

A TEXTURA ABERTA DO DIREITO PARA HART ENQUANTO INDETERMINAÇÃO DECORRENTE DE UM DUPLO ASPECTO DA LINGUAGEM E DA DERROTABILIDADE

THE OPEN TEXTURE OF THE RIGHT TO HART AS INDETERMINATION ARISING OUT OF A DOUBLE ASPECT OF LANGUAGE AND DEFEAT

Catharine Black Lipp João¹

1 Mestranda em Direitos Indisponíveis e Pós-Graduada em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Advogada. Integrante do Grupo de Pesquisa "Colisão de Direitos Fundamentais e Argumentação Jurídica", sob orientação do Professor Doutor Anízio Pires Gavião Filho.

Resumo

O presente artigo pretende apresentar algumas hipóteses sobre o que consistiria a “textura aberta” do Direito proposta por H.L.A Hart e quais seriam as suas implicações no âmbito da decisão judicial. Nesse contexto, serão apurados aspectos que dizem respeito à textura aberta da própria linguagem e à derrotabilidade jurídica, para fins de verificar se estariam relacionadas àquilo que Hart entendeu por textura aberta do Direito. O Método de abordagem é o indutivo e a técnica de pesquisa é a bibliográfica.

Palavras-chave: Textura Aberta do Direito. Discricionariedade Judicial. Decisão Judicial. Hart.

Abstract

The present article intends to present some hypotheses about what could be the “open texture” of the Law proposed by H .L. Hart and what would be its implications in the scope of the judicial decision. In this context, aspects that relate to the open texture of the language itself and to the legal defeasibility will still be determined, in order to verify if they are related to what Hart understood by open texture of the Law. The method of approach is the inductive and the research technique is the bibliographical.

Keywords: Open Texture of Law. Judicial Discretion. Judicial Decision. Hart.

Introdução

No contexto do modelo de Direito apresentado por Hart, as regras gerais estão entre os principais instrumentos de controle social do Direito, razão pela qual o Direito se utiliza de dois meios diferentes para comunicar certos padrões gerais de conduta aos indivíduos, a saber: a legislação – que predominante faz uso máximo de palavras gerais para se referir à categorias de pessoas, atos, coisas e circunstâncias – e o precedente – que, por outro lado, faz uso mínimo, para reconhecer a casos e categorias particulares a incidência naquelas classificações gerais.

O autor esclarece que haverá casos em que os padrões de comportamentos serão percebidos “indeterminados em certo ponto em que a sua aplicação esteja em questão; possuirão aquilo que foi designado como textura aberta” (HART, 2001, 141 p.). Diante disso, para Hart, a textura aberta e a indeterminação das normas jurídicas são conceitos relacionados (HEIZE, 2004, 28 p.). Isso porque seria possível identificar que “mesmo quando são usadas regras gerais formuladas verbalmente, podem, em casos particulares concretos, surgir incertezas quanto à forma de comportamento exigido por elas” (HART, 2001, 139 p.), o que decorreria da existência de um limite linguístico, natural à própria linguagem humana, que, em certas situações fáticas, não é capaz de alcançar as inovações naturais ou inventivas.

Assim, a textura aberta, na concepção de Hart, seria aquilo que se observa “quando termos normativos, ou as normas como um todo, são incertas em sua aplicação nos casos fronteirços” (BIX, 2012, 200 p.). Destaca-se que essa incerteza ocorre na chamada zona de penumbra, na qual estão os casos fronteirços, aqueles que se afastam do núcleo de significado do termo geral, eis que, nas palavras de Hart, “deve haver um núcleo de significado estabelecido, mas haverá igualmente uma zona de penumbra de casos discutíveis nos quais as palavras não são obviamente aplicáveis, nem obviamente eliminadas” (HART, 1958, 607 p.)

É nesse contexto que o presente artigo se propõe a examinar e investigar quais possivelmente seriam os significados

dessa textura aberta do Direito, as extensões a ela atribuídas e as implicações dela decorrentes no âmbito da decisão judicial.

A textura aberta do Direito e a textura aberta da linguagem

Para iniciar a exposição sobre o sentido de textura aberta do Direito a partir da indeterminação da linguagem, aponta-se que, segundo Brian Bix, a preocupação de Hart não estaria em desenvolver uma filosofia geral da linguagem, mas em como as regras são e deveriam ser aplicadas: "Hart não provou pela natureza da linguagem que os juízes devem ter discricionariedade; precisamente, ele deu razões porque os textos legais devem ser interpretados de modo que deixe aos juízes discricionariedade ao aplicar a lei" (BIX, 1991, 66 p.).

Destaca-se que a lei "deve ser escrita de tal forma que seja percebida como genericamente vinculante, i.e, a lei não é normalmente adotada para regular uma situação particular em um contexto particular, mas para governar o maior número possível de situações similares e contextos" (CHROMÄ, 2005, 385 p.). A partir dessa ideia, é possível identificar o porquê "os termos jurídicos podem ser vagos e não bem definidos, levando ao problema da 'textura aberta' no raciocínio jurídico" (VALENTE; BREUKER, 1991, 42 p.). Nesse sentido, a maioria das palavras de um estatuto, de acordo com Derk Venema, "necessitam de uma certa quantidade de abertura para serem aplicáveis a uma vasta variedade de casos, e os juízes necessitam de uma certa medida de liberdade em determinar o significado e relevância dessas palavras." (VENEMA, 2004, 139 p.).

É por tal motivo que, embora o legislador possa involuntariamente acabar empregando termos e expressões indeterminadas, isso também ocorre mediante a livre escolha pela indeterminação -uma vez que a necessidade de generalização da regra assim impõe-, razão pela qual não raramente "o parlamento frequentemente usa palavras genéricas inten-

cionalmente na crença de que juízes são os mais adeptos em preencher nos detalhes” (FREEMAN, 1994, 1.293 p.).

A respeito das expressões e frases utilizadas pela legislatura, Marta Chromä refere que frequentemente estas são “semanticamente indeterminadas (abertas) ou vagas (e.g. ‘morte pelo parto’ que, embora não seja medicamente certa, seria substancialmente certa ou mais provável) ou expressões que abordam ‘clichés’ jurídicos (e.g. ‘sem dúvida razoável’)” (CHROMÄ, 2005, 385 p.). Entretanto, algumas provisões seriam apenas “legalmente indeterminadas, enquanto a sua interpretação requer um certo grau de conhecimento jurídico para o fim de se aplicar a evento concreto” (CHROMÄ, 2005, 385 p.).

Para fins de compreender o duplo sentido de “linguagem” para fins de textura aberta do direito, importa reconhecer que a indeterminação da linguagem pode se dar tanto pela imprecisão linguística das palavras ou termos empregados, quanto pela contextualização da linguagem.

Uri Jakob Schild explica que “a textura aberta é mais óbvia em conceitos vagos como ‘atividades razoáveis’ [...] entretanto, conceitos que aparentam ter um significado preciso também têm textura aberta” (SCHILD, 1989, 22 p.), tendo em vista que os tribunais podem adotar uma interpretação sobre determinado conceito diversa da anteriormente compreendida. No mesmo sentido, ressalta-se que, através do processo de determinação pelo magistrado de um conceito jurídico indeterminado, a solução de um dado caso não será necessariamente a mesma para outro, tendo em vista que “a decisão jurídica envolve um momento social, político ou humano de indeterminação em direção à precisão em um dado tempo e espaço (i.e experiência momentânea)” (WAGNER, 2005, 180 p.). Da mesma maneira, Lauren Mommers aponta para a alteração no significado atribuído pelo magistrado aos conceitos constantes na regra como resultado do contexto em que ela se manifesta: “o sentido de textura aberta muda através do tempo” (MOMMERS, 2010, 267 p.).

Dessa maneira, observa-se que “cada termo usado nos textos legais tem diferentes possibilidades de interpretação, i.e, não é certo quando ou não um certo fato ou entidade no mun-

do real combina com o termo escrito no texto legal” (VALENTE; BREUKER, 1991). É possível, assim, verificar que “até mesmo as regras mais detalhadas têm uma textura aberta e, assim, necessitam ser interpretadas, mas, pelo menos, o espaço deixado para a discricionariedade dos juízes será menor” (VENEMA, 2004, 144 p.).

Anne Wagner, ao esclarecer sobre as acepções da textura aberta da linguagem, didaticamente divide os dois níveis em que ela se opera, a saber o nível da indeterminação voluntária ou involuntariamente presente na lei e o da modificação leve dos significados das palavras/conceitos, ou até “implementação” radical de novos em sua *ratio decidendi*, pelos juízes (WAGNER, 2005, 174-175 p.)

Assim, aponta-se que “o direito é intrinsecamente uma textura aberta. Ele tem uma definição precisa apenas para aqueles casos individuais que tenham chegado ao tribunal e sido decididos; não há definição precisa para o que ainda está a ser julgado.” (SCHILD, 1989, 23 p.). Nesse sentido, a indeterminação -que é “uma característica das representações dos fatos” (WILLIAMSON, 1994, 249 p.) - irá “apenas cessar quando uma experiência momentânea (i.e um caso no tribunal) for considerada. A indeterminação então se tornará em contextualizada e/ou relativa determinação” (WAGNER, 2005, 180 p.).

Nesse sentido, a discricionariedade do magistrado -que se opera conforme os elementos próprios do contexto por ele vivenciado- é concebida por Hart como consequência associada à textura aberta do Direito - na medida em que “a textura aberta de uma provisão legislativa, assim como a abertura de uma regra jurídica como um todo, deixa algum poder para o seu interprete”(CHROMÄ, 2005, 385 p.)

Portanto, principalmente considerando que tanto a generalização, quanto a variação conforme o contexto, são características adequadas à concepção das regras, percebe-se que a linguagem por elas utilizada compreende o uso de expressões linguisticamente gerais e indeterminadas ou linguisticamente precisas e contextualmente indeterminadas, as quais, quando no âmbito da decisão judicial, viriam a ser interpretadas pelo magistrado para fins de aplicação conforme os detalhes do caso concreto.

A textura aberta do Direito e a derrotabilidade

Não foi apenas a ideia de “textura aberta” que Hart introduziu na teoria do Direito, mas também a de “derrotabilidade”, ou seja, a de que os conceitos jurídicos são essencialmente derrotáveis ou excepcionáveis (defeasible), o que é exemplificado a partir do conceito legal de contrato. Sobre isso, embora seja necessário que as condições positivas requeridas para a sua existência enquanto contrato válido sejam apresentadas, isso não seria suficiente, porquanto ainda seria necessário verificar o que -a existência de uma condição/cláusula unless- pode excepcionar um pleito de que um contrato é contrato válido, mesmo que todas as condições positivas sejam satisfeitas (HART, 1948 – 1949, 175 p.). O autor ilustra a ocorrência de exceções/defesas extremamente heterogêneas que, de maneiras diversas, serviriam para excepcionar ou enfraquecer reivindicações no contrato, entre as quais, as declarações falsas, a coação, a demência, os contratos destinados a perverter o curso da justiça, o surgimento de uma guerra. (HART, 1948 – 1949, 176 p.).

É importante notar que, no caso da derrotabilidade, haverá uma formulação clara da regra que deixará de ser observada no momento de aplicação diante de um caso particular (HART, 1948 – 1949, 175 p.). Portanto, Hart entende que os conceitos jurídicos, embora estejam acompanhados das condições necessárias, não estão de todas as condições suficientes – haja vista que sempre pode haver uma condição que os derrote. Nas palavras de Frederick Schauer, a chave da ideia de derrotabilidade é “o potencial para algum aplicador, interprete ou executor de uma regra fazer uma adaptação ad hoc ou sob o impulso do momento para o fim de evitar um insuficiente, ineficiente, injusto, iníquo, ou de outro modo inaceitável resultado da regra” (SCHAUER, 2010, 07 p.).

Pois bem, entende-se que a dinâmica da razão enquanto manifestação do discurso humano se processa em uma textura aberta, ao passar por uma indeterminação decorrente do espaço temporal transversal entre o passado e o presente (SCHRAG,

2012, 73 p.). No campo da aplicação do Direito, quando uma vagueza intencional é introduzida por um conceito de textura aberta na lei, tal pode ser explicado pelo fato de que "o significado é tão dependente das circunstâncias individuais que nenhum legislador poderia esperar prever cada possibilidade e criar uma provisão para ela" (SCHILD, 1989, 23 p.), razão pela qual é deixado um espaço para o julgamento discricionário. Dessa forma, um conceito é tido como de textura aberta "se as condições para a sua aplicação não são fortemente indicadas, mas, em vez disso, são deixadas para serem resolvidas pelos tribunais à luz das circunstâncias dos casos individuais" (BENCH-CAPON; VISSER, 1997, 192 p.)

Logo, poder-se-ia cogitar atribuir à ideia de derrotabilidade o aspecto de manifestação da textura aberta do Direito, no sentido de que esta possui um viés relacionado à impossibilidade-decorrente da limitação humana e da consequente insuficiência da sua própria linguagem- de serem previstas todas as condições suficientes de uma norma. Isso porque, embora o legislador possa delinear todas as condições entendidas como necessárias à efetivação da norma, poderia não estar ao seu alcance condições outras compreendidas como suficientes a contemplar posteriormente casos concretos de discutível solução quanto à norma aplicável. É nesse sentido que Hart refere ser natural da condição humana a concepção de regras gerais, que "envolvessem no ponto de aplicação efetiva, uma escolha nova entre alternativas abertas" (HART, 2001, 141 p.), porquanto os homens detêm não apenas aquilo que Hart chama de relativa ignorância de fato - o que se manifesta na medida em que "os legisladores humanos não podem ter tal conhecimento de todas as possíveis combinações de circunstâncias que o futuro pode trazer" (HART, 2001, 141 p.) - mas também a chamada relativa indeterminação de finalidade -o que surge como consequência dessa incapacidade de antecipar, ou seja, diante de casos que deixaram de ser considerados inicialmente ou não puderam sê-lo.

Assim, a derrotabilidade estaria inserida como uma parte da ideia de textura aberta do Direito para Hart, tendo em vista que o abrangente argumento extraído de sua obra no que

tange à existência 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” (HART, 2001, 148 p.).

Para Patrícia Graeff, a textura aberta do direito seria um fenômeno mais amplo do que a textura aberta da linguagem, na medida que “Hart está nominando sob um termo geral diferentes formas de indeterminação jurídica, o que inclui tanto a vagueza *stricto sensu*, quanto a textura aberta da linguagem, e, ainda a derrotabilidade.” (GRAEFF, 2015, 48 p.) Quer dizer, a textura aberta do direito compreenderia tanto a textura aberta da linguagem, quanto a derrotabilidade. Também nesse sentido, Andrew Stranieri e John Zeleznikow entendem que efetivamente uma outra espécie de textura aberta “surge da derrotabilidade de conceitos jurídicos e regras. Qualquer conceito ou regra, não importa o quão bem definida, é sempre aberta a repressão. Raramente as premissas ou consequências que existem no direito são universalmente aceitas” (STRANIERI; ZELEZNIKOW, 1998, 103 p.).

Não obstante, esclarece-se que não há consenso no que diz respeito à relação que haveria entre a ideia de textura aberta e a de derrotabilidade. Isso porque, para Brian Bix, as expressões “textura aberta” e “derrotabilidade” se tratam de fenômenos distintos, os quais, todavia, produzem resultados cujas implicações se identificam, eis que “a textura aberta e a derrotabilidade hartianas são, no máximo, amplamente análogas no sentido de que ambas criam circunstâncias nas quais os juízes têm discricção para criar novo direito ou exceções ao direito existente» (BIX, 2012, 193 p.). Bix elucida que o raciocínio a ser feito é o de que o rótulo da derrotabilidade é usado onde uma “conclusão inicial é garantida, sujeita a revisão posterior ou superação quando surjam fatos adicionais. Pelo contrário, a textura aberta hartiana é sobre incerteza, um conjunto de (igualmente, ou, no mínimo, comparavelmente) decisões legítimas.”(BIX, 2012, 200 p.) Diante disso, qualquer conexão de identificação entre a textura aberta e a derrotabilidade estaria relacionada ao fato de que “que ambas foram (e são) usadas para explicar e justificar

a discricção judicial e (assim) a criação do direito pelo judiciário" (BIX, 2012, 200 p.), na medida em que "as formas do raciocínio jurídico da derrotabilidade criam (quando confrontam o tipo certo de situação fática) a mesma espécie de gama de escolhas disponíveis que os juízes enfrentam na 'textura aberta' hartiana dos casos fronteirços" (BIX, 2012, 200 p.).

Além disso, Frederick Schauer sustenta que, no Direito, não haveria qualquer outro elemento de indeterminação além da própria textura aberta da linguagem por ele utilizada – eis que não entende a derrotabilidade como algo inerente ao direito e que lhe cause indeterminação. Dessa forma, a textura aberta do Direito concebida por Hart seria equivalente à própria textura aberta da linguagem, não se incluindo nela –nem residualmente– quaisquer considerações sobre a derrotabilidade (SCHAUER, 2011, 23 p.). Para ele, a derrotabilidade não seria algo inerente ao direito, haja vista que, com alguma frequência, os magistrados aplicam uma regra consoante o seu significado literal, desconsiderando o contexto em que é usada em uma ocasião particular (SCHAUER, 2010, 11-12 p.), razão pela qual, "deste modo, seria um erro descrever a derrotabilidade das regras jurídicas como um aspecto universal ou até majoritariamente comum da tomada de decisão pelos juízes e pela instituição que nós comumente chamamos de 'sistema jurídico'." (SCHAUER, 2010, 12-13 p.)

Considerações finais

Embora inexista uma resposta concreta, ao longo do presente artigo algumas hipóteses puderam ser levantadas a respeito da abrangência daquilo que Hart considera como "textura aberta do Direito", responsável pela discricionariedade judicial.

Nesse sentido, ponderou-se se a textura aberta do Direito i) estaria associada exclusivamente à textura aberta da linguagem – a qual, por sua vez, poderia dizer respeito não apenas à linguagem semântica, mas também à linguagem contextualizada- e ii) incluiria também a derrotabilidade das normas no raciocínio jurídico operado para a decisão judicial.

Isso porque foi possível identificar que os padrões jurídicos são inicialmente vagos ou indeterminados a partir das incertezas das leis ou da qualificação imperfeita delas por precedentes – as quais podem ser atribuídas à limitação da linguagem, do raciocínio e do discurso humanos. Ou seja, o Direito teria uma textura aberta, seja por entraves da própria linguística, pela necessidade de alterações contextuais na linguagem, ou pela impossibilidade de previsão e antecipação de todas as condições suficientes.

Referências

- BENCH-CAPON, Trevor J.M.; VISSER, Pepijn R.S. Open Texture and Ontologies in Legal Information Systems. In. **Proceedings of the 8th International Workshop on Database and Expert Systems Applications.**, New York: IEEE Press, 1997
- BIX, Brian H, Defeasibility and open texture. In. BELTRÁN, Jordi Ferrer Beltrán; BATTISTA, Giovanni . **The logic of legal requirements: essays on defeasibility.** Oxford: Oxford University Press, 2012
- _____.H.L.A hart and the “open texture” of language. **Law and Philosophy**, Oxford, v. 10, p. 51-72, fev. 1991;
- CHROMÄ, Marta. Indeterminacy in criminal legislation. In. BHATTIA, Vijay Kumar; ENGBERG Jan. **Vagueness** in normative texts. Bern: Peter Lang, 2005
- FREEMAN, M.D.A. **Llyod’s introduction to jurisprudence.** London: Sweet & Maxwell, 1994
- HART, H. L. A. **O conceito de direito.** Tradução de Armindo Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001
- _____. Positivism and the separation of law and morals. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 71, n. 4. pp. 593-629. fev. 1958.
- _____. The Ascription of responsibility and rights. **Proceedings of the Aristotelian Society, New Series**, v. 49, 1948 - 1949, pp. 171-194. Hoboken: Wiley

HEIZE, Eric. **The logic of liberal rights: a study in the formal analysis of legal discourse**. Abingdon: Routledge, 2004

MOMMERS, Laurens. Ontologies in the legal domain. In. POLI, R.; SEIBT, J. (eds). **Theory and applications of ontology: philosophical perspectives**. Berlin: Springer Science Business Media B.V, 2010,

SCHAUER, Frederick. Is defeasibility an essential property of law? In. FERRER, J.; RATTI, C. (eds.). **Law and defeasibility**. Oxford: Oxford University Press, 2010 . Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=1403284>>. Acesso 27/06/2018

_____. On the open texture of law. **Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper** n. 35, 2011. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=1926926>>. Acesso 26/06/2018.

SCHILD, Uri Jakob. **Open-textured law, expert systems and logic programming** (1989). Tese (Doutorado em Filosofia) - Department of Computing Imperial College of Science and Technology, University of London, London, 222 f. ,1989

STRANIERI, Andrew; ZELEZNIKOW, John. The role of open texture and stare decisis in data mining discretion, **Jurix**, 1998. Disponível em <<http://jurix.nl/pdf/j98-08.pdf>>. Acesso: 02 jul. 2018

VALENTE, André; BREUKER, Joost. Law functions: Modelling principles in legal reasoning: In. BREUKER, J.A.P.J.; DE MULDER, R.V.; HAGE, J.C. (eds.). **Legal knowledge based systems JURIX 91: Model-based legal reasoning, The Foundation for Legal Knowledge Systems**. Lelystad: Koninklijke Vermande, 1991

VENEMA, Derk. Judicial discretion: a necessary evil? In. HIMMA, Kennet Einer (Coord.). **Law, morality, and legal positivism: proceedings of the 21st world congress of the international association for philosophy of law and social philosophy (ivr)**. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2004

WAGNER, Anne. Samiotic analysis of the multistage dynamic at the core of indeterminacy in legal language In. BHATIA, Vijay Kumar; ENGBERG Jan. **Vagueness in normative texts**. Bern: Peter Lang, 2005

WILLIAMSON, Timothy. **Vagueness**. London: Routledge, 1994