletas em trânsito no parque, para

<sup>7</sup> A esse propósito, haveríamos de dizer justificadamente que qualquer corrida, mesmo uma que envolva apenas duas bicicletas durante cinco minutos, perturba ou deveríamos ampliar o número de participantes e/ou o tempo de sua duração? Estaria um passeio veloz de duas pessoas em área remota do parque tão proibido quanto em áreas movimentadas? Essas são questões que exemplificam o quanto uma norma jurídica bastante simples pode ensejar um sem-número de variações que, simplesmente, não parecem abarcáveis pelo ordenamento jurídico.

evitar caracterizar que coletivos de ciclistas burlassem a norma alegando não estarem disputando corridas, mas apenas realizando um passeio em grande grupo. Como responder legalmente a isso? Uma alternativa seria de o legislador limitar a velocidade de trânsito das bicicletas no parque. Mas uma resposta desse tipo ainda parece insuficiente, pois poderíamos, então, ver surgir o problema sobre como, na prática, averiguar e controlar a velocidade desenvolvida por cada bicicleta dentro do parque sem com isso interferir na finalidade de ócio e lazer que o parque propõe-se oferecer.

Podemos supor um outro exemplo, qual seja, o da existência de um outro tipo normativo em que há previsão proibitiva de acesso de “veículos” aos parques. Esse legislador poderia estar imbuído da preocupação, legítima, de que, ao proibir especificamente o uso de bicicletas, teríamos um universo de incerteza quanto a outros tantos veículos potencialmente mais daninhos ao objetivo central da norma, qual seja, o de garantir a paz e a segurança dos frequentadores do parque.

Mas poderíamos, ainda igualmente, questionar se estaria permitida a entrada de asas-delta no parque ou, ainda, no caso da proibição de veículos, se poderiam adentrar no parque cadeiras de roda automatizadas. No caso da proibição ser mantida, como fazer frente perante o princípio do igual tratamento?<sup>8</sup> Em certa quantidade, elas não atrapalhariam a vida calma dos frequentadores do parque? Todas essas são situações que bem podem externar o grau de incerteza que pode permear ainda mesmo as normas

<sup>8</sup> Desde logo, entende-se aqui o princípio da igualdade conforme enunciado historicamente por Aristóteles, ou seja, que consiste em tratar igualmente aos iguais e desigualmente aos desiguais. Dessa forma, ficaria claro que o tratamento igual no sentido de conceder acesso igualitário a todos os indivíduos à diversão e ao ócio, extensível a um parque, como no exemplo, implicaria que um parque não poderia interpretar como veículo o equipamento indispensável ao movimento de um cadeirante como uma cadeira de rodas motorizada.

jurídicas que têm como objeto as situações mais simples, como as mencionadas logo acima. Esse é mais um exemplo de situação indeterminada em uma norma jurídica que, por isso, se encontrará redigida sob o marco de uma textura aberta (*open texture*) que, no entanto, é determinável a cada caso concreto que se apresente.

À raiz dessas e de outras inúmeras situações possíveis, o que visamos não é respondê-las mas, isto sim, sugerir que elas não parecem formar um núcleo comum perante o qual algum argumento último possa vir a mostrar-se resolutivo. Isso permite encaminhar a conclusão de que há uma textura aberta (*open texture*) característica de, no mínimo, uma ampla gama de normas, inclusive entre as mais simples como as mencionadas nos parágrafos anteriores. Essas normas de textura aberta deverão de ser delimitadas consoante sejam aplicadas a casos concretos por parte do órgão julgador. Em seu momento esse órgão haverá de ter em conta a finalidade da norma, que, em um dos exemplos citados, é de garantir paz e tranquilidade aos frequentadores do parque.

O que nos sugere toda essa argumentação é que, ainda quando se chegue ao ponto enunciado no parágrafo anterior, não se terá concluído sobre muitos aspectos importantes acerca de um conteúdo bastante simples como o de uma norma jurídica de um parque cujo objeto é o de garantir a paz e a tranquilidade de seus frequentadores.

Embora bastante simples, os casos acima aduzidos podem servir como exemplificativos da “natureza aberta das normas jurídicas, mesmo, reitero, daquelas mais simples, que são constituídas por “casos paradigmáticos ou claros” (HART, 1986, p. 142) e que, em princípio, tendem à mera aplicação silogística da norma jurídica. Como nos diz Páramo Argüelles (1984, p. 28),

“[...] siempre habrá casos centrales o típicos, frente a los cuales nadie duda en aplicar los términos correspondientes, y casos claros de exclusión respecto de

los cuales tampoco nadie dudaría en no usar la palabra en cuestión.”

Ainda assim, cabe mencionar que, mesmo considerando a norma jurídica, deparamo-nos com que elas podem possuir, concomitantemente, um certo teor duvidoso e, por outro lado, um outro consideravelmente mais claro (cf. HART, 1986, p. 166). Como nos diz Páramo Argüelles em sua leitura de Hart, tampouco podemos supor tão radical quanto inversamente ao proposto pelo positivismo jurídico formalista que “todas las cuestiones jurídicas están en la zona de ‘penumbra’, obsesión ésta tan extrema como la opuesta del formalismo” (PÁRAMO ARGÜELLES, 1984, p. 344).

Portanto, a ideia é de que um ordenamento jurídico não pode estar composto única e exclusivamente por normas com expressivo grau de incerteza ou, então, com pretensão inversa. Em suma, essa circunstância de incerteza, embora em maior ou menor grau, é uma “condição necessária de um sistema jurídico [...] que nem toda a regra esteja sujeita a dúvidas em todos os pontos” (HART, 1986, p. 166).

Os termos em que esse debate é apresentado nos sugerem que as normas ou regras jurídicas no conjunto de um ordenamento jurídico apenas têm poder de guiar condutas de modo incerto, e não de maneira absolutamente precisa e determinada. Para resolver problemas surgidos a partir dessa ordem de coisas, Hart (1986, p. 140) nos dirá que “a natureza de uma escolha entre alternativas abertas tem de ser feita por aquele que tem de as resolver”. Por um momento, e tendo em vista alguns progressos que podem ser realizados na órbita da elaboração das normas jurídicas, devemos ter em vista a observação de Hart (1983, p. 141) de que

“[...] não devemos acarinhar, mesmo como um ideal, a concepção de uma regra tão detalhada, que a questão resolvida antecipadamente nunca envolvesse, no ponto de aplicação efectiva, uma escolha nova entre alternativas abertas”.

Interessa-nos aqui voltar a sublinhar que o processo político que sofra com a inflação legislativa encontra, em sua tentativa de detalhar condutas, um problema que se mostra próximo à defesa do positivismo jurídico clássico. Isso se deve a que um dos aspectos proeminentes desse positivismo é o da tentativa de cercar e fixar previamente o significado das normas jurídicas, de sorte que o sistema ofereça respostas em todos os casos concretos.

Não obstante, a mera proposição de um objetivo desse naipe implica assumir que “os seus termos gerais devam ter o mesmo significado em cada caso em que esteja em causa a sua aplicação” (HART, 1986, p. 142). Uma fixidez ou engessamento dessa envergadura pode, antes do que alcançar os objetivos propostos, desembocar em outros resultados absolutamente opostos. Uma rigidez representada tanto por um ordenamento jurídico expandido como por sua manifesta característica antecipatória das soluções a todos os casos futuros, esta pode ser entendida como o paraíso teórico dos positivistas jurídicos kelsenianos.

Nessas linhas expomos nossa divergência relativamente às possibilidades de que uma norma, ou por um ordenamento jurídico, possa apresentar-se, ou mesmo que seja desejável, com as características acima. Os sistemas jurídicos sempre e quando aspirem cumprir suas finalidades mínimas passam a compartilhar a necessidade de regras jurídicas com previsões claras e tão definidas quanto resulte possível, bem como de outras, de caráter aberto, “para resolução ulterior através de uma escolha oficial e informada, questões que só podem ser adequadamente apreciadas e resolvidas quando surgem num caso concreto” (Idem, p. 143).

### 3. *A textura aberta e o poder discricionário do intérprete da norma*

O que Hart denomina poder discricionário do intérprete e aplicador do direito intervém quando se faz necessário deter-

minar o significado da norma jurídica que se encontre marcado em sua contribuição pela textura aberta (*open texture*). Essa tese do poder discricionário de que dispunha, por exemplo, um Poder Judiciário constitui um dos elementos caracterizadores da nova proposta positivista hartiana.

Esses espaços jurídicos que serão preenchidos a cada caso concreto são confeccionados em conformidade com a concepção de textura aberta (*open texture*), que, como diz Hart (1986, p. 151), “evidentemente existe”. Aqui os “[...] tribunais preenchem [e, assim, desempenham] uma função criadora de regras que os organismos administrativos executam de forma centralizada na elaboração de padrões variáveis” (HART, 1986, p. 149). Mas essa criação não se dá de modo absolutamente livre, senão que se trata de regras cuja adesão do juiz “é exigida para manter os padrões, mas o juiz não os cria” (Idem, p. 159). Isto sim, o juiz pode lançar-se à busca de detectar preferências para desenvolver suas tarefas, entre outros elementos, nas “social policy” (HART, 1984, p. 72).

Segundo Hart, o poder discricionário é exercido por tribunais, bem como por outros funcionários, com o escopo de tornarem precisos e individualizados padrões gerais postos pelas normas jurídicas. Devido ao seu caráter geral, essas normas têm em seu âmbito conteúdo que não se mostrará suficiente para afastá-la da vagueza (*vagueness*), ou seja, “siempre habrá una zona de casos posibles cuya determinación terminológica planteará, sin duda, numerosos ejemplos de esta “*vaguedad*” (HART, 1986, p. 28). Será o poder discricionário quem se ocupará de resolver as incertezas postas nas normas jurídicas ao “desenvolverem e qualificarem as regras comunicadas, apenas de forma imperfeita, pelos precedentes<sup>9</sup> dotados de autoridade” (Idem, p. 149).

<sup>9</sup> O significado da ideia de precedente conforme Hart utiliza neste texto acima, e em conformidade com o seu contexto teórico-jurídico, o do mundo anglo-saxão, pode ser adaptado para o nosso contexto jurídico e pode ser traduzido por meio do conceito de lei.

Em Hart (1986, p. 140), o poder discricionário é outorgado “pela linguagem [e] pode ser muito amplo; de tal forma que, se ela aplicar a regra, a conclusão constitui na verdade uma escolha, ainda que possa não ser arbitrária ou irracional”. Acerca do exercício do poder discricionário, há ainda dois aspectos que merecem alguma atenção. O primeiro deles diz respeito às limitações da construção jurídica, e o segundo diz respeito à forma pela qual se dará intervenção do intérprete e aplicador.

O primeiro desses aspectos diz respeito a que nenhum tipo de norma jurídica oferece ao intérprete e aplicador todos os elementos de que necessita para prolatar sua decisão. Como nos diz Hart (1980, p. 5)

“[...] habrá siempre ciertos casos no previstos y no regulados legalmente, es decir, casos para los que ningún tipo de decisión es dictado por el derecho claramente establecido y, en consecuencia, el derecho es parcialmente indeterminado o incompleto”

Não há dúvida de que também contra essa argumentação de Hart há posições razoáveis. Entre essas posições, por exemplo, sustentam a possibilidade de determinar o conteúdo das normas bem como de entender o ordenamento jurídico como um sistema fechado e finito, em que pese possa ser muito extenso e, logo, trabalhoso delimitar o seu alcance.

O segundo aspecto diz respeito à forma como os tribunais enfrentarão seu cometido profissional e concretizarão os aspectos genéricos previstos em uma norma jurídica de textura aberta (*open texture*). Para a concretização dessas regras previstas *in abstracto*, os tribunais veem sua labor vinculada por normas que, no entanto, não se encontram exaustivamente especificadas (cf. HART, 1986, p. 152), dada a impossibilidade lógica de fazê-lo. A rigor, aquilo com que os intérpretes e aplicadores do direito terão de enfrentar-se muito especificamente é com as dificuldades de concretizar esses aspectos

apenas genericamente positivados nas normas jurídicas a partir de padrões, referenciais teóricos e princípios presentes nas normas, na jurisprudência, em sociedade e demais fontes do direito.

Esses casos em que o direito apresentase incompleto são aqueles que Dworkin chama de *hard cases*. Essas incompletas são normas que não oferecerão resposta a todos os casos, e entre eles, especialmente, os marcados pela complexidade, os quais exigem atenção e que não podem ser abordados e ter sua solução encaminhada senão a partir da determinação judicial de quais devem ser reputados como sendo seus fatores relevantes. Para resolver acerca da decisão sobre quais são os fatores relevantes, Hart (1986, p. 142) nos sugere quando isso pode se dar:

“[...] quando surge o caso não contemplado, confrontamos as soluções em jogo e podemos resolver a questão através da escolha entre os interesses concorrentes, pela forma que melhor nos satisfaz. Ao fazer isto, teremos tornado a nossa finalidade inicial mais determinada.”

Nesses casos, Hart sustenta que o magistrado pode valer-se do poder discricionário. Mas em que termos e segundo quais limites se dá o exercício desse poder por parte do magistrado? Nessas situações o “juez, simultáneamente crea y limita sus poderes de crear derecho” (HART, 1980, p. 6). Essa é a descrição daquilo que Hart chamou de poder discricionário que, não obstante o suposto equívoco a que a terminologia possa sugerir incorrer, não é exercido de forma absoluta mas, isto sim, limitado por previsões legais (Idem). Das quais o aplicador não se distanciará. Do que se trata, em suma é de que as decisões serão tomadas segundo padrões oferecidos pela legislação.

Quando falamos de padrões, referimo-nos à inexistência de uma listagem exaustiva de referências que tornem antecipada e certa a aplicação do direito. Para levar a



termo sua tarefa de concretização da norma jurídica, o poder discricionário será utilizado de forma a promover a redução da área de indeterminação das normas jurídicas, para atualizá-la ao caso concreto por um viés criador (cf. HART, 1986, p. 166). Nesse sentido, reporta Hart (1986, p. 159) que, ao realizar essa tarefa de concretização da norma, o poder discricionário não desfruta de tão ampla liberdade como para que o faça livremente ou sem limites.

Essa atividade hermêutica e aplicadora do direito exercida pelo magistrado encontra paralelo estabelecido por Hart na atividade do árbitro de um jogo, ao qual chama de marcador dos pontos que nele vão sendo obtidos pelos jogadores. A esse respeito, Hart nos diz que, à parte as regras do jogo em si (regras primárias), temos também regras secundárias, que, por exemplo, podem conter a instituição de uma figura a quem compete atribuir, conferir e reconhecer a correção dos pontos marcados.

Em uma das versões, o resultado do jogo é o que “o marcador diz que é” (HART, 1986, p. 155,156). Contudo, aquilo que o “marcador [pode] dizer que é” está determinado pelo que a regra (primária) que estabelece as regras do jogo diz que deve ser reconhecido como regra para atribuir pontuação. Assim, a regra que nos diz “o resultado é aquilo que o marcador diz que é seria falsa se tivesse o significado de que não havia regra para pontuar, salvo a que o marcador escolhesse discricionariamente aplicar” (HART, 1986, p. 156). Esse é o ponto nevrálgico que separa um jogo em que as regras (primárias e secundárias) são seguidas de um outro voluntarista em que o “resultado do jogo é aquilo que o marcador diz que é” arbitrariamente. A esta altura encontramos uma clara limitação para o exercício do poder discricionário por meio da regra administrativa entendida como sendo a função do marcador. Acaso se pusesse o órgão aplicador a exercer ilimitadamente sua tarefa, este seria um jogo diferente, seria o que Hart chama de

“jogo da discricionariiedade do marcador” (Idem, p. 156).

Em uma versão do jogo em que as regras sejam seguidas, o papel do marcador se assemelha ao do magistrado ao menos em dois aspectos. O primeiro deles, que denominaríamos genérico, é de que tal órgão encarregado de dizer o direito em uma determinada situação concreta tem o dever de permanecer adstrito aos limites das regras postas para sua intervenção, o que implica assumir que não há, propriamente, poder que possa ser exercido à revelia das normas jurídicas. O segundo aspecto diz respeito à possibilidade de que o poder em questão, seja o do marcador ou o do Judiciário, eventualmente possa cometer equívocos involuntariamente ou, ainda, violar intencionalmente o seu dever de aplicar a regra prevista sobre, por exemplo, como atribuir a pontuação (cf. HART, 1986, p. 156).

Para essas situações mencionadas, não entenderemos que o poder tenha sido exercido devidamente, senão todo o contrário. Assim, a reação a uma decisão desviante atribuidora de pontos (pelo marcador), ou sobre questões jurídicas materiais por um órgão jurisdicional, será justificada pelo próprio âmbito das normas jurídicas que ensejam sua criação no nível das normas secundárias. Essa reação encontra-se prevista na forma de recursos a autoridades superiores, judiciais ou não, mas que, em algum momento, encontrarão desfecho no limite posto pelo ordenamento jurídico, quando de uma decisão já não mais caibam recursos.

Outro aspecto relevante pode ser encontrado ao pensarmos na estrutura do ordenamento jurídico em questão, bem como a própria estrutura das normas jurídicas individuais, assim como sobre a concepção hermêutica que sobre as normas devemos sustentar. A esse respeito, apropriada a observação de Hart (1986, p. 156) de que “é impossível criar regras para a correção da violação de toda e qualquer regra”. Assim, o fato de que o ordenamento jurídico tanto



preveja diferentes recursos e instâncias recursais, bem como uma última instância decisória, efetivamente não pode garantir a correção da decisão tomada em todos os casos submetidos à apreciação judicial em algum momento.

Essa impossibilidade material nos sugere que a concepção estrutural das normas jurídicas, bem como a hermenêutica, deverão receber especial atenção. No primeiro aspecto, que anteriormente denominamos genérico, percebemos a necessidade de criar normas jurídicas com a estrutura que Hart denomina textura aberta (*open texture*), o que acreditamos facilitar o trabalho judicial de encontrar a decisão correta e, por conseguinte, evitar a falha inerente ao sistema recursal (decisões incorretamente tomadas sem que outras instâncias recursais logrem saná-las), expondo-o, isto sim, à prova e teste da revisão.

Nesse momento interessa retomar a figura do “marcador” com o da textura aberta (*open texture*), bem como os efeitos de sua projeção sobre o conceito de poder discricionário de que se valerá a autoridade que deva decidir uma questão. O primeiro aspecto, limitador deste trabalho, mas que também estimula seu desenvolvimento, é que, como viemos dizendo, nos enfrentamos com a impossibilidade tanto da criação de regras precisas como, e com mais intensidade e razão, de todo um ordenamento jurídico completo ou, ainda, como nos recorda Hart (1986, p.156), de criar regras para a correção da violação de toda e qualquer regra.

Essa argumentação nos sugere a necessidade de que disponhamos de normas jurídicas dotadas de uma textura aberta (*open texture*) que, no momento de sua interpretação e posterior aplicação, irão requerer do aplicador o poder discricionário para provê-las de significado e, por conseguinte, do conteúdo prático de que a decisão judicial a ser prolatada deva revestir-se. Nesse sentido é que Hart ressalta que “a textura aberta deixa aos tribunais um poder

de criação de direito muito mais amplo e importante do que o deixado aos marcadores, cujas decisões não são usadas como precedentes criadores de direito” (Idem, p. 158). Sendo assim, a textura aberta (*open texture*) do direito é contrabalaneada por um poder discricionário limitado por normas jurídicas capaz de reduzir o campo de indeterminabilidade presente nas normas jurídicas com base em padrões e regras jurídicas no momento de sua aplicação, sem com isso eliminar tal desejável campo de abertura.

Quando essas decisões são tomadas pelos tribunais, deparamo-nos com uma circunstância em que, como diz Hart (1986, p. 166), eles exercem “poderes criadores que estabelecem critérios últimos, pelos quais a validade das próprias leis que lhes atribuem jurisdição como juízes deve ela própria ser testada”.

### *Considerações finais*

Nesse artigo procuramos trazer à tona alguns aspectos do debate em torno da incompletude das normas jurídicas bem como dos problemas de linguagem que a envolvem e, não menos intensamente, das questões hermenêuticas que dizem respeito à interpretação das normas incompletas e construídas sob o signo da textura aberta (*open texture*).

Conforme argumentamos, a questão da incompletude da norma jurídica impõe-se em muitos momentos, dado que consideramos bastante razoável assumir, com Hart (1985, p. 71), que elas são “incurably incomplete” e que, por conseguinte, “we must decide the penumbral cases rationally by reference to social aims”<sup>10</sup>. As informações com as quais lidamos em quaisquer contextos são, em todo caso, imperfeitas, e isso se

<sup>10</sup> Tanto no que concerne às normas jurídicas individuais como a um ordenamento jurídico como um todo, emerge a concepção de Hart acerca da necessidade da abertura da norma e do sistema jurídico como um imperativo teórico.

reflete essencialmente no direito. Trata-se, portanto, de uma impossibilidade teórica a de que os processos de decisão se deem em situações de perfeito conhecimento, tanto no que concerne a eventos presentes como de condutas futuras.

É nesse sentido que nos advém do caráter aberto das normas jurídicas a ponderação acerca de seu caráter derrotável, entendendo alguns como uma necessidade. Para Hart, do ponto de vista conceitual, a norma jurídica aberta ou derrotável é aquela caracterizada por permanecer sujeita a “excepciones implícitas que no pueden ser enumeradas exhaustivamente de antemano, de manera que no sería posible precisar por anticipado las circunstancias que operarían como genuína condición suficiente de su aplicación [...]” (BAYÓN, 2003, p. 164,165). Essas exceções implícitas não podem ser enumeradas de forma plenamente abrangente ou exaustiva por força de uma aproximação a um problema que denota, sobretudo, um ceticismo sobre o potencial das regras jurídicas.

Segundo Hart há uma dose de limitação linguística mais ou menos ampla segundo as diferentes circunstâncias históricas e outras de ordem política a envolver os legisladores. Portanto, podemos dizer que “há um limite, inerente à natureza da linguagem, quanto à orientação que a linguagem geral pode oferecer” (HART, 1986, p. 139). Há um outro problema adicional, qual seja, o de que nos enfrentamos com a não univocidade de significados do vocabulário bem como de que não dispomos de uma linguagem capaz de impor severos limites a essa pluralidade de significados de nosso vocabulário.

Nada disso constituiria um real e definitivo problema acaso dispuséssemos de outro mecanismo de controle bastante eficiente que não fosse o direito, que ora se revela como o mais adequado instrumento para o controle de comportamentos de modo geral e abrangente. Essa é uma característica reconhecida por Hart (1986, p.

137), e de tal forma que se apresenta como inerente ao direito, previsor e incluyente de categorias de pessoas, atos e circunstâncias antes do que de sujeitos singulares.

Sendo típicas das normas essas limitações linguísticas e estando caracterizadas pela finalidade de controlar amplos contingentes de forma não específica e *a priori*, deriva-se disso o caráter aberto das normas, que permite que o conjunto de pressupostos possa ser derrotado por novas premissas. Essas premissas que ensejam a derrotabilidade podem estar baseadas em fatos todavia não antecipados, ou ao menos não de forma consistente perante a interpretação usual das normas jurídicas preponderantes até o momento. Ademais essas premissas também podem estar baseadas em informações até algum momento amplamente desconhecidas ou, ainda, em argumentos não apresentados. Este mais um momento em que se revela abertamente o antagonismo entre a lógica clássica, de tipo monotônico, que se infrapõe à lógica não-monotônica, capaz de admitir esses novos argumentos.

Quanto à busca da decisão correta, ressaltava Dworkin sua defesa da tese de que os princípios são, em verdade, normas abertas ou derrotáveis, ou seja, que se encontram sujeitas a exceções justificadas. Por outro lado, as regras são, estas sim, normas inderrotáveis ou, se se preferir, fechadas e, em suma, os princípios podem operar sobre as regras de sorte a produzir-lhes exceções. O centro do debate nos termos aqui propostos se põe na questão da extensão da aplicação do conceito de princípio, e de saber se ele é aplicável à generalidade das normas jurídicas ou se, ao contrário, deve ser compreendido de forma bastante limitada. Nesse aspecto, há que ter em conta o forte argumento sobre a inviabilidade de enumeração exaustiva dos casos que constituem as exceções em que os princípios poderiam ser aplicáveis. Ainda assim, ademais desse caráter limitador quanto às meras exceções, revela-se impossível, e com

mais razão, elencar todos os casos e condutas futuras que o legislador porventura desejasse incluir no direito vigente.

### Referências

- AVILÉS, Miguel A. Ramiro. Prólogo a la edición castellana: a vueltas con el moralismo legal. In: HART, Herbert L. A. *Derecho, libertad y moralidad*. Madrid: Instituto de Derechos, 2006.
- BAYÓN, Juan Carlos; RODRÍGUEZ, Jorge. *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales: el debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas*. Santa Fé de Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1989.
- FULLER, Lon L. *The morality of law*. New Haven & London: Yale University Press, 1969.
- HART, Herbert L. A. *Derecho, libertad y moralidad*. Madrid: Instituto de Derechos Humanos, 2006.
- \_\_\_\_\_. El nuevo desafío al positivismo jurídico. *Sistema*, n. 36, mayo 1980.
- \_\_\_\_\_. *Essays in jurisprudence and philosophy*. New York: Oxford, 1985.
- \_\_\_\_\_. *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.
- \_\_\_\_\_. *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.
- MacCORMICK, Neil. *H. L. A. Hart*. Rio de Janeiro: Campus, 2009.
- PARAMO, Juan Ramón de. *H. L. A. Hart y la teoría analítica del derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- STOLZ, Sheila. Um modelo de positivismo jurídico: o pensamento de Herbert Hart. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 3, n. 1, p. 101-120, jan./jun. 2007.